

O controle penal dos excedentes: as funções simbólicas do direito penal e a eficácia invertida quanto seus objetivos declarados

El control penal de los excedentes: las funciones simbólicas del derecho penal y su eficacia invertida en cuanto a sus objetivos declarados.

Penal Control of Surplus: The Symbolic Functions and Inverted Effectiveness of the Criminal Law as Its Stated Objectives.

CLe contrôle pénal des excédentaires : les fonctions symboliques et l'efficacité inversée de la loi pénale selon ses objectifs déclarés.

Airto Chaves Junior¹

Resumo:

O presente artigo tem por objetivo a análise dos 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

1 Maestro en Ciencia Jurídica por el Programa de Polvos-Graduação Strito Sensu en Ciencia Jurídica de la Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, en la línea de investigación: Producción y Aplicación del Derecho - Sociedad; Área de Concentración: Fundamentos del Derecho Positivo; Abogado criminalista y profesor del Curso de Graduação en Derecho Penal y Procesal Penal de la UNIVALI, en Brasil. Correo electrónico: oduno@hotmail.com

Este artículo fue recibido el día 1 de febrero de 2011 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria N°. 12 del 15 de marzo de 2011.

tão somente 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. Abordam-se as funções simbólicas da pena privativa de liberdade e a sua eficácia invertida quanto a seus objetivos declarados. Simbólicas porque a instrumentalização da execução penal, nas condições que se apresenta, não pode ser eficaz (ou não é feito para sê-lo), mas apenas para suscitar a aparência de funcionalidade e eficácia quanto ao projeto proposto. Questiona-se, assim, a legitimidade da ideologia do tratamento (re) socializador, porque se desvirtua como planificação (deve ser) de um “ser que ainda não é” para converter-se em um “ser que jamais será”, pois não se mostra possível de realização.

Palavras Chave: direito penal, funções simbólicas, eficácia invertida, legitimidade, pena.

Resumen:

Este artículo se propone hacer un análisis de los fines no declarados por el derecho penal y de la pena misma en el Estado contemporáneo. Se aborda una selección del sistema penal, observando que la pena ejerce meramente funciones simbólicas de manifestación del poder, ya que solamente a ella son sometidos los inocentes del sistema, particularmente aquellos pertenecientes a los estratos sociales más bajos. La finalidad de tal operacionalización selectiva, no obstante no declarada, se manifiesta solamente para el mantenimiento de ese poder, por lo cual se puede concluir sobre la enorme dificultad de si teorizar una función socialmente útil para un sistema penal. El aporte teórico se fundamenta en la criminología crítica basado en el paradigma de la reacción social y en contraposición al paradigma etiológico, ampliamente difundido y aceptado hasta la década de 1960. El paradigma de la reacción social niega los principios esenciales que sustentaban la criminología tradicional, entre los cuales se encuentran el principio del fin y el de la prevención. Para la criminología crítica, este último principio, en vez de ejercer un efecto reeducativo sobre el delincuente, determina la consolidación de una verdadera carrera criminal (enfoque de etiquetas), convirtiendo así al sistema penal en

un poderoso reproductor de crímenes. Igualmente, se abordan las funciones simbólicas de la pena privativa de la libertad y su eficacia invertida en cuanto a sus objetivos declarados; son simbólicas porque la instrumentalización de la ejecución penal, en las condiciones en las que ocurre, no puede ser eficaz (o no está hecha para serlo), solamente puede suscitar la apariencia de funcionalidad y eficacia en cuanto a un proyecto propuesto. Finalmente, el artículo se pregunta por la legitimidad de la ideología del tratamiento (re)socializador, ya que se desvirtúa como planteamiento (deber ser) de un “ser que aún no existe” para convertirse en un “ser que nunca será”, ya que su realización no parece posible.

Palabras clave: derecho penal, funciones simbólicas, eficacia invertida, legitimidad, pena.

Abstract:

This article aims to analyze the non-declared criminal law goals and the penalty in the contemporary State. It addresses a selectivity of the criminal justice system, noting that the penalty has purely symbolic functions of manifestation of power, because only are submitted to it the innocents of the system, especially those belonging to lower social strata. The purpose of this selective operation, although unreported, manifests itself solely for the maintenance of that power, through which it can be concluded about the enormous difficulty of whether theorizing on a socially useful function for the criminal justice system. The theoretical contribution is rooted on the Critical Criminology based on the paradigm of social reaction and in contrast to the etiological paradigm, widely used and accepted until the 1960s. The paradigm of social reaction denies the basic principles that supported the traditional criminology, among which can be found the principle of order and the principle of prevention. For critical criminology, the prevention principle, rather than having an effect on the re-educated delinquent, determines the consolidation of a proper criminal career (labeling approach), turning the penalty into a powerful crime reproducer. The article also addresses the symbolic functions of deprivation of liberty and its inverted effectiveness as for its stated objectives. They are, we say, symbolic because the manipulation of criminal enforcement, in the way in which it presents itself, cannot be effective (or is not meant to be), but only can it raise the appearance of functionality and effectiveness in relation to a determined project. Finally, the paper worries about the legitimacy of the ideology of the (re) socialization treatment because it distorts itself as planning (should be) of a “being who is still not” in order to become a “never will be that” being, since it doesn't seem possible to happen.

Key Words: criminal law, symbolic functions, reversed efficacy, legitimacy, penalty.

