

O CONTROLE PENAL DOS EXCEDENTES: OS FINS NÃO DECLARADOS DO DIREITO PENAL E DA PENA NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Airto Chaves Junior¹

Maria da Graça dos Santos Dias²

SUMÁRIO: Introdução: coexistência e sociabilidade; 1. Direito penal e pena: reguladores da coexistência social; 2. Controle social difuso e institucionalizado; 2.1 A mídia e a ética da punitividade; 2.2 O sistema penal; 2.3 Labeling approach: as carreiras criminosas; 2.4 Sistema penal e o controle do não-igual; 3. Cárcere e marginalidade social: um lugar destinado para os alvos do sistema: 3. 1 Justificativas seletivas do poder punitivo; 3. 2 A prisão como elemento do sistema de socialização; Considerações finais; Referências das fontes citadas.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo empreender uma abordagem crítico-reflexiva acerca construção social do crime e da pena no estado contemporâneo. Aborda-se a construção social do crime e da pena a partir das experiências da vida social, ou seja, da coexistência humana. As normas de conduta surgem com a promessa de regular essa convivência que é marcadamente conflitiva. Por fim, a pena aparece como promessa de restabelecer a ordem jurídica afetada pela conduta humana que violar as regras de convivência pré-estabelecidas. registram-se os fins não declarados do Direito Penal e da pena no Estado Contemporâneo. Aborda-se aqui a seletividade do sistema penal, percebendo-se que a pena exerce função meramente simbólica de manifestação do poder, pois somente são a ela submetidos os alvos do sistema, notadamente aqueles pertencentes aos mais baixos extratos sociais. A finalidade dessa operacionalização seletiva, embora não declarada, manifesta-se tão somente

¹ Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação Strito Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí na linha de pesquisa: Produção e Aplicação do Direito - Sociedade; Área de Concentração: Fundamentos do Direito Positivo; Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; Advogado Criminalista. e-mail: oduno@hotmail.com

² Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1970), graduação em Serviço Social pela Universidade Federal de Santa Catarina (1969), Mestrado em Serviço Social pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1987) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000). Docente permanente dos Cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, Sócio efetivo do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Tem experiência na área de Filosofia do Direito, Sócio-antropologia, Política Jurídica e Direito da Criança e do Adolescente.

para a manutenção desse poder, por meio do qual é possível concluir acerca da enorme dificuldade de se teorizar uma função socialmente útil para o sistema penal. O aporte teórico é fundamentado a partir da Criminologia Crítica, baseado no paradigma da reação social e em contraposição ao paradigma etiológico, amplamente difundido e aceito até a década de 1960. O paradigma da reação social nega princípios essenciais que davam sustentação à criminologia tradicional, dentre eles, o *princípio do fim e da prevenção*. Para a criminologia crítica, o *princípio da prevenção*, ao invés de exercer um efeito reeducativo sobre o delinquente, determina a consolidação de uma verdadeira e própria carreira criminal (*labeling approach*), consolidando-se a pena, em um poderoso reprodutor da criminalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Controle Penal; Direito Penal; Pena.

RESUMEN

Este trabajo pretende realizar una crítica y reflexiva sobre la construcción social de la delincuencia y el castigo en el estado contemporáneo. Las direcciones de la construcción social del delito y el castigo de las experiencias de la vida social, es decir, de la convivencia humana. Las normas de conducta surgen con la promesa que regulan esta interacción es marcadamente polémico. Por último, la frase aparece como una promesa de restaurar la ley afectados por la conducta humana que viola las reglas de la armonía preestablecida. inscribir los propósitos declarados de la ley penal y el castigo en el Estado contemporáneo. Aquí las direcciones de la selectividad del sistema de justicia penal, tomando nota de que la pena tiene manifestación puramente simbólico del poder, porque sólo ellos se someten a lo convierte en el sistema objetivo, especialmente los que pertenecen a estratos sociales más bajos. El propósito de esta operación selectiva, aunque no declarada, se manifiesta exclusivamente al mantenimiento de ese poder, a través del cual se puede concluir acerca de la enorme dificultad de la teorización de una función socialmente útil para el sistema de justicia penal. La teoría se basa de la Criminología Crítica, basada en el paradigma de la reacción social y en contraste con el paradigma etiológico, ampliamente utilizada y aceptada hasta la década de 1960. El paradigma de la reacción social niega los principios básicos que apoyaban la criminología tradicional, entre ellos el principio del orden y la prevención. Para la criminología crítica, el principio de precaución, en vez de tener un efecto sobre la re-educados en mora, determina la consolidación de una carrera adecuada penal (enfoque etiquetado), la consolidación de la pena, un jugador de gran alcance en el crimen.

PALABRAS CLAVE: Control Penal; Derecho Penal; Peña.

INTRODUÇÃO: COEXISTÊNCIA E SOCIABILIDADE

“O homem é um ser social”. Esta afirmação é atribuída originalmente a Aristóteles e mais tarde, revisitada por diversos autores, dentre eles, Thomas

Hobbes, o qual considerava, *contrario sensu*, que “todo homem é inimigo de todo homem”³. Este registro, inclusive, retrataria o homem que nega a sua sociabilidade, pois o que Hobbes faz

num texto armado como o *Leviathan*, é constituir alvos. O homem natural é quem se apodera pela força de qualquer bem, não apenas do que excede o necessário à sobrevivência – mas de tudo: matando, em vez de dominar, o outro. Por isso, não corresponde a nenhum grupo social, mas à figura, por Hobbes construída, do homem que nega a sociabilidade.⁴

Hobbes sustentava que enquanto iguais por natureza, os homens são capazes de causar um ao outro o maior dos males, a morte. Se se aduz depois uma segunda condição objetiva, a escassez de bens, pelo que pode ocorrer que mais de um homem deseje possuir a mesma coisa, a igualdade faz surgir em cada um a esperança de realizar seu próprio objetivo. Disto nasce um estado permanente de desconfiança recíproca, que leva cada um a se preparar mais para a guerra – e, quando necessário, a fazê-la – do que a busca da paz.⁵

Em todo caso, parte-se da verossimilhança da afirmação de que o ser humano não pode viver isolado em si mesmo. Assume-se como ponto de partida inquestionável que, para realizar os seus objetivos e satisfazer as suas pretensões, o homem precisa do auxílio dos demais, necessitando, em última análise, da experiência da vida social, ou seja, da “co-existência”.⁶

Por mais paradoxal que possa parecer, essa “co-existência” pode favorecer a integração à comunidade até mesmo por meio da solidão. Maffesoli⁷ exemplifica

³ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 109.

⁴ RIBEIRO, Renato Janine. **Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra seu tempo**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1999, p. 84.

⁵ BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes: A teoria política de Hobbes**. Tradução de C. Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 34.

⁶ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010, p. 11-12.

⁷ MAFFESOLI, Michel. **Sobre o nomadismo: vagabundagens pós-modernas**. Tradução de Marcos de Castro. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 71.

com a experiência do monge, que só compreende como referência seu vínculo ao corpo místico da Igreja. Neste caso, não se trata de uma solidão que leva ao "eu" empírico e individualista, mas ao ser original do qual todo mundo faz parte. Assim, até mesmo o errante pode ser solitário, mas não é isolado, e isso porque participa, realmente, imaginária ou virtualmente, de uma comunidade vasta e informal que, não tendo obrigatoriamente duração longa, nem por isso é menos sólida.

Neste contexto, a relação humana autêntica desvela-se por seu caráter envolvente e significante. A característica fundamental do existir humano radica no ser-com-o-outro. Tanto a forma mais inautêntica, massificada de viver o coletivo, quanto o modo mais autêntico de viver a vida comunitária revelam esse fundamento da existência humana.⁸

A coexistência, aqui tratada, nem mesmo abrange a predisposição humana. Como observou Kant há mais de dois séculos, o nosso planeta é uma esfera, e como permanecemos na superfície dessa esfera e nela nos movemos, não temos outro lugar para ir e, portanto, estamos destinados a viver para sempre na vizinhança e companhia de outros. Em longo prazo, manter a distância, que dirá ampliá-la, está fora de questão: *nosso movimento em torno da superfície esférica acabará reduzindo a distância que pretendíamos alargar.*⁹

Esse é o destino que a natureza reservou aos seres humanos: *colocar todos na superfície de um planeta esférico.* A unidade da humanidade é o derradeiro horizonte de nossa história universal.¹⁰ Por esta razão, a natureza culmina por obrigar o homem à visão de hospitalidade (recíproca) como preceito supremo e necessário. Dessa forma, o homem sempre aparece em sociedade interagindo

⁸ DIAS, Maria da Graça dos Santos. Refletindo sobre a criança e o adolescente: um desafio ao Direito neste trânsito para a Pós-Modernidade, p. 51-52. In DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Morra da. **Política Jurídica e Pós-Modernidade.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

⁹ BAUMAN, Zigmunt. **Amor líquido:** sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 149.

¹⁰ BAUMAN, Zigmunt. **Amor líquido:** sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 149-150.

de maneira muito estreita com outros homens.¹¹ Reúnem-se dentro da sociedade em grupos permanentes, alternativa ou eventualmente coincidentes ou antagônicos em seus interesses e expectativas.¹²

Sabe-se, no entanto, que esta convivência não é pacífica e sim, caracterizada pelos mais diversos conflitos. Os conflitos entre grupos se resolvem de forma que, embora sempre dinâmica, logra certa estabilidade que vai configurando a estrutura de poder de uma sociedade. Revela-se, então, o paradigma do homem civilizado e preocupado com o tratamento a seus semelhantes. Neste imaginário, o homem polido da cultura é contraposto ao outro: o bárbaro. A negação do convívio amistoso, a ruptura com as regras e os limites impostos pela civilização caracterizam os atos daquele que, por atavismo ético ou estético, não ultrapassou a infância da humanidade e, em conseqüência, não atingiu a natureza domada pela disciplina da cultura.¹³

O bárbaro é representado como esteticamente feio e moralmente corrompido. É estereotipado como perverso e desprovido de freios inibitórios cujo *habitat* é estabelecido nas margens da cultura preconizada pelo homem de imagem civilizada e virtuosa. Esta representação simbólica e profundamente presente na história da civilização se materializa através de específicas bipolaridades: o *maniqueísmo* em que o mundo (social) pode ser dividido entre o *bem* e o *mal*, especialmente quando a questão a ser tratada é aquela concernente aos desvios

¹¹ Zaffaroni e Pierangeli explicam a verdadeira essência do fenômeno social, que se perde quando considero ao outro como uma coisa, e não reconheço a ele o tratamento de um fim em si mesmo. A compreensão do social implica a do individual, e da existência implica a da co-existência: "Não há existência sem co-existência [...]. Sob um enfoque adequado, em um "Tu" não há um "Eu" (sem co-existência, não há existência), porque reconheço meu "Eu" quando me distingo do que as coisas são "pra ti", ou "para mim", ou "para nós". Quando me perco e não me reconheço como "Tu", e sim como uma outra coisa, já não há um "nós", porque estou sozinho. Quando fico sozinho tampouco me reconheço, porque todas as coisas que me cercam (e "Tu" entre as coisas) são "para mim", mas me ocorrer que todas as coisas são para outras coisas, entre as quais também me confundirei e de quem não me distinguirei (alienação ou idolatria). Enquanto não voltar a reconhecer que "Tu" não é para as coisas, que tens uma estrutura como a minha e, sem embargo, não és "Eu" mas "Tu", não emergirei "Eu" dentre as coisas". (*In Manual de direito penal brasileiro*, vol. 1: parte geral. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 323).

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, vol. 1: parte geral. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 56.

¹³ CARVALHO, Salo de. **Anti-manual de criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008, p. 183.

comportamentais mais explícitos. Neste caso, segundo registra Andrade¹⁴, o senso comum enaltece a existência de *homens de bem* e *homens maus*, sendo os primeiros os artífices dos sadios valores e da boa vida que os segundos, em alarmante expansão, estariam impedindo de viver.

