

Cezar Roberto Bitencourt

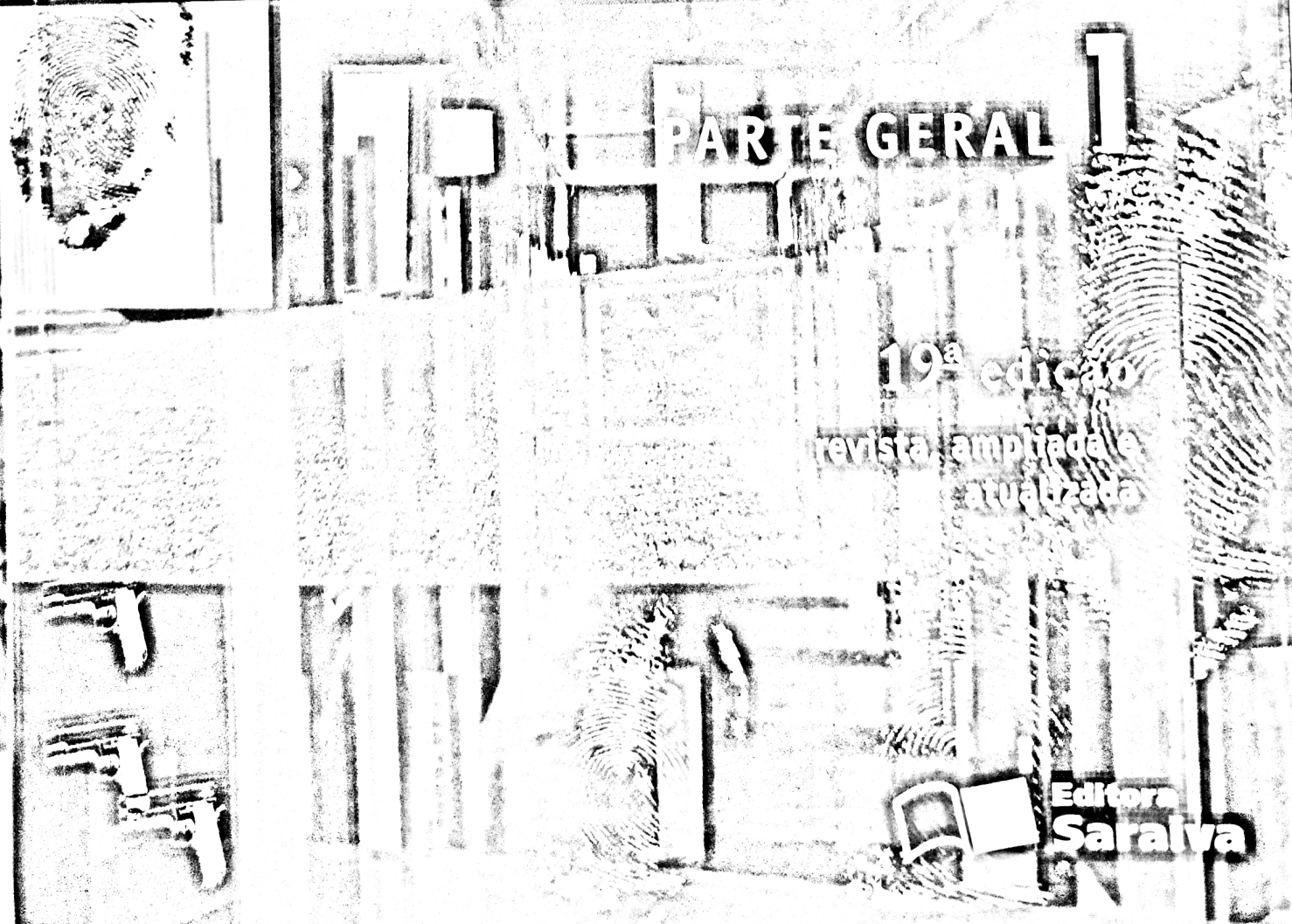
**Tratado de** *Direito Penal*

PARTE GERAL

1

19ª edição  
revisada, ampliada e  
atualizada

Editora  
**Saraiva**



*Sumário:* 1. Considerações introdutórias. 2. A Antiguidade. 3. A Idade Média. 4. A Idade Moderna. 5. Causas que levaram à transformação da prisão-custódia em prisão-pena. 6. Início e fim de um mito. 7. Análise político-criminal da reincidência. 8. O objetivo ressocializador na visão da Criminologia Crítica. 8.1. Algumas sugestões de Alessandro Baratta para combater a delinquência. 9. O objetivo ressocializador “mínimo”.

## 1. Considerações introdutórias

A prisão é uma exigência amarga, mas imprescindível. A história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma. A prisão é concebida modernamente como um mal necessário, sem esquecer que a mesma guarda em sua essência contradições insolúveis.

