

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

EDSON MARIO ROSA JÚNIOR

REVOLUÇÃO: UMA RESPOSTA À VIOLÊNCIA DO SISTEMA PENAL

CRICIÚMA

2021

EDSON MÁRIO ROSA JÚNIOR

REVOLUÇÃO: UMA RESPOSTA À VIOLÊNCIA DO SISTEMA PENAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração em Direitos Humanos e Sociedade, da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof^(a). Dr^(a) Jackson da Silva Leal

CRICIÚMA

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

R788r Rosa Júnior, Edson Mario.

Revolução : uma resposta à violência do sistema penal / Edson Mario Rosa Júnior. - 2021. 100 p.

Dissertação (Mestrado) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Programa de Pós-Graduação em Direito, Criciúma, 2021.

Orientação: Jackson da Silva Leal.

1. Direito penal. 2. Sistema penal. 3. Criminologia crítica. 4. Pena (Direito). 5. Violência. I. Título.

CDD 23. ed. 341.5

EDSON MARIO ROSA JUNIOR

“SISTEMA PENAL CLASSISTA: UMA RESPOSTA À VIOLÊNCIA DO SISTEMA PENAL”

Esta dissertação foi julgada e aprovada para obtenção do Grau de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense.

Criciúma, 09 de setembro de 2021

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Jackson da Silva Leal
(Presidente e Orientador(a) – UNESC)



Prof. Dr. Fábio da Silva Bozza
(Membro externo – UFSB)



Prof. Dr. Lucas Machado Fagundes
(Membro - PPGD/UNESC)



Prof. Dr. Patrick Lemos Cacicedo
(Membro externo –USP)



Prof. Dr. Reginaldo de Souza Vieira
Coordenador adjunto do PPGD

A todos e todas que doam(ram) seu tempo, seus conhecimentos e suas melhores energias para salvar vidas durante a pandemia do Covid-19.

AGRADECIMENTOS

A Deus por me permitir chegar até aqui.

Aos meus pais, Edson e Elisângela, por serem os meus maiores incentivadores e nunca medirem esforços para me ajudar nos árduos desafios impostos pela vida.

Ao meu orientador, Jackson da Silva Leal, por todo o conhecimento transmitido no curso desta orientação e pela forma atenciosa como conduziu os rumos deste trabalho.

Aos professores Guilherme Merolli, Nilo Batista, Alexandre Moraes da Rosa, Aury Lopes Jr. e Jackson da Silva Leal, pelo que representam em minha formação acadêmica.

Aos colegas operadores jurídicos Luís Fernando Nandi Vicente, Leandro Schiefler Bento, Renato Muller Bratti e Sandra Goulart Giesta da Silva, pelo que representam em minha formação profissional.

Aos meus amigos e colegas de trabalho no escritório Rosa Jr. & Advogados Associados, pela colaboração, amizade e entrega durante minhas ausências.

Aos meus amigos de vida, com os quais compartilho tenho a alegria de compartilhar toda a minha trajetória.

“O futuro pertence àqueles que acreditam na
beleza de seus sonhos.”

Eleanor Roosevelt

RESUMO

O presente trabalho trata de uma análise crítica do sistema penal e da possibilidade de uma resposta à violência por ele operada. Para realização desta pesquisa foi utilizado o método de abordagem dedutivo, método de procedimento monográfico, técnica de pesquisa exploratória e tipo de pesquisa qualitativa. Quanto aos objetivos, este trabalho tem como objetivo geral verificar a possibilidade da implementação de uma revolução embasada no movimento criminológico crítico, com o fim de dar uma resposta à violência operada pelo sistema penal, e como objetivos específicos analisar de forma crítica o sistema penal, sua utilização como meio de (re)produção das desigualdades e da violência e, por último, o movimento crítico que defende a sua diminuição e a sua supressão. Assim, em um primeiro momento, é realizada uma abordagem a respeito dos argumentos legitimadores do sistema penal e da pena, e das suas respectivas críticas, além da apresentação do abolicionismo penal como uma negativa. Na sequência, este trabalho avança no sentido de verificar as funções da pena privativa de liberdade no sistema capitalista e a violência estrutural e institucional por ele operada, no intuito de evidenciar o seu fracasso. Por fim, os aspectos anteriormente levantados são condensados e enfrentados sob a ótica da Criminologia Crítica, da Política Criminal Alternativa e da Teoria Agnóstica da Pena, propondo-se uma revolução que possibilite a reformulação/superação do sistema jurídico penal através da adoção de um ponto de vista das classes subalternas.

Palavras-chave: Sistema Penal. Violência. Criminologia Crítica. Revolução.

ABSTRACT

The present work deals with a critical analysis of the penal system and the possibility of a response to the violence operated by it. To carry out this research, the method of deductive approach, method of monographic procedure, exploratory research technique and type of qualitative research were used. As for the objectives, this work has as general objective to verify the possibility of implementing a revolution based on the critical criminological movement in order to respond to the violence operated by the penal system, and as specific objectives to critically analyze the penal system, its use as a means of (re)production of inequalities and violence and, finally, the critical movement that defends its reduction and suppression. Thus, at first, an approach is made regarding the legitimizing arguments of the penal system and the penalty, and their respective criticisms, in addition to the presentation of penal abolitionism as a negative. Subsequently, this work advances towards verifying the functions of the deprivation of liberty in the capitalist system and the structural and institutional violence operated by it, in order to demonstrate its failure. Finally, the aspects raised above are condensed and faced from the perspective of Critical Criminology, Alternative Criminal Policy and the Agnostic Penalty Theory, proposing a revolution that enables the reformulation/overcoming of the penal legal system through the adoption of a point from the perspective of the subordinate classes.

Keywords: Criminal System. Violence. Critical Criminology. Revolution.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DA LEGITIMAÇÃO À FALÊNCIA DO SISTEMA PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA	19
2.1 ESTRATÉGIAS DE LEGITIMAÇÃO E CRÍTICAS DO SISTEMA PENAL: FUNDAMENTOS GERAIS	19
2.2 TEORIAS JUSTIFICADORAS DA PENA: DA RETRIBUIÇÃO À CONCILIAÇÃO	24
2.3 A REALIDADE DA PENA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS TEORIAS JUSTIFICADORAS DA SANÇÃO PENAL.....	31
2.4 ABOLICIONISMO PENAL: UMA PROPOSIÇÃO	38
3 A REPRODUÇÃO DAS DESIGUALDADES E DA VIOLÊNCIA PELO SISTEMA PENAL: A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO SISTEMA CAPITALISTA.....	43
3.1 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E AS TRANSFORMAÇÕES ECONÔMICAS: UM PASSADO QUE JUSTIFICA O PRESENTE	43
3.2 SELETIVIDADE: A VIOLÊNCIA PRÉ-DIRECIONADA.....	49
3.3 A PENALIDADE ENQUANTO MANUTENÇÃO DAS RELAÇÕES DAS CLASSES HEGEMÔNICAS	57
3.4 EXÉRCITO INDUSTRIAL DE RESERVA: A FUNCIONALIDADE DO SISTEMA PENAL	62
3.5 O MITO DA RESSOCIALIZAÇÃO E A PUNIÇÃO COMO VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL.....	63
4 UMA RESPOSTA À VIOLÊNCIA DO SISTEMA PENAL	69
4.1 CRIMINOLOGIA CRÍTICA: LIMITES DA CRIMINALIZAÇÃO	70
4.2 POLÍTICA CRIMINAL ALTERNATIVA	76
4.3 TEORIA AGNÓSTICA DA PENA: UM CAMINHO	82
4.4 REVOLUÇÃO: UMA NECESSIDADE	86
5 CONCLUSÃO	90
REFERÊNCIAS.....	94

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objeto promover o aprofundamento teórico necessário para se chegar a uma possível resposta à violência operada pelo sistema penal mediante a análise das críticas e dos postulados apresentados pelo movimento criminológico crítico.

Após a introdução que compreende o primeiro capítulo, a parte inicial do segundo capítulo cuida de traçar um paralelo entre o surgimento do controle social e do sistema penal, evidenciando que este opera como um braço daquele, e apresentando os seus argumentos legitimadores.

Neste ponto, o estabelecimento do controle social em uma sociedade, ainda mais quando esta é caracterizada como conflitiva, pressupõe a determinação prévia das condutas que não podem ser praticadas por supostamente serem socialmente negativas.

Ocorre que a determinação prévia das condutas que não podem ser praticadas, longe de corresponderem a vontade de todos aqueles que integram a sociedade, corresponde à manifestação das ideias das classes hegemônicas, aqui entendidas como aquelas que ocupam os pontos altos da estrutura de poder.

Uma vez previstas as condutas que não podem ser praticadas, o controle social necessita de mecanismos para, de fato, ser instrumentalizado. Uma das formas de manifestação do controle social é o sistema penal, que representa o controle punitivo institucionalizado.

Enquanto braço do controle social, o sistema penal apresenta-se como um sistema igualitário, justo e comprometido com a dignidade humana, que objetiva garantir uma ordem social justa, mediante a preservação dos valores – bens jurídicos – caros à sociedade como um todo.

A operacionalização do sistema penal enquanto instrumento de controle social dá-se através da ameaça e o exercício da coerção penal. A teoria da pena confunde-se com a própria teoria do direito penal, ao passo que discutir sobre o direito de penar é um debate sobre todo o direito penal.

A coerção penal, segundo doutrina majoritária, é teorizada mediante a análise de seus próprios propósitos, sendo eles meramente retributivos ou, cumulativamente, retributivos e preventivos, ou, ainda, conciliatórios, que se

constituem como objetos das teorias absolutas, relativas e mistas (BISSOLI FILHO, 2010, p. 74).

As teorias absolutas defendem que a pena tem o seu fundamento na retribuição do mal feito pelo criminalizado, ou seja, que consiste em um castigo propriamente dito, com base no ideário de justiça compensadora (BISSOLI FILHO, 2010, p. 74).

As teorias relativas fundamentam-se no critério da prevenção e são classificadas em teorias da prevenção especial e teorias da prevenção geral, sendo que a primeira foca os efeitos da coerção penal nos criminalizados e a segunda em todos os indivíduos (BISSOLI FILHO, 2010, p. 77).

Não bastasse a classificação mencionada no parágrafo acima, os efeitos preventivos da coerção penal são subdivididos em positivos e negativos, ou seja, há teoria da prevenção geral negativa e positiva, e teoria da prevenção especial negativa e positiva.

A prevenção geral negativa objetiva a intimidação dos infratores potenciais pela ameaça da pena (BISSOLI FILHO, 2010, p. 87), enquanto a prevenção geral positiva tem como propósito impor, na consciência geral, a obrigatoriedade de respeito à legislação (QUEIROZ, 2001, p. 40).

A prevenção especial negativa sustenta a necessidade de neutralizar o criminalizado através da prisão, a fim de que este não volte a delinquir (GRECO, 2013, p. 476). Por outro lado, a prevenção especial positiva defende o caráter ressocializados da pena, fazendo com que o criminalizado não pratique novo desvio (ROXIN, 1997, p. 85).

As teorias mistas, tal como o seu nome sugere, congregam os postulados das teorias absolutas e relativas, ressignificando a finalidade da coerção penal para o fim de atribuir-lhe um caráter retributivo e preventivo (SANTOS, 2006, p. 462).

Ainda no segundo capítulo, uma vez apresentados os argumentos legitimadores do sistema penal e, especialmente, da sanção penal, verifica-se que este, longe de solidificar-se sobre as suas teorias justificadoras – que pressupõe a regularidade de seu funcionamento – deve ser verificado frente à (in)eficácia real de suas funções declaradas, motivo pelo qual se passa a análise das mesmas.

Na lição de Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2011, p. 114), há dois grandes modelos justificadores da sanção penal fundamentados em suas funções declaradas, que são as teorias da prevenção geral e da prevenção especial.

Da análise das funções declaradas da pena frente as suas funções manifestas, verifica-se que a prevenção geral positiva garante a possibilidade de os criminalizados continuarem a praticar condutas criminalizadas, eis que o sistema penal incide sobre pequena parcela dos indivíduos (ZAFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, 2011, p. 123), enquanto a prevenção geral negativa não impede a prática criminosa com a mera incriminação, eis que uns delinquem por sobrevivência, outros por emoção e outros por sabida imunidade (MEROLLI, 2014, p. 128).

No que tange às teorias da prevenção especial, é de se mencionar que ninguém pode (re)aprender a viver em sociedade entre quatro paredes ou quatro muros (BATISTA, 1974, p. 34), fato este que põe por terra a justificativa sustentada pela corrente positiva, ao passo que prisão para mera neutralização ou imposição de castigo, como defendido pela corrente negativa, não se coaduna com os pressupostos de um Estado Democrático de Direito (ZAFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, 2011, p. 127-128).

Uma vez realizada a desconstrução epistemológica das teorias justificadoras da pena, e tendo em vista que esta continua sendo um meio resolução dos conflitos sociais, necessário refazer o questionamento de Merolli (2014, p. 139) sobre a sanção penal: “se o seu fracasso é consentâneo ao seu nascimento, por que será, então, que a prisão continua a colonizar o arsenal punitivo do Estado, nessa espécie de reproposição reiterada do mesmo projeto fracassado?”

A verificação do fracasso dos argumentos legitimadores do sistema penal, dos efeitos nefastos de suas funções ocultas – que serão analisados adiante – e da ausência de argumentação racional que justifique a sua existência, fez com que surgisse a ideia do abolicionismo penal, também tratada no segundo capítulo.

A proposta do abolicionismo penal, em linhas gerais, propõe a supressão total do sistema penal e a adoção de outros meios para resolução dos conflitos que lhe são atualmente submetidos, sustentado no fato de que o sistema penal não possui racionalidade alguma, só podendo ser explicado como um instrumento violento e seletivo de poder (ZAFFARONI, 2001, p. 274).

Superada a análise da legitimidade e evidenciada a falência do sistema penal, no terceiro capítulo propõe-se uma análise sobre a (re)produção da desigualdade e da violência operada pelo sistema penal, partindo-se de uma análise deste frente às transformações econômicas e chegando à definição da punição como violência institucional.

A utilização do sistema penal como forma de controle social violenta e seletiva, quando analisada historicamente mediante a história das legislações penais, como se essas representassem o que de fato ocorreu em dado período, é inverificável.

É em razão disso que a criminologia crítica, na segunda metade do século XX, traz à tona a necessidade da análise do processo de criminalização a partir de um fundamento material, ou seja, através da desigual distribuição de poder e dos conflitos que estão na origem desses processos, impondo, portanto, um fundamento materialista para análise do sistema penal (BARATTA, 1983, p. 145-166).

O estudo da história da pena e, portanto, do sistema penal, sob a ótica das transformações econômicas nas sociedades capitalistas e as contradições que dela derivam, justifica-se em razão de que na sociedade pré-capitalista o cárcere – como pena propriamente dita – não existia (MELOSSI; PAVARIN, 2006, p. 21).

Partindo, portanto, da análise do sistema penal por um fundamento materialista, verifica-se que o próprio surgimento da pena privativa de liberdade, nos idos de XVI e XVII, teve como função reduzir a carência de mão de obra, obrigando os ociosos ao trabalho, e o aumento dos salários, extirpando a escassez de força de trabalho (GIORGI, 2017, p. 41).

Assim, durante dado período, a prisão apresentou-se como instrumento de controle social que, mediante intimidação, obrigou parte da população – marginalizados e ociosos – a trabalhar nas indústrias e demais segmentos pertencentes à classe hegemônica, disciplinando-os ao novo “modo de viver” capitalista (LEAL; BRUNA, 2017, p. 35).

Ocorre que a imposição do trabalho ocasionada pelo caráter intimidatório da prisão acabou suprindo a carência de mão-de-obra no mercado, fato este que fez com que, nos idos do século XVIII, o cárcere adota nova função, que é a de formação e manutenção da ideia do operário, disciplinando indivíduos a trabalhar no modo exigido para valorização capitalista (LEAL; BRUNA, 2017, p. 35).

Contudo, já no século XX, a mão-de-obra, até então escassa, tornou-se excessiva, não tendo mais o mercado de trabalho capacidade de absorvê-la, fato este que fez com que o sistema penal assumisse nova função ao sistema capitalista, agora apresentando-se como uma moderna ferramenta de controle da população marginalizada e não inserida no mercado de trabalho (QUINNEY, 1977, p. 31).

O direcionamento da atuação do sistema penal para a classe marginalizada no bojo do sistema capitalista é evidente. Tendo o Brasil como exemplo, é possível

verificar que quase a metade da população prisional brasileira foi levada ao cárcere por prática do tráfico de drogas ou de crimes contra o patrimônio, sendo que os crimes denominados de “colarinho branco” não correspondem sequer a 2% da população carcerária (DEPEN, 2017, p. 44-45).

A seletividade acima denunciada, longe de constituir-se um mero acaso, quando analisada sob o enfoque do materialismo histórico dialético, permite a compreensão de que o sistema penal se presta a proteger os interesses das classes dominantes, perpetuando-os e reproduzindo-os, ao passo que, como efeito reflexo, promove uma criminalização pré-direcionada aos vulneráveis socialmente.

A população objeto do sistema penal – marginalizada e excedente ao mercado de trabalho –, através da utilização deste como moderno instrumento de controle social, constitui um exército industrial de reserva disponível, que pode(ria) ser utilizado durante uma possível escassez de mão-de-obra (MARX, 2012, p. 707) e que preserva, portanto, as necessidades do próprio movimento capitalista (TANGERINO; SCHECAIRA, 2011).

Uma vez submetidos indivíduos marginalizados ao cárcere, estes deixam o exército industrial de reserva disponível e passam a integrar o exército industrial de reserva encarcerado, o qual não só está apto a suprir eventual falta de mão-de-obra, como também é obrigado – inclusive por Lei – a emprestar mão-de-obra barata e a fazer serviços que os proletários livres não querem (LUCENA, 2017, p. 9), preservando, novamente, funcionalidade à acumulação de capital.

A denúncia de que o cárcere presta, na verdade, função ao sistema capitalista, ante ao oferecimento de um exército industrial de reserva encarcerado que é obrigado a aceitar a superexploração da força de trabalho, já adianta o fracasso do caráter ressocializador da prisão.

Antes de analisar o cárcere propriamente dito, Baratta (1999, p. 186) adverte que quem precisa ser ressocializada, de fato, é a sociedade, e, não, o criminalizado. Neste ponto, Merolli (2014, p. 138-139) sustenta que há uma série de culturas vigentes na sociedade – não somente os valores ideológicos típicos das classes dominantes -, não podendo o criminalizado ser obrigado a ajustar-se a uma delas.

Ante o fato de que os indivíduos dificilmente conseguem se orientar livremente por um sistema cultural, o cárcere, ao invés de fomentar a ressocialização, tende a inserir o criminalizado na cultura do crime (BARATTA, 1999, p. 183). Essa

afirmativa, inclusive, é facilmente verificável empiricamente, haja vista que, tendo como exemplo o Brasil, quase metade das pessoas adultas com processos criminais registrados em 2015 retornaram ao sistema prisional até dezembro de 2019 (CNJ, 2019, p. 52-53).

Uma vez evidenciado que a pena de prisão não cumpre com as suas funções declaradas, haja vista que não impede a prática do desvio (prevenção geral) e não efetiva a ressocialização dos criminalizados à convivência social (prevenção especial), mas, sim, com as suas funções latentes, é de se questionar, de fato, o que é o cárcere.

A pena, na lição de Baratta (1993, p. 9-10), é, na verdade, uma violência institucional, que (re)produz a violência estrutural que já é operada, de forma latente, nas sociedades capitalistas e em face dos grupos marginalizados e não inseridos no mercado de trabalho.

A violência institucional acima denunciada levou Hulsman (1997, p. 88) a concluir que o sistema penal é concebido para fazer o mal, só sendo explicado, na lição de Zaffaroni (2001, p. 27), como uma manifestação seletiva e violenta do poder.

E é a partir da falência dos argumentos justificadores do sistema penal, dos efeitos nefastos de suas funções ocultas e da violência institucional que lhe é intrínseca, que é necessário pensar em uma resposta firme à toda violência deste sistema, o que constitui o objeto do quarto capítulo.

O quarto capítulo desta dissertação sugere um aporte teórico apto a fomentar uma resposta à violência operada pelo sistema penal, mediante a análise dos postulados da Criminologia Crítica, da Política Criminal Alternativa e da Teoria Agnóstica da Pena, fomentando, ao final, a utilização de referido aporte com o fim de subsidiar uma reformulação/superação do sistema jurídico penal.

A Criminologia Crítica, surgida na segunda metade do século XX, constitui o marco teórico deste trabalho e busca explicar o controle social exercido pelo sistema penal através da análise do modo de vida capitalista e da posição de classe ocupada pelo criminalizado, ou seja, realiza uma análise macrossociológica do desvio, admitindo que uma conduta é criminalizada em razão da vontade manifestada pela classe dominante.

Referido pensamento crítico, longe de incidir somente no âmbito da Criminologia, tende a tornar-se uma teoria crítica e sociológica do sistema penal (ANDRADE, 1995, p. 31) e seus postulados devem avançar para outras áreas do

saber, especialmente para a Ciência Penal, emprestando aporte teórico – submetido a constante revisão – para limitação da criminalização, proteção dos marginalizados, denúncia de violências, entre outros.

A ruptura epistemológica e metodológica que culminou com o surgimento da Criminologia Crítica causou enorme mudança de rumos na Política Criminal, surgindo, a partir de então, a Política Criminal Alternativa, assim entendida como aquela que objetiva reduzir a seletividade do sistema penal e introduzir um processo de descriminalização e despenalização (BARATTA, 2011, p. 202-203).

A mudança dos rumos da Política Criminal pode ser explicada através de duas propostas. A primeira, denominada abolicionista, propõe, em resumo, a supressão do sistema penal e a sua substituição por outro modelo de resolução de conflitos (LEAL; BRUNA, 2017, p. 37). A segunda, anunciada como minimalista, propõe um amplo movimento para redução gradativa do âmbito de incidência do sistema penal.

Além dos pensamentos sobreditos que caminham no sentido de reconhecer o fracasso do sistema penal, especialmente da pena privativa de liberdade, há a teoria agnóstica ou negativa da pena, que não apresenta fundamento justificador algum para a sanção penal, com o fim de destacar a importância de conhecer as suas funções latentes (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 89).

Ante o fato de desconhecer qualquer função legitimante à pena, esta reduz-se a um ato político beligerante, sem caráter jurídico (ZAFFARONI, 2011), operando-se como uma mera coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, 2011, p. 99), devendo, portanto, ter sua aplicação reduzida.

Em que pese a Criminologia Crítica, a Política Criminal e a Teoria Agnóstica da Pena encamparem um movimento que tenta operar um dique aos atos e efeitos deletérios do sistema penal, certo é que essa nova visão sobre a questão criminal esbarra no fato de que a classe dominante, guiada pelos interesses intrínsecos à lógica do capital, não permite o seu desenvolvimento.

E é a partir do óbice acima apontado que se verifica a necessidade desse conhecimento crítico, que atualmente se constitui como movimento, ultrapassar esta fronteira e subsidiar uma revolução que reformule/supere o sistema penal através da

adoção do ponto de vista das classes marginalizadas e mediante o apoio massivo desta.

Neste sentido, esta pesquisa, já em sede de conclusão, tem o fim de denunciar a falência do sistema penal e trazer à tona um debate sobre as reais medidas a serem adotadas com o fim de responder à violência por este operada. Longe de dar qualquer resposta pronta e acabada, a presente dissertação encampa a ideia da necessária formação de um dique de enfrentamento ao sistema penal ora apresentado.

A proposição de uma revolução, longe de fomentar violência, tem o condão de indicar que as classes marginalizadas, reconhecidamente parcela expressiva da população, devem ter participação no processo de criminalização, com a devida consideração do seu ponto de vista.

Para realização desta pesquisa foi utilizado o método de abordagem dedutivo, haja vista que a dissertação se inicia com uma visão ampla do sistema penal, passando pelos seus argumentos justificadores e críticas, pela sua função no sistema capitalista e pela violência que (re)produz, até chegar no ponto nevrálgico que é verificar a possibilidade de oferecimento de uma resposta à violência operada pelo sistema penal.

O método de procedimento escolhido é o monográfico, eis que a presente dissertação objetiva verificar se o movimento criminológico crítico pode instrumentalizar uma resposta à violência operada pelo sistema penal. A técnica de pesquisa utilizada é a exploratória, uma vez que melhor se encaixa na proposta de estudo monográfico. O tipo de pesquisa é a qualitativa, pois se analisa subjetivamente o tema proposto, e o procedimento utilizado é o bibliográfico, mediante a análise da base teórica disponível.

2 DA LEGITIMAÇÃO À FALÊNCIA DO SISTEMA PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA

O sistema penal, enquanto instrumento de controle social, encontra a sua legitimidade na pseudo defesa da ordem social. A pena privativa de liberdade, por sua vez, justifica-se em razão do seu caráter preventivo/intimidatório, que previne a prática do desvio, e do seu efeito ressocializador, que (re)educa o criminalizado a viver em sociedade conforme os valores dominantes.