Neste espaço, as normas de conduta surgem com a promessa de regular essa convivência marcadamente conflitiva. O direito vem ao mundo para cumprir funções concretas *dentro de e para uma* sociedade que concretamente se organizou de *determinada maneira*.¹⁵ O respeito a essas normas torna-se condição indispensável para atingir-se a “co-existência” entre os atores do corpo social. Tanto isso deve ser considerado, que Muñoz Conde¹⁶, ao tratar especificamente do âmbito criminal, estabelece a incomensurável importância desse regramento:

[...] sem a sanção do *comportamento social desviado* (delito), a convivência humana em uma sociedade tão complexa e altamente *tecnificada* como a sociedade moderna seria impossível. A pena (ou, quando for o caso, a medida de segurança) é uma condição indispensável para o funcionamento dos *sistemas sociais* de convivência.

Ao investigar-se este universo de normas, pode-se, inclusive, vislumbrar importantes aspectos da organização social de determinado povo. Foi dessa forma que fez Durkheim¹⁷, ao classificar as sociedades segundo o tipo de solidariedade, a saber, mecânica ou orgânica¹⁸, elencou entre os elementos que propiciaram à classificação a forma predominante de Direito existente.

¹⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo X Cidadania Mínima: códigos de violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 20.

¹⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 19.

¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Barcelona: Boch, 1975, p. 121.

¹⁷ DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. Os Pensadores – 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

¹⁸ Nesse momento do estudo é que devemos citar a distinção realizada por Durkheim entre a *Solidariedade Mecânica* e a *Solidariedade Orgânica*. A *solidariedade mecânica* é típica das sociedades arcaicas pré-capitalistas. É uma solidariedade por semelhança, pois os indivíduos se diferem pouco um dos outros, identificando-se por meio de suas famílias, religião, tradições e costumes (*In* SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004, p. 216). Aos indivíduos pertencentes a essas sociedades falta a personalidade ou mesmo a individualidade, sendo que a “consciência coletiva” é um forte instrumento de coação e, conseqüentemente, “coesão” social. A consciência individual, considerada sob esse aspecto, é uma simples dependência do tipo coletivo, que segue todos os seus movimentos. Nas sociedades em que esta solidariedade

Junior, Aírto Chaves; Dias, Maria da Graça dos Santos. O controle penal dos excedentes: os fins não declarados do direito penal e da pena no estado contemporâneo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.3, 3º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

A vida social do ser humano é governada por regras e normas.¹⁹ Assim, certamente não há incorreção em lembrar aqui as palavras de Nilo Batista²⁰, que “das sociedades pré-letradas até as pós-industriais, os homens movem-se dentro de sistemas de regras”. Não há, portanto, sociedade que não estabeleça a norma²¹ com o objetivo de organizar-se. Essas normas possuem origem e tratamento bastante diversificados, funcionando de forma simultânea e com características e sanções próprias: a) normas religiosas²² (não cobiçar a mulher do próximo, por exemplo); b) normas de caráter exclusivamente morais (não provocar discussão com familiares no almoço de domingo); c) normas sociais (vestir-se de forma adequada em razão do ambiente que se apresenta); d) normas jurídicas²³ (respeitar o limite de velocidade no trânsito, não matar, etc)

24.

(mecânica) é muito desenvolvida, o indivíduo não se pertence, pois ele é literalmente uma coisa da qual a sociedade dispõe (*In* DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. Os Pensadores – 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 69). Já a *solidariedade orgânica* é típica das sociedades capitalistas, onde em virtude da grande divisão social do trabalho, há maior independência entre os indivíduos. Também, nessas sociedades, obrigatoriamente pós-iluministas, há uma predominância do caráter absolutamente individualista, com o desenvolvimento dos direitos humanos e limitação da ingerência do Estado na órbita privada, resultados obtidos pelas revoluções burguesas. Nesse último tipo de sociedade o que mantém a coesão social é a própria divisão social do trabalho, caracterizada por uma grande especialização profissional. Tal se dá, pois quanto mais independentes as instituições e especializadas, mais dependentes se tornam uma das outras, pois se necessitam mutuamente para garantir a unidade da sociedade. Para o desenvolvimento dessa solidariedade se faz necessário um desenvolvimento individual cada vez maior. Durkheim comenta: “A segunda (solidariedade orgânica) é apenas possível se cada um tem uma esfera de ação que lhe é própria, por conseguinte, uma personalidade. É preciso, pois, que a consciência coletiva deixe descoberta uma parte da consciência individual, para que aí se estabeleçam estas funções especiais que ela não pode regulamentar; quanto mais extensa esta região, tanto mais forte é a coesão resultante dessa solidariedade” (*In* DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. Os Pensadores – 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 70).

¹⁹ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Tradução de Sandra Regina Netz. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 172-175.

²⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 17.

²¹ Norma é definida por Osvaldo Ferreira de Melo como *toda regra que serve de pauta a uma conduta ou para agir* (*In* MELO, Osvaldo Ferreira. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000, p. 68).

²² Como conjunto de normas de origem religiosa, o direito canônico corresponde à vontade de deus revelada nas Escrituras Sagradas e, desse modo, apresenta-se, para além dos costumes laicos que imperam no continente durante a Idade Média, como único conjunto de normas verdadeiramente válido para a universalidade dos homens. *In* PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. **A Lei: Uma abordagem a partir da leitura cruzada entre Direito e Psicanálise**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 114.

²³ As características essenciais da norma jurídica são a *coercibilidade* (Qualidade que tem a norma jurídica de autorizar ou negar o exercício de uma pretensão, sob ameaça de coerção) e a *exigibilidade* (Faculdade que a lei assegura aos cidadãos, dando-lhes meios jurídicos de agir na defesa de direitos ameaçados ou feridos, contra quem os lesou. A exigibilidade é uma característica exclusiva da norma jurídica, por ser garantida pelo poder coercitivo do Estado (*In* MELO, Osvaldo Ferreira. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000, p. 21/30).

²⁴ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010, p. 13.

Dentre todas essas espécies normativas, a última (norma jurídica) possui algumas particularidades que a torna especial frente às demais: a) a norma jurídica é uma prescrição como sentido de ato de vontade do órgão competente; b) é bilateral – atributiva, pois se refere à integração de pelo menos dois sujeitos vinculados numa relação jurídica da qual decorrem direitos e deveres; c) para garantir que a conduta prescrita seja efetivamente devida, a norma jurídica estatui uma sanção (pena ou execução civil) a ser aplicada coercitivamente contra o sujeito de direito cuja conduta violar a prescrição; d) atribui àquele que for prejudicado pela violação da norma o direito de reclamar do Estado o exercício da força (coerção) para que ele seja garantido o direito pretendido (exigibilidade).²⁵

A exigibilidade, portanto, é a razão da existência da própria norma jurídica, garantida, conforme Bobbio²⁶, por uma sanção externa e institucionalizada. Nela está subentendida e dela é a principal característica distintiva das demais espécies normativas.

1. DIREITO PENAL E PENA: REGULADORES DA COEXISTÊNCIA SOCIAL

Partindo da premissa de que a coexistência é indeclinável no mundo contemporâneo, o Estado utiliza-se do Direito para facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade. Apesar de existirem inúmeras outras formas de controle, a pena é o instrumento pela qual se busca proteger os indivíduos de eventuais lesões a determinados bens jurídicos, assim considerados, em determinada formação social.

O instrumento através do qual se manifesta a pena chama-se *Direito Penal*, que segundo Welzel²⁷, é *aquela parte do ordenamento jurídico que determina as*

²⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor / CMCJ-UNIVALI, 1998, p. 36-37.

²⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UNB, 1999, p. 27.

²⁷ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. Traducción de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yañez Pérez. 11. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 11.

Junior, Airto Chaves; Dias, Maria da Graça dos Santos. O controle penal dos excedentes: os fins não declarados do direito penal e da pena no estado contemporâneo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.3, 3º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

características da ação criminosa e lhe impõe penas ou medidas de segurança.

Formalmente falando, assim, podemos conceber o Direito Penal como a parcela do ordenamento jurídico que fixa os fatos puníveis (crimes), e estabelece as suas consequências jurídicas (penas ou medidas de segurança). Von Liszt²⁸, por sua vez, registra que *o direito penal é o conjunto das prescrições emanadas do Estado que ligam ao crime como fato a pena como consequência*. Neste contexto, observa-se que no conceito formal de Direito Penal apresentam-se contidas três categorias fundamentais: *norma, crime e pena*, em torno das quais gravita a *Dogmática Jurídico-Penal*^{29, 30}

Zaffaroni e Pierangeli³¹ destacam que com a expressão *Direito Penal* se designam, conjunta ou separadamente, duas entidades diferentes: a) o conjunto de leis penais, isto é, a legislação penal; e b) o sistema de interpretação desta legislação, isto é, o saber do direito penal. Os autores explicam:

Tendo em conta esta duplicidade, e sem pretensões de dar uma definição – e sim uma simples noção –, podemos dizer provisoriamente que o direito penal (legislação penal) é o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama “delito”, e aspira a que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor. No segundo sentido, direito penal (saber do direito penal) é o sistema de compreensão (ou de interpretação) da legislação penal.³²

O Direito Penal, portanto, regula as relações dos indivíduos em sociedade e as relações destes com a mesma sociedade. Os valores que o Direito Penal tutela

²⁸ VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão**. Vol. 1. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal/Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 1.

²⁹ Trata-se, pois, do saber discursivo do Direito Penal, igualmente conhecido por Direito Penal-ciência.

³⁰ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2010, p. 24.

³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, vol. 1: parte geral. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 78.

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, vol. 1: parte geral. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 78-79.

Junior, Airto Chaves; Dias, Maria da Graça dos Santos. O controle penal dos excedentes: os fins não declarados do direito penal e da pena no estado contemporâneo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.3, 3º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

não interessam ao indivíduo, exclusivamente, mas à coletividade como um todo. Dessa forma, a grande característica do moderno Direito Penal é a sua *finalidade preventiva*: antes de punir o infrator da ordem jurídico penal, procura motivá-lo para que dela não se afaste, estabelecendo normas proibitivas e cominando as sanções respectivas, visando evitar a prática do crime.³³

Vários autores, em contrapartida, já afirmaram que o objetivo de combate ao crime não é próprio do Direito Penal.³⁴ Conforme registrava Fragoso³⁵,

O crime é um fenômeno sócio-político, que se deve basicamente a um conjunto de fatores ligados à estrutura econômico-social, em relação aos quais o Direito Penal tem muito pouca influência. Não se resolve o problema da criminalidade com o Direito Penal. É inútil tentar evitar certas ações, tornando-as delituosas.

A *efetividade* do Direito Penal é sua capacidade para desempenhar a função que lhe incumbe o atual estágio da nossa cultura. Esta função é a de garantia externa de auto-realização humana, isto é, a garantia de disponibilidade daquilo que se considera que pode ser necessário para realizar-se em co-existência (para escolher ser o que se quer ser). Logo, é *efetivo* o Direito Penal capaz de servir de garantia externa da existência e coexistência humana.³⁶

Um Direito Penal que não tenha esta capacidade será *não efetivo*, e gerará tensões sociais e conflitos que acabarão destruindo sua eficácia. Não obstante, continuará sendo Direito Penal e estará vigente enquanto for sustentado.

Em nossa cultura, explicam Zaffaroni e Pierangeli³⁷, o Direito Penal existe para o homem e não o homem para o Direito Penal; o Direito Penal é algo que serve ao

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3.

³⁴ Neste sentido: MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 14.

³⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 6.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, vol. 1: parte geral. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 315.

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, vol. 1: parte geral. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 314-315.

homem para alguma coisa (é significativo) e, se não descobirmos para que serve (sua significação), retiraremos do Direito Penal a sua característica de fato humano.

A diferença estará na *efetividade* da norma penal: o Direito Penal fundamentado na natureza humana será efetivo e libertador, ao passo que o Direito Penal divorciado de qualquer base antropológica não será *efetivo, mas meramente repressivo*.

Na medida em que o Direito Penal perde efetividade, deve fazer um uso maior da força para conservar sua vigência. Se nada interrompe o processo de "repressão", este termina por aniquilar o Direito Penal que, em certo momento, deixa de ser *Direito* para ficar reduzido a um mero uso da força.³⁸

Esta força a que Zaffaroni e Pierangeli se referem está sensivelmente atrelada à cominação e aplicação da pena como instrumentos de controle social. O poder punitivo estatal, centralizado, dita as regras legais, e a discussão que se firma na retribuição penal são seus fins, ocultos ou não.