Résumé:

Cet article vise à analyser les objectifs non-déclarés par la loi pénale et la peine elle-même dans les états contemporains. L'on adresse ici la sélectivité du système de justice pénale, en notant que la peine exerce des fonctions purement symboliques de manifestation du pouvoir, car seuls sont soumis à elle les innocents du système, notamment ceux qui appartiennent aux couches sociales inférieures. Le but de cette opération sélective, bien que non déclarée, se manifeste uniquement au maintien de ce pouvoir, ce qui mène à conclure au sujet de l'énorme difficulté si théoriser sur une fonction socialement utile pour le système de justice pénale. L'apport théorique est basé sur la criminologie critique fondé sur le paradigme de la réaction sociale et en opposition au paradigme étiologique, largement accepté et utilisé avant les années 1960. Le paradigme de la réaction sociale nie les principes fondamentaux qui ont soutenu la criminologie traditionnelle, notamment ceux de l'ordre et la prévention. Pour la criminologie critique, le principe de précaution, plutôt que d'avoir un effet sur la ré-éducation du délinquant, détermine la consolidation d'une carrière criminelle à part entière (méthode d'étiquetage), tournant ainsi la peine en un reproducteur de criminalité très puissant. L'article porte également sur les fonctions symboliques de la peine de privation de liberté et de son efficacité inverse quant à leurs objectifs déclarés. L'on propose le mot symboliques car la manipulation de la répression pénale, de la manière dont elle se présente actuellement, ne peut être efficace (ou n'est pas destiné à l'être), mais elle sert seulement à susciter la fonctionnalité et l'efficacité en apparence par rapport au projet proposé. L'on se demande, enfin, sur la légitimité de l'idéologie du traitement de (re) socialisation, car elle fausse la planification (devrait être) d'un « être qui n'est pas encore » pour devenir un être qui « ne sera jamais », du fait que ceci n'est évidemment pas possible de se produire.

Mots-clés: droit pénal, fonctions symboliques, efficacité inverse, légitimité, pénalité.

Sumario

- 1. Notas Introdutórias. 2. O controle social difuso e institucionalizado.*
- 2.1. A mídia e a ética da punitividade. 2.2. O Sistema Penal. 2.2.1. Labeling Approach: as carreiras criminosas. 2.2.2. Sistema penal e o controle do não-igual. 3. Cárcere e marginalidade social: um lugar destinado para os alvos do sistema. 4. A prisão como elemento do sistema de socialização. 5. Socializar antes, Ressocializar depois. 6. Considerações Finais. Referências das fontes citadas.*

1. Notas Introdutórias

As ciências jurídicas, fundadas na idéia ilustrada do contrato, atuam com a pretensão de regular, através das normas, o convívio social, estabelecendo pautas de ações civilizadas e o rol dos atos inapropriados. 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.

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.

Conforme Salo de Carvalho (2008, pp. 1-2; No mesmo sentido: Roxin, 2008, pp. 32-33), 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.

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 (Carvalho, 2008, p. 3).

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 Pierangeli (Zaffaroni & Pierangeli, 2006, pp. 74-75), 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 Carvalho (2008, pp. 96-97) trata o direito penal contemporâneo de *absolutamente narcisista*, pois é um incisivo investimento pulsional em si mesmo.

A proposta 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* (Batista, 2002, p. 147), 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 (Zaffaroni & Pierangeli, 2006, p. 63).

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, 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* (Andrade, 2003 a, p. 210).

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 sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira (Batista, 2007, p. 19), 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 Andrade (2003b, p. 23), nós interagimos em ambas as dimensões de controle aqui apresentados, seja como operadores formais do controle ou equivalentes, seja como *sensu comum ou opinião pública*, que desde o cenário² de nossas vidas, sobretudo frente à televisão, julga-se, seleciona-se e aprisiona-se.

2.1 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,

2 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*.

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 do puro noticiário que dá a todos a oportunidade de chegar à conclusão: “Isso não!” (Luhmann, 2005, pp. 60-61).

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 (Luhmann, 2005, pp. 63-134).

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 (Batista, 2002, p. 155)³.

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 tempo⁴. Como o elo mais compulsivo que unindo *Nós* contra o *Outro* (*Outsiders*) agiganta por sua vez a dimensão do inimigo *criminalidade*. De acordo com Andrade (2003b):

-
- 3 “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” (Batista, 2002, p. 155).
- 4 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 dramaturgica que elege, 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 (*cf.* Batista, 2005, p. 88).

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 (p. 24).

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 perigo⁵.

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.

2.2 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*.

5 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”, “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 “justiceiros”, etc.) (cf. Zaffaroni, 2001, p. 129).

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 (Batista, 2007, p. 25).

Zaffaroni e Pierangeli (Zaffaroni & Pierangeli, 2006, p. 65) 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 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 Batista (2007, pp. 25-26), 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*⁶, 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.

2.2.1 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 Baratta (2002, p. 87), em primeiro lugar, tal enfoque remonta àquela direção da psicologia social e da sociolinguística inspirada em George H. Mead, e comumente indicada como “interacionismo simbólico”. Em segundo lugar, a “etnometodologia”, inspirada pela

6 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 (Cf. Cirino Dos Santos, 1985, p. 26).

sociologia fenomenológica de Alfred Schutz, 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.

