

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

Nathalia Beduhn Schneider

**UM ESTUDO SOBRE A CRISE DO SISTEMA PENAL:
sua busca por legitimidade.**

**Porto Alegre
2012**

NATHALIA BEDUHN SCHNEIDER

**UM ESTUDO SOBRE A CRISE DO SISTEMA PENAL:
sua busca por legitimidade.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para a obtenção do grau de bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik.

Coorientadora: Prof. Me. Carla Marrone Alimena.

Porto Alegre

2012

NATHALIA BEDUHN SCHNEIDER

**UM ESTUDO SOBRE A CRISE DO SISTEMA PENAL:
sua busca por legitimidade.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Departamento de Ciências
Penais, da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul, como requisito para a obtenção do
grau de bacharela em Ciências Jurídicas e
Sociais.

Aprovado em ___ de dezembro de 2012.

Conceito atribuído: ___

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Danilo Knijnik

Orientador

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Odone Sanguiné

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Mestre Marcus Vinícius Aguiar Macedo

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Mãe, Pai e Aline,
dedico este trabalho a vocês,
por todo amor, carinho e, principalmente,
paciência.

AGRADECIMENTOS

Meu principal agradecimento não poderia deixar de ir aos meus pais e a minha irmã, sem o apoio dos quais não seria completa e tão significativa esta jornada.

Aos meus amigos e colegas, Ailime, Lucas, Mari, Arthur, Jantsch, Rodrigo e Fellipe, que, cada um do seu jeito e cada um na sua intensidade, fizeram destes anos de faculdade mais especiais.

Às minhas amigas queridas, Val, Pati e Tai, que estão comigo desde o início, e que a cada nova etapa enchem minha vida de sorrisos.

A todos que de alguma forma passaram – e ficaram – na minha vida através da política estudantil, ensinando-me a ter coragem, a buscar meus sonhos, a acreditar que vale a pena lutar pelos nossos ideais.

Às amigas, Dani e Mari, braços direito e esquerdo, sem as quais este último ano de faculdade não teria sido tão extraordinário; e possível.

Por fim, agradeço à especial atenção da professora Carla na orientação deste trabalho, sempre encorajadora e inspiradora.

RESUMO

O presente estudo objetiva examinar o processo de (des)legitimação do sistema penal, por meio da análise dos diversos discursos de justificação da pena e das consequências sociais oriundas do exercício do poder de coerção penal estatal, bem como das alternativas minimalistas e abolicionistas ao sistema penal vigente. A busca do sistema penal pela concretização das justificativas da aplicação de penas por meio da prevenção geral e especial conduz o sistema penal a um modelo estigmatizador, seletivo, despersonalizador, não ressocializador e propagador de violência, não capaz de solucionar os conflitos apresentados pela sociedade. Assim, em resposta à crise em que se encontra o sistema penal, este trabalho se propõe a analisar as teorias do direito penal mínimo, como um instrumento de controle do poder punitivo com a retração do sistema penal, bem como do abolicionismo penal, representando uma utopia orientadora na estruturação de modelos de sociedade em que os conflitos serão dirimidos por meio de mecanismos informais e não penais.

Palavras-chave: Teoria da pena. Deslegitimação do sistema penal. Estigmatização. Ressocialização. Minimalismo. Garantismo. Abolicionismo.

ABSTRACT

The present study examines the criminal system (de)legitimization process. It analyzes the different discourses behind punishment justification and the social consequences of the exercise of state penal coercion, along with the minimalist and abolitionist alternatives to the current criminal system. Criminal system's attempt to render concrete punishment justifications through deterrence and rehabilitation turns it into a stigmatizing, selective, depersonalizing, unable to reform and violence enhancer model, which is incapable to solve society's conflicts. Thus, in order to respond to the criminal system crisis, this piece analyzes the theories of minimal criminal law as a tool of controlling the punitive power with the refraining of the criminal system. It also looks at penal abolitionism, which represents a utopia oriented to build society models in which conflicts should be addressed by informal non-penal mechanisms.

Key-words: Theories of punishment. Criminal system delegitimization. Stigmatization. Rehabilitation. Penal Minimalism. Abolitionism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DISCURSOS (DES)LEGITIMADORES DO SISTEMA PENAL	10
2.1 Breve análise das principais teorias da pena	10
2.2 Prevenção geral e função retributiva da pena.....	14
2.3 Prevenção especial e função ressocializadora da pena.....	19
3 CONDICIONAMENTOS DO SISTEMA PENAL SOBRE O INDIVÍDUO	24
3.1 Teoria do etiquetamento e sistema penal selecionador.....	25
3.2 Estigmatização social e o fenômeno da prisionização.....	30
3.3 O fracasso do modelo ressocializador.....	35
4 RESPOSTAS À CRISE DO SISTEMA PENAL	41
4.1 Direito penal mínimo e garantismo penal	41
4.2 Abolicionismo penal	48
5 CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

Partindo-se do pressuposto de que a ideia central do sistema penal gira em torno do emprego de penas, tem-se que sua fundamentação é basilar para os discursos legitimadores dos sistemas punitivos. Diversas respostas são apresentadas à questão do por que punir, objetivando validar os meios empregados pelo poder estatal no controle social dos conflitos.

O alcance do sistema penal, no entanto, ultrapassa os limites da mera aplicação de leis e determinação de regras de conduta na sociedade. Seus efeitos extrapolam os objetivos preliminares do exercício do poder punitivo, resultando consequências não desejadas pelos propósitos justificadores – violência, mais crimes, descontrole social. Dessa forma, os sistemas penais não cumprem com seu papel de resolução de conflitos, não trabalhando a serviço da pacificação social.

Em virtude das dificuldades para atingir na prática o seu fim, diferentes vertentes, então, surgem em resposta buscando soluções. Algumas direcionadas numa perspectiva punitivista – em que se acredita que o sistema penal não funciona, pois não garante a segurança social, devendo ser acentuado –, outras numa perspectiva crítica, que percebe a perda de legitimidade dos sistemas, orientando-se para discursos minimalistas. Nesse contexto, as próximas páginas procuram demonstrar quais são os discursos legitimadores destes sistemas, abordando suas críticas, consequências e respostas.

Na primeira parte do trabalho, serão examinadas as teorias justificadoras da pena, as quais se propõem a legitimar os sistemas penais. O foco é conceituar os pressupostos justificacionistas, principalmente os da prevenção geral e especial, isto é, tanto na dimensão voltada à sociedade em geral, quanto voltada ao indivíduo, com intuito para a socialização, demonstrando a falência das penas e do sistema penal, vez que estes não são capazes de resolver conflitos, tampouco de evitar o arbítrio estatal no exercício de seu poder de coação, excedendo as fronteiras impostas, ao menos em abstrato.

A segunda parte se debruçará sobre as consequências resultantes da implementação dos modelos preventivos. O trabalho neste ponto se concentrará na contribuição do sistema penal para políticas segregacionistas e marginalizadoras, que vão de encontro aos preceitos de integração social das teorias da prevenção geral da pena. Ainda, serão examinados os negativos efeitos oriundos da política de prevenção especial da pena, evidenciados nos processos do etiquetamento social e da prisionização, bem como na ideologia do tratamento, visando à ressocialização dos indivíduos que cometeram ilícitos penais.

Na parte final deste trabalho, então, serão analisadas propostas para o sistema penal que surgem em virtude dos problemas, originados pelo próprio sistema, examinados nos capítulos anteriores. O estudo será centralizado em duas principais correntes que visam combater os modelos hoje estabelecidos: as teses defendidas pelo direito penal mínimo e pelo abolicionismo penal – as quais criticam o sistema penal atual e afirmam sua perda de legitimidade –, analisando o desenvolvimento de alternativas para a resolução dos conflitos da sociedade.

2 DISCURSOS (DES)LEGITIMADORES DO SISTEMA PENAL

Uma das características norteadoras do direito penal é o estabelecimento de penas, de forma que sua compreensão é essencial para a percepção do próprio sistema penal – tanto que é definidora de seu nome. A norma jurídico-penal é fundamentada no poder coativo que tem o Estado para restringir bens da vida (RAMÍREZ, 1992, p. 90-91), e tal coerção é manifestada por meio da pena, que é a consequência penal às condutas antijurídicas delituosas (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 94).

Sendo a pena a representação máxima da coerção penal, ela deve estar atrelada aos fins que o direito penal institui (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 94). Dentre as teorias que procuram fundamentar sua aplicação e, ao mesmo tempo, justificar o porquê de punir, como veremos adiante, ressaltam-se aquelas que defendem sua função preventiva, idealizadas sob duas formas:

Para uns a prevenção se realiza mediante a retribuição exemplar e é prevenção geral, que se dirige a todos os integrantes da comunidade jurídica. Para outros, a prevenção deve ser especial, procurando com a pena agir sobre o autor, para que aprenda a conviver sem realizar ações que impeçam ou perturbem a existência alheia. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 95).

Podemos afirmar, então, ser imprescindível para bem compreender o sistema penal analisar as teorias da pena que procuram legitimá-lo como meio de manifestação do poder coercitivo estatal.

2.1 Breve análise das principais teorias da pena

Com o intuito de indagar-se sobre o sistema penal e sua legitimidade, é preciso compreendê-lo examinando o sentido, as funções e as finalidades conferidas às penas. Para isso, entre as diversas teorias da pena existentes, buscaremos trabalhar as ideias assinaladas em três classificações que pretendem esclarecer de forma geral seus fins e fundamentos. São elas: teorias absolutas, relativas e unitárias.

As teorias absolutas, também chamadas retribucionistas, defendem que a pena justifica-se em si mesma, não podendo ser considerada um meio para fins ulteriores (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 108), ou seja, a pena seria a retribuição àquele que causou o mal por meio do delito.

Tais concepções absolutas são fundamentadas na teoria da retribuição ética de Kant¹, em que se entende que a aplicação da pena é uma necessidade ética, pois seria a forma absoluta de se exigir justiça; bem como na teoria da retribuição lógico-jurídica de Hegel², que afirma a ideia de que a pena é a negação do delito, já que este negou o próprio Direito (PRADO, 2005, p. 553-554). Para estes autores, deve haver uma relação de igualdade entre o delito praticado e a punição aplicável³.

A pena, na visão destas teorias, é considerada um mal necessário para compensar o mal gerado pelo crime, dando voz à antiga lei retributiva – Lei de Talião: “olho por olho, dente por dente”⁴, representando uma valoração moral do ilícito praticado, tendo por base arcaicas teorias religiosas que sustentam ideias de vingança, expiação e reequilíbrio entre pena e delito (FERRAJOLI, 2010, p. 236-237). Nessa linha, afirma Juarez Cirino dos Santos que:

A pena como *retribuição* do crime, no sentido religioso de *expiação* ou no sentido jurídico de *compensação* da culpabilidade, característica do Direito Penal clássico, representa a imposição de um mal *justo* contra o mal *injusto* do crime, necessária para realizar a justiça ou restabelecer o Direito, segundo a conhecida fórmula de SENECA: *punitur, quia peccatum est*⁵. A sobrevivência histórica da pena *retributiva* – a mais antiga e, de certo modo, a mais popular *função*

¹ “KANT (1724-1804) define a justiça retributiva como *lei inviolável*, um *imperativo categórico* pelo qual *todo aquele que mata deve morrer*, para que cada um *receba o valor de seu fato* e a *culpa do sangue* não recaia sobre o povo que não puniu seus culpados.” (SANTOS, 2005, p. 4-5).

² “Para HEGEL, a pena não resulta de um mandato absoluto de justiça, como em KANT, mas de uma exigência da razão, que se explica e se justifica a partir de um processo dialético inerente à ideia [sic] e ao conceito mesmo de direito. Mais claramente, o delito é uma violência contra o direito, a pena uma violência que anula aquela primeira violência; a pena é assim a negação da negação do direito representada pelo delito [...]. A pena é, portanto, a restauração positiva da validade do direito, constituindo uma necessidade lógica.” (QUEIROZ, 2008, p. 24-25).

³ Apesar disso, Ferrajoli entende que as duas concepções, de Kant e Hegel, são apenas aparentemente distintas, vez que para Hegel o Estado é concebido como um espírito ético ou uma substância ética, de forma que a ideia de retribuição jurídica fundamenta-se no valor moral associado, senão a cada a cada imperativo penal, à ordem jurídica lesionada. (FERRAJOLI, 2010, p. 237).

⁴ “O talião, que atualmente [sic] nos povos civilizados é símbolo de ferocidade bárbara [sic], foi na humanidade primitiva um grande progresso moral e jurídico, justamente porque impôs um limite, uma medida à reação pela vindicta defensiva (olho por olho, dente por dente)”. (FERRI, 1931, p. 10).

⁵ Punido, porque pecou. “Tradução nossa”.

atribuída à pena criminal – parece inexplicável: a pena como *expição* de culpabilidade lembra suplícios e fogueiras medievais, concebidos para *purificar* a alma do condenado; a pena como *compensação* de culpabilidade atualiza o impulso de vingança do ser humano, tão velho quanto o mundo. (2005, p. 3-4).

Apesar de se considerar positivo o fato de as teorias absolutas não tratarem o condenado como um mero exemplo para a sociedade e terem em sua base teórica o objetivo de retribuição proporcionalmente ao delito, são elas amplamente criticáveis por diversos aspectos. Paulo Queiroz elenca algumas das críticas mais correntes em relação às teorias retributivas, afirmando que além de não haver explicação racional que justifique a retribuição, pois a pena representa também uma forma de violência, a absolutização dos fins do Estado, do conceito de crime e do fundamento do direito de punir ignora a construção social e criminológica acerca da realidade operativa do sistema penal (QUEIROZ, 2008, p. 27-33). No entanto, essas teorias não possuem adeptos atualmente (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 108).

Por sua vez, as teorias chamadas relativas nasceram em contraposição às teorias absolutas, pois entendem a pena como meio para obtenção de objetivos futuros (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 108). Fundamentam-se numa concepção utilitarista da pena⁶, com o propósito de evitar práticas delituosas, isto é, o sistema penal possui uma finalidade preventiva, podendo ser esta geral ou especial (PRADO, 2005, p. 555).

A prevenção geral “busca sua justificativa na produção de efeitos inibitórios à realização de condutas delituosas, nos cidadãos em geral, de maneira que deixarão de praticar atos ilícitos em razão do temor de sofrer a aplicação de uma sanção penal” (PRADO, 2005, p. 555), voltando-se, assim, à totalidade da sociedade. Sua intenção é que a ideia da punição esteja no espírito do povo e que cada ato delituoso praticado seja punido, independentemente de sua extensão de gravidade, para que o exemplo prevaleça sobre a impunidade. Assim, referindo Beccaria, Miguel Reale Júnior dispõe:

⁶ A concepção utilitarista da pena traz a ideia de que a finalidade da lei é a felicidade dos cidadãos, sendo assim de utilidade para a nação que o sistema penal proteja o povo e garanta sua segurança, tendo a pena o papel de instrumento para a tutela dos cidadãos. Ainda, essencial é evitar que os crimes repitam-se, corrigir os erros, não havendo necessidade de preocupar-se com o mal passado, pois esta postura representaria apenas uma vingança, que foge totalmente de justificativas racionais. (FERRAJOLI, 2010, p. 241-242).

Por isso devem ser punidos os crimes de menor monta, pois se não o forem, sendo eles os que mais facilmente se é tentado a realizar, os mais corriqueiros, abre-se o caminho para os grandes crimes. Desviando-se dos crimes menores, afastam-se as pessoas dos grandes crimes. (2009, p. 52).