O contrato social eleva o Estado à posição de expressão soberana do povo, com seus poderes e funções, e a pena passa a ser compreendida como a retribuição à conturbação da ordem jurídica imposta pelos homens e consagrada pelas leis. A sanção penal é necessária para restabelecer a ordem jurídica afetada pela conduta humana³⁹, violadora de interesses do corpo social. Mas, indaga Nilo Batista⁴⁰: *o que significarão "interesses do corpo social" numa sociedade dividida em classes, na qual os interesses de uma classe são estrutural e logicamente antagônicos aos da outra? Ver-se-á que esses "interesses" são socialmente construídos assim como também o são, as sanções penais, sempre se levando em conta o modelo sócio-econômico em que se desenvolve esse sistema*

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, vol. 1: parte geral. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 324.

³⁹ SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 44.

⁴⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 21.

sancionador. As ciências jurídicas, fundadas na idéia ilustrada do contrato, atuam com a pretensão de

Conforme Salo de Carvalho⁴¹, essa pretensão em regular, através das normas, o convívio social, estabelecendo pautas de ações civilizadas e o rol dos atos inapropriados é ancorada na ideia do contrato. Por meio da regulamentação jurídica, a sociedade fixa os preceitos básicos de convivência em comunidade e os ideais de conduta, instituindo respostas de reprovação ao seu desrespeito. Essa perspectiva de *direito regulador* apresenta o *direito penal* como mecanismo de intervenção mais radical, estabelecendo as mais graves sanções aos mais gravosos atos.

O autor esclarece que a justificativa das normas como instrumentos de regulação social funda-se na hipótese de que o homem, no estado de natureza, gozaria de liberdade, não havendo qualquer restrição aos seus desejos. No entanto, a impossibilidade de convívio se estabelece em face da tensão entre desejos ilimitados e bens limitados. A forma de anular o estado de guerra, de corrupção do estado de natureza, dá-se pela instituição do poder civil. A certeza do gozo dos bens, face à possibilidade de expropriação pela força, conduz à elaboração do acordo. Os homens, em troca de segurança, optam por limitar sua liberdade, alienando certo domínio ao repositório comum denominado Estado. Como regulador instituído, cabe ao poder instituído executar esta quantidade alienada em caso de violação das leis de convivência. E o direito penal será vislumbrado como mecanismo idôneo para resguardar os valores e interesses expressos no contrato.

Esta concepção de direito refere-se ao projeto político da Modernidade, no qual se insere o discurso das ciências criminais com o objetivo da busca da felicidade através da negação da barbárie e da afirmação da civilização.

⁴¹ CARVALHO, Salo de. **Anti-manual de criminologia**. 2. ed. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 1-2. No mesmo sentido: ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2. ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 32-33.

Neste contexto, a expectativa da comunidade científica frente ao Direito Penal não é outra, portanto, que a de desenvolver instrumentos capazes de erradicação do resto bárbaro que insistentemente emerge da civilização, motivo pelo qual este obstáculo deve ser extirpado.⁴²

Busca-se com isso, uma sociedade organizada de forma diferente de tudo o que se conhece até o momento, ou seja, uma estrutura de não marginalizados. Isto denota, em grande parte, uma aspiração utópica própria do século XIX e muito especialmente do romantismo penal. Conforme registram Zaffaroni e Pierangeli⁴³, essa construção tem o grave inconveniente de sacrificar as relativas liberdades e direitos presentes em busca de uma liberdade absoluta colocada no futuro, o que de alguma maneira imita o desgastado argumento do bem absoluto na “outra vida” como prêmio do sofrimento e miséria presentes.

A compreensão de que o direito penal funciona na resolução das grandes questões da civilização, tutelando a humanidade é por demais utópica, pois é manifesto o seu limite para enfrentamento das crises sociais vivenciadas pela sociedade.

No mesmo sentido, o projeto jurídico-penal do terceiro milênio, em processo contínuo de auto-encantamento, impõe verdade de tal ordem que adquire contornos de equívoco, visto a excessiva crença na capacidade de o instrumento dogmático atingir a proteção dos interesses coletivos e transindividuais. Daí porque Salo de Carvalho⁴⁴ trata o direito penal contemporâneo de *absolutamente narcisista*, pois é um incisivo investimento pulsional em si mesmo.

⁴² CARVALHO, Salo de. **Anti-manual de criminologia**. 2. ed. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 3.

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, vol. 1: parte geral. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 74-75.

⁴⁴ CARVALHO, Salo de. **Anti-manual de criminologia**. 2. ed. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 96-97.

A proposta da segunda parte deste estudo constitui exatamente a exposição crítica à este pseudo remédio que é o direito penal, demonstrando a sua disfunção e incapacidade de cumprir suas promessas oficiais (declaradas), notadamente em relação à finalidade ressocializadora da pena e fins do próprio direito penal (proteção dos bens jurídicos). Para tanto, necessário se faz desviar o foco da *lei penal* para o *sistema penal*⁴⁵, ou seja, para o

controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação.⁴⁶

Isto porque o sistema penal constitui-se de representações e relações sociais, de políticas públicas, de discursos de poder e até mesmo, de sua própria configuração lingüística. Essa noção envolve a atividade do legislador, da sociedade, da polícia, dos juízes, dos promotores de justiça e dos funcionários da execução penal, atuando, conforme anota Andrade, num *cuntinuum no qual é possível individualizar segmentos que vão desde o legislador até os órgãos encarregados do controle e assistência dos liberados e os sujeitos sob o regime de liberdade condicional*⁴⁷.

2. O CONTROLE SOCIAL DIFUSO E INSTITUCIONALIZADO

Inicialmente, faz-se necessário lembrar que o direito penal vem ao mundo (ou seja, ele é legislado) para cumprir funções concretas *dentro de e para uma*

⁴⁵ BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org). **Verso e Reverso do Controle Penal – (Dês) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva**. Homenagem a Alessandro Baratta. Florianópolis: Fundação Boiteux. Vol. 1, 2002, p. 147.

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, vol. 1: parte geral. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 63.

⁴⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 210.

sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira⁴⁸, ou seja, trata-se da fiel expressão de uma determinada concepção de Estado.

É certo que toda Sociedade apresenta uma estrutura de poder, com grupos que dominam e grupos que são dominados, com setores mais próximos ou mais afastados dos centros de decisão. De acordo com essa estrutura, controla-se socialmente o comportamento dos membros do corpo social.

O âmbito desse controle é amplíssimo, podendo apresentar-se na forma difusa (mídia, meios de comunicação de massa, família, preconceitos, etc.) ou institucionalizada (escola, polícia, tribunais, etc.). Conforme registra Andrade⁴⁹, nós interagimos em ambas as dimensões de controle aqui apresentados, seja como operadores formais do controle ou equivalentes, seja como *senso comum* ou *opinião pública*, que desde o cenário⁵⁰ de nossas vidas, sobretudo frente à televisão, julga-se, seleciona-se e aprisiona-se.

3.1 A mídia e a ética da punitividade

Realmente, dos instrumentos difusos de controle social, a mídia televisiva ocupa lugar de destaque. Ao referir-se às transgressões das normas, noticiadas por esse meio, Luhmann enfatiza que os meios de comunicação podem produzir, mais do que de outra forma, um sentimento geral de que todos foram atingidos e estão indignados:

Quando [...] se noticiam as transgressões (e transgressões apropriadamente selecionadas, como casos isolados), isso reforça, por um lado, a indignação e, assim, de forma indireta, a própria norma, e, por outro, também aquilo que se chama de "ignorância pluralista", quer dizer, o desconhecimento da normalidade do desvio. E isso não ocorre nas formas ostensivas de sermões ou das tentativas de doutrinação, que hoje despertam antes tendências contrárias à socialização, mas nas formas inofensivas

⁴⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 19.

⁴⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo X Cidadania Mínima: códigos de violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 23.

⁵⁰ Quanto ao *cenário*, a autora destaca que é neste local que a construção assume a dimensão de espetáculo massivo justamente para radicalizar o medo da criminalidade e a indignação contra o *outro*.

Junior, Aírto Chaves; Dias, Maria da Graça dos Santos. O controle penal dos excedentes: os fins não declarados do direito penal e da pena no estado contemporâneo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.3, 3º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

do puro noticiário que dá a todos a oportunidade de chegar à conclusão: "Isso não!"⁵¹

A televisão, ainda, tem importante função de manutenção e reprodução da moral. Transgressões às normas são particularmente selecionadas para o noticiário se nelas puderem ser misturados julgamentos morais, quer dizer, se elas puderem dar motivo para que pessoas sejam valorizadas ou desrespeitadas.

Segundo Luhmann

A idéia moral e de sua renovação contínua ocorre com o apoio de casos espetaculares – na apresentação dos patifes, vítimas e heróis que realizaram aquilo que estava além do exigível. O receptor não irá se enquadrar tipicamente em nenhum desses grupos. Ele permanece... observador. [...] A moral precisa das coisas que são claramente escandalosas para se renovar ao longo da história, ela precisa dos meios de comunicação e, em especial, da televisão.⁵²

Os novos papéis da mídia também são alvo de análise de Nilo Batista. Segundo o penalista, é fácil observar que ela chamou para si o estratégico discurso do controle social penal:

Os esgares do âncora de um telejornal com boa audiência são mais importantes para a política criminal brasileira do que a produção somada de nossos melhores criminólogos e penalistas. A universidade perdeu essa função, e um personagem novo surgiu para conceder autoridade ao editorial que clama por direito penal: o especialista, seja um aventureiro, seja mesmo um acadêmico, capaz de rapidamente [...] dizer exatamente o que querem que ele diga.⁵³

⁵¹ LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005, p. 60-61.

⁵² LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005, p. 63/134.

⁵³ BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org). **Verso e Reverso do Controle Penal – (Dês) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva**. Homenagem a Alessandro Baratta. Florianópolis: Fundação Boiteux. Vol. 1, 2002, p. 155: "O mais grave, entretanto, está no que pode ser chamado de *executivização* dessas agências de comunicação social do sistema penal. As microcâmeras desses jornais policiais estão executando diretamente funções de agências policiais. [...] Já existem, nos Estados Unidos, canais à cabo cuja programação é 100% penal, e alguns de seus números – como a conciliação ao vivo, começam a chegar por aqui."

Neste contexto, a mídia encarrega-se de encenar, entre o misto do drama e do espetáculo, uma sociedade comandada pelo banditismo da criminalidade, e de construir um imaginário social amedrontado. À mídia incumbe acender os holofotes, seletivamente, sobre a expansão da criminalidade e firmar o jargão da necessidade de segurança pública como o senso mais comum do nosso tempo.⁵⁴ Como o elo mais compulsivo que unindo *Nós* contra o *Outro* (*Outsiders*) agiganta por sua vez a dimensão do inimigo *criminalidade*. De acordo com Andrade⁵⁵,

Este inimigo, tornando cenicamente maior que todos os demais, concorre para invisibilizar o enredo do poder que subjaz à força simbólica do maniqueísmo, punitivamente reapropriado, e concorre para invisibilizar, em definitivo, que quem se expande não é, propriamente, a criminalidade (prática de fatos definidos como crimes) mas a criminalização (definições de crime e etiquetamento seletivo de criminosos pelo sistema penal) que a co-constitui e produz.