Conforme Andrade (2003b, p. 39), 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, Andrade (2003a, pp. 200-202) organiza sinteticamente os postulados do *labeling*, desenvolvendo sua investigação em perspectiva de negação de princípios

até então considerados essenciais⁷ 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 conseqüência, não é possível estudar a criminalidade independentemente desses processos. Desde o ponto de vista das definições legais, a criminalidade se manifesta como o comportamento da maioria, antes que de uma minoria

7 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, 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? (Cf. Andrade, 2009).

desviada da população⁸. 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-políticas contingentes) não é prerrogativa de um pequeno número de delitos

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

“artificiais”, mas do fenômeno total da 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 ressocialização (Ver Zaffaroni & Pierangeli, 2006, p. 96; Hireche, 2004, p. 27), 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 reincidência (Cf. Thompson, 2004).

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 indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e, enfim, “quem define quem?” (Baratta, 2002, p. 88) 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 Andrade (2003a):

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”⁹); e c) um nível orientado para a investigação do processo de definição da conduta desviada (ou “criminalização primária”¹⁰ 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 (p. 208).

Em análise do primeiro nível explicativo proposto pela autora (Andrade, 2003a, p. 208; Baratta, 2002, p. 90), 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 intervenção do sistema penal, em especial a prisão, ao invés de exercer um efeito reeducativo sobre

9 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.

10 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”).

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.

2.2.2 Sistema penal e o controle do não-igual

Ainda nos dias de hoje, considera-se 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, avalia-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 (Hulsman, 2000, p. 75).

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 diferentes¹¹, 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

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

controle social, 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 (Baratta, 2002, p. 94). 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 Baratta (Baratta, 2002, p. 95), 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 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 Pierangeli (Zaffaroni & Pierangeli, 2006, p. 70), 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 selecionadora 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 extratos 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 Bauman (1999):

[...] 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 (p. 131).

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, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados¹².

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 imunes¹³.

12 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 Brasileiro esteja presente para que a pena seja aplicada, no mínimo, em dobro.

13 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

A formulação das leis penais preserva, dessa forma, um considerável caráter tendencioso. Conforme Baratta (2002, p. 176), isso leva a preservar na criminalização primária as ações anti-sociais realizadas por integrantes das classes sociais hegemônicas, ou que são mais *funcionais* às exigências do processo de acumulação do capital. Criam-se, assim, zonas de imunização para comportamentos cuja danosidade se volta particularmente contra as classes subalternas¹⁴.

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 (Baratta, 2002, p. 172). Os tipos mais comuns

perpetram 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 (Bauman, 1999, pp. 131-132).

- 14 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, 2º 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.

de criminosos, na visão do público, vêm quase sem exceção da “base” da sociedade (Bauman, 1999, p. 134).

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 (Baratta, 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 (Bauman, 1999, p. 134-135).

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 (Bauman, 1999, p. 135).

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 Baratta (2002), 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 os tipos legais têm por objetivo a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes de poder (p. 165).

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 individuais¹⁵ 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 (Nepomoceno, 2004, p. 47).

15 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, não ganha para alimentar a família, não tem carteira assinada e só interessa à Justiça quando se transforma em réu (Kuntz, 2005, p. 155).

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 seu “delírio místico” com choques elétricos e com “camisa-de-força química” (Zaffaroni, 2001, p. 148).

Segundo o referido penalista (Zaffaroni, 2001, pp. 148-149), 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 (Wacquant, 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 (Baratta, 1993, p. 54).

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 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, Baratta (2002, p. 17) 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 Foucault (1989, p. 125-204), 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 invisível¹⁶. 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 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.

3.1 Justificativas seletivas do poder punitivo

Desde a era pré-moderna, o poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de *peessoas*, dado que os considerava apenas como *entes perigosos*.

16 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. Respaldaado 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 (Cf. Warat, 1994, p. 57).

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 (Zaffaroni, 2007, p. 34).

No século XV, o livro *Malleus Maleficarum*, também chamado *O martelo das feiticeiras* (KRAMER,; SPRENGER, 2010) 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.

Na alta Idade Média, a condição das mulheres floresce. Elas têm acesso às artes, às ciências, à literatura. Uma monja, por exemplo, Hrosvitha de Gandersheim, foi o único poeta da Europa durante cinco séculos. Isso acontece durante as cruzadas, período em que não só a Igreja alcança seu maior poder temporal como também, o mundo se prepara para as grandes transformações que viriam séculos mais tarde, com a Renascença.

E é logo depois dessa época, no período que vai do fim do século XIV até meados do século XVIII que acontece o fenômeno generalizado em toda a Europa: a repressão sistemática do feminino. Aconselhava que todas as suspeitas de bruxaria fossem submetidas à tortura: se confessassem

mereceriam o fogo; se não confessassem, também, pois só uma bruxa, fortalecida por influência do Demônio poderia resistir à semelhante suplício sem ceder à confissão¹⁷.

A extensão da caça às bruxas neste período é espantosa. No fim do século XV e no começo do século XVI, houve milhares de execuções – usualmente eram queimadas vivas na fogueira – na Alemanha, na Itália e em outros países. A partir dos meados do século XVI, o terror se espalhou por toda a Europa, começando pela França e Inglaterra¹⁸.

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,

17 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 mutilam 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* (Cf. Galeano, 2009, pp. 115-116).