Já a prevenção especial “consiste na atuação sobre a pessoa do delinquente, para evitar que volte a delinquir no futuro” (PRADO, 2005, p. 561). Essa atuação se daria em duas perspectivas. A primeira com o intuito de neutralizar o preso, a qual busca incapacitá-lo a praticar novos delitos, representando a prevenção especial negativa; e a segunda, fundada no objetivo de correção do delinquente, isto é, de ressocializar o indivíduo, por meio do trabalho de psicólogos e outros profissionais, numa função positiva do estado. (SANTOS, 2005, p. 7).

Por fim, as teorias unitárias da pena, também chamadas de mistas ou ecléticas – predominantes atualmente –, consistem na conciliação da ideia de retribuição da pena com os fins da prevenção geral e especial. Entende-se a pena como necessária para evitar a realização de novos crimes, sendo para isso indispensável que ela seja proporcional à gravidade do delito e à culpabilidade do seu autor, exercendo papel essencial na manutenção da ordem social (PRADO, 2005, p. 562-563).

As teorias unitárias pretendem superar as antinomias entre as propostas absoluta e relativa, buscando um equilíbrio entre as finalidades das penas. Isto significa que a pena é uma retribuição jurídica que pretende prevenir novos delitos no futuro (de forma geral ou especial), sendo a retribuição o limite da prevenção, como explica Paulo Queiroz:

Busca-se, assim, unir justiça e utilidade, razão pela qual a pena somente será legítima na medida em que for a um tempo justa e útil. Por conseguinte, a pena, ainda que justa, não será legítima, se for desnecessária (inútil), tanto quanto se, embora necessária (útil), não for justa. (2008, p. 61).

Após esta breve análise das principais linhas da teoria da pena, cumpre examinar com maior atenção as concepções que embasam o sistema punitivo, demonstrando quais os efeitos de sua aplicação e quais as críticas direcionadas a essas justificativas, buscando compreender se são suficientes para a legitimação do sistema penal.

2.2 Prevenção geral e função retributiva da pena

Conforme brevemente exposto anteriormente, a prevenção geral pretende evitar o cometimento de crimes por meio do exemplo, intimidando a sociedade a portar-se de acordo com parâmetros morais previamente definidos, ameaçando aqueles cidadãos que intentam delinquir com sanções penais, em nome da segurança social. Assim, afirma Cesare Beccaria, um dos defensores da teoria em questão, que o fim da pena é

impedir o réu de fazer novos danos aos seus concidadãos e de dissuadir os outros de fazer o mesmo. Devem, assim, escolher-se as penas e o método de infligi-las de tal maneira que, observadas as devidas proporções, se produzirá um efeito mais eficaz e mais duradouro sobre os espíritos dos homens, e menos torturante sobre o corpo do réu. (1998, p. 85).

As ideias de prevenção geral foram desenvolvidas na transição do Estado absoluto ao Estado liberal, com base nas teorias iluministas que julgavam que os indivíduos poderiam medir as vantagens e desvantagens de cometer delitos, levando em consideração a pena que seria imputada, cabendo aos sujeitos lutar contra seus impulsos criminosos (BITENCOURT, 2009, p. 93-94). Tal prevenção é buscada tanto por uma forma negativa de intimidação penal, quanto por uma positiva, geralmente definida como integração/prevenção.

Entende-se por meio da ideia da prevenção geral negativa que a função essencial da pena é coagir psicologicamente a sociedade, com o objetivo de atemorizar os destinatários das normas penais. Isso porque, consoante à concepção construída por um dos mais conhecidos idealizadores desta teoria, Feuerbach,

todos os crimes têm por causa ou motivação psicológica a sensualidade, na medida em que a concupiscência do homem é o que o impulsiona, por prazer, a cometer a ação. A esse impulso da sensualidade deve ser oposto um contra-impulso, que é a certeza da aplicação da pena. (QUEIROZ, 2008, p. 35).

Assim, frente à volúpia dos indivíduos, a fim de contê-la, deve haver uma ameaça formal de penalização cuja certeza de sua aplicação seja suficiente para

intimidar a sociedade, a ponto de anular os impulsos humanos. Nesse sentido, Ferrajoli aponta o mérito dessa doutrina, vez que não confunde direito e moral, em função de se focar em toda a sociedade, não apenas no delinquente (2010, p. 257).

Não obstante, o mesmo autor ressalta o grande vício de tais doutrinas, quando elas se prestam à intimidação geral por meio do exemplo da condenação, porquanto fundamentam modelos de direito penal máximo⁷. Ao entender a pena como um meio para alcançar ulterior objetivo, legitima intervenções punitivas severas, as quais não se ocupam de assegurar garantias aos acusados, afinal a pena é utilizada como exemplo, tornando os condenados verdadeiros “bodes expiatórios”, podendo vir a punir inocentes, pois a punição desvincula-se da culpabilidade e da verificação da existência do crime, o que ocorre em casos de extermínios (2010, p. 257).

Não estranho é, então, encontrar na época feudal as raízes da expiação e da intimidação, quando os castigos corporais e a pena de morte eram largamente empregados. “O objetivo primeiro dessas penas, antes que o de castigar o criminoso era o de fazer sofrer e intimidar pelo sofrimento” (MESTIERI, 1990, p. 52), servindo de exemplo aos demais membros da comunidade.

O problema da lógica do exemplo, no entanto, é que a ameaça penal não possui critério limitador da pena, violando a dignidade humana, quando aumenta injustamente o sofrimento de condenados a fim de desestimular potenciais criminosos, o que “transforma a prevenção geral *negativa* em verdadeiro terrorismo estatal” (SANTOS, 2005, p. 9-10).

A prevenção geral por meio da ameaça de punição leva, então, a um terrorismo penal, em que quanto mais grave e severa a pena, maior probabilidade de atender à sua finalidade preventiva, dando espaço para a arbitração de penas como a prisão perpétua ou até mesmo a pena de morte. Nesse sentido, Ferrajoli elucida:

⁷ “o *direito penal máximo* é um modelo de direito penal caracterizado pela excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade de suas condenações e penas, voltado à garantia de que nenhum culpado fique impune, ainda que à custa do sacrifício de algum inocente. [...] Dessa forma, qualquer tipo de infração penal deve ser punido severamente, com o objetivo de servir de exemplo à sociedade e buscando evitar que o agente possa cometer atos mais graves” (NUCCI, 2009, p. 373).

A consequência mais grave é que tais doutrinas, por mais idôneas que sejam em assegurar limitações garantistas internas à função penal, não asseguram à mesma nem critérios de justiça nem limitações externas que lhe contenham a tendência ao direito penal máximo. Com efeito, o objetivo da eficácia das proibições penais não condiciona, de nenhuma forma, a quantidade e a qualidade das penas. Ao contrário, sugere a máxima crueldade punitiva. 'A intimidação', [...], 'leva as penas a um aumento perpetuamente progressivo, vez que o delito cometido, demonstrando positivamente que aquele culpado não teve medo daquela pena, persuade a que, visando atemorizar os demais, seja necessário aumentá-la. (2010, p. 260).

A prevenção geral positiva, por sua vez, considera que a pena é legitimada quando se fortalece a consciência geral sobre a norma, vez que o crime ofenderia a coesão social, e a pena, então, representaria a restauração da estabilidade social, impregnando na consciência da comunidade o que é certo ou errado, jurídica e moralmente. Isto é,

[...] a pena se presta não à prevenção negativa de delitos, demovendo potenciais infratores, nem tampouco dissuadindo aqueles que praticaram delito; seu propósito vai além: infundir na consciência coletiva a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito, promovendo a integração social finalmente. (QUEIROZ, 2008, p. 38).

Roxin afirma que a legitimação da pena fundamenta-se com o objetivo de proteger bens jurídicos, demonstrando a inviolabilidade do Direito, imprescindível para preservar a confiança no ordenamento jurídico e reforçar a fidelidade normativa dos cidadãos (SANTOS, 2005, p. 10), sinalizando três principais linhas dos efeitos que objetiva a prevenção geral positiva da seguinte forma:

em primeiro lugar, o efeito de aprendizagem, que consiste na possibilidade de recordar ao sujeito as regras sociais básicas cuja transgressão já não é tolerada pelo Direito Penal; em segundo lugar, o efeito de confiança, que se consegue quando o cidadão vê que o Direito se impõe; e, por derradeiro, o efeito de pacificação social, que se produz quando uma infração normativa é resolvida através da intervenção estatal, restabelecendo a paz jurídica. (PRADO, 2005, p. 557).

Neste contexto, resta clara a influência da retribuição, aproximando as presentes teorias às absolutas, já que a aplicação da pena implicaria a reafirmação do ordenamento jurídico, voltando, assim, a confundir-se direito e moral ao conferir às

penas função de integração social por meio do reforço geral de fidelidade ao estado, servindo o direito penal como real orientação moral (FERRAJOLI, 2010, p. 255-256).

Sintetiza Luiz Regis Prado:

[...] uma pena justificada pela denominada prevenção geral positiva nada mais é do que a pena retributivista, pois que a aplicação de uma pena à infração delitiva perpetrada conduz à realização de seu efeito preventivo estabilizador, de maneira que ‘a mudança de etiquetas não afeta em absoluto o conteúdo da pena, que é reafirmação do ordenamento jurídico, ou seja, retribuição justa. (2005, p. 557).

Ainda, outro autor importante na teorização da prevenção geral positiva é o alemão Günther Jakobs, o qual parte da teoria sistêmica de Luhmann⁸, defendendo que “a norma penal constitui uma necessidade funcional/sistêmica de estabilização de expectativas sociais por meio da aplicação de penas ante as frustrações que decorrem da violação das normas” (QUEIROZ, 2010, p. 105). Vale dizer, defende que o delito ameaça a integridade social, enquanto representa a falta de lealdade ao direito, sendo a pena nada mais que a demonstração da vigência da norma.

Às teorias da prevenção geral positiva imputa-se a forte tendência ao totalitarismo, na medida em que o sistema penal e a ordem social são colocados acima do indivíduo, preceitos básicos do direito penal máximo. Com a perda dos limites e garantias, possibilita-se a punição de quaisquer atitudes consideradas imorais pelos detentores do poder de criminalizar como justificativa a alcançar o objetivo final de integração da sociedade, reconhecendo-se naquele que delinque um verdadeiro inimigo⁹ da sociedade. (QUEIROZ, 2008, p. 47-51).

⁸ “A teoria dos sistemas trabalha com a ideia [sic] de complexidade das sociedades modernas, onde, para facilitar a orientação do homem no mundo, devem-se criar mecanismos que permitem a redução dessa complexidade, entre os quais figuram os sistemas sociais, demarcando o Direito os limites de configuração que dá a si mesma a sociedade. A norma jurídica gera, por isso, determinada *expectativa*, que é um conceito contingente, pode ocorrer ou não. É preciso que existam mecanismos nesse sistema capazes de reagir a essas defraudações de expectativas.” (PINTO NETO, 2007, p. 15).

⁹ A teoria de Jakobs do Direito Penal do Inimigo enxerga naquele que delinque um inimigo da sociedade, não sendo este digno de um tratamento igual ao exarado aos demais cidadãos, ou seja, a este inimigo não será assegurado direitos e garantias básicas de um Estado Democrático de Direito, como o devido processo legal, por exemplo. Afirma que “[q]uem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas” (2005, p. 42).

Importante ressaltar, também, que prevenção geral positiva não se confunde com função simbólica da pena, ou seja, a prevenção geral positiva não tem como essência provocar o medo como forma de controle social, sendo o efeito simbólico apenas um efeito secundário¹⁰. Em razão disto, “[p]ara que a finalidade da prevenção geral positiva seja legítima deverá respeitar princípios e garantias individuais sem se deixar levar por reações psicossociais como o medo, [...] perigosas do ponto de vista garantista e democrático” (REGHELIN, 2007, p. 290).

Em linhas gerais, as teses de prevenção geral têm o exemplo como recurso básico, sendo este utilizado pelo o estado como forma de intimidação da população. Ocorre que o limite entre a repressão exemplar e a vingança é extremamente sutil e de difícil identificação, partindo-se, então, a justificativas retribucionistas. O problema existente nesse aspecto é que a retribuição não é aplicada de forma racional, isto é, de forma a reparar o dano causado pela prática do ilícito, como ocorre nos demais âmbitos do direito – civil, administrativo, etc. –, mas sim de forma a punir, havendo então uma prevenção penal. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 95-97).

Cumprindo ainda frisar que as teses da prevenção geral legitimam a seletividade do sistema penal – tema que será aprofundado na segunda parte deste trabalho – vez que a pena se torna um instrumento de poder de controle social. Zaffaroni e Pierangeli esclarecem essa consequência:

[...] ao lado do mecanismo psicológico, não podemos ignorar que a mais ligeira análise sociológica nos mostra que em qualquer sociedade existem grupos mais ou menos privilegiados e outros mais ou menos marginalizados. Sendo isto inevitável, sempre existe o risco de que os primeiros queiram tornar o direito penal unicamente um instrumento, como meio de contenção dos segundos – o que de fato acontece frequentemente –, e a prevenção geral proporcionaria neste caso o argumento de cobertura de semelhante instrumentalização, particularmente devido ao caráter seletivo da operatividade do sistema

¹⁰ “Os sistemas simbólicos cumprem uma função política de legitimação da dominação, que contribuem para assegurar a dominação de uma classe sobre outra. [...] a ideia do caráter simbólico da resposta punitiva [...] busca [...] uma nova legitimação da justiça penal, uma *legitimação simbólica*, por ser independente de sua capacidade de erradicar os delitos, suas causas e seus efeitos. [...] A pena não constitui mais retribuição de um mal com um mal, tampouco dissuasão (prevenção geral negativa), nem busca a prevenção geral através da ressocialização, mas sim prevenção-integração no sentido de que sua função primária é exercer o reconhecimento da norma e a fidelidade frente ao direito por parte dos membros da sociedade. [...] A função da pena não é, então, a prevenção da lesão dos bens jurídicos, mas a confirmação simbólica da norma com a finalidade de reforçar o consenso entre os membros da sociedade”. (SANGUINÉ, 1992, p. 115-118).

penal. A prevenção geral possibilitaria a certeza de que a pena assume a forma de uma ameaça esgrimida pelo poder contra os setores mais humildes da população, que costumam ser os mais vulneráveis frente à seletividade do sistema penal. (2008, p. 95-96).

Dessa forma, evidencia-se que a prevenção geral não é capaz de fundamentar a pena como instrumento de coação do poder estatal, tendo em vista que não pode traçar limites às consequências de sua própria teoria (BITENCOURT, 2009, p. 96).

2.3 Prevenção especial e função ressocializadora da pena

Ao contrário da prevenção geral, a prevenção especial se dirige a um público específico, não à totalidade da sociedade; tal público é composto por aqueles que já cometeram crimes. Como explanado no início deste trabalho, para esta corrente, a finalidade do direito penal é prevenir novos delitos neutralizando (negativa) ou ressocializando (positiva) os indivíduos transgressores com o objetivo de evitar reincidência, convertendo o delinquente em um cidadão de bem.

A base criminológica da prevenção especial encontra-se na Escola Positiva¹¹ italiana, que teve entre seus principais teóricos Lombroso¹², Garofalo e Ferri (segunda metade do século XIX). Defende que o criminoso revela uma crueldade inata e instintiva, então é necessária a pena como forma de defesa da sociedade, com a finalidade de profilaxia total. Mais adiante, já no século XX, com o intuito de humanizar as penas, toma força a Escola da Nova Defesa Social de Marc Ancel, que trabalha com o plano da reinserção social do condenado, dando ênfase a periculosidade, recepcionando a pena como medida de defesa social¹³, preventiva, curativa e educativa. (REALE JUNIOR, 2009, p. 48-51). Assim, em última análise, a presente

¹¹ “A Escola Positiva possui dois aspectos principais, a Antropologia Criminal [...] de Cesare Lombroso, e a Sociologia Criminal [...]. [...] Os estudiosos da [...] Sociologia Criminal, usando métodos das ciências experimentais, diversamente dos clássicos (adotando o método metafísico ou apriorístico), aceitaram a verdade ditada pela experiência de que delinquente não é um ser igual aos demais homens, concluindo ser o crime produto dos fatores que influenciam o delinquente.” (MESTIERI, 1990, p. 60).