A origem da pena é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a História da Humanidade. Por isso mesmo é muito difícil situá-la em suas origens. Quem quer que se proponha a aprofundar-se na História da pena corre o risco de equivocar-se a cada passo. As contradições que se apresentam são dificilmente evitadas, uma vez que o campo encontra-se cheio de espinhos. Por tudo isso, não é uma tarefa fácil. Surge uma ampla gama de situações e variedade de fatos, que se impõem a considerações, com magníficos títulos para assumir a hierarquia de fatores principais. Porém, são insuficientes. A carença de continuidade é quase total. Há muitos exemplos. Os retrocessos, a dificuldade de fixar indicadores e perseguir sua evolução, a confrontação das tendências expiatórias e moralizadoras (estas últimas nem sempre bem definidas) dificultam qualquer pretensão narrativa de ordem cronológica. Um bom exemplo dos retrocessos referidos é a própria aparição da “prisão-pena”, que ocorre em fins do século XVI, para depois ficar sepultada nos dois séculos seguintes.

Por tudo isso, é imprescindível, para uma clara exposição que permita elucidar caminho tão intrincado, separar-se da cronologia que pode nos levar a equívocos. E, então, considerando o homem delinquente — que desde Lombroso até hoje constitui o epicentro das elucubrações criminológicas e penitenciárias —, procurar elucidar as distintas formas em que seus atos foram puníveis, atendendo mais ou menos aos períodos da História da Humanidade.

## 2. A Antiguidade

A Antiguidade desconheceu totalmente a privação de liberdade, estritamente considerada como sanção penal. Embora seja inegável que o encarceramento de delinquentes existiu desde tempos imemoráveis, não tinha caráter de pena e repousava em outras razões<sup>1</sup>. Até fins do século XVIII a prisão serviu somente à contenção e guarda de réus para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados. Recorria-se, durante esse longo período histórico, fundamentalmente, à pena de morte, às penas corporais (mutilações e açoites) e às infamantes. Por isso, a prisão era uma espécie de “antessala” de suplícios, pois se usava a tortura, frequentemente, para descobrir a verdade. A prisão foi sempre uma situação de grande perigo, um incremento ao desamparo e, na verdade, uma antecipação da extinção física do indivíduo.

Contudo, pode-se encontrar certos resquícios de pena privativa de liberdade fazendo um retrospecto da História em suas diferentes etapas até o século XVIII, onde adquirem relevo as compilações legais da época dos princípios humanísticos de correção e moralização dos delinquentes através da pena. Porém, durante vários séculos, a prisão serviu de depósito — contenção e custódia — da pessoa física do réu, que esperava, geralmente em condições subumanas, a celebração de sua execução.

A expiação daquele que violou as normas de convivência — expressada pela aplicação das mais atrozes penalidades, como morte, mutilação, tortura e trabalhos forçados — é um sentimento comum que se une à Antiguidade mais remota. A civilização helênica (Grécia) desconheceu a privação da liberdade como pena<sup>2</sup>. Platão, contudo, propunha, no livro nono de *As Leis*, o estabelecimento de três tipos de prisões: “uma na praça do mercado, que servia de *custódia*; outra, denominada *sofonisterium*, situada dentro da cidade, que servia de *correção*, e uma terceira destinada ao ‘suplício’ que, com o fim de amedrontar, deveria constituir-se em lugar deserto e sombrio, o mais distante possível da cidade”<sup>3</sup>. Platão já apontava as duas ideias históricas da privação da liberdade: a prisão como pena e a prisão como custódia, esta última a única forma efetivamente empregada na Antiguidade. Deve-se acrescentar que a Grécia também conheceu a prisão como meio de reter os devedores até que pagassem as suas dívidas. Ficava, assim, o

1. Luís Garrido Guzman, *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Madrid, Edersa, 1983, p. 73.

2. Émile Durkheim, *Dos leyes de la evolución penal*, Revista de Estudios Penitenciarios, 1970, p. 640. Apesar da passagem referida por Durkheim, onde afirma que parece certo que, em alguns casos, a pena de prisão foi imposta em Atenas como castigo especial, Demóstenes diz expressamente que os tribunais tinham a faculdade de sancionar com pena de prisão ou com qualquer outro castigo, e Sócrates falou da prisão perpétua como uma espécie de castigo que poderia servir de norma.

3. Luís Garrido Guzman, *Manual de Ciencia Penitenciaria*, cit., p. 75.

devedor à mercê do credor, como seu escravo, a fim de garantir seu crédito. Essa prática, inicialmente privada, foi posteriormente adotada como pública, mas ainda como medida coercitiva para forçar o devedor a pagar a sua dívida.