Dessa forma, esses meios de comunicação de massa têm a função de gerar a ilusão de eficácia do sistema, fazendo com que apenas a ameaça de morte violenta por ladrões ou de violações por quadrilhas integradas por jovens expulsos da produção industrial pela recessão sejam percebidos como perigo.⁵⁶

⁵⁴ Reduzir toda a riqueza e complexidade dos conflitos sociais à bisonha lógica binária infracional pode ser muito importante, não por certo pelo que revele, mas pelo que esconda sobre eles. A cada dia, fica mais evidente de que o poder punitivo, que domina completamente o noticiário, constitui hoje a referência cultural hegemônica no discurso jornalístico. Observem com atenção, as caras e bocas desses oráculos dos tempos pós-modernos: a notícia criminal não é servida à seco, para que o destinatário possa digeri-la segundo suas convicções. Uma convicção geral, "global" se quiserem, é servida junto. Aqui um sorriso, ali um esgar indignado, mais adiante um ricto piegas, tudo conflui na imposição de uma ética da punitividade. Há uma astúcia dramática que eleger, quando é preciso respaldo técnico, o "especialista" que está de acordo, aquele sempre disponível *fast thinker*, como dizia Pierre Bourdieu. Alguém já viu na TV algum especialista afirmar que tal ou qual *habeas corpus* foi bem concedido pelo tribunal, que havia efetivamente uma coação ilegal? Em suma, a mídia está longe de ser o imparcial cronista dessa escala do estado de polícia: é um dos protagonistas mais importantes, seja na difusão da mentalidade policialesca que a sustenta, seja na seleção dos casos que podem alimentá-la. A mídia pauta as agências do sistema penal, na razão direta em que seus operadores sucumbam às tentações da boa imagem. Em alguns casos, o processo que verdadeiramente importa é o processo que tramita virtualmente, nas manchetes, nas imagens, na carranca dos âncoras que monopolizam a narrativa dos fatos (*In* BATISTA, Nilo. A criminalização da advocacia. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez/PUCRS/ITEC, nº 20, out./dez. 2005, p. 88).

⁵⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo X Cidadania Mínima: códigos de violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 24.

⁵⁶ Mais concretamente, são os meios de massa que desencadeiam as campanhas de "lei e ordem" quando o poder das agências encontra-se ameaçado. Estas campanhas realizam-se através da *inversão da realidade* (distorção pelo aumento de espaço publicitário dedicado a fatos de sangue); *profecias que se auto-realizam* (instigação pública para a prática de delitos mediante metamensagens de "slogans tais como "a impunidade é absoluta",

As vítimas são inocentes, pessoas simpáticas; o criminoso é um bruto alheio a qualquer sentimento. Os detalhes do ilícito, embora chocantes quando externados pelo meio televisivo, são muito fáceis de repetir. E a ocorrência possui um significado social, evidenciando uma crise social subjacente.

3.2 O Sistema Penal

Em qualquer sistema penal se pode distinguir segmentos. Os segmentos básicos dos sistemas penais atuais são *o policial, o judicial, e o executivo*. Trata-se, portanto, de três grupos humanos que convergem na atividade institucionalizada do sistema.

A polícia judiciária investiga um crime sujeitando-se (ou pelo menos, devendo sujeitar-se) às regras que o Código de Processo Penal consagra ao inquérito policial e às provas. O inquérito concluído é encaminhado a uma “vara criminal”, ou que outra designação lhe tenha assinado a lei de organização judiciária local. Tratando-se de um crime perseguível por ação pública, o Promotor de Justiça oferecerá denúncia, e um procedimento previsto no Código de Processo Penal se seguirá. Condenado o réu à pena privativa de liberdade que deva ser cumprida sob regime fechado, será ele recolhido a uma “penitenciária”, espécie do gênero, “estabelecimento penal”, submetido ao que dispõe a Lei de Execução Penal.⁵⁷

Zaffaroni e Pierangeli⁵⁸ bem lembram que a atuação desses grupos humanos não se dá, estritamente, por etapas, embora predomine determinado grupo em cada uma das fases de operacionalização cronológica do sistema. Assim, o judicial pode controlar a execução, o executivo ter a seu cargo a custódia do

“os menores podem fazer qualquer coisa”, “os presos entram por uma porta e saem pela outra”, etc.; *produção de indignação moral* (instigação à violência coletiva, à autodefesa, glorificação de “justiçeiros”, etc.). In ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 129.

⁵⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, vol. 1: parte geral. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 65.

preso durante o processo, o policial ocupar-se das transferências de presos condenados ou de informar acerca da conduta do liberado condicional.

Resumidamente, pode-se dizer que esse controle social punitivo institucionalizado carrega como objetivo, precipuamente, a proteção dos bens jurídicos no combate à criminalidade (função declarada).

Para atingir suas finalidades, o sistema penal é apresentado como *igualitário*, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas. Ocorre que, conforme registra Batista⁵⁹, seu funcionamento é notadamente *seletivo*, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de certos grupos sociais, a pretexto de seus comportamentos. O sistema penal é também apresentado como *justo*⁶⁰, na medida em que buscaria prevenir o delito, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade, quando de fato seu desempenho é *repressivo*, seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais. Por fim, o sistema penal se apresenta comprometido com a proteção da dignidade humana, quando na verdade é *estigmatizante*, promovendo uma degradação na figura humana e social de sua clientela.

Seletividade, repressividade e estigmatização, são, assim, as grandes características do sistema penal, pelo que, necessário o estudo das contradições entre as linhas programáticas legais e o real funcionamento das instituições que as executam.

⁵⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25-26.

⁶⁰ O sistema penal, constituído pelos aparelhos judicial, policial e prisional, e operacionalizados nos limites das matrizes legais, *aparece* como sistema garantidor de uma ordem social *justa*, protegendo bens jurídicos *gerais*, e, assim, promovendo *o bem comum*. Essa concepção é legitimada pela *teoria jurídica do crime* (extraída da lei penal vigente), que funciona como metodologia garantidora de uma correta justiça, e pela *teoria jurídica da pena*, estruturada na dupla finalidade de *retribuição* (equivalente) e de *prevenção* (geral e especial) do crime (In CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: a Nova Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 26).

3.3 Labeling Approach: as carreiras criminosas

O horizonte de pesquisa dentro do qual o *labeling approach* se situa é, em grande medida, dominado por duas correntes da sociologia americana, estreitamente ligadas entre si.

De acordo com Alessandro Baratta⁶¹, em primeiro lugar, tal enfoque remonta àquela direção da psicologia social e da sociolingüística inspirada em George H. Mead, e comumente indicada como "interacionismo simbólico". Em segundo lugar, a "etnometodologia", inspirada pela sociologia fenomenológica de Alfred Schütz, concorre para modelar o paradigma epistemológico característico das teorias do *labeling*. De acordo com o interacionismo simbólico, a sociedade – ou seja, a realidade social – é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem. Ainda, segundo a etnometodologia, a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas o produto de uma "construção social", obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos de grupos diversos. E, por conseqüência, segundo o interacionismo e a etnometodologia, estudar a *realidade social* (por exemplo, o crime) significa, essencialmente, estudar estes processos, desde simples comportamentos, chegando até as construções mais complexas, como a própria concepção de ordem social.

O *labeling approach* é designado na literatura e sinonimicamente, por enfoque (perspectiva ou teoria) do interacionismo simbólico, etiquetamento, rotulação ou ainda, por paradigma da "reação social", do "controle" ou da "definição". Surge nos Estados Unidos da América em finais da década de 50 e início da década de 60 do século passado.

⁶¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 87.

Junior, Airto Chaves; Dias, Maria da Graça dos Santos. O controle penal dos excedentes: os fins não declarados do direito penal e da pena no estado contemporâneo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.3, 3º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Conforme Andrade⁶², o marco de genealogia do novo paradigma é a obra *Outsiders* (publicada em 1963), de autoria de H. Becker. É a primeira leitura através da qual esta nova perspectiva aparece consolidada e sistematizada e onde se encontra definitivamente formulada sua tese central.

A partir das conclusões realizadas por Alessandro Baratta, Andrade⁶³ organiza sinteticamente os postulados do *labeling*, desenvolvendo sua investigação em perspectiva de negação de princípios até então considerados essenciais⁶⁴ para construção e desenvolvimento do estudo do crime.

O **princípio da igualdade** é refutado pelo *labeling approach*, em cujo âmbito se demonstra que o desvio e a criminalidade não são entidades ontológicas preconstituídas, identificáveis pela ação das distintas instâncias do sistema penal, mas sim uma qualidade atribuída a determinados sujeitos por meio de mecanismos oficiais e não-oficiais de definição e seleção. Em consequência, não é possível estudar a criminalidade independentemente desses processos. Desde o ponto de vista das definições legais, a criminalidade se manifesta como o

⁶² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo X Cidadania Mínima: códigos de violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 39.

⁶³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 200-202.

⁶⁴ Faz-se aqui referência aos princípios sustentados pelo paradigma etiológico, segundo o qual, o crime é ontológico, ou seja, existe por si só, sendo praticado por pessoas com tendências naturais a delinquir, uma vez que este é oriundo de fatores de ordem causal, tais como fatores hereditários, psicológicos, ambientais e sociais (NEPOMOCENO PINTO, Alessandro. O Sistema Penal: suas verdades e mentiras. *In* ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org). **Verso e Reverso do Controle Penal – (Dês) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva**. Homenagem a Alessandro Baratta. Florianópolis: Fundação Boiteux. Vol. 1, 2002, p. 192). Com o surgimento do paradigma da reação social, processado desde a década de 60 do século XX, deu-se origem a outra tradição criminológica crítica (Criminologia da reação social, Nova Criminologia, Criminologia radical ou Criminologia crítica). Segundo esta nova concepção, a Criminologia não mais se define como uma ciência que investiga as causas da criminalidade, mas as condições da criminalização, ou seja, como o sistema penal, mecanismo de controle social formal (Legislativo - Lei penal - Polícia - Ministério Público - Judiciário - Prisão - ciências criminais - sistema de segurança pública, etc.) constrói a criminalidade e os criminosos em interação com o controle social informal (família-escola, universidade, mídia, religião, moral, mercado de trabalho, hospitais, manicômios) funcionalmente relacionados às estruturas sociais. Para essa Nova Criminologia, a criminalidade não "é" (não existe em si e per si), ela "é" socialmente construída. Neste movimento, a Criminologia converte o sistema penal como um todo e, conseqüentemente, a Lei Penal e as Ciências Criminais, (dimensões integrantes dele), em seu objeto, e problematiza a função de controle e dominação por ele exercida. No centro desta problematização estão os resultados sobre: 1º. A secular seletividade estigmatizante (a criminalização da pobreza e da criminalidade de rua x imunização da riqueza e da criminalidade de gabinete); 2º. A violência institucional do sistema penal, sobretudo da prisão; 3º. A inversão de suas promessas; 4º. A incapacidade de dar respostas satisfatórias às vítimas e suas famílias; e 5º. A própria Criminologia etiológica e o Direito Penal dogmático são denunciados em sua função instrumentalizadora e legitimadora da seletividade, nascendo daí uma nova problemática para a Política Criminal: quais são as alternativas à prisão e ao sistema penal? (*In* ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**. RECJ. 05.05/08. Disponível em <www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp> Acesso em 12 mar. 2009).

comportamento da maioria, antes que de uma minoria desviada da população⁶⁵. Segundo a definição sociológica, a criminalidade, como em geral o desvio, é um *status* social que caracteriza o indivíduo somente quando lhe é adjudicada com êxito uma etiqueta de desviante ou criminoso pelas instâncias que detêm o poder de definição.

As possibilidades de resultar etiquetado, como as graves consequências que isto implica, encontram-se desigualmente distribuídas. Isto implica que o princípio da igualdade, ou seja, a base mesma da ideologia do Direito Penal seja colocada em séria dúvida, eis que a minoria criminal a que se refere a definição sociológica aparece, na perspectiva do *labeling*, como resultado de um processo altamente seletivo e desigual dentro da população total; enquanto o comportamento efetivo dos indivíduos não é, por si mesmo, condição suficiente deste processo.

O ***princípio do interesse social e do delito natural*** também é bastante questionado. A crítica desenvolvida sobre as bases teóricas do *labeling* tratam de localizar as verdadeiras variáveis do processo de definição nas relações de poder e nos grupos sociais, tomando em conta a estratificação social e os conflitos de interesse. Estas teorias puderam determinar em ditas relações a base não só de desigual distribuição do *status* de criminoso, mas também a de desigual distribuição entre os grupos sociais de poder de definição, do qual aquele *status* e as mesmas definições legais da criminalidade dependem. Puseram em evidência, assim, que na origem do processo de criminalização primária (gênese da lei penal) e secundária (aplicação da lei penal) não residem interesses fundamentais para uma determinada sociedade ou diretamente para toda sociedade civilizada, mas interesses dos quais são portadores os grupos que detêm o poder. Afirmam, portanto, que o caráter político (relativo à violação de determinadas ordens econômico-políticos contingentes) não é prerrogativa de um pequeno número de delitos "artificiais", mas do fenômeno total da

⁶⁵ Neste sentido, o *labeling approach* tem em conta os estudos sobre as infrações não perseguidas, sofre a cifra negra da criminalidade e sobre a delinquência de colarinho branco.