¹² Para ilustrar brevemente a visão de Cesare Lombroso, este afirma que “a aberração do sentimento é a nota característica dos criminosos, como dos dementes, podendo uma grande inteligência coincidir com uma tendência criminosa e demente” (2007, p. 58).

¹³ “A característica aqui do conceito de defesa social é uma política ativa de prevenção que tenciona proteger a Sociedade protegendo também o delinquente [sic], e que visa a assegurar-lhe, através de condições e vias legais, um tratamento apropriado ao seu caso individual. A defesa social vista sob esse ângulo repousa portanto, em grande parte, na substituição da pena retributiva pelo *tratamento*”. (ANCEL, 1979, p. 12).

teoria busca um direito penal voltado ao tratamento do criminoso, conforme expõe Paulo Queiroz:

Em sua versão mais radical, a teoria da prevenção especial pretende a substituição da justiça penal por uma espécie de medicina social, a fim de promover um saneamento social, seja pela aplicação de medidas terapêuticas, seja pela segregação por tempo indeterminado, seja pela submissão a um tratamento ressocializador apto a inibir as tendências criminosas. (2010, p. 109).

As doutrinas que fundamentam as teorias da prevenção especial confundem explicitamente direito e moral, “concebendo o réu como um pecador a ser reeducado coercitivamente” ou “como um doente ou como um ser anormal a ser curado ou eliminado” (FERRAJOLI, 2010, 251-252), o que reforça a ideia do direito penal do autor¹⁴, colocando em segundo plano o fato ilícito em si.

O desenvolvimento na prática da prevenção especial põe em risco garantias jurídico-penais, vez que o autor do fato delituoso poderia “ficar submetido indefinidamente ao poder estatal”, sendo justificáveis até sentenças indeterminadas pelo ordenamento. Além disso, abre-se a possibilidade de “imposição de penas desproporcionais¹⁵ à gravidade do delito praticado”. (PRADO, 2005, p. 561). Conforme Ferrajoli,

Se, por um lado, o julgamento vem por estas submetido a modelos inquisitórios, voltados a privilegiar a avaliação do autor em relação à cognição da ação, por outro as penas resultam pesadamente agravadas [...]. A pena, com efeito, assume forma de *tratamento* diferenciado, que visa à transformação ou à neutralização da personalidade do condenado [...] mediante sua reeducação aos valores dominantes ou, o que é pior, sua alteração por meio de medicamentos. Via de consequência, resolve-se, na medida em que o tratamento não é partilhado com o condenado, em uma aflição adicional à sua reclusão, e, mais precisamente, em uma lesão da sua

¹⁴ “Ainda que não haja um critério unitário acerca do que seja o direito penal de autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma ‘forma de ser’ do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintonia de uma personalidade; o proibido e o reprovável ou perigoso, seria a personalidade e não o ato.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 107).

¹⁵ “Garofalo justifica a existência da pena de morte com a afirmação de que os indivíduos que praticam crimes são destituídos do sentimento de piedade, próprio da natureza humana. Esses indivíduos, pois, colocavam-se fora da sociedade e rompiam o vínculo que os ligava a ela, razão pela qual se poderia suprimi-los não só porque o sendo moral foi violado pelo delito, mas também porque a violação, se tomada como sintoma de uma permanente anomalia física, tornava o delinquente para sempre impróprio à vida social.” (SOBRINHO, 2007, p. 10).

liberdade moral ou interior que se soma à uma lesão da liberdade física ou exterior, própria da pena detentiva. Ademais, dado o caráter corretivo associado aos tratamentos penais, não se justificam limites legalmente e rigidamente preestabelecidos às exigências individualizadas da correição. Ao contrário, justificam-se e recomendam-se penas de natureza e duração corretivas indeterminadas, sujeitas a mutações dependendo das variações das necessidades corretivas e cujo fim corresponde à cura ou arrependimento do réu. (2010, p. 252).

Já numa perspectiva mais branda da aplicação da prevenção especial, Zaffaroni e Pierangeli apontam que a prevenção especial penal não deve ser um fim em si mesmo, que se prende apenas à periculosidade do indivíduo, ou seja, ela deve ser um meio de prover a segurança jurídica. Explicam que “a ‘reforma’ do criminalizado pode se obter, às vezes, mediante uma simples privação de algo que tem por valioso, e que pode gerar uma contramotivação, como acontece no caso [...] de algumas [...] penas conhecidas pelo direito penal contemporâneo” (2008, p. 99), como multas ou prestação de serviços à comunidade.

Entretanto, mesmo atualmente, podemos encontrar algumas formas de coerção penal com base na periculosidade como as medidas de segurança¹⁶, que representam nada mais do que formas de segregar os agentes da sociedade, em resposta à ameaça produzida por este ser perigoso que é o criminoso, dando voz às doutrinas da defesa social. De acordo com o pensamento de Aníbal Bruno:

Colocado em frente ao problema do homem criminalmente perigoso, cuja presença no meio social resulta em ameaça permanente às condições existenciais da sociedade, cabe-lhe tentar reduzir essa virtualidade criminal ou torná-la inócua pela segregação do delinquente do convívio social. (1977, p. 145).

No entanto, por mais que sejam chamadas de ‘medidas’, não passam, na verdade, de penas, “cujo conteúdo penoso pode ser depreendido da necessária privação de bens jurídicos que acompanha a reclusão” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 111). Estes mesmos autores afirmam que chamar essas penas de outra forma não passa de um eufemismo e de um grande erro, vez que tentam esconder sua real natureza penosa. Assim, defendem que a “denominação mais realista que se

¹⁶ “Medidas de segurança [...] são meios jurídico-penais de que se serve o Estado para remover ou inocuizar o potencial de criminalidade do homem perigoso. Seu fim não é punir, mas corrigir ou segregar.” (BRUNO, 1977, p. 145).

pode dar a essas medidas é a de pena, toda vez que, ainda quando o objetivo seja reabilitar, o sujeito deva ser confinado e, por mais benigno que seja, tal confinamento é prejuízo, e o prejuízo, por sua vez, é penalidade” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 111). Afirma Bustos Ramírez também nesse sentido que uma vez que superada a ideia da função retributiva da pena “se apaga toda diferença entre medidas e penas, pois ambas teriam a mesma função e natureza, que é reabilitar e segregar, conforme o caso” (1992, p. 100).

Enfim, para os adeptos da teoria da prevenção especial o delito não representa apenas uma violação à ordem jurídica, mas um dano social, e o delinquente é o agente que coloca a sociedade em risco – é um perigo social (BITENCOURT, 2001, p. 131). Essa visão, porém, daquele que cometeu um crime figurar um ser perigoso é objeto de fortes críticas, vez que definir a periculosidade de uma pessoa requer um juízo subjetivo sobre a probabilidade de ela vir a delinquir novamente, porém essa demonstração não é viável de ser realizada com segurança e veracidade científica (BITENCOURT, 2001, p. 134-135). Assim, se não há como esperar o cometimento de um crime, não há como afirmar que o indivíduo possua uma perigosidade criminal, e mesmo que se indique uma perigosidade social, ou seja, um prognóstico de que possa ser o cidadão perigoso, “o Direito Penal, que se refere ao delito, carece de legitimação para intervir” (BITENCOURT, 2001, p. 135).

Outra crítica que se faz a esse modelo justificador das penas é que a ressocialização é uma forma extremada de controle do estado sobre as condutas dos indivíduos, e nesse sentido questiona-se “o que pode legitimar a uma maioria para subjugar a uma minoria, conforme as suas formas de vida, de onde surge um direito a educar contra sua vontade as pessoas adultas, por que certos cidadãos não podem viver como lhes agrada” (BUSTOS RAMÍREZ, 1992, 101-102). Consequentemente,

a ressocialização só significa reconhecer como fim de um Estado democrático, a possibilidade de manipulação dos indivíduos por parte do Estado, daí a falta de controle e a rediscussão deste, já que as pautas de ressocialização são determinadas por ele e seus órgãos, o que pode enfim, significar o totalitarismo de um, alguns, ou da maioria sobre a minoria. (BUSTOS RAMÍREZ, 1992, p. 102).

Isto significa dizer que a utilização da teoria da prevenção especial “deixa o cidadão ilimitadamente ao arbítrio jurídico-penal do Estado” (BITENCOURT, 2001, p. 135), o que leva não só a discussão de um novo modelo de sistema penal, mas também de uma nova perspectiva de sociedade e de Estado.

Dessa forma, pode-se afirmar que as teorias de prevenção presentes em nossos ordenamentos lesionam gravemente os fundamentos de uma sociedade democrática e comprometida com a dignidade humana. Demonstra-se a real falência das penas, tanto na dimensão voltada ao indivíduo, com intuito para a socialização, quanto voltada à sociedade em geral, em que a coação do estado é mais uma manifestação do arbítrio exercido no funcionamento dos sistemas penais, direcionando-os a modelos autoritários. Assim, mostra-se a necessidade de analisar novas propostas para o sistema penal, a fim de combater os modelos hoje estabelecidos.

3 CONDICIONAMENTOS DO SISTEMA PENAL SOBRE O INDIVÍDUO

Como exposto no capítulo anterior, são diversos os discursos que buscam legitimar o sistema penal, seja numa perspectiva interna, relacionada àqueles que são diretamente afetados com o seu propósito punitivo, os chamados delinquentes, seja numa perspectiva externa, direcionada à população em geral.

Tais argumentos de justificação podem ser entendidos basicamente em dois sentidos principais: o da ressocialização e o da retribuição. No entanto, este modelo garantidor fundamentado na prevenção tem-se mostrado não só ineficiente, como também acaba por alcançar resultados totalmente diversos daqueles pretendidos. No lugar de reinserir os criminosos na sociedade ou de intimidar o cometimento de ilícitos penais, o aparato penal contribui fortemente para a ampliação da violência em virtude de sua política segregacionista, reforçando um processo de marginalização dos sujeitos, que, por óbvio, não concretiza o fim almejado pelas teorias relativas que pretendem legitimar o sistema penal.

Tem-se evidenciado o quão condicionante o próprio sistema é, na medida em que produz efeitos permanentes de estigmatização desses indivíduos – etiquetamento – realçando estereótipos que em sua maioria das vezes ficam presos aos setores marginalizados e humildes da sociedade. Nesse contexto, pode-se afirmar que o sistema penal não só não previne, como também seleciona determinadas pessoas ou ações que serão submetidas ao seu poder.

Ademais, uma vez inserida essa população de estigmatizados dentro do contexto da prisão, a situação agrava-se, pois a segregação institucional gera o fenômeno da prisionização e da despersonalização, os quais produzem efeitos por vezes irreversíveis de deterioração psíquica dos apenados em função de prolongada privação de liberdade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 70). Destarte, mister analisar os fenômenos de estigmatização e despersonalização gerados por um sistema penal selecionador, bem como a ineficácia da ideologia do tratamento intrínseca neste.

3.1 Teoria do etiquetamento e sistema penal selecionador

O sistema penal além de não cumprir a função preventiva que se aplica a ele, ainda estimula a estigmatização social. Cabe registrar, de acordo com Zaffaroni, “que a carga estigmática não é provocada pela condenação formal, mas pelo simples contato com o sistema penal” (1991, p. 134), ou seja, não são apenas a prisão ou a condenação que têm influência na rotulação do indivíduo como criminoso, mas todo o aparato relacionado ao sistema, em qualquer nível¹⁷.

Dessa forma, não se pode compreender a criminalidade furtando-se de analisar a ação do sistema penal, vez que o “*status* social do delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência” (BARATTA, 2002, p. 86). Essa é a perspectiva trazida pelas teorias da “reação social” ou “labeling approach”, surgida em torno dos anos sessenta do século XX, que estuda os efeitos estigmatizantes intrínsecos ao sistema penal.

Ao contrário da criminologia tradicional de Lombroso, cujo centro de estudo era o criminoso e seu determinismo psíquico e biológico – do qual se depreendeu os estigmas da criminalidade até hoje impregnados na sociedade (SOBRINHO, 2007, p. 6-13), os autores das teorias da reação social buscaram compreender quem era definido como desviante, quais os efeitos decorrentes desta definição, em que condições o cidadão se tornava alvo do etiquetamento e quem eram os responsáveis por atribuir tais estigmas (BARATTA, 2002, p. 88).

¹⁷ “A expressão sistema penal, no dizer de Huertas (1994, pp. 5-6), faz referência ao conjunto de instituições estatais e suas atividades, que interferem na ‘criação e ‘aplicação’ das normas penais, concebidas estas no seu sentido mais extenso, desde as disposições substantivas, até as procedimentais e administrativas. Assim compreendido, o sistema penal é composto pelo aparato total de normas, instituições, saberes, ações e decisões direta ou indiretamente relacionados com o fenômeno criminal. Abrange não somente as agências legislativas (responsáveis pela criação das normas), instituições policiais, Ministério Público, Poder Judiciário e Sistema Prisional (responsáveis pela imposição ou aplicação das normas), como também inúmeras outras agências que concorrem para a aplicação das leis penais, dentre elas os órgãos públicos e os agentes financeiros e econômicos que têm o dever de noticiar a prática de crimes (Polícia Ambiental, Banco Central, Vigilância Sanitária, Defesa do Consumidor, etc.), a Ordem dos Advogados, a Medicina Legal, a Psiquiatria Forense, as Perícias Forenses, e aquelas responsáveis pela produção e reprodução dos saberes que envolvem o sistema penal, principalmente das Escolas de ensino jurídico. O aparato do sistema penal não é estanque ou isolado do universo social, estando, ao contrário, inserido neste contexto. Por isso, torna-se relevante mencionar instituições sociais, entre elas a mídia, a escola em sentido amplo, a família, a igreja, os clubes e associações, etc., as quais produzem e reproduzem o senso comum, modelando o sistema penal.” (BISSOLI FILHO *apud* SOBRINHO, 2007, p. 14).

Há uma quebra nos paradigmas criminológicos até então estabelecidos, em que se percebe que a criminalidade não é um comportamento natural de determinados indivíduos, mas sim um rótulo atribuído pelo sistema penal a pessoas específicas. Investigam-se as condições em que se atribuem etiquetas da criminalidade a certos comportamentos e sujeitos, bem como o impacto produzido pelo etiquetamento na identidade do delinquente (SOBRINHO, 2007, p. 14-19).

O “estigma” representa sinais que evidenciam características consideradas negativas sobre a personalidade de alguém, e por isso esta pessoa passa a ser considerada ruim, indesejada, constituindo uma identidade irreal para o estigmatizado. Consoante alude Goffman, pode-se definir o estigma do seguinte modo:

Enquanto o estranho está a nossa frente, podem surgir evidências de que ele tem um atributo que o torna diferente de outros que se encontram numa categoria em que pudesse ser incluído, sendo, até, de uma espécie menos desejável – num caso extremo, uma pessoa completamente má, perigosa ou fraca. Assim, deixamos de considerá-lo criatura comum e total, reduzindo-o a uma pessoa estragada e diminuída. Tal característica é um estigma, especialmente quando seu efeito de descrédito é muito grande – algumas vezes ele é considerado um defeito, uma fraqueza, uma desvantagem – e constitui uma discrepância específica entre a identidade social virtual e a identidade social real. (1988, p. 12).