18 Conforme registra Rose Marie Muraro, um escritor estimou o número de execuções em seiscentas por ano para certas cidades, uma média de duas por dia, “exceto aos domingos”. Novecentas *bruxas* foram executadas num único ano na área de Wertzberg, e cerca de mil na diocese de Como. Em Toulouse, quatrocentas foram assassinadas num único dia; no arcebispo de Trier, em 1585, duas aldeias foram deixadas apenas com duas mulheres moradoras cada uma (Muraro, 2010, p. 13)

desbaratando suas organizações sociais e políticas e reduzindo essas pessoas à condição de servidão e escravidão (Zaffaroni, 2007, pp. 34-35).

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 (Zaffaroni, 2007, p. 35). 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 dos africanos do *inferno* para o *paraíso*. Porém, a Europa se esqueceu de ensiná-los a ler (Galeano, 2009).

Finalmente, na América Latina, o estereótipo do desviante sempre se alimenta das características de homens jovens das classes mais carentes¹⁹, 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” (Zaffaroni, 2001, p. 134).

Zaffaroni (2001, pp. 134-135) 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

19 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, , 2001, p. 131).

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 pessoa²⁰, convertendo-a em um “suspeito profissional”, de tomar os antecedentes como provas de culpa, inclusive por parte dos juízes²¹, 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 refração²².

20 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.

21 “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” (Foucault, 1989, p. 248); O juiz irá, no Processo Penal, coordenar os diversos saberes para *formatar* o indivíduo ao padrão *normal*, assumindo feição disciplinar repressora (Rosa, 2006, p. 210).

22 “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.

Desde os trabalhos pioneiros de Georg Rusche e Otto Kirchheimer (*Cf.* Rusche & Kirchheimer, 1999), confirmados por cerca de 40 estudos empíricos em uma dezena de sociedades capitalistas (Wacquant, 2001), 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.

Vera Malagutti Batista (1998), 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 (p. 120).

Daí extrai-se a compreensão do que seja o crime, o que seja o criminoso e o constitua a pena. Nietzsche (1993) 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 (p. 48).

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 multa²³.

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 logo 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 (Bauman, 1999, p. 114).

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 (Wolf, 2005, p. xxvi: apresentação).

4. 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.

23 “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 (*Ctd.* Wacquant, 2001, p. 107).

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 sistema (Baratta, 2002, p. 170) e também, do cárcere, aquilo que Weber denomina de “pretensão de legitimidade”²⁴, 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 Carvalho (2008, p. 47), 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 difícilimo 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:

24 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, 2003, v. II, p. 193).

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 (Carvalho, 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 (Wolf, 2005, pp. 245-246).

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 (Baratta, 2002, p. 203).

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 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* (Zaffaroni, 2001, p. 19).

Com isso, verifica-se 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 (Andrade, 2003b, p. 89).

5. Socializar antes, Ressocializar depois

Um dos maiores problemas da “ideologia do tratamento ressocializador” reside em seu falso ponto de partida, uma vez que se trata de uma aproximação ideológica que pressupõe e sugere a existência de uma sociedade perfeita, sublime e magnífica. Ao tornar a ordem social vigente um modelo ideal e inquestionável, a ideologia do tratamento ressocializador acaba por tratar o fenômeno do desvio como uma ocorrência exclusivamente individual, isentando-se a sociedade e o Estado de toda e qualquer responsabilidade pela gestação de fenômenos delitivos no interior da estrutura social (Merolli, 2010, p. 74).

A análise dos fenômenos ônticos e morais no direito penal e na criminologia pode ser construída a partir de Nietzsche, que reivindica dos filósofos a transformação dos valores e a emancipação dos juízos morais, defendendo a ideia de que não existem fatos morais, mas apenas interpretações morais de fatos, já que:

O juízo moral possui em comum com o juízo religioso a crença em realidades que não são de modo algum realidades. A moral é apenas uma exegese de certos fenômenos; falando mais determinadamente, ela é uma exegese equivocada (Nietzsche, 2000a, p. 51).

A sociedade contemporânea tende, ainda, a operar a interpretação das ações humanas a partir da dicotomia *bem* e *mal* (visão dualista do homem e do mundo) construção ancorada numa visão ilusória de mundo puro, ideal e perfeito. O oposto dessa pureza é o “sujo”, os “agentes poluidores”, assim considerados aqueles que afrontam o processo de normalização e moralização (Bauman, 1998, p. 342). A ideologia do tratamento ressocializador, portanto, desemboca no reconhecimento da validade de uma visão maniqueísta da realidade social.

Fazendo referência a obra de Sade acerca da posição nietzscheana de transvaloração dos valores morais, Carvalho (2008, p. 186) registra que há uma cultura prevalente que cria os valores (Bondade, Beleza, Justiça, Verdade) e determina a arquitetura hierarquizada na qual são elevados em relação aos seus opostos (Maldade, Feiúra, Injustiça, Mentira), sustentando a dicotomia *virtude* e *vício*, sendo este objeto de castigo e aquele de júbilo.

Necessário, contudo, descartar esta cisão irreal, percebendo o homem apenas como *humano*, capaz de atos nobres e cruéis, de acordo com as circunstâncias psíquicas, emocionais, sociais, políticas, econômicas, além de inúmeros outros fatores que podem influenciar no comportamento de cada um. Essa crítica aos preceitos morais é fortalecida por Nietzsche: “mau

é ser ‘não moral’ (imoral), praticar o mau costume, ofender a tradição, seja ela racional ou estúpida” (Nietzsche, 2000b, p. 73).