Os próprios romanos, que, no dizer de Carrara, foram “gigantes no Direito Civil e pignus no Direito Penal”, só conheceram o encarceramento com fins de custódia. Como na Grécia, também em Roma existia a chamada prisão por dívidas, penalidade civil que se fazia efetiva até que o devedor saldasse, por si ou por outro, a dívida. Cuello Calón nos fala de *ergastulum*, que era o aprisionamento e reclusão dos escravos em um local ou cárcere destinado a esse fim na casa do dono<sup>4</sup>. Quando era necessário castigar um escravo, os juízes, por equidade, delegavam o mesmo ao *pater-familiae*, que podia determinar a sua reclusão temporária ou perpétua no referido *ergastulum*. Os lugares onde se mantinham os acusados até a celebração do julgamento eram bem diversos, já que nessa época não existia ainda uma arquitetura penitenciária própria. Os piores lugares eram empregados como prisões: utilizavam horrendos calabouços, aposentos frequentemente em ruínas ou insalubres de castelos, torres, conventos abandonados, palácios e outros edifícios. A prisão mamertina era um poço d’água, um coletor de águas, que se transformou em cárcere. Na Sicília houve depósitos de água desse tipo, dentre os quais um deles é chamado, ainda hoje, de a “fossa dos condenados”. Thot afirma que a primeira prisão construída em Roma ocorreu nos tempos do imperador Alexandre Severo, e que na época dos reis e da república existiram prisões célebres: a prisão “tuliana”, também chamada *latonia*, a *claudiana* e a mamertina<sup>5</sup>.

Grécia e Roma, pois, expoentes do mundo antigo, conheceram a prisão com finalidade eminentemente de custódia, para impedir que o culpado pudesse subtrair-se ao castigo. Pode-se afirmar que de modo algum podemos admitir nessa fase da História sequer um germe da prisão como lugar de cumprimento de pena, já que praticamente o catálogo de sanções esgotava-se com a morte, penas corporais e infamantes. A finalidade da prisão, portanto, restringia-se à custódia dos réus até a execução das condenações referidas. A prisão dos devedores tinha a mesma finalidade: garantir que eles cumprissem as suas obrigações.

Com a queda de Roma e de seu Império, e a conseqüente invasão da Europa pelos denominados povos “bárbaros”, acaba-se a Idade Antiga, segundo a divisão tradicionalmente aceita.

### 3. A Idade Média

Henri Sanson, o verdugo de Paris, escrevendo as suas memórias, faz a seguinte afirmação: “Até 1791 a lei criminal é o código da crueldade legal”<sup>6</sup>. Na reali-

4. Cuello Calón, *La moderna penología*, Barcelona, Bosch, 1958, p. 300.

5. Luís Garrido Guzman, *Manual de Ciencia Penitenciaria*, cit., p. 76.

6. Carlos García Valdés, *Estudios de Derecho Penitenciario*, Madrid, Tecnos, 1982, p. 14.

dade, a lei penal dos tempos medievais tinha como verdadeiro objetivo provocar o medo coletivo. "Não importa a pessoa do réu, sua sorte, a forma em que ficam encarcerados. Loucos, delinquentes de toda ordem, mulheres, velhos e crianças esperam, espremidos entre si em horrendos encarceramentos subterrâneos, ou calabouços de palácios e fortalezas, o suplício e a morte"<sup>7</sup>.

Durante todo o período da Idade Média, a ideia de pena privativa de liberdade não aparece. Há, nesse período, um claro predomínio do direito germânico. A privação da liberdade continua a ter uma finalidade custodial aplicável àqueles que foram submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas. A amputação de braços, pernas, olhos, língua, mutilações diversas, queima de carne a fogo, e a morte, em suas mais variadas formas, constituem o espetáculo favorito das multidões desse período histórico<sup>8</sup>. No entanto, nessa época, surgem a prisão de Estado e a prisão eclesiástica. Na prisão de Estado, na Idade Média, somente podiam ser recolhidos os inimigos do poder, real ou senhorial, que tivessem cometido delitos de traição, ou os adversários políticos dos governantes. A prisão de Estado apresenta duas modalidades: a prisão-custódia, onde o réu espera a execução da verdadeira pena aplicada (morte, açoite, mutilações etc.), ou como detenção temporal ou perpétua, ou ainda até perceber o perdão real<sup>9</sup>. Essas prisões tinham, não raras vezes, originariamente outra finalidade e, por isso, não apresentavam uma arquitetura adequada. Os exemplos mais populares são a "Torre de Londres", a "Bastilha de Paris", "Los Plomos", porões e lugares lúgubres dos palácios onde eram encarcerados os réus, como o do Palácio Ducal de Veneza, que ficou conhecido como "Ponte dos Suspiros"<sup>10</sup>.