A sociedade ao redor do estigmatizado é a responsável por estabelecer, de acordo com algum contexto, o que é considerado aceitável ou não naquele meio de relações sociais, e assim o excluir. Dessa forma, “um indivíduo que poderia ter sido facilmente recebido na relação social quotidiana possui um traço que pode-se impor à atenção e afastar aqueles que ele encontra, destruindo a possibilidade de atenção para outros atributos seus” (GOFFMAN, 1988, p. 14), por ele possuir uma característica diferente daquela exigida ou prevista pelos demais. A sociedade considerada “normal” – não estigmatizada – não enxerga, pois, este indivíduo de outra forma que não como uma caricatura, inferiorizando-o (PINTO NETO, p. 105).

Numa perspectiva criminal, o estigma constitui verdadeira marca que identifica determinada pessoa como um vulnerável ao sistema penal, marcas estas que podem tornar-se profundas, mostrando que definições legais e rejeições sociais produzidas

pelo etiquetamento podem levar o próprio indivíduo a se enxergar como criminoso, internalizando essa imagem que lhe foi imposta (SOBRINHO, 2007, p. 36-39). Para melhor exemplificar os tipos de etiquetas da criminalização, Goffman identifica três tipos de estigmas:

O primeiro tipo é constituído pelas abominações do corpo; o segundo, as culpas de caráter individual, percebidas como vontade fraca, paixões tirânicas ou não naturais, crenças falsas e rígidas, desonestidade, sendo essas inferidas a partir de relatos conhecidos de, por exemplo, distúrbio mental, prisão, vício, alcoolismo, homossexualismo, desemprego, tentativas de suicídio e comportamento político radical; e finalmente, o terceiro, são os estigmas tribais de raça, nação e religião, que pode ser transmitidos através de linhagem e contaminar, por igual, todos os membros de uma família. (SOBRINHO, 2007, p. 39).

A carga pejorativa da estigmatização é claramente perceptível, fundada em preconceitos arraigados na sociedade, taxando grupos ou indivíduos de doentes, defeituosos, os quais são “considerados perigosos pela tradição criminosa, tradição esta justificada pela etnia, pelo local de moradia, pela condição financeira, etc.” – “as clássicas afirmações de que negros e pobres são mais propensos ao crime” (PASTANA, 2003, p. 71). A etiqueta encobre a real personalidade do indivíduo, e o sistema penal, a essa “nova personalidade”, reage de forma a prevenir a violência que previsivelmente virá daquele estereotipado, estabelecendo um círculo vicioso de violência que reafirma os argumentos justificadores dos discursos de tratamento do delinquente. Fala-se, então, da “profecia que se autocumpre”¹⁸, vez que o estigmatizado é praticamente impelido a criminalizar-se.

¹⁸ MV Bill, rapper e ativista brasileiro, um dos criadores da CUFA (Central Única das Favelas), retrata em sua música o círculo vicioso a que é submetido o estigmatizado, como na canção “Falcão”: “Jovem, preto, novo, pequeno./Falcão fica na laje de plantão no sereno./Drogas, armas, sem futuro./Moleque cheio de ódio invisível no escuro, puro./É fácil vir aqui me mandar matar, difícil é dar uma chance a vida./Não vai ser a solução mandar blindar./O menino foi pra vida bandida./Desentoca, sai da toca, joga à vera./O choro é de raiva, de menor não espera, a laje é o posto, imagem do desgosto, tarja preta na cara para não mostrar o rosto./Vai, isqueiro e foguete no punho./Quem vai passar a limpo a sua vida em rascunho./Fumo envenenado pra poder passar a hora./Vive o agora, o futuro ignora./O amargo do sangue, tá na boca./Vivendo o dia-a-dia, descobre que sua esperança é pouca./moleque vende, garoto compra, pirralho atira, menino tomba./Metete Bronca, entra no caô pra ganhar./joga no ataque, se defende com AK./Pupila dilatada, dedo amarelo, jovem guerrilheiro no seu mundo paralelo, bate o martelo./acabou de condenar, julgamento sem defesa, quem é réu vai chorar, vai babar./Por que o coração não bate mais, agora quer correr a frente, não correr atrás./Idade de Criança, resposta de adulto, mente criminosa enquanto a alma veste o luto, puto./Por dentro, faz o movimento, raciocínio lento e o extinto sempre atento./Não perde tempo, vem fácil, morre cedo, descontrolado, intitulado a voz do medo, vítima do gueto, universo preto./Vida é o preço e pela vida largo o gueto.[...]”. (<http://www.vagalume.com.br/mv-bill/falcao.html#ixzz2ECePJLDL>). Acesso em 05/12/2012.

A particular expectativa de criminalidade que dirige a atenção e a ação das instâncias oficiais especialmente sobre certas zonas sociais já marginalizadas faz com que, em igualdade de percentual de comportamentos ilegais, se encontre nelas um percentual enormemente maior de comportamentos ilegais, em relação a outras zonas sociais. Um número desproporcional de sanções estigmatizantes (penas detentivas), que comportam a aplicação de definições criminais e uma drástica redução do *status* social se concentra, assim, nos grupos mais débeis e marginalizados da população. [...] Desse ponto de vista, o sistema penal age [...] em face dos grupos sociais mais débeis e marginalizados: antes que no sentido de integração, no sentido oposto. (BARATTA, 2002, p. 180).

A realidade destes indivíduos marginalizados e estereotipados é retratada no livro *Cabeça de Porco*¹⁹, que em uma de suas passagens esclarece o que representa o etiquetamento:

O estigma dissolve a identidade do outro e a substitui pelo retrato estereotipado e a classificação que lhe impomos. [...] Lançar sobre uma pessoa um estigma corresponde a acusá-la simplesmente pelo fato de ela existir. Prever seu comportamento estimula e justifica a adoção de atitudes preventivas. Como aquilo que se prevê é ameaçador, a defesa antecipada será a agressão ou a fuga, também hostil. Quer dizer, o preconceito arma o medo que dispara a violência, preventivamente. [...] é um caso típico de “profecia que se autocumpre”. (SOARES; ATHAYDE; BILL, 2005, p. 175).

Uma vez realizado o etiquetamento, o sistema penal atua seletivamente e seleciona de acordo com os estereótipos fabricados, “atribuindo-lhes e exigindo-lhes esses comportamentos, tratando-os como se se comportassem dessa maneira, olhando-os e instigando todos a olhá-los do mesmo modo, até que se obtém, finalmente, a resposta adequada ao papel assinalado” (ZAFFARONI, 1991, p. 133). Dessa forma, o sistema penal cataloga aqueles criminosos que se enquadram nas características definidas e deixam de fora outros tipos de delinquentes – crimes de colarinho branco, de trânsito, etc. (ZAFFARONI, 1991, p. 130-132).

¹⁹ Este livro, escrito pelo antropólogo Luiz Eduardo Soares, pelo ativista social e rapper MV Bill, e pelo empresário de rap e criador da CUFA (Central Única das Favelas) Celso Athayde, conta histórias reais de crianças e jovens brasileiros que são inseridos no mundo do crime, retratando a configuração da subcultura do crime ligada ao mundo da violência, delineando diversas formas de estigmatização social.

O sistema penal seleciona aqueles que serão estigmatizados e tratados como delinquentes, ou seja, “pela teoria do estereótipo a pessoa só é diferente na medida em que é pré-selecionada, como integrante de uma classe social, para integrar a categoria de delinquente” (SOBRINHO, 2007, p. 100). Nesse sentido, afirma Baratta que esta classe social é aquela marginal que por tempos se taxou como a causa da criminalidade; no entanto, é sobre ela que se atribui a conotação de criminoso:

As maiores *chances* de ser selecionado para fazer parte da “população criminosa” aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais). A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia *liberal* contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o *status* de criminoso é atribuído. (2002, p. 165).

O controle social do estado atua na produção, manutenção e na imposição “de um imaginário social carregado de valores ou ideologias”, de forma que “os indivíduos produzem e negociam quotidianamente a ordem social²⁰” (AZEVEDO, 2010, p. 142), o que demonstra que a sociedade é direcionada a definir-se dentro dos parâmetros esperados do estado com o auxílio dos instrumentos coercitivos definidos pelo ordenamento jurídico-penal. Nessa perspectiva, “os processos de criminalização promovidos pelo sistema penal integram-se na mecânica de um sistema mais amplo do controle social e de seleção das condutas consideradas desviantes” (AZEVEDO, 2010, p. 143), evidenciando-se que “a vingança ritual típica da justiça penal se cumpre de uma maneira tão seletiva, que o termo exato para indicar a pequeníssima minoria de infratores sobre a que ela se realiza, é o de ‘bode expiatório’” (SANGUINÉ, 1992, p. 119).

²⁰ “Becker fomenta [...] uma viragem no paradigma criminológico tradicional [...], de forma a abandonar o estudo atomizado do desviante e a obsessão pela descoberta das causas (patológicas) individuais que o conduzem ao delito. Não circunscrito ao olhar positivista obcecado pelo desviante e pelo desvio, conduz seu estudo aos processos e às interações socioculturais que qualificam determinadas condutas como inapropriadas. Segundo o autor, é interessante notar que a maior parte das investigações científicas sobre crime e desvio é dedicada às pessoas que violam as regras e não àquelas que, para que se alcance uma compreensão geral sobre o problema, é necessário conceber o desvio e os desviantes, que personificam esta concepção abstrata, como uma consequência do processo de interação entre pessoas. Pessoas que por interesses próprios criam e impõem regras a terceiros; e pessoas que, igualmente por interesses próprios, cometeram atos que são rotulados como desviantes”. (CARVALHO, 2011b, p. 169-170).

Assim, uma vez selecionado pelo sistema penal, o indivíduo passa a, além de sentir-se como um delinquente, ser tratado como tal. Contudo, o processo de deterioração apenas começou, pois seu ápice será atingido nas instituições totais a que pode vir a ser submetido, com consequências por vezes permanentes nas futuras relações sociais deste estigmatizado.

“É necessário advertir que no sistema penal não se trata simplesmente de um acordo externo, mas também de sério ‘tratamento’ integrado e um complexo processo de deterioração, cuja parte mais importante é feita pela prisão ou cadeia e perfeitamente legalizado através de registros de reincidência, da possibilidade de impedir ou dificultar qualquer exercício de trabalho honesto por parte das agências do sistema penal que se ocupam de propagar o *status* do criminalizado, de privar de liberdade periodicamente a pessoa, convertendo-a em um ‘suspeito profissional’, de tomar os antecedentes como provas de culpa, inclusive por parte dos juízes, etc.” (ZAFFARONI, 1991, p. 134-135).

3.2 Estigmatização social e o fenômeno da prisionização

Os estereótipos dos indivíduos marginalizados são facilmente identificados nas prisões. Nesse ponto, torna-se, inclusive, difícil saber se a pessoa ali se encontra em função da estigmatização sofrida, ou se foi estigmatizado por ter sido selecionado pelo sistema, num profundo processo de incorporação dos padrões que a sociedade impõe a esses cidadãos. Nas palavras de Zaffaroni:

Nas prisões encontramos os estereotipados. Na prática, é pela observação das características comuns à população prisional que descrevemos os estereótipos a serem selecionados pelo sistema penal, que sai então a procurá-los. E, como a cada estereótipo deve corresponder a um papel, as pessoas assim selecionadas terminam correspondendo e assumindo os papéis que lhes são propostos. (1991, p. 130).

A violência e as humilhações que esses indivíduos enfrentam cotidianamente são corporificadas na prisão, funcionando como um verdadeiro vetor de desagregação familiar, de desconfiança cívica e de alienação individual. Isto significa que a prisão representa o ápice da degradação a que essas pessoas já eram submetidas, de forma que “o cárcere é um abismo sem fundo, um inferno alucinante, a

extensão lógica de destruição social que eles já viviam fora do presídio, agora, acrescida da aniquilação pessoal” (WACQUANT, 2004, p. 220).

Assim, a prisão é responsável por uma deterioração condicionante do preso, o qual é submetido a condições de vida totalmente em desacordo com a realidade que ele conhece: privado de todas as liberdades comuns a qualquer adulto, como fumar, beber, comunicar-se, manter relações sexuais²¹. A segregação faz com que o prisioneiro sujeite-se à falta de privacidade, à alimentação precária, à falta de higiene. Fica inserido numa chamada “cultura de cadeia”²² que representa o efeito da prisão – denominada prisionização (ZAFFARONI, 1991, p. 135-136).

Os presídios são espécies de instituições totais, o que significa ser uma barreira entre as relações sociais dos que ali vivem com o mundo externo, sendo o encarcerado submetido ao novo mundo da instituição, onde todos os aspectos da vida são realizados no mesmo local, sob a mesma autoridade, seguindo um determinado sistema de regras e de atividades obrigatórias, na companhia de um grupo de pessoas submetidas ao mesmo tratamento, que servem supostamente para atender aos objetivos oficiais a que se propõe a prisão. Em função da restrita comunicação dos prisioneiros com a sociedade fora da instituição e também com os demais internados e agentes que trabalham para o funcionamento da prisão, evidenciam-se

²¹ “Ignora-se a circunstância óbvia de que as atividades sexuais do homem não terminam pelo fato de ser recolhido à prisão. Ignora-se que a atividade sexual é elementar e instintiva, conseqüentemente insuscetível de ser absolutamente controlada pela reclusão. [...] Incorre-se em grave contradição quando se busca a correção e a ressocialização do delinquente e, ao mesmo tempo, ignora-se o problema sexual ou se pensa que este não requer atenção especial. A repressão do instinto sexual propicia a perversão da esfera sexual e da personalidade do indivíduo. Enfim, é impossível falar de ressocialização em um meio carcerário que deforma e desnatura um dos instintos fundamentais do homem”. (BITENCOURT, 2001, p. 202).

²² O grupo de rap brasileiro, Racionais MC's, que em suas letras fala, entre outros assuntos, sobre a realidade de periferias urbanas, discutindo temas como o crime e a pobreza, retrata a vida no cárcere na sua canção “Diário de um Detento”: “[...] Cada detento uma mãe, uma crença./Cada crime uma sentença./Cada sentença um motivo, uma história de lágrima,/sangue, vidas e glórias,/abandono, miséria, ódio,/sofrimento, desprezo, desilusão, ação do tempo./Misture bem essa química./Pronto: eis um novo detento/Lamentos no corredor, na cela, no pátio./Ao redor do campo, em todos os cantos./Mas eu conheço o sistema, meu irmão, hã.../Aqui não tem santo./Rátátátá... preciso evitar/que um safado faça minha mãe chorar./Minha palavra de honra me protege/pra viver no país das calças bege./Tic, tac, ainda é 9h40./O relógio da cadeia anda em câmera lenta./Ratatátá, mais um metrô vai passar./Com gente de bem, apressada, católica./Lendo jornal, satisfeita, hipócrita./Com raiva por dentro, a caminho do Centro./Olhando pra cá, curiosos, é lógico./Não, não é não, não é o zoológico/Minha vida não tem tanto valor/quanto seu celular, seu computador./Hoje, tá difícil, não saiu o sol./Hoje não tem visita, não tem futebol./Alguns companheiros têm a mente mais fraca./Não suportam o tédio, arruma quiaca. [...]”. (<http://www.vagalume.com.br/racionais-mcs/diario-de-um-detento.html#ixzz2E1PtTrmG>). Acesso em 03/12/2012.

os estereótipos, bem como se desenvolvem dois mundos sociais e culturais antagônicos, com pouca inter-relação entre ambos. (GOFFMAN, 1990, p. 16-20).