Em uma sociedade dividida por classes, como se espelha o meio social contemporâneo, é certo que os valores de uma classe podem ser sensivelmente antagônicos aos de outra e isso é um obstáculo a mais ao projeto socializador, pois ninguém pode ver-se obrigado a se ajustar moralmente aos valores ideológicos dominantes na sociedade, mesmo porque o único tratamento válido seria o que se estendesse a todo corpo social (Cervini, 1995, p. 37). Do mesmo modo, é irreal pretender ressocializar o delinquente por intermédio da pena privativa de liberdade quando, de fato, existe uma relação de exclusão entre a prisão e a própria sociedade.

Conforme Baratta, tal exame não pode, senão, levar à conclusão de que a verdadeira reeducação deveria começar pela Sociedade, antes que pelo condenado. Dessa forma, “antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão” (Baratta, 2002, p. 186).

Em condições como estas, não é razoável considerar a possibilidade de *ressocializar* alguém que, sequer, foi socializado, pois conforme registra Borges²⁵, ao invés de humanizar o homem, o que a sociedade faz é exatamente o contrário:

Todos nascemos com uma dose de crueldade que só a educação modifica; mas a educação não está na natureza e prejudica tanto seus efeitos sagrados quanto o cultivo prejudica as árvores [...]. Suprimi vossas leis, vossas punições, vossos costumes, e a crueldade não terá mais efeitos

25 Augusto Contador Borges faz referência à filosofia libertina no pensamento do Marquês de Sade. Segundo Sade, *bem* e *mal* são apenas categorias formuladas pelo Homem em Sociedade e que servem apenas para a manutenção dos poderosos em suas posições (Sade, 1999).

perigosos, já que nunca agirá sem ser repelida pelos mesmos meios. É no estado de civilização que ela se torna perigosa, porque quase sempre falta ao ser lesado força ou meios de repelir a injúria; mas um estado civilizado, se ela age sobre o forte, será repelida por ele, e se age sobre o fraco, não lesando um ser que cede o mais forte pelas leis da natureza, não terá a menor inconveniência (Borges, 2003, p. 81).

O cárcere reflete as características negativas próprias da sociedade livre: “são relações sociais baseadas no egoísmo e na violência ilegal, no interior das quais os indivíduos socialmente mais débeis são constringidos a papéis de submissão e de exploração” (Baratta, 2002, p. 186). Por isso, antes de falar de educação e de reinserção é necessário fazer um exame do paradigma de Sociedade que se tem e que se pensa reinserir o preso.

É de se considerar, destarte, aquilo que registra Thompson (2000, p. 110), de que as funções da pena, no que se refere a seus objetivos ressocializadores não têm solução “em si”, porque não se trata de um problema “em si”, ou seja, simplesmente afeto ao plano interno do direito penal. É sim, parte integrante de um problema vinculado a toda questão criminal, que, por sua vez, não desfruta de qualquer autonomia. A questão criminal nada mais é que mero elemento de outro problema ainda mais amplo: o das estruturas sócio-político-econômicas. E sem um plano reformulador nestas estruturas, coisa alguma vai alterar-se em sede criminal e, menos ainda, nas formas de aplicação e execução da pena criminal.

Anotado isso, deve-se ter presente que pouco, ou quase nada, pode-se esperar da prisão quanto aos objetivos de prevenção especial positiva. Precisa-se, igualmente, estar presente uma postura crítica ante a ideia de que a prisão é a única forma de fazer frente aos riscos da violência e da criminalidade; deve-se criticar permanentemente o fato de que a aceitamos passivamente, como o principal instrumento de controle social, mesmo sabendo que responde a uma ordem injusta e ainda é, ela mesma, produtora de ilegalidades (Wolf, 2005, p. 242).

É certo, como já registrado, que qualquer “reforma” operativa apenas no campo dogmático seria pouco produtiva. A letra da norma e sua aplicação são dois momentos distintos quando tema em debate é a execução penal, pois o trabalho do jurista se limita ao universo da norma, excluindo-se o conhecimento da eficácia e de sua aplicação concreta.

Deste modo, necessário se faz uma visão global do direito, permitindo interpretar a lógica da normatização à luz da realidade histórica e social em que ela é concretizada, sem o qual as finalidades declaradas permanecerão um programa irrealizável.

Comentando as políticas de reformas que podem tornar a execução penal menos prejudicial à vida futura do sentenciado, Alessandro Baratta (1991, p. 254) registra que qualquer iniciativa que torne menos dolorosas e danosas à vida na prisão, deve ser encarada com seriedade quando for realmente inspirada no interesse pelos direitos e destino das pessoas detidas. Mas esse empenho deve prover-se de uma mudança radical e humanista e não de um reformismo tecnocrático cuja finalidade e funções são as de legitimar o conjunto do sistema prisional.

Conforme o autor (Baratta, 1991), uma política de reintegração social dos autores de delitos, tem por objetivo imediato não apenas a garantia de uma prisão “melhor”, mas também e, sobretudo, menos cárcere. Precisa-se considerar seriamente, como política de curto e médio prazos, uma drástica redução da pena, bem como atingir, ao mesmo tempo, o máximo de progresso das possibilidades já existentes do regime carcerário aberto e de real prática e realização dos direitos dos apenados à educação, ao trabalho e à assistência social. Para ele, necessário desenvolver cada vez mais essas possibilidades na esfera do legislativo e da administração penitenciária.