A prisão eclesiástica, por sua vez, destinava-se aos clérigos rebeldes e respondia às ideias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, dando ao internamento um sentido de penitência e meditação. Recolhiam os infratores em uma ala dos mosteiros para que, por meio de penitência e oração, se arrependessem do mal causado e obtivessem a correção ou emenda. Por volta do ano 1000 descreve-se a prisão do mosteiro dos "clunienses" como um aposento subterrâneo, sem portas nem janelas, ao qual se descia por uma escada. Tinha de ter luz para que os irmãos pecadores pudessem ler o breviário e os livros sagrados. A prisão canônica era mais humana que o regime secular, que era baseado em suplícios e mutilações, porém, é impossível equipará-la à prisão moderna. Foi por iniciativa

7. Elías Neuman, *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*, Buenos Aires, Pannedille, 1971, p. 29.

8. Luís Garrido Guzman, *Manual de Ciencia Penitenciaria*, cit., p. 77.

9. García Valdés, *Introducción a la penología*, Madrid, Universidad Compostela, 1981, p. 72 e s.

10. Cezar Roberto Bitencourt, *Falência da pena de prisão — causas e alternativas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 18.

eclesiástica que no século XII surgiram as prisões subterrâneas, que tornaram célebre a expressão *vade in pace* (vá em paz); eram assim denominadas porque os réus eram despedidos com essas palavras, e aquele que entrava nelas não saía com vida. Eram masmorras nas quais se descia por meio de escadas ou através de poços onde os presos eram dependurados com uma corda.

A Idade Média também se caracterizou por um Direito ordálico, que também foi utilizado pelo Direito espanhol. “A melhor prova de maldade do indivíduo é o abandono que dele faz Deus ao retirar-lhe a sua ajuda para superar as provas a que é submetido — da água, do fogo, do ferro candente etc. — com o que se faz merecedor automático do castigo, julgamento de Deus cujo resultado se aceita mais ou menos resignadamente (...). O culpado, isto é, quem não supera a prova, convence a si mesmo de sua própria maldade e abandono de Deus; se não estivesse em pecado — se não tivesse cometido um delito — sairia feliz da mesma, não há a menor dúvida”<sup>11</sup>. Como consequência da forma de obter a prova do crime, havia um elevado índice de erros judiciários, o que é absolutamente natural.

Para Hilde Kaufmann, a pena privativa de liberdade foi produto do desenvolvimento de uma sociedade orientada à consecução da felicidade, surgida do pensamento calvinista cristão<sup>12</sup>. O pensamento cristão, com algumas diferenças entre o protestantismo e o catolicismo, proporcionou, tanto no aspecto material como no ideológico, bom fundamento à pena privativa de liberdade. Por essa razão, não é casual que se considere que uma das poucas exceções à prisão-custódia do século XVI fosse a prisão canônica. Tratava-se de uma reclusão que só se aplicava em casos muito especiais a alguns membros do clero. A Igreja já conhecia, antes que fosse aplicada na sociedade civil, uma instituição que continha certos pontos que serviam para justificar e inspirar a prisão moderna.

A prisão dos mosteiros, segundo Von Hentig, irradia fluxos arquitetônicos e psicológicos que ainda perduram. A cela “monacal” cumpria a totalidade de propósitos que a clausura perseguia, embora não se deva esquecer que, na prisão monacal, misturam-se antigos métodos mágicos com a separação do espaço e a purificação mediante as regras ordinárias da detenção. Encontram-se, entre elas, a fustigação corporal, a escuridão e o jejum, junto com o isolamento, que protege do contágio moral<sup>13</sup>.

Inegavelmente, o Direito Canônico contribuiu decisivamente para com o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras ideias sobre a reforma do delinquente. Precisamente do vocábulo “penitência”, de es-

11. García Valdés, *Estudios de Derecho Penitenciario*, cit., p. 15-6.

12. Hilde Kaufmann, *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 18-9.

13. Von Hentig, *La pena*, Madrid, ESPASA-CALPE, 1967, v. 1, p. 200.

treita vinculação com o Direito Canônico, surgiram as palavras “penitenciário” e “penitenciária”. Essa influência veio completar-se com o predomínio que os conceitos teológico-morais tiveram, até o século XVIII, no Direito Penal, já que se considerava que o crime era um pecado contra as leis humanas e divinas.

#### 4. A Idade Moderna

Durante os séculos XVI e XVII a pobreza se abate e se estende por toda a Europa. Contra os deserdados da fortuna que delinquem cotidianamente para subsistir experimenta-se todo tipo de reações penais, mas todas falham.

