

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: INSTRUMENTO DE EXCLUSÃO SOCIAL

CUSTODIAL SENTENCE: INSTRUMENT OF SOCIAL EXCLUSION

Fernanda de Matos Lima Madrid¹

Maurício Gonçalves Saliba²

RESUMO: O presente artigo fará uma análise da pena privativa de liberdade, abarcando seu conceito; suas finalidades teóricas, ou seja, aquelas declaradas pelo ordenamento jurídico, discorrendo sobre a teoria absoluta (ou da retribuição), teoria relativa (finalista, utilitária ou da prevenção) e teoria mista (ecclética, intermediária, unificadora da pena ou conciliatória), bem como analisar a finalidade da pena privativa de liberdade frente ao Estado democrático de Direito. Faz-se referencia as teorias da criminologia que explicam a criminalidade, dando maior enfoque a denominada criminologia critica, almejando ensinar reflexões sobre as reais funções exercidas pela sanção privativa de liberdade, assim como tratar da crise que a mesma tem experimentado, demonstrando que a mesma trata-se de um instrumento de exclusão social a serviço do sistema capitalista na manutenção da escala social existente.

Palavras-chave: pena privativa de liberdade; finalidades, criminologia, instrumento de exclusão.

ABSTRACT: This article will review the sentence of imprisonment, embracing its concept, its theoretical purposes, ie those declared by law, discussing the absolute theory (or retribution), the relative theory (finalist, utilitarian or prevention) and theory mixed (eclectic, intermediate, unifying the penalty or compromise), and examine the purpose of deprivation of liberty against the democratic state of law. Makes reference to the theories of criminology to explain the crime, giving greater emphasis to so-called critical criminology, aiming to give rise reflections on the actual duties performed by the custodial sentence, as well as addressing the crisis that has experienced the same, showing that the same it is an instrument of social exclusion in the service of the capitalist system in the maintenance of existing social scale.

Keywords: custodial sentence; purposes, criminology, an instrument of exclusion.

INTRODUÇÃO

¹ Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente, possui Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. É Mestranda na Universidade Estadual do Norte do Paraná e bolsista da Fundação Araucária.

² Graduado em história, mestre e doutor em Educação pela UNESP/Marília, professor de sociologia e política de IES, e professor e assessor de pesquisa do Programa de Mestrado da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOPI-UENP .

A questão do papel exercido pela pena privativa de liberdade é tema latente nas discussões jurídicas. Pouco se tem feito na busca das funções proclamadas pela legislação no que concerne a restrição da liberdade do infrator. O objetivo principal deste trabalho é demonstrar que a pena restritiva de liberdade se caracteriza por ser um instrumento de exclusão social, ao contrario dos fins proclamados, visando a manutenção da estrutura social existente.

O objetivo principal deste trabalho é analisar como a pena restritiva de liberdade se caracteriza como um instrumento de exclusão social, ao contrario dos fins proclamados, visando à manutenção da estrutura social existente.

Portanto, é inegável que o estudo sobre o assunto é fundamental na busca de alternativas mais legítimas a prisão.

A pesquisa sobre o tema e a coleta de dados foi feita pela análise de documentação indireta, vale dizer, pelo estudo doutrinário.

O método utilizado foi o dedutivo, posto que se parte do conceito da pena para a crítica do papel que ela efetivamente exerce na sociedade.

O trabalho está dividido da seguinte forma: conceito de pena privativa de liberdade, finalidade da pena no estado democrático de direito, teorias da criminologia que explicam a criminalidade, pena privativa de liberdade: instrumento de exclusão social e, por fim, conclusões.

2 CONCEITO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Uma vez cometida uma infração penal surge para Estado o *jus puniendi*, ou seja, o direito de punir aquele que transgrediu a norma penal, sendo ele o titular exclusivo deste direito-dever, portanto, somente ele poderá submeter um indivíduo à sanção penal. Assim, a sanção penal é gênero cujas espécies são: a pena e a medida de segurança, sendo, a primeira, objeto do presente trabalho.

Assim, a sanção penal pode ser definida como consequência jurídica a pratica da infração penal. Damásio Evangelista (2008, p. 517) conceitua pena, em seu sentido geral, conforme entendimento de Sebastian Soller (1970, p. 342): “Pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”.

Como dito, a pena privativa de liberdade constitui uma espécie de sanção penal, sendo que, nos últimos tempos, assumiu o papel de principal resposta do Estado a prática de infrações penais, apesar do reconhecimento de seu fracasso.

Surgiu com o fito de extirpar as sanções corporais e cruéis, tendo grande importância na transformação do tratamento penal dispensado ao delinquente, contudo não está correspondendo às expectativas de recuperar o infrator, como veremos a seguir.

No que concerne a pena privativa de liberdade, o bem jurídico que o Estado restringe é a liberdade do indivíduo, sendo que a função desta restrição é objeto de grandes debates na doutrina.

3 FINALIDADE DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

As funções exercidas pela pena restritiva de liberdade, frente a crescente concretização dos direitos humanos, tem sido cada vez mais objeto de questionamentos, primordialmente no que concerne a notória impossibilidade de se obter efeitos positivos sobre o recluso.

O discurso oficial é no sentido de que a pena tem como finalidade o combate à criminalidade e a reeducação do preso. Entretanto, a sanção penal não exerce esta função declarada.

Pena e Estado estão relacionados entre si. Para compreender a sanção penal deve ser analisado o modelo econômico e a forma de Estado em que está inserida a sanção de caráter penal.

Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 83):

Pena e Estado são conceitos intimamente relacionados entre si. O desenvolvimento do Estado está intimamente ligado ao da pena. Para uma melhor compreensão da sanção penal, deve-se analisá-la levando-se em consideração o modelo socioeconômico e a forma de Estado em que se desenvolve esse sistema sancionador.

O Estado utiliza a pena para proteger a sociedade de possíveis lesões a bens jurídicos considerados importantes para o convívio social, em determinado contexto socioeconômico, mesmo havendo outras maneiras de controle social.

Portanto, é clara a relação entre o tipo de Estado e a finalidade/ função exercida pela pena em favor dos interesses deste Estado. A função desempenhada pelo Direito Penal tem relação direta com a função que se implica a pena.

A ideia de que a pena é um mal necessário, de que ela é absolutamente indispensável para o convívio social é amplamente aceita entre os juristas.

Nas palavras de Figueiredo Dias, discutir os fins da pena é discutir a própria missão do Direito Penal (1999, p. 88).

A pergunta que se faz é qual o papel exercido pela pena no Estado social de direito?

Leonardo Sica (2002, p. 56) afirma que: “A função da pena, tal a sua importância, decorre do próprio modelo de Estado e a ele deve ser associada, porquanto se revela como uma das faces mais visíveis do poder estatal diante do povo.”

Durante a história, verifica-se que estas funções declaradas da sanção penal evoluíram, passando do entendimento da retribuição até as teorias mistas da função da pena.

As finalidades da pena são explicadas através de três teorias principais: Teoria absoluta ou da retribuição, Teoria relativa e, por fim, Teoria mista ou eclética.

3.1 Teoria Absoluta ou da Retribuição

A história da evolução da pena confirma seu caráter retributivo. Mesmo que muitas vezes camuflado, este caráter expiatório da sanção penal está embutido neste instituto até nos dias de hoje.

Esta teoria é melhor compreendida quando se analisa a espécie de Estado em que ela nasceu, ou seja, um Estado absolutista, em que, na figura do rei, encontrava-se a lei, a religião e o poder, sendo que, este último, era considerado outorgado por Deus ao monarca.

Deste modo, a finalidade da pena era castigar, a expiação tinha como função acabar com o mal cometido, que era visto como “o pecado”. Quem atentava contra o Estado, estava ofendendo o soberano e, por consequência, o próprio Deus.

O Estado absolutista foi um Estado de transição, momento em que surgiu a classe burguesa, que precisava proteger seu capital.

Surge o mercantilismo, nascendo o Estado burguês que tem como base o contrato social, ocorrendo à separação do soberano e da religião. Neste contexto, a pena não podia mais continuar tendo este caráter de expiação de pecado, ela, então, assume a função de

retribuição a ordem jurídica. A sanção penal servia para reparar a ordem jurídica que foi alterada pela prática de uma conduta não desejada.

Assim, a expiação é substituída pela retribuição, a razão divina é substituída pela razão do Estado, é o que denomina Laicização do Estado. (BITECOURT, 2009, p. 86)

O Direito Penal passa a ter como objetivo impedir o conflito entre os indivíduos que estão unidos pelo contrato social. Se o indivíduo quebra este contrato, sua culpa deve ser punida com a pena (mal), sendo que o fundamento deste pensamento está no livre-arbítrio, ou seja, na possibilidade do ser humano de escolher entre fazer o que é justo e o que é injusto.

Enfim, para esta teoria a pena tem como única finalidade o castigo, o pagamento pelo mal cometido à sociedade, não se vislumbrando qualquer conotação ideológica. Nenhuma preocupação há com a pessoa do delinquente.

A sanção penal recompõe a ordem que foi atingida pelo delito. Esta teoria descobre na retribuição não só o fundamento para a sanção penal, mas também a garantia de sua existência e o esgotamento de seu conteúdo. (SHECAIRA, 2002, p. 130)

Nas palavras de Adel El Tasse (2003, p. 66):

Tais teorias têm como fundamento da sanção penal a exigência da justiça: pune-se o agente porque cometeu o crime, pune-se porque pecou (*punitur quia peccatum est*). Seus adeptos veem a finalidade da pena como retribuição do mal pelo mal. Nessas teorias preconiza-se a ideia de justiça e, assim, a pena é o mal justo para punir o mal injusto praticado, ou seja, o fato delituoso.

Seguramente, consiste na mais antiga ideia de justiça, posto que almeja reequilibrar a situação, ou seja, com as mais variadas razões compensar a lesão anterior. O que se percebe é a referência preponderante ao passado, sem um objetivo voltado para o futuro e, assim, sem pretender a realidade que está por vir. Pune-se para compensar o mal causado e não para evitar a prática futura de crimes. A teoria absoluta não desconhece o caráter preventivo da pena, no entanto, não a considera apta de influir na existência da pena. (JUNQUEIRA, 2004, p. 27 e 28)

Entre os principais defensores desta teoria estão Kant e Hegel, sendo que ambos atribuíram a pena um sentido Talional. Mas existe diferença entre ambas, enquanto Kant fundamenta a pena em questões de ordem ética, Hegel a fundamenta na ordem jurídica.

Para Kant, a pena decore da simples prática do delito, o autor da infração deve ser punido apenas por ter delinquido. A pena é um imperativo que se justifica pela razão e pela justiça, sendo decorrência natural do delito, devendo ser feita a justiça.

Ele entendia a norma como um imperativo categórico, devendo ser cumprida. A sanção penal deve ser aplicada apenas porque houve infringência à lei.

Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 89) sintetiza a tese de Kant nas seguintes palavras:

Em síntese, Kant considera que o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinquido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais integrantes da sociedade. Com esse argumento, Kant nega toda e qualquer função preventiva – especial ou geral – da pena. A aplicação da pena decorre da simples infringência da lei penal, isto é, da simples prática do delito.

Já para Hegel, a pena tem como fim restabelecer a ordem jurídica quebrada, a pena vem a ser a negação da negação do Direito. A pena anularia o crime. Como já dito, sua fundamentação é jurídica, posto que visualiza a sanção penal como necessária para restabelecer a ordem jurídica que foi negada pelo infrator.

Como o delinquente negou a ordem jurídica através de sua conduta, a pena seria a negação desta negação realizada por ele, restabelecendo, assim, a ordem jurídica que foi quebrada (recuperar o equilíbrio perdido).

A crítica que se tece sobre a teoria absoluta é de que ela não se dispensava qualquer preocupação para com a pessoa do infrator, limitando-se a abordagem do direito como válido em si mesmo. Apesar das censuras a esta teoria, ela deixou contribuição para o sistema punitivo, qual seja, apenas dentro dos limites da justa retribuição é que a pena se justifica (proporcionalidade). Neste sentido discorre Leonardo Sica (2002, p. 57):

A chamada teoria absoluta (correspondente à retribuição), todavia, tem importante contribuição à formulação da teoria da pena: a eliminação da pena à culpabilidade do agente. Ao fundamentar a pena na ideia de proporção entre os males, reivindicou, de certa forma, que cada pessoa fosse tratada de acordo com o crime cometido.

Com fulcro nesta ideia, o Direito Penal não tem como finalidade a obtenção de Justiça, mas sim a manutenção do convívio social.

3.2 Teoria Relativa, Finalista, Utilitária ou da Prevenção

Surgiu em oposição à teoria absoluta, prevendo uma efetiva finalidade da pena, preconizando que a sanção penal tem como escopo prevenir a prática de delitos. O conceito

de pena não se fundamenta mais no imperativo de fazer Justiça, mas na função de inibir a prática de novas condutas delituosas.

Com muita propriedade Adel El Tasse (2003, p. 68) discorre sobre o tema:

Pune-se para que não se cometa crime (*punitur ut ne peccetur*). O crime não seria a causa da pena, mas a ocasião que possibilita a aplicação desta. Estas teorias enxergam na pena um fenômeno prático e imediato de prevenção, que pode ser especial – aquela que se dirige à pessoa que está sofrendo a pena, visando recuperá-la; ou geral – dirigida ao corpo social, pretendendo que sejam estabelecidos meios capazes de afastar a ideia de qualquer um que pense em praticar um ato delituoso.

Esta função preventiva da pena divide-se em prevenção geral e especial às quais passaremos a analisar.

3.2.1 Prevenção Geral

Os principais autores que defendem esta posição são Bentham, Beccaria, Schopenhauer e Feuerbach.

Teve sua gênese no período do iluminismo, na transição do Estado absoluto para o Estado liberal. A imposição da pena possui, portanto, fundamento no livre arbítrio do homem, imbuído pela coação da sanção penal, para decidir entre fazer o “certo” ou o “errado”.

Assim, ocorre uma substituição do poder sobre o corpo pelo poder sobre a alma, sobre a psique (BITTENCOURT, 2011, p.134).

A prevenção geral se funda em duas premissas: o uso do medo e a ponderação da racionalidade do homem.

Leonardo Sica (2002, p. 62) assim define a Teoria da prevenção geral:

As teorias de prevenção geral baseiam-se na ideia da dissuasão, conferindo à pena o poder de coação psicológica e moral sobre o indivíduo e a coletividade, intimidando o homem ante a ameaça de punição ou infundindo na coletividade um sentimento de respeito às normas.

Trata-se da intimidação dirigida à sociedade, ou seja, os outros indivíduos não ferem o disposto na lei penal, pois têm medo da punição; a pena funciona como uma “coação psicológica”. A ameaça da pena produz nos indivíduos uma motivação para não cometer delitos, ou seja, sacrifica-se um para dar exemplo a toda coletividade.

A grande crítica que se tece a teoria da prevenção geral é que não se pode impor a sanção a um indivíduo senão baseado em sua culpabilidade e no limite desta, e, para a prevenção geral, a pena é imposta levando em consideração as outras pessoas (efeito intimidatório na coletividade) e não a efetiva responsabilidade do criminoso. Além do que, criaria um verdadeiro clima de terror entre a população.

Se aceitássemos este entendimento estaríamos retornando a idade média em que a pena era executada de forma pública para servir de exemplo aos outros membros da sociedade.

Surge, a fim de reavaliar o discurso da Teoria da prevenção geral negativa (acima exposta), a Teoria da prevenção geral positiva. Busca legitimar a finalidade da pena com motivos mais dignos. A sanção penal deve servir como reforço à validade das normas na consciência social e, por sua vez, ratificar a confiança institucional, não de maneira intimidatória, como defendido pela Teoria da prevenção geral negativa.

Portanto, no momento em que o Estado pune determinada conduta ele afirma que aquele bem jurídico ofendido pelo delinquente está protegido pela ordem jurídica. A pena tem como objetivo fortalecer a consciência do dever de obediência à norma de acordo com este entendimento.

A teoria da prevenção geral se abstém de avaliar a efetiva possibilidade de todos os membros do corpo social estarem hábeis a absorver os valores determinados pelas normas. Como desejar que um indivíduo que mora em um bairro extremamente violento e devastado moralmente, que convive todos os dias com a morte consiga determinar sua conduta em razão da pena? Esta é a realidade da maior parte daqueles que ingressam no sistema prisional.

Conclui-se que, na busca de alternativas a pena de prisão, é preciso nos afastar das ideias trazidas pela teoria da prevenção geral, no sentido de dissuasão da sanção penal.

3.1.2 Prevenção especial

A prevenção especial é baseada nas ideias de Von Liszt. Para este posicionamento a pena objetiva a readaptação social do infrator e sua segregação para impedi-lo de praticar novos delitos. A prevenção especial não almeja a intimidação social, tão pouco a retribuição, visa apenas o indivíduo que já delinuiu a fim de que o mesmo não volte a praticar outros delitos, portanto tem como objetivo principal a ressocialização do transgressor.

René Ariel Dotti (1998, p. 228) sintetiza tal teoria da seguinte maneira:

A prevenção especial consiste na função assinalada à pena, visando evitar ou atenuar a probabilidade de reincidência demonstrada pelo autor em face do delito cometido. Trata-se, é bem de ver, de uma projeção racional e idealista posto que não se admite a imposição da pena como um instrumento puramente compensatório e assim esvaziado de conteúdo ético.

Ensina Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (2004, p. 80): “O grande marco da prevenção especial é sua direção ao delinquente, a alteração das condições do infrator, buscando prevenir a reincidência”.

Por conseguinte, passou-se a se preocupar mais com o delinquente do que com a conduta criminosa, desenvolvendo-se a noção de tratamento e de neutralização do condenado através da pena. Fundamenta-se na prevenção da prática de delitos por meio da correção, da reeducação e reinserção do criminoso.

Contudo, esta teoria também se mostra vulnerável, não bastando para legitimar o sistema penal.

Ela se fundamenta na correção do apenado o que a torna inaceitável. Não é possível acolher a aplicação da lei penal para impor a forma de vida da maioria a uma pessoa, desconsiderando a individualidade de cada ser humano. Além do que, nem todos aqueles que praticaram uma conduta delituosa precisam de ressocialização, ela não se mostra necessária para todas as situações.

Claus Roxin (1993, p. 22) sobre este questionamento dispõe:

o que legitima a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhes são gratos? (...) Porque não hão de poder viver conforme desejam os que o fazem à margem da sociedade – quer se pense em mendigos, prostitutas ou homossexuais?

Outra questão que se traz é como seria admissível conciliar a finalidade ressocializadora e a execução por tempo determinado? E se o indivíduo fosse condenado a 10 (dez) anos de prisão, mas com 02 (dois) anos de reclusão já se encontra reabilitado?

Enfim, não há como sustentar a finalidade de prevenção especial da pena frente aos elevados índices de reincidência que assolam nossa sociedade.

Ignorando o fracasso deste escopo pretendido pela teoria relativa, muitas legislações o elegeram como objetivo primordial da sanção penal. A Lei de Execução Criminal pátria (Lei nº 7.210/84), em seu artigo 1º, também adotou esta posição afirmando que: “A execução

penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

3.3 Teoria Mista, Eclética, Intermediária, Unificadora da Pena ou Conciliatória.

Esta teoria pretende agrupar em um conceito único as finalidades da pena. Busca destacar os principais aspectos da teoria absoluta e da relativa, tentando agrupar em um conceito único os fins da pena. Ela surgiu no século XX através da obra de Merkel.

Apresenta como ponto inicial a crítica às teorias monistas. Sustenta que essa unidade não é capaz de abarcar a complexidade dos fenômenos sociais que são de interesse do Direito Penal. Este entendimento é que fundamenta a adoção de uma teoria pluralista da função da pena.

A Teoria mista acabou prevalecendo tanto na doutrina quanto nos ordenamentos jurídicos mais modernos.

Refutam a retribuição como finalidade da sanção penal, servindo, esta, apenas como limite de imposição da pena. O Direito Penal moderno situa a pena apenas com fins preventivos.

Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 151) conclui sobre a teoria mista:

Em resumo, as teorias unificadoras aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal. A pena não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado, além de buscar a consecução dos fins de prevenção geral e especial.

Dentro das teorias denominadas unificadoras, podemos classificar pensamentos meramente aditivos, que defendem que as várias finalidades da sanção são somente agregadas, sem critérios que possibilitem reconhecer regras para o equilíbrio dos fins ou delinear limites para a aplicação da pena; e as dialéticas, que, embora reconheça as várias funções da pena, estabelece uma ordem a ser seguida, ou pelo menos um rumo que limite a atividade do jurista.

Verifica-se, através de uma análise histórica, que as Teorias que explicam os fins da pena foram elaboradas sem considerar a realidade social. Quando a pena de prisão foi erigida como principal resposta do Estado a prática de delitos, diversas teorias surgiram para explicar

seus fins dentro do Estado Democrático de Direito, mas que não se mostraram hábeis frente a real situação social.

Por obvio, que a união de todas estas teorias também não resolverá o problema da pena, será submetida às mesmas criticas dispensadas as teorias monistas.

4 TEORIAS DA CRIMINOLOGIA QUE EXPLICAM A CRIMINALIDADE

Não se pode compreender a criminalidade e, por consequência, a função exercida pela sanção restrição de liberdade, se não se analisar a ação do sistema penal no seio social, que define a criminalidade e reage contra ela. Por tais motivos, torna-se importante voltarmos nossos olhares a criminologia a fim de entendermos o processo de definição das normas abstratas criminalizantes até a ação das instancias oficiais.

A criminologia moderna, primordialmente a partir dos anos 30, busca superar as teorias patológicas da criminalidade, que vê características biopsicológicas que caracteriza um individuo como criminoso. A criminalidade possuía “sinais” antropológicos.

Assim, a criminologia inicia-se com as escolas positivistas que teve como o mais celebre de seus representantes Cesar Lombroso.

A nova criminologia passa a ver o delito como algo construído pela sociedade e refuta a ideia do infrator como um indivíduo “diferente”. Neste sentido leciona Alessandro Baratta (2002, p. 30): “A consideração do crime como um comportamento definido pelo direito, e o repudio do determinismo e da consideração do delinquente como um individuo diferente, são aspectos essências da nova criminologia”.

As teorias da criminologia evoluíram até se chegar à teoria da reação social, que constituiu um marco divisor quando se fala em criminologia. Vejamos:

4.1 Teoria da Reação Social (*Labeling Approach*)

Surgiu, precipuamente, nos Estados Unidos no inicio da década de 60, tendo como principais expoentes Erving Goffman e Howard Becker. Recebe também outras denominações como Teoria da rotulação social ou etiquetagem ou Teoria interacionista.

Em busca de explicar a criminalidade em paradigmas diversos daqueles utilizados pela criminologia tradicional, parte da premissa que não é possível se compreender a criminalidade se não for analisada a ação do sistema penal que define o que é criminalidade, que abarca desde a previsão da norma em abstrato até a atuação das instancias oficiais.

Nas palavras de Sérgio Salomão Shecaira (2004, p. 290 e 291):

O *Labelling* desloca o problema criminológico do plano da ação para o da reação (dos *bad actors* para os *powerful reactors*), fazendo com que a verdadeira característica comum dos delinquentes seja a resposta das audiências de controle. A explicação interacionista caracteriza-se, assim, por incidir quase exclusivamente sobre a chamada delinquência secundária, isto é, a delinquência que resulta do processo causal desencadeado pela estigmatização.

A criminalidade é uma construção social, através de um processo de definição de condutas tidas como indesejáveis e da atribuição do *status* de delinquente a membros da sociedade. Sergio Salomão Shecacia (2004, p. 293) continua: “Para os autores do *Labelling* a conduta desviante é o resultado de uma reação social e o delinquente apenas se distingue do homem comum devido à estigmatização que sofre”.

Portanto, dois pontos básicos surgem para esta teoria: a formação da “identidade desviante”, ou seja, a rotulação daquele tido como criminoso, bem como a problema da definição do desvio.

A principal consequência da aplicação da pena é a mudança de identidade social do individuo, ele é etiquetado como “criminoso”. Esta estigmatização produz um efeito contrario a ressocialização, cria uma tendência deste individuo de se consolidar em uma carreira criminosa, dai em se falar em desvio primário e desvio secundário.

A criminalização primária dá causa a rotulação, que, por sua vez, produz a criminalização secundária (reincidência), sendo, esta ultima uma resposta de adaptação aos obstáculos que surgem da reação social ao desvio primário.

Assim, a teoria da reação social coloca em xeque a declarada função ressocializadora da pena. Demonstra que o sistema penal tem a efetiva função de confirmar o *status* de criminoso atribuído ao infrator da norma penal, apesar do discurso formal declarar que a finalidade precípua é ressocializar, em outras palavras, é um instrumento de exclusão social.

O processo de definição da criminalidade não está envolto pelo principio da igualdade como é declarado e a Teoria do *Labeling Approach* lançou luz sob esta constatação.

A criminalidade de colarinho branco é perseguida de maneira escassa pelo Direito Penal, representada nas estatísticas de criminalidade com um número muito inferior a sua

cifra negra. As malhas do sistema penal são largas para este tipo de conduta, enquanto que, para as condutas típicas das classes dominadas, as malhas são finas.

Este quadro distorce as estatísticas criminais, dando a falsa impressão de que a criminalidade é um fenômeno que se concentra nas camadas pobres da sociedade, e, por consequência, distorce também as teorias elaboradas para explicar a criminalidade.

A explicação está na seleção das condutas tipificadas como delitos e da população criminosa. Alessandro Baratta (2002, p. 106 e 107) explica com propriedade este mecanismo:

se partimos de um ponto de vista mais geral, e observamos a seleção da população criminosa dentro da perspectiva macrosociológica da interação e das relações de poder entre os grupos sociais, reencontramos, por detrás do fenômeno, os mesmos mecanismos de interação, de antagonismos e de poder que dão conta, em uma dada estrutura social, da desigual distribuição de bens e de oportunidades entre indivíduos. Só partindo deste ponto de vista pode-se reconhecer o verdadeiro significado do fato de que a população carcerária, nos países de área do capitalismo avançado, em sua enorme maioria, seja recrutada entre a classe operária e as classes economicamente mais débeis.

Deste modo, a criminalidade é um bem negativo, e não um comportamento, que é atribuído a determinadas pessoas por um processo de seleção, análogo aos bens positivos como, por exemplo, o patrimônio e que é distribuído da mesma maneira que estes bens positivos. A sentença condenatória cria uma nova identidade para o condenado, posto que ela confere uma etiqueta de “criminoso” ao infrator.

A criminalidade é algo construído pela sociedade por meio de um processo de definição de condutas consideradas reprováveis.

Neste panorama, deve-se salientar que o poder de atribuir esta qualidade negativa é conferida a um grupo específico de indivíduos, são eles que detêm este poder de definição e realizam esta tarefa de acordo com seus interesses.

A teoria da reação social, logo, coloca em discussão o princípio da igualdade, visto que “ser criminoso” é um bem negativo conferido a determinados indivíduos por parte daqueles que tem este poder de prever a norma penal em abstrato e aplica-la ao caso concreto se valendo de mecanismos de seleção, realizando esta atividade conforme o que lhes convêm.

Chega-se a seguinte conclusão por meio do estudo da presente teoria: “o *labeling approach* lançou luz sobre o fato de que o poder de criminalização, e o exercício deste poder, estão estreitamente ligados à estratificação e a estrutura antagônica da sociedade.” (BARATTA, 2002, p. 113)

Os objetos jurídicos protegidos pela norma penal, ao contrário do que se apregoa, não são aqueles que apresentam importância para toda a sociedade e sim, aqueles importantes para os grupos que possuem poder de definição.

Enfim, a Teoria da reação se opõe ao fim ressocializador da pena, demonstrando os efeitos criminógenos da pena privativa de liberdade, que dá ensejo ao problema da reincidência. A pena privativa de liberdade, na verdade, atua como fonte geradora de desigualdades sociais.

Varias das instituições que, em tese, foram criadas para desencorajar o comportamento desviante, atuam de forma a perpetuá-los. Aqueles indivíduos rotulados acabam por se aproximar de outros indivíduos também segregados, criando-se um ciclo vicioso que alimenta o saco da exclusão social, resultando na captura do delinquente pelo papel de pessoa desviada.

Em outras palavras: O estigma de criminoso produz a assimilação de suas características por aquele que foi rotulado como tal, cria também o surgimento de expectativas sociais de condutas condizentes com este estigma, a perpetuação do comportamento desviante e a aproximação recíproca de indivíduos rotulados. (SANTOS, Juarez 1981, p. 14).

Corroborando este entendimento discorre Nestor Sampaio Penteado Filho (2011, p. 59):

Sustenta-se que a criminalização primária produz a etiqueta ou rótulo, que por sua vez produz a criminalização secundária (reincidência). A etiqueta ou rótulo (materializados em atestados de antecedentes, folha corrida criminal, divulgação de jornais sensacionalistas, etc) acaba por impregnar o indivíduo, causando a expectativa social de que a conduta venha a ser praticada, perpetuando o comportamento delinquente e aproximando os indivíduos rotulados uns dos outros. Uma vez condenado, o indivíduo ingressa numa “instituição” (presídio), que gerará um processo institucionalizador, com seu afastamento da sociedade, rotinas do cárcere, etc.

Mesmo diante de toda a contribuição desta teoria para se entender as causas da criminalidade e as reais funções da sanção penal, ela ainda é considerada uma teoria de médio alcance, posto que não faz uma ponderação das estruturas econômicas e políticas em que este processo de criminalização e rotulação do condenado ocorre.

Deste desdobramento, surge a denominada criminologia crítica.

4.2 Criminologia Crítica

É também chamada de “nova criminologia” e teve origem nos anos 70.

Quando tocamos no tema criminologia crítica estamos falando da edificação de uma teoria materialista, ou seja, econômica-política do desvio, a fim de se formar um quadro teórico mais próximo da realidade. A criminologia crítica é uma evolução da teoria da reação social.

Alessandro Baratta (2002, p. 197) discorre sobre o tema:

A criminologia crítica se dirigiu principalmente para o processo de criminalização, identificando nele um dos maiores nós teóricos e práticos das relações sociais de desigualdade próprias da sociedade capitalista, e, perseguindo, como um dos seus objetivos principais, estender ao campo do direito penal, de modo rigoroso, a crítica do direito desigual. Construir uma teoria materialista (econômico-política) do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, e elaborar as linhas de uma política criminal alternativa, de uma política de classes subalternas no setor do desvio.

Tal teoria critica as posturas tradicionais da criminologia, que se demonstram inaptas a entender a totalidade do fenômeno criminal. Inconscientemente, seus postulados estão vinculados à ideia marxista, visto que sustenta ser o delito um fenômeno vinculado ao modo de produção capitalista.

Sérgio Salomão Shecaira (2004, p. 331) discorrendo sobre o tema afirma:

O homem, por sua vez, não tem livre-arbítrio que lhe atribuem, pois está submetido a um vetor econômico que lhe é insuperável e que acaba por produzir não só o crime em particular, mas também a criminalidade como um fenômeno mais global, com as feições patrimoniais e econômicas que todos conhecem.

A criminalidade deixa de ser uma qualidade inerente a determinados indivíduos e passa a ser vista como uma qualidade negativa atribuída a determinadas pessoas mediante uma dupla seleção: primeiro, a seleção de bens que merecem proteção e comportamentos que ofenderiam estes bens e, em segundo lugar, a seleção dos indivíduos que devem ser “merecedores” desta rotulação.

A criminologia crítica refuta a ideia de que o Direito Penal é igual para todos, defende que este ramo do direito não protege de maneira igual a todos os membros da sociedade e não se aplica de forma igual para todos eles.

Pelo contrario, protege apenas os bens jurídicos que são importantes para uma parte da sociedade (aqueles que têm o poder de definição), e não aqueles essenciais para toda a

coletividade. Além do que, o direito penal não é igual para todos, visto que o estigma de criminoso é distribuído de maneira desigual entre os estratos sociais.

Neste sentido (SHECAIRA, 2004, p. 333):

Para os radicais, as pessoas são rotuladas criminosas porque, assim as definindo, serve-se aos interesses da classe dominante. Estes afirmam que as pessoas das classes mais baixas são rotuladas criminosas e as da burguesia não, porque o controle da burguesia sobre os meios de produção lhes dá o controle do Estado, assim como da aplicação da lei.

Lamentavelmente, o Direito Penal é desigual por excelência, trata-se de uma “maquina de moer pobres”.

Através da criminologia critica chega-se a seguinte conclusão: o sistema penal tem como função efetiva a manutenção da escala social existente agindo de maneira a impedir a ascensão social das classes menos favorecidas.

A aplicação da pena privativa de liberdade é a “gota d’agua” de um processo de seleção que se inicia muito antes do cárcere como, por exemplo, a escola, que já exerce a seleção entre as camadas sociais a fim de realizar a manutenção dos estratos sociais.

Uma das principais contribuições da criminologia critica é a constatação de que o comportamento desviado deve ser analisado juntamente com as bases econômicas e sociais da sociedade em que o ato ocorreu. O delito não está embutido no individuo e sim no seio social.

5 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: INSTRUMENTO DE EXCLUSÃO SOCIAL

Como já exposto, percebe-se, através da análise das Teorias da criminologia que explicam a criminalidade, que a pena privativa de liberdade não exerce a função de ressocializar.

Pelo contrario, o sistema penal exerce a função de manutenção da estrutura social, demonstrando ser um contra estímulo para que as classes menos favorecidas se integrem aos setores sociais mais elevados.

Os bens jurídicos protegidos pelo direito penal representam os interesses de uma classe dominante, tendo destaque à proteção do patrimônio privado e visando as condutas que são típicas de classes marginalizadas.

A sociedade está sob o manto de filtros sucessivos, como a escola e o sistema penal, que trabalham para esta dita reprodução das relações sociais e marginalização.

Desta análise, não nos resta alternativa que não assumir o caráter excludente da pena privativa de liberdade.

A partir do século XX, quando a pena privativa de liberdade se tornou a principal resposta para a prática de delitos, pensava-se que ela ressocializaria o condenado. Contudo, não é o que se percebe lançando-se apenas um breve olhar sobre o sistema penal.

O cárcere apresenta características que torna impossível se obter qualquer tipo de efeito positivo sobre o recluso. Na verdade, parece ser favorável a efetiva inclusão do delinquente na população criminosa.

Aparenta não existir nenhuma possibilidade de, por meio da imputação da pena de prisão, tornar um delinquente uma pessoa adequada aos padrões impostos pela sociedade.

Um dos principais obstáculos está relacionado ao processo de socialização que o recluso sofre e que passa a ser visto em um duplo aspecto.

Primeiro o da “desculturação” que é compreendida, nas palavras de Alessandro Baratta (2002, p. 184), como:

a desadaptação as condições necessárias para a vida em liberdade em liberdade... a redução do senso da realidade do mundo externo e a formação de uma imagem ilusória deste, o distanciamento progressivo dos valores e dos modelos de comportamentos próprios da sociedade externa.

O segundo aspecto é a “prisionalização”, consistente na absorção pelo preso da subcultura carcerária, em outras palavras, ele apreende ser um bom preso e um bom criminoso a fim de sobreviver neste mundo paralelo que é a prisão.

Os estabelecimentos prisionais possuem uma organização formal, representada pelos agentes do Estado, e uma organização informal, que é dominada por uma minoria de detentos que, pelos motivos mais variados, tem um poder sob a massa de encarcerados.

Os Agentes estatais impõem regras a serem cumpridas durante a execução da pena privativa de liberdade e, para que o detento se torne um “bom preso”, ele deve apreender rapidamente estas regras.

Contudo, para manter um bom convívio com os outros presos, ele também tem a necessidade de se adequar as normas impostas pela própria comunidade em que ele foi inserido, tornando-se, assim, um “bom criminoso”.

Portanto, o real objetivo das unidades prisionais na atualidade não é obter a ressocialização do criminoso, mas sim conseguir a adaptação do recluso a estas normas, mantendo uma pseud tranquilidade, uma falsa sensação de segurança.

A relação existente entre os presos e a sociedade é uma relação que é contrária a ideologia penal. Como pretender incluir alguém que se considera desviante a sociedade se para isso, essa sociedade o exclui impondo uma restrição de liberdade? Destarte, trata-se de uma relação entre quem exclui (sociedade) e de quem é excluído (preso).

Alessandro Baratta (2002, p. 186) discorre sobre o assunto:

antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão. De outro modo permanecerá, em quem queira julgar realisticamente, a suspeita de que a verdadeira função desta modificação dos excluídos seja a de aperfeiçoar e de tornar pacífica a exclusão, integrando, mais que os excluídos na sociedade, a própria relação de exclusão na ideologia legitimante do estado social.

Outro fator muito importante que impede a ressocialização dos detentos está no caráter criminógeno da prisão.

Resumindo, dois são os argumentos que fundamentam este citado efeito criminógeno:

a) O ambiente carcerário é o oposto da vida em sociedade livre, o que não possibilita a reabilitação do condenado. Tira-se o *antissocial* da comunidade livre e os associa a outros *antissociais*.

b) Também é importante consignar que na maior parte das unidades prisionais as condições humanas e materiais tornam inalcançável o desígnio reabilitador. Trata-se de uma análise das condições reais em que ocorre o cumprimento da pena privativa de liberdade (BITENCOURT, 2011, p.162 e 163). O principio da dignidade humana é a todo tempo ferido, resultado da falta de atenção dada pela sociedade e pelos governantes ao problema da pena privativa de liberdade.

A prisão, ao invés de frear a delinquência, parece estimulá-la, não proporcionando nenhum benefício ao condenado, ao contrario, posto que lhe expõe a toda sorte de vícios e de degradação.

As causas que dão origem e evidenciam a crise da sanção penal podem ser compreendidas em seus mais variados aspectos, tais como as perturbações psicológicas que o encarceramento produz no individuo, problemas sexuais, a absorção da sub-cultura carcerária

(prisionalização), dentre outros. Todos estes fatores caracterizam seria limitação para a função ressocializadora da pena privativa de liberdade.

Os problemas existentes nas prisões não são detectados apenas nos países de terceiro mundo, constitui um problema transnacional. As características do cumprimento de pena privativa de liberdade, em todo o mundo, são semelhantes: agressões verbais e físicas; superpopulação carcerária, falta de higiene, alimentação deficiente, condições precárias de trabalho e de serviços médicos, elevado índice de consumo de drogas, reiterado abusos sexuais e muitas outras mazelas.

O preso é submetido a todo o poder criminógeno da prisão, assim, ela efetivamente exerce um desfavor ao convívio social (caráter excludente da pena privativa de liberdade). Claudia Pinheiro (2001, p. 81) ensina:

Devemos nos render ao fato de que o isolamento total do infrator não trará nenhum benefício ao mesmo, já que seria uma situação paradoxal pretender-se uma ressocialização com retirada integral do criminoso de seu contato com o meio social.

Um dos argumentos que mais se traz a tona quando se fala na falência da pena de prisão é, justamente, seu caráter criminógeno. A maior parte dos fatores que dominam a vida no cárcere imprime a esta este caráter.

Nas palavras de Lourival Almeida Trindade (2003, p. 18):

Verdade apodítica é que a prisão possui efeitos criminogênicos, como agência nutriz do processo de criminalização secundária e de reincidência criminosa. Exatamente, porque a sua função real, ao contrário do que anuncia, é de “sementeira” de criminalidade e de reiteração criminal.

Os fatores materiais da prisão trazem consequências graves para a saúde dos presos. A deficiência das celas, de alimentação e de higiene facilita a proliferação de doenças entre os detentos.

Os fatores psicológicos, por sua vez, consistem em um dos mais graves problemas que a prisão causa nos presos. O ambiente prisional é favorável ao aprendizado do crime, bem como, propicio ao desenvolvimento de problemas psíquicos, portanto, incompatíveis com a reinserção social.

Gliberto Giacoia (1996, p. 303), vai mais além ao discorrer sobre os fatores psicológicos discorre:

Além disso, a reclusão produz, inegavelmente, efeitos negativos sobre o conceito que a pessoa tem de si mesma (autoconceito), sem contar que grande parte dos

delinquentes que chegam à prisão já tem crise de identidade e deformação em sua personalidade. Uma instituição total, como a prisão, produz um sentimento de esterilidade absoluta, originado na desconexão social resultante da reclusão e da impossibilidade de adquirir dentro os benefícios posteriormente transferíveis à vida exterior.

Os fatores sociais, por sua vez, são absolutamente contrários às finalidades da pena. No momento que se segrega um indivíduo do meio social em que vive dá-se causa a uma desadaptação do mesmo, interrompe-se a vida deste indivíduo. Este isolamento pode ser um fator decisivo na incorporação deste recluso ao mundo do crime de forma definitiva.

Além do que, o efeito estigmatizante da pena caracteriza outro obstáculo a ressocialização. Aquele que é submetido à privação da liberdade se torna uma pessoa “marcada” para sempre no olhar da sociedade. A população rotula-o de “ex detento”, “ex prisioneiro”, “aquele que é bandido”, tendo, este indivíduo, muita dificuldade em conseguir um emprego, de se relacionar com outras pessoas, enfim, de se readaptar ao meio social.

Dirceu Pereira Siqueira e Telma Aparecida Rostelato (2009, p. 118) tratam do tema nos seguintes termos: “esta sociedade que rechaça irrestritamente os atos criminosos, praticados diuturnamente, em nosso País, é responsável pelo impedimento de que estes mesmo delinquentes retornem a pratica delituosa”.

Eugenio Raul Zaffaroni (1991, p. 134) salienta que:

A carga estigmática não é provocada pela condenação formal, mas pelo simples contato com o sistema penal. Os meios de comunicação de massa contribuem para isso em alta medida, ao difundirem fotografias e adiantarem-se às sentenças com qualificações como “vagabundos”, “chacais”, etc.

Michel Foucault (1999, p. 225) já questionava a respeito do fracasso da prisão e do sistema prisional, trazendo a discussão de que este pretense fracasso seria algo proposital:

O sistema carcerário junta numa mesma figura discursos e arquitetos, regulamentos coercitivos e proposições científicas, efeitos sociais reais e utopias invencíveis, programas para corrigir a delinquência e mecanismos que solidificam a delinquência. O pretense fracasso não faria parte do funcionamento da prisão?

As teorias polifuncionais da pena fracassaram, uma mostra deste fracasso são os elevados índices de reincidência que assolam nosso sistema penal. Foucault já dizia que é necessário desfazer a ilusão de que a pena privativa de liberdade seja, primordialmente, um modo de repressão de delitos.

Não podemos esquecer que o sistema penal tem um importante papel na produção e no controle das classes operárias e no incremento da disciplina de que os países capitalistas tem necessidade. Vendo a pena de prisão sob este prisma, entende-se qual é a verdadeira função que ela exerce, sendo que a finalidade ressocializadora não passa de uma ideologia, na verdade, trata-se de uma estratégia capitalista.

Gilbeto Giacoia (1996, p. 302) apud Francisco Muñoz Conde colocou que:

as críticas à idéia ressocializadora refletem, melhor que qualquer outra, a grave crise atual do Direito Penal, suas íntimas contradições, seus fracassos e frustrações em um mundo em que muitos acreditam que o Direito Penal serve somente para aumentar as diferenças entre ricos e pobres, para defender os interesses daqueles e para controlar, discriminar e marginalizar através do castigo todo aquele que se atreva a questionar a ordem social e jurídica vigentes.

Diversas soluções já foram apresentadas para resolver esta questão, na visão da criminologia crítica a saída seria partir de:

um enfoque materialista e estão convencidos de que só uma análise radical dos mecanismos e das funções reais do sistema penal, na sociedade tardo-capitalista, pode permitir uma estratégia autônoma e alternativa no setor do controle social do desvio, ou seja, uma “política criminal” das classes atualmente subordinadas. (BARATTA, 2002. p. 197)

Dentro deste panorama, ganham força o abolicionismo e o Direito Penal mínimo.

O abolicionismo, que surgiu nas últimas décadas como resultado da crítica sociológica ao sistema penal, nega a legitimidade do sistema penal e também refuta qualquer outro sistema que poderia substituir o sistema penal no futuro, requerendo a abolição total dos sistemas penais e a resolução dos conflitos através de mecanismos informais. (ZAFFARONI, 1991, p. 89)

A ideia de direito penal mínimo nega a legitimidade do sistema de penal, como existe hoje, contudo sugere uma alternativa mínima que avalia como um mal necessário.

Por todas essas razões é que, através de uma análise crítica da sanção penal, se tem buscado medidas alternativas a pena privativa de liberdade, despontando desde posturas mais radicais como o abolicionismo até aqueles que defendem um Direito Penal mínimo, que deveria ser aplicado apenas em casos extremamente necessários ao convívio social.

Enfim, o cárcere serve para mostrar a quem se distribui o bem negativo que é a criminalidade.

A pergunta que se faz é qual seria o sistema penal ideal, visto que o cárcere não tem cumprido com suas funções declaradas?

Não há como defendermos o abolicionismo penal na situação atual, posto que seria inviável sua adoção, não seria possível o convívio social sem sistema penal. O que nos parece mais adequado é adotar um Direito Penal mínimo, reduzindo a violência contra o delinquente. O cárcere deve ser a última alternativa para resolução da criminalidade.

Alternativas a pena privativa de liberdade devem ser implantadas, como por exemplo, sanções de caráter civil ou administrativo, além de institutos que impedem a inserção no cárcere como a transação penal a suspensão condicional do processo, já adotado no Brasil pela Lei nº 9.099/ 95, a aplicação de regimes abertos de cumprimento de pena, com a mínima intervenção do Direito Penal, devendo apenas atuar em casos estritamente necessários para a vida em sociedade. O abolicionismo seria uma evolução deste processo, a despenalização aconteceria gradativamente em um estágio mais avançado da sociedade.

Mas enquanto isso não acontece, enquanto o cárcere continua sendo imprescindível para a coletividade, o trabalho deve ser no sentido de reduzir ao máximo seus efeitos nefastos sobre o recluso.

A Constituição Federal de 1988 traz um rol de garantias e direitos aos presos, além de ter como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III). Nossa Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) é uma das legislações mais avançadas sobre o assunto.

Entretanto, tais disposições legais não são efetivadas, as normas existem, mas falta vontade governamental e política para cumpri-las. O princípio da dignidade humana é a todo o tempo desrespeitado, principalmente na fase de execução da sanção, como já deixamos claro.

Os únicos movimentos do poder público é no sentido de reformar e construir mais presídios. Nenhum investimento há na tentativa de melhorar o material humano que atua nas unidades prisionais e nas instituições oficiais (polícia, judiciário, por exemplo), a fim de se humanizar o tratamento penal em prestígio ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Se o Estado se dispusesse a, pelo menos, cumprir o disposto na Lei de Execução Penal, já daríamos um primeiro passo. Isso não quer dizer que cumprir as normas referentes à execução penal seria a solução para a crise da pena privativa de liberdade, a pena de prisão já está com seu destino determinado: o desaparecimento.

Gilberto Giacoia (1996, p. 317) apud Mappelli Caffarena faz a seguinte afirmação:

a ressocialização penitenciária não se deve entender como um intento de buscar uma saída à crise da pena privativa de liberdade através de seu aperfeiçoamento e potenciação. Somos conscientes de que, a nível programático, a pena de prisão não

tem mais alternativa que desaparecer..., assim como ocorreu com as penas de tortura e de trabalhos forçados.

Enfim, O Direito Penal está imbuído de uma carga emocional muito grande, a sociedade coloca todas as expectativas de resolução de conflitos neste ramo do direito, ou seja, na aplicação da sanção penal. Mas a sociedade se ilude a respeito de suas funções, pois, como já visto, a pena privativa de liberdade não tem como escopo a pacificação social, mas a exclusão social.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, verifica-se que cada vez mais está latente o fracasso da pena de prisão, primordialmente no que se refere a sua função ressocializadora, que a legitima até então. Hoje, o que predomina é que ela deve ser dispensada apenas a casos em que é absolutamente necessária, adotando-se o Direito Penal mínimo.

O princípio da igualdade e a função ressocializadora da pena privativa de liberdade é colocado em xeque pela criminologia crítica.

Assim, a ressocialização do preso trata-se apenas de um “mito”, exaurindo-se na letra da lei. A pena atualmente tem a função marginalizadora, ou seja, é um instrumento de exclusão social, reproduzindo relações sociais de desigualdade e subordinação.

Deparamo-nos com a inércia estatal frente a novas soluções para a criminalidade, o que agrava ainda mais o panorama atual. É necessário buscarmos novos caminhos sob pena de se pagar um preço ainda maior do que já estamos experimentando.

Devemos encontrar medidas alternativas a pena de prisão, buscando substitutos mais legítimos, evitando a rotulação do ex presidiário e o efeito criminógeno da prisão.

Para se realizar este trabalho é preciso se ter sempre presente a real função exercida pela pena privativa de liberdade, qual seja: a reprodução da criminalidade (excluindo a criminalidade das classes dominantes) e a reprodução das relações sociais (no sentido de dominação da classe alta sob os marginalizados, submetendo a classe dominada às relações de poder), como se verificou da análise das ideias da criminologia crítica.

Entretanto, mesmo diante desta dita falência do cárcere, em alguns casos ele continua sendo necessário e isso é uma realidade que não podemos ignorar. Então, pelo menos por ora, a luta deve ser no sentido de se garantir o efetivo respeito ao princípio da dignidade da pessoa

humana, principalmente no momento da execução da pena privativa de liberdade, pois é neste período em que os maiores “estragos” são provocados à pessoa do condenado.

Outra questão também muito importante para essa mudança do cárcere é alterar a sociedade excludente. A opinião pública deve ser alterada para entender melhor os problemas da prisão e assim, também contribuir para reduzir os efeitos que ela produz no preso.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Renavan: Instituto carioca de Criminologia, 2002.

BECCARIA, Cesar Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 4º ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão**: causa e alternativas. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Tratado de Direito Penal**. Volume 1: parte Geral. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

COSTA, Claudia Pinheiro da. **Sanção penal**: sua gênese e tendências modernas. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **A crise do sistema penal**. Publicado na **Revista dos Tribunais**, vol. 768. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FALCON, Y Tella, Maria José. **Fundamento e finalidade da sanção**: existe um direito de castigar?. Tradução: Claude de Miranda Avena. Revisão: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. de Raquel Ramallete. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GIACOIA, Gilberto. **Retrospecto e perspectivas das estratégias repressivas sob enfoque criminológico**. Tese de Doutorado defendida na FADUSP, disponível em sua biblioteca. São Paulo: 1996.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal, volume 1: parte geral. 29º ed. rev. e atual**. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**. São Paulo: Manole, 2004.

LEAL, César Barroso. **Prisão: crepúsculo de uma era.** 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Delrey, 2001.

MARQUES, Osvaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal. Execução Penal: comentários à Lei 7.210 de 1984.** 11. ed., rev. e atual. São Paulo : Atlas, 2004.

_____. **Juizados Especiais Criminais.** 4º ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia.** São Paulo: Saraiva, 2011.

ROGÉRIO, Greco. **Curso de Direito Penal.** 12º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal.** Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1993.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social.** Tradução, revisão técnica e nota introdutória de Gizlene Neder. 2º ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

SALIBA, Maurício Gonçalves. **O olho do poder: análise crítica da proposta educativa do Estatuto da Criança e do Adolescente.** São Paulo: editora UNESP, 2006.

SANTOS, Juarez Cirilo dos. **A criminologia radical.** Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu . **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Criminologia.** São Paulo: RT, 2004.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de emergência e alternativas à prisão.** São Paulo: RT, 2002.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ROSTELATO, Telma Aparecida. **Inclusão social dos ex-detentos: a alegria do retorno a sociedade versus a dificuldade de ressocialização.** Argumenta: Revista do programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI – UENP/ Centro de Pesquisa e Pós-graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. N. 11 (julho-dezembro) – Jacarezinho, 2009, artigo publicado nas paginas 111/ 123.

TASSE, Adel El. **Teoria da Pena.** Curitiba: Juruá, 2003.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TRINDADE, Lourival Almeida. **A ressocialização: uma (dis)função da pena de prisão.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Renavan, 1991.