Reintegração social (do condenado) significa, antes da modificação do seu mundo de isolamento, a transformação da sociedade que necessita reassumir

sua parte de responsabilidade dos problemas e conflitos em que se encontra “segregada” na prisão. Baratta (1991) afirma que através de uma breve análise da população carcerária, será possível constatar que a maior parte dos presos é oriunda de um processo secundário de marginalização que intervém em um processo primário. É fato comprovado que a maior parte dos presos procede de grupos sociais já marginalizados, excluídos da sociedade ativa, por causa dos mecanismos de mercado que regulam o mundo do trabalho²⁶.

Neste sentido, a reintegração do sentenciado na sociedade significa, antes de tudo, corrigir os determinantes de exclusão social desses setores, para conduzi-los a uma vida pós-penitenciária que não signifique, simplesmente, como quase sempre acontece, o regresso à reincidência criminal, ou à marginalização secundária e, a partir daí, uma vez mais, volta à prisão.

Abolir o desvio, de forma completa é sempre uma pretensão utópica, pois, como visto, os conflitos são inerente a própria coexistência humana. Contudo, isso não desobriga a sociedade do compromisso que tem perante o delinquente. Da mesma forma que este é responsabilizado quando ofende o *bem estar social* da comunidade, esta não pode isenta-se de sua responsabilidade perante o destino daquele.

26 Conforme dados extraídos de palestra proferida pelo Professor Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, nas dependências do Auditório Orlando Ferreira de Melo, localizado no Bloco de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – Univali, no dia 27 de maio de 2010, o sistema penal estabelecido havia produzido no Brasil, até dezembro de 2009, a quantia de 473.626 presos. Destes, 152.612 eram presos provisórios. Com relação às vagas no sistema penitenciário nacional, havia uma defasagem que ultrapassa as 139.000. Mas, apesar do grande volume da massa carcerária, o que mais nos interessa, nesse ínterim, não é a quantidade de encarcerados, mas quem sem encontra atrás das grades. De todos estes 473.626 presos, quando de suas prisões, nem 2.000 deles possuíam renda superior a 2 (dois) salários mínimos, ou seja, dos 473.626 presos, mais de 471.600 nem salário tinham. Este fato atesta que a seletividade do sistema penal não é acidente de percurso, mas sim, faz parte da lógica estrutural de seu funcionamento, traduzindo de forma empírica aquilo que Alessandro Baratta sustenta: que a maior parte dos presos procede de grupos sociais já excluídos da sociedade.

Assim, só resta aos operadores do direito trabalhar no sentido de tornar o cumprimento da pena menos nocivo e deteriorante para a pessoa do condenado, buscando aumentar seu nível de invulnerabilidade frente ao exercício do poder punitivo do sistema penal.

Amparado nas idéias dos pensadores franceses Jacques Derrida e Emmanuel Lévinas, Bauman (*Cf.* Bauman, 1998) registra as características do mundo social contemporâneo, marcado pelo capitalismo pós-industrial, consumo exacerbado, movimento constante, efemeridade e fragilidade dos laços afetivos entre as pessoas. O impacto desses fenômenos nos relacionamentos interfere nas relações e traz uma marca fundamental: a liquidez.

Mas o destaque feito pelo autor que mais aqui interessa é, sem dúvida, a baixa cotação da alteridade dos indivíduos que vivem este tempo. 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.

Do mesmo modo, comentando o mundo pós-moderno, Maffesoli (1995) registra uma preponderância do ideal comunitário, em detrimento do ideal societário, ao que chama de *tribalismo pós-moderno*. Esses agrupamentos tendem ao desejo de estar com o semelhante, rejeitando o diferente. Não é por outra razão que o desviante é tratado como um *não cidadão*, pois é aquele sobre o qual recaem as 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.

Se restar definido a função dos homens dentro e fora da prisão, ficará claro que não se pode resolver a questão da criminalidade aprisionando pessoas. O desviante socialmente produzido e etiquetado não está *fora do mundo* que os poderes constituídos geraram e conheceram 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 e muito menos à prisão. 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.

6. Considerações finais

Na pesquisa que se finaliza, realizou-se uma exposição crítica do 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). 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 dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as, para indicar aos demais os limites do espaço social (Zaffaroni); b) o sistema penal é um instrumento precípua da escala social vertical e das relações de subordinação e de exploração do homem pelo homem (Baratta).

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 (Baratta).

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.

Não se pode ignorar, neste contexto, a dificuldade de fazer socializáveis aos que, de forma simplista, chama-se de anti-sociais, dissociando-os da comunidade livre e ao mesmo tempo os associando à comunidade carcerária (Bitencourt). Extremamente difícil, por isso, estabelecer uma teoria da punição reformadora, a não ser, como assevera Thompson, que retificássemos os conceitos vigentes acerca da educação: “Punir é castigar, fazer sofrer. A intimidação, a ser obtida pelo castigo, demanda que este seja apto a causar terror. Ora, tais condições são reconhecidamente impeditivas de levar ao sucesso uma ação pedagógica”.

Sua correta aplicação exigiria um redirecionamento das políticas públicas buscando uma discussão e crítica das propostas que envolvem o Direito Penal e, especificamente, a execução penal, a fim de direcioná-los para que, no mínimo, respeitem os direitos legalmente estabelecidos. Diante disso, é

possível concluir que o sistema executivo da pena se encontra estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere (realmente) e sim, para que exerça seu poder disciplinar com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores mais vulneráveis da Sociedade.