Junior, Aírto Chaves; Dias, Maria da Graça dos Santos. O controle penal dos excedentes: os fins não declarados do direito penal e da pena no estado contemporâneo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.3, 3º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

criminalidade como realidade social *criada* através de processos de criminalização.

Por último, o **princípio do fim e da prevenção** resulta questionado pelos resultados das múltiplas investigações acerca da efetividade dos fins atribuídos à pena. Contesta-se de maneira crescente, tanto a função reeducativa da pena e a ideologia do tratamento como o conceito mesmo de reeducação e ressocialização⁶⁶, convertendo-os em objeto de profundas dúvidas. O princípio da ressocialização através da prisão tem sido particularmente questionado pela Sociologia do cárcere e de outras instituições totais, assim como pelas investigações acerca das influências das sanções estigmatizantes sobre o desvio "secundário" e a reincidência⁶⁷.

A negação desses princípios é o marco da desconstrução do paradigma criminológico até então estabelecido e conhecido como verdade, culminando na consolidação da criminologia crítica.

Os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo "quem é criminoso?", "como se torna desviante?", "em quais condições um condenado se torna reincidente?", "com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?". É de se destacar, neste contexto, que a criminologia era definida como a ciência que investiga as causas da criminalidade, tratando o criminoso (seu objeto) como *coisa*.

Ao contrário, os interacionistas, como em geral os autores que se inspiram no *labeling approach*, se perguntam: "quem é definido como desviante?", "que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?", "em que condições este

⁶⁶ Ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, vol. 1: parte geral. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 96; HIRECHE, Gamil Föppel. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 27.

⁶⁷ Ver THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?" e, enfim, "quem define quem?"⁶⁸ Passa-se, dessa forma, a encarar o desviante como *pessoa*.

É assim que a pergunta relativa à natureza do objeto e do sujeito na definição dos comportamentos desviantes orientou o desenvolvimento de três níveis explicativos do *labeling approach*, cuja ordem aqui apresentada é proposta por Andrade⁶⁹:

- a) um nível orientado para a investigação do impacto da atribuição do *status* de criminoso na identidade do desviante (é o que se define como "desvio secundário");
- b) um nível orientado para a investigação do processo de atribuição do *status* criminal (processo de seleção ou "criminalização secundária"⁷⁰);
- e c) um nível orientado para a investigação do processo de definição da conduta desviada (ou "criminalização primária"⁷¹ que conduz por sua vez, ao problema de distribuição do poder social desta definição, isto é, para o estudo de quem detém em maior ou menor medida este poder na sociedade. E tal é o problema que conecta a investigação do *labeling* com as teorias do conflito.

Em análise do primeiro nível explicativo proposto pela autora⁷², ou seja, a investigação do impacto da atribuição do *status* de criminoso na identidade do desviante, ele relaciona-se com um vasto pensamento crítico sobre os fins da pena e os resultados deste nível de investigação sobre o "desvio secundário". As carreiras criminosas negam a concepção reeducativa da pena e a ideologia do tratamento (negação do *princípio do fim e da prevenção*) ao evidenciar que a

⁶⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 88.

⁶⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 208.

⁷⁰ Tal é o processo de aplicação das normas penais pela polícia e justiça. É o importante momento da atribuição da etiqueta de desviante (etiquetamento ou rotulação) que pode ir desde a simples rejeição social até a reclusão do indivíduo em uma prisão ou internação em um manicômio. Para os teóricos do *labeling*, a atribuição desta etiqueta é um momento fundamental não apenas na construção seletiva da criminalidade, mas pelos seus efeitos na identidade do sujeito etiquetado.

⁷¹ Corresponde ao processo de criação (gênese) das normas penais, em que se definem os bens jurídicos protegidos, as condutas criminalizadas, a qualidade e quantidade das penas. Não obstante, não se limitam a análise das definições legais, levando também em consideração (com maior ou menor ênfase) as definições informais dadas pelo público em geral (definições do "senso comum").

⁷² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 208; BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 90.

intervenção do sistema penal, em especial a prisão, ao invés de exercer um efeito reeducativo sobre o delinqüente, determina, em grande parte dos casos, a consolidação de uma verdadeira e própria carreira criminal, lançando luz sobre os efeitos criminológicos do tratamento penal e sobre o problema não resolvido da reincidência.

No que se refere aos dois níveis seguintes (processos de criminalização secundária e primária), serão abordados na sequência.

3.4 Sistema penal e o controle do não-igual

Ainda nos dias de hoje, consideramos excepcionalidade o evento criminal, fenômeno que, em grande parte, diferencia-se de outros acontecimentos, unicamente, em função de sua definição legal como crime. Numa visão convencional, considera-se a conduta individual delitativa como a causa mais importante desses eventos. Sob essa ótica, o delinqüente constitui uma categoria especial de pessoas, e a excepcional natureza da conduta delitativa por ele praticada justifica a não menos especial natureza da reação social e estatal.

73

A maior parte dos atos desviantes, que diariamente ocorrem, passa despercebida pela sociedade e pelo sistema penal, tendo em vista que, apesar de haver uma vasta rede de controle social, formal e informal, é impossível controlar todos os indivíduos o tempo todo. Além disso, em alguns espaços e em tempos diferentes⁷⁴, a tolerância ao cometimento de um ato pode ser maior do que em outra, sendo esta, inclusive, uma variável que determina os chamados índices de criminalidade.

Assim, o processo de definição do que deve ser considerado crime não pode ser limitado apenas às análises realizadas pelas instâncias oficiais de controle social,

⁷³ HULSMAN, Louk. El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas. In **Criminologia crítica y control social**. Tomo 1: El Poder Punitivo del Estado. Rosario - Pcia. de Santa Fe: editorial Júpiter, 2000, p. 75.

⁷⁴ O concubinato já foi considerado crime, hoje tem proteção legal; as bruxas já foram condenadas a morte na fogueira, hoje está na moda.

mas, antes, se identifica com os processos de definição do senso comum, os quais se constituem a partir de referentes não oficiais. Instituem-se mesmo antes que as instâncias oficiais intervenham, ou também, de modo inteiramente independente de sua intervenção.⁷⁵ Fundam-se na consciência ético-jurídica da sociedade. O que é criminalidade se aprende, de fato, pela observação da reação social a um comportamento, no contexto da qual um ato é interpretado (de modo valorativo) como criminoso, e o seu autor tratado conseqüentemente.

Partindo dessa premissa, não é difícil compreender que, para desencadear a reação social, o comportamento deve ser capaz de perturbar a percepção habitual, ou a rotina da realidade tomada pelo cotidiano da sociedade, ou seja, que suscite, entre as pessoas implicadas, indignação moral ou outros sentimentos análogos. Segundo Baratta⁷⁶, tal comportamento é, antes de tudo, percebido como oposto ao comportamento "normal", e a normalidade é representada por um comportamento predeterminado pelas próprias estruturas, segundo certos modelos de conduta, e correspondente ao papel e à posição de quem atua.

Neste contexto, é certo afirmar que para que uma conduta seja imputada a um autor como criminoso, e que seja ele considerado violador da norma, e ainda, para que seja atribuída uma "responsabilidade moral" pelo ato que infringiu a rotina ou normalidade social, é necessário que esse comportamento desencadeie uma reação social correspondente. O simples desvio objetivo em relação à norma não pode ser considerado motivo suficiente para atuação de todo aparelho estatal, pois neste caso, as funções (declaradas) do sistema penal não estariam sendo buscadas.

Talvez por isso é que se tem verificado, nos últimos anos, que o sistema penal, em lugar de prevenir futuros comportamentos delitivos, se converte em condicionante de ditas condutas, ou seja, funciona como instigador de

⁷⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 94.

⁷⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 95.

verdadeiras carreiras criminais. A partir disso, inclusive, é possível extrair as verdadeiras (não declaradas) funções do sistema penal: a) o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as, para indicar aos demais os limites do espaço social; b) o sistema penal cumpre a função de sustentar a hegemonia de um setor social sobre outro. Para Zaffaroni e Pierangeli⁷⁷, isso é o suficiente para concluir acerca da enorme dificuldade de se teorizar uma função socialmente útil para esse instrumento de controle.

Não é difícil perceber que o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta, mas uma qualidade atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de seleção. E essa função seletora já pode ser diagnosticada a partir da produção da norma penal, que não raras às vezes, vem ao mundo objetivando atingir determinados grupos de pessoas, notadamente àqueles pertencentes aos mais baixos estratos sociais.

As ações mais prováveis de serem cometidas por pessoas para as quais não há lugar na ordem econômico-social, pelos *pobres diabos tiranizados*, têm a melhor chance de aparecer nas leis penais. Como observa Bauman⁷⁸,

roubar os recursos de nações inteiras é chamado de "promoção do livre comércio"; roubar famílias e comunidades inteiras de seu meio de subsistência é chamado "enxugamento" ou simplesmente "racionalização". Nenhum desses feitos jamais foi incluído entre os atos criminosos passíveis de punição.

Assim, no que se refere ao *direito penal abstrato* (criminalização primária), isto tem a ver com os conteúdos, mas também com os "não-conteúdos" da lei penal. O sistema de valores que neles se exprime reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente,

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, vol. 1: parte geral. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 70.

⁷⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1999, p. 131.

Junior, Airto Chaves; Dias, Maria da Graça dos Santos. O controle penal dos excedentes: os fins não declarados do direito penal e da pena no estado contemporâneo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.3, 3º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados.⁷⁹

O princípio da legalidade, grande conquista do período iluminista e do positivismo, permitiu a separação das condutas criminosas das demais condutas desviantes, reservando a estas a seara administrativa, civil ou, unicamente social. No entanto, individualizou o desviante e afastou a possibilidade de tipificação daqueles comportamentos praticados pelos atores que figuram na escala mais alta do plano econômico-político-social. Neste caso, até a norma funciona de forma distinta.

As malhas dos tipos são, em geral, mais sutis no caso dos delitos próprios das classes sociais mais baixas do que no caso dos chamados crimes de “colarinho branco”. Estes delitos, também do ponto de vista da previsão abstrata, têm uma maior possibilidade de permanecerem imunes.⁸⁰

A formulação das leis penais preserva, dessa forma, um considerável caráter tendencioso. Conforme Baratta⁸¹, isso leva a preservar na criminalização primária as ações anti-sociais realizadas por integrantes das classes sociais hegemônicas, ou que são mais *funcionais* à exigências do processo de acumulação do capital. Criam-se, assim, zonas de imunização para

⁷⁹ A seleção marginalizadora ocorre já mediante a diversa formulação técnica dos tipos penais e a espécie de conexão que eles determinam com o mecanismo das agravantes e das atenuantes. Note-se, que é de difícil caracterização um crime de furto não qualificado. A regra é que alguma das qualificadoras do § 4º do art. 155 do Código Penal esteja presente para que a pena seja aplicada, no mínimo, em dobro.

⁸⁰ Acerca da imunidade dos autores de crimes praticados pelas elites do poder econômico, Bauman registra: “[...] atos ilegais cometidos no ‘topo’ da escala social são extremamente difíceis de desvendar na densa rede de transações empresariais diárias. Quando se trata de atividade que abertamente busca o ganho pessoal à custa dos outros, a linha que separa os movimentos permitidos dos proibidos é necessariamente imprecisa e sempre contenciosa, em nada comparável à inequívoca clareza ilegal do ato de formar uma fechadura. [...] Mas definidos, os crimes ‘do topo da escala’ são, além disso, terrivelmente difíceis de detectar. São perpetrados em um círculo íntimo de pessoas unidas pela cumplicidade mútua, a lealdade à organização e o *esprit de corps*, pessoas que geralmente tomam medidas eficazes para detectar, silenciar ou eliminar os que dão com a língua nos dentes. Eles exigem um nível de sofisticação legal e financeiro praticamente impossível de ser penetrado por quem está de fora, particularmente gente leiga ou não educada. E esses crimes não tem “corpo”, nenhuma substância física; “existem” no espaço etéreo, imaginário, da pura abstração: são literalmente *invisíveis* – é preciso uma imaginação comparável à dos que os perpetraram para divisar uma substância na forma ilusória. Levado pela intuição e o senso comum, o público pode bem suspeitar que algum roubo está na origem das fortunas, mas apontá-lo continua sendo uma tarefa claramente atemorizante. (*In Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1999, p. 131-132).