Em que pese os argumentos justificadores do sistema penal e da pena privativa de liberdade, a análise empírica dos seus efeitos não só denuncia a falibilidade de suas funções declaradas, como também evidencia que referido sistema jurídico penal opera funções latentes.

Uma vez verificada a falibilidade das funções declaradas e os efeitos deletérios operados pelas suas funções latentes, surge a necessidade de se pensar em um horizonte para além do sistema penal como modelo de resolução de conflitos.

2.1 ESTRATÉGIAS DE LEGITIMAÇÃO E CRÍTICAS DO SISTEMA PENAL: FUNDAMENTOS GERAIS

A vida em sociedade faz com que as pessoas interajam de maneira muito estreita com outras pessoas, formando, assim, grupos sociais coincidentes em seus interesses e expectativas. O conflito entre esses grupos sociais é uma constante na sociedade e a resolução dos mesmos gera uma estabilização que configura a ordem social e, em última análise, a estrutura de poder.

Essa estrutura de poder, quando consolidada, necessita estabelecer um regramento que proteja os seus interesses e um meio de controle social apto a manter a classe hegemônica na condição de dominante e a classe marginalizada na condição de dominada.

Para o estabelecimento do controle social é necessário que a “sociedade”, que é representada invariavelmente pela classe hegemônica – que ocupa os pontos altos da estrutura de poder – e pelos interesses desta, determine as condutas que não podem ser praticadas por supostamente serem danosas ao convívio social, bem como estabeleça sanções em caso de cometimento das mesmas.

Partindo de uma concepção materialista, “as ideias dominantes nada mais são do que a expressão ideal das relações materiais dominantes, as relações

materiais concebidas como ideais; portanto, a expressão das relações que tornam uma classe a classe dominante” (MARX; ENGELS, 1977, p. 72).

O controle social acima mencionado manifesta-se de diversas maneiras, desde uma perspectiva ideológica familiar até aquela exercida pelo sistema penal em razão da suposta prática de uma conduta que fora criminalizada pela classe hegemônica.

É indiscutível que em toda sociedade existe uma estrutura de poder e segmentos ou setores mais próximos – ou hegemônicos – e outros mais alijados – marginalizados – do poder. Obviamente, esta estrutura tende a sustentar-se através do controle social e de sua parte punitiva, denominada sistema penal (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2008, p. 72).

O sistema penal é, em um sentido limitado/teórico, o controle social punitivo institucionalizado, abrangendo este todos os atos que ocorrem a partir da suspeita da prática da uma infração à norma penal até a imposição da reprimenda prevista, pressupondo a regularidade de sua operacionalidade real (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2008, p. 65).

Em um sentido mais amplo, o sistema penal é conceituado como “controle social punitivo institucionalizado, nele se incluem ações controladas e repressoras que aparentemente nada têm a ver com o sistema penal” (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2008, p. 65).

Neste sentido, Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2003, p. 98) sustentam que o maior poder do sistema penal não reside na punição em si, mas sim nos poderes de invadir a privacidade dos indivíduos e do próprio Estado através de instrumentos legais, vigiando e controlando movimentos e ideias, impor penas sem o devido controle jurídico, entre outros.

A legitimação do sistema penal é encontrada na observação da relação entre a sociedade e o direito. Na lição de Batista (2007, p. 19), “o direito penal vem ao mundo (ou seja, é legislado) para cumprir funções concretas dentro de e para uma sociedade que certamente se organizou de determinada maneira”.

Nesse sentido, Beccaria (2012, p. 12) sustenta que as Leis são as condições que fazem os homens, naturalmente livres, sacrificarem um quinhão de sua liberdade, depositando-a nas mãos do soberano, com o fim de unirem-se em sociedade e viverem em paz.

Não bastasse o depósito de parte da liberdade de cada indivíduo, fora necessário também criar mecanismos para impedir que o despotismo individual atingisse a sociedade.

Esses mecanismos, na lição de Beccaria (2012, p. 12-13), são as penas estabelecidas contra aqueles que infringem a lei, sendo as mesmas necessárias em razão de que a experiência mostra que as pessoas, via de regra, não adotam os princípios estabelecidos de conduta, servindo as penas, portanto, para contrabalancear os efeitos do interesse do indivíduo que se contrapõe aos princípios estabelecidos de conduta.

Esse exercício do poder punitivo, no Estado Moderno, é atribuído única e exclusivamente ao Estado, que é o detentor do monopólio da violência física, e legitima-se por dois argumentos justificadores, que são a legalidade – enquadramento no ordenamento jurídico – e os objetivos – aparentemente nobres - perseguidos pela pena (ANDRADE, 1994, p. 286).

Assim é que o sistema penal – instituição policial, instituição judiciária e instituição penitenciária – existe para cumprir finalidades, para que algo se realize, não para a celebração de valores imutáveis ou perpetuação de ideários morais (BATISTA, 2007, p. 20).

Em qualquer sistema penal podemos distinguir segmentos. Os segmentos básicos dos sistemas penais são o policial, o judicial e o executivo. Trata-se de três grupos humanos que convergem na atividade institucionalizada do sistema e que não atuam estritamente por etapas, posto que têm um predomínio determinado em cada uma das etapas cronológicas do sistema, podendo seguir atuando ou interferindo nas restantes. Assim, o judicial pode controlar a execução, o executivo ter a seu cargo a custódia do preso durante o processo, o policial ocupar-se das transferências de presos condenados ou de informar acerca da conduta do liberado condicional (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2008, p. 66-67).

Santos (2006) afirma que o sistema penal pretende afirmar-se como sistema garantidor de uma ordem social justa, ressaltando que seu desempenho na realidade é contraditório frente a essa aparência, ao passo que Batista (2007, p. 23) clarifica o seu significado político como sendo uma técnica de controle social.

Na lição de Silva (2019, p. 1), a análise histórica evidencia que o controle social constitui-se como uma ferramenta básica de sobrevivência presente nos sistemas sociais, sendo o disciplinamento das condutas operacionalizado através de mecanismos de limitação de liberdades, um meio necessário ao cumprimento das

expectativas criadas pelas normas que regulamentam o convívio social, e o sancionamento dos indivíduos que praticam condutas proibidas instrumento de conformação de expectativas por meio da estabilização contrafactual.

E é através da apresentação do sistema penal como igualitário, justo, comprometido com a dignidade humana e, acima de tudo, defensor da ordem social, que o sistema penal encontra a sua legitimidade.

A propósito, Beccaria (2012, p. 13) afirma que o fundamento do sistema penal exsurge da “necessidade de defender a liberdade pública, confiada a seus cuidados, da usurpação por indivíduos; e as penas são tão justas quanto mais sagrada e inviolável é a liberdade que o soberano preserva aos súditos”.

No que tange aos saberes que emprestam pilares de legitimação ao sistema penal, Andrade (1994, p. 294) afirmar que três deles se revelam como mais importantes, que são: a Dogmática Penal, a Criminologia e a Política Criminal.

Contudo, ainda que os argumentos legitimadores do sistema penal estejam difundidos há tempo, os dados estatísticos colocam constantemente em cheque a efetividade de referido sistema frente ao seu fundamento, haja vista o exemplo do crescimento desenfreado da população carcerária no Brasil.

Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN (2016, p. 12), a taxa de aprisionamento no Brasil aumentou 157% (cento e cinquenta e sete por cento) entre os anos 2000 e 2016, haja vista que em 2000 haviam 137 (cento e trinta e sete) pessoas presas para cada grupo de 100 (cem) mil habitantes, enquanto em 2016 já haviam 352,6 (trezentos e cinquenta e dois vírgula seis) pessoas presas para cada 100 (cem) mil habitantes.

Os dados estatísticos colhidos pelo Departamento Penitenciário Nacional no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Atualização (2016, p. 43) tornam-se ainda mais colidentes com a fundamentação legitimadora do sistema penal quando analisada as informações sobre os tipos penais que levaram os criminalizados ao cárcere:

De modo geral, podemos afirmar que os crimes de tráfico correspondem a 28% das incidências penais pelas quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento em Junho de 2016. Os crimes de roubo e furto somam 37% das incidências e os homicídios representam 11%. Ao compararmos a distribuição entre homens e mulheres, no entanto, evidencia-se a maior frequência de crimes ligados ao tráfico de drogas entre as mulheres. Entre os homens, os crimes ligados ao tráfico representam 26% dos registros, enquanto entre as mulheres esse percentual atinge 62%,

conforme figura 6. Os crimes de roubo e furto representam 38% dos crimes pelos quais os homens privados de liberdade foram condenados ou aguardam julgamento e 20% dos crimes relacionados às mulheres.

As informações sobre os tipos penais que encarceram no Brasil asseveram as críticas de ordem jurídica e criminológica sobre a crise legitimante do sistema penal.

Para Batista (2007, p. 25-26), o sistema penal, embora apresentado como igualitário, justo e comprometido com a dignidade da pessoa humana, é, na verdade, repressivo e estigmatizante, haja vista que atinge apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, também é incapaz de regular a intensidade de suas respostas legais ou ilegais e, por último, promove uma degradação na figura social de sua clientela.

A declaração de que o sistema penal, assim como o sistema jurídico como um todo, assegura a igualdade é ideológica, pois, na realidade, o Direito, além de servir para assegurar, produzir e legitimar (na medida em que articula o consenso e desarticula o dissenso) as relações de desigualdade na sociedade capitalista, também garante a manutenção das suas relações de produção baseadas na subordinação e na exploração. (NASPOLINI, 1995, p. 42).

O funcionamento seletivo do sistema penal resta evidente quando se verifica, por exemplo, que as pessoas privadas de liberdade no Brasil possuem um baixo grau de escolaridade e que a maioria dessa população é negra (DEPEN, 2016, p. 32-34).

A apontada seletividade do sistema penal fez com que Giorgi (2017, p. 39) colocasse as classes sociais marginalizadas como o objetivo principal das instituições penais e descrevesse a história dos sistemas punitivos como uma história de dois grupos, ou seja, das diversas estratégias repressivas que as classes hegemônicas utilizaram com o fim de evitar as ameaças à estrutura social pelas classes subalternas.

Ainda sobre o funcionamento do sistema penal, é importante apresentar a crítica realizada por Hulsman, para quem a única função do sistema penal é fazer o mal:

O sistema penal é especificamente concebido para fazer mal. Como o sistema militar, tem por característica essencial o fato de ser extremamente perigoso, talvez mais ainda, pois este, pelo menos, permanece uma boa parte do tempo desativado. Naturalmente, quando o sistema militar entra em funcionamento, o estrago é muito maior. O sistema penal não tem este lado dramático, mas igualmente produz violência. Talvez mais violência, na

medida em que, independentemente da vontade das pessoas que o acionam, ele é estigmatizante, ou seja, gera uma perda de dignidade. (1997, p. 88).

As críticas realizadas aos argumentos legitimadores do sistema penal dirigem-se, também, em grande parte, às teorias justificadoras e à finalidade da coerção penal.

2.2 TEORIAS JUSTIFICADORAS DA PENA: DA RETRIBUIÇÃO À CONCILIAÇÃO

A teoria da pena confunde-se com a própria teoria do direito penal, ao passo que o debate sobre o direito de punir é um debate sobre todo o direito penal, eis que este último tem como essência o controle social mediante a ameaça e o exercício da coerção penal.

A afirmativa mencionada no parágrafo anterior deveria indicar que qualquer discussão sobre as missões do direito penal seria, na verdade, uma discussão sobre os objetivos da coerção penal, o que, de fato, não o é.

Do objetivo do Direito penal e, portanto, das disposições penais, há que se diferenciar a finalidade da pena, que se imporá no caso concreto. Se o Direito penal tem que servir à proteção subsidiária de bens jurídicos e, com isso, ao livre desenvolvimento do indivíduo, assim como à manutenção de uma ordem social embasada nesse princípio, então, mediante esse objetivo, somente se determina, num primeiro momento, qual conduta pode cominar o Estado. Sem embargo, com isso não está decidido, ainda, de que maneira deverá surtir efeito a pena, para cumprir com a missão do Direito penal. (ROXIN, 1997, p. 81).

É que a teoria do direito penal e a teoria da pena, embora no Brasil concentradas em grande parte na mesma Lei – Decreto-Lei nº 2.848/1940 -, são analisadas como teorias que possuem fins distintos, fato este que acaba por encobrir as missões levadas a efeito pelo direito penal, declinando tudo aquilo que há de ruim no sistema penal à pena propriamente dita.

Essa descrição comparativa, algo caricata, das mais usuais respostas oferecidas às perguntas sobre a missão do direito penal e os objetivos da pena, põe de manifesto que, se os penalistas não sucumbem à tentação de substituir a missão do direito penal que devem descrever pelo direito penal de seus sonhos, ou existem diferenças entre aquilo que pretende o direito penal e aquilo que pretende seu instrumento essencial e característico – a pena -, ou este é o ponto mais densamente turvo, do ponto de vista ideológico, do discurso jurídico-penal. Mais do que em qualquer outra passagem, a ideologia transforma aqui fins particulares em fins universais, encobre as tarefas que o direito penal desempenha para a classe dominante,

travestindo-as de um interesse social geral, e empreende a mais essencial inversão, ao colocar o homem na linha de fins da lei: o homem existindo para a lei, e não a lei existindo para o homem. (BATISTA, 2007, p. 112).

Ainda que presente a contradição acima apresentada, a doutrina majoritária cuida de teorizar a coerção penal mediante a análise de seus propósitos justificadores, sendo eles meramente retributivos ou, cumulativamente, retributivos e preventivos, ou, ainda, conciliatórios.

Trata-se do terceiro e último requisito da sanção penal, pois estas são cominadas, aplicadas e executadas com caráter retributivo, ou seja, em contraposição à prática de uma conduta ou, ainda, com o fim de prevenir a prática de novas condutas, ou seja, cumulando ou alternando conteúdos retributivos e preventivos, o que é objeto de preocupação, respectivamente, das teorias absolutas ou retributivas, relativas, utilitárias ou preventivas e ecléticas, mistas ou unificadoras, como também, com o fim de estabelecer uma conciliação entre os interesses em conflito. (BISSOLI FILHO, 2010, p. 74).

Os propósitos declarados da pena – não ocultos – permitem estabelecer distinções entre as espécies de sanções penais e são objetos das teorias absolutas – retributivas - e relativas, estas últimas também conhecidas como utilitárias ou preventivas, sobre a finalidade das mesmas.

As teorias absolutas são as mais antigas tentativas de justificação da aplicação da sanção penal e têm na Lei de Talião – olho por olho, dente por dente – a sua expressão mais conhecida (GUIMARÃES, 2006, p. 98).

Referidas teorias tratam a pena como uma mera forma de retribuição, dispensando a ela qualquer fim socialmente útil senão aquele formado pelo sentimento de “ver” alguém sendo castigado ou, em outras palavras, o mal sendo punido com o mal.

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria absoluta porque para ela o fim de pena é independente, desvinculado de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense. (ROXIN, 1997, p. 81-82).

Entre as ditas teorias retributivas, há aquelas que têm maior destaque, que são: retribuição jurídica, retribuição moral, retribuição divina e retribuição estética.

A retribuição jurídica, na lição de Queiroz (2005, p.21), decorre de uma violência contra o direito, sendo a pena uma violência que se contrapõe e anula a primeira violência. É, portanto, a negação da negação do direito, o que faria a sua afirmação e, por consequência, restauração positiva da validade do direito.

No mesmo pensar de que a pena possui uma finalidade em si mesma, a retribuição moral sustenta que aquele que comete uma infração à norma penal deve ser penalizado em razão de que se indis põs com a moral, devendo a sanção penal ser aplicada sempre contra o culpado pela única razão de que delinuiu (KANT, 2001, p. 103).

Na retribuição divina, defende-se que é pressuposto da justiça perseguir o mal e efetivar a punição do mesmo. Uma vez considerado o Estado como representante da vontade divina na terra, seria ele o responsável pela aplicação dos castigos àqueles que praticarem uma conduta antijurídica.

Ao lado da retribuição divina, há a corrente retribucionista da expiação, a qual também coloca o criminalizado perante os dogmas religiosos. Na lição de Guimarães (2006, p. 100), “no âmbito da expiação somente se encontra o condenado perante os dogmas religiosos, devendo este se reconciliar consigo mesmo, haja vista que com a expiação moral se libera de sua culpa, alcançando novamente a plena posse de sua dignidade pessoal”, fato este que, por consequência, faria com que o marginalizado entrasse em consonância com o ordenamento jurídico e com a comunidade.

A última das teorias clássicas que compõe as teorias absolutas, a retribuição estética, no entanto, advoga que a infração à norma penal exige a devida coerção em razão do desequilíbrio moral produzido, sendo a pena a necessidade estética da ideia da justiça compensadora (BISSOLI FILHO, 2010, p. 74).

Assim “é que para todas as correntes retribucionistas, quer na expiação quer na compensação, o que justifica a pena sempre vai se relacionar com a busca pela concretização da justiça e não qualquer fim utilitário” (GUIMARÃES, 2006, p. 98).

Enquanto as teorias absolutas sustentam que a finalidade da coerção penal é uma contraprestação declinada ao criminalizado, isto é, a expiação do mal ilícito pelo mal ilícito, as teorias relativas fundamentam-se no critério da prevenção, sendo

este dividido em prevenção geral (negativa e positiva) e prevenção especial (negativa e positiva).

Para Bissoli Filho (2010, p. 75-76), a teoria relativa, ao contrário daquilo que prega a teoria absoluta, advoga que a coerção penal possui como finalidade impedir a prática da infração penal através da tese de que se pune para que não se volte a delinquir.

A propósito, Beccaria (1994, p. 60), na linha da teoria relativa e há mais de dois séculos, ressalta que a finalidade da pena não é causar um mal ao criminalizado, tampouco desfazer um crime que já fora praticado, mas, sim, manter a ordem social, mediante a imposição do pensamento de que não há crime sem pena e de que a pena é uma decorrência da prática criminosa.

Assim é que o objeto da teoria relativa, longe de ser expiar o mal ilícito pelo mal ilícito, é o de fomentar a ideia de que todos aqueles que praticarem condutas criminalizadas serão punidos, criando, portanto, o ideário de que a prática do ilícito não compensa, o que supostamente gerará a sua prevenção e o controle social punitivo institucionalizado.

Esclarecidas as linhas gerais que embasam as teorias relativas, necessário aprofundar a análise das classificações das mesmas. Conforme já mencionado no corpo deste trabalho, as teorias relativas fundamentam-se no critério da prevenção e são classificadas em teorias da prevenção especial e teoria da prevenção geral.

Na lição de Bissoli Filho (2010, p. 77), em suma, as teorias da prevenção geral focam os efeitos da coerção penal em todos os indivíduos, enquanto as teorias da prevenção especial focalizam os efeitos da pena como um meio de evitar que o criminalizado não infrinja novamente a norma penal – fator neutralizador e ressocializador -.

Nessa toada, de acordo com a visão intrassistemática dominante em nossa disciplina, apregoa-se que a pena de prisão apresenta uma manifesta finalidade preventiva. E essa manifesta finalidade preventiva da pena se operacionaliza mediante a conjugação prática de dois conceitos: (i) de um lado, o conceito de “prevenção geral” – materializado antes do cometimento do crime, ainda por ocasião da cominação abstrata das sanções penais, simbolizando a “ameaça da pena” destinada a todos os indivíduos da sociedade, com o nítido objetivo de dissuadi-los da prática criminosa; (ii) e, por outro lado, o conceito de “prevenção especial”, materializado após o cometimento do crime, já por ocasião da aplicação concreta das sanções penais, corporificando a privação da liberdade de um determinado indivíduo na sociedade, com o nítido objetivo de emendá-lo, curá-lo, reabilitá-lo, reinseri-lo e reintegrá-lo à convivência social. (MEROLLI, 2014, p. 126-127).

Não bastasse a classificação referida acima, é de se mencionar que os efeitos preventivos da pena podem operar de forma positiva ou negativa, fato este que faz com que as teorias se subdividam em teoria da prevenção geral negativa e da prevenção geral positiva, e teoria da prevenção especial negativa e teoria da prevenção especial positiva.

Na prevenção geral negativa ou prevenção por intimidação, “os destinatários da sanção penal são os infratores potenciais, estando a utilidade desta na intimidação ou dissuasão neles provocada pela mensagem (ameaça) contida no preceito secundário do tipo penal” (BISSOLI FILHO, 2010, p. 87).

Na vertente da prevenção geral positiva, o propósito da pena é impor, na consciência geral, a obrigatoriedade de respeito aos valores insculpidos na legislação, fato este que promoverá, por consequência, a integração social (QUEIROZ, 2001, p. 40).

Na lição de Zaffaroni e Batista (1985, p. 4), a teoria geral positiva, na prática, constitui-se em uma ilusão, sustentada pela opinião pública, de que em sendo criminalizada uma pessoa – imposição de um mal – reafirma-se a confiança no sistema penal (2003, p. 122).

A ideia de prevenção especial, por sua vez, no escólio de Bitencourt (2000, p. 81), “não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas àquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais”.

A prevenção especial negativa sustenta a neutralização daquele que praticou a infração penal, segregando-o no cárcere, e, portanto, o impedindo de infringir novamente à norma penal no período em que estiver enclausurado (GRECO, 2013, p. 476).

Na prevenção especial positiva, por seu turno, conforme Roxin (1997, p. 85), “a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos”. Reside, aqui, portanto, o caráter ressocializador da sanção penal.

As teorias absolutas – retributivas – e relativas – preventivas -, embora possuam matrizes diferentes, cumulam-se para o fim de formar as teorias mistas, também conhecidas como unificadoras ou ecléticas.

As teorias mistas – que, adianta-se, é a adotada pelo atual Código Penal brasileiro -, ressignifica a finalidade da coerção penal para o fim de atribuir a mesma um duplo propósito: o retributivo e o preventivo.

A sanção penal, assim, poderá ser tanto um instrumento de retribuição do delito já perpetrado, quanto, também, de prevenção daqueles que estão por vir. Rossi, segundo Badaró, destaca que a simples utilidade da sanção penal, por si só, não basta, pois “nem sempre o que é útil é moral, e a moral não deve prevalecer sobre o útil”. As teorias mistas, as quais são adotadas pelo sistema penal brasileiro, tratam, portanto, de combinar os pontos de vistas das teorias absolutas e relativas, associando a justiça absoluta com o fim socialmente útil ou conceito de retribuição com o fim utilitário. (BISSOLI FILHO, 2010, p. 91).

No escólio de Santos (2006, p. 462), a cumulação das teorias absolutas e relativas com o fim de formar as teorias mistas tem “o objetivo de superar as deficiências individuais de cada teoria, mediante a fusão das funções declaradas ou manifestas de retribuição, de prevenção geral e de prevenção especial”.

A fusão mencionada no parágrafo acima corresponde aos três níveis de realização do Direito Penal, eis que a prevenção geral negativa corresponde à cominação da ameaça no tipo penal, a retribuição e a prevenção geral positiva correspondem à aplicação da coerção penal, e a prevenção especial positiva e negativa correspondem à execução penal. (BISSOLI FILHO, 2010, p. 92).

As teorias mistas conciliam as precedentes. A pena tem índole retributiva, porém objetiva os fins da reeducação do criminoso e de intimidação geral. Afirma, pois, o caráter de retribuição da pena, mas aceita sua função utilitária. (NORONHA, 2000, p. 223).

Além das teorias absolutas e relativas sobre os propósitos da sanção penal, é notório que há um crescente movimento jurídico-penal no sentido de incorporar um propósito de conciliação do conflito decorrente de uma infração à norma penal.

A função conciliadora da sanção penal desenvolve-se, sobretudo, embora não somente, no âmbito da justiça informalizada, caracterizada, segundo Azevedo, como uma estrutura menos burocrática e mais próxima do meio social em que atua; que aposta na capacidade dos envolvidos diretamente no conflito de realizarem a sua própria defesa; que está regida por norma materiais e processuais mais flexíveis. que privilegia a mediação e a conciliação, sem a necessidade de adjudicação de uma culpa, por intermédio de pessoas sem formação jurídica; e que se desenvolve em ambiente mais humano e de modo a ser mais acessível, simples e célere. (BISSOLI FILHO, 2010, p. 92-93).

O movimento no sentido conciliador compreende a mediação, o acordo de não persecução penal, a conciliação e a transação penal, sendo que essas três últimas já se encontram incorporadas no direito brasileiro, estando presentes, por exemplo, na Lei nº 13.964/2019, que alterou o Decreto-Lei nº 3.689/1941, e na Lei nº 9.099/1995.

No escólio de Pinto (2005, p. 22), o modelo restaurativo, baseado em valores, procedimentos e resultados definidos, pressupõe a composição entre as partes. Essa composição pode ser revogada mediante a manifestação de uma das partes e deve atender ao princípio da proporcionalidade. Uma vez não aceito o programa, os indícios ou provas levantados no modelo restaurativo não devem ser usados em investigação ou processo penal, ainda que em outro.

Assim é que a justiça restaurativa acaba com a confrontação Estado e criminalizado, com o fim de trazer a vítima como sujeito ativo do processo, fazendo com que ambas as partes abordem ativamente o problema e tornem-se os sujeitos principais na busca da solução do conflito, colocando, portanto, um fim em conjunto à lide, com a aplicação ou não de uma sanção, fato este que o processo penal jamais conseguiu fazer.