Apesar disso, a pena privativa de liberdade é adotada universalmente como forma de punição extrema. A ausência de opções leva o corpo social a acreditar na necessidade de sua expansão, crença que, em face da absoluta insustentabilidade teórico-prática, precisa ser superada.

Assim, chega-se a conclusão de que qualquer postura que proponha pensar em alternativas de reintegração social positiva para aqueles que cumprem a pena privativa de liberdade deve priorizar uma atitude cética em relação à prisão e também, a todo o processo penal.

Não se pode pensar que a prisão irá dar conta da gama de problemas sociais que envolvem o aprisionamento. Necessário, portanto, pensar-se em algo novo, diferente daquilo que vem sendo aplicado e que só tem elevado os problemas que o sistema prisional se propõe a resolver.

Por esta crise de legitimidade do Sistema Penal, e diante da eficácia instrumental inversa à prometida, faz-se necessário a desconstrução do modelo atual e a implementação de um novo modelo de política criminal estruturado, sobretudo, como política de transformação social e institucional, para a construção da igualdade, da democracia e de modos de vida comunitária e civis mais humanos. Indispensável a reconstrução de vínculos societários de simpatia horizontais ou comunitários, que permitem a solução desses conflitos sem a necessidade de apelar para o modelo punitivo formalizado abstratamente (Zaffaroni).

Não é racional interpretar as ações humanas a partir da dicotomia bem e mal (visão dualista do homem e do mundo) construção ancorada numa

visão ilusória de mundo puro, ideal e perfeito (Carvalho). É preciso que a sociedade descarte esta visão irreal, percebendo o homem apenas como humano, capaz de atos nobres e cruéis, de acordo com as circunstâncias psíquicas, emocionais, sociais, políticas, econômicas, além de inúmeros outros fatores que podem influenciar no comportamento de cada um.

O cárcere reflete as características negativas próprias da sociedade livre. Por isso, antes de falar de educação e de reinserção é necessário fazer um exame do paradigma de Sociedade que se tem e que se pensa reinserir o preso. A reintegração social (do condenado) implica, portanto, antes da transformação do seu mundo de isolamento, a transformação da Sociedade e do Estado que necessitam reassumir sua parcela de responsabilidade diante dos problemas e conflitos vividos pela população segregada nas prisões.

O desregramento econômico e social ativa condicionamentos psíquicos nos operadores do sistema de justiça criminal, determinando suas atuações (seletivas) no processo de criminalização das pessoas. Esse processo 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.

A construção teórico-ideológica de que a inflação carcerária se traduz por uma redução automática da criminalidade, em razão de seu efeito de

neutralização do condenado, não tem a mínima sustentação no plano prático. No transitar da pesquisa, foi possível verificar que a prisão devolve à sociedade indivíduos ainda mais propensos a práticas criminosas. Isso, em razão do corte sócio-biográfico que a reclusão opera e da absoluta carência dos programas de reabilitação e de reinserção social do condenado para antes e depois do confinamento.

Prisão gera mais prisão. Encerra-se o artigo com a convicção de que a verdadeira alternativa para fugir dessa assertiva é a construção de um verdadeiro Estado Democrático e Social de Direito digno desse nome. Necessário realizar uma política social de base, investindo na administração da criminalidade por meio de um ataque direto às suas causas, garantindo os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, tais como educação, saúde, alimentação e trabalho, a fim de combater-se à violência na sua causa primária. Somente dessa forma a prisão irá recuar e os direitos sociais, avançar. Para isso, contudo, devem restar, assim, definidas as funções de cada homem dentro e fora da prisão, quando então ficará claro que não se pode resolver a questão da criminalidade aprisionando pessoas.

Referências das fontes citadas

- Andrade, V. R. P. de (2003a). *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal* (2ª ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.
- (2003b). *Sistema Penal Máximo X Cidadania Mínima: códigos de violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- (2008, Mayo 5) Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas (RECI)*. 05.05/08. Recuperado de <www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>.
- Araújo Jr., J. M. de (1991). Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo – aspectos. J. M. de Araújo Jr. (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Revan.

- Baratta, A. (1991). Ressocialización o control social: por um conceito crítico de “reintegración social” del condenado. J. M. de Araújo Jr. (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Revan.
- (1993, abr./may./jun.). Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. *Fascículos de Ciências Penais. Tutela Penal dos Direitos Humanos*, 6 (2), 44-61.
- (2002). *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal* (3ª ed.; J. Cirino dos Santos, Trad.). Rio de Janeiro: Revan.
- Batista, N. (2002). Os sistemas penais brasileiros. V. R. P. de Andrade (Org.). *Verso e Reverso do Controle Penal – (Dês) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva. Homenagem a Alessandro Baratta* (v. 1). Florianópolis: Fundação Boiteux.
- (2005, oct. - dec.). A criminalização da advocacia. *Revista de Estudos Criminais*, (20), p. 85-91.
- (2007). *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro* (11ª ed.). Rio de Janeiro: Revan.
- Batista, V. M. (1998). *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, Freitas Bastos.
- Bauman, Z. (1998). *O mal-estar da pós-modernidade* (M. Gama & C. Martinelli Gama, Trans.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.
- (1999). *Globalização: as conseqüências humanas*. (M. Penchel, Trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.
- Bitencourt, C. R. (2004). *Falência da pena de prisão: causas e alternativas* (3ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- Borges, A. C. (2003). A Revolução da Palavra Libertina. M. Sade. *A Filosofia na Alcova*. São Paulo: Iluminuras, 2003.
- Carvalho, S. de (2008). *Anti-manual de criminologia* (2ª ed.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.
- Cervini, R. (1995). *Os processos de descriminalização* (E. Granja et al, Trans; 2ª ed). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Christie, N. (1998). *A indústria do controle do crime: a caminho do GULAGs em estilo ocidental* (L. Leiria, Trad.). Rio de Janeiro: Forense.