⁸¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 176.

Junior, Aírto Chaves; Dias, Maria da Graça dos Santos. O controle penal dos excedentes: os fins não declarados do direito penal e da pena no estado contemporâneo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.3, 3º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

comportamentos cuja danosidade se volta particularmente contra as classes subalternas.⁸²

Depreende-se a partir daí, que é na zona mais baixa da escala social que a função selecionadora do sistema se transforma em função marginalizadora, em que a linha de demarcação entre os estratos mais baixos do proletariado e as zonas de subdesenvolvimento e de marginalização assinala, de fato, um ponto permanentemente crítico, no qual, à ação reguladora do mecanismo geral do mercado de trabalho se acrescenta, em certos casos, a dos mecanismos reguladores e sancionadores do direito penal. Isto se verifica precisamente na criação e na gestão daquela zona particular de marginalização que constitui a população criminosa.⁸³ Os tipos mais comuns de criminosos, na visão do público, vêm quase sem exceção da "base" da sociedade.⁸⁴

Os processos de criminalização secundária acentuam o caráter seletivo do sistema penal construído abstratamente. São evidentes as condições particularmente desfavoráveis em que se encontra, no processo, o acusado proveniente de grupos marginalizados, em face de acusados advindos de estratos superiores da sociedade. A distância lingüística que separa julgadores e julgados, a menor possibilidade de desenvolver um papel ativo no processo e de servir-se do trabalho de advogados prestigiosos, desfavorece os indivíduos socialmente mais débeis.⁸⁵

⁸² No Brasil, um emblemático exemplo de zona imunizadora pode ser traçado a partir da Lei n. 8.137/90, que dispunha no artigo 14, que os crimes previstos em seus artigos 1.º, 2.º e 3.º teriam extinta sua punibilidade quando o agente (contribuinte ou servidor público) promovesse o pagamento do tributo ou contribuição social antes do recebimento da denúncia. Não bastasse tamanho benefício, com o advento da Lei n. 10.684/2003, a extinção da punibilidade passou a ocorrer em qualquer fase do processo, e não antes do recebimento da denúncia. Vale lembrar que os crimes de sonegação fiscal afetam o Estado de forma drástica, vez que o dinheiro que deixou de ser arrecadado poderia ter sido utilizado na realização de projetos sociais e outras finalidades de efeito coletivo. Assim, comportamentos altamente lesivos à sociedade e que, notadamente, culminam em prejuízos coletivos, por vezes, irreparáveis, como as retenções de tributos de investimentos emergenciais à saúde e educação, não serão punidos se essas quantias forem restituídas ao erário. Criaram-se, com essa legislação fiscal, zonas de imunização para os comportamentos de sonegação, cuja danosidade se volta particularmente contra as classes menos favorecidas.

⁸³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 172.

⁸⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as conseqüências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1999, p. 134.

⁸⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 176-177.

Todo o processo policial e judicial que culmina na prisão caracteriza, em certo sentido, um longo ritual regidamente estruturado de rejeição simbólica e exclusão física. A rejeição e a exclusão são humilhantes e pretendem exatamente isso. Visa fazer o rejeitado/excluído aceitar sua imperfeição e inferioridade social. Não admira que as vítimas ergam uma defesa. Em vez de aceitarem docilmente a sua rejeição e converter a rejeição oficial em auto-rejeição, elas preferem rejeitar os que as rejeitam.⁸⁶

Por isso, o rejeitado/excluído recorre aos únicos meios à sua disposição, todos contendo alguma dose de violência; é o único recurso que pode aumentar seu "poder de prejudicar", único poder que podem opor ao poder esmagador dos que os rejeitam e excluem. A estratégia de "rejeitar os que rejeitam" logo afunda no estereótipo do rejeitado. Acrescenta-se, assim, à imagem do crime a inerente propensão do criminoso à reincidência. No final, a prisão surge como o principal instrumento de uma profecia que cumpre a si mesma.⁸⁷

Estas justificações são uma ideologia que cobre o fato de que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, ligados funcionalmente ao projeto da acumulação de capital. A tendência é de dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas. Conforme Baratta⁸⁸, isso ocorre, não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei, pois

Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem à relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é frequentemente muito larga quando

⁸⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas.** Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1999, p. 134-135.

⁸⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas.** Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1999, p. 135.

⁸⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.** 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 165.

os tipos legais têm por objetivo a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes de poder.

O discurso está pautado na racionalização do poder punitivo e garantias do indivíduo, os quais configuraram limites, inclusive, aos operadores das agências de poder. É curioso notar nessa real operacionalidade do sistema penal, que as garantias individuais⁸⁹ existem para alguns, enquanto que para outros, o que existe é a repressão sem limites, já que a sociedade precisa ser defendida do perigo que representa o criminoso. Para essa "criatura do mal" a pena pode ser até extralegal (chacinas, por exemplo, as quais são execuções sumárias baseadas nos estereótipos e no senso comum do que seja a criminalidade). Destarte, a pena vai estar respaldada pela ideologia da defesa social.⁹⁰

Tudo isso demonstra que, ao menos em boa medida, o sistema penal seleciona pessoas ou ações, como também criminaliza certas pessoas segundo sua classe e posição social. Difícil sustentar a tese de que todas as pessoas são igualmente "vulneráveis" ao sistema penal. O controle por ele exercido costuma orientar-se por estereótipos que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes gerando um fenômeno de rejeição do etiquetado.

Ao questionar a legitimidade do sistema penal de discurso igualitário, Zaffaroni utiliza-se de três importantes personagens da história mundial:

Não é difícil imaginar Cristo ou Buda condenados por "vadiagem" e, na pior das hipóteses, "desaparecidos" por terem atentado contra a "segurança nacional", ou São Francisco institucionalizado em um manicômio, submetido a especialistas que controlariam

⁸⁹ Sabe-se que, no Brasil, a definição legal de direitos não significa o exercício desses direitos. A incorporação legal é apenas uma etapa deste processo que, muitas vezes, se restringe à existência da lei. As garantias individuais continuam sendo essencialmente "liberdades burguesas". São excelentes para quem pode alcançá-las. Difícil, porém, é explicar sua importância a quem da cidadania só tem o título de eleitor, porque mal sabe ler, na ganha para alimentar a família, não tem carteira assinada e só interessa à Justiça quando se transforma em réu (KUNTZ, Rolf. A redescoberta da igualdade como condição de justiça. *In* FÁRIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 155.

⁹⁰ NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da lei – a face obscura da sentença penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 47.

seu “delírio místico” com choques elétricos e com “camisa-de-força química”.⁹¹

Segundo o referido penalista⁹², é possível perguntar, assim, que tipo de insensatez histórica significa pretender a existência, em algum momento, de um sistema penal que haja expropriado o direito da vítima para realizar o princípio de que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Sem dúvida, trata-se de uma insensatez histórica somente comparável com a insensatez que pretende a futura existência de um sistema penal que, com a estrutura de qualquer um dos atuais, se inspiraria no princípio da igualdade, quando se sabe que a operatividade seletiva é a essência de qualquer sistema penal.

A “construção legal” do desviante como quase “não-humano” condensa os seus direitos, o reduz efetivamente a um não-cidadão e facilita o processo de criminalização. Disso se extrai as verdadeiras e não declaradas funções do direito penal contemporâneo, que guarda, no controle social do não-igual, sua mais admirável tarefa.

À maneira de um revelador químico, esta compreensão faz brotar com clareza a face oculta do sistema penal (pois recalcada pelo imenso trabalho histórico de eufemização jurídica, política e cultural constitutivo do estabelecimento de um regime formalmente democrático) e do *Estado como organização coletiva da violência* visando a manutenção da ordem estabelecida e a submissão dos dominados. Violência que, nesse caso, ressurgue subitamente, maciça, metódica e com um objetivo preciso, justamente sobre aqueles que podem ser descritos como os inúteis ou os insubmissos da nova ordem econômica e etno-racial.⁹³

⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 148.

⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 148-149.

⁹³ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 101.

O instrumento central do afiguramento de controle social exercido pelo sistema penal habita no modelo executivo de pena, onde culmina por desembocar a incomensurável fração de criminalizados. Dessa forma, a prisão surge como a instituição de controle da criminalidade e também de disciplinamento dos não-disciplinados, necessitando, neste contexto, manter mecanismos que lhe dêem legitimidade e que a conectem com os demais processos sociopolíticos em vigor na sociedade, mesmo que sua funcionalidade e efeitos não atinjam o projeto proposto.

A imagem da criminalidade promovida pela prisão e a percepção dela como uma ameaça à sociedade, devido ao comportamento de pessoas e não, efetivamente, a existência de conflitos sociais, produz um desvio de atenção do público. Essa arritmia é dirigida, principalmente, ao *perigo da criminalidade* ou às chamadas *classes perigosas*, ao invés de dirigir-se à violência estrutural. Neste sentido, a violência criminal adquire na atenção da sociedade a dimensão que deveria corresponder à violência estrutural, e em parte contribui para ocultá-la e mantê-la.⁹⁴

3. CÁRCERE E MARGINALIDADE SOCIAL: UM LUGAR DESTINADO PARA OS ALVOS DO SISTEMA

A exposição das reais funções exercidas pelo sistema penal em contraposição com aquelas divulgadas pelo discurso oficial evidencia que, longe de atuar como instrumento de proteção da sociedade contra as ações e comportamentos realmente danosos a ela, esse sistema mantém a histórica função de gestão dos excedentes.

Como visto em linhas anteriores, em qualquer sistema penal é possível distinguir segmentos. Os segmentos básicos dos sistemas penais contemporâneos são o policial, o judicial e o executivo. Trata-se, portanto, de

⁹⁴ BARATTA, Alessandro. Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. **Fascículos de Ciências Penais**. Tutela Penal dos Direitos Humanos. Porto Alegre, ano 6, n. 2, p. 44-61, abr./maio/jun.1993, p. 54.

três grupos humanos que convergem na atividade institucionalizada do sistema, guardando, o executivo, lugar de destaque. É, pois, nas instituições carcerárias que desemboca toda massa de criminalizados a fim cumprir as funções para as quais a pena se justificaria.

Em análise do estado contemporâneo, Baratta⁹⁵ indica o caráter nodal da relação cárcere/marginalização social. O autor registra que o cárcere seria o momento culminante de mecanismos de criminalização, inteiramente inútil para reeducação do condenado. Isto porque a educação deve promover a liberdade e o auto-respeito, e o cárcere produz degradação e repressão, desde a cerimônia inicial de despersonalização. Portanto, se a pena não pode transformar homens violentos em indivíduos sociáveis, institutos penais não podem ser institutos de educação.

Michel Foucault⁹⁶, ao tratar da gestão da criminalidade, também critica sua leitura diferencial das ilegalidades pelo sistema punitivo, pois o sistema realiza uma função indireta de punir uma ilegalidade visível para permitir uma ilegalidade invisível⁹⁷. O autor destaca também uma função direta de produzir uma zona de criminosos marginalizados, que alimentam mecanismos econômicos da indústria do crime, como o ciclo econômico da droga, a máfia, etc., ou mecanismos políticos de subversão e de repressão ilegais, como o terrorismo fascista.

Diante disso, pode-se verificar que as práticas penais estão sempre inseridas num contexto político: a lei se resume a um instrumento de classe, que é feita para incidir sobre outra classe social menos favorecida. O sistema penal, por sua

⁹⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 17.

⁹⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história de violência nas prisões. Petrópolis/RJ. Ed. Vozes, 1989, 3ª parte, Cap. III.