O panorama na França era o seguinte: “As guerras religiosas tinham arrancado à França uma boa parte de suas riquezas. No ano de 1556 os pobres formavam quase a quarta parte da população. Estas vítimas da escassez subsistiam das esmolas, do roubo e assassinatos. O parlamento tratou de enviá-los às províncias. No ano 1525 foram ameaçados com o patíbulo, em 1532 foram obrigados a trabalhar nos encanamentos para esgotos, acorrentados de dois a dois, em 1554 foram expulsos da cidade pela primeira vez, em 1561 condenados às galés e em 1606 decidiu-se, finalmente, que os mendigos de Paris seriam açoitados em praça pública, marcados nas costas, teriam a cabeça raspada e logo expulsos da cidade”<sup>14</sup>. Tudo isso logo cresceu desmesuradamente. Esse fenômeno estendeu-se por toda a Europa. Por razões de política criminal era evidente que, ante tanta delinquência, a pena de morte não era uma solução adequada, já que não se podia aplicá-la a tanta gente. Sobre isso nos fala com sua autoridade Hans von Hentig<sup>15</sup>: “Os distúrbios religiosos, as longas guerras, as destruidoras expedições militares do século XVII, a devastação do país, a extensão dos núcleos urbanos e a crise das formas feudais de vida e da economia agrícola haviam ocasionado um enorme aumento da criminalidade em fins do século XVII e início do XVIII”. Contudo, como em algum lugar tinham de estar, iam de uma cidade a outra. Eram demasiados para serem todos enforcados, e a sua miséria, como todos sabiam, era maior que a sua má vontade; na Europa, cindida em numerosos Estados minúsculos e cidades independentes, ameaçavam, só com sua massa crescente, dominar o poder do Estado.

Na segunda metade do século XVI iniciou-se um movimento de grande transcendência no desenvolvimento das penas privativas de liberdade: a criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados. Os açoites, o desterro e a execução foram os principais instrumentos da política social na Inglaterra até a metade do século XVI (1552), quando as condições socioeconômicas, especialmente, mudaram. Para fazer frente ao fenômeno sociocriminal, que

14. De Groote, *La locura a través de los siglos*, Barcelona, 1970, p. 101, citação encontrada em Carlos García Valdés, *Estudios de Derecho Penitenciario*, cit., p. 26.

15. Von Hentig, *La pena*, cit., p. 213-4.

preocupava as pequenas minorias e as cidades, dispuseram-se elas mesmas a defender-se, criando *instituições de correção* de grande valor histórico penitenciário. A pedido de alguns integrantes do clero inglês, que se encontravam muito preocupados pelas proporções que havia alcançado a mendicância em Londres, o rei lhes autorizou a utilização do castelo de Bridwell, para que nele se recolhessem os vagabundos, os ociosos, os ladrões e os autores de delitos menores<sup>16</sup>.

A suposta finalidade da instituição, dirigida com mão de ferro, consistia na reforma dos delinquentes por meio do trabalho e da disciplina. O sistema orientava-se pela convicção, como todas as ideias que inspiraram o penitenciarismo clássico, de que o trabalho e a férrea disciplina são um meio indiscutível para a reforma do recluso. Ademais, a instituição tinha objetivos relacionados com a prevenção geral, já que pretendia desestimular outros da vadiagem e da ociosidade. Essa experiência deve ter alcançado notável êxito, já que em pouco tempo surgiram em vários lugares da Inglaterra *houses of correction* ou *bridwells*, como eram denominadas, indistintamente. O auge dos *bridwells* foi considerável, especialmente a partir da segunda metade do século XVII. O fundamento legal mais antigo das *houses of correction* encontra-se em uma lei do ano 1575, onde se definia a sanção para os vagabundos e o alívio para os pobres, determinando a construção de uma casa de correção por condado, pelo menos<sup>17</sup>. Posteriormente, uma lei de 1670 definiu um estatuto para os *bridwells*.

Sob similares orientações e seguindo a mesma linha de desenvolvimento, surgem na Inglaterra as chamadas *workhouses*. No ano de 1697, como consequência da união de várias paróquias de Bristol, surge a primeira *workhouse* da Inglaterra. Outra se estabelece em 1707 em Worcester e uma terceira no mesmo ano em Dublin. O desenvolvimento e o auge das casas de trabalho terminam por estabelecer uma prova evidente sobre as íntimas relações que existem, ao menos em suas origens, entre a prisão e a utilização da mão de obra do recluso, bem como a conexão com as suas condições de oferta e procura<sup>18</sup>. Criaram-se em Amsterdã, no ano de 1596, casas de correção para homens, as *Rasphuis*; em 1597 outra prisão, a *Spinhis*, para mulheres, e em 1600 uma seção especial para jovens. Essas instituições, assim como as inglesas, foram criadas, geralmente, para tratar a pequena delinquência. Para os que cometiam delitos mais graves mantinha-se ainda a aplicação de outras penas, como o exílio, açoites, pelourinho etc. Para o controle do crime, sob o ponto de vista global, confiavam, ainda, nos códigos penais, principalmente nas penas pecuniárias e corporais e em penas capitais. Contudo, não se pode negar que as casas

16. Cuello Calón, *La moderna penología*, cit., p. 303.

17. Melossi e Pavarini, *Cárcel y fábrica — los orígenes del sistema penitenciario*, siglos XVI-XIX, 2ª ed., México, 1985, p. 32; García Valdés. *El nacimiento de la pena privativa de libertad*, in CPC, 1977, p. 39.