- Cirino dos Santos, J. (1985). *Direito Penal: a Nova Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense.
- (2000). *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora.
- (2002). Política Criminal: realidades e ilusões do discurso penal. *Discursos sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, (12), p. 53-59.
- Coutinho, J. N. de M. (2010, Mayo 27). *Palestra: Evento realizado nas dependências do Auditório Orlando Ferreira de Melo, localizado no Bloco de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – Univali*. Participaram ainda os Professores A. Miglino & P. Odifreddi.
- Foucault, M. (1989). *Vigiar e Punir: história de violência nas prisões* (L. M. Ponde Vassallo, Trad.; 7ª ed.). Petrópolis/RJ: Editora Vozes.
- (1996). *Microfísica do Poder* (R. Machado, Trad.). Rio de Janeiro: Graal.
- Galeano, E. (2007). *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso* (S. Faraco, Trad.; 9ª ed.). Porto Alegre: L&PM.
- (2005, Outubro). *Os demônios do demônio*. Recuperado de <<http://titaferreira.multiply.com/reviews/item/143>>.
- (2009). *Espelhos: uma história quase universal* (E. Nepomuceno, Trad.; 2ª ed.). Porto Alegre: L&PM, 2009.
- Habermas, J. (2003). *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* F. Beno Siebeneichler, Trad.; 2ª ed.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- Hireche, G. F. (2004). *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense.
- Hulsman, L. (2000). El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas. *Criminología crítica y control social* (Tomo 1: *El Poder Punitivo del Estado*). Rosario - Pcia. de Santa Fe: Editorial Juris.
- (2004). Alternativa à justiça criminal (M. L. Karam, Trad.). AAVV. *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan.
- Kramer, H. & Sprenger, J. (2010). *O martelo das feiticeiras (Malleus Maleficarum)* (P. Fróes, Trad.; 21ª ed.). Rio de Janeiro: Rosa os Tempos.

- Kuntz, R. (2005). A redescoberta da igualdade como condição de justiça. J. E. Faria (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros.
- Luhmann, N. (2005). *A realidade dos meios de comunicação* (C. Marcondes Filho, Trad.). São Paulo: Paulus.
- Maffesoli, M. (1995). *A Contemplação do Mundo* (F. Franke Settineri, Trad.). Porto Alegre: Artes e Ofícios.
- Merolli, G. (2010). *Fundamentos críticos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris.
- Nepomoceno, A. (2002). O Sistema Penal: suas verdades e mentiras. V. R. P. de Andrade (Org.). *Verso e Reverso do Controle Penal – (Dês) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva. Homenagem a Alessandro Baratta* (Vol. 1). Florianópolis: Fundação Boiteux.
- (2004). *Além da lei – a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan.
- Nietzsche, F. (1993). Sobre a verdade e a mentira no sentido extra-moral. ----- *Obras incompletas* (3ª ed.). São Paulo: Abril Cultural.
- (2000a). *Crepúsculo dos Ídolos (ou como filosofar com o martelo)* (2ª ed.). Rio de Janeiro: Relume Dumará.
- (2000b). *Humano, Demasiado Humano (Um livro para espíritos livres)* (P. C. de Souza, Trad.). São Paulo: Companhia das Letras.
- Rosa, A. M. da (2006). *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Rose Marie. Introdução Histórica. In Kramer & Sprenger, 2010.
- Roxin, C. (2008). *Estudos de Direito Penal* (L. Greco, Trad.; 2ª ed.). Rio de Janeiro: Renovar.
- Ruiz, C. M. M. B. (2004). *Os labirintos do poder: o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação*. Porto Alegre: Escritos.
- Rusche, G. & Kirchheimer, O. (1999). *Punição e estrutura social* (G. Neder, Trad.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia.

O controle penal dos excedentes: as funções simbólicas do direito penal e a eficácia invertida quanto seus objetivos declarados

- Sade, M. de. (1999). *A Filosofia na Alcova: ou, Os Preceptores Imorais* (A. C. Borges, Trad.). São Paulo: Editora Iluminuras.
- Thompson, A. (2000). *A questão penitenciária* (5ª ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- Wacquant, L. (2001). *As prisões da miséria* (A. Telles, Trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.
- Warat, L. A. *Introdução Geral ao Direito: interpretação da lei e temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Fabris.
- Wolf, M. P. (2005). *Antologia de vidas e histórias na prisão: emergência e injunção de controle social*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris.
- Zaffaroni, E. R. (1991). El sistema penal em los países de America Latina. J. M. Araújo Jr. (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. Rio de Janeiro.
- (2001). *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal* (V. Romano Pedrosa & A. Lopez da Conceição, Trans.). Rio de Janeiro: Revan.
- (2007). *O inimigo no direito penal* (S. Lamarão, Trad.). Rio de Janeiro: Revan.
- Zaffaroni, E. R. & Pierangeli, J. H. (2006). *Manual de direito penal brasileiro* (Vol. 1: parte geral; 6ª ed.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