Segundo Michel Foucault, a “prisão deve ser um microcosmo de uma sociedade perfeita onde os indivíduos estão isolados em sua existência moral, mas onde sua reunião se efetua num enquadramento hierárquico estrito” (2009, p. 224), em que não há comunicação entre os apenados, apenas entre subordinado e superiores, numa relação em sentido vertical. Fica o sujeito inserido numa dimensão cultural adversa da realidade da sociedade, a qual não pode ser interpretada como uma tentativa de reeducação, evidenciando a distância entre a instituição total e a ideologia do tratamento²³ (ZAFFARONI, 1991, p. 135-136). Assim,

Vê-se que o sistema carcerário tem como um de seus objetivos, da forma com que é aplicado, não a preparação do condenado para um devir, mas a rememorização do fato que levou-o até aquela posição, ou seja, trata-se de uma máquina de estagnação temporal no passado, mantendo-o encarcerado num tempo do qual ele jamais sairá, [...] a prisão implica um total isolamento do delinquente do resto da comunidade de pessoas livres, ou seja, a prisão é o grau máximo da exclusão. (MORETTO, 2005, p. 98).

Nesse sentido, a prisão seria uma forma do desviante “pagar sua dívida”, na visão de Foucault, pois “[r]etirando tempo do condenado, a prisão parece traduzir concretamente a ideia de que a infração lesou, mais além da vítima, a sociedade inteira” (2009, p. 218), devendo o condenado retribuir a sociedade com seu tempo e sua liberdade pelo mal que cometeu. Entretanto, o tempo na prisão apresenta-se “lento, longo, improdutivo, dessocializante, despersonalizante, estigmatizante e desumano, imprimindo ao preso, por fim, um caráter criminógeno” (MORETTO, 2005, p. 101).

Zaffaroni explica que há diversos modos de deterioração provocados pela prisionização, e o grau de internalização dos seus efeitos dependerá da reação de

²³ "Esta 'imersão cultural' não pode ser interpretada como uma tentativa de reeducação ou algo parecido ou sequer aproximar-se do postulado da 'ideologia do tratamento'; suas formas de realização são totalmente opostas a este discurso, cujo caráter escamoteador é percebido até pelos menos avisados. A mera circunstância de que 70% dos presos da região [América Latina] não estejam condenados mostra a evidente confissão da falsidade do discurso ressocializante". (ZAFFARONI, 1991, p. 136).

cada indivíduo à submissão ao tratamento criminalizante. Há presos que sofrem tamanha desestruturação que chegam ao ponto de cometer suicídio, ou desenvolvem alguma psicose; outros assumem o papel designado pelas exigências da própria instituição; e, ainda, há quem não aceite o estigma de criminoso:

Os diferentes graus de sensibilidade às exigências do papel dependem da maturidade do indivíduo que, se não puder distinguir muito nitidamente os limites do seu mundo exterior, será rapidamente invadido. Em um pequeno número de casos, esta invasão terá um efeito desestruturante e a deterioração do indivíduo será em direção à psicose ou ao suicídio; em um número muito maior o indivíduo se deteriorará assumindo o papel de acordo com as exigências; em um pequeno número de casos resistirá e sua deterioração não se desenvolverá em nenhum dos dois sentidos. Há ainda um pequeno número de hipóteses nos quais o indivíduo, mesmo na prisão, não “se vê” como “criminoso” e, portanto as exigências do papel são diferentes.

Todas essas variáveis foram recolhidas nas complexíssimas “classificações de delinquentes” da criminologia etiológica em sua versão clínico-criminológica, que confundiu como “causas de delitos” o que nada mais era do que uma classificação ou tipologia dos diferentes modos de deterioração provocados pela prisionização. (ZAFFARONI, 1991, p. 136/137).

Além disso, aquele que sofreu o processo de prisionização não deixará de levar consigo, pois, o peso do estigma. A interiorização das etiquetas perdura mesmo após o término de uma pena, vez que o encarcerado encontrará uma sociedade fora da realidade temporal e tecnológica que vivia na instituição. Nesse sentido, explica Goffman:

Aparentemente, as instituições totais não substituem algo já formado pela sua cultura específica; estamos diante de algo mais limitado do que aculturação ou assimilação. Se ocorre mudança cultural, talvez se refira ao afastamento de algumas oportunidades de comportamento e ao fracasso para acompanhar mudanças sociais recentes no mundo externo. Por isso, se a estada do internado é muito longa, pode ocorrer [...] o que já foi denominado “desculturamento” [...] que o torna temporariamente incapaz de enfrentar alguns aspectos de sua vida diária. (1990, p. 23).

Ademais, a prisão imprime marcas não apenas no preso, mas envolve também todos que rodeiam o estigmatizado²⁴, tornando-se difícil a reinserção desse indivíduo

²⁴ “[...] o impacto danoso do encarceramento não age apenas sobre o detento mas também, e de modo mais insidioso e injusto, sobre sua família: deterioração da situação financeira, desagregação das

na sociedade livre desses estigmas. Isso demonstra que o processo penal termina com a saída do condenado da prisão; contudo, a pena não (MORETTO, 2005, p. 108-111).

Interessante ainda ressaltar outra consequência da prisionização. Nas palavras de Wacquant, “a prisão tem a característica de uma bomba social que *aspira-e-expele*” (2004, p. 222), tendo em vista que os condenados são devolvidos à sociedade com propensão ao cometimento de crimes, insensíveis à ação preventiva ou retributiva buscada pela pena, em virtude do corte sociobiográfico que a reclusão exerce, dos prejuízos do encarceramento e da falta de acompanhamento na reinserção aos meios sociais (WACQUANT, 2004, p. 222).

Assim, não é surpreendente que “os altos índices de reincidência têm sido [...] invocados como um dos fatores principais da comprovação do efetivo fracasso da pena privativa de liberdade” (BITENCOURT, 2009, p. 111), o que evidencia o caráter permanente dos efeitos da prisionização e o insucesso das políticas de ressocialização. Em função dos estigmas causados pela prisão, o ex-condenado “se credencia a ser selecionado novamente pelo sistema, uma vez que passou a pertencer a um determinado grupo”, ou seja, “o sistema prisional cumpre sua função não declarada de, cada vez mais, selecionar os delinquentes” (SOBRINHO, 2007, p. 100).

O cárcere ratifica o processo de estigmatização daqueles indivíduos selecionados pelo sistema penal, inserindo-os num ambiente que oportuniza as mais diversas espécies de privação de direitos humanos. Possibilita o desenvolvimento de vícios e da degradação do indivíduo que aos poucos perde sua personalidade para viver de acordo com a etiqueta a ele imposta. A prisão, portanto, se manifesta como “uma verdadeira máquina deteriorante”, como diz Zaffaroni (1991, p. 135), não apenas não ressocializando, como se propõe, mas também reafirmando o estigma social de delinquente.

relações de amizade e de vizinhança, enfraquecimento dos vínculos afetivos, distúrbios na escolaridade dos filhos e perturbações psicológicas graves decorrentes do sentimento de exclusão aumentam o fardo penal imposto aos pais e cônjuges de detentos”. (WACQUANT, 2004, p. 221).

3.3 O fracasso do modelo ressocializador

As teorias da reação social ao quebrar paradigmas na criminologia deram origem a diversos movimentos, orientados uns para a erradicação do sistema penal e outros para sua restrição – como veremos adiante –, bem como colocam em dúvida os princípios basilares das teorias da prevenção, principalmente em relação à função ressocializadora da pena. Nesse sentido, afirma Alessandro Baratta que os resultados desses estudos

mostram que a intervenção do sistema penal, especialmente as penas detentivas, antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinquente determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa. (2002, p. 90).

Quando a prisão tornou-se a principal resposta do sistema penal a partir do século XIX, acreditava-se que ela seria o caminho para a ressocialização do desviante, além do elemento necessário para alcançar os objetivos da pena. Entretanto, pouco mais de dois séculos foi suficiente para constatar-se a sua falência em relação às suas funções retributivas e preventivas (BITENCOURT, 2009, p. 106-107).

A ressocialização, em sua essência, pressupõe um processo de interação entre o condenado e a sociedade (CERVINI, 1995, p. 34), o que por si só já coloca em contradição o propósito de reinserção social por meio de uma pena privativa de liberdade. Ao segregar o delinquente, a interação é impossibilitada, pois este não pode sozinho relacionar-se com o meio social, tampouco pode o sistema determinar as normas de relacionamento sem que haja a vontade deste indivíduo em interagir, ou seja, a ressocialização parte de um “processo de interação e comunicação entre o indivíduo e a sociedade, cujas normas devem ser aceitas pelo indivíduo, sem, entretanto, tal confrontação ser determinada unilateralmente, tanto pelo indivíduo como pelas normas sociais” (SOBRINHO, 2007, p. 90). Assim, conclui Cervini que

ressocializar o delinquente sem avaliar, ao mesmo tempo, o conjunto social no qual se pretende incorporá-lo significa, pura e simplesmente, aceitar a ordem social vigente como perfeita, sem questionar

nenhuma de suas estruturas, nem sequer aquelas mais diretamente relacionadas com o delito cometido. (1995, p. 34).

Tendo em vista que a sociedade é formada por uma infinidade de valores e visões de mundo, a ressocialização representa em verdade uma forma de submeter o delinquente a uma cultura dominante, consistindo numa grave lesão à autonomia individual. Nesse contexto, questiona-se como ressocializar alguém que ao sair da instituição total será novamente direcionado aos mesmos meios sociais que antes o haviam condicionado ao cometimento de um crime.

Como e para que ressocializar alguém que por razões conjunturais de desemprego, grave crise econômica, etc., comete um delito contra a propriedade, enquanto tais razões de desocupação e crise econômica continuam existindo?

Como ressocializar para o respeito à vida um delinquente violento, sem criticar ao mesmo tempo uma sociedade que continuamente reproduz a violência através dos meios de comunicação e desencadeia ou exerce uma agressão brutal (guerras, violação de direitos humanos) contra outros grupos mais fracos ou marginais, entre os quais provavelmente se encontra o delinquente? (CERVINI, 1995, p. 35).

Dessa forma, não se encontra sentido em falar sobre ressocializar um indivíduo a uma sociedade que foi a própria responsável por produzir e definir o que é criminalidade. “A chamada ‘ressocialização’ só tem sentido a partir do momento em que a própria sociedade é sadia, ou seja, quando a ordem social e jurídica vigente é correta” (SOBRINHO, 2007, p. 90).

Como visto anteriormente, o processo de prisionização é responsável por inserir o encarcerado numa subcultura específica, muito longe da sociedade comum aos demais cidadãos. Ao contrário do que objetiva a prisão, o preso não é reabilitado a viver em sociedade – ao menos não na sociedade dos homens livres – e sim condicionado a conviver em um novo modelo social, o do cárcere²⁵. Assim, “à medida que o indivíduo se adapta às normas do cárcere, ocorre uma inversão, de valores e,

²⁵ “é evidente que o aprisionamento tem efeitos negativos para a ressocialização, dificilmente superáveis com o tratamento. Na prisão, o interno geralmente não aprende a viver em sociedade, pelo contrário, continua, e ainda aperfeiçoa, sua carreira criminoso por meio do contato e das relações com os outros delinquentes. Certamente a prisão muda o delinquente, quase sempre para pior. Ali não lhe ensinam sobre valores positivos mas negativos para uma vida livre na sociedade”. (CERVINI, 1995, p. 41).

paralelamente, ocorre uma desadaptação à sociedade livre” (POZZEBON, 2007, p. 267).

Além disso, ao deixar a instituição penitenciária, o indivíduo possui dificuldade de se readaptar às exigências da sociedade em função da etiqueta do ex-presidiário, sofrendo rejeição do meio social.

A rejeição que sente um indivíduo com etiqueta de ex-preso, a qual quase sempre fecha os caminhos para um trabalho honrado para sobreviver e sustentar a família, cria, também, uma rejeição em relação ao meio social, o que é acrescido pelo ressentimento resultante do período de tempo que passou na prisão. (CERVINI, 1995, p. 44).

Enfim, Cervini ressalta a inidoneidade da prisão para o fim de tratamento, afirmando:

Já dissemos que a prisão, como sanção penal de imposição generalizada não é uma instituição antiga e que as razões históricas para manter uma pessoa reclusa foram, a princípio, o desejo de que mediante a privação da liberdade retribuísse à sociedade o mal causado por sua conduta inadequada; mais tarde, obrigá-la a frear seus impulsos antissociais [sic] e mais recentemente o propósito teórico de reabilitá-la. Atualmente, nenhum especialista entende que as instituições de custódia estejam desenvolvendo as atividades de reabilitação e correção que a sociedade lhes atribui. O fenômeno da prisionização ou aculturação do detento, a potencialidade criminalizante do meio carcerário que condiciona futuras carreiras criminais (fenômeno de contágio), os efeitos da estigmatização, a transferência da pena e outras características próprias de toda instituição total, inibem qualquer possibilidade de tratamento eficaz e as próprias cifras de reincidência são por si só eloquentes [sic]. (1995, p. 46).

A prisão não cumpre seu papel de instituição reabilitadora, pelo contrário, ratifica os efeitos da estigmatização, impedindo qualquer tentativa de tratamento. Importante analisar que se a pena deve ser um meio de reintegração social, a prisão não é o instrumento que possibilitará alcançar este objetivo, impondo-se a busca de vias alternativas no sistema penal, seja com sua reforma, seja com sua abolição.

Nesse sentido, de acordo com Cezar Bitencourt, a ineficácia da pena de prisão com fins de ressocialização pode ser analisada sob duas perspectivas: a primeira que

considera o cárcere um ambiente inóspito, o qual apenas reafirma estigmas e de forma alguma permite reabilitar o delinquente, não havendo outra solução que a sua abolição; e a segunda que verifica que os presídios não proporcionam condições humanas e materiais para alcançar o objetivo ressocializador²⁶, devendo-se buscar sua reforma e respostas alternativas para a aplicação de penas (2009, p. 109-110).

Em virtude do declive do modelo ressocializador, ou correccionalista, o sistema penal vem criando mecanismos para não se focar apenas na prisão como meio para alcançar a reinserção do condenado. Buscou-se aperfeiçoar o sistema de progressão de regimes²⁷, a fim de que o encarcerado gradualmente aumente sua liberdade, bem como incluir alternativas penais no processo de ressocialização. Conforme Salo de Carvalho:

Além da gradual flexibilização do cumprimento de pena pelo sistema progressivo, incluído o instituto do livramento condicional, série de *substitutivos penais* foram, ao longo do tempo, incorporados pelo modelo correccionalista de forma a descentralizar a pena de sua modalidade exclusivamente carcerária. Prisão domiciliar, suspensão condicional da pena, limitação de final de semana, interdição temporária de direitos, prestação de serviços à comunidade, proibição de frequência em determinados locais, pena de multa entre inúmeras outras modalidades de respostas penais, foram agregadas à instituição prisão como formas de proporcionar [...] adequação ao tratamento corretivo. (CARVALHO, 2010, p. 16-17).

Essas respostas do sistema penal demonstram a deslegitimação da prisão, tendo em vista que as instituições correccionalistas mostraram sua incapacidade de preservar os direitos das pessoas submetidas ao cárcere, bem como de obter os resultados esperados pelos fundamentos de prevenção especial positiva da pena (CARVALHO, 2011a, p. 155). Conforme assegura Baratta, qualquer tentativa de reforma da prisão é frustrada em virtude dos efeitos excludentes que dela decorrem:

²⁶ “[...] o tratamento exige dispor de grandes recursos, o que é muito difícil, ainda em países de grande desenvolvimento. [...] o tratamento fica reduzido a um pequeno grupo de sujeitos e também sobre eles há dúvidas quanto a sua eficácia e a supressão de reincidência, que é o que se busca”. (BUSTOS RAMÍREZ, 1992, p. 102).