18. Cezar Roberto Bitencourt, *Falência da pena de prisão*, cit., p. 25.



de trabalho ou de correção, embora destinadas a uma pequena delinquência, já assinalam o surgimento da pena privativa de liberdade moderna.

As prisões de Amsterdã, edificadas expressamente para tal fim, contando com um programa de reforma, alcançaram um grande êxito e foram imitadas em muitos países europeus. Constituíam um fato excepcional. Foi necessário esperar mais de dois séculos para que as prisões fossem consideradas um lugar de correção e não de simples custódia do delinquente à espera de julgamento<sup>19</sup>. Mas uma das mais duras modalidades de pena de prisão surgidas no século XVI foi a pena de galés. Ela foi uma das mais cruéis dentre as aplicadas nesses tempos. A galé foi uma prisão flutuante. Grande número de condenados a penas graves e prisioneiros de guerra eram destinados como escravos ao serviço das galés militares, onde eram acorrentados a um banco e ficavam, sob ameaça de um chicote, obrigados a remar. Refere Cuello Calón que alguns países mantiveram essa pena até o século XVIII. "Inglaterra, França, Espanha, Veneza, Génova, Nápoles, os Estados do Papa utilizaram as galés<sup>20</sup>".

Em meados do século XVII surge na Europa uma obra importante sob o ponto de vista penitenciário, que deixaria ideias positivistas, nesse campo, ainda que incipientes. Trata-se do famoso "Hospício de San Felipe Neri", fundado em Florença (em 1667), pelo sacerdote Filippo Franci, que pôs em prática uma ideia de Hipólito Francini. A instituição destinava-se, inicialmente, à reforma de crianças errantes, embora mais tarde tenham sido admitidos jovens rebeldes e desencaminhados. Aplicava-se um regime celular estrito. A pessoa do interno era desconhecida para seus companheiros de reclusão graças a um capuz com que se cobriam a cabeça nos atos coletivos. Essas ideias seriam posteriormente incorporadas pelo regime celular do século XIX. A obra de Filippo Franci é um importante antecedente do regime celular e nela se reflete seu profundo sentido religioso.

O trabalho de Filippo Franci produziu muito boa impressão em Jean Mabillon, um monge beneditino francês, quando este passou por Florença. Mabillon escreveu um livro intitulado *Reflexões sobre as prisões monásticas* (1695 ou 1724). Essa obra considera a experiência punitiva do tipo carcerário que se havia aplicado no Direito Penal canônico e formula uma série de considerações que antecipam algumas das afirmações típicas do Iluminismo sobre o problema penal. Defende a proporcionalidade da pena de acordo com o delito cometido e a força física e espiritual do réu. Dá grande importância ao problema da reintegração do apenado à comunidade, e, nesse sentido, pode ser considerado um dos primeiros defensores dessa ideia<sup>21</sup>.

19. Garrido Guzman, *Compendio de Ciencia Penitenciaria*, Universidad de Valencia, 1976, p. 51.

20. Cuello Calón, *La moderna penología*, cit., p. 302.

21. Elías Neuman, *Evolución de la pena*, cit., p. 34; Cuello Calón, *La moderna penología*, cit., p. 305.

Outro dos importantes iniciadores da reforma carcerária e do sentido reabilitador e educativo da pena privativa de liberdade foi “Clemente XI” (1649-1721). Suas ideias foram colocadas em prática na “Casa de Correção de São Miguel” (em Roma), fundada por sua iniciativa em 14 de novembro de 1703. O regime era misto, já que trabalhavam durante o dia em comum e, à noite, mantinham-se isolados em celas, permanecendo, durante todo o dia, com a obrigação de guardar absoluto silêncio. O ensino religioso era um dos pilares fundamentais da instituição; o regime disciplinar mantinha-se à custa de fortes sanções. O isolamento, o trabalho, a instrução religiosa e uma férrea disciplina eram os meios que se utilizavam para a correção<sup>22</sup>.