Apresentadas as teorias clássicas que norteiam as funções/propósitos da coerção penal e o movimento para incorporação da finalidade conciliadora, é de se mencionar que as funções justificadoras ora analisadas entendem-se além das fronteiras aqui mencionadas, haja vista que outras justificativas podem fundamentar/legitimar a aplicação da sanção.

Neste ponto, certo é que independente dos modelos teóricos acima descritos, todos realizaram teorias centradas na ideologia da defesa e do controle social, fulcradas na estrutura de poder e na manutenção da condição das classes hegemônicas, sendo essas, portanto, as maiores razões justificadoras da coerção penal.

Ocorre que legitimar a sanção penal para fins de defesa e controle social, referida ideia pressupôs a regularidade de seu funcionamento e não questionou a sua capacidade de produzir consequências perversas, fato este que fez com que funções justificadoras da pena se tornassem alvo de críticas jurídicas e criminológicas, as quais normalmente recaem sobre a pouca – quase inexistente – eficácia das funções declaradas da pena e sobre a eficácia das funções ocultas.

2.3 A REALIDADE DA PENA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS TEORIAS JUSTIFICADORAS DA SANÇÃO PENAL

As teorias justificadoras da sanção penal, conforme analisado no tópico anterior, defendem que a finalidade da coerção penal é a contraprestação declinada ao criminalizado (teoria absoluta ou retributiva), critério de prevenção à prática delitiva (teoria relativa ou preventiva) e uma forma de retribuição e prevenção (teoria mista), além da ainda tímida – mas crescente - restauração do conflito.

A teoria absoluta ou meramente retributiva, cujo objeto é a expiação do mal ilícito pelo mal ilícito, não encontra no sentido da pena um fim socialmente útil, motivo pelo qual o seu fracasso, quando analisado pela ótica social, é consentâneo ao seu nascimento.

Em que pese não encontrar no sentido da pena um fim socialmente útil, a teoria meramente retributiva é a mais antiga e certamente a mais popular função atribuída à pena criminal, sendo a sua sobrevivência história, na lição de Santos (2005, p. 4), inexplicável, eis que lembra os suplícios e as fogueira medievais, criadas para purificar a alma do condenado, e presta-se, atualmente, para atualizar o impulso de vingança do ser humano.

O fracasso da teoria meramente retributiva justifica-se em razão de que a mesma, entre outras coisas, não se compatibiliza com uma teoria de Estado atual, eis que não atende os seus pressupostos, não podendo, portanto, ser utilizada como justificação do direito de punir.

Ferrajoli (2002, p. 208-209) aponta que a teoria absoluta não conseguiu responder o porquê de proibir e o porquê de punir, quedando-se em uma confusão entre moral e direito, cujo resultado é um problema entre legitimação interna e justificação externa da pena.

As teorias relativas e mistas, ao incorporarem uma manifesta finalidade preventiva, apresentam uma grande capacidade dissuasória de justificar – funções aparentes - teoricamente a coerção penal.

O termo teoricamente mencionado no parágrafo acima não é em vão, eis que a justificativa, embora admirável no campo das ideias, não se legitima na prática, constituindo-se a mesma em meio de naturalização das consequências negativas da pena, as quais integram a sua realidade oculta ou não declarada.

A propósito, afirmam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2011, p. 114) que existem historicamente dois grandes modelos justificadores da pena pautados em funções manifestas, que são as teorias da prevenção geral e as teorias da prevenção especial.

Inicialmente, é de se mencionar que, na crítica de Ramírez (2005, p. 92), referidas teorias não abordam diretamente o que é a pena, haja vista que tanto a teoria da prevenção geral, como a teoria da prevenção especial, preocupa-se mais com os fins da pena, partindo do pressuposto de que o Estado e a pena são neutros, isto é, de que ambos buscam o bem comum, sem terem contradições entre as suas funções declaradas e as que de fato ocorrem.

A crítica acima não é eclipsada por Roxin (1997, p. 81), que afirma que embora o direito penal tenha a sua função devidamente delineada, a sanção penal carece de determinação sobre como irá cumprir com a missão que lhe é estabelecida.

Independentemente da linha de raciocínio apresentada por Roxin e Ramírez, a doutrina jurídica, de maneira quase unânime, busca a justificação da pena pelo viés da prevenção geral, positiva ou negativa, e da prevenção especial, positiva ou negativa.

A prevenção geral positiva, embora tenha como propósito impor, na consciência geral, a obrigatoriedade de respeito aos valores insculpidos na legislação, garante a possibilidade daqueles que praticam infrações à norma penal de continuarem assim fazendo, eis que o sistema penal se limitará em agir sobre uma pequena parcela dos criminalizados, principalmente dos menos dotados (ZAFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, 2011, p. 123).

Merolli (2014, p. 127), ao enfrentar a teoria da prevenção geral negativa, explica que “a mera incriminação de uma conduta não impede a prática criminosa, mesmo porque, como é sabido por todos os especialistas na área, não é o Direito Penal um instrumento idôneo e hábil para realizar o aclamado ‘combate a delinquência’”.

Com efeito, em relação à chamada “obra tosca da criminalidade” (crimes patrimoniais, comércio ilegal de substâncias entorpecentes etc.), a ameaça da sanção penal sequer respinga no psiquismo do agente, uma vez que, nesses conflitos, a necessidade de sobrevivência e a privação material da família são fatores preponderantes sobre um residual temor à lei penal. De igual sorte, em relação aos chamados ‘delitos espontâneos’ (tomemos, como exemplo, um crime de lesão corporal ou homicídio praticado sob o domínio de violenta emoção), também não interfere decisivamente a ameaça da

sanção penal para a não superveniência da prática criminosa, já que, nessa modalidade de conflitos, é impossível um prévio fracionamento temporal dos atos que conduzem à materialização do crime. Por fim, é igualmente forçoso reconhecer que a ameaça da sanção penal também se mostra inoperante em relação aos chamados “crimes de colarinho branco” (crimes contra a ordem tributária, contra o sistema financeiro etc.), posto que os seus autores sabem, de antemão, que, nessa espécie de conflitos, a imunização (e, não, a criminalização) constitui a regra de fundamentação do sistema de justiça criminal. (MEROLLI, 2014, p. 128).

Ainda sobre a ineficácia da teoria da prevenção geral negativa, Andrade é incisiva ao afirmar que o próprio sistema penal imuniza – ou seja, não criminaliza/pune - as condutas criminalizadas relacionadas aos mais altos estratos sociais:

Enquanto a intervenção do sistema geralmente subestima e imuniza as condutas às quais se relaciona a produção dos mais altos estratos, embora mais difusos danos sociais (delitos econômicos, ecológicos, ação da criminalidade organizada, graves desvios dos órgãos estatais) superestima infrações de relativamente menor danosidade social, embora de maior visibilidade, com delitos contra o patrimônio, especialmente os que têm como autos indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais débeis e marginalizados. (1997, p. 266).

A imunização acima mencionada é tratada por Guimarães (2006, p. 81) no sentido de que o sistema penal fora instrumentalizado intencionalmente por parte das classes hegemônicas – detentoras do poder – que objetivam lançar mão do mesmo com o fim de conter e controlar as classes subalternas, as quais constituem a clientela típica do sistema penal em razão da seletividade que lhes é dirigida e da vulnerabilidade social que lhes é estruturalmente imposta.

Neste ponto, convém mencionar que as denominadas cifras ocultas do sistema penal – condutas criminalizadas que não entram no radar das instituições penais –, que também fundamentam as críticas à teoria da prevenção geral negativa, colocam por terra qualquer fundamentação de caráter geral de prevenção de infração penal através da pena, eis que denotam que grande parte das condutas criminalizadas sequer são objetos de perquirição por parte das instituições competentes, quanto menos de penalização (ANDRADE, 1997, p. 262-263).

Nem todo delito cometido é perseguido; nem todo delito perseguido é registrado; nem todo delito registrado é averiguado pela polícia; nem todo delito averiguado é denunciado; nem toda denúncia é recebida; nem todo recebimento termina em condenação. Os delitos não perseguidos, que não atingindo o limiar conhecido pela polícia (pois não realizam nas ruas por onde ela passa), nem chegam a nascer como fato estatístico, constituem a

propriamente chamada criminalidade oculta, latente ou não oficial. (ANDRADE, 1997, p. 262-263).

Não bastasse todas as críticas acima apontadas, ainda verificada a ação do sistema penal, comprovado está que as prisões – pena por excelência - não diminuem os índices de criminalidade. Hulsman e Celis (1993, p. 108), ainda no final do século último e tendo como campo de análise os Estados Unidos, já identificavam que o número de acontecimentos violentos lá registrados era bastante alto, sendo que referido país possuía – ainda possui -um dos sistemas penais mais repressivos do mundo.

A esse respeito, necessário apresentar a crítica de Foucault (1973, p. 234, para quem “as prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e criminosos permanece estável, ou ainda pior, aumenta”.

Enfrentado a teoria da prevenção geral, necessário discorrer que já há muito é possível verificar que a imposição concreta de uma sanção penal – principalmente a prisão, que é o verdadeiro foco da teoria da pena – nunca se mostrou um meio hábil a efetivação da ressocialização, a qual, inclusive, está enunciada como um dos objetivos da execução penal, conforme infere-se do disposto no artigo 1º da Lei nº 7.210/1984.

A principal crítica dirigida a teoria da prevenção especial positiva é a de que ninguém pode (re)aprender a viver em sociedade estando preso. Para Batista (1974, p. 34) “a ideia de ‘ressocialização do condenado’ é seguramente o maior contraste que se conhece entre a teoria e a prática: ninguém pode ser ressocializado entre quatro paredes ou quatro muros”.

A impossibilidade sobredita, nas palavras de Thompson (1991, p. 5), deve-se ao fato de que “punir é castigar, fazer sofrer. A intimidação, a ser obtida pelo castigo, demanda que este esteja apto a causar terror. Ora, tais condições são reconhecidamente impeditivas de levar ao sucesso uma ação pedagógica”.

Outra crítica dirigida à prevenção especial positiva é de que a mesma, assim como o seu objeto - a ressocialização -, comporta vários significados, fato este que impede a realização de uma análise crítica e de uma fiscalização direta sobre a sua concretização prática.

O termo “ressocialização” se converteu em uma “Modeword”, em uma palavra da moda que por todo mundo se emprega, e não somente entre os juristas, sem que ninguém saiba o que queria dizer com isto. Evidentemente, nada disso teria ocorrido se desde o primeiro momento se houvesse determinado claramente sua finalidade e conteúdo. (MUÑOZ CONDE, 1979, p. 93).

Ainda, a prevenção especial negativa, sustentada na ideia de neutralização daquele que praticou a infração penal através do cárcere para proteção do corpo social, nada mais é do que uma contraprestação – um castigo - declinada ao criminalizado (ZAFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, 2011, p. 127-128).

Os adversários da doutrina da defesa social atribuem-lhe um perigo e uma lacuna; o perigo estaria na preocupação exclusiva da intimidação e da defesa da segurança pública no futuro, determinando um exagero na penalidade e levando o legislador e os juízes, por temor de reincidência, a excesso de repressão; por outro lado, impõe o tratamento aos alienados, isto é, os indivíduos perigosos mas irresponsáveis, porque obedecem a uma força interior irresistível, como verdadeiros criminosos, confundindo, no mesmo tratamento, doentes, anormais e culpados. A lacuna consistiria em desconhecer o sentimento de justiça que exige se tenha em conta, no julgamento, a falta cometida e não a falta a cometer. Visando à defesa social no futuro, só se toma em consideração o delito cometido, como critério da probabilidade de reprodução, expondo-se, de um lado, a exagerar a repressão e, de outro, a torna-la insuficiente e a suprimi-la, como fazem os positivistas com os passionais e os ocasionais. (LYRA, 1955, p. 31).

Assim é que a mera prisão para neutralização do condenado apresenta-se como algo incompatível aos pressupostos de um Estado Democrático de Direito, enquanto a ressocialização apresenta-se como algo utópico.

O fracasso da prisão, na lição de Baratta (1999, p. 184), deve-se ao duplo processo de transformação pela qual o criminalizado inevitavelmente passará a partir do ingresso na instituição prisional.

Este é examinado sob um duplo ponto de vista: antes de tudo, o da “desculturação”, ou seja, a desadaptação às condições necessárias para a vida em liberdade (diminuição da força de vontade, perda do senso de autorresponsabilidade do ponto de vista econômico e social), a redução do senso de realidade do mundo externo e a formação de uma imagem ilusória deste, o distanciamento progressivo dos valores e dos modelos de comportamento próprios da sociedade externa. O segundo ponto de vista, oposto mas complementar, é o da “aculturação” ou “prisonalização”. Trata-se da assunção das atitudes, dos modelos de comportamento, dos valores característicos da sub-cultura carcerária. (BARATTA, 1999, p. 184).

Essa transformação pela qual o criminalizado passa ao adentrar no sistema prisional, denominada de prisionização, indica a adoção – o acultramento -, em maior

ou menor grau, da cultura geral – modo de pensar, hábitos, costumes, entre outros - do novo sistema social em que fora inserida, a prisão (THOMPSON, 1991, p. 23).

A convergência dos ideários apresentados sobre as funções reais da reprimenda possibilita efetivar a compreensão da mesma a partir de um critério materialista, ou seja, através da análise das transformações econômicas e das contradições da sociedade capitalista.

O fio condutor da pena é construído pela hipótese geral segundo a qual a evolução das formas de repressão só pode ser entendida se as legitimações ideológicas historicamente atribuídas à pena forem deixadas de lado. A penalidade absorve historicamente uma função diversa e posterior em relação à função manifesta de controle dos desvios e defesa social da criminalidade. Esta função “latente” pode ser descrita situando-se os dispositivos de controle social no contexto das transformações econômicas que perpassam a sociedade capitalista e as contradições que dela derivam. Tanto a afirmação histórica de determinadas práticas punitivas quanto a permanência dessas práticas na sociedade contemporânea devem ser reportadas às relações de produção dominantes, às relações econômicas entre os sujeitos e às formas hegemônicas de organização do trabalho. (GIORGI, 2017, p. 36).

A penalidade, ainda na lição de Giorgi (2017, p. 36), “se insere num conjunto de instituições jurídicas, políticas e sociais (o direito, o Estado, a família), que se consolidam historicamente em função da manutenção das relações de classe dominantes”, preservando as bases materiais de sua própria dominação.

Em resumo, o cárcere representa a ponta daquele iceberg que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que se inicia muito antes da intervenção dos institutos de controle da desviação de menores, da assistência social, etc. Ele representa, geralmente, a consagração definitiva de uma carreira criminosa. Mais que ser a resposta de uma sociedade honesta a uma minoria criminosa (representação que apraz a maioria silenciosa de todos os países, facilmente instrumentalizada na campanha de “lei de ordem”), o cárcere é o instrumento essencial para a criação de uma população criminosa recrutada quase que exclusivamente nas fileiras do proletariado e separada da sociedade, com consequências não menos graves para a classe. (BARATTA, 2004, p. 366).

A importância da análise das funções reais da pena frente às transformações econômicas e das contradições da sociedade capitalista resta ainda mais evidente quando se verifica os efeitos destas no fenômeno da globalização.

Zaffaroni (1997, p. 35-36), quanto à globalização, chama a atenção para a problemática atinente a crescente massa de excluídos nos países latino-americanos – aqueles que estão sobrando - e o cárcere:

O fenômeno tende a criar nos países latino-americanos uma massa de excluídos que não responde à dialética explorador/explorado, senão a uma relação excluído/incluído. O explorado contava, era tido em conta e estava dentro do sistema; o excluído não conta, está sobrando, é um descartável que não serve, só atrapalha. A lógica deste esquema, se não é interrompido, é o genocídio. Na revolução industrial as massas não incluídas eram eliminadas pela emigração, porém neste momento não há possibilidades de imigração para nenhum lugar rentável dentro do planeta. O problema carcerário é gerado quando não se pode enviar os condenados às fronteiras e nem às colônias; agora o problema é de uma parte considerável e crescente das populações. (ZAFFARONI, 1997, p. 35-36)

Em que pese a desconstrução epistemológica das teorias justificadoras da pena, a coerção penal – aqui se entenda, a prisão - continua sendo o meio de resolução dos conflitos sociais gerados em razão da agressão ou da ameaça aos principais bens jurídicos tutelados pelo Estado.

Neste ponto, necessário refazer os questionamentos de Leal e Bruna (2017, p. 37) sobre a sanção penal: “Como uma estrutura criada através destas circunstâncias de opressão classista se torna “legítima”? Qual é a mentira tão bem contada que faz com que até mesmo as classes oprimidas a reconheçam como tal?”

Ainda, quando observado que o fracasso da prisão é consentâneo ao seu nascimento, imperioso levantar-se à interrogação de Foucault (1987, p. 239): “O pretendo fracasso não faria então parte do funcionamento da prisão?”.

É que todos os modelos teóricos da coerção penal legitimaram ideologicamente e juridicamente o sistema penal ao longo do tempo, sendo que o pensamento criminológico que sustenta as críticas ora levantadas surgiu há pouco, mais precisamente a partir da década de 60, questionando os fundamentos das elaborações criminológicas fundadas na perspectiva consensual de sociedade. (SILVA, 2019 p. 12).

A crítica criminológica, segundo Carvalho (2013, p. 284-285), passou a denunciar a função que a criminologia positivista desempenhou com o fim de legitimar o poder exercido pelo sistema penal, ignorando toda a violência (re) produzidas por este. A crítica criminológica passa a compreender o controle social gerenciado pelos interesses das classes hegemônicas a partir do exercício do poder punitivo, diagnosticando o sistema de justiça criminal com mecanismo de manutenção/reprodução de desigualdades sociais e, portanto, instrumento essencialmente seletivo quando à escolha político-criminal dos bens jurídicos a serem tutelados – criação da lei penal (criminalização primária) -, e discriminatória quanto ao exercício racista, classista, sexista etc., das agências de controle penal – aplicação da lei penal (criminalização secundária). . (SILVA, 2019, p. 13).

Sobre as funções ocultas ou não declaradas da pena, Huertas as organizou em três níveis, o nível psicossocial, com funções de defesa e de cobertura ideológica, o nível econômico-social, com funções de controle do mercado de trabalho e de proteção à propriedade privada, e o nível político, com função de manutenção das relações das classes hegemônicas e dominação das classes subalternas. (HUERTAS, 1982, p. 737, apud BATISTA, 2007, p. 114).

No que se refere ao nível psicossocial, a pena assume verdadeira função vindicativa e de cobertura ideológica, eis que gera uma falsa sensação de segurança e, ao dar ênfase à coerção penal imposta a determinado infrator, acaba por eclipsar questões importantes ligadas às classes hegemônicas, tais como o aparelhamento estatal em benefício particular e as relações de privilégios travadas entre o Estado e as elites econômicas (KARAM, 2004, p. 90).

A função latente denominada de nível econômico social, facilmente verificável quando analisada a relação produção capitalista e sistema penal, faz com que a reprimenda penal estigmatize o criminalizado – que já é estigmatizado - impedindo-se de ascender socialmente, mantendo, portanto, a manutenção das classes hegemônicas (BARATTA, 2002, p. 166).

Por último, cumpre a coerção penal função política não declarada, legitimando o sistema penal repressivo, eis que (re)produz e reprime a violência, naturalizando, mediante discursos dissuasivos, todas as suas consequências (CARVALHO, 2013, p. 41).

Uma vez verificada a falibilidade das funções declaradas da pena e o encontro com as suas funções ocultas, surgiu a necessidade da construção de uma nova teoria.

2.4 ABOLICIONISMO PENAL: UMA PROPOSIÇÃO

O fracasso do sistema penal e a ausência de um argumento racional que explique a sua existência fez com que surgisse a ideia do abolicionismo penal, o qual, em síntese, defende a imediata substituição do sistema penal por outros modelos de solução de conflitos que se mostrem mais racionais e menos nefastos.

A ideia central do abolicionismo penal, embora em um primeiro momento possa parecer complexa, é extremamente simples: verificada que as desvantagens

do sistema penal estatal pesam mais que seus benefícios, imperativa é a sua supressão.

Com efeito, ao destacar e enfatizar as consequências deletérias da pena de prisão (tais como a prisionização, despersonalização, dessocialização, estigmatização etc.), os abolicionistas terminam por concluir que o sistema penal não só não resolve os conflitos sociais que lhe são originalmente atribuídos, como também, e principalmente, potencializa o surgimento de novos conflitos, transformando-se, assim, num “problema social em si mesmo”, o qual deve, independentemente de qualquer eventual funcionalidade que lhe procure reconhecer, ser definitivamente suprimido. (MEROLLI, 2014, p. 128).

O ideário abolicionista, assim, defende a literal supressão do sistema penal sob a justificativa de que não há cenário pior para resolução de conflitos do que quando o sistema penal é operacionalizado para tanto, eis que as funções reais – ocultas – de referida sistemática são extremamente negativas.

Na conceituação sintética de Carvalho (2013, p. 244), o abolicionismo penal é “a matriz teórica que nega a atividade estatal sancionadora”. Nesse sentido, tratando mais especificamente sobre a pena privativa de liberdade, a corrente abolicionista sustenta que esta não possui racionalidade alguma, só podendo ser explicada como uma manifestação violenta e seletiva de poder (ZAFFARONI, 2001, p. 274).

Denunciada a irracionalidade do sistema penal e a necessidade de sua supressão, ao contrário do que possa inicialmente parecer, esgotado não está o pensamento do movimento abolicionista, eis que o mesmo cuida de estabelecer proposições de formas alternativas de controle social, afastando-se de qualquer ideia de extinção da sanção como um todo.

O movimento abolicionista, que possui vários adeptos entre os criminólogos – não tanto entre os juristas – europeus, considera que exposta as desvantagens do direito penal estatal pesam mais que seus benefícios. Eles partem da ideia de que através de um aparelho de justiça voltado para o combate ao crime não se consegue nada que não se possa obter de modo igual ou melhor através de um combate às causas da delinquência e, se for o caso, de medidas conciliatórias extra-estatais indenizações reparatórias e similares. (ROXIN, 2012, p. 3).

As proposições de novas alternativas de resolução de conflitos levantadas pelo abolicionismo penal, contudo, não tem o condão de retirar do Estado o monopólio da aplicabilidade da coerção legítima e, portanto, de mantenedor do controle social,

mas sim de propor a esses meios diversos para tanto, inclusive através de outros ramos do direito, como o civil e o administrativo.

O que se pretende pela via perspectiva abolicionista, isso, sim, é apenas a transferência da solução dos conflitos sociais para as instâncias não penais de resolução de conflitos (na proposição de LOUK HULSMAN, por exemplo, notadamente para os âmbitos do Direito Civil e do Direito Administrativo) – instâncias de resolução dos conflitos, aliás, plenamente ativadas no tecido social, e que, inclusive, constituem a regra na prática social, como bem demonstram as investigações acerca da vultuosa “cifra oculta da delinquência”. (MEROLLI, 2014, p. 128)

Assim, estabelecido que o abolicionismo penal não é uma teoria negativa por si só, eis que estabelece proposições de alternativas para resoluções de conflitos que até então recaem para o sistema penal, bem como que não defende uma anarquia punitiva, haja vista que admite a aplicação de punição derivadas de outros sistemas, resta verificar os direcionamentos de referida teoria.

Neste ponto, convém mencionar em que pese o abolicionismo penal tenha quatro variantes não conflitantes entre si (ZAFFARONI, 2001, p. 98), este trabalho se limitará em analisar as proposições gerais das mesmas, haja vista o seu objeto.

Dito isso, é de se mencionar que o abolicionismo penal busca retirar a resolução do conflito do aparato judicial com o fim de trazê-la para a comunidades, transformando-a em propriedade das pessoas diretamente envolvidas e as tornando protagonistas na sua solução, despertando a consciência coletiva dos efeitos do comportamento negativo, criando, portanto, vínculos, ao invés de desfazê-los. (MEROLLI, 2014, p. 160).

Ao encampar o modelo comunitário de resolução de conflitos, e estando a sociedade organizada de tal modo que consiga resolver sozinha os seus próprios conflitos, desnecessário seria a existência de instituições carcerárias. (ANITUA, 2009, p. 704).

Eles aparecem de diferentes formas, mas na maioria são construídos baseados na mesma ideia: as partes em conflito devem ter a chance de se reunir, pessoas de fora devem ajuda-las; o propósito desse encontro deve ser o de criar uma avaliação do conflito e uma compensação à parte ofendida, mas não uma pena para outro participante. (CHRISTIE, 1997, p. 252).

Ao passo em que o abolicionismo penal sustenta que os conflitos devem ter em sua resolução as pessoas envolvidas e, portanto, as maiores interessadas, há

uma evidente preocupação com a vítima da conduta socialmente negativa, o que faz com que Hulsman (1997, p. 116) identifique nesse sistema aquele que mais e melhor protege a vítima.