²⁷ “Dentre os instrumentos mais notórios de descarcerização, o aperfeiçoamento do sistema progressivo propicia que o condenado, ao longo de sua trajetória na instituição, conforme o nível de adesão e de adaptação ao programa ressocializador, evoluisse de grau, sendo paulatinamente transferido dos regimes mais severos para instituições de maior liberdade. Concluídas as etapas de desinstitucionalização, o condenado finalizaria o cumprimento de sua pena em liberdade, observadas determinadas condições e sob a vigilância dos órgãos de controle penitenciário”. (CARVALHO, 2010, p. 16).

Na demonstração dos efeitos marginalizadores do cárcere, da impossibilidade estrutural da instituição carcerária cumprir a função de reeducação e de reinserção social que a ideologia penal lhe atribui, concorrem a observação histórica, que demonstra o substancial fracasso de toda a obra de reforma desta instituição, em relação ao atingimento do objetivo declarado. (2002, p. 168).

A realidade demonstra que a execução da pena de prisão está reduzida a um mero cumprimento de tempo, com a total “ausência de programas efetivos de ressocialização, vagas para o trabalho e a educação insuficientes, superpopulação carcerária, atendimento a saúde física e psicossocial deficientes” (POZZEBON, 2007, p. 268), evidenciando-se a falência desta instituição.

Os efeitos deteriorantes produzidos nas pessoas institucionalizadas demonstram que o projeto de transformação dos indivíduos que delinquiram através de medidas ressocializadoras é um equívoco. Não há como adequar à realidade social alguém segregado desta, e ainda mergulhado em um ambiente que não propicia um mínimo respeito à dignidade humana. Superado o cárcere, nem mesmo a liberdade é capaz de trazer aquele que foi institucionalizado a uma convivência normal em meio à sociedade. A estigmatização social e jurídica de ex-presidiário será responsável por muitas portas fechadas para este egresso, obrigando-o a buscar apoio em grupos de iguais, tendendo a formar subculturas²⁸, também estigmatizadas pela sociedade.

Pode-se afirmar que em “uma sociedade pouco afeita a reconhecer sua responsabilidade na gestação de condutas desviantes, que tenta esconder isolando

²⁸ Sobre as teorias da subcultura criminal: “o crime resulta da interiorização e da desobediência a um código moral ou cultural que torna a delinquência imperativa. À semelhança do que acontece com o comportamento conforme a lei, também a delinquência significa a conversão a um sistema de crenças e valores em ações. À luz destas teorias, não é só o delinquente que é visto com normal. Igualmente normal é o seu processo de aprendizagem, socialização e motivação. Com efeito, ao obedecer às normas subculturais, o delinquente mais não pretende do que corresponder à expectativa dos outros significantes que definem o seu meio cultural e funcionam como grupo de referência para efeito de status e sucesso... A explicação do crime atinge, assim, um nível tendencialmente coincidente com o próprio sistema. Em vez da ideia de desorganização social, parte-se da ideia aparentemente paradoxal da integração nos valores últimos do sistema cultural dominante, ou seja, na procura de sucesso e status. Só que – acentua-se – este é um caminho que inevitavelmente condena muitos à frustração, provoca atitudes coletivas de ambivalência em relação à cultura dominante e induz à procura de alternativas subculturais”. (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 291-292).

seus membros 'indesejáveis', é muito difícil que alguém possa readaptar-se" (CERVINI, 1995, p. 44).

Enfim, em virtude dos complexos problemas que circundam o sistema penal, desde os processos de estigmatização em vários âmbitos, até constatação de que sua maior instituição, a prisão, não cumpre com as funções atribuídas a ela, conforme analisado até aqui neste trabalho, faz-se necessária uma análise crítica da viabilidade de sustentação dos modelos penais que presenciamos. Neste contexto, resta-nos examinar as principais teorias que discutem a perda da legitimidade do sistema penal, investigando se é possível recuperar os sistemas postos ou, ainda, se é possível haver um discurso jurídico-penal racional frente a esse sistema penal deslegitimado.

4 RESPOSTAS À CRISE DO SISTEMA PENAL

Face à crise dos sistemas penais, demonstrada nos capítulos anteriores, surgem duas grandes correntes propositivas de políticas criminais que reconhecem a sua deslegitimação: a proposta de um direito penal mínimo; e a proposta da abolição dos sistemas penais. Ambas as respostas assumem a deslegitimação do sistema penal não procurando refutá-la, tampouco se preocupando com o desenvolvimento de discursos jurídico-penais ou dogmáticos (ZAFFARONI, 1991, p. 88-91).

O direito penal mínimo (minimalismo penal ou contratação penal) nega a legitimidade do sistema penal contemporâneo, bem como propõe a adoção de um sistema penal mínimo, que o considera um “mal menor necessário”. O abolicionismo, por seu turno, além de negar a legitimidade do sistema penal atual, nega a legitimidade de quaisquer sistemas alternativos futuros, postulando a sua radical abolição e o desenvolvimento de mecanismos informais de solução de conflitos. (ZAFFARONI, 1991, p. 89). Analisaremos, então, a viabilidade dessas políticas, examinando seus conceitos, seus êxitos, suas críticas.

4.1 Direito penal mínimo e garantismo penal

Analisando as teorias utilitaristas de justificação da pena, ou seja, as da prevenção geral e especial, Ferrajoli concluiu que estas representam em verdade um “utilitarismo partido ao meio”, tendo em vista que o postulado utilitarista da “máxima felicidade dividida pelo maior número possível de pessoas” exclui a minoria da sociedade, abrindo-se espaço para legitimação de doutrinas penais autoritárias e extremamente severas. Assim, defende que juntamente com esta linha utilitarista busque-se também o “mínimo mal-estar necessário dos desviantes”, para que as penas cheguem ao seu limite mínimo (2010, p. 308-309).

O princípio da pena mínima possui outro objetivo, ainda, que justifica o direito penal: a prevenção da reação informal e arbitrária por parte do ofendido ou da sociedade solidária a ele. Afirmando que as teses abolicionistas negligenciam este problema, Ferrajoli explica que as penas não servem apenas para prevenir delitos, mas também punições injustas, constituindo-se a pena como a “minimização da

reação violenta ao delito”. O direito penal é a negação da vingança e justifica-se com o propósito de impedi-la, atuando em uma dupla função preventiva: a prevenção geral dos delitos – sendo esta o limite mínimo da pena – e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas – correspondendo ao limite máximo daquelas (FERRAJOLI, 2010, p. 309-310). Destarte, o “objetivo geral do direito penal, tal como resulta da dupla finalidade preventiva [...], pode ser [...] identificado com o impedimento do exercício das próprias razões, ou, de modo mais abrangente, com a minimização da violência na sociedade” (FERRAJOLI, 2010, p. 311); “esse direito penal seria, portanto, justificado como um instrumento impeditivo da vingança” (ZAFFARONI, 1991, p. 95). Esclarece, ainda, Salo de Carvalho:

Ao negar as teorias tradicionais (teorias absolutas retributivas e teorias relativas preventivas), [Ferrajoli] reconstrói, a partir do utilitarismo, a teoria da prevenção geral negativa (teoria da coação psicológica de Feuerbach) agregando à finalidade intimidatória o objetivo de a sanção penal tutelar o autor do delito das vinganças privadas (retaliações, linchamentos) que emergiriam caso inexistisse a pena. À máxima felicidade possível aos não desviantes assegurada pelo caráter intimidativo da sanção harmoniza-se o mínimo sofrimento necessário ao desviante, efetivado na razoável e proporcional resposta pública estatal, assentada nos princípios de tutela dos direitos fundamentais – pena como mecanismo de proteção do réu contra os excessos do público e do privado. Assim, o utilitarismo reformado garantiria a máxima eficácia dos direitos humanos aos sujeitos mais vulneráveis e débeis do evento violento e do teatro processual: a vítima no momento do crime, o réu durante o processo e o condenado na execução penal. (2001a, p. 125-126).

Para Ferrajoli, essa dupla função evidencia a “lei do mais fraco”, ou seja, “um direito penal mínimo representaria sempre uma defesa do fraco contra o forte, da vítima face ao delinquente, do delinquente face à vingança”, sendo a pena justificada “como um *mal menor*, devendo ser fixada, sempre, a partir de um cálculo de custos: o custo do direito penal e o custo da anarquia punitiva” (ZAFFARONI, 1991, p. 96). Nessa senda, afirma Cervini que “o Direito Penal somente deve ser empregado para a proteção dos bens jurídicos em forma subsidiária, como *ultima ratio*, reservando-se para aqueles casos que seja o único meio de evitar um mal ainda maior” (1995, p. 192).

Essas justificativas legitimam o direito penal como uma necessidade política a fim de tutelar os direitos fundamentais, e esta legitimidade é definida como

*garantista*²⁹. O garantismo, que delinea uma concepção limitada de intervenção, assevera a defesa destes direitos, que, no direito penal, são representados por “a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade” (FERRAJOLI, 2010, p. 312). Assevera Ferrajoli “que somente concebendo desta forma o objetivo do direito penal seja possível obter uma adequada doutrina de justificação e, conjuntamente, uma teoria garantista dos vínculos e dos limites [...] do poder punitivo do Estado” (FERRAJOLI, 2010, p. 312). O garantismo seria, então, um mecanismo de fomento à minimização e controle dos poderes punitivos:

Desta maneira, visualiza a otimização dos direitos fundamentais desde a perspectiva crítica da dogmática jurídico-penal, ou seja, percebe o sistema normativo como instrumental eminentemente prático que deve ser pensado e desenvolvido para a resistência ao inquisitorialismo nas práticas judiciais e administrativas cotidianas. [...] seria imprescindível não apenas a existência de sistema jurídico que enuncie direitos, dotando-os de mecanismos processuais satisfatórios direcionados à possibilidade de sua efetiva satisfação (acesso aos direitos), mas igualmente de estrutura de poder razoavelmente sensível às demandas e que reconheça e não obstrua espaços sociais de resistência. (CARVALHO, 2011a, p. 122-123).

A teoria do garantismo teve sua origem nas filosofias iluministas³⁰, e hoje representa uma resposta aos “movimentos hipercriminalizadores dos discursos de Lei e Ordem, Tolerância Zero e Esquerda Punitiva³¹, potencializados pelas ideologias de

²⁹ “O modelo teórico minimalista caracterizar-se-ia por dez restrições ao arbítrio legislativo ou erro judicial. Segundo este modelo, *não se admite nenhuma irrogação de pena sem que tenha sido cometido um fato, previsto legalmente como crime, de necessária proibição e punição, gerador de efeitos danosos a terceiros, caracterizado pela exterioridade e materialidade da ação, pela imputabilidade e culpabilidade do autor e, além disso, comprovado empiricamente por acusação diante de um juiz imparcial, em processo público realizado em contraditório, mediante procedimentos pré-estabelecidos em lei*”. (CARVALHO, 2008, p. 83).

³⁰ “O saber ilustrado demonstra a capacidade crítica do homem na construção do processo humanizador, e por isso de maturidade, que nega terminantemente a redução do próprio homem à condição de supérfluo. Seu legado proporciona o reconhecimento de valores positivos, concretizados em princípios e normas, direcionados à universalidade do homem como sujeito de direitos. O impacto do pensamento ilustrado é muito superior às reduções de cunho fragmentador em diferentes áreas do conhecimento (v.g. desconstrução do modelo jurídico do medievo, viabilização da economia de mercado, legitimação da classe burguesa no poder). A filosofia ilustrada possibilita ao homem o reconhecimento de sua capacidade criativa e contestatória, e por isso o marco do pensamento iluminista é a gênese da luta pelas humanidades. Não por outro motivo que a raiz iluminista aparece no interior do saber penal, local de reconhecimento e tutela dos direitos frente ao irracionalismo das teses inquisitivas”. (CARVALHO, 2008, p. 78).

³¹ “[...] as políticas criminais maximalistas, tradicionalmente identificadas com as tendências de direita, com o giro do discurso da criminologia crítica em sua adesão à resposta penal, foram amplificadas.

Defesa Social” (CARVALHO, 2008, p. 78). Em função da verdadeira guerra que se criou contra a criminalidade, há uma desregulamentação do direito penal e uma tendência inquisitiva do processo penal, contribuindo para a construção de estados penais (CARVALHO, 2008, p. 78-79).

Percebe-se, portanto, que o direito penal contemporâneo, devido ao processo de alta demanda criminalizadora, fruto do ingresso de novas formas de violação aos bens jurídicos [...], padece de uma “elefantíase legislativa” que resulta na perda dos limites substanciais entre ilícitos penais e administrativos.

[...]

O atual processo de ampliação normativa, deflagrado em grande parte pelos discursos de emergência, gera espécie de ‘panoptismo legal’, ou seja, o alargamento brutal das possibilidades de incidência da lei penal nas condutas sociais. (CARVALHO, 2008, p. 81).

Dessa forma, Ferrajoli chega a afirmar que “talvez a verdadeira utopia de hoje não seja a alternativa ao direito penal, mas, sim, o próprio direito penal e as suas garantias” (2010, p. 318). O garantismo surge, então, como instrumento de defesa radical dos direitos humanos e da democracia, bem como forma de recuperar um pensamento crítico do direito e do jurista, e, em função disto, cresce o modelo político-criminal do minimalismo (CARVALHO, 2008, p. 79-82).

Além de oferecer um aporte crítico ao direito e à política-criminal e um importante meio para a constrição de poderes punitivos, o garantismo se apresenta como uma forma de aprimorar sistemas voltados à redução de danos causados aos direitos humanos. Nessa linha, como o direito penal mínimo não rechaça a configuração de agências de punitividade, o garantismo aproxima-se de uma teoria agnóstica da pena, em que se abdica de qualquer forma a justificá-la, legitimá-la ou fundamentá-la, devendo a sua imposição ser encarada como representação de uma política criminal direcionada à redução de danos provenientes do próprio sistema punitivo (CARVALHO, 2011a, p. 123-127). A crítica pressuporia, portanto,

Criam-se assim, nas últimas décadas, modelos de hipercriminalização: as políticas de lei e ordem e de tolerância zero – voltadas à máxima repressão dos delitos violentos e dos desvios de conduta, respectivamente – são potencializadas pelas versões político-criminais de esquerda em relação aos crimes econômicos e aos delitos contra os direitos humanos em geral. Neste contexto, a crítica ao sistema punitivo é abandonada, produzindo inúmeras e variadas teorias legitimadoras que ofuscam os limites entre direita e esquerda punitivas, sendo privilegiadas essencialmente pautas moralizadoras”. (CARVALHO, 2011a, p. 128).

[...] direcionar esforços para minimizar os riscos gerados pelos aparatos punitivos, desnudar a retórica penal (discursos declarados e não cumpridos) e retomar a natureza política da pena. Distante de qualquer *idealização*, seria colocada no campo político da manifestação do poder. (CARVALHO, 2011a, p. 127).

Assim, não haveria uma legitimação da pena, e se estaria assumindo – enfim – seu caráter político de manifestação de poder. Nesse contexto há uma convergência na formulação de discursos sobre os limites da pena entre as teorias garantista, agnóstica e crítica dos direitos humanos, numa perspectiva política de redução dos danos oriundos das intervenções autoritárias (CARVALHO, 2011a, p. 127), observando-se algumas estratégias:

Estratégias de (a) diminuição de dor e de sofrimento causados pela aplicação e execução da sanção penal; (b) reconhecimento da pena na esfera da política; e (c) tutela do polo (processual) débil (réu/condenado) contra qualquer tipo de vingança emotiva e desproporcional (pública ou privada), constituem pautas de ações táticas de contração dos poderes das agências de punitividade. (CARVALHO, 2011a, p. 127).