## 5. Causas que levaram à transformação da prisão-custódia em prisão-pena

Consideramos interessante e sugestiva a análise de Dario Melossi e Massimo Pavarini sobre as causas que explicam o surgimento das primeiras instituições de reclusão na Inglaterra e na Holanda. Por essa razão convém citá-los. Dizem esses autores: “... É na Holanda, na primeira metade do século XVII, onde a nova instituição da casa de trabalho chega, no período das origens do capitalismo, à sua forma mais desenvolvida. É que a criação desta nova e original forma de segregação punitiva responde mais a uma exigência relacionada ao desenvolvimento geral da sociedade capitalista que à genialidade individual de algum reformador”<sup>23</sup>. Os modelos punitivos não se diversificam por um propósito idealista ou pelo afã de melhorar as condições da prisão, mas com o fim de evitar que se desperdice a mão de obra e ao mesmo tempo para poder controlá-la, regulando a sua utilização de acordo com as necessidades de valoração do capital. “É necessário esclarecer, naturalmente, que tal hipótese, baseada sobretudo na relação existente entre força de trabalho e trabalho forçado (entendido como trabalho não livre), não esgota a complexa realidade das ‘Workhouses’. De modo algum, como já vimos para a Inglaterra, são o único instrumento com o qual se procura baixar salários e controlar a força de trabalho, nem tampouco referidas casas têm este como único objetivo. A respeito do primeiro ponto, já vimos como na Inglaterra — mas neste período é válido em um sentido mais geral — as casas de trabalho acompanham tetos salariais estabelecidos por lei, prolongamento da jornada de trabalho, proibições para que os trabalhadores se reúnam e se organizem etc. Na realidade, a relativa exiguidade quantitativa que sempre caracterizou essa experiência induz a considerá-la mais como uma demonstração do nível que havia alcançado a luta de classes do que como um dos fatores que a

22. Elías Neuman, *Evolución de la pena*, cit., p. 34.

23. Dario Melossi e Massimo Pavarini, *Cárcel y fábrica — los orígenes del penitenciario*, siglos XVI-XIX, 2ª ed., México, Siglo XXI, 1985, p. 35.

impulsionam”<sup>24</sup>. A função da casa de trabalho é indubitavelmente mais completa que a de taxar simplesmente o salário livre. Ou, pelo menos, pode-se também dizer que este último objetivo deve ser entendido na plenitude de seu significado, isto é, como controle de força de trabalho, da educação e *domesticação* do trabalhador. Como afirma Marx<sup>25</sup>, “a aprendizagem da disciplina de seu novo estado, isto é, a transformação do trabalhador agrícola expulso da terra em operário, com tudo o que isso significa, é um dos fins fundamentais que, em suas origens, o capital teve de se propor. A organização das casas de trabalho, e de tantas outras organizações parecidas, responde, antes de mais nada, a essa necessidade. É evidente que esse problema não está separado do que estabelece o mercado de trabalho, isso não só porque através da institucionalização das casas de trabalho de um setor, embora limitado, da força de trabalho obtém-se um duplo resultado: ao contrário do trabalho livre, com o trabalho forçado, geralmente mais rebelde, força-se a aprendizagem da disciplina, e também a docilidade ou a oposição da classe operária nascente às condições de trabalho depende da força que tenha no mercado, pois na medida em que a oferta de mão de obra é escassa, aumenta a sua capacidade de oposição e de resistência, e a sua possibilidade de luta”.

Essa análise encontra-se estreitamente vinculada com o materialismo histórico, predominando a ideia de que as condições econômicas, em última instância, condicionam a natureza e o caráter da superestrutura. Dentro desta, como parte da superestrutura jurídica, encontra-se a prisão. Para Melossi e Pavarini, a prisão surge quando se estabelecem as casas de correção holandesas e inglesas, cuja origem não se explica pela existência de um propósito mais ou menos humanitário e idealista, mas pela necessidade que existia de possuir um instrumento que permitisse não tanto a reforma ou reabilitação do delinquente, mas a sua submissão ao regime dominante (capitalismo). Serviu também como meio de controle dos salários, permitindo, por outro lado, que mediante o efeito preventivo-geral da prisão se pudesse “convencer” os que não cometeram nenhum delito de que deviam aceitar a hegemonia da classe proprietária dos bens de produção. Já não se trata de dizer que a correção sirva para alcançar uma ideia metafísica e difusa de liberdade, mas que procura disciplinar um setor da força de trabalho “para introduzi-lo coativamente no mundo da produção manufatureira”<sup>26</sup>, tornando o trabalhador mais dócil e menos provido de conhecimentos, impedindo, dessa forma, que possa apresentar alguma resistência.

Na realidade, o objetivo fundamental das instituições de trabalho holandesas e inglesas era que o trabalhador aprendesse a disciplina capitalista de produção.

24. Dario Melossi e Massimo Pavarini, *Cárcel y fábrica*, cit., p. 36.

25. Karl Marx, *Il capitale*, v. I, Roma, 1970, p. 192-193.

26. Dario Melossi e Massimo Pavarini, *Cárcel y fábrica*, cit., p. 41.

Também a religião, especialmente no caso da Holanda, permitiria reforçar os elementos ideológicos que fortaleceriam a hegemonia da burguesia capitalista. O ponto de vista religioso fundamentava-se no calvinismo, que predominava na jovem república holandesa, “cuja função no complexo social era reforçar o dogma do trabalho, e, por conseguinte, a submissão ideológica, dentro do processo manufatureiro, mas que na casa de correção tinha como objetivo próprio, antes de mais nada, a aceitação da ideologia, da *Weltanshaung burguesa-calvinista*, e só em um segundo momento a exploração e a extração da mais-valia”<sup>27</sup>. Não só interessa que o recluso aprenda a disciplina de produção capitalista, que se submeta ao sistema, mas que faça uma introspecção da cosmovisão e da ideologia da classe dominante (bloco hegemônico). A eficácia, sob o ponto de vista da produtividade econômica, é um objetivo secundário, já que as condições de vida carcerária não o permitem; o objetivo prioritário é que o recluso aprenda a disciplina da produção.