Simultaneamente, de acordo com a proposta político-criminal do abolicionismo, sustenta-se a necessidade da formação de uma “ampla rede de apoio às vítimas”, que conte com algumas medidas simples (mais eficazes) em favor das pessoas diretamente ofendidas pela prática de comportamentos penalmente puníveis, entre as quais se destacariam: (i) o oferecimento de uma compensação econômica por parte do Estado; (ii) a implantação de uma sistema de seguro simplificado; (iii) a deflagração de uma rede de apoio simbólico em situações de luto e pesar; (iv) e, por fim, a instauração de abrigos protetivos e centros de apoio. (MEROLLI, 2014, p. 159-160).

Apresentada as balizas que norteiam o pensamento abolicionista, é importante mencionar que referido aporte teórico é alvo de muitas críticas, as quais em sua maioria quedam-se a afirmar que esta se trata de uma proposição anárquica.

Uma das grandes críticas dirigidas ao abolicionismo penal parte da obra de Luigi Ferrajoli, o artífice da “teoria do garantismo penal”, para quem o direito penal e as penas são importantes para o Estado de Direito e para a vida em sociedade.

O autor italiano Luigi Ferrajoli é conhecido sobretudo por suas formulações no âmbito do Direito e do processo penal. Aí defende posições muito coerentes. Afasta-se do abolicionismo penal porque considera o direito penal e as penas criminais importantes para a garantia dos direitos fundamentais em geral. Mas ao mesmo tempo repudia tendências como o direito penal do inimigo ou do autor, porque desmerecem as garantias e direitos fundamentais dos réus. (FONTES, 2018).

A segunda grande crítica dirigida ao abolicionismo penal é de que o mesmo não possui um plano verificável, constituindo-se em uma mera utopia, eis que inimaginável a sua efetivação no campo da realidade.

As perspectivas abolicionistas pertencem, atualmente, ao mundo das utopias e, em todo caso, não podem formular-se à margem de um determinado modelo de sociedade e Estado; e os modelos de sociedade e Estado que conhecemos no presente e no passado, e que podemos prever num futuro curto ou médio prazo, não parece, desde logo, que possam prescindir desta última instância de controle social formalizado para a prevenção e repressão dos ataques mais graves aos bens mais importantes de seus respectivos sistemas de valores. (MUÑOZ CONDE; GARCÍA-ARÁN, 1998, p. 79).

É alvo o abolicionismo penal, ainda, de críticas no sentido de que a supressão do sistema penal e a implementação de alternativas de resolução

consensual de conflito acabariam por gerar o crescimento do justicamento privado, ou seja, a regressão para um modelo de sociedade sem direito. (MEROLLI, 2014, p. 166-167).

A última grande crítica direcionada ao garantismo penal também tem como percursos Ferrajoli e advoga que a derrocada do sistema penal, com a conseqüente desregulamentação e informalização dos procedimentos de resolução de conflitos, acabaria por aniquilar garantias típicas do processo penal, trazendo à tona, portanto, meios autoritários de controle social. (BITENCOURT, 1990, 251).

Apresentado o abolicionismo penal como um instrumento de proposição de alternativas para resolução do conflito e suas respectivas críticas, há que se analisar, também, a teoria agnóstica da pena, a qual, assim como a corrente abolicionista, exsurge do fracasso do sistema penal e da ausência de um argumento racional que explique a sua existência.

3 A REPRODUÇÃO DAS DESIGUALDADES E DA VIOLÊNCIA PELO SISTEMA PENAL: A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO SISTEMA CAPITALISTA

A análise histórica do sistema penal, longe de compreender uma análise da evolução das legislações jurídico-penais, decorre do estudo das ideias penais que justificam os processos de criminalização sob a ótica das transformações econômicas inerentes à sociedade capitalista.

A criminologia crítica, a partir da metade do século XX, introduziu no estudo criminológico o fundamento materialista, ou seja, mediante a análise das relações econômicas próprias do sistema capitalista e de seus efeitos, advogando que a história da pena privativa de liberdade é, na verdade, uma contínua forma de manutenção das relações de classes dominantes.

A afirmativa mencionada no parágrafo último é facilmente verificável quando analisados dados empíricos, que evidenciam que o âmbito de incidência do sistema penal é direcionado as classes subalternas, mantendo, portanto, as relações das classes hegemônicas.

A denúncia da real função do sistema penal escancara a forma violenta em que ele opera, seja através da seleção da classe marginalizada como seu “cliente” e da formação do exército industrial de reserva, até o fato de que o mesmo não efetiva a ressocialização, mas, sim, a punição como forma de violência.

3.1 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E AS TRANSFORMAÇÕES ECONÔMICAS: UM PASSADO QUE JUSTIFICA O PRESENTE

Os tratadistas do Direito Penal brasileiro, em sua maioria, quando da análise da justiça punitiva, buscam estudá-la mediante o seu “histórico evolutivo”, iniciando pela fase identificada como “vingança divina”, passando pela fase denominada de “vingança privada” e alcançando a fase da “vingança pública” (MEROLLI, 2014, p. 13-22).

Tendo o Estado se apoderado do poder-dever de punir, a justiça punitiva e a pena passam a ser analisadas historicamente mediante uma história das legislações penais, como se essas representassem uma expressão fiel do que efetivamente esteve em vigor (MEROLLI, 2014, p. 13).

A análise da justiça punitiva pelo seu “histórico evolutivo” e pela história das legislações penais, aparentemente, “representa um progresso contínuo da civilização jurídica em direção à racionalidade e à humanização da punição” (GIORGI, 2017, p. 35).

Essa apresentação des-historicizada e descontextualizada do poder punitivo, sem o estudo efetivo das ideias penais e das interações entre as estratégias punitivas, prejudicam uma análise crítica e impedem a revelação de como a justiça punitiva se implementa(va) na prática social em determinado momento.

Com efeito, se nós nos ancorarmos a um estudo meramente textual das disposições legais, seremos obrigados a reconhecer – equivocadamente, como nos demonstra STUART B. SCHWARTZ, em riquíssimo estudo sobre o Brasil-Colônia – que, em virtude de expressa proibição da Coroa Portuguesa, os magistrados do Tribunal de Relação da Bahia nunca traficaram escravos como forma de complementarem a sua renda. Do mesmo modo, se o simples estudo textual das disposições legais nos bastasse, daqui a alguns séculos poderíamos chegar à conclusão – igualmente equivocada – de que, no Brasil do início do terceiro milênio, não existiam práticas de tortura em delegacias policiais – mesmo porque, e, atualmente o sabemos: o art. 5^a/CF, inc. III, a veda expressamente. (MEROLLI, 2014, p. 13-14.

A criminologia crítica, já na segunda metade do século XX, identifica e denuncia a necessidade da análise do processo de criminalização através da distribuição do poder de definição e da reação numa sociedade, assim como denuncia a desigual distribuição desse poder e os conflitos de interesses que estão na origem desses processos, propondo, portanto, uma fundamentação materialista para o estudo da justiça punitiva e da pena propriamente dita (BARATTA, 1983, p. 145-166).

São duas as principais direções de investigação que se delineiam neste período. A primeira é constituída por um conjunto de estudos históricos que descrevem o papel exercido pelos sistemas produtivos na afirmação histórica das relações de produção capitalistas. Uma história da pena, que até aquele momento era representada como um progresso contínuo da civilização jurídica em direção à racionalidade e à humanização da punição, agora é descrita como uma concatenação de estratégias com as quais a ordem capitalista impôs, no tempo, suas formas peculiares de subordinação e repressão de classe. Já a segunda direção de investigação se orienta para as práticas contemporâneas dos sistemas de controle e, sobretudo, do dispositivo carcerário. A análise de concentra, aqui, no papel desempenhado pelos aparelhos repressivos em relação às dinâmicas econômicas atuais e, em particular, em relação ao funcionamento do mercado de trabalho nas sociedades industrializadas. (GIORGI, 2017, p. 35-36).

As convergências das duas direções apontadas acima emprestam à penalidade um fundamento materialista, que impõe a análise do controle do desvio

sob a ótica das transformações econômicas que perpassam as sociedades capitalistas e as contradições que dela derivam (GIORGI, 2017, p. 36).

O controle do desvio enquanto legitimação aparente das instituições penais constitui, pois, uma construção social por meio da qual as classes dominantes preservam as bases materiais da sua própria dominação. As instituições de controle não tratam a criminalidade como fenômeno danoso aos interesses da sociedade em seu conjunto; ao contrário, por meio da reprodução de um imaginário social que legitima a ordem existente, ele contribuem para ocultar as contradições internas ao sistema de produção capitalista. Em outras palavras, numa sociedade capitalista o direito penal não pode ser colocado a serviço de um “interesse geral” inexistente: ele se torna, necessariamente, a expressão de um poder de classe. (GIORGI, 2017, p. 36).

É que, na medida em que o modo de produção capitalista se (re)produz, ocorrem uma série de mudanças responsáveis por fomentar alterações na vida social como um todo, totalidade essa que obviamente inclui o sistema penal.

Assim, é possível – quiçá obrigatório – o estudo da história da sanção penal, especialmente daquela que restringe a liberdade, através de um fundamento materialista, mediante a análise das relações econômicas próprias do sistema capitalista e de seus efeitos.

O estudo através de um fundamento capitalista justifica-se em razão de que, na sociedade pré-capitalista, o cárcere como pena propriamente dita – autônoma e ordinária - não existia, eis que, embora já houvesse o cárcere, este não era aplicado por si só, ou seja, desacompanhado de nenhum outro sofrimento e com o fim uno de segregação (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 21).

Antes da verticalização proposta, contudo, é necessário afirmar uma premissa básica, de que “a acumulação capitalista sempre produz, e na proporção de sua energia e de sua extensão, uma população trabalhadora supérflua relativamente, isto é, que ultrapassa as necessidades médias da expansão do capital, tornando-se, desse modo, excedente” (MARX, 1989, p. 731).

É que o próprio surgimento do capitalismo está intimamente ligado ao nascimento de uma emergente classe burguesa, tomada por uma visão de valorização do trabalho - com a conseqüente não aceitação do ócio - e de suas posses. Esta visão de mundo apresentada e defendida pela emergente classe burguesa é uma das responsáveis pelo endurecimento das penas, em especial aquelas impostas aos criminalizados que atentam contra o patrimônio (LEAL; BRUNA, 2017, p. 33).

Firmada a premissa sobredita e partindo, portanto, para uma breve análise da história da pena privativa de liberdade sob a ótica das transformações econômicas do sistema capitalista, verifica-se que o próprio surgimento desta, no bojo das transformações que ocorreram na Europa nos séculos XVI e XVII, teve com função latente reduzir a carência de mão de obra e o aumento dos salários.

A origem da pena detentiva está inserida no contexto das transformações sociais que ocorreram na Europa nos séculos XVI e XVII. Naquele período, uma repentina redução demográfica, ligada em parte à Guerra dos Trinta Anos, havia determinado uma dramática carência de mão-de-obra, o que resultou na elevação progressiva dos salários. Essa situação induziu os governos dos países europeus economicamente mais avançados a rever as suas políticas em relação à pobreza. Amadurecia a idéia de que os pobres em condições de trabalhar deveriam ser obrigados a fazê-lo. Através da imposição do trabalho, tornava-se possível enfrentar, ao mesmo tempo, a praga social da vagabundagem e a praga econômica do aumento dos salários, provocado pela escassez de força de trabalho. (GIORGI, 2017, p. 41).

A pena privativa de liberdade, assim, assume um papel de controle social das classes marginalizadas (pobres) e de utilização destas como mão-de-obra barata, haja vista que a obrigatoriedade do trabalho supre a carência do mercado e, por conseguinte, reduz o salário dos trabalhadores, o que denota que as intenções humanitárias são completamente secundárias.

Neste ponto, convém mencionar que o Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 e ainda em vigor – embora sua inconstitucionalidade seja cristalina -, mais especificamente em seu artigo 59, criminaliza a conduta denominada de “vadiagem”, o que clarifica ainda mais o acima exposto. (BRASIL, 1941).

Ainda, com a detenção daqueles que não emprestam sua mão-de-obra à sistemática laboral imposta pelo sistema capitalista, tem-se que a prisão passa a representar uma consequência – caráter intimidatório - da recusa ao trabalho, ou seja, aqueles que não integram a engrenagem do sistema capitalista tem a sua liberdade tolhida e, a partir de então, são obrigados a trabalhar com o fim de ter a sua liberdade reestabelecida.

Nesse contexto, a prisão apresenta-se como um verdadeiro instrumento de controle dirigido pela classe burguesa/hegemônica sobre as classes subalternas/marginalizadas, disciplinando esta parte da população ao modo de vista capitalista, ou seja, arregimentando-os para as fileiras da indústria (LEAL; BRUNA, 2017, p. 35).

A imposição do trabalho sob a sombra da restrição da liberdade fez com que a carência de mão-de-obra outrora verificada restasse superada. Suprida a carência de mão-de-obra no mercado e já nos idos do século XVIII, as instituições penais de reclusão se consolidam como instituições subalternas às fábricas e os reclusos como pessoas que facilmente adaptam-se ao novo regime de trabalho.

Eles se caracterizam por serem incumbidos pelo Estado da sociedade burguesa da gestão dos vários momentos de formação, produção e reprodução do proletariado de fábrica; elas são um dos instrumentos essenciais da política social do Estado, política que persegue o objetivo de garantir ao capital uma força de trabalho que – por hábitos morais, saúde física, capacidades intelectuais, conformidade às regras, hábito à disciplina e à obediência etc. – possa facilmente adaptar-se ao regime de vida na fábrica em se conjunto e produzir, assim, a quota máxima de mais-valia extraível em determinadas circunstâncias. (MELOSSI; PAVARINI, 2010, p. 70).

Assim é que as instituições penais de segregação se consolidam como mecanismos de formação e manutenção do ideário operário, forjando indivíduos tendentes a emprestar força de trabalho disciplinada e disponível à valorização capitalista (LEAL; BRUNA, 2017, p. 35).

E é nessa sistemática que o cárcere, aqui, apresenta-se como uma instituição contínua de “construção” e “desconstrução” do indivíduo, eis que o marginalizado se torna criminalizado, o criminalizado é preso e, por fim, o preso acaba por emprestar sua força de trabalho ao mercado – eis que esse é o único caminho para sair da prisão -, tornando-se um proletário.

Ocorre que a força de trabalho que em dado momento foi convocada mediante à ameaça de uma pena privativa de liberdade e que, assim, foi suprida, torna-se excessiva no século XX, especialmente na segunda metade do mesmo, não tendo mais o mercado capacidade de absorção de toda a mão de obra disponível.

Incapaz de absorver a excessiva força de trabalho disponível, o sistema penal, na segunda metade do século XX, apresenta-se como uma moderna ferramenta para controlar essa parte da população marginalizada e não inserida no mercado de trabalho.

Incapaz de absorver o *surplus* no interior da economia política, o capitalismo avançado pode apenas supervisionar e controlar uma população que agora é supérflua [...] O sistema penal é o recurso moderno para o controle do *surplus* de trabalho produzido pelo capitalismo tardio. (QUINNEY, 1977, p. 31).

No correr do tempo, mais especificamente entre 1970 e 1980, surgiram outros trabalhos com o objetivo de analisar a hipótese acima exposta, mas a única hipótese confirmada foi a da severidade do sistema penal, eis que utilidade não encontrou base de apoio (GIORGI, 2017, p. 50).

O corte temporal mencionado no parágrafo acima, longe de não constituir significado algum, tem como fundamento o fato de que os redimensionamentos impostos ao sistema penal em razão das transformações econômicas restaram ainda mais evidentes após o conjunto de transformações operadas com a chamada crise estrutural do capital, nos idos de 1970.

Tais redimensionamentos vêm se exponenciando, principalmente após o conjunto de transformações operadas com a chamada crise estrutural do capital, nos idos dos anos 1970, e podem ser verificadas e sentidas na esfera da arte e da cultura, no âmbito dos direcionamentos socioeconômicos acionados pelo Estado e por outros organismos que visam defender e garantir os interesses da burguesia ou, ainda, nos marcos de organização, gestão e controle da força de trabalho nos diversos espaços em que a mesma se insere. (TRINDADE, 2017, p. 225-226).

O aprofundamento das crises capitalistas e a conseqüente crescente de uma massa de trabalhadores sobrantes torna necessário um processo de redefinição entre a economia e o sistema penal, sendo que, na hipótese formulada por Rusche e retomada por Jankovic, este assume a função de controle/regulação do *surplus* de força de trabalho. Essa função de controle, na lição de Giorgi, atua em duas frentes: o aumento do desemprego corresponde ao aumento da severidade penal, e o aumento do encarceramento corresponde à redução do desemprego.

A primeira refere-se à “severidade” das penas: o agravamento das condições econômicas, isto é, o aumento do desemprego, corresponde a uma maior rigidez das sanções penais, isto é, um incremento das taxas de encarceramento. O núcleo da argumentação está ancorado no princípio da *less eligibility*: as penas se tornam tão pesadas que, por piores que sejam as condições econômicas oferecidas ao trabalhados “livre”, elas ainda são preferíveis ao *status* de criminoso “punido”.

A segunda hipótese diz respeito à “utilidade” das penas com relação ao mercado de trabalho. O recurso ao encarceramento desempenha a função de “regulação” do *surplus* de força de trabalho, com o objetivo implícito de consolidar o exercito industrial de reserva de que fala Marx. (2017, p. 49).

Assim é que, embora o objeto do presente trabalho não seja a análise da história da pena privativa de liberdade frente às transformações econômicas, certo é que não há como eclipsar a influência que essas exercem naquela. Haja vista que a

história da pena privativa de liberdade, longe de constituir um caminho à racionalização e humanização da punição, é, na verdade, uma contínua forma de manutenção das relações de classes dominantes, preservando as bases materiais dessa dominação.

3.2 SELETIVIDADE: A VIOLÊNCIA PRÉ-DIRECIONADA

Antes de iniciar a análise dos criminalizados que são submetidos ao sistema penal e compõem a sua “clientela”, é necessário afirmar que este trabalho já denunciou a falência das funções reais do sistema penal e a existência das funções latentes, as quais operam sob a influência do sistema capitalista com o fim de efetivar a manutenção das relações das classes hegemônicas.

As classes hegemônicas, por sua vez, são as que exercem o poder político e definem os rumos do Estado, eis que responsáveis pela construção/alteração do ordenamento jurídico que dá base à atuação das instituições, inclusive as penais (policial, judiciária e penitenciária).

Uma vez alçados ao poder, as classes hegemônicas cuidam de monopolizá-lo através do “não fornecimento de uma base educacional sólida e crítica à população, para que não se desenvolva a capacidade necessária ao questionamento das estruturas manipuladoras consolidadas” (TOURINHO; SOTERO; LIMA; NONATO, 2016, p. 163).

Uma vez o ordenamento jurídico sendo (re)produzido pelas classes dominantes – aqueles que ocupam o ponto alto da estrutura de poder da sociedade - , certo é que esse tende a dar respaldo às condutas “normais” para os altos estratos sociais e a criminalizar as condutas que vão de encontro aos interesses desta.

Assim, pode-se determinar que o atual direito penal tem por base os interesses de determinada classe hegemônica, a burguesia. Sendo que são esses interesses os que efetivamente são protegidos pela máquina punitiva. Ao mesmo tempo, quando se concretiza na realidade, esse mesmo sistema penal é, como já foi falado, altamente seletivo, distribuindo desigualmente seus esforços e se concentrando em combater os delitos cometidos pelos membros dos substratos inferiores da teia social. É que o “direito penal moderno é, pois, a pura consagração jurídica de determinada visão de mundo fortemente classista. Não se pode, portanto, interpretar sua égide fora de um contexto de opressão que é típico de todo o capitalismo” (LEAL; BRUNA, 2017, p. 38).

Nesse contexto de imposição de um “modo de viver” por uma classe, a pluralidade de realidades sociais somada ao fato de que a população se apresenta como heterogênea em diversos segmentos, leva a uma evidente criminalização pré-direcionada daqueles que são vulneráveis socialmente.

Assim sendo, um cidadão de classe alta, com todo o apoio e preparo familiar, tenderá à prática de ações convenientes ao contexto aceitável pela população, uma vez que, provavelmente, alcançará a idônea vida imposta pela sociedade.

Não obstante, aqueles, desprivilegiados, que foram inseridos em um cenário desprovido de assistência, tornar-se-ão, além de excluídos, estigmatizados por grande parte dos cidadãos. Sem educação, saúde, trabalho, moradia, lazer e segurança, o indivíduo, enxerga-se desorientado, estonteado, face à conjuntura desigual apresentada. Imbuído em circunstâncias desfavoráveis ao seu desenvolvimento pessoal e profissional, a criminalidade apresenta-se como meio de solução de alguns dos seus problemas, ficando claro, portanto, a responsabilidade da vulnerabilidade social na inserção do indivíduo no ambiente delitivo. (TOURINHO; SOTERO; LIMA; NONATO, 2016, p. 161).

Não bastasse isso, é de se mencionar que o dito “modo de viver” proposto pela classe burguesa no contexto da sociedade capitalista, tende a criminalizar todas as condutas que atentem contra a propriedade, fato este que, uma vez mais, vulnera as classes marginalizadas.

Observando como a questão criminal vem sendo historicamente tratada pela gestão burguesa, pode-se compreender que seu foco no combate tem dia a criminalidade contra a propriedade. Por esse motivo, as classes subalternas se tornam mais vulneráveis à atuação do sistema penal, já que, tendo suas necessidades básicas negadas repetidamente pela distribuição desigual de bens, tais segmentos se veem forçados a recorrer a métodos ilícitos para obter certos recursos. (LEAL; BRUNA, 2017, p. 39).

Esse processo de criminalização mediante a imposição de um “modo de viver” trata-se da criminalização primária, que ocorre na elaboração da lei, etapa em que ocorrer a seleção dos bens jurídicos e dos tipos, o que já adianta o tipo de pessoa que será perseguida pelo sistema penal e qual será a sua clientela (NASPOLINI, 1995, p. 27)

Na segunda etapa do processo de criminalização, a norma penal é aplicada ao caso concreto, ocasião em que a seletividade do sistema penal “torna-se mais explícita e é desempenhada principalmente pelas agências policiais. São essas agências que escolhem os casos que serão levados ao conhecimento da instância judiciária que, por sua vez, exerce a mesma seleção” (NASPOLINI, 1995, p. 27).

Dito isso, evidente está que o sistema penal caminha no sentido de defender os interesses das classes dominantes, fato este que gera, como efeito reflexo, a criminalização das condutas das classes marginalizadas que atentem contra os seus interesses.

É que o sistema penal “se apresenta como uma organização que só pode funcionar seletivamente, isto é, dirigindo as sanções contra uma parte infinitesimal de seus potenciais clientes, que são os infratores da lei” (BARATTA, 1987a, p. 634).

Tendo como base o sistema carcerário estadunidense, que está inserido em um local de extrema acumulação capitalista, Wacquant identifica as funções extra-penológicas desempenhadas pelo sistema penal através da análise do perfil sociológico dos segregados.

Para discernir as funções extra-penológicas desempenhadas pela extensão desmensurada do aparelho carcerário estadunidense, no momento em que a criminalidade recuava há mais de uma década, basta esboçar, em linhas gerais, o perfil sociológico da “clientela” que ele acomoda em sua porta de entrada. Aí fica imediatamente evidente que o meio milhão de reclusos que entopem as quase 3.300 casas de detenção do país em geral – e os 14 milhões de corpos que atravessam seus portões no decorrer de um ano típico – são retirados sobretudo das famílias subproletárias de cor, que moram nas cidades segregadas atingidas pela transformação conjunta do trabalho assalariado e da proteção social. Assim, recuperando sua missão histórica de origem, o encarceramento serve, antes de tudo, para regular, se não perpetuar, a pobreza e armazenar os dejetos humanos no mercado. (WACQUANT, 2003, p. 126-127).

Identificado que a criminalização é pré-direcionada àqueles que são vulneráveis socialmente, é necessário conceituar o termo vulnerabilidade social. Na lição de Vignoli e Filgueira, vulnerabilidade social é:

[...] o resultado negativo da relação entre a disponibilidade dos recursos materiais ou simbólicos dos atores, sejam eles indivíduos ou grupos, e o acesso à estrutura de oportunidades sociais econômicas culturais que provêm do Estado, do mercado e da sociedade. Esse resultado se traduz em debilidades ou desvantagens para o desempenho e mobilidade social dos atores (VIGNOLI; FILGUEIRA, 2001, p. 43 apud AMBRAMOVAY, 2002, p. 13).

A compreensão do termo vulnerabilidade social, contudo, para além da literalidade, advém da assimilação dos problemas e dos desafios enfrentados pelas políticas sociais face às pessoas que se encontram em situações humanamente degradantes, especialmente às marginalizadas pelo sistema penal.

Tendo o Brasil como exemplo, a vulnerabilidade social, como decorrência lógica da desigualdade social, “apresenta-se de maneira significativa, uma vez que se observa grande parcela da população em condição de miserabilidade e, de modo oposto, pequena parcela desfrutando de uma qualidade de vida adequada” (TOURINHO; SOTERO; LIMA; NONATO, 2016, p. 162).

Na ótica da criminologia crítica, segundo BARATTA (2002, p. 29), a vulnerabilidade social pode ser compreendida através de uma relação dialética entre o externo e o interno, sendo o externo o contexto de referência do indivíduo e o interno as suas características básicas, os grupos, os lugares, as comunidades e outros.

Em que pese não possuir conceituação única, certo é que a violência operada pelo sistema penal, conforme já antecipado, é pré-direcionada aos vulneráveis socialmente, haja vista que grande parte – quase a totalidade - dos estudos sobre este tema evidenciam uma alta correlação entre a criminalidade e a desigualdade de renda (SANTOS, 2009; NERY ET AL, 2014; CARVALHO E LAVOR, 2008).

Com efeito, seis em dez internos dos cárceres mantidos pelos condados são negros e latinos (na proporção de 41% e 19%, respectivamente), contra 48% em 1978, muito embora essas duas comunidades, somadas, representem apenas um quinto da população nacional. Menos da metade deles dispunha de um emprego em horário integral no momento em que foram detidos (49%), enquanto 15% trabalhavam em regime de “tempo parcial ou ocasionalmente” e os restantes se dividiam entre a procura de emprego e a inatividade assumida (20% e 16%, respectivamente). (WACQUANT, 2003, p. 126-127).

Os dados acima citados, fizeram com que um setor da criminologia marxista americana avançasse “a hipótese de que o aumento paralelo do desemprego e do encarceramento constitui o momento inicial de um processo de redefinição conjunta da relação entre economia e sistema repressivo” (GIORGI, 2017, p. 48).

Essa redefinição passa pelo fato de que os vulneráveis socialmente tornam-se supérfluos no mercado de trabalho produzido pelo capitalismo tardio e, em razão disso, tornou-se necessário a (re)definição de um sistema apto a supervisioná-los e controlá-los, recurso este que foi incumbido ao sistema penal (QUINNEY, 1977, p. 131).

A (re)definição sobredita, longe de ser vivenciada somente nos Estados Unidos da América – local cujos dados acima citados foram extraídos -, é vivenciada em todo o mundo, ante o fato de que, “assim como o capital é um sistema global, o

mundo do trabalho e os seus desafios são cada vez mais transnacionais” (ANTUNES, 2009, p. 115).

Tendo em vista que o aporte teórico criminológico emprestado ao presente trabalho é a criminologia crítica, especialmente a latino-americana, e considerado o tamanho e a densidade populacional do Brasil, este será utilizado como objeto de análise com o fim de (in)firmar as funções latentes do sistema penal, especialmente a sua seletividade.

Neste ponto, importa esclarecer, também, que os dados utilizados para este estudo são extraídos de relatórios fornecidos por órgãos governamentais, mais especificamente pelo Departamento Penitenciário Nacional, que integra o Ministério da Justiça e Segurança Pública, fato este que não inibe a existência de “cifras ocultas” e que torna as conclusões aqui retratadas imprecisas.

Fixadas essas premissas, far-se-á, em um primeiro momento, a apresentação dos dados gerais dos criminalizados privados de liberdade no Brasil, conforme tabela abaixo que sintetiza os principais dados do sistema penitenciário nacional (FBSP, 2020, p. 282-283):

Tabela 1 – dados gerais dos criminalizados privados de liberdade no Brasil

Brasil – 2019	
Total da população prisional	755.274
Sistema Penitenciário	748.009
Secretárias de Segurança e Carceragens	7.265
Total de Vagas	442.349
Déficit de Vagas	305.660
Taxa de Aprisionamento	327,5%

Fonte: elaborada pelo autor

Da análise detida do quadro acima, já é possível identificar que o Brasil se encontra atualmente com uma superpopulação carcerária, situação essa que resta evidente quando da análise do déficit de vagas no sistema penitenciário, o qual, já no ano de 2019, ultrapassava a casa dos 300.000 (trezentos mil).

O déficit de vagas apontado é facilmente explicado quando verificado a crescente taxa de aprisionamento brasileira e o número de criminalizados que se encontram presos antes mesmo da prolação de um decreto condenatório.

De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, ao analisar a crescente do número de encarcerados no Brasil, no ano 2000 haviam 232.755 (duzentos e trinta e dois mil setecentos e cinquenta e cinco) presos no Brasil, enquanto

no ano de 2019 referida população prisional evoluiu para 755.274 (setecentos e cinquenta e cinco mil duzentos e setenta e quatro) presos (FBSP, 2020, p. 292).

Ainda, é de se mencionar que segundo o Levantamento de Informações Penitenciárias – INFOPEN, do Departamento Penitenciário Nacional (2020, p. 2), no período compreendido entre Janeiro a Junho de 2020, dos 702.069 (setecentos e dois mil e sessenta e nove) presos, 209.257 (duzentos e nove mil e duzentos e cinquenta e sete) eram presos provisórios, ou seja, sem condenação criminal transitada em julgado.

Neste ponto, convém mencionar que os dados acima apresentados, longe de constituírem fato isolado, refletem a operacionalidade do sistema, eis que já verificados em outros levantamentos, como é o caso do Levantamento de Informações Penitenciárias datado de 2017.

A taxa de aprisionamento é calculada pela razão entre o número total de pessoas privadas de liberdade e a quantidade populacional do país, a razão obtida é multiplicada por 100 mil. Entre os anos de 2000 e 2017, a taxa de aprisionamento aumentou mais de 150% em todo país. Em junho de 2017, o Brasil, registrou 349,78 pessoas presas para cada 100 mil habitantes. [...] A partir da análise gráfica, podemos inferir que 43,57% das pessoas presas no Brasil são sentenciados em regime fechado, seguido de 33,29% composta por presos provisórios, ou seja, sem condenação e 16,72% presos em regime semiaberto. (DEPEN, 2017, p. 12-13).

Embora sejam alarmantes os dados que escancaram o *surplus* de encarcerados, a definição daqueles que são presos no Brasil decorre unicamente da identificação dos seus perfis.

Sobre o perfil da população prisional brasileira, inicialmente, é de se mencionar que as pessoas privadas de liberdade no Brasil, em sua maioria (41,91%), são jovens de até 29 (vinte e nove) anos de idade, dos quais mais da metade possuem entre 18 (dezoito) e 24 (vinte e quatro) anos (DEPEN, 2020, p. 6).

No que tange a etnia/cor, é alarmante o número de pessoas presas de cor/etnia pretas e pardas, as quais totalizam mais da metade da população carcerária brasileira:

Em relação ao dado sobre a cor ou etnia da população prisional brasileira, o gráfico abaixo (17) indica que 46,2% das pessoas privadas de liberdade no Brasil são de cor/etnia parda, seguido de 35,4% da população carcerária de cor/etnia branca e 17,3% de cor/etnia preta. Somados, pessoas presas de cor/etnia pretas e pardas totalizam 63,6% da população carcerária nacional. (DEPEN, 2017, p. 31).

Os dados referentes a etnia/cor da população carcerária brasileira chamam a atenção, especialmente quando analisado sob a ótica das funções reais e ocultas da pena privativa de liberdade, eis que não guardam relação proporcional com a étnica/cor da população brasileira como um todo.

A população declarada de cor branca, em 2019, representava 42,7% da população residente, ao passo que de cor preta era de 9,4% e de pardos correspondiam a 46,8%. Em 2012, essas estimativas eram respectivamente, 46,6% (branca), 7,4% (preta) e 45,3% (parda). (PNAD, 2019, p. 8).

Não fosse suficiente os dados apontados quando da análise da etnia/cor dos presos brasileiros, o grau de escolaridade da população prisional analisada também evidencia a singularidade do perfil do encarcerado.

No que concerne ao grau de escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil, é possível afirmar que 51,3% destas possuem o Ensino Fundamental Incompleto, seguido de 14,9% com Ensino Médio Incompleto e 13,1% com Ensino Fundamental Completo. O percentual de presos que possuem Ensino Superior é de 0,5%. (DEPEN, 2017, p. 34).

Mais uma vez os dados da população prisional, agora no que concerne a escolaridade, não representam os mesmos níveis observados na população brasileira.

No Brasil, a proporção de pessoas de 25 anos ou mais de idade que finalizaram a educação básica obrigatória, ou seja, concluíram, no mínimo, o ensino médio, passou de 47,4%, em 2018, para 48,8%, em 2019. Também em 2019, 46,6% da população de 25 anos ou mais de idade estava concentrada nos níveis de instrução até o ensino fundamental completo ou equivalente; 27,4% tinham o ensino médio completo ou equivalente; e 17,4%, o superior completo. (PNAD, 2019).

No aspecto atinente ao estado civil, mais da metade da população prisional brasileira, mais especificamente 55,4%, é constituída por pessoas solteiras. (DEPEN, 2017, p. 37).

A definição do encarcerado no Brasil resta ainda mais cristalina quando analisado os tipos penais que “justificam” as prisões. Neste ponto, calha anotar que nem todos os encarcerados possuem lançadas informações sobre o tipo penal que o levou ao cárcere. Contudo, ainda que presente uma parte “oculta”, das informações disponíveis, já é possível verificar que quase a metade da população prisional

brasileira foi levada ao cárcere por prática do tráfico de drogas ou de crimes contra o patrimônio (DEPEN, 2020, p. 2).

Tabela 2 – Tipos penais e encarceramento

Tipo Penal	Nº de Presos	Porcentagem
Crimes c/ o Patrimônio	277.263	38,65%
Drogas	232.341	32,39%
Crimes c/ Pessoa	108.826	15,17%
Legislação Específica	44.373	6,19%
Crimes c/ Dig. Sexual	36.290	5,06%
Crimes c/ Paz Pública	11.966	1,67%
Crimes c/ Fé Pública	3.779	0,53%
Part. c/ Adm. Pública	1.275	0,18%
C/ Adm. Pública	1.209	0,17%

Fonte: elaborada pelo autor

No que tange aos crimes denominados de “colarinho branco”, embora não especificado diretamente no levantamento que empresta base ao presente, tem-se que o número de cárcere nesse tocante é ínfimo, não correspondendo sequer a 1% da população carcerária.

Da mesma maneira verifica-se a existência de uma ampla lacuna de comportamentos socialmente negativos realizados pelas elites (e que causam um dano ainda maior para a sociedade), que estão completamente imunes ao processo de devida atribuição de responsabilidade, entre os quais se pode citar: os crimes de colarinho branco, os crimes contra o meio ambiente, entre outros. (LEAL; BRUNA, 2017, p. 39).

Merolli (2014, p. 128), ao enfrentar a seletividade do sistema penal frente aos “crimes de colarinho branco”, reconhece que os seus autores “sabem, de antemão, que, nessa espécie de conflitos, a imunização (e, não, a criminalização) constitui a regra de fundamentação do sistema de justiça criminal”.

Assim é que, da análise do sistema carcerário brasileiro como um todo, certo é que a pena privativa de liberdade no Brasil, em sua esmagadora maioria, destina-se a prender jovens de até 29 (vinte e nove) anos de idade, pardos ou negros,

com baixo grau de escolaridade e que são criminalizados pela prática de crimes relativos à Lei de drogas ou contra o patrimônio.

Ainda, é possível verificar um expressivo aumento na população prisional brasileira concatenado com a seletividade daqueles que ingressam ao cárcere, eis que já em 2016 o perfil de tipologia penal era o mesmo (DEPEN, 2016, p. 43).

Por último, dos dados apresentados extrai-se que o sistema penal brasileiro, de fato, imuniza da pena privativa de liberdade os autores das condutas criminalizadas relacionadas aos mais altos estratos sociais.

A constatação acima mencionada, na lição de Zaffaroni (1991, p. 27), deve-se ao fato de que o “sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis”.

Assim, na medida em que o processo de centralização do capital acontece, crescente é a criminalização pré-direcionada aos vulneráveis socialmente, ou seja, as pessoas que por não estarem inseridos no sistema de produção capitalista e por sujeitarem-se a toda sorte de trabalhos precários, acabam por integrar a massa de trabalhadores sobrantes.

3.3 A PENALIDADE ENQUANTO MANUTENÇÃO DAS RELAÇÕES DAS CLASSES HEGEMÔNICAS

A penalidade, quando analisada através do método histórico tradicional, é compreendida mediante o estudo do “histórico evolutivo” das fases da justiça punitiva, que é feito através da história textual das disposições penais. (MEROLLI, 2014, p. 13).

Ocorre que as legislações penais, embora de importância inquestionável, não podem ser tomadas como expressão fiel do que efetivamente está (e) em vigor em dado período, eis que não reportam os fatos sociais, o que impede análise de como a justiça punitiva, de fato, se implementa(va). (CUELLO CALÓN, 1948, p. 64).

Com efeito, se nós nos ancorarmos a um estudo meramente textual das disposições legais, seremos obrigados a reconhecer – equivocadamente, como nos demonstra STUART B. SCHWARTZ, em riquíssimo estudo sobre o Brasil-Colônia – que, em virtude de expressa proibição da Coroa Portuguesa, os magistrados do Tribunal de Relação da Bahia nunca traficaram escravos como forma de complementarem sua renda. Do mesmo modo, se o simples estudo textual das disposições legais nos bastasse, daqui a alguns séculos poderíamos chegar à conclusão – igualmente equivocada –

de que, no Brasil do início do terceiro milênio, não existiam práticas de torturas em delegacias de polícia – mesmo porque, e, atualmente o sabemos: o art. 5º/CF, inc. III, a veda expressamente. (MEROLLI, 2014, p. 14).

E é a partir deste ponto que exsurge a necessidade de analisar a penalidade através de um método que, ao superar o histórico tradicional, dê conta de informar a realidade dos fatos sociais abrangidos pelas normas penais.

O materialismo histórico entende o Direito e o Estado através do conjunto de relações econômicas da sociedade num dado momento histórico, compreendendo o seu sistema religioso, científico, político, jurídico, enfim, toda a sua estrutura ideológica.

Na produção social de própria existência, os homens entram em relações determinadas, necessárias, independentes de sua vontade; estas relações de produção correspondem a um grau determinado de desenvolvimento de suas forças produtivas materiais. A totalidade dessas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo da vida social, política e intelectual. Não é consciência dos homens que determina o seu ser; ao contrário, é o seu ser social, que determina a sua consciência. (MARX, 1984, p. 233).

O materialismo histórico, longe de ser compreendido através de uma pura determinação econômica, deve ser analisado acompanhado de um pensamento dialético, permitindo-se ser apreendido na totalidade de sua existência, como algo em constante movimentação e que não se conforme numa tentativa de homogeneização social.

Procuremos, portanto, nos afastar dessa espécie de “marxismo preguiçoso”, isso é, desse marxismo igualmente dogmatizado, que infesta a nossa produção científica aparentemente crítica, enfatizando, ao revés, que: (i) em primeiro lugar, há uma relação de recondicionamento dialético entre a infraestrutura (base) e a superestrutura da formação social; (ii) depois, o nível infraestrutural diz respeito não apenas à esfera das relações de produção e das forças produtivas da sociedade (à esfera propriamente econômica, portanto), mas também à esfera das práticas culturais e políticas que lhe são subjacentes; (iii) por fim, o fenômeno da “judiciedade” deve ser tomado como expressão, e, simultaneamente, como o fator constituinte de todo um complexo articulado de práticas materiais e culturais bastante heterogêneas entre si, existentes numa dada sociedade, num determinado momento histórico. (MEROLLI, 2014, p. 4).

Nesse contexto, “será sempre o modo de produção – isto é, o conjunto das relações econômicas, culturais e sociais de uma dada sociedade, num determinado

momento histórico – que determinará, decisivamente, a conformação do conteúdo do ‘jurídico’ e do ‘estatal” (MEROLLI, 2014, p. 106).

Dessa forma, o materialismo histórico dialético constitui-se em um método que permite o estudo da história das ideias penais, e não somente dos textos legais, funcionando como um elo entre ambos, o que acaba por permitir a compreensão da realidade social e da implementação da justiça punitiva em dado momento.

Partindo da ferramenta metodológica anunciada, concebe-se a penalidade e as disposições legais que a sustentam como algo direcionado a uma sociedade organizada e que se manifesta no interior desta, com o objetivo de reproduzir as relações sociais vigentes.

Em uma economia política da pena, o sistema punitivo apresenta-se, pois, não como violência inútil, senão como violência útil, a partir do ponto de vista da autorreprodução do sistema social existente, e, portanto, dos interesses dos grupos detentores do poder, para a manutenção das relações de produção e distribuição desigual dos recursos. Como consequência, o sistema punitivo aparece, em uma análise científica, como um suporte importante da violência estrutural. (BARATTA, 1987, p. 626).

Para a compreensão da afirmativa mencionada no parágrafo anterior, no entanto, torna-se fundamental o resgate sobre a relação entre o “sistema penal”, as “estruturas de poder” e o “controle social”, já enunciadas no alvorecer deste trabalho, mais especificamente na parte inicial do tópico 2.1.

Com efeito, em uma sociedade conflitivista (ZAFFARONI, 2004, p. 31), é necessária uma ordem social que, em última análise, gere uma estrutura de poder (dominantes e dominados). Essa estrutura de poder, quando consolidada, necessita estabelecer um regramento que proteja os seus interesses e um meio de controle social apto a reproduzir as suas práticas materiais e culturais.

Para o estabelecimento do controle social é necessário que a “sociedade”, que é representada invariavelmente pela classe hegemônica e pelos interesses desta, determine as condutas que não podem ser praticadas e estabeleça sanções em caso de cometimento das mesmas.

Todo o sistema histórico e determinado de política penal traz a marca dos interesses da classe a qual serve. [...] O interesse de classe imprime, destarte, em casa sistema penal a marca de concretização histórica. [...] Se a prática penal do poder de Estado é em seu conteúdo e em seu caráter um instrumento de defesa da dominação de classe, em sua forma ela aparece como um elemento de superestrutura jurídica e integra-se no sistema jurídico como um de seus ramos. (PASUKANIS, 1989, p. 152-153).

Assim, o Direito Penal, enquanto sustentáculo do poder punitivo do Estado, presta-se a proteger os interesses das classes dominantes, as quais, como já falado, estão mais próximas dos centros de poder e que, por essa razão, fazem do Direito Penal e, em última instância, da penalização, um instrumento de perpetuação dos seus interesses. (BATISTA, 1990, p. 21).

É que o “direito penal moderno é, pois, a pura consagração jurídica de determinada visão de mundo fortemente classista. Não se pode, portanto, interpretar sua égide fora de um contexto de opressão que é típico de todo o capitalismo” (LEAL; BRUNA, 2017, p. 37).

O sistema de valores que neles se exprime reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados. (BARATTA, 1999, p. 176).

A perpetuação/reprodução dos interesses das classes hegemônicas, na seara penal, dá-se através do poder de decisão político de seleção dos bens jurídico-penais e da definição dos fatos puníveis e de seus respectivos sancionamentos.

Os bens jurídicos-penais, em uma concepção clássica, são aqueles fundamentais a sociedade e aos indivíduos, e que merecem essa proteção e são tutelados pelo Direito Penal – *ultima ratio* – em razão da sua importância social.

Inicialmente se coloca como missão do Direito Penal a tutela do bem jurídico e, em seguida, afirma-se que *bem jurídico é todo Estado Social pretendido que o Direito deseja assegurar contra lesões*. Em outras palavras, o objetivo do Direito Penal é a tutela do bem jurídico, podendo esse ser conceituado como *todo valor da vida humana protegido pelo Direito*. (CANTERIJ, 2008, p. 75).

Em uma concepção (histórica) materialista dialética, contudo, exsurge na seleção dos bens jurídicos tutelados pela norma pela a evidente função de reprodução das já condensadas relações sociais e de estrutura de poder.

Tratando especificamente sobre a seleção dos bens jurídicos-penais e suas respectivas sanções no Brasil, Streck (2008) compara às disposições penais a celebre frase de Monseñor Romero, que dizia que *la ley es como la serpiente; solo pica a los dascalzos*.

Vejam as leis aprovadas nos últimos anos: “alçamos” o crime de fraude à licitação a crime de “menor potencial ofensivo” (paga-se cesta básica); na mesma linha, consideramos mais grave o ato de subtrair galinhas (quando praticado por duas pessoas) do que as condutas consubstanciadoras de crimes como a lavagem de dinheiro e de delitos contra as relações de consumo e o sistema financeiro; também construímos uma benesse para os sonegadores de tributos - que, de certa forma, transforma a sonegação fiscal em uma rentável “aposta sem riscos penais” -, bastando o pagamento do valor desviado para que o crime se esfumace (lembramos como Marcos Valério se safou recentemente). No Brasil – e repito isso há 20 anos –, “la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos” (frase de um camponês salvadoreño).

No mesmo sentido, ao comparar o apenamento do crime de furto com aquele de abandono de recém-nascido, com resultado morte, analisa Merolli (2014, p. 110-111):

De igual modo, pode-se anotar que o crime de “furto qualificado” (art. 155/CP, § 4º) está sujeito a um tratamento penal mais gravoso (reclusão, de 2 a 8 anos, e multa) do que aquele destinado para o crime de “abandono de recém-nascido, com resultado morte” (detenção, de 2 a 6 anos – art. 134/CP, § 2º), não se mostrando irrelevante acrescentar, nesse ponto, e uma breve leitura dos incisos do § 4º do art. 155/CP assim nos autorizaria, que é sumamente difícil nos defrontarmos com uma hipótese de furto que não mereça a incidência de circunstância qualificadora. Aliás, resta indubitável que, em nosso exemplo proposto, a disparatada atuação do legislador mostra-se ainda mais robusta e significativa, uma vez que contempla um crime contra o patrimônio, cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, que termina sancionado com maior rigor do que um crime que, em seu desdobramento último, acaba por suprimir a vida humana.

Esse vigor exacerbado e claramente direcionado às classes sociais marginalizadas/dominadas resta evidente quando, tomando as disposições penais brasileiras como exemplo, verifica-se o pífio apenamento das condutas – quando são apenadas, pois as vezes não são incriminadas pelo legislador - cujos possíveis criminalizados pertençam às classes sociais hegemônicas (crimes tributários, financeiros, etc.), o que acaba por gerar verdadeira “imunidade penal”.

A estratégia político-criminal corresponde às exigências do capital monopolista é, portanto, baseada: (a) sobre a máxima efetividade do controle social das formas de desvio disfuncionais ao sistema de valorização e de acumulação capitalista [...] (b) sobre a máxima imunidade assegurada a comportamentos socialmente danosos e ilícitos, mas funcionais ao sistema [...] ou que exprimem só condições internas aos grupos sociais hegemônicos. (BARATTA, 1999, p. 153).

Dito isso, a penalidade, quando analisada sob a ótica histórico materialista dedutiva, mormente quando verificado o movimento do sistema penal no sentido de

impor uma rigorosa incriminação e punição das condutas típicas das classes marginalizadas e, ao mesmo tempo, uma inexistente criminalização dos desvios típicos dos altos estratos sociais, presta-se a efetivar a manutenção das relações das classes hegemônicas.

3.4 EXÉRCITO INDUSTRIAL DE RESERVA: A FUNCIONALIDADE DO SISTEMA PENAL

A acumulação capitalista, conforme já anunciado no alvorecer deste capítulo, acaba por formar uma população trabalhadores supérflua, isto é, que ultrapassa a necessidade do mercado, tornando-se, portanto, excedente e inútil (MARX, 1989, p. 731).

Essa população excedente e inútil momentaneamente ao sistema de produção capitalista constitui, segundo Marx, um exército industrial de reserva disponível, que pode(ria) ser utilizado durante uma possível escassez de mão-de-obra.

[...] população trabalhadora excedente é um produto necessário da acumulação ou o desenvolvimento da riqueza com base capitalista, essa superpopulação se converte, em contrapartida, em alavanca a acumulação capitalista. Ela constitui um exército industrial de reserva disponível, que pertence ao capital de maneira tão absoluta como se ele o tivesse criado por sua própria conta. (MARX, 2012, p. 707).

Essa população denominada de exército industrial de reserva foi formada gradativamente pela implementação no processo produtivo de tecnologias, métodos de gestão e de exploração, que concomitantemente diminuem gradativamente a necessidade da força de trabalho.

Ainda que reconhecidamente de importância indubitável, sabe-se que o tema central desta dissertação não é a análise do sistema de produção pela ótica estritamente econômica, mas, sim, a relação deste com o sistema penal.

Sá, Tangerino e Schecaira (2011) explicam que o surgimento da economia política da pena deve-se ao fato de que o crescimento do exército de reserva como produto do sistema capitalista necessitava de um meio de controle social que preservasse as necessidades do próprio movimento que o cria/fomenta.

Dito isso, impossível não levantar o seguinte questionamento sobre qual seria/é o meio de controle do referido exército. Na lição de Quinney (1977, p. 131), “O sistema penal é o recurso moderno para o controle do *surplus* de trabalho produzido pelo capitalismo tardio”.

Se por um lado o sistema penal serve como ameaça aqueles que se opõem ao trabalho precários e subempregos, por outro ele reforça a ideia de que o trabalho, por pior que seja, é melhor do que o cárcere.

Porém essa punição permeia principalmente o uso estrutural do sistema penal para garantir a equação econômica. Os brasileiros pobres conhecem isso. Ou são presos por vadiagem, ou arranjam emprego rápido e desfrutam do salário mínimo (punidos ou mal pagos): Depois que já estão trabalhando, nada de greves para discutir o salário, porque a polícia prende e arrebita (punidos e mal pagos). (BATISTA, 1990, p. 39).

Não bastasse isso, o recurso ao encarceramento, quando utilizado, regula o número de trabalhadores sobrantes, eis que faz com que estes, caso encarcerados, deixem de pertencer ao exército industrial de reserva.

Uma vez submetidos à prisão, os até então trabalhadores sobrantes passam a integrar exército de reserva encarcerado, o qual, assim como o exército de reserva disponível, é produto e presta relevante serviço ao acúmulo de capital.

É que, embora encapada a ideia de que o trabalho objetiva a ressocialização do recluso, bem se sabe que, enquanto encarcerados, emprestam mão-de-obra barata e, ante a obrigação, fazem serviços que os proletários livres não querem fazer (LUCENA, 2017, p. 9).

Assim, evidente que o sistema penal, enquanto meio de controle do exército industrial de reserva, seja este disponível ou encarcerado, presta funcionalidade à acumulação de capital, visto que estas pessoas são alvos fáceis para superexploração da força de trabalho.

3.5 O MITO DA RESSOCIALIZAÇÃO E A PUNIÇÃO COMO VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL

A violência estrutural e institucional operada pelo sistema penal, especialmente o cárcere propriamente dito, resta evidente quando este é analisado – de forma crítica – por todos os seus ângulos. Contudo, poderia se dizer, neste ponto

e na tentativa de justificar o injustificável, que referida violência tem o condão de alcançar a ressocialização do criminalizado.

Ocorre que tanto da análise teórica quanto da análise prática, o discurso ressocializador apresenta-se como uma verdadeira falácia e revela que o seu fracasso é consentâneo ao seu nascimento.

Inicialmente, no que se refere a ideologia do tratamento ressocializador, Baratta identifica que quem precisar ser ressocializado, de fato, é a sociedade, e, não, o criminalizado.

Antes de falar em educação e de reinserção é necessário, portanto, fazer um exame do sistema de valores e dos modelos de comportamento presentes na sociedade em que se quer reinserir o preso. Um tal exame não pode senão levar à conclusão, pensamos, de que a verdadeira reeducação deveria começar pela sociedade, antes que pelo condenado: antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar o excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão. (BARATTA, 1999, p. 186).

No mesmo sentido da crítica de Baratta, Merolli aduz que há uma série de valores culturais vigentes na sociedade, não podendo nenhum indivíduo ver-se obrigado a ajustar-se aos valores ideológicos dominantes.

Por fim, uma última interrogação se impõe em nosso exercício crítico dirigido à desarticulação da ideologia do tratamento ressocializados: como se pode pretender ressocializar alguém que sequer foi primeiramente “socializado”? Ora, não podemos nos esquecer que, de acordo com a “teoria das subculturas”, é inadmissível falar na existência de apenas um sistema de valores vigentes na sociedade [...]. Enfim, guiados pelos certos apontamentos gizados pela “teoria das subculturas”, concluímos que nenhum indivíduo pode ver-se obrigado a moralmente se ajustar aos valores ideológicos dominantes na sociedade. (2014, p. 138-139).

Ainda, é de se mencionar que, uma vez que o indivíduo raramente está em condições de livremente se orientar por um sistema cultural em detrimento de outro (MEROLLI, 2014, p. 138), o encarceramento, ao invés de propiciar a ressocialização – acultramento dos valores ideológicos dominantes -, tende a fomentar a inserção do criminalizado na cultura do crime.

As características deste modelo prisional, do ponto de vista que mais nos interessa, podem ser resumidas no fato de que os institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e a reinserção do condenado, e favoráveis à sua estável inserção na população criminosa. (BARATTA, 1999, p. 183).

Em outras palavras, é possível dizer que a pena, e conseqüentemente o sistema penal, longe de ressocializar o criminalizado, o constrói enquanto agente propenso à prática de condutas ilícitas, ante a sua violência e o acultramento dos seus valores.

Na lição de Tourinho, Sotero, Lima e Nonato (2016, p. 164), a aplicação de penas ineficazes cria uma sistemática que mantém os criminalizados cada vez mais inseridos no âmbito da criminalidade, afastando-os cada vez mais do padrão de conduta tido como ideal, gerando, portanto, uma tendência a prática de infrações ao ordenamento jurídico.

O indicativo constante nas doutrinas acima apontadas são facilmente verificáveis empiricamente. A título de exemplo e com o fim de efetivar uma real aproximação com realidade local onde este trabalho é realizado, tem-se que no Brasil, entre o ano de 2015 e 2019, quase metade das pessoas adultas com processos criminais registrados em 2015 retornaram ao sistema prisional até dezembro de 2019.

Verificou-se que, no mínimo, 42,5% das pessoas com processos registrados nos Tribunais de Justiça em 2015 de todo o Brasil reentraram no Poder Judiciário até dezembro de 2019. De fato, com o período de quatro anos para se observar a prática reiterada de atos criminais é relativamente curto, tendo em vista a morosidade que aflige o sistema de justiça criminal nacional, deve-se entender que o percentual alcançado é o mínimo, ou seja, possivelmente o valor seria mais alto, caso fosse ampliado o corte temporal analisado. (CNJ, 2019, p. 52-53).

Portanto, o sistema penal e a violência que lhe é intrínseca se apresenta como um fracasso, eis que não consegue combater a criminalidade – reduzindo os índices de prática de ilícitos -, conforme já analisado em momento próprio, tampouco coloca fim à reincidência.

Não bastasse isso, é de se mencionar que a reincidência dos criminalizados é considerada como uma agravante de pena, fato este que demonstra, uma vez mais, a seleção operada no sistema penal.

Assim, não há como fugir do seguinte questionamento: Qual é, então, a razão de ser da punição penal?

Conforme já anunciado no alvorecer deste trabalho, mais precisamente no Capítulo 2, a pena de prisão apresenta como funções precípuas a de dissuadir os indivíduos à prática da conduta criminalizada (prevenção geral) e, em caso destes cometerem um crime, a de ressocializá-los (prevenção especial).

Não bastassem as funções declaradas mencionadas no parágrafo acima, é de se mencionar que o ordenamento jurídico nacional e internacional, principalmente aqueles que tratam dos direitos humanos – esses de ampla adesão entre os países - , “garantem” que não haverá penalidade arbitrária, que as penas não serão desumanas, que o devido processo legal será respeitado, entre outros.

Em que pese as funções declaradas – já aprofundadas no Capítulo 2 - e as garantias acima mencionadas, a sanção penal não cumpre com as suas funções instrumentais declaradas, tampouco garante os direitos humanos básicos aos seus “clientes”, limitando-se, tão somente, a exercer as nefastas funções latentes e não declaradas.

As funções latentes e não declaradas, que também já foram devidamente estudadas neste trabalho, longe de objetivarem a prevenção geral e especial, operam, na verdade, uma verdadeira violência.

Na lição de Del Olmo (1979), a violência, que é um fenômeno precipuamente político, é subdividida em 4 (quatro) tipos, que são a interindividual e interpessoal, a institucional e a estrutural. Para este trabalho, importa analisar as duas últimas formas de violência apresentadas, ambas umbilicalmente ligadas ao Estado – detentor do monopólio da violência – e ao controle social por este realizado.

A violência estrutural é intrínseca à própria manutenção da estrutura social vigente – organização social desigual -, manifestando-se com o fim de preservar as relações hegemônicas. A violência institucional, por sua vez, apresenta-se como forma de cessar o descontentamento produzido pela violência institucional (LEAL, 2016, p. 144 e 182).

A violência operada pelo sistema penal, embora diretamente relacionada a violência estrutural, é a violência institucional, aqui entendida como aquela operacionalizada por instituições governamentais/oficiais e com fundamento na legislação elaborada pela classe dominante.

A pena é uma violência institucional; ela é a repressão das necessidades reais. A suspensão dos correspondentes direitos humanos em relação às pessoas consideradas responsáveis penalmente é justificada dentro da teoria tradicional do *ius puniendi* pelas funções instrumentais e simbólicas que a pena deve cumprir e com a infração realizada pelo sujeito declarado responsável. Não obstante, sabemos muito bem que tais funções não se realizam, não são “úteis”, e que tal suspensão de direitos, num elevado número de casos, dá-se com imputados à espera de julgamento; que na maioria dos sistemas punitivos, o indiciado cumpre uma pena extralegal ou de outro modo antecipada desde a sua primeira relação com a polícia;

igualmente, deve-se destacar que isto ocorre geralmente com os acusados oriundos dos grupos sociais mais vulneráveis e marginalizados da população, que são os clientes fixos do sistema de justiça criminal. (BARATTA, 1993, p. 9-10).

A relação direta entre a violência institucional e a violência estrutural deve-se ao fato de que “juntamente com a pauperização e depreciação geral das condições de vida, surgem os focos e manifestações de violência, que é correspondida com mais violência institucional” (LEAL, 2016, p. 159).

Na mesma linha, Cirino dos Santos (1979, p. 43) sustenta que a violência institucional ligada à estrutura de classes não existe em vão, eis que “seus beneficiários são as classes (e categorias) dirigentes, econômicas e políticas da formação social, com a mediação instrumental dos aparelhos econômicos (empresas) e político (Estado e burocracia) e do sistema jurídico”.

Partindo do ponto de vista de que a pena é uma violência institucional, não cumpre ela, na realidade, função outra que não a reprodução da violência estrutural, que já é operada, de forma velada e menos perceptível, em face das pessoas que integram o mesmo grupo social dos criminalizados (violência estrutural).

O estudo das funções latentes da prisão e, em geral, da justiça penal, bem como as análises históricas dos sistemas de punição, mostram as relações que subsistem entre tal estudo e a reprodução do *status quo* nas relações sociais. Desde seu início, a instituição carcerária moderna, nas formas em que ela ainda não se distinguia das casas de trabalho ou dos asilos para pobres e marginais, tem sido sempre uma instituição de disciplina de grupos marginalizados na sociedade. Também hoje, a maior parte da população penitenciária é recrutada entre os setores mais vulneráveis e marginalizados da população.

Para a maioria dos seus clientes, a marginalização carcerária é uma forma “secundária” de marginalização que segue à marginalização “primária” causada, sobretudo, por uma colocação marginal no mercado de trabalho. (BARATTA, 1993, p. 10).

A violência ora denunciada resta evidente quando se verifica, conforme dados apontados no item 3.1.2. e a título de exemplo, que 33,29% da população carcerária é constituída por presos provisório, ou seja, por pessoas que sequer são consideradas culpadas, que 63,6% é constituídas por pretos e pardos e que 51,3% possuem como escolaridade o ensino fundamental incompleto.

Tamanha é a violência institucional e a reprodução da violência estrutural que Hulsman, já em 1997, afirmava que “O sistema penal é especificamente

concebido para fazer o mal” (p. 88), só podendo ser explicado, segundo Zaffaroni (2001, p. 27), como uma manifestação seletiva e violenta do poder.

Dito isso e por todo o mais que já foi abordado no presente trabalho, certo é que a punição, longe de cumprir com os seus objetivos declarados, dentre eles a ressocialização, e efetivar as garantias que lhe são impostas pela lei, opera, na verdade, uma violência institucional, a qual acaba por gerar – consequência previsível e aceita pelas agências de controle penal – a reprodução da violência estrutural.

4 UMA RESPOSTA À VIOLÊNCIA DO SISTEMA PENAL

A falibilidade das funções declaradas e a evidência das funções ocultas, denotam que o sistema penal, longe de constituir um braço do controle social voltado a defesa do bem comum, operacionaliza-se mediante a (re)produção de violência com o fim de resguardar os interesses da classe dominante e, em última instância, do capital.

Como contraponto a essa violência desumana, há um movimento crítico que empresta um aporte teórico apto a fomentar uma resposta e, inclusive, subsidiar uma reformulação/superação do sistema jurídico penal através da análise do fenômeno criminal como algo inserido na conjuntura social vigente.

A Criminologia Crítica, surgida na segunda metade do século XX, busca explicar o controle social exercido pelo sistema penal através da análise do modo de vida capitalista e da posição de classe ocupada pelo criminalizado, ou seja, realiza uma análise macrossociológica do desvio, admitindo que uma conduta é criminalizada em razão da vontade manifestada pela classe dominante.

O movimento crítico inaugurado pela Criminologia gerou enorme mudança nos rumos da Política Criminal, o que fez surgir, a partir de então, a Política Criminal Alternativa, a qual objetiva reduzir a incidência do âmbito de atuação do sistema penal em face das classes marginalizadas e encampar um processo de descriminalização e despenalização.

Além da Criminologia Crítica e da Política Criminal Alternativa, e também com aporte teórico voltado para a reformulação do sistema jurídico penal através de sua redução/supressão, surgiu a teoria agnóstica ou negativa da pena, que ignora qualquer argumento justificador da pena, dando enfoque total às suas funções ocultas.

Embora a Criminologia Crítica, a Política Criminal e a Teoria Agnóstica da Pena caminhem no sentido de formar um dique ao sistema penal, certo é que essa nova visão sobre o sistema jurídico penal esbarra nos ideários da classe dominante capitalista e em seus interesses.

E é em razão da problemática acima apontada que exsurge a necessidade do movimento crítico que subscreve as teorias sobreditas ultrapassar as fronteiras da Ciência Penal, convertendo-se em um verdadeiro movimento revolucionário a fim de reformular/suprimir o sistema penal sob a ótica das classes subalternas e mediante o apoio massivo destas.

4.1 CRIMINOLOGIA CRÍTICA: LIMITES DA CRIMINALIZAÇÃO

Este trabalho já cuidou de advogar que a penalidade e o sistema penal possuem um fundamento materialista, o qual impõe a análise do controle do desvio sob a ótica das transformações econômicas que são inerentes às sociedades capitalistas e às contradições que dela derivam.

Embora o objeto deste trabalho não seja realizar um resgate histórico sobre a evolução das teorias criminológicas, certo é que a análise das condutas criminalizadas e dos criminalizados nem sempre foi feita com base na sua conexão com a estrutura social subjacente.

Prova disso é que a Criminologia Positivista, surgida no século XIX e fundamentada no paradigma etiológico, identifica o crime como uma ocorrência eminentemente individual, ou seja, como uma conduta antagônica existente entre o indivíduo infrator e os valores dominantes da sociedade.

O pressuposto, pois, de que parte a Criminologia positivista é que a criminalidade é um meio natural de comportamentos e indivíduos que os distinguem de todos os outros comportamentos e de todos os outros indivíduos. Sendo a criminalidade esta realidade ontológica, preconstituída ao Direito Penal (crimes “naturais”) que, com exceção dos chamados crimes “artificiais”, não faz mais do que reconhecê-la e positiva-la, seria possível descobrir as suas causas e colocar a ciência destas ao serviço do seu combate em defesa da sociedade. (ANDRADE, 1995, p. 24-25).

Na lição de Cirino dos Santos (1979, p. 51), a Criminologia Positivista busca explicar/analisar o desvio através de causas biológicas ou de interação social deficientes por parte do criminalizado, sempre indicando que os motivos que levam a prática do crime são individuais e não sociais.

Em tom crítico e na célebre obra *A Criminologia da Repressão*, Cirino dos Santos (1979, p. 37) contrapõe as teses positivistas apresentando para a análise do desvio as questões sociais e econômicas, especialmente a desigualdade, inerentes à sociedade capitalista.

Posteriormente, já em meados do século XX, a Criminologia, empurrada pela consolidação da teoria sociológica do conflito, que defende que as sociedades e seus organismos não se mantêm unidas por um acordo, mas sim pelo domínio de uns

sobre os outros, abandona o paradigma etiológico e adota o paradigma da reação social, fato este que culminou com o surgimento da Criminologia Interacionista.

Para Del Olmo (1979), referido movimento é denominado como a primeira ruptura criminológica, o que ocasionou na mudança da forma da análise do desvio, passando esse a ser analisado enquanto resultado de um processo de criminalização, e não mais como um fato cuja causa atribuía-se a fatores biológicos e de deficiente interação social.

Para Zaffaroni (1991, p. 61), o movimento interacionista constitui o “golpe deslegitimador mais forte recebido pelo exercício de poder do sistema penal, do qual o discurso jurídico penal não mais poderá recuperar-se, a não ser se fechando hermeneuticamente a qualquer dado da realidade”.

Para a Criminologia Interacionista, conforme adiantado, a criminalidade não se constituiu em um meio natural e distinto de comportamento e indivíduos anterior à atuação do sistema penal, eis que, na verdade, a criminalidade é o resultado do exercício desse último.

Uma conduta não é criminal “em si” (qualidade negativa ou nocividade inerente) nem seu autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade ou influências de seu meio-ambiente. A criminalidade se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a “definição” legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal e a “seleção” que etiqueta e estigmática um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tais condutas. Conseqüentemente, não é possível estudar a criminalidade independentemente desses processos. Por isso, mais apropriado do que falar da criminalidade (e do criminoso) é falar da criminalização (e do criminalizado) e está é uma das várias maneiras de construir a realidade social. (ANDRADE, 1995, p. 28).

A partir dessa nova ordem de ideias, tem-se um passo decisivo para a mudança de paradigma que experimenta a Criminologia contemporânea, que é a introdução do *labeling approach* (teoria da rotulação ou do etiquetamento), que reconhece a criminalidade como uma etiqueta aplicada pelo sistema penal a determinados indivíduos e, conseqüentemente, vai de encontro ao princípio da igualdade.

Relativizando e problematizando a definição da criminalidade do paradigma etiológico o labelling desloca, portanto, o interesse cognoscitivo e a investigação das ‘causas’ do crime e, pois, da pessoa do autor (delinquent) e seu meio e mesmo do fato-crime, para a reação social da conduta desviada, em especial para o sistema penal, como conjunto articulado de processos de

definição (criminalização primária) e de seleção (criminalização secundária) e para o impacto que produz o etiquetamento na identidade do desviante. (ANDRADE, 1994, p. 328).

A Criminologia Interacionista, além de advogar que a criminalidade não é uma realidade natural, também cuidou de evidenciar que o comportamento criminalizado, longe de ser um comportamento de uma minoria perigosa, se manifesta como comportamento da maioria da população.

A ruptura epistemológica e metodológica acima anunciada é de extrema importância para a compreensão do real papel exercido pelo sistema penal, eis que quando analisada frente indivíduos que, de fato, são criminalizados, denuncia a seletividade das agências penais de controle social.

Desde o ponto de vista das definições legais, a criminalidade se manifesta como comportamento da maioria, antes que de uma minoria perigosa da população e em todos os estratos sociais. Se a conduta criminal é majoritária e ubíqua e a clientela do sistema penal é composta, “regularmente”, em todos os lugares do mundo, por pessoas pertencentes aos mais baixos estratos sociais, isto indica que há um processo de seleção de pessoas, dentro da população total, às quais se qualifica como criminosos. E não, como pretende o discurso penal oficial, uma incriminação (igualitária) de condutas qualificadas como tais. O sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais que contra certas ações legalmente definidas como crime. (ANDRADE, 1995, p. 31-32).

Em que pese a importância indubitosa do *labeling approach* no sentido de reconhecer a criminalidade enquanto fruto de um processo de criminalização e identificar a seletividade do sistema penal, negou a Criminologia Interacionista “toda a realidade estrutural (social, política, econômica) na explicação do comportamento desviante” (ANDRADE, 1997, p. 216).

Em razão, entre outras, da crítica sobredita, agora já na segunda metade do século XX, a Criminologia Interacionista passou a ser alvo de um movimento crítico, o que acabou por culminar com o nascimento da denominada Criminologia Crítica, a qual redefiniu o próprio objeto criminológico, substituindo a investigação das causas da criminalidade pelas condições da criminalização.

Manifesta é, pois, a ruptura epistemológica e metodológica operada com a Criminologia tradicional, traduzida no abandono do paradigma etiológico-determinista (sobretudo na perspectiva bio-psicológica individual) e na substituição de um modelo estático e descontínuo de abordagem por um modelo dinâmico e contínuo que o conduz a reclamar a redefinição do próprio objeto criminológico.

Opera por este caminho como se autoatribuem seus representantes e a literatura em geral subscreve, um verdadeiro salto qualitativo – uma “revolução” de paradigma no sentido kuhneano – consubstanciado na passagem de um paradigma baseado na investigação das causas da criminalidade a um paradigma baseado na investigação das condições da criminalização, que se ocupa hoje em dia, fundamentalmente, da análise dos sistema penais vigentes (natureza, estrutura e funções). (ANDRADE, 1995, p. 31).

Assim, a partir do alvorecer da Criminologia Crítica a criminalidade não é mais vista como algo natural ou somente decorrente de uma determinação de criminalização, mas passa a ser investigada através de um enfoque macrossociológico, como uma conduta que foi criminalizada por uma classe dominante.

Sobre o conceito de Criminologia Crítica, ensina Baratta (1991a, p. 225) que quando junto à “‘dimensão de definição’ a ‘dimensão do poder’ aparece suficientemente desenvolvida na construção de uma teoria, estamos na presença de um mínimo denominador comum de toda esta perspectiva que podemos ordenar sob a denominação de ‘criminologia crítica’”.

No tocante à necessidade do surgimento de uma criminologia crítica, Del Olmo (1973) esclarece que a mesma é necessária a fim de possibilitar a análise concreta das causas do crime, sendo esta entendida como os fatores que levaram o criminalizado a praticar a conduta proibida.

A partir dessa plataforma teórica, Baratta (2002, p. 161) define a criminalidade como um “bem negativo, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixados no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos”.

A criminologia conheceu, nos últimos vinte anos, uma verdadeira revolução, que lhe permitiu superar o impasse positivista. Chamemos, de modo genérico, Criminologia Crítica ao conjunto de tendências –, “espécie de frente ampla”, como registra Araújo Jr. – que realizaram tal superação e tornaram acessível ao estudioso do direito penal conhecimentos até então camuflados ou distorcidos, inclusive sobre seu próprio ofício. Ao contrário da Criminologia Tradicional, a Criminologia Crítica não aceita, qual *a priori* inquestionável, o código penal, mas investiga como, por quê e para quem (em ambas as direções: contra quem e em favor de quem) se elaborou este código e não outro. A criminologia Crítica, portanto, não se autodelimita pelas definições legais de crime (comportamentos delituosos), interessando-se igualmente por comportamentos que implicam forte desaprovação social (desviantes). A Criminologia Crítica procura verificar o desempenho prático do sistema penal, a missão que efetivamente lhe corresponde, em cotejo funcional e estrutural com outros instrumentos formais de controle social (hospícios, escolar, institutos de menores, etc.). (BATISTA, 2007, p. 32).

Segundo Baratta (1987, p. 624), a Criminologia Crítica cuida da “análise dos sistemas punitivos em suas manifestações empíricas, em sua organização e em suas funções reais”. Assim é que a Criminologia Crítica apresenta a análise do fenômeno do desvio um saber criminológico fundado na dialética existente entre as relações sociais, econômicas e políticas, que embasam o comportamento dos criminalizados e os processos de criminalização, ou seja, como um conflito social conectado à formação social capitalista e as respectivas contradições que lhe são inerentes.

Assim é que, em relação à “criminalidade” típica das classes sociais subalternizadas da formação social (crimes patrimoniais e comércio ilegal de entorpecentes), advoga-se a tese de que esses “comportamentos socialmente negativos” estão diretamente ligados à consecução de indispensáveis estratégias de sobrevivência, definidas por enormes contingentes de miserabilizados urbanos, em condições de absoluta privação material. Por outro lado, a “criminalidade” típica das classes hegemônicas da formação social (criminalidade econômica e corrupção político-administrativa) seria explicável a partir de uma articulação funcional da estrutura econômica com a superestrutura jurídico-política do Estado, destinada, por excelência, a equalizar os processos legais e ilegais de acumulação do capital, de modo que, no que se refere a esse grupo de comportamentos socialmente negativos, “situações de garantia de impunidade, pelo controle dos processos de criminalização, são condições suficientes para práticas antissociais (predatórias e fraudulentas) lucrativas, fundadas no controle dos processos de produção/circulação de riqueza”. (MEROLLI, 2014, p. 87-88).

Superado a análise do fenômeno do desvio como algo meramente natural ou decorrente de um simples etiquetamento realizado pelo sistema penal, a Criminologia Crítica, conforme acima anunciado, busca explicar o controle social exercido através do sistema penal e dentro de uma sociedade capitalista mediante a posição de classe ocupada pelo autor de um comportamento definido como ilícito.

Nas palavras de Santos (2006, p. 126), a posição de classe é fundamental para a administração da punição, eis que determina a imunidade das classes dominantes - que ocupam os pontos altos da estrutura de poder – e a repressão dos marginalizados.

Definido, portanto, que a Criminologia Crítica busca efetivar a análise do fenômeno criminal através de sua conexão umbilical com a realidade social capitalista, tendo este como um conflito social e como ponto decisivo para o processo de criminalização a posição de classe do autor, evidente é que referido aporte teórico

demonstra que o sistema penal é incapaz de cumprir suas funções declaradas de defesa social e demonstra a ineficácia do princípio da igualdade.

Partindo do pressuposto da análise da conduta criminalizada através da conjuntura social e evidenciada a falibilidade do sistema penal vigente, resta identificar como a Criminologia Crítica e o aporte teórico que lhe é conexo podem ser utilizados como meio de resposta e redução da violência (re) produzida por referido sistema.

De início, é de se mencionar que a “Criminologia contemporânea desenvolvida na base deste paradigma, especialmente a Criminologia crítica, tende a transformar-se, assim, de uma teoria da criminalidade em uma teoria crítica e sociológica do sistema penal” (ANDRADE, 1995, p. 31).

Em sendo – ou objetivando – a Criminologia Crítica uma teoria crítica e sociológica do sistema penal, certo é que os seus postulados extrapolam – e, de fato, devem extrapolar – os limites da Criminologia propriamente dita e avançam para outras áreas do saber, especialmente para à Ciência Penal – Direito, Criminologia e Política Criminal -.

Ciência Penal designa-se o conjunto de saberes científicos relacionados ao conhecimento do crime e do sistema punitivo. Por esta expressão estão abarcadas a Criminologia, com suas teorias explicativas do crime, do criminoso, da vítima, da sociedade criminógena e do sistema de reação ao crime; o Direito Penal, enquanto detentor da competência de esclarecer, com base na legislação vigente, quais são as condutas criminosas e qual a pena correspondente, a fim de estabelecer a necessária limitação do poder punitivo; o Direito Processual Penal, que estabelece as regras e os procedimentos legais para o julgamento dos acusados e a aplicação das penas, regulamentando/limitando a atuação do Estado no exercício do poder punitivo; a Política Criminal que, no seu discurso oficial, assume o compromisso de, por meio das descobertas científicas da Criminologia, orientar na escolha das opções legislativas no âmbito do direito penal, processual penal, execução penal etc. (SANTOS, 2013, p. 2).

No âmbito do Direito Penal, a Criminologia Crítica, além de promover uma refundação da base principiológica desta seara, oferece aporte teórico apto e atualizado – haja vista que se submete a constante revisão – para análise da ofensividade do desvio e das condicionantes pessoais e sociais do criminalizado.

Neste ponto, é de se mencionar que Cirino dos Santos (1974), no texto “Culpabilidade: desintegração dialética de um conceito metafísico”, afirma que a culpabilidade, na teoria do delito, apresenta-se como uma valoração subjetiva do injusto, ou seja, do dolo do indivíduo frente a estrutura social e de valores.

Na seara Processual Penal, ante o reconhecimento de que a posição de classe do autor é fator desencadeante do processo de criminalização, indicará que o fortalecimento dos direitos e garantias processuais dos criminalizados, especialmente dos marginalizados – que representam a “clientela” quase absoluta do sistema penal – é o único caminho hábil para real verificação da prática da conduta socialmente negativa.

Na Execução Penal, tal como ocorre na área processual, a criminologia crítica oferecerá aporte no sentido de obstar que a sanção penal não cumpra com as suas funções instrumentais declaradas, garantindo os direitos humanos básicos aos aprisionados, evitando, portanto, a manifestação das nefastas funções latentes e não declaradas das reprimendas.

Na Política Criminal, tende o aporte criminológico crítico a apresentar uma antítese das medidas que culminaram com o grande encarceramento, deslegitimando a pena em diferentes estratégias políticas e jurídicas, sempre em busca da efetivação do abolicionismo.

A propósito, Baratta (1991, p. 209) adverte que a Criminologia Crítica possui duas tarefas, que são: a construção de uma teoria do desvio com fundamento materialista; e elaborar uma Política Criminal Alternativa com fundamento na referida teoria.

Não bastasse isso, a Criminologia Crítica, ante a verificação da influência da realidade social capitalista na definição do processo de criminalização, constitui-se em verdadeiro movimento social ideológico que confronta, no todo, os postulados materialistas da sociedade.

Nesta linha, necessário é que os pressupostos que regem a criminologia crítica ultrapassem o sistema jurídico e suas limitações implícitas, encampando na luta social que confronta o saber fundado no capital. Para Del Olmo (1987, p. 87), o criminólogo latino-americano tem como obrigação inserir-se na luta social com o seu saber.

As possibilidades acima apresentadas, longe de esgotarem o que a Criminologia Crítica pode emprestar à Ciência Penal e à sociedade, têm o condão uno de demonstrar que é possível a expansão desta com o fim de diminuir – quiçá extirpar – a atuação do sistema penal, que é regido pelas áreas sobreditas, no controle social.

4.2 POLÍTICA CRIMINAL ALTERNATIVA

A presente dissertação já cuidou de explicar que o modo de vida capitalista e suas respectivas contradições não só foram os responsáveis pela gênese da instituição prisional, como são, até os dias atuais, os responsáveis pela sua manutenção, haja vista sua instrumentalização enquanto meio para preservação dos interesses das classes hegemônicas.

A Política Criminal, desenvolvida com base no aporte teórico que lhe é emprestado pelo conhecimento Criminológico, até pouco tempo, reconhecia o desvio como uma prática meramente individual, retirando do social qualquer responsabilidade.

Assim, historicamente, o sistema jurídico penal, gerido pela classe dominante – burguesa – tratou de focar os seus esforços no combate a condutas que atentam contra a propriedade, fato este que, por consequência, tornou as classes subalternas mais vulneráveis (BARATTA, 2011 apud LEAL; BRUNA, 2017. 197).

Ocorre que, conforme já anunciado no último tópico, o conhecimento Criminológico submeteu-se a constantes revisões e rupturas ao longo da história. A Política Criminal, ciência constantemente abastecida pelo saber criminológico no afã de transformar a realidade jurídico-penal, acompanhou todas essas mudanças.

A ruptura epistemológica e metodológica que culminou com a introdução pela Criminologia da análise da estrutura social no estudo do fenômeno do desvio causou enorme mudança no aporte teórico que norteia os rumos da Política Criminal.

Ora, a partir do momento em que simultaneamente se atesta: (i) o fracasso da pena de prisão como instrumento ressocializador (seu fracasso, portanto, quanto às suas finalidades declaradas); (ii) a ineficácia da função intimidativa assinalada à ameaça penal (sua ineficácia, portanto, quanto à prevenção de futuros delitos); (iii) e, acima de tudo, a seletividade qualitativa do sistema de justiça criminal (sua operatividade, portanto, em direção completamente oposta à programada) -, impõe-se nos um categórico questionamento quanto àquele papel de “conselheira da sanção penal”, outrora desempenhado pela Política Criminal. (MEROLLI, 2014, p. 153).

Essa mudança de rumos fez surgir o que foi denominado como Política Criminal Alternativa, assim entendida como aquela calcada no pensamento criminológico crítico e que busca reduzir as pressões operadas pelo sistema penal contra as classes marginalizadas, introduzindo um processo de descriminalização e de despenalização (BARATTA, 2011, p. 202-203).

Segundo Andrade (1994a, p. 298), em linhas gerais, os grandes eixos de “alternativas Político-Criminais então em curso, fundamentam-se na necessidade da mínima – e redefinida – intervenção penal ou na abolição do sistema penal e sua substituição por formas alternativas resolução de conflitos”.

Congregando as teorias alternativas com a realidade social, Leal e Bruna (2017, p. 41) definem Política Criminal Alternativa como “uma política de emponderamento e consciência das classes proletárias, que una ao mesmo tempo, o debate de cunho teórico e a transformação efetiva da realidade, através da atuação política”.

O caminho para uma política criminal das classes subalternas não é outro, senão um caminho que não se limite ao exercício do saber jurídico, mas que observe as interações sociais, econômicas e políticas mais profundas, percebendo nas mesmas, o grande problema pelo qual passa a sociedade moderna, refém de um capitalismo voraz que comercializa tudo, até mesmo o exercício do poder punitivo, e os seres humanos que são por ele afetados. (LEAL; BRUNA, 2017, p. 41).

Além de reduzir as pressões operadas pelo sistema penal contra as classes marginalizadas, busca a Política Criminal Alternativa “a superação do sistema penal burguês e classista, e para o efetivo surgimento de uma política criminal alternativa, baseada nos interesses das classes ditas como subalternas” (LEAL; BRUNA, 2017, p. 39).

Cirino dos Santos (1981), na obra *A Criminologia Radical*, aponta que a Política Criminal Radical deve ter como pauta a ampliação do âmbito de incidência do sistema penal em face dos crimes cometidos pelas classes dominantes e, em contrapartida, a contração do sistema penal face às classes marginalizadas.

As mudanças acima apontadas, então, caminham no sentido de contração do âmbito de incidência do sistema penal face às classes marginalizadas, ante a sua evidente ineficiência e a sua reconhecida (re)produção de violência, e podem ser expressadas por duas propostas, uma que defende a completa e imediata supressão do sistema penal, e outra que sustenta sua redução gradual e objetiva a sua extinção em momento futuro.

A primeira proposta, denominada abolicionista, já foi abordada com maior profundidade no item 2.5 do presente trabalho, e objetiva, em suma, a radical supressão do sistema penal, substituindo-o por outros modelos/instâncias de resolução dos conflitos.

O movimento abolicionista, que possui vários adeptos entre os criminólogos – não tanto entre os juristas – europeus, considera que as expostas desvantagens do direito penal estatal pesam mais que seus benefícios. Eles partem da ideia de que através de um aparelho de justiça voltado para o combate ao crime não se consegue nada que não se possa obter de modo igual ou melhor através de um combate às causas sociais da delinquência e, se for o caso, de medidas conciliatórias extra-estatais, indenizações reparatórias e similares. (ROXIN, 2012, p. 3).

A supressão do sistema penal e a adoção de outras instâncias de resolução dos conflitos não significa, nem de longe, uma proposta que retira do Estado o monopólio do direito de punir, autorizando uma anarquia punitiva, como sugerem alguns críticos.

A proposta abolicionista, conforme anunciado, objetiva retirar do sistema penal a resolução dos conflitos que lhe são submetidos, transferindo-os a outros modelos/instâncias de solução não desiguais e perversos, proporcionando a realização de uma justiça igualitária e horizontal.

O objetivo sobredito é traçado em razão de que o sistema penal é opressor tanto em sua feitura quanto em sua aplicação, não restando, portanto, alternativa outra que não a sua supressão. (LEAL; BRUNA, 2017, p. 37).

Não bastasse isso, o Abolicionismo Penal, inserido e cultivado no seio do movimento criminológico crítico, não se limita a promover/propor a supressão do sistema penal, eis que assim como o movimento que alicerçou o seu surgimento, busca novas formas de organização social (GARLAND, 1999, p. 59-80).

A necessidade de uma nova forma de organização social é imperiosa eis que de nada adiantará a supressão do sistema penal se não houver concomitantemente uma transformação social e política radical (CIRINO DOS SANTOS, 1979), haja vista que, uma vez mantida a estrutura social desigual, qualquer meio de solução de conflitos tenderá a (re)produzir as violências hoje verificadas no sistema de justiça criminal.

Do mesmo modo, as possibilidades de uma política criminal alternativa estão intimamente relacionadas a uma reforma profunda na estrutura social e institucional, que procure desenvolver valores como a igualdade, a democracia, a forma de vida em comunidade, e acima de tudo, que permita o desenvolvimento do proletariado, através de uma transformação que possibilite superar as relações sociais capitalistas, caracterizadas pela opressão (BARATTA, 2011, p. 201 apud LEAL; BRUNA, 2017, p. 40).

Contudo, é utópico pensar – e essa é uma das críticas direcionadas a esta teoria – que da noite para o dia haverá a abolição do sistema penal, eis que para que isso ocorra – se é que isso vai ocorrer – é necessário um acultramento prévio que dê sustentação a referida transformação radical (MATHIESEN, 1997, p. 265-270).

E é a partir daí que se denota outra frente da Política Criminal Alternativa, que se embasa em todo o aporte teórico admitido pelo abolicionismo, mas se manifesta, em um primeiro momento, como um meio-termo entre o sistema penal vigente e o que o movimento crítico busca.

Trata-se de considerar seriamente, como política a curto e a médio prazo, uma drástica redução da aplicação da pena carcerária, assim como buscar ao mesmo tempo o máximo desenvolvimento das possibilidades já existentes de regime carcerário aberto e de realização dos direitos dos detentos à instrução, ao trabalho e à assistência, e ao mesmo tempo desenvolver mais estas possibilidades no plano legislativo e administrativo. (BARATTA, 1991, p. 254).

Essa outra corrente político-criminal alternativa surgida com o movimento crítico criminológico recente não tem a radicalidade como característica e pode ser prontamente operacionalizada, mediante um amplo movimento de descriminalização e despenalização (DOTTI, 2001, p. 37).

Anunciada sob a nomenclatura de “direito penal mínimo” ou de “minimalismo penal”, referida corrente, a curto e médio prazo, objetiva reduzir gradativamente o seu âmbito de incidência do sistema penal, admitindo como objetivo final a sua supressão total (BARATTA, 1991, p. 76).

O movimento de redução do âmbito de incidência do sistema penal, conforme já anunciado, passa, necessariamente, por duas grandes frentes, que são a ativação de um processo de despenalização e de descriminalização (MEROLLI, 2014, p. 176).

A descriminalização consiste no processo de retirar o caráter ilícito-penal das condutas e é ativada mediante atividade legislativa que se oriente nesse sentido e mediante o controle realizado pelos operadores jurídicos sobre o processo de criminalização.

A descriminalização é possível em dois sentidos: primeiramente, pode ocorrer uma eliminação definitiva de dispositivos penais que não sejam necessários para a manutenção da paz social. Comportamentos que somente infringem a moral, a religião ou a *political correctness*, ou que levem a não mais que

uma autocolocação em perigo, não devem ser punidos num estado social de direito [...].

Um segundo campo de descriminalização é aberto pelo princípio da subsidiariedade. Este princípio fundamenta-se na idéia de que o direito penal, em virtude das suas acima expostas desvantagens, somente pode ser a *ultima ratio* da política social. (ROXIN, 2012, p. 12-13).

Portanto, a tarefa da Política Criminal Alternativa, em um primeiro momento, é criar mecanismos jurídico-legais com o fim de conter a violência (re)produzida pelo sistema penal, especialmente mediante o fortalecimento da teoria do direito penal mínimo.

Segundo Baratta (1993, p. 56), a teoria do direito penal mínimo representa “um programa de contenção da violência punitiva através do direito baseado na mais rigorosa afirmação das garantias jurídicas próprias do Estado de Direito e dos direitos humanos de todos os cidadãos”.

Assim, o direito penal mínimo, atuando na contenção da violência operada pelo sistema penal, funda-se na utilização das garantias do próprio Estado de Direito como pressuposto para o funcionamento do sistema penal e não apenas como disposições legais abstratas legitimantes, cujas aplicações dependem da interpretação das agências penais.

Na aplicação da teoria do direito penal mínimo, a agência judicial possui um papel fundamental, eis que poderá garantir em cada caso que lhe é submetido os direitos dos criminalizados e decidir pela tipicidade – com fundamento na base principiológica minimalista - ou não da conduta.

O que se deve pretender – e fazer – é que a agência judicial empregue todos os seus esforços de forma a reduzir cada vez mais, até onde o seu poder permitir, o número e a intensidade destas violações, operando internamente a nível de contradição com o próprio sistema, a fim de obter, desse modo, uma constante elevação dos níveis reais de realização operativa desses princípios. (ZAFFARONI, 1991, p. 235).

Concomitantemente com a descriminalização, o movimento minimalista advoga a necessária ativação de um processo de despenalização, ou seja, de crescente aplicação de formas sancionatórias diversas da pena de prisão.

Despenalizar é outra coisa: significa suavizar a resposta penal, evitando-se ou mitigando-se o uso da pena de prisão, mas mantendo-se intacto o caráter ilícito do fato (o fato continua sendo uma infração penal ou infração de outra natureza). O caminho natural decorrente da despenalização consiste na adoção de penas alternativas para a infração. A lei dos juizados criminais (Lei

9.099/1995), por exemplo, não descriminalizou nenhuma conduta, apenas introduziu no Brasil quatro medidas despenalizadoras (processos que procuram evitar ou suavizar a pena de prisão). (GOMES, 2007).

Assim, a Política Criminal Alternativa, representada pelas correntes abolicionista e minimalista, tem o condão de apresentar ao sistema penal um tom crítico e objetiva a diminuição do seu âmbito de incidência e, até mesmo, a sua supressão, mediante a ativação de um movimento que extrapola os limites da área penal e assevera a ideia da necessária transformação da estrutura de poder e de dominação vigente na sociedade capitalista.

4.3 TEORIA AGNÓSTICA DA PENA: UM CAMINHO

Este trabalho já cuidou de descrever que o controle social em uma sociedade, ainda mais quando esta é caracterizada como conflitiva, pressupõe o disciplinamento de condutas. Uma vez previstas condutas que não podem ser praticadas, em caso de eventual frustração, o controle social necessita de mecanismos sancionatórios.

Uma das formas de manifestação do controle social é o sistema penal, que representa o controle punitivo institucionalizado e possui no cárcere a sua sanção por excelência, sendo a privação da liberdade do marginalizado a sua maior característica.

Neste ponto, o movimento criminológico crítico que influenciou o surgimento das políticas criminais alternativas, em seu aporte teórico, evidencia que o sistema penal, e especialmente a pena privativa de liberdade, é um verdadeiro fracasso, haja vista que não efetiva as suas funções declaradas.

Contudo, conforme já foi analisado neste trabalho, ao lado das funções declaradas da coerção penal, que se extraem de uma verificação de compatibilidade, semelhança ou oposição entre as normas penais e as teorias absolutas, relativas e mistas, há também as funções ocultas ou não declaradas da pena (BATISTA, 2007, p. 113).

Segundo a concepção agnóstica, a pena é “uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não opera nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes”. (ZAFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, 2011, p. 99).

Não à toa que Ferrajoli (2010, p. 355) afirma que “o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos”, ao passo que “os discursos de justificação (teorias da pena), invariavelmente, naturalizam as consequências perversas e negativas da pena como realidade concreta” (CARVALHO, 2013, p. 41).

E é justamente da verificação da falibilidade das funções justificadoras da sanção penal, ainda mais quando analisadas estas frente as suas funções ocultas, ambas já analisadas em tópico próprio, que surge a teoria agnóstica ou negativa da pena como uma hipótese negadora de qualquer justificação jurídica até então apresentada à pena, a qual, no escólio de Brodt (2010, p. 101) “(a) não assinala nenhuma função positiva à pena; (b) é obtido por exclusão (é a coação estatal que não entra no modelo reparador, nem no administrativo)”.

A teoria agnóstica ou negativa da pena não apresenta nenhum fundamento justificador da sanção penal e possui caráter eminentemente agnóstico quanto à sua função, pois confessa não conhecê-la. (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 98).

Assim, uma vez desconhecidas todas as funções da pena, mas somente aquelas que lhe são atribuídas pelo Direito Penal Positivo, as quais não se operacionalizam na realidade – e abrem espaço para as funções latentes -, necessário buscar de um novo conceito justificador da sanção constritiva de liberdade.

No escólio de Carvalho (2013, p. 156), “adotando-se uma teoria negativa, é possível delimitar o horizonte do direito penal sem que seu recorte provoque a legitimação dos elementos do estado de polícia próprios do poder punitivo que lhe toca limitar”.

A construção teórica deslegitimante é negativa por não conceber qualquer função manifesta positiva (de melhora) à pena e agnóstica por, no que se refere às suas funções latentes, confessar não conhecê-las. A construção direciona manifestação da operacionalidade real do poder punitivo (*potentia puniendi*) e não em sua construção consensual (*ius puniendi*). (SILVA, 2019, p. 19).

A admissão do desconhecimento da função da pena por parte da teoria agnóstica, longe de constituir desinteresse no saber, tem um objetivo central que é extremamente simples e prontamente acessível: destacar a importância de conhecer

as suas funções latentes, as quais ficam eclipsadas quando contrapostas as teorias justificadoras positivas (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 89).

O pensamento acima mencionado fundamenta-se no fato de que a adoção de qualquer discurso legitimador da pena implica na renúncia do saber de toda a violência reproduzida pelo sistema penal a título de cumprir com suas funções declaradas, eclipsando, portanto, os efeitos deletérios da sanção penal, o que acabaria por ocasionar uma reproposta do mesmo sistema/projeto fracassado.

Desde a falácia do monopólio punitivo por parte do estado (Weber), o discurso legitimador da *pena* implica renunciar a âmbitos maciços de violências exercidas por outras agências com funções manifestas bem diversas, que forma uma complexa rede de controle social punitivo. É este exercício *configurador-positivo da vigilância* que possibilita que se legitime e se extraia do discurso penal – pois não diriam respeito ao âmbito da *pena* – as ilegalidades cometidas pelas agências executivas que, por possuírem poder discricionário, acabam dele abusando. Uma concepção *negativa* da pena tem por vantagem poder reduzir estes componentes de exclusão “*que explicam não ser ‘juridicamente’ poder punitivo aquilo que, em realidade, é poder punitivo, bem como não ser pena aquilo que pena é*”; evidenciar o poder punitivo em todas as suas formas e dimensões e, a respeito deles, subjugá-los claramente a algum papel limitador. (AMARAL, p. 1597).

Sem conceder à pena qualquer função legitimante, a teoria agnóstica ou negativa reduz a pena a um ato político beligerante, ou seja, um ato de poder levado a efeito por quem os detém, sem se revestir de caráter jurídico algum (ZAFFARONI, 2011).

É que a pena, enquanto “uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2011, p. 99), nada mais é do que exercício de poder.

Entendida como realidade política, a pena não encontra sustentação no direito, pelo contrário, simboliza a própria negação do jurídico. Pena e guerra se sustentam, portanto, pela distribuição de violência e imposição incontrolada de dor. Não obstante seu caráter incontrolável, desmensurado, desproporcional e desregulado reivindica, no âmbito das sociedades, limite. Assim, o direito penal e processual penal resultam ainda necessários como alternativas à política, apresentando-se como tecnologia de minimização da violência e do arbítrio punitivo. (CARVALHO, 2015, p. 267).

Reconhecida a falência dos fundamentos justificadores da pena e reduzida esta a um ato eminentemente político, a proposta agnóstica se pauta na ideia de que a sociedade é conflitivista e desigual, e a partir da verificação da seletividade com que

opera o sistema penal, refuta qualquer teoria penológica fundada em modelos consensuais ou na defesa social.

Assim, a teoria agnóstica da pena, afastando-se de qualquer teoria justificante, apresenta uma proposta de redução de danos causados pelas agências penais, proposta essa que por vias transversas acabará por abrir caminho para recomposição de um direito penal liberal (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 77).

Assim, “o direito penal, acatada uma perspectiva agnóstica da pena, deve desempenhar em relação ao poder punitivo uma função corretiva redutora, que se leva a cabo por meio da interpretação das leis penais manifestas” (BRODT, 2010, p. 102).

Para o alcance da redução do âmbito de abrangência do sistema penal, especialmente da pena privativa de liberdade, Zaffaroni (1993, p. 393) afirma que “a doutrina penalística pode reconstruir seus discursos sobre esta base, e não há nenhuma necessidade de uma ‘teoria da pena’; pode retomar o pensamento liberal e jogar ‘as sementes do mal’ que o pensamento ingênuo ‘pai liberal’ continha”.

Dispensada a formulação de uma nova teoria da pena, necessária é a formulação de uma política de redução de danos, mediante a adoção de estratégias que efetivem a contração da dor decorrente da imposição de pena mediante a construção de mecanismos que efetivem a proteção do marginalizado. (CARVALHO, 2010, p. 150).

A função corretiva redutora proposta pela teoria agnóstica da pena, cujo objeto é a redução dos danos causados pelas agências penais, evidencia a sua incompatibilidade com a teoria abolicionista, a qual, como já falado, sustenta a supressão total do sistema penal.

Por todo o exposto, certo é que teoria agnóstica da pena, assim como a criminologia crítica e a política criminal alternativa, constitui-se em um movimento (referencial teórico) que permite abrir caminhos de possibilidades para reflexões sobre estratégias e mecanismos de contenção do âmbito de incidência do sistema penal e, portanto, da (re)produção de violência pelo mesmo.

Esses caminhos para reflexões, partindo de uma atitude deslegitimadora e que admite a justificação da pena como ato meramente político, abre horizontes para incorporação dos direitos humanos e garantias fundamentais como pressuposto para

efetivação do controle social punitivo, caminhando, portanto, no mesmo pensar da teoria minimalista defendida na Política Criminal Alternativa.

4.4 REVOLUÇÃO: UMA NECESSIDADE

É evidente que o poder político, exercido notadamente pelas classes hegemônicas, atua com o objetivo de (re)produção das relações e das estruturas de poder vigentes, o que, na seara penal, dá-se através do poder de decisão político de seleção dos bens jurídico-penais, da definição dos fatos puníveis e de seus respectivos sancionamentos e do controle das instituições que integram o sistema penal.

O sistema penal, conforme já anunciado no alvorecer deste trabalho, não operacionaliza os seus argumentos legitimadores na realidade, especialmente a contenção da criminalidade e a ressocialização do condenado. A pena privativa de liberdade, além de não efetivar suas funções declaradas, cumpre funções latentes nefastas, com efeitos sempre a serviço das classes dominantes e do capital.