Zaffaroni se coaduna à teoria agnóstica da pena, vez que “entende ser 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” (CARVALHO, 2011a, p. 142), sendo a redução de dor e sofrimento a única motivação para a aplicação da pena nas atuais condições apresentadas no sistema penal. A legitimação da pena significa tentar racionalizar uma violência do estado, assim, busca-se “não mais teorias justificativas do poder de punir, mas planos estratégicos de contração das violências das agências de punitividade” (CARVALHO, 2011a, p. 143).

Importante abordar também que o modelo de justificação minimalista expõe uma crítica às doutrinas abolicionistas, pois considera que, apesar delas destacarem os custos do direito penal, não reforçam os custos de uma anarquia punitiva como consequência da ausência do direito penal (FERRAJOLI, 2010, p. 313-314). Ferrajoli recusa, então, estas doutrinas, “afirmando que mesmo em uma sociedade mais democratizada e igualitária, seria necessário um direito penal mínimo como único

meio de serem evitados danos maiores (a vingança ilimitada)” (ZAFFARONI, 1991, p. 95).

Isto porque considera que as alternativas de sistema de controle social propostas pelos abolicionistas são privadas de qualquer garantia contra a prepotência e o arbítrio, e que a aplicação dessas teses na prática resultaria em vingança individual, opressões coletivas, demonizações públicas, ausência de garantias aos condenados, censura, perseguições, etc. (FERRAJOLI, 2010, p. 314). Por isso, afirma Ferrajoli que o abolicionismo não passa de uma utopia e apenas o direito penal pode ser garantidor de direitos:

O abolicionismo penal – independentemente dos seus intentos liberatórios e humanitários – configura-se, portanto, como uma utopia regressiva que projeta, sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um estado bom, modelos concretamente desregulados ou autorreguláveis de vigilância e/ou punição, em relação aos quais é exatamente o direito penal – com o seu complexo, difícil e precário sistema de garantias – que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista. (2010, p. 317).

Mesmo admitindo serem amplamente não aplicadas as leis penais e processuais, Ferrajoli acredita que servirem as técnicas normativas para minimizar a violência punitiva e para maximizar a tutela de direitos basta para justificar a existência do direito penal. Conclui que “um sistema penal é justificado se, e somente se, minimiza a violência arbitrária na sociedade [...] e atinge tal objetivo à medida que satisfaz as garantias penais e processuais do direito penal mínimo” (2010, p. 318).

Por isso compreende o autor que não se justificam meios violentos no lugar do direito penal e suas garantias, considerando possível a abolição de penas como a prisão. Defende a redução da intervenção penal e a instauração de garantias jurídico-sociais de vida, “pela eliminação dos fenômenos de desagregação e de marginalização social de que se alimentam subculturas criminais” (2010, p. 319), devendo o direito penal “remanescer somente para aquele caso que poderia, excepcionalmente, produzir-se de reações institucionais coativas a um fato delituoso” (2010, p. 319). Nesse sentido, o programa político-criminal minimalista é concebido como uma estratégia “para maximizar os direitos e reduzir o impacto do penal na sociedade, diminuindo o volume de pessoas no cárcere pela restrição do *input* do

sistema penal através de processos de descriminalizações³² e despenalizações³³ (CARVALHO, 2008, p. 86).

Ainda, corrobora essa ideia Alessandro Baratta, afirmando que é necessária uma forte despenalização e uma contração máxima do sistema punitivo, “com a exclusão, total ou parcial, de inumeráveis setores que enchem os códigos que [...] nasceram sob o signo de uma concepção autoritária e ética do Estado, dos delitos de opinião à injúria, ao aborto, a alguns delitos contra a moralidade pública” (2002, p. 202), etc. Dessa forma, procura-se atender a uma importante reforma tanto social, quanto penal:

A estratégia da despenalização significa, também, a substituição das sanções penais por formas de controle legal não estigmatizantes (sanções administrativas, ou civis) e, mais ainda, o encaminhamento de processos alternativos de *socialização* do controle do desvio e de *privatização* dos conflitos, nas hipóteses em que isso seja possível e oportuno. Mas a estratégia da despersonalização significa, sobretudo, [...] a abertura de maior espaço de aceitação social do desvio.

Enfim, integra a tarefa de uma política criminal alternativa em relação ao direito penal desigual, uma reforma profunda do processo, da organização judiciária, da polícia, com a finalidade de democratizar estes setores do aparato punitivo do Estado, para contrastar, também de tal modo, os fatores da criminalização seletiva que operam nestes níveis institucionais. (BARATTA, 2002, p. 202-203).

Para, então, colocar em prática as teses garantistas, é necessário observar o princípio da legalidade, pois não pode haver outros meios que não as leis responsáveis por imputar crimes, deixando-se princípios morais ou costumeiros aparte do processo de criminalização:

O pressuposto básico do programa garantista é o princípio da legalidade, entendido como regra semântica que identifica o direito vigente como objetivo exaustivo e exclusivo da ciência penal, estabelecendo que somente as leis (e não a moral ou outras fontes externas) dizem o que é crime, e que as leis dizem somente o que é crime (e não o que é pecado). (CARVALHO, 2008, p. 86).

³² “É sinônimo de retirar formalmente ou de fato do âmbito do Direito Penal certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas”. (CERVINI, 1995, p. 72).

³³ “Por despenalização entendemos o ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal. [...] este conceito inclui toda a gama de possíveis formas de serviços e alternativas penais: prisão de fim de semana, prestação de serviços de utilidade pública, multa reparatória, indenização à vítima, semidetenção, sistema de controle de condutas em liberdade, prisão domiciliar, inabilitação, diminuição do salário e todas as medidas reeducativas dos sistemas penais”. (CERVINI, 1995, p. 75-76).

Além da máxima redução de intervenção e da ampla vinculação garantista do direito penal, respeitando o princípio da legalidade, o direito penal mínimo busca a exclusão de outros métodos de intervenção punitiva. Dessa forma, concentra-se num problema, muitas vezes negligenciado, que é o custo social das penas³⁴, que por vezes pode ser superior aos custos causados pela violência que pretende combater.

A segurança e a liberdade de cada um são, com efeito, ameaçadas não apenas pelos delitos, mas também, e frequentemente, em medida ainda maior, pelas penas despóticas e excessivas, pelas prisões e pelos processos sumários, pelos controles arbitrários e invasivos de polícia, vale dizer, por aquele conjunto de intervenções que se denomina “justiça penal”, e que talvez, na história da humanidade, tenha custado mais dores e injustiças do que todos os delitos cometidos. (FERRAJOLI, 2010, p. 319).

O direito penal mínimo, então, é justificado não com uma justificação geral do direito penal e da aplicação de penas, mas autoriza um modelo em que são justificados ou deslegitimados tanto normas individualmente consideradas, como institutos do ordenamento como um todo. Estes critérios são retratados nas diversas garantias penais contra o arbítrio, de forma a justificar a existência mínima de um direito penal, bem como deslegitimar os sistemas penais (FERRAJOLI, 2010, p. 319-320). Dirige-se então, a uma política criminal alternativa, com a perspectiva da máxima contratação, e, na medida do possível, da superação do sistema penal (BARATTA, 2002, p. 205-206).

4.2 Abolicionismo penal

Em função do fracasso no alcance dos objetivos almejados na aplicação das penas; em função da natureza seletiva e estigmatizante do sistema penal; em função

³⁴ “Uma rápida observação do problema revela com total clareza que o custo do delito não é distribuído equitativamente na sociedade onde ocorre. Geralmente, são os segmentos mais despossuídos e vulneráveis da população que suportam a carga mais pesada. Essa distribuição desigual das consequências do delito contradiz-se ao objetivo declarado na maioria das sociedades de diminuir a desigualdade e promover a justiça social. Sabe-se que grande parte das populações carcerárias encontra-se representada desproporcionalmente por indivíduos de poucos recursos, já que a maioria dos delitos conhecidos e julgados é praticada por pessoas dos segmentos marginais, o que de nenhuma maneira garante ou confirma que somente os pobres delinquem. O que acontece é que o sistema atua com mecanismos seletivos, o que em grande parte reforça o tratamento diferencial entre os fracos e os poderosos, surgindo um estereótipo de criminoso, como o de um indivíduo de classe baixa”. (CERVINI, 1995, p. 61).

da violência gerada na sociedade decorrente da atuação das instâncias penais, nascem as teses abolicionistas. Estas procuram não uma política criminal alternativa, mas sim uma alternativa à própria política criminal (KAZMIERCZAK, 2010, p. 99), pois não reconhecem justificção alguma ao sistema penal, “quer porque contestam o seu fundamento ético-político na raiz, quer porque consideram as suas vantagens inferiores aos custos da tríplice constrição³⁵ que o mesmo produz” (FERRAJOLI, 2010, p. 231).

A ideia central do abolicionismo, que surgiu como resposta da crítica sociológica do sistema penal, é a radical substituição deste por outras instâncias de resolução de conflitos. Segundo Zaffaroni, o “abolicionismo representa a mais original e radical proposta político-criminal dos últimos anos, a ponto de ter seu mérito reconhecido até mesmo por seus mais severos críticos” (1991, p. 98).

Dentre as teorias abolicionistas há diversas variantes de pensamento, não havendo total concordância filosófica ou tática para alcançar os objetivos entre todas. As doutrinas mais radicais defendem a eliminação de qualquer forma de controle repressivo, ou seja, “deslegitimam incondicionalmente qualquer tipo de constrição ou coerção, penal ou social” (FERRAJOLI, 2010, p. 232). Esta linha é seguida por Max Stirner, que considera que quaisquer ordens ou regras devem ser desvalorizadas e que transgressões são manifestações autênticas, “cujos julgamento, prevenção e punição constituem injustiças” (FERRAJOLI, 2010, p. 232).

Há também doutrinas abolicionistas que se limitam a reivindicar a supressão da pena enquanto medida coercitiva, apenas eventualmente abolindo o direito penal, contudo sem sustentar a abolição de toda forma de controle social, porquanto uma moral superior deveria ser a responsável por regulamentar a futura sociedade. Godwin, Bakunin, entre outros autores, contestam a pena, pois esta é inutilmente constritiva e subserviente ao interesse das classes dominantes (FERRAJOLI, 2010, p. 232-233).

³⁵ “[...] a limitação da liberdade de ação para os que o observam, a sujeição a um processo por aqueles tidos como suspeitos de não observá-lo, e a punição daqueles julgados como tais”. (FERRAJOLI, 2010, p. 231).

Traços atuais do abolicionismo penal são delineados por Thomas Mathiesen e Nils Christie, na Noruega, e por Louk Hulsman, na Holanda (KAZMIERCZAK, 2010, p. 99-100). Para Mathiesen, o sistema penal deve ser abolido juntamente com qualquer estrutura repressiva existente na sociedade. Para isso, propõe uma revolução permanente e gradual nas instituições punitivas, não com o objetivo de remodelar o sistema penal existente, mas de mantê-lo progressivamente aberto a reformas (CARVALHO, 2011a, p. 133-134). Para reduzir a necessidade do sistema penal, o autor sustenta duas proposições: “o direcionamento de políticas sociais aos sujeitos vulneráveis e a descriminalização das drogas” (CARVALHO, 2011a, p. 134), nas seguintes perspectivas:

Se é fato notório que grande parte da população carcerária é composta por pessoas que praticam crimes contra o patrimônio, ação social nesta área reduziria sobremaneira os problemas derivados da pobreza e do desemprego – *“a guerra contra o crime deveria tornar-se uma guerra contra a pobreza”*. No que tange à descriminalização das drogas, o autor sustenta que esta política atingiria o epicentro do crime organizado, *“neutralizando o mercado ilegal e reduzindo drasticamente a quantidade de crimes”*. (CARVALHO, 2011a, p. 134-135).

Christie, por sua vez, afirma que o sistema penal destrói as relações comunitárias e de horizontalidade (ZAFFARONI, 1991, p. 98-101), em função da “aplicação de modelos classificatórios binários”, ou seja, realçando oposições “entre atos corretos e incorretos, pessoas culpadas ou inocentes” (CARVALHO, 2011a, p. 136), de forma que “o sistema penal, em especial a pena, é encarregado exclusivamente de produzir sofrimento e impor dor” (CARVALHO, 2011a, p. 135). Assim, “a estratégia do autor é baseada em formas de redução ou de imposição mínima de sofrimento, buscando opções aos castigos e não castigos opcionais como são as sanções alternativas e/ou substitutivas” (CARVALHO, 2011a, p. 135). Defende, então “a construção de formas de justiça participativa e comunitária, mais próximas das relações provadas e distantes do modelo processual sancionatório” (CARVALHO, 2011a, p. 136).

Já a vertente desenvolvida por Hulsman trabalha na perspectiva de que o sistema penal é um problema em si mesmo em virtude da sua incapacidade de resolver conflitos, vez que causa sofrimentos desnecessários a apenas parte da

sociedade; possui efeitos negativos sobre aqueles envolvidos nos conflitos; e é extremamente difícil de ser mantido sob controle³⁶. Sua proposta prevê a substituição do sistema penal por instâncias individualizadas de resolução de conflitos que sejam dirigidas às reais necessidades dos indivíduos envolvidos na demanda (ZAFFARONI, 1991, p. 98-99), como as estruturas das justiças civil e administrativa, o que permitiria o diálogo entre vítimas e imputados na busca pela resolução de seus conflitos (CARVALHO, 2011a, p. 137).

Mesmo não havendo uma forma concebida de procedimentos alternativos no enfrentamento de crimes, entende Hulsman que se deve abandonar a cultura de justiça criminal, pois esta se ocupa do criminoso e não das demais pessoas ou grupos que vivem diretamente fatos problemáticos, apartando-os do processo de resolução dos conflitos. Afirma que

Se quisermos progredir no campo das alternativas, devemos abandonar a organização cultural e social da justiça criminal. A justiça criminal versa sobre a figura do criminoso, baseia-se na atribuição de culpa e tem um ponto de vista de “juízo universal” do mundo. Não fornece, pois, as informações e o contexto no qual definir e enfrentar, de modo emancipatório, situações problemáticas.

Se quisermos progredir, é necessário que tenhamos um enfoque orientado, antes de tudo, para aqueles que estão diretamente envolvidos [...] e que nos obrigue a examinar todos os recursos que poderiam ser mobilizados para o enfrentamento de tais fatos e situações. Isto só é possível quando nos libertamos da ideia de que situações criminalizáveis, extremamente diversas entre si, têm alguma coisa em comum. Devemos definir, de maneira autônoma, cada área problemática, independentemente das definições da justiça criminal [...]. Só assim torna-se possível reconhecer e estimular [...] práticas alternativas, desfazendo-se de medidas legitimadas como punições, que, ao contrário, são necessária e evidentemente injustas. (2004, p. 68).

Nesse sentido, dentro das perspectivas abolicionistas são apontadas algumas alternativas em que a própria sociedade é ativa na resolução de seus conflitos,

³⁶ “As três razões apontadas por Hulsman para destacar a total deslegitimação do sistema penal são de uma evidência inegável em nossa região marginal: as mortes, privações de liberdade e vitimizações de recaem sobre os setores majoritários e carentes de nossas populações; a total indiferença pelas vítimas dos órgãos que exercem o poder penal; a perda completa de controle sobre as agências executivas dos sistemas penais e a crescente minimização da intervenção dos órgãos judiciários; e a prática de delitos gravíssimos por parte dos integrantes dos órgãos penais”. (ZAFFARONI, 1991, p. 108).

buscando-se meios menos repressivos de intervenção e que faça o estado afastar-se de soluções penais:

trata-se do informalismo: através do qual a resposta legal é produzida para cada caso a partir de uma negociação das partes envolvidas no conflito; parte da noção de lei que seja usada unicamente como marco de referência da forma pela qual deve resolver-se conflito, sem a formulação prévia, entretanto, do conteúdo das decisões; trata-se da substituição da lei penal pela lei civil, dando-se assim, uma ênfase na negociação, no rol da vítima e nas medidas de compensação e reparação (KAZMIERCZAK, 2010, p. 103).