⁹⁷ A ciência jurídica, como discurso que determina um espaço de poder, é sempre obscura, repleta de segredos e silêncios, constitutiva de múltiplos efeitos mágicos e fortes mecanismos de ritualização, que contribuem para a ocultação e clausura das técnicas de manipulação social. Respalda na funcionalidade de suas próprias ficções e fetiches, a ciência do direito nos massifica, deslocando permanentemente os conflitos sociais para o lugar instituído da lei, tornado-os, assim, menos visíveis (*In* WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: interpretação da lei e temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994, p. 57).

vez (Polícia, Magistratura, Ministério Público e o cárcere) funciona como instrumento de garantia de dominação dessas classes, caracterizada pela busca incessante dos interesses daqueles melhor situados no plano social daquele tempo. Historicamente, não é difícil lembrar-se dos mais diversos grupos que figuraram na condição de “alvos” do poder punitivo estatal.

4.1 Justificativas seletivas do poder punitivo

Desde a era pré-moderna, o poder punitivo sempre descriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de *pessoas*, dado que os considerava apenas como *entes perigosos*. Esses seres humanos são assinalados como *inimigos* da sociedade e, por conseguinte, o controle constante deve recair sobre eles.

Desde sua própria origem, o poder punitivo mostrou uma formidável capacidade de perversão, montada – como sempre – sobre um preconceito que impõe *medo*, sempre admitida e ratificada abertamente pelos teóricos de seu tempo.⁹⁸

No século XV, o livro *Malleus Maleficarum*, também chamado *O martelo das feiticeiras*⁹⁹ foi escrito pelos inquisidores alemães Heinrich Kramer e James Sprenger a pedido do Papa Inocêncio VIII. O objetivo era enfrentar as conspirações *demoníacas* contra a Cristandade, praticada pelo inimigo da Igreja Católica, a *mulher*. Essa obra foi publicada pela primeira vez em 1486 e até o final do século XVIII foi o fundamento jurídico e teológico dos tribunais da Inquisição em diversos países.

Os autores afirmavam que as bruxas representavam as mulheres em estado natural. A obra foi considerada um verdadeiro Tratado de Criminologia que enviou milhares de mulheres às fogueiras da Inquisição. Aconselhava que todas as suspeitas de bruxaria fossem submetidas à tortura: se confessassem

⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 34.

⁹⁹ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Rio de Janeiro: Rosa os Tempos, 1997.

mereceriam o fogo; se não confessassem, também, pois só uma bruxa, fortalecida por influência do Demônio poderia resistir à semelhante suplício sem ceder à confissão.¹⁰⁰

Fora da Europa, o poder colonialista legitimado por estes discursos exerceu-se sob a forma de genocídio. Os *índios* ignoravam os dez mandamentos, os sete sacramentos e os sete pecados capitais; não conheciam a palavra *pecado* nem temiam o *inferno*; não sabiam ler nem tinham nunca ouvido falar em direito de propriedade. Essas características demarcavam a inferioridade dos índios e sua duvidosa humanidade, o que justificaria qualquer brutalidade contra eles.

Dessa forma, a conquista da América foi uma longa e difícil tarefa de exorcismo, eliminando a maior parte da população americana da época, desbaratando suas organizações sociais e políticas e reduzindo essas pessoas à condição de servidão e escravidão.¹⁰¹

A exigência da mão-de-obra extrativa determinou o tráfico escravista africano, levado a cabo pelos comerciantes ingleses, franceses e holandeses, que compravam prisioneiros de toda costa da África, provocando, desde modo, a destruição das culturas pré-coloniais dos dois continentes.¹⁰² Durante os séculos XVI, XVII e XVIII, este intercâmbio foi caracterizado pela troca de escravos por fuzis. Depois, durante os séculos XIX e XX, a África entregou ouro, diamantes, cobre, marfim, borracha e café, em troca do que recebia Bíblias. Trocou produtos por palavras supondo-se que a leitura da Bíblia podia facilitar a viagem

¹⁰⁰ Conforme registra Eduardo Galeano, oito séculos mais tarde, a Igreja Católica continua negando o púlpito às mulheres. Mesmo assim, o mesmo pânico faz com que os mulçumanos fundamentalistas às mutilem o sexo e lhes cubram a cara. E o alívio pelo perigo conjurado leva os judeus mais ortodoxos a começar o dia sussurrando: *Graças, Senhor, por não me ter feito mulher* (In GALEANO, Eduardo. Espelhos: uma história quase universal. Tradução de Eric Nepomuceno. 2. ed. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 115-116).

¹⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 34-35.

¹⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 35.

dos africanos do *inferno* para o *paraíso*. Porém, a Europa se esqueceu de ensiná-los a ler.¹⁰³

Finalmente, na América Latina, o estereótipo do desviante sempre se alimenta das características de homens jovens das classes mais carentes¹⁰⁴, ou seja, pessoas que, por alguma razão, não respondem às normas vigentes e não estão afetas aos processos de controle preventivo. E este fenômeno não é privativo do sistema penal, mas nele assume características particulares:

uma pessoa começa a ser tratada "como se fosse", embora não haja manifestado nenhum comportamento que implique uma infração. Ao generalizar-se o tratamento de acordo com o "como se fosse" e sustentar-se no tempo quase sem exceção, a pessoa passa a se comportar de acordo com o papel atribuído, ou seja, "como se fosse", e com isso acaba "sendo".¹⁰⁵

Zaffaroni¹⁰⁶ adverte que o sistema penal não se trata simplesmente de um acordo externo, mas também de sério "tratamento" integrado em um complexo processo de deteriorização, cuja parte mais importante é feita pela prisão e perfeitamente legalizado através de registros de reincidência, da possibilidade de impedir ou dificultar qualquer exercício de trabalho honesto por parte das agências do sistema. A preocupação, neste caso, é propagar o *status* do criminalizado, de privar de liberdade periodicamente a pessoa¹⁰⁷, convertendo-a

¹⁰³ GALEANO, Eduardo. **Os demônios do demônio.** Disponível em <<http://titaferreira.multiply.com/reviews/item/143>> Acesso 12 nov. 2009.

¹⁰⁴ A exceção ocorre nos momentos de violência política ou terrorismo de estado escancarado, nos quais o estereótipo se desvia para varões jovens das classes médias (o "jovem subversivo", ao qual se contrapõe o "jovem esportista"). ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 131.

¹⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 134.

¹⁰⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 134-135.

¹⁰⁷ Sabe-se que, mais genericamente, as práticas judiciárias aparentemente mais neutras e mais rotineiras, a começar pela aplicação da pena provisória, tendem sistematicamente a desfavorecer as pessoas de origem mais humilde e fragilizadas do ponto de vista econômico.

Junior, Airto Chaves; Dias, Maria da Graça dos Santos. O controle penal dos excedentes: os fins não declarados do direito penal e da pena no estado contemporâneo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.3, 3º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

em um “suspeito profissional”, de tomar os antecedentes como provas de culpa, inclusive por parte dos juízes¹⁰⁸, etc.

Observa-se que os agentes do controle social desfrutam de ampla margem de discricionariedade na seleção que realizam. Nada mais errôneo que supor (como sustenta a Dogmática Penal) que, detectando um comportamento delitivo, seu autor resultará automática e inevitavelmente etiquetado. Entre a seleção abstrata, potencial e provisória operada pela lei penal e a seleção efetiva e definitiva operada pelas instâncias de criminalização secundária, medeia um complexo e dinâmico processo de refração¹⁰⁹.

Desde os trabalhos pioneiros de Georg Rusche e Otto Kirchheimer¹¹⁰, confirmados por cerca de 40 estudos empíricos em uma dezena de sociedades capitalistas¹¹¹, sabe-se que existe no nível societário uma estreita e positiva correlação entre a deteriorização do mercado de trabalho e o aumento da população carcerária, ao passo que não existe vínculo algum comprovado entre índice de criminalidade e índice de encarceramento.

¹⁰⁸ “Os juízes são os empregados que quase não se rebelam desse mecanismo. Ajudam na medida de suas possibilidades a constituição da delinquência, ou seja, a diferenciação das ilegalidades, o controle, a colonização e a utilização de algumas delas pela ilegalidade da classe dominante” (In FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história de violência nas prisões. Petrópolis/RJ. Ed. Vozes, 1989, p. 248); O juiz irá, no Processo Penal, coordenar os diversos saberes para *formatar* o indivíduo ao padrão *normal*, assumindo feição disciplinar repressora (In ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 210).

¹⁰⁹ “Refração”, porque, dependendo da situação e do caso colocado sob apreciação das agências de repressão, a solução pode ser das mais surpreendentes. Para exemplificar, em 1997, Galdino de Jesus dos Santos, um chefe indígena que estava de visita em Brasília, foi queimado vivo enquanto dormia numa parada de ônibus. Cinco rapazes de boas famílias, que andavam farreando, jogaram álcool nele e lhe tocaram fogo. Pensamos que era um mendigo, justificaram eles. Um ano depois, a justiça brasileira lhes aplicou penas alternativas, pois não se tratava de um caso de homicídio qualificado. O relator do Tribunal de Justiça do Distrito Federal explicou que os rapazes tinham utilizado apenas a metade do combustível que possuíam e isto provava que tinham atuado movidos pelo ânimo de brincar, não de matar.

¹¹⁰ Ver RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

¹¹¹ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

Junior, Aírto Chaves; Dias, Maria da Graça dos Santos. O controle penal dos excedentes: os fins não declarados do direito penal e da pena no estado contemporâneo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.3, 3º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Vera Malagutti Batista¹¹², ao pesquisar processos do Juizado da Infância e Juventude do Rio de Janeiro, e neles a posição dos juízes, promotores, psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais, concluiu que

todos os lapsos, metáforas, metonímias, todas as representações da juventude pobre, como suja, imoral, vadia, perigosa, formam o sistema de controle social no Brasil de hoje e informam o imaginário social para as explicações da questão da violência urbana.

Daí extrai-se a compreensão do que seja o crime, o que seja o criminoso e o constitua a pena. Nietzsche¹¹³ dirá que é

um batalhão móvel de metáforas, metonímias, antropomorfismos, enfim, uma soma de relações humanas, que foram enfatizadas poética e retoricamente, transpostas, enfeitadas, e que, após longo uso, parecem a um povo sólidas, canônicas e obrigatórias: as verdades são ilusões, das quais se esquece o que são, metáforas que se tornaram gastas e sem força sensível, moedas que perderam sua efígie e agora só entram em consideração como metal, não mais como moedas.

Além disso, as características dos acusados coincidem ao indicar que o desemprego e a precariedade profissional são severamente julgados pelos tribunais ao nível individual. Disso, resulta uma *sobrecondenação na reclusão dos indivíduos marginalizados pelo mercado de trabalho*. Não ter emprego, não apenas aumenta praticamente em toda parte a probabilidade de ser colocado em prisão preventiva, e por prazos mais longos, mais ainda, diminui sistematicamente a possibilidade de conversão dessa pena pela multa.¹¹⁴

¹¹² BATISTA, Vera Malagutti. **Díficeis ganhos fáceis:** drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, Freitas Bastos, 1998, 120.

¹¹³ NIETZSCHE, Friedrich. Sobre a verdade e a mentira no sentido extra-moral. In **Obras incompletas**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1993, p. 48.

¹¹⁴ "A multa é burguesa e pequeno-burguesa, a prisão com sursis é popular, o regime fechado é subproletário": a célebre fórmula de Bruno Aubusson de Cavarlay, que resume o funcionamento da Justiça da França entre 1952 e 1978, é ainda mais verdadeira na era do desemprego em massa e do acirramento das desigualdades sociais. Citado por WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, 107.

Esse encarceramento tem sido, em todas as épocas, o método primordial de lidar com setores inassimiláveis e problemáticos da população, difíceis de controlar. Assim é que os escravos eram confinados às senzalas. Também eram isolados os leprosos, os loucos e os de etnia religiosa ou religião diversa das predominantes. A separação espacial que produz um confinamento forçado tem sido, ao longo dos séculos, uma forma quase visceral e instintiva de reagir a toda diferença e particularmente à diferença que não podia ser acomodada nem se desejava acomodar na rede habitual das relações sociais.¹¹⁵

A prisão surge, então, como instituição de eliminação e também de disciplinamento, que necessita manter mecanismos que lhe dêem legitimidade e que a conectem com os demais processos sociopolíticos em vigor na sociedade.¹¹⁶

4.2 A prisão como elemento do sistema de socialização

O que foi registrado até o presente momento é, naturalmente, o esquema ideológico do processo de transformação do poder punitivo e, sobretudo, da prisão. Assim, representa o modo como este poder tende a ser percebido por parte dos indivíduos a quem cabe a tarefa de prepará-lo, administrá-lo, controlá-lo e dele transmitir uma imagem útil ao seu funcionamento.