A sobrevivência histórica do cárcere – pena por excelência do sistema penal – deve-se ao fato de referida instituição, assim como o sistema em que está inserida, prestar serviço ao capital, na medida em que preserva as relações e os interesses das classes hegemônicas, e administra uma parte dos conflitos existentes na sociedade e entre as classes subalternas.

As observações acima apresentadas, que foram melhores exploradas no correr deste trabalho, demonstram que o sistema penal, em que pese encontrar-se deslegitimado, continua manifestando o exercício do seu poder na sociedade, com a violência que lhe é intrínseca.

Reconhecida a falência dos argumentos justificadores do sistema penal, especialmente da pena de prisão, evidente é a necessidade da ativação de um movimento objetivando a sua contenção e, posteriormente, a sua substituição, sob pena de perpetuação da (re)produção de violência estrutural e institucional ora verificada.

Uma vez evidenciado que o sistema penal se constitui em um instrumento que auxilia na manutenção das relações das classes hegemônicas e, conseqüentemente, na dominação das classes marginalizadas, “o único caminho

possível para a libertação de tal estrutura opressora é através de uma nova visão sobre a questão criminal” (LEAL; BRUNA, 2017, p. 38)

A implementação dessa nova visão, por óbvio, perpassa pela compreensão pelo marginalizado de toda a conjuntura social do capital, a fim de que a questão criminal seja pensada pela ótica dos socialmente vulneráveis, eis que, na lição de Boff (1997, p. 7), a “cabeça pensa a partir de onde os pés pisam” e para compreender “é essencial conhecer o lugar social de quem olha”.

Esse pensar libertador, contudo, esbarra no fato de que a classe dominante, ocupante dos pontos altos do poder estatal, guiada pelos interesses intrínsecos à lógica do capital, acaba por frear – para não dizer impedir – o crescimento do movimento que confronta o sistema de justiça criminal, eis que este não lhe é interessante.

É que essa nova visão sobre a questão criminal denuncia os mitos da igualdade e da liberdade, colocando por terra o argumento de que o sistema penal se presta à manutenção do bem comum e à proteção dos bens-jurídicos (CIRINO DOS SANTOS, 1984).

O óbice acima mencionado acaba por impedir que a criminologia crítica e as mudanças que essa impôs a política criminal, com o surgimento da política criminal alternativa, gere, de fato, transformações na realidade jurídico-penal e social.

Referido problema não passou ao largo do olhar cíclico de Cirino dos Santos (1979), para quem a mudança das legislações não é capaz de alterar panorama algum, eis que é necessária uma mudança nas peças e nas regras do próprio jogo.

Prova disso é o fato de que o conhecimento criminológico crítico, embora presente no âmbito acadêmico, raramente tem lugar na atividade legislativa, no exercício do poder jurisdicional e na atuação dos órgãos que compõem o sistema penal, lugares esses tipicamente ocupados pela classe burguesa.

Não fosse só isso, é de se mencionar que o âmbito jurídico-acadêmico, atualmente, longe de constituir-se em um dique frente as ideias dominantes – e aos pensamentos criminológicos, político criminais e penais dominantes -, as (re)produz.

E assim deve ocorrer, preponderantemente, pelo fato de as faculdades de direito atualmente se encaixarem na categoria de “aparelhos privados de hegemonia” (GRAMSCI). Com efeito, de acordo com essa concepção, as universidades, na condição de arquetípicos aparatos de hegemonia, teriam por incumbência organizar o consenso e incentivar a submissão às regras da

ordem estabelecida, contribuindo, em última instância, para a incessante reprodução das relações capitalistas de exploração. (MEROLLI, 2014, p. 6-7).

E é a partir deste ponto que se verifica a necessidade do conhecimento apresentado neste trabalho, que atualmente constitui-se como um movimento crítico, ultrapassar esta fronteira e subsidiar uma verdadeira revolução – aqui entendida como processo libertador - que reformule/supere a sistemática jurídico-penal, sob a ótica do pensamento e dos valores das classes subalternas/marginalizadas.

Esta é, inclusive, uma das bases do pensamento de Arendt. A “revolução” só faz sentido entendida como processo libertador. Neste sentido, consideramos que uma insurreição violenta que mantém privilégios e cerceia direitos – com o Golpe Militar brasileiro, que muitos chamam de Revolução de 1964 – não poderia nunca ser chamada de “revolução”. Acreditamos que a revolução deve ser compreendida como a permanente construção da liberdade. É tarefa do homem moderno, após tomar consciência de sua exploração através das grandes Revoluções do século XVIII, revolucionar-se cotidianamente: revolucionando-se, se liberta. (SILVA; OLIVEIRA, 2017, p. 40).

A revolução aqui proposta tem como objetivo final a supressão do sistema penal como um todo, ante a atestada falência de seus argumentos justificadores, e objetivo meio a contenção gradativa do âmbito de incidência de referida sistemática, tudo isso calcado no pensamento criminológico crítico e com a adoção do ponto de vista das classes marginalizadas.

Neste ponto, Leal e Bruna (2017, p. 38) concordam que “deve-se, portanto, não buscar o aprimoramento desse direito penal vigente com algumas reformas mais ou menos profundas, mas antes, a sua superação, através da adoção do ponto de vista das classes subalternas”, colocando “um ponto final no jugo produzido pelo funcionamento do sistema penal em consonância com a estrutura do modo de produção capitalista”.

Constatada a necessidade de uma revolução que reformule/supere a atual gestão criminal promovida pelo capitalismo, resta identificar as possíveis estratégias para que esse processo libertador se efetive na realidade e, por consequência, promova os resultados esperados – por resultados esperados, entenda-se: a resolução dos conflitos sem a (re)produção da violência operada pelo sistema penal -

A revolução aqui fomentada pode ser ativada por inúmeros meios, desde a introdução deste ideário na academia até a formulação de um dique pelos operadores jurídicos em face do sistema penal. Neste ponto, inclusive, é de se mencionar que referido processo, embora tímido, já é passível de verificação, eis que presente no âmbito acadêmico e no seio da advocacia criminal militante.

Em que pese presente a possibilidade de operacionalização da revolução proposta por diversas formas, certo é que o seu objetivo primeiro é uno: a redução do âmbito de incidência do sistema penal.

O primeiro objetivo traçado propositalmente não contempla o postulado fundamental da corrente abolicionista, eis que coloca a análise quanto à necessidade de supressão do sistema penal para o momento em que a sua contenção, de fato, ocorrer.

Por último, embora não seja o objeto deste trabalho a análise das estratégias que deverão reger essa revolução, mas, sim, de demonstrar a sua real necessidade, é sabido que qualquer revolução prescinde do apoio massivo da população e dá-se através da adoção de postura de enfrentamento pela classe oprimida.

Tendo em vista os dados apresentados neste trabalho e de conhecimento público, dúvidas não pairam sobre a grande superioridade numérica existente entre a classe marginalizada frente à hegemônica, fato este que evidencia, uma vez mais, a possibilidade e a necessidade da ruptura ora proposta.

Neste ponto, haverá aqueles que apostarão, novamente, na constância do movimento e nas transformações gradativas do sistema penal rumo à sua contração. Contudo, o crescente número do encarceramento já denunciado neste trabalho, que ocorreu ainda mais no período do fortalecimento e da consolidação do movimento crítico, assevera a necessidade da adoção de uma postura radical.

5 CONCLUSÃO

O sistema penal, quando analisado de forma isolada dos dados reais, constitui-se em um braço do controle social e tem a sua existência/manutenção justificada na pseudo defesa da ordem social. Através dessa apresentação, o sistema penal apresenta-se como algo igualitário, justo, comprometido com a dignidade humana e, acima de tudo, como já falado, defensor da ordem social.

A pena privativa de liberdade – sanção por excelência do sistema penal -, por sua vez, encontra justificativa ideológica e jurídica no seu caráter preventivo/intimidativo, que previne a prática do desvio, e no seu efeito ressocializador, que (re)educa o criminalizado a viver em sociedade.

Em que pese os argumentos justificadores do sistema penal e da pena privativa de liberdade, certo é que essa dissertação cuidou de apresentar uma análise empírica dos seus efeitos, a qual contradiz as suas funções declaradas, denunciando, portanto, a falibilidade do referido sistema.

A falibilidade do sistema penal acima apontada deve-se ao fato de que o sistema penal, embora apresentado como igualitário, justo e comprometido com a dignidade humana, é, na verdade, repressivo, estigmatizante e seletivo (BATISTA, 2007, P. 25-26).

O fracasso do cárcere, que é consentâneo ao seu nascimento, resta evidenciado em razão de que este não efetiva diminuição nos índices de criminalidade (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 108), tampouco possui condições para alcançar sucesso em uma ação pedagógica ressocializadora (THOMPSON, 1991, p. 5).

Além de não operacionalizar as suas funções declaradas, o cárcere presta serviço ao crime propriamente dito, haja vista que submete a sua clientela – os criminalizados – ao acultramento, em maior ou menor grau, do modo de pensar, hábitos, costumes, entre outros, do novo sistema social em que foram inseridos (THOMPSON, 1991, p. 23).

A afirmativas mencionadas de forma concisas neste tópico e tratadas com maior profundidade no corpo desta dissertação, trazem a lume a questão atinente à razão que faz com que o sistema penal e a pena privativa de liberdade venham se perpetuando no correr da história mesmo quando verificado o fracasso – já há muito evidenciado - de ambos.

A análise do sistema penal e da sua sanção por excelência a partir de suas funções declaradas, ou seja, a partir daqueles que supostamente dão legitimidade ideológica e jurídica a sua operacionalização, não se apresenta suficiente para compreensão das suas existências e manutenção.

É que o poder exercido pelo sistema penal opera, na realidade, funções ocultas ou não declaradas, as quais podem ser divididas em três níveis, o nível psicossocial, com funções de cobertura ideológica, o nível econômico-social, com funções de controle do mercado de trabalho e de proteção à propriedade privada, e o nível político, com função de manutenção das relações das classes hegemônicas e dominação das classes subalternas (HUERTAS, 1982, p. 737, apud BATISTA, 2007, p. 114).

Essas funções ocultas ou não declaradas fazem o poder exercido pelo sistema penal, especialmente o de imposição da pena privativa de liberdade, se inserir no conjunto de instituição que se consolidam historicamente em função da manutenção das relações da classe hegemônica e dos interesses desta (GIORGI, 2017, p. 36).

O termo historicamente mencionado no parágrafo último não é em vão, haja vista que o sistema penal e o cárcere já há muito devem ser estudados através de um fundamento materialista, mediante a análise das relações econômicas próprias do sistema capitalista, eis que na sociedade pré-capitalista não exista o cárcere propriamente dito – autônomo e ordinário (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 21).

Tanto é verdade que o próprio surgimento da pena privativa de liberdade está relacionado às transformações que ocorreram na Europa nos séculos XVI e XVII, com o objetivo de reduzir a carência de mão de obra e o aumento dos salários (GIORGI, 2017, p. 41).

Ainda, é de se mencionar que o sistema penal, além de ter como função latente a manutenção das relações da classe dominante, é controlado por esta, eis que a mesma exerce o poder político e define os rumos do Estado, sendo responsável pela construção/alteração da legislação que dá respaldo à operacionalização das instituições, inclusive as penais (policial, judiciária e penitenciária).

Nesse contexto de imposição de um “modo de viver” pela classe hegemônica, há uma evidente tendência à criminalização de todas as condutas que atentem contra a propriedade privadas e os seus interesses, e, acima de tudo, contra

o capital, fato este que vulnera as classes marginalizadas e gera uma criminalização pré-direcionada àqueles que são vulneráveis socialmente.

A seletividade acima denunciada, longe de constituir mera ilação teórica, é facilmente verificada na realidade, conforme dados extraídos, a título de exemplo, do Levantamento de Informações Penitenciárias – INFOPEN, do Departamento Penitenciário Nacional (2020, p. 2), e já apresentados no corpo deste trabalho.

As funções latentes mencionadas, cujo objeto é a proteção dos interesses do capital, operam na realidade, uma verdadeira violência, que é subdividida em quatro tipos, a interindividual e a interpessoal, a institucional e a estrutural (DEL OLMO, 1979).

Assim, a falência das funções declaradas e a operacionalização das funções latentes evidenciam que o poder exercido pelo sistema penal, longe de objetivar a defesa social, manifesta-se através da (re)produção de violência com o fim de proteger os interesses do capital.

Ciente das premissas levantadas, a Criminologia Crítica, já na segunda metade do século XX, identifica e denuncia a necessidade da análise do processo de criminalização através da análise do modo de vida capitalista e da posição de classe ocupada pelo criminalizado, ou seja, propõe uma fundamentação materialista para o estudo do sistema penal e da pena propriamente dita (BARATTA, 1983, p. 145-166).

O movimento criminológico inaugurado pela Criminologia Crítica oferece aporte teórico para um contraponto a essa violência operada pelo sistema penal, apresentando uma teoria crítica e sociológica do sistema penal (ANDRADE, 1995, p. 31), cujos pressupostos ultrapassam os limites da Criminologia propriamente dita, encapando à Ciência Penal como um todo e, ao final, à luta social que confronta o saber fundado no capital (DEL OLMO, 1987, p. 87).

Na lição de Baratta (1991, p. 209), a Criminologia Crítica possui duas missões, que são a construção de uma teoria do desvio com fundamento materialista e a elaboração de uma Política Criminal Alternativa fundada na teoria mencionada.

A Política Criminal Alternativa, abastecida pelo aporte teórico que lhe foi fornecido pela Criminologia Crítica, objetiva reduzir a seletividade e a violência do sistema penal mediante um processo de descriminalização e de despenalização (BARATTA, 2011, p. 202-203).

Referida Política Criminal pode ser expressada por duas propostas, uma denominada abolicionista, que defende a completa supressão do sistema penal

(LEAL; BRUNA, 2017, p. 37), e outra denominada minimalista, cujo objeto, a curto e médio prazo, é a redução do âmbito de incidência do sistema penal (BARATTA, 1991, p. 76), mediante a ativação de um processo de despenalização e descriminalização (MEROLLI, 2014, p. 176).

Não bastasse o aporte teórico fornecido pela Criminologia Crítica e os caminhos propostos pela Política Criminal Alternativa, a teoria agnóstica da pena, ao negar qualquer fundamento justificador à pena (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 89), assevera a necessidade de reflexões sobre a criação de estratégias e mecanismos com o fim de conter a operacionalidade do sistema penal e, acima de tudo, a sua (re)produção de violência.

Em que pese a importância indubitosa dos movimentos acima mencionados e o fato de que o sistema penal se encontra deslegitimado, certo é que este continua exercendo o seu poder na sociedade e, pior, (re)produzindo violência estrutural e institucional.

A afirmativa sobredita, por certo, evidencia a necessidade de ativação de um movimento apto a dar uma resposta a toda violência operacionalizada pelo sistema penal, objetivando, em um primeiro momento, a sua contenção, e, posteriormente, a sua substituição, mediante uma nova visão sobre a questão criminal (LEAL; BRUNA, 2017, p. 38).

Essa nova visão, de cunho libertador, deve ser pensada a partir da ótica dos socialmente vulneráveis, denunciando os mitos da igualdade, da liberdade, da justiça e da defesa social, objetivando gerar, de fato, transformações na realidade jurídico-penal e social.

As mudanças ora propostas, que já há muito constituem objetos da Criminologia Crítica e da Política Criminal Alternativa, por óbvio, encontram óbices no sistema do capital – que controla os rumos políticos do Estado -, eis que não lhe é interessante.

Portanto, é em razão disso que as proposições críticas concatenadas neste trabalho, mais do que encamparem um movimento crítico, devem subsidiar uma verdadeira revolução – enquanto processo libertador –, encampada e sob a ótica das classes marginalizadas, com o fim de reformular e, posteriormente, superar o sistema penal e a atual gestão criminal promovida pelo capitalismo.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Miriam. **Juventude, violência e vulnerabilidade na América Latina**: desafios para políticas públicas. Brasília: UNESCO, BID, 2002.

AMARAL, Augusto Jobim do. **Ensaio sobre uma teoria agnóstica da pena**: fronteiras entre o político e o direito penal. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/augusto_jobim_do_amaral.pdf. Acesso em: 9 de mar. 2021.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Sequência**, Florianópolis, v. 16, n. 30, p. 24-36, jun. 1995. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819/14313>. Acesso em: 19 ago. 2021.

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

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática e sistema penal**: em busca da segurança jurídica prometida. 1994. 523 f. Tese (Doutorado) - Curso de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994.

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

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 10. ed. São Paulo: Boitempo, 2009.

AS. A.A.; TANGERINO, D.P.C.; SHECAIRA, S.S. **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

BARATTA, Alessandro. Che cosa é la criminologia critica? Entrevista a Victor Sancha Mata. **Dei delitti e dele pene**. Torino, n. 1, p. 51-81, 1991. Separata.

BARATTA, Alessandro. Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, n. 2, p. 44-61, abr./maio/jun. 1993.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Trad. De Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia y Sistema Penal**. Compilación in memoriam. Buenos Aires: Euros, 2004.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARATTA, Alessandro. Principios de derecho penal mínimo. Para uma teoria de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal. **Doctrina Penal**, Buenos Aires, n. 40, p. 623-650, 1987.

BARATTA, Alessandro. Sobre a criminologia crítica e sua função na política criminal. [Relatório apresentado no IX Congresso Internacional de Criminologia, Viena, setembro de 1983]. Documentação e Direito Comparado. Lisboa, **Boletim do Ministério da Justiça**, n. 13, p. 145-166, 1983. Separata.

BATISTA, Nilo. Algumas palavras sobre descriminalização. **Revista de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 13/14, jan./jun. 1974.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BITERN COURT, Cezar Robert. O objetivo ressocializador na visão da criminologia crítica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 662, dez. 1990.

BOFF, Frei Leonardo. **A águia e a galinha**. Petrópolis: Vozes, 1997.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. O direito penal sobre a perspectiva funcional redutora de Eugenio Raul Zaffaroni. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p. 97-136, jul/dez. 2010.

CANTERJI, Rafael Braude. **Política Criminal e Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CARVALHO, José Raimundo; LAVOR, Sylvia Cristina. Repeat Property Criminal Victimization and Income Inequality in Brazil. **Revista EconomiA**, Brasília, v. 9, n. 4, p. 87-110, dez. 2008.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro** (Fundamentos e Aplicação Judicial). São Paulo: Saraiva, 2013.

CHRISTIE, Nils. Civilidade e Estado. In: Passetti, Édson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Org.). **Conversações abolicionistas**: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCrim, 1997.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Culpabilidade: desintegração dialética de um conceito metafísico. **Revista de Direito Penal**, n. 15-16, p. 51-64, 1974.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia da Repressão**: uma crítica ao positivismo em Criminologia. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **As raízes do Crime**: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Reentradas e reinterações infracionais**: um olhar sobre o sistema socioeducativo e prisional brasileiro. Brasília, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/120>. Acesso em: 19 ago 2021.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**: parte general. 9. ed. Barcelona: Bosch, 1948.

DEL OLMO, Rosa. Por qué la necesidad de una criminología crítica. **Capítulo Criminológico**: Revista de las Disciplinas del Control Social, Maracaibo, n. 1, p. 53-85, 1973.

DEL OLMO, Rosa. **Ruptura Criminológica**. Caracas: Universidade Central de Venezuela, 1979.

DEL OLMO, Rosa. Criminología y derecho penal: aspectos gnoseológicos de una relación necesario em la América Latina actual. **Doctrina Penal**: Reotira y práctica em las ciências penales, Buenos Aires, v. 10, n. 37/40, p. 23-23, 1987.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: Atualização – Junho de 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2016.pdf/view>. Acesso em 19 ago 2021.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: Atualização – Junho de 2017. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em 19 ago 2021.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: Atualização – Julho a Dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>. Acesso em 19 ago 2021.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 37.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3ª Ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Saraiva, 2010.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. **Os estudos de Ferrajoli sobre Filosofia do Direito e o garantismo penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-16/paulo-fontes-ferrajoli-filosofia-direito-garantismo-penal#author>. Acesso em 8 mar. 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. **Anuário brasileiro de segurança pública 2020**. Edição 2020. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em 19 ago 2021.

FOUCAULT, Michel. **Verdades e formas jurídicas**. Conferência apresentada na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, maio de 1973.

GARLAND, David. As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba: Editora da UFPR, nº 13, p. 59-80, nov. 1999.

GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

GOMEZ, Luiz Flávio. **Nova lei de drogas**: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoa. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/33969/nova-lei-de-drogas--descriminalizacao-da-posse-de-drogas-para-consumo-pessoal>. Acesso em: 25 de maio de 2021.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**: do que se oculta(va) ao que se declara. 2006. 381 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. **Penas Perdidas**: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Trad. de Mária Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1997.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRÁFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**. 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101651_notas_tecnicas.pdf. Acesso em 19 ago 2021.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2001. p. 103.

KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema pena. In PASSET, Edson. **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

LEAL, Jackson da Silva. **Criminologia da libertação**: a construção da criminologia crítica latino-americana como teoria crítica do controle social e a contribuição desde o Brasil - pesquisa nas revistas capítulo criminológico (1973-1990) e doutrina penal (1977-1990). 2016. 412 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

LUCENA, Mariana B. Nóbrega de. A criminologia Marxista de Rusche e Kirchheimer. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 4, n 3, set./dez. 2017.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. V.II, 2. ed. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1955.

MARX, K.; ENGELS, F. **A ideologia alemã**. São Paulo: Grijalbo, 1977.

MARX, Karl. Prefácio da contribuição à crítica da economia política. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **História**. 3. ed. Organizado por Florestan Fernandes. São Paulo: Ática, 1984.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. Tradução Reginaldo Sant'Anna. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. Livro 1, v. 1 e 2.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política, livro 1: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2012.

MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível? In: PASSETTI, Édson; SILVA, Roberto Baptista da (Org.). **Conversações abolicionistas**: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCrim, 1997.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006.

MELOSSI, Daniel; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA-ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general. 3 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

NASPOLINI, Samyra Haydee. **O minimalismo penal como política criminal de contenção da violência punitiva**. 1995. 130 f. Tese (Doutorado) - Curso de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1995.

NERY, Marcelo Batista; SOUZA, Altay Alves Lino de; PERES, Maria Fernanda Tourinho; CARDIA, Nancy; ADORNO, Sérgio. Homicídios Dolosos na Cidade de São Paulo: Fatores associados à queda entre 2000 e 2010. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, v. 8, p. 32-47, set. 2014.

NORONHA, M. Magalhães. **Direito Penal**, volume 1, 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Tradução, apresentação e notas por Paulo Bessa. São Paulo: Renovar, 1989.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. p. 19-40.

QUINNEY, Richard. **Class, State and Crime**. Nova Iorque: Longman, 1977.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito**. 2. ed. Trad. de Diego Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2ª ed. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTOS, Bartira Macedo Miranda. **A moderna ciência penal: especialização dos saberes e sua função ideológica**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6fbb2c2ee065c77a>. Acesso em: 25 de maio de 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Defesa social e desenvolvimento. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, n. 26, jul-dez., 1979.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006. p. 462.

SANTOS, Marcelo Justus dos. Dinâmica Temporal da Criminalidade: Mais Evidências sobre o Efeito Inércia nas Taxas de Crimes Letais nos Estados Brasileiros. **Revista EconomiA**, Brasília, v. 10, p. 169-194, abr. 2009.

SILVA, Adrian Barbosa e. Teoria agnóstica da pena: fundamentos criminológicos para uma teleologia redutora desde a margem. **Revista Jurídica do Cesupa**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 1-31, jun/dez. 2019. Disponível em: <http://periodicos.cesupa.br/index.php/RJCESUPA/article/view/24/10>. Acesso em: 19 ago. 2021.

SILVA, Luiz Cambraia Karat Gouvêa da; OLIVEIRA, Daniela Emilena Santiago Dias de. **O significado moderno de “revolução”**: uma reflexão a partir de Koselleck e Arendt. Disponível em: <http://www.cih.uem.br/anais/2017/trabalhos/3630.pdf>. Acesso em: 25 maio 2021.

STRECK, Lênio Luiz. Reféns da lei: que justiça é essa? [Entrevista concedida a] Patricia Fachin. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, n. 269, 18 ago. 2008.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. De acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

TOURINHO, Luciano; SOTERO, Ana Paula; LIMA, Mariana; NONATO, João. Sistema Penal & Violência. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito**. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais. Pontifca Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, v. 8, n. 2, 2016, p. 152-167.

TRINDADE, Hiago. Crise do Capital, exército industrial de reserva e precariado no Brasil Contemporâneo. São Paulo: **Revista Serv. Soc. Soc.**, n. 129, 2017.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onde punitiva]. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 25-36, jul./dez. 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Rinascita del Diritto Penale Liberale o la 'Croce Rossa' Giudiziaria. In: Gianformaggio, Letizia (Org.). **Le Ragioni del Garantismo**: Discutendo com Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Trad. de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Culpabilidade por Vulnerabilidade. **Revista Discursos Sediciosos** n. 14. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 31-48.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal – Vol I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – 1**: Teoria geral do direito penal. 4. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.