Considera Hulsman que as alternativas apresentadas pelas teses abolicionistas não são meras utopias distantes, mas são, de fato, construções de meios de resolução de conflitos que surgem da própria vida cotidiana, sendo continuamente desenvolvidas pelos atores sociais (HULSMAN, 2004, p. 55). A fim de embasar empiricamente seus argumentos, Hulsman descreve algumas situações que demonstraram que é possível solucionar conflitos, mesmo os mais graves, sem o auxílio do sistema penal.

Uma delas ocorreu com o próprio autor, quando foi vítima de arrombamentos. Ele procurou conhecer os autores e suas famílias, de forma que não apenas foi ressarcido dos danos materiais que havia sofrido, como também pode desenvolver uma relação com aquelas pessoas, superando os sentimentos ruins trazidos pelo crime cometido. Ainda, afirmou que em nenhum momento ele foi procurado pelas entidades do sistema penal enquanto vítima para saber como ele havia reagido. Quando, enfim, foi formalizada denúncia contra os infratores, ele e sua família já não viam nenhum sentido em se aplicar uma penalização àquelas pessoas, pois o conflito gerado entre eles já havia sido superado (HULSMAN, 2004, p. 55-63). Relatou, ainda, um caso de homicídio, “em que os pais da moça morta e os do assassino se encontraram e estabeleceram uma relação importante, tanto para eles quanto para o homicida” (2004, p. 62); e outro caso em que vítimas de violência sexual preferiram buscar a esfera cível, justamente por esta permitir que a vítima participe do processo (2004, p. 64-64). Conclui o autor, corroborado pelos exemplos citados, que

Em determinadas condições em que se reage de modo a oferecer uma resposta mais coletiva e menos fragmentada aos fatos criminalizáveis, oferece-se um enorme potencial aos membros da

comunidade para que tomem providências fecundas e reparatórias, tanto para as vítimas quanto para criminosos, permitindo superar a antítese vítima-criminoso na relação entre eles. (2004, p. 62).

Fica destacado, então, o enfoque na vítima que é dado pelas teorias abolicionistas, vez que esta é deixada à margem do processo penal, pois “o sistema busca tão somente a punição do autor do ilícito penal sem se preocupar com aquele que sofreu diretamente com a ação praticada” (KAZMIERCZAK, 2010, p. 105). Isto representa uma aplicação meramente punitiva e vingativa da pena, que decide um caso, mas não o soluciona, o que não auxilia em nada na construção de uma nova realidade social (KAZMIERCZAK, 2010, p. 105-106). Assim, Mathiesen propõe novas formas de proteção às vítimas³⁷, de forma que ao invés de aumentar a punição de acordo com a gravidade dos delitos, deveria aumentar-se o apoio à vítima de acordo com a gravidade do crime, numa escala de apoios, e não de punições (CARVALHO, 2011a, p. 135).

Em resposta às teses abolicionistas, o direito penal mínimo, como vimos, analisa que o abolicionismo pode conceber alternativas piores que o direito penal. Afirma Zaffaroni que “enquanto o abolicionismo procura realçar os custos do sistema penal, o direito penal mínimo volta-se para os custos eventuais de uma anarquia punitiva” (1991, p. 103). Na concepção de Ferrajoli, um modelo abolicionista pode dar margem para reações vingativas ou por meio de particulares ou do estado, bem como para um disciplinarismo social, em que há a internalização de rígidos controles morais como forma de autocensura. Refere o autor que as doutrinas abolicionistas não contribuem para solucionar os problemas existentes no sistema penal, bem como depreciam as teses minimalistas, assim

evitam todas as questões mais específicas da justificação e da deslegitimação do direito penal – da qualidade e quantidade das penas, da qualidade e quantidade das proibições, das técnicas de controle processual – desvalorizando toda e qualquer orientação garantista, confundindo em uma rejeição única modelos peais autoritários e modelos penais liberais, e, portanto, não oferecendo nenhuma contribuição à solução dos difíceis problemas ligados à limitação e ao controle do poder punitivo. (2010, p. 234).

³⁷ “Compensação financeira pelo Estado, sistema de seguro simplificado, apoio econômico em casos de luto, abrigos protetivos e centros de apoios seriam fundamentais para modificar a lógica do atual sistema punitivo”. (CARVALHO, 2011a, p. 135).

Acredita este autor que o direito penal mínimo estaria legitimado pela necessidade, então, de defender as garantias de toda a sociedade, a fim de evitar possíveis vinganças, e que o abolicionismo, ao suprimir o sistema penal, deixaria os conflitos sem solução (ZAFFARONI, 1991, p. 103-105).

As críticas de Ferrajoli ao abolicionismo parecem centralizar-se e certas simplificações que realiza, tais como as pretensões de suprimir o sistema penal, deixando todos os conflitos sem solução e sem a cobertura ideológica de uma solução aparente que vigora hoje no sistema penal; ou ainda, de suprimir o direito penal³⁸ – como discurso jurídico –, deixando intacto todo o exercício de poder dos órgãos do sistema penal. (ZAFFARONI, 1991, p. 105).

No entanto, esclarece Zaffaroni que conceber uma sociedade em que os conflitos seriam dirimidos independentemente da existência de penas ou instâncias punitivas não necessariamente se traduz em uma repressão maior (1991, p. 104). O objetivo do abolicionismo é reconstruir “vínculos solidários de simpatia horizontais ou comunitários, que permitam a solução desses conflitos sem a necessidade de apelar para o modelo punitivo formalizado abstratamente” (ZAFFARONI, 1991, p. 104).

Por outro lado, o direito penal mínimo também propõe um novo padrão de sociedade, vez que a diminuição do sistema penal traria grandes modificações nas redes de poder social. Dessa forma, os abolicionistas não são contrários à implementação de um estado minimalista, mas consideram que este pode representar um meio para alcançar o seu objetivo, conforme conclui Zaffaroni:

Na hipótese de se alcançar este modelo e o direito penal mínimo proposto – e, inclusive, aceitando-se a manutenção deste direito penal mínimo de forma a evitar a vingança e um controle totalitário por parte dos órgãos executivos de sistema penal – impor-se-á o questionamento da possibilidade de se neutralizarem esses perigos através de meios que, menos violentos de que a pena, sejam capazes de resolver os conflitos de forma efetiva. De antemão, não se deve excluir a possibilidade do modelo de sociedade que – implícita ou explicitamente – corresponda a uma intervenção penal mínima, e encontrar, finalmente, a forma de resolver os conflitos suprimindo, inclusive, este direito penal mínimo. Deste ângulo, o direito penal

38 Importante salientar nesse ponto que não há de se confundir o intento de abolir o sistema penal com abolir o direito penal, vez que este representa o exercício de poder do único órgão do sistema que ainda pode tentar limitar o exercício do controle por parte dos outros órgãos do sistema penal. Nas palavras de Zaffaroni, “esta reação só poderia ser qualificada como suicídio político reacionário e totalitário e, de maneira alguma, representa a proposta abolicionista” (1991, p. 106).

mínimo apresentar-se-ia como um momento do caminho abolicionista. (1991, p. 105).

Além do mais, está suficientemente demonstrado que é desnecessário o exercício de poder do sistema penal para prevenir-se a generalização da vingança, pois, como aduzido no capítulo anterior, este sistema atua sobre uma pequena parcela de casos, não havendo vinganças ilimitadas em função da impunidade – ocorrendo apenas em fatos isolados. Assim, a proposta minimalista deveria apoiar-se na ampliação do *direito* penal, a fim de que a intervenção do discurso jurídico-penal possa minimizar a atuação violenta dos demais órgãos do sistema penal (ZAFFARONI, 1991, p. 106-107).

Dessa forma, conclui-se que não há como admitir teorias que rechaçam de início as doutrinas abolicionistas, considerando-as simplesmente utópicas. É preciso analisar, de fato, as críticas desenvolvidas às teses abolicionistas, inclusive com o intuito de aperfeiçoá-las; não se pode, no entanto, negar os avanços que essas teorias têm influenciado em novas políticas criminais em propostas como a flexibilização da pena privativa de liberdade, a implementação de justiça restaurativa³⁹, a descriminalização de condutas e a superação da ideologia do tratamento em vários países⁴⁰. Portanto, mesmo não sendo viável a aplicação imediata e total da política de abolição do sistema penal, deve ser esta vista como uma “utopia orientadora” na busca por um estado penal mínimo (CARVALHO, 2011a, p. 139-140).

³⁹ “A despeito da dificuldade conceitual, existe algum consenso entre boa parte dos autores que trabalham o tema em torno da definição apresentada por Marshall. Segundo este autor, ‘a justiça restaurativa é um processo pelo qual todas as partes que têm interesse em determinada ofensa, juntam-se para resolvê-la coletivamente e para tratar suas implicações futuras’. Jaccoud define a justiça restaurativa desde outra perspectiva, apontando para a participação das partes e para os fins pretendidos por um processo restaurativo: trata-se de ‘uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito. Para além das definições, Braithwaite classifica a justiça restaurativa como uma forma de lutar contra a injustiça e contra a estigmatização. Ela busca a redução da injustiça e não simplesmente a redução dos delitos: ‘aspira oferecer direções práticas sobre como nós, cidadãos democráticos, podemos levar uma boa vida por meio da luta contra a injustiça’”. (PALLAMOLLA, 2009, p. 54).

⁴⁰ “[...] os efeitos concretos produzidos pela crítica abolicionista, mormente em sua visão no campo psiquiátrico com a antipsiquiatria, cujo efeito concreto foi a extinção dos manicômios judiciais em inúmeros países, sobretudo na Itália, revela a propriedade dos argumentos”. (CARVALHO, 2011a, p. 139).

5 CONCLUSÃO

Encontramo-nos em uma sociedade imersa em valores constituídos pelo sistema penal, havendo grande dificuldade de enxergar novas maneiras de resolução dos conflitos originados pela criminalidade sem socorrer-se dos instrumentos disponibilizados por este – mesmo que o próprio sistema seja o responsável por gerar muitos destes conflitos. Ao se propor a prevenir o cometimento de crimes, ou de prevenir a reincidência daquele que não foi impedido de praticar o ilícito na primeira tentativa de prevenção, o sistema apresenta soluções, na prática, que não apenas não cumprem com os objetivos determinados, mas que também desenvolvem diversas formas de violência contra o indivíduo e contra a sociedade.

Um sistema pensado para integrar a sociedade, bem como para afastá-la da realização de crimes, deve ser aplicado contra e a favor de todos os membros da sociedade; entretanto, de fato, isso não ocorre. O sistema penal age seletivamente, não incluindo determinados indivíduos marginalizados e estigmatizados nesse contexto da solução dos conflitos, relegando-os a uma cultura que sofre e gera violência como resposta ao tratamento dispensado pelas instituições do sistema penal.

Todo aparato penal intrínseco na sociedade reforça as etiquetas de delinquente, de criminoso, de alguém não desejado pelos demais atores sociais. Não bastasse essa preconceção sobre a personalidade dos indivíduos, que acabam por internalizar essas características, passando a viver de acordo com elas até como forma de se auto afirmar perante a sociedade e seu grupo social, o sistema penal ao buscar sua reinserção numa cultura social desejável, a qual é ditada pelos detentores do poder – que são os próprios a definir de antemão quem é marginalizado ou não –, utiliza de mecanismos que apenas ratificam o estigma já enraizado socialmente.

Evidente que a instituição do aparato penal responsável por finalizar os processos de condicionamento do sistema sobre o indivíduo é a prisão. A instituição total existente na justificativa da necessidade de ressocializar transgressores do *status quo* apenas trabalha, em verdade, para a manutenção desse *status*, que é o da segregação social, da estigmatização e da desagregação da sociedade,

desestimulando tentativas de resolução de conflitos que não sejam por meio da violência.

Diante deste cenário de quebra das teorias que legitimam a existência do sistema penal, há que se desenvolver novos paradigmas para a resolução de conflitos que não estejam permeados por respostas violentas. Entendendo que não há como conceber um aparato penal mínimo que seja, pois independentemente de sua extensão, o sistema penal continuará reproduzindo os mesmos problemas de estigmatização e seletividade, o abolicionismo penal representa uma alternativa não apenas ao sistema penal deslegitimado, mas uma proposta de nova organização social, em que serão buscadas opções informais e não penais de resolução de conflitos.

No entanto, representando o abolicionismo uma difícil e radical mudança de valores na sociedade, devemos manter seus ideais em discussão a fim de concretizarmos uma proposta de forte redução do controle dos poderes punitivos, assumindo o pensamento de que a imposição de penas pelo sistema não passa de uma expressão política de poder, direcionando-nos ao minimalismo do sistema penal. Dessa forma, entendemos o abolicionismo penal como a utopia orientadora do direito penal mínimo, para que a sociedade possa, sempre que possível, resolver seus conflitos de forma livre da interferência das instituições penais e de suas consequências violentas e negativas na sociedade.

REFERÊNCIAS

- ANCEL, Marc. **A nova defesa social**: um movimento de política criminal humanista. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Sociologia e justiça penal**: teoria e prática da pesquisa sociocriminológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. (confirmar no acervo online da PUC).
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. **Tratado de direito penal**, volume 1: parte geral. 14.ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. A pena e suas teorias. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 90-113, jul/ago/set, 1992.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**: o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. **Antimanual de criminologia**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- _____. Das subculturas desviantes ao tribalismo urbano (itinerários da criminologia cultural através do movimento punk). In: _____; PINTO NETO, Moysés; MAYORA, Marcelo; LINCK, José Antônio Gerzson. **Criminologia cultural e rock**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 149-223.
- CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delincente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FERRI, Henrique. **Princípios de direito criminal**: o criminoso e o crime. São Paulo: Saraiva, 1931.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 36.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4.ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

_____. **Manicômios, prisões e conventos**. 3.ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1990.

HULSMAN, Louk. Alternativas à justiça criminal. In: **Curso livre de abolicionismo penal**. PASSETTI, Edson (org). Rio de Janeiro: Revan, 2004.

JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Direito penal constitucional e exclusão social**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. São Paulo: Ícone, 2007.

MESTIERI, João. **Teoria elementar do direito criminal: parte geral**. Rio de Janeiro: J. Mestieri, 1990.

MORETTO, Rodrigo. **Crítica interdisciplinar da pena de prisão: controle do espaço na sociedade do tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 5.ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil**. São Paulo: Editora Método, 2003.

PINTO NETO, Moysés da Fontoura. **O rosto do Inimigo: uma desconstrução do Direito Penal do inimigo como racionalidade biopolítica**. 2007. 212 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

POZZEBON, Fernanda S. de Souza. Aspectos da Prisionização e o Ex-Prisionário. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 33, n. 2, p. 267-278, dezembro, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: parte geral. 5.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal**: legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Direito penal**: parte geral. 6.ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REGHELIN, Elisangela Melo. Entre terroristas e inimigos... **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 66, p. 217-303, 2007.

SANGUINÉ, Odone. Função Simbólica da Pena. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 114-126, jul/ago/set, 1992.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena**: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPD; Lumen Juris, 2005.

SOARES, Luiz Eduardo; ATHAYDE, Celso; BILL, MV. **Cabeça de porco**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos Graziano. **A progressão de regime no sistema prisional do Brasil**: a interpretação restritiva e a vedação legal nos crimes hediondos como elementos de estigmatização do condenado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

WACQUANT, Loïc. A Aberração Carcerária à Moda Francesa. **Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 47, n. 2, p. 215-232, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.