Importante, contudo, saber, que este esquema ideológico não é um esquema somente imaginário, privado de contato com a realidade da prisão. De fato, antes de tudo, através da ideologia dos próprios órgãos oficiais, se realiza aquela função de autolegitimação do sistema¹¹⁷ e também, do cárcere, aquilo

¹¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1999, p. 114.

¹¹⁶ WOLF, Maria Palma. **Antologia de vidas e histórias na prisão: emergência e injunção de controle social**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. xxvi (apresentação).

¹¹⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 170.

que Weber denomina de “pretensão de legitimidade”¹¹⁸, sem levar em conta sua arbitrariedade e sua violência.

No âmbito do exercício dos poderes punitivos, esta violência dá-se, sobretudo, pelo desenvolvimento de técnicas de correção e de transformação do não-igual, buscando sua socialização (teorias das penas). Assim, a partir da concepção idealizada do *homem bom*, não delinqüente, criam-se os instrumentos obscuros de reforma do mal que se manifesta no homem desviante, seu *não-igual*.

Todavia, explica Salo de Carvalho¹¹⁹, a universalização do valor concretizada no mecanismo *pena* não garante, de modo algum, a reforma moral e estética do delinqüente, pois como não existem homens delinqüentes – apenas pessoas que cometeram, em determinado momento de suas vidas, fatos selecionados e denominados crime -, não existe instrumento aplicável idôneo a reforçar, em grupo plural, descontínuo, distinto de indivíduos, determinado valor e universalizá-lo.

É difícil apreender as causas e as origens da delinqüência, pois inúmeros os fatores, as variáveis e os acasos que atuam nas e sobre as diversas pessoas que cometem os mais diferentes atos em circunstâncias absolutamente distintas no tempo, no espaço, bem como na forma de agir (fatores que tornam inconsistente qualquer individualização). Por esta razão, é de ser considerado inapropriado propor fins específicos e universais aos mecanismos da pedagogia e da moral punitiva:

Se o evento delitivo é experiência única e não repetível na vida de quem o praticou e o sofreu, igualmente as técnicas punitivas, quaisquer que sejam, terão distintos impactos nas pessoas, (des) cumprindo sempre seus objetivos, por mais nobres que sejam.¹²⁰

¹¹⁸ Para Weber, o direito, que reflete as normas de dominação social burguesa, é aquele que advém do legislador. Segundo ele, o fato da norma atender todos os requisitos legais basta para que seja verificada a sua legitimidade. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 193.

¹¹⁹ CARVALHO, Salo de. **Anti-manual de criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008, p. 47.

¹²⁰ CARVALHO, Salo de. **Anti-manual de criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008, p. 47.

Apesar disso, a mais significativa função instrumental do sistema penal é, sem dúvida, a função reeducadora sustentada na *ideologia do tratamento*, realizada através da aplicação e cumprimento da pena. Por isso, o processo jurídico penal pode ser considerado um instrumento de desconstrução/construção de identidades.

Com o objetivo de manter e estabilizar o sistema normativo, a prisão opera de forma tão somente repressiva, de maneira que não responde a uma única função da pena, qual seja, de retribuição, de prevenção geral ou especial, mormente em seu aspecto negativo. Inscreve-se como controle de risco da violência e da reincidência criminal (prevenção geral negativa), buscando apenas retoricamente a recuperação do criminoso.

A prevenção especial positiva está, assim, fadada a caracterizar-se por sua ineficácia instrumental; até mesmo a eficácia simbólica que sempre lhe foi destinada está em constante descrédito e poucos ainda acreditam no discurso de que, pelo exemplo da prisão, a população irá vincular-se de forma positiva às normas jurídicas.¹²¹

Uma análise realista das funções efetivamente exercidas pelo cárcere, isto é, da prevenção geral positiva, demonstra o fracasso histórico desta instituição para os fins de controle da criminalidade e de reinserção do desviante na sociedade, do influxo não só no processo de marginalização de indivíduos isolados, mas também no esmagamento de setores marginais da sociedade.¹²²

Apesar de tudo isso, sustenta-se um discurso socialmente incutido e amplamente difundido por meios dos agentes de controle, institucionalizado ou não, de que a prisão, além de produzir a internalização da lei e a adoção de valores morais amplamente aceitos na sociedade, poderia, ainda, substituir um

¹²¹ WOLF, Maria Palma. **Antologia de vidas e histórias na prisão: emergência e injunção de controle social**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 245-246.

¹²² BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 203.

estado de incultura ou uma sub-cultura por uma cultura caracterizada pelo respeito à lei e à ordem. Este, no entanto, é um *dever ser* inalcançável com os instrumentos e técnicas utilizadas pelo sistema.

O discurso jurídico-penal não pode desentender-se do “ser” e refugiar-se ou isolar-se no “dever-ser” porque para que esse “dever-ser” seja um “ser que ainda não é”, deve considerar o “vir-a-ser possível do ser”, pois, do contrário, converte-se em um *ser que jamais será*, isto é, num *embuste*. Portanto, o discurso jurídico penal socialmente falso também é perverso: *torce-se e retorce-se, tornando alucinado um exercício de poder que oculta ou perturba a percepção do verdadeiro exercício de poder.* ¹²³

A partir disso, é de se anotar aquilo que registra Andrade¹²⁴, de que o direito penal e a pena não possuem eficácia quanto aos seus objetivos declarados, mas sim em relação ao que não declaram, ou seja, quanto as suas funções latentes, notadamente invertidas as propostas oficiais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, com a presente pesquisa, uma exposição crítica do Direito Penal, demonstrando a sua disfunção e incapacidade de cumprir suas promessas oficiais (declaradas), notadamente em relação aos e fins do próprio direito penal (proteção dos bens jurídicos). Desvia-se, para tanto, o foco da dogmática jurídico-penal para o sistema penal.

Em lugar de prevenir futuros comportamentos delitivos, o Sistema Penal se converte em condicionante de ditas condutas, ou seja, funciona como instigador de verdadeiras carreiras criminais. A partir disso, é possível extrair as verdadeiras (não declaradas) funções do sistema penal: a) o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas

¹²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 19.

¹²⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo X Cidadania Mínima**: códigos de violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 89.

dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as, para indicar aos demais os limites do espaço social; b) o sistema penal cumpre a função de sustentar a hegemonia de um setor social sobre outro (Zaffaroni).

O instrumento central do afiguramento de controle social exercido pelo Sistema Penal habita no modelo executivo de pena, onde culmina por desembocar a incomensurável fração de criminalizados. Dessa forma, a prisão surge como a instituição de controle da criminalidade e também de disciplinamento dos não-disciplinados, necessitando, neste contexto, manter mecanismos que lhe dêem legitimidade e que a conectem com os demais processos sociopolíticos em vigor na sociedade, mesmo que sua funcionalidade e efeitos não atinjam o projeto proposto.

Isso constitui reflexo da sociedade de consumo que se instala. O irreconhecimento do outro em todas as relações, de um modo geral, permite o "bloqueio" de um exercício cotidiano que envolva questões éticas como, tolerância, solidariedade e, sobretudo, respeito (Bauman). O desviante é tratado nos dias de hoje como um não cidadão. É aquele sobre o qual recaem a falhas e fracassos de toda uma estrutura social, identificando-se o auto-retrato da criminalidade (outsiders), facilmente identificada e politicamente manipulada por meio do cárcere.

O problema é que o desviante, socialmente produzido e etiquetado, não está fora do mundo que os poderes constituídos geraram e conhecem sob o nome de "sociedade". E é esse mundo, habitado por seres humanos, que é capaz de transformá-los em cidadãos, portadores e praticantes de direitos. . Por isso, é de se considerar que o lugar para solução desse problema não está afeto ao direito penal. Conduzir a vida em sociedade e para assim minimamente "socializar" a insociável sociabilidade humana de que já falara Kant é tarefa que diz respeito à sociedade como um todo.

Junior, Airto Chaves; Dias, Maria da Graça dos Santos. O controle penal dos excedentes: os fins não declarados do direito penal e da pena no estado contemporâneo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.3, 3º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

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

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

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas.** RECJ. 05.05/08. Disponível em <www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp> Acesso em 12 mar. 2009.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org). **Verso e Reverso do Controle Penal – (Dês) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva.** Homenagem a Alessandro Baratta. Florianópolis: Fundação Boiteux. Vol. 1, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal:** introdução à sociologia do direito penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARATTA, Alessandro. Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. **Fascículos de Ciências Penais.** Tutela Penal dos Direitos Humanos. Porto Alegre, ano 6, n. 2, p. 44-61, abr./maio/jun.1993, p. 54.

BATISTA, Vera Malaguiti. **Difíceis ganhos fáceis:** drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, Freitas Bastos, 1998.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro.** 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Nilo. A criminalização da advocacia. **Revista de Estudos Criminais.** Porto Alegre: Notadez/PUCRS/!TEC, nº 20, out./dez. 2005, p. 88.

Junior, Aírto Chaves; Dias, Maria da Graça dos Santos. O controle penal dos excedentes: os fins não declarados do direito penal e da pena no estado contemporâneo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.3, 3º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org). **Verso e Reverso do Controle Penal – (Dês) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva**. Homenagem a Alessandro Baratta. Florianópolis: Fundação Boiteux. Vol. 1, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1999.

BAUMAN, Zigmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UNB, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes: A teoria política de Hobbes**. Tradução de C. Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

CARVALHO, Salo de. **Anti-manual de criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: a Nova Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Morra da. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. Os Pensadores – 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Junior, Aírto Chaves; Dias, Maria da Graça dos Santos. O controle penal dos excedentes: os fins não declarados do direito penal e da pena no estado contemporâneo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.3, 3º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história de violência nas prisões. Petrópolis/RJ. Ed. Vozes, 1989.

GALEANO, Eduardo. **Espelhos**: uma história quase universal. Tradução de Eric Nepomuceno. 2. ed. Porto Alegre: L&PM, 2009.

GALEANO, Eduardo. **Os demônios do demônio**. Disponível em <<http://titaferreira.multiply.com/reviews/item/143>> Acesso 12 nov. 2009.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Tradução de Sandra Regina Netz. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II.

HIRECHE, Gamil Föppel. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

HULSMAN, Louk. El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas. *In Criminologia crítica y control social*. Tomo 1: El Poder Punitivo del Estado. Rosario - Pcia. de Santa Fe: editorial Júris, 2000.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Rio de Janeiro: Rosa os Tempos, 1997.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

Junior, Airto Chaves; Dias, Maria da Graça dos Santos. O controle penal dos excedentes: os fins não declarados do direito penal e da pena no estado contemporâneo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.3, 3º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

MAFFESOLI, Michel. **Sobre o nomadismo: vagabundagens pós-modernas.** Tradução de Marcos de Castro. Rio de Janeiro: Record, 2001.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de Política do Direito.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor / CMCJ-UNIVALI, 1998.

MELO, Osvaldo Ferreira. **Dicionário de Política Jurídica.** Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal.** Barcelona: Boch, 1975.

NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da lei – a face obscura da sentença penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2004.

NIETZSCHE, Friedrich. Sobre a verdade e a mentira no sentido extra-moral. *In* **Obras incompletas.** 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1993.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. **A Lei: Uma abordagem a partir da leitura cruzada entre Direito e Psicanálise.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: a bricolage de significantes.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social.** Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo.** Curitiba: Juruá, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004.

Junior, Aírto Chaves; Dias, Maria da Graça dos Santos. O controle penal dos excedentes: os fins não declarados do direito penal e da pena no estado contemporâneo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.3, 3º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VON LISZT. Franz. **Tratado de direito penal alemão**. Vol. 1. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal/Superior Tribunal de Justiça, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, vol. 1: parte geral. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito: interpretação da lei e temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. Traducción de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yañez Pérez. 11. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

WOLF, Maria Palma. **Antologia de vidas e histórias na prisão: emergência e injunção de controle social**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.