Esse aprendizado inicia-se a partir do momento em que se pagam baixos salários aos que prestam serviços na casa de trabalho, já que, se o sistema é particularmente opressivo no método de trabalho, facilmente se poderá preparar o recluso para que se adapte e obedeça enquanto se encontra na prisão<sup>28</sup>. Não interessa a reabilitação ou emenda; o que importa é que o delinquente se submeta, que o sistema seja eficaz por meio de uma obediência irreflexiva. Por outro lado, a dureza particular das condições no interior da casa de correção tem, ademais, “outro efeito sobre o exterior, o que os juristas chamam de *prevenção geral*, ou seja, uma função de intimidação, através da qual o trabalhador livre, antes de arriscar terminar na casa de trabalho ou prisão, prefere aceitar as condições impostas ao trabalho. O regime interno da casa de correção visa, assim, além da absoluta premência que nela se dá ao trabalho, a acentuar o papel dessa *Weltanshaung burguesa* que o proletariado livre nunca aceitará completamente”<sup>29</sup>.

A prisão nunca será — vista desde a sua origem, nas casas de correção holandesas e inglesas — mais do que uma instituição subalterna à fábrica, assim como a família mononuclear, a escola, o hospital, o quartel e o manicômio, que servirão para garantir a produção, a educação e a reprodução da força de trabalho de que o capital necessita. O segredo das *workhouses* ou das *rasphuis* está na representação em termos ideais da concepção burguesa da vida e da sociedade, em preparar os homens, principalmente os pobres, os não proprietários, para que aceitem uma ordem e uma disciplina que os faça dóceis instrumentos de exploração.

A tese de Melossi e Pavarini parte de um ponto de vista marxista sobre as casas de correção e de trabalho inglesas e holandesas; recusam a ideia de

27. Dario Melossi e Massimo Pavarini, *Cárcel y fábrica*, cit., p. 41-42.

28. Dario Melossi e Massimo Pavarini, *Cárcel y fábrica*, cit., p. 42.

29. Dario Melossi e Massimo Pavarini, *Cárcel y fábrica*, cit., p. 42.

que estas procuram a reforma ou emenda do delinquente; ao contrário — afirmam —, servem como instrumento de dominação, tanto no aspecto político como no econômico e ideológico. Servem para impor a hegemonia de uma classe sobre outra, eliminando toda possibilidade de surgir uma ação que ponha em perigo a homogeneidade do bloco de dominação socioeconômica.

A relação existente entre prisão e mercado de trabalho, entre internamento e adestramento para a disciplina fabril, segundo Guido Neppi Modona<sup>30</sup>, não pode ser posta em dúvida depois da investigação de Melossi e Pavarini, “mas ao lado desta lógica econômica existem provavelmente outras que não são simplesmente coberturas ideológicas ou justificações éticas. A explicação para uma construção da função global das instituições segregatórias no longo período de sua gestação, entre o século XVI e o século XVIII, provavelmente está em uma perspectiva que considere também outros componentes certamente contraditórios e menos racionais, que voltaremos a encontrar nas atuais instituições prisionais e que englobam um amplo leque de movimentações, às vezes claramente mistificatórias, às vezes reais, que vão desde as exigências de defesa social até o mito da recuperação e reeducação do delinquente, desde o castigo punitivo em si até os modelos utópicos de microcosmos disciplinares perfeitos”. Essa objeção aponta em direção a um aspecto importante: não se deve aplicar uma perspectiva unilateral ao buscar explicação para a origem e função da prisão. É necessário considerar outros tipos de motivação, que, embora possam ser irracionais, também contribuem, em maior ou menor grau, para explicar as causas que levam ao surgimento de uma resposta penológica como a prisão, que ainda se mantém vigente, apesar de encontrar-se em crise. A difusão da pena consistente na detenção do culpado e o modo de produção capitalista contribuem de maneira determinante para a compreensão do fenômeno e destroem definitivamente os mitos e os lugares-comuns da imutabilidade da prisão através dos séculos. “Nesse sentido, é particularmente convincente a relação de interdependência entre as mutáveis condições do mercado de trabalho, o brusco descenso da curva de incremento demográfico, a introdução das máquinas e a passagem do sistema manufatureiro ao sistema de fábrica propriamente dito, por um lado, e a súbita e sensível piora das condições de vida nas prisões, por outro lado, a partir da segunda metade do século XVIII na Inglaterra”<sup>31</sup>.

A análise marxista, tal como a realizