

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA FUNÇÃO DA PENA A PARTIR DE UMA ABORDAGEM CRIMINOLÓGICA

*João Carlos Carvalho da SILVA**

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Da abstração à realidade - 3. As funções (latentes) da pena - 3.1. Aspecto político - 3.2. Aspecto econômico-social - 3.3. Aspecto psicossocial - 4. A vertente abolicionista - 5. Viés ideológico - 6. Considerações finais - 7. Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente trabalho, rompendo com as tradicionais teorias da pena, aborda a questão punitiva a partir do confronto entre o discurso penal e seu impacto na realidade social. Constata-se a divergência entre a dogmática penal que sustenta os modelos teóricos justificacionistas e a prática efetiva do controle repressivo do Estado. Depreende-se daí que a pena contém em si funções latentes direcionadas a objetivos mais políticos do que jurídicos. Neste passo, ressalta-se o referencial abolicionista como importante fonte crítica, bem como a relevância da instância ideológica como *locus* de desenvolvimento de premissas antidemocráticas no âmbito do direito penal.

ABSTRACT: This work, overcoming the traditional theories of punishment, deals with the punitive issue from the confrontation between the penal discourse and its impact on social reality. There is a divergence between the penal dogmatic that supports theoretical models of justification and the real practice of State's repressive control. It follows from this that the punishment contains within itself latent functions more political than legal. So, it is emphasized the abolitionist theory as an important critical source, as well as the relevance of ideology as a locus of development of antidemocratic premises about criminal law.

PALAVRAS-CHAVE: Teorias da pena. Funções da pena. Controle social. Abolicionismo penal. Ideologia.

KEY-WORDS: Punishment theories. Punishment functions. Social control. Penal abolitionism. Ideology.

* Bacharel em Direito. Servidor do Ministério Público do Estado de São Paulo. Artigo submetido em 03/04/2008. Artigo aprovado em 06/06/2008

1. Introdução

Numa disputa secular, juristas tentam definir qual é a função primordial da pena, buscando assinalar o papel exercido por ela na sociedade, bem como sua importância no combate ao crime. Existem, a esse respeito, as teorias doutrinariamente classificadas como “retributiva”, “preventiva”, e “mista”, as quais se revezaram ao longo dos anos na tentativa de compreender, explicar ou justificar o fenômeno da punição no que tange à sua finalidade. Não há, no entanto, uma teoria hegemônica e que se mostre isenta de falhas.

O presente trabalho, destoando de uma visão tradicional, procura apontar algumas das funções latentes que a pena exerce no contexto social. Para tanto, parte de uma abordagem histórico-sociológica que culmina na crítica das teorias penais, descortinando a utilização ilegítima do instituto punitivo. Sugere-se, como frente de atuação, a análise ideológica dessa instrumentalização.

Como corolário desse objetivo, mister que se apresente uma visão da pena deveras comprometida com a realidade que a envolve, fugindo à abstração excessiva que, por vezes, a tem condenado ao vazio do discurso legitimador.

Elegem-se, pois, três focos distintos para a abordagem do problema: enfoque político, econômico-social e psicossocial.

Após, procura-se apontar algumas das críticas oriundas da corrente abolicionista do direito penal que, se de um lado peca em alguns pontos, de outro constitui importante fonte de reflexão do problema.

2. Da abstração à realidade

A pena tem sido alvo de problematização mais intensa a partir do século XVIII, época em que houve uma maior preocupação em racionalizar a atuação repressiva do Estado. Três são as principais teorias que nasceram a partir dessa época.

Para o retributivismo (teorias absolutas), a pena alcança sua justificação na necessidade metafísica de realização da justiça, a qual se estabeleceria através da retribuição do mal causado pelo crime com o mal causado ao infrator pela pena. Pena e crime se anulariam mutuamente. Para tanto, a pena deve ter a mesma medida do dano.

Funda-se no livre-arbítrio total do indivíduo (ao afirmar que este, uma vez podendo escolher caminho diverso, torna-se merecedor da pena por ter trilhado a senda criminosa), bem como na correlação lógica entre crime e pena, pressupostos tidos como válidos mas que não apresentam comprovação efetiva em nível científico.

Para o utilitarismo (teorias relativas), a função primordial da pena é, de acordo com seus variados matizes, prevenir a prática de crimes, seja pela intimidação de potenciais infratores, seja pela ressocialização/inocuidade do criminoso. A intimidação se daria por meio da coação psicológica exercida através a ameaça da pena.

Pressupõem-se, para afirmá-lo, que as sanções atreladas aos crimes seriam de conhecimento inequívoco de toda a população, bem como que a contra-

motivação exercida pela pena seja condição suficiente para ameaçar a todos e coibir a prática delituosa. Ocorre que tais premissas são inverossímeis.

De outro lado, a ressocialização e a inocuização admitem a idéia de que há um padrão de condutas correto, que deve permear as relações humanas, vedando condutas que dele divirjam, advogando a tese de que é possível preparar alguém para o convívio social retirando-o da sociedade.

As teorias mistas, no geral, perfazem uma somatória das concepções acima expostas, justapondo erros e possíveis acertos.

O que se nota, porém, de comum entre essas diversas teorias é que defendem seus postulados, muitas vezes, através de premissas inconsistentes, quando não improváveis.

Para avaliar esse fato, de acordo com os fins deste trabalho, denominar-se-á o conjunto de funções atribuídas à pena pela doutrina e legislação tradicionais por discurso. Isso porque a dogmática jurídico-penal e as leis perfazem uma gama de idéias abstratas que dificilmente tocam o terreno concreto dos fatos reais.

Afirma Nilo Batista (2004, p. 113) que

se os fins da pena, expostos nas tradicionais teorias absolutas e relativas [...] e nas teorias mistas [...] aproximam os fins do direito penal de sua realidade penal, é ilusório imaginar que tais teorias escapem a um idealismo impeditivo do conhecimento das funções que concretamente a pena desempenha numa sociedade determinada.

Por isso, afirma Alessandro Baratta que

[...] a sociologia e a história do sistema penitenciário chegaram a conclusões a propósito da função real da instituição carcerária na nossa comunidade, que fazem com que o debate sobre a teoria dos objetivos da pena pareça absolutamente incapaz de conduzir a um conhecimento científico desta instituição (BARATTA, 2002, p. 191).

A abordagem pertinente aos propósitos críticos deve optar por encarar a discussão através da análise histórica da pena e de sua aplicação concreta nos contextos sociais.

De fato, revela-se pouco produtivo discutir se a finalidade da pena é retribuir, dissuadir ou corrigir se, na realidade, a pena não realiza nenhuma destas possibilidades.

As teorias da pena, quando repisam seu discurso teórico, parecem crer que, “transformando os objetivos da pena, fazendo, em particular, da pena privativa de liberdade uma medida de reeducação em lugar de um castigo, produzir-se-ia uma metamorfose do sistema penal e penitenciário” (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, 1984, p. 83, tradução livre).

Batista (2004, p. 113), buscando exemplificar, afirma que uma teoria geral e

esquemática da pena que pretenda explicar as diversas práticas penais ao longo da história através dos mesmos meios (o escravismo colonial brasileiro ou o capitalismo do início do século, por exemplo) “estará pagando à abstração um preço altíssimo, cuja moeda é o conhecimento”.

Observando-se a pena em sua aplicação concreta e partindo de uma análise histórica, é possível perceber, como os autores acima, que há contradições entre os fins declarados em seu discurso e a prática efetiva do sistema penal que a faz existente.

Resta perguntar, na ocasião desta constatação (cujas premissas não serão aqui apontadas) se tais incoerências são o resultado natural da atuação humana, por si só imperfeita, a qual, devido a esta imperfeição, subverteria os institutos do direito penal quando postos em prática, embora teoricamente perfeitos.

Para Baratta (2002, p. 213), tais contradições possuem uma forte carga ideológica¹, sendo elas que, de verdade, permitem o funcionamento do sistema penal na consecução dos seus “fins reais”.

Zaffaroni (apud CARVALHO, 2003, p. 143), partindo de ponto de reflexão diverso, indaga sobre a possibilidade mesma de se “racionalizar uma teoria dos exercícios irracionais do poder” e afirma:

insistir em que o poder do sistema penal não cumpre com nenhuma das funções que as chamadas ‘teorias da pena’ têm pretendido atribuir ao mesmo seria redundante. Sabemos que a pena não cumpre nenhuma função preventiva geral nem negativa nem positiva, que tampouco cumpre função preventiva especial positiva e que a única função preventiva especial negativa (semelhantemente à geral negativa) que poderia cumprir seria através de um uso generalizado da morte (ZAFFARONI, 1991a, p. 223, tradução livre).

Segundo CARVALHO (2003, p. 144), negar as diversas teorias justificativas da pena possibilitaria eliminar do “discurso penal o viés declarado (e não cumprido) que mascara a real funcionalidade da sanção penal, retomando seu identificador essencial, que radica na esfera política”.

Para estes dois últimos autores, a pena constitui, indubitavelmente, um fenômeno político desprovido de fundamento jurídico racional e, por isso, impassível de ser racionalmente justificado.

Tobias Barreto já reconhecia esse caráter político, afirmando que as teorias da pena pretendem apenas racionalizar uma manifestação primeva de violência, que é a pena, sem conseguir, contudo, alterar sua natureza. “O conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político”. Logo, a pena não é uma

¹ Ideologia entendida, aqui, no sentido que o marxismo lhe atribui, em termos de formulação teórica que encobre a realidade e contribui para a manutenção de uma situação (base).

consequência do direito, assentada em bases racionais (BARRETO, 1996, p. 647-648).

Observa-se que a posição adotada por Baratta vai além da mera desconfiância da racionalização da pena. Segundo se depreende de seu pensamento, o conjunto teórico explicativo do exercício da pena constitui um aparato ideológico que disfarça ou oculta as funções latentes da pena.

3. As funções (latentes) da pena

Deixando de encarar idealisticamente a pena, busca-se traçar um perfil dos seus fins.

É pressuposto, para a presente discussão, que o sistema penal - que faz atuar a pena no mundo concreto - não é objeto idôneo à construção de uma teoria da pena (conforme Zaffaroni), já que este sistema apresenta uma atuação seletiva (conforme Baratta). Assim, há de se questionar o porquê da continuidade de um sistema falho como tal, que não atende às expectativas da sociedade e nem cumpre com sua meta estabelecida.

Sandoval Huertas (*apud* BATISTA, 2004, p. 113) proporciona uma divisão tripartite das funções não declaradas da pena, as quais se dariam em nível político, econômico-social e psicossocial.

3.1. Aspecto político

No nível político, seguindo seu critério, pode-se depreender que a pena é útil para legitimar o intervencionismo estatal repressivo.

A pena, conforme tem demonstrado o aporte crítico oriundo do *labelling approach*, é aplicada mais facilmente sobre certo grupo de pessoas. Geralmente, ela se volta àquelas de alguma forma marginalizadas, seja política, cultural ou socialmente.

Com a constante identificação de setores sociais com a criminalidade surge, estereotipada, a figura típica do delinqüente. Investir nessa “imagem do mal” é conferir poder ao Estado, que nela encontra pretexto seguro para fortalecer sua atuação policial.

Foucault já observara que a delinqüência

era por demais útil para que se pudesse sonhar com algo tão tolo e perigoso como uma sociedade sem delinqüência. Sem delinqüência não há polícia. O que torna a presença policial, o controle policial tolerável pela população senão o medo do delinqüente? (FOUCAULT, 1979, p. 138).

Logo, investindo-se na delinqüência é possível ao Estado exercer, justificadamente, um maior controle sobre a sociedade.

Reconhece-se a crise da prisão desde 1820, quando falhou em transformar criminosos em gente honesta. Houve, então, uma “utilização estratégica daquilo que era um inconveniente. A prisão fabrica delinqüentes, mas o delinqüentes são

úteis tanto no domínio econômico como no político” (FOUCAULT, 1979, p. 132).

Exemplifica o autor francês:

todos sabem que Napoleão III tomou o poder graças a um grupo constituído, ao menos em seu nível mais baixo, por delinquentes de direito comum. E basta ver o medo e o ódio que os operários do século XIX sentiam em relação aos delinquentes para compreender que estes eram utilizados contra aqueles nas lutas políticas e sociais, em missões de vigilância, de infiltração, para impedir ou furar greves, etc (FOUCAULT, 1979, p. 132).

Destarte, o medo e a insegurança constituem boas estratégias de governança.

É viável salientar, ainda, a vinculação inexorável entre a lei que define o crime, atrelando-lhe uma pena, e o legislador que a produz. Neste caso, é possível afirmar que só é considerado crime aquilo que o legislador entende ser crime. Desse modo, a definição do ilícito condiciona-se à idéia do legislador sobre a criminalidade, uma representação que nasce no seio de um grupo homogêneo de elite, grupo do qual provêm os legisladores em sua maioria.

Por vincular-se à vontade desse grupo, a pena pode tornar-se um instrumento político arbitrário para finalidades nem sempre democráticas.

Por esta razão, deve-se sempre questionar os valores que se pretende impor ao apenado, uma vez que as normas não refletem valores absolutos e inquestionáveis, mas, ao contrário, tomam como referência, na prática, os valores eleitos pela classe dominante (BITENCOURT, 2001, p. 137).

Fugindo à excessiva abstração, é interessante, para ilustrar esta idéia, o trabalho levado a cabo pela pesquisadora Laura Frade. Em sua pesquisa, procurou descobrir, no imaginário dos legisladores da quinquagésima segunda legislatura do Congresso Nacional, as suas idéias e representações sobre o crime.

Após análise de centenas de projetos de lei, bem como de entrevistas com membros das casas legislativas, colhendo informações sobre o que pensavam sobre temas ligados à criminalidade, constatou-se que, embora haja varias tendências teóricas no que diz respeito ao crime, tais tendências não aparecem efetivamente na prática legislativa. Ficam adstritas tão-somente ao discurso político.

Para a autora

o Parlamento brasileiro se alinha, em termos de produção legal, com as idéias neoconservadoras, que tomam os governos e os Estados no mundo. Focadas no endurecimento da legislação e a criação de mecanismos de controle social ainda mais rígidos (FRADE, 2007, p. 180).

Isso quer dizer que, na prática, o legislador, em atitude conservadora, acaba por contrariar seu próprio discurso.

Há, pois, uma falha na identificação do criminoso por parte dos congressistas. Para eles, criminoso é aquele de baixa instrução, desviado dos padrões morais da sociedade. Por esta razão, o delinqüente é sempre identificado como sendo o “outro”. Corolário dessa falha de representações é a criação de leis mais severas e direcionadas aos “outros”.

Por outro lado, se o criminoso é entendido como sendo aquele marginalizado, é pertinente imaginar que a classe dominante não delinqüa. Segundo Laura Frade

[...] considerando-se que [...]: 1) os elaboradores da lei, objeto da amostra, possuem em sua maioria uma alta instrução; 2) que apenas dois projetos de lei sobre os “crimes do colarinho branco” foram apresentados durante a legislatura sob exame e que nesses crimes prevalece a atuação de profissionais graduados e que 3) praticamente nenhuma referência foi feita nas entrevistas sobre os crimes praticados dentro do próprio Congresso Nacional, é razoável supor que os parlamentares não vinculem a eles próprios a idéia de criminalidade. Parece haver uma correlação indireta do crime com as camadas menos favorecidas, mas não com a elite – com a qual os parlamentares parecem se identificar. Ou seja, o crime é coisa de “pobre” (FRADE, 2007, p. 101-102).

Percebe-se, pois, que dessa atitude punitivista resta isenta a elite, haja vista a figura do criminoso a ela não se vincular.

3.2. Aspecto econômico-social

Em segundo lugar, sob o aspecto econômico-social, a pena serve/serviu à manutenção do *status quo* de desigualdades, ao controle do mercado de trabalho e como proteção ao capital.

Quando se traça uma relação entre direito penal e desigualdade social, pode-se visualizar que, além do atuar seletivo do direito penal, este tem uma função ativa de reproduzir estas mesmas desigualdades.

Este fenômeno se deve ao caráter estigmatizante das sanções aplicadas seletivamente. Recaindo a punição sobre o indivíduo, esta acaba por significar um verdadeiro bem negativo, que contribui para dar um novo *status* inferior ao apenado, impedindo-o de ascender no meio social (BARATTA, 2002, p. 166).

Tais considerações são capazes de desmistificar a pretensa função preventiva do direito penal, já que o agente que cai nas malhas da justiça acaba rotulado e estigmatizado, fatores não desprezíveis que concorrem para uma futura carreira criminosa.

Diferentemente, é forçoso concluir que os grupos poderosos impõem ao sistema uma quase total impunidade das próprias condutas criminosas.

Tais grupos - justifica-se - não encontram punição devido a três ordens de fatores: sociais, jurídico-formais e econômicos. Segundo Baratta (2002, p. 102), são

elementos do primeiro fator o prestígio de que gozam os agentes deste tipo de crime, aliado ao fato de que a pena a eles imposta não é estigmatizante. Em relação ao segundo fator (jurídico-formal), observa-se sempre a existência de comissões especiais para julgamento de delitos desse tipo, compostas para esse fim. Quanto aos fatores econômicos, pode-se dizer que os criminosos de colarinho branco dispõem de recursos para contratar renomados advogados, além do fato de poderem exercer pressão sobre seus denunciantes.

No que tange mais diretamente ao “econômico”, é de se dizer que, originariamente, o sistema prisional objetivava manter sob controle a massa trabalhadora das fábricas.

Segundo Bittencourt (2001, p. 22-23), a manutenção da prisão-pena se deveu mais a uma necessidade da sociedade capitalista do que a um ideal humanizador. E a criação das workhouses e outras instituições semelhantes correspondiam a esta necessidade. As prisões eram um instrumento que permitia a submissão do delinqüente ao regime capitalista.

Exerceu, pois, uma função atipicamente econômica:

uma vez reduzido o interno a sujeito abstrato, uma vez ‘anulada’ a sua diversidade (até o desaparecimento que acompanha a solidão do sujeito que não se relaciona com o social), uma vez colocado de frente às necessidades materiais que não pode mais satisfazer autonomamente, tornado, assim, completamente dependente da/à soberania administrativa, a este produto, enfim, da máquina disciplinar, é imposta a única possível alternativa à própria destruição, à própria loucura: a forma moral da sujeição, isto é, a forma moral do *status* de proletário. Em outras palavras, a forma moral de proletário é aqui imposta como ‘única condição existencial, no sentido de única condição para a sobrevivência do não-proletário (MELOSSI, PAVARINI, 2006, p. 232).

A penitenciária, contudo, não teve uma finalidade produtiva em si, já que, economicamente, “o cárcere mal chegou a ser ‘uma empresa marginal’”, sendo inexacto, pois, referir-se a ele como unidade manufatureira, já que serviu, muito mais, à produção de proletários a partir da massa criminosa (Melossi;Pavarini 2006, p. 211).

Todavia, os cárceres adquiriram na atualidade outras funções. Loïc Wacquant (2001, p. 152), quando questionado sobre a funcionalidade da prisão ao poderio econômico, afirma que isso era uma verdade na origem do cárcere, por volta do século XVI, mas que no fim do século XVIII isso já não existia, sendo que no século XX a situação se inverte, tornando-se as prisões úteis para segregar as porções “sobrenumerárias do proletariado” (WACQUANT, 2001, p. 152). Destarte, “reelaborando sua missão histórica, o encarceramento serve bem antes à regulação da miséria, quicá à sua perpetuação e ao armazenamento dos refugos do mercado” (WACQUANT, 2001, p. 33).

Nesse contexto, a pena tem uma função depurativa. De fato, são elementos caros à sociedade pós-industrial os conceitos de produtividade e eficiência. Mister que tais valores se mantenham. Para isso, a sociedade deve desvencilhar-se de tudo quanto pareça improdutivo.

Uma maneira específica para isso é a internação. Velhos vão para as casas de repouso; loucos para hospital psiquiátrico; alcoólatras para clínicas; ladrões e traficantes ao cárcere. Há um abismo entre a sociedade produtiva e a improdutiva (SHECAIRA, 2004, p. 354-356).

Mas não basta separar os improdutivos. É preciso calar suas vozes. Não se trata apenas de impedir que os condenados votem, mas também de isolá-los ao máximo e, ao fazê-lo, marginalizar, juntamente com sua existência, todos os seus reclamos.

3.3. Aspecto psicossocial

Já no terceiro aspecto, de nível psicossocial, a pena detém a função de cobertura ideológica.

Enfatizando a criminalidade individual, o sistema penal desvia a atenção das causas geradoras das condutas socialmente negativas, mantendo as estruturas sociais inabaladas.

A reação penal contra alguns infratores gera sensação de segurança, uma vez que a prisão identifica o inimigo e o incapacita à prática delituosa. Entretanto, a solução penal não ataca as raízes do problema, embora proporcione a idéia de que este tenha sido eliminado.

Sobre esse aspecto, há de se chamar a atenção para práticas de corrupção que tem lugar em nossa história recente. Segundo Karam (2004, p. 90) a ênfase excessiva dada à punição de um ou outro infrator acaba por tirar de foco importantes questões como a utilização do aparelhamento estatal em benefício particular e a relação de privilégios que envolve Estado e detentores do poder econômico.

Nesse sentido, Yasmin Costa (2005, p. 108) aponta que não se quer conhecer e corrigir as causas do desvio, mas apenas discutir sua repressão e erradicação do contexto social, sem investir em programas efetivos de neutralização destas causas, uma vez que isso “poderia custar um alto preço, em todos os sentidos, às classes dominantes”.

A ilustrar esse fato, pode-se aqui mencionar a muito criticada Lei dos Crimes Hediondos que, seguindo um pensamento semelhante e cedendo a reclamos populares e midiáticos, foi finalmente implantada em nosso ordenamento. Esta Lei, segundo ensinamento de Alberto Silva Franco (2002, p. 649)

cumpriu exatamente o papel que lhe foi reservado pelos meios de comunicação social, controlados pelos segmentos econômicos e políticos hegemônicos, ou seja, o de dar à população a falsa idéia de que, por meio de uma lei extremamente repressiva, reencontraria a almejada segurança.

O que poderia ser meramente um uso irregular da pena por parte de políticos acaba tendo o condão de impedir a discussão séria para o alcance da tão sonhada segurança jurídica.

Tais são, portanto, algumas das funções da pena aferidas através de um olhar externo ao próprio direito penal.

4. A vertente abolicionista

No âmbito da criminologia crítica é que se encontram os questionamentos mais desafiadores ao sistema punitivo. Embora não se busque, aqui, abordar detalhadamente os novos aspectos trazidos pela criminologia crítica, pode-se dela extrair importante crítica ao sistema de penas vigente.

O abolicionismo é uma das vertentes mais radicais da nova criminologia e fornece elementos substanciosos para a crítica do direito penal.

Desenvolvendo-se a partir das idéias da teoria do etiquetamento (*labelling approach*), acredita que concepção de sociedade defendida pela criminologia tradicional - encarada como grupo maniqueísta e consensual, onde o delito figuraria como exceção – apresenta-se irreal.

Diferentemente, vê na criminalização de condutas a exteriorização de conflitos que tem lugar na sociedade e que decorrem da disputa de interesses entre os grupos que a compõem.

Aponta diversas razões para que o sistema penal seja extinto.

Inicialmente, argumenta-se que o direito penal aplica-se tão-somente a uma pequena parcela de condutas, já que há uma grande quantidade de crimes que não se tornam sequer conhecidos das autoridades que devem combatê-lo. Acusam-no de seletivo e elitista, capaz de legitimar e reproduzir desigualdades.

Preconizam os abolicionistas a verdadeira inutilidade do sistema penal, responsável unicamente pela produção da dor. A pena não transforma, vez que aniquila o condenado; é ilegítima, pois não reabilita; a reincidência é alta, já que prisão não intimida (SHECAIRA, 2004, p. 353).

Apoiando-se nas diversas funções anômalas atribuídas às penas, aduzem que o sistema é anômico, ou seja, as normas não cumprem a função esperada. Por exemplo, não evitam o cometimento de delitos.

Indo além da mera anomia, afirma-se que o sistema penal, por meio da aplicação da pena, provocaria no apenado uma rotulação capaz de impedi-lo de ascender no meio social, ocasionando mais exclusão e marginalização.

Além de tudo, o sistema penal operaria burocraticamente, uma vez que cada agência de poder (Polícia, Ministério Público e Justiça) possui sua própria ideologia e atua de modo independente, quando não em confronto.

Por fim, alega-se que quando se está diante de uma sociedade onde a cifra-negra² é altíssima, sendo a criminalização um fenômeno excepcional, já se está diante de uma sociedade sem penas e sem direito penal.

² Defasagem numérica entre a criminalidade real e a criminalidade estatística.

Hulsman (apud ZAFFARONI, 2006, p. 307), ao defender o abolicionismo, preconiza que a resposta punitiva é somente uma das formas de resolver conflitos sociais e que o sistema penal poderia ser vantajosamente substituído por outras formas de composição de conflitos (reparação, conciliação).

É de se ver, porém, que o conjunto de estudos que desembocaram na criminologia crítica e fomentaram o discurso abolicionista não provocaram uma efetiva mudança no âmbito concreto. Isto se percebe claramente pelo fato de que o sistema continua operando diuturnamente, com edição de novas leis a cada dia, umas demonstrando maior rigor, outras enfatizando garantias.

Mas, se de um lado não houve alterações significativas no plano concreto, por outro, no plano epistemológico, houve mudanças irreversíveis (BARATTA, 2002, p. 191). De fato, não se pode mais crer, após o advento da criminologia crítica, nas premissas teóricas apontadas no discurso penal, o qual restou questionado face as suas incongruências, restando inapto a sustentar as teorias da pena.

Em que pese demonstrar enorme aptidão em desconstruir os postulados penais, o abolicionismo é também alvo de críticas e ponderações.

Entre elas, as de Zaffaroni (2006, p. 307), alegando que o sistema penal é uma das formas de controle social e que sua abolição pressupõe uma mudança drástica na estrutura social de poder, porquanto se o sistema penal deixar de exercer o controle, outro meio será eleito em seu lugar, que não seja necessariamente melhor do que o penal.

Cita, como exemplo, que a diminuição do controle pelo sistema penal pode dar espaço a meios de controle psiquiátricos, administrativos, assistenciais, etc.

Nesse sentido, pondera Roxin que, uma vez implantada uma instância social de controle, a discriminação por ela praticada poderia ser mais gravosa do que a própria discriminação estatal (ROXIN, 2006, p. 5).

É certo que tais reflexões, ao passo em que convidam a uma análise mais detida do tema, bastam para pôr em dúvida a pretensa vantagem do abolicionismo. Todavia, isto não diminui a importância desta vertente radical da criminologia crítica, que tem provocado rupturas irreversíveis com o discurso penal.

5. O viés ideológico

Ao se proceder a estas críticas, está-se verdadeiramente a analisar os fins e fundamentos da pena sob uma ótica externa de legitimação. Assim, é possível reconhecer que nenhuma das funções que lhe são atribuídas são verossímeis, pois não correspondem às funções da pena verificáveis ao longo da história.

Quer parecer, pois, que a pena pode ser entendida politicamente, mas não justificada juridicamente.

Nota-se, nesse quadro, um inflado aparelhamento ideológico responsável por sustentar um sistema punitivo ilegítimo e incompatível com os postulados democráticos e com seu próprio discurso.

Assim, enquanto na prática se desenvolve a repressão seletiva, o discurso penal preconiza a segurança jurídica, encobrindo uma realidade lancinante a

determinados setores sociais. Esta idéia tem se enraizado no senso comum de tal forma que perdura no imaginário popular, influenciando as concepções comuns acerca da criminalidade, punição, política penal, etc.

Tal cobertura ideológica acaba se tornando um dos principais fatores que permite uma opressão velada, impedindo qualquer mudança mais efetiva.

A ideologia que perpassa o discurso punitivo apresenta função deformadora, distorcendo a realidade através da consciência de seus membros. O fenômeno ideológico inverte as circunstâncias reais, colocando na base de todas as coisas “aquilo que os homens dizem, se imaginam, se representam”, construindo uma falsa realidade baseada em concepções da realidade (WOLKMER, 2000, p. 108).

É possível retirar da história exemplos concretos da utilização da lei para forjar concepções da realidade de modo a camuflar a própria realidade circundante, como estratégia política.

Assim, no final do século XIX, no Brasil,

A figura do anarquista “perigoso”, “agitador”, “nocivo”, era efeito de uma invenção jurídica, mas também estratégia de construção de uma verdade. Ou seja, transformar em realidade o que havia sido criado como imagem, como representação. O estereótipo do anarquista, inventado pela lei, não se encerra no âmbito legislativo – se estende e se difunde através da imprensa [...] do Poder Legislativo e de outras instituições civis e militares (ALVES, 1997, p. 10).

Uma lei repressiva será tão mais eficaz quanto mais adentrar e se instalar no seio social. Isso porque ela fomenta a criação de mecanismos de controle social informais, levados a cabo pelos próprios setores da sociedade civil.

Destarte, a partir de uma lei criminalizadora, surge uma nova figura de delinqüente, que passa a ser sistematicamente repudiada (vadio, traficante, ladrão, etc). Bem assim, a mídia começa a divulgar casos referentes à nova legislação e/ou cobrar dos setores responsáveis medidas para sanar o problema. O próprio governo, através de seus agentes públicos, passa a se posicionar mais ativamente no combate aos criminosos.

Atacar o senso comum dominante é desmontar, pouco a pouco, o aparelhamento de poder estruturado para a manutenção do *status* repressivo.

Mencione-se, por exemplo, a noção de “discricionariedade judicial” que, idealisticamente, não poderia prevalecer num ordenamento erigido sobre o princípio da legalidade. Tal encontra subsídio na vagueza da lei, proporcionada tanto pela anemia conceitual de certos elementos como “periculosidade”, “conduta social” etc (ANDRADE, 2003, p. 272).

Estereótipos e preconceitos influenciam o magistrado (e os demais agentes de controle) tanto no momento da apreciação do elemento subjetivo do tipo (dolo e culpa), quanto no da aferição da personalidade do agente; desde a escolha dos

fatos até sua valoração e qualificação jurídico-penal (BARATTA, 2002, p. 177).

Assim, “o mandamento abstrato da norma se desvia substancialmente quando passa pelo crivo de certos filtros altamente seletivos e discriminatórios que atuam guiados pelo critério do *status* social do infrator” (MOLINA, 2002, p. 133).

Segundo Wolkmer (2000, p. 185),

trata-se de uma postura equivocada daqueles que acreditam que os magistrados, na missão que lhes compete, mesmo pretendendo agir com inteira isenção e projetando a imagem da excelsa equidistância, são inteiramente orientados por diretrizes neutras e princípios inatacáveis que pairam acima das demandas abusivas, das desregrações múltiplas, dos interesses e conflitos de classes.

É possível aduzir, pois, que o Judiciário (e igualmente as demais agências de poder) se vale de um *second code* no exercício de sua atividade. Neste “segundo código” ou código social estão as crenças e ideologias do juiz que, decidindo com base nelas, deixa-se se guiar por estereótipos e pelo senso comum da criminalidade, pautado que está na ideologia da defesa social.

Assim,

esses mesmos fiéis guardiões e protetores das ossificadas e empoeiradas codificações, quando da execução legal ou da revelação jurídica nos tribunais, oferecerão quase sempre uma atitude preconceituosa, estereotipada, modelada ideologicamente por um comportamento marcadamente conservador (WOLKMER, 2000, p. 185).

Infere-se da existência desse código extralegal uma possível explicação para a atuação seletiva por parte das agências de controle, responsável pela constituição de uma “clientela” do sistema penal, formada eminentemente por pobres, precisamente porque têm maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como delinquentes.

Segundo a criminologia crítica, é no conceito de *second code*³ que se encontra uma zona de intersecção entre o controle social informal e o controle penal, donde se vislumbra que os mecanismos seletivos presentes na sociedade são transportados ao universo jurídico penal, influenciando/condicionando a atuação dos agentes do sistema penal (ANDRADE, 2003a, p. 53).

Assim, “todo o sistema penal tende a intervir como subsistema específico no universo dos processos de socialização e educação, que o Estado e os outros

³ Conjunto de meta-regras (ideologias, crenças, estereótipos) presentes nos agentes de poder, que influenciariam no momento da aplicação da lei.

aparelhos ideológicos institucionalizam em uma rede cada vez mais capilar” (BARATTA, 2002, p. 169).

Diversamente do que afirmam os defensores do sistema penal, os quais enfatizam a sua função de contenção da repressão informal, é de se dizer que

na realidade, o maior rigor da repressão formal caminha junto com o aprofundamento da repressão informal, desenvolvida à sua imagem e semelhança e alimentada pela própria ideologia que sustenta o sistema penal e que faz daqueles identificados como criminosos os inimigos, os maus, os perigosos (KARAM, 1997, p. 77).

Destarte, um meio eficaz de se alterar o *status quo* é atacar a ideologia reinante no interior das agências de poder, bem como o senso comum de criminalidade, no contexto do controle social informal.

Consoante Baratta, “os muros do cárcere representam uma violenta barreira que separa a sociedade de uma parte de seus próprios problemas e conflitos”, sendo certo que “o lugar da solução do problema carcerário é toda a sociedade” (1991, p. 255, 265).

Neste contexto, a mídia exerce papel importante no modo de pensar das massas, e por vezes acaba colaborando com o sistema, distorcendo a realidade criminal e acentuando a guerra contra a “delinqüência” (MATHIESEN, 1997, p. 280).

De fato, o papel desempenhado pelos meios de comunicação em massa é fundamental. Assim,

nas sociedades contemporâneas, a apreensão do real se faz, cada vez mais, através destes meios, as experiências diretas da realidade cedendo espaço e se tornando experiências do espetáculo da realidade, a própria comunicação entre as pessoas... (KARAM, 1997, p. 69).

Destarte, um combate ideológico contra o senso comum da criminalidade é indispensável para a alteração do sistema penal vigente, de modo a evoluir na garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Atuando em nível social, estar-se-á, assim, propiciando uma mudança de paradigmas fundamental para a realização mais efetiva da igualdade e justiça social.

6. Considerações finais

O discurso jurídico propalado pelas tradicionais teorias da pena já não justifica satisfatoriamente o fenômeno da punição estatal. Tem ganhado espaço, pois as vertentes teóricas que optam por analisar a questão sob um ângulo intimamente ligado à realidade social.

Revelou-se, desse modo, que a pena apresenta funções diversas daquelas afirmadas pela dogmática penal, as quais nem sempre se adequam aos postulados

constitucionais.

A atuação do sistema penal acaba, por vezes, contrariando os ditames legais ao agir seletivamente em prejuízo de grupos determinados, ocultando práticas criminosas existentes em outras classes sociais.

Estas e outras críticas encontram subsídios na doutrina abolicionista do direito penal que, embora seja acatada com reservas, constitui importante fonte de reflexão ao sistema de penas vigente.

Ressalte-se, ainda, o papel legitimador do senso comum de criminalidade, o qual serve de lastro à atuação de um direito penal seletivo nos moldes atuais.

Atacar essa ideologia comum presente na sociedade é imprescindível para alterar também o senso de criminalidade presente no interior das agências de controle formal, de modo a barrar a prática penal como mera causadora de “dor e sofrimento” inúteis e provocando mudanças salutares no sistema penal, adequando-o às exigências de respeito à Dignidade do Homem.

Referências bibliográficas

ALVES, Paulo. *A verdade da repressão: práticas penais e outras estratégias na ordem republicana: 1890-1921*. São Paulo: editora Arte & Ciência/UNIP, 1997.

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

_____. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003a

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: uma introdução à sociologia do direito penal*; trad. Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

_____. *Resocialización o control social: por un concepto crítico de reintegración social Del condenado*. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio: atos do Colóquio Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

BARRETO, Tobias. *Fundamentos do direito de punir*, in RT ano 85, v. 727, maio de 1996, Ed. Revista dos Tribunais.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003.

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

COSTA, Yasmin Maria Rodrigues Madeira da. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 23. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

_____. *Microfísica do poder*. Org. e trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FRADE, Laura. *O que o Congresso Nacional brasileiro pensa sobre a criminalidade*. Tese de doutoramento apresentada ao Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília-UnB – Brasília, março de 2007. Disponível em: http://bdt.d.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1743

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1984.

KARAM, Maria Lúcia. Art. *Pela abolição do sistema penal*. In PASSETTI, Edson (Org.). Curso livre de abolicionismo penal. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

_____. *Utopia transformadora e abolição do sistema penal*. In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Org.). Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCrim, 1997

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

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (Pensamento Criminológico, v. 11).

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

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985.

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

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

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

_____. *El sistema penal em los países de América latina*. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Revan, 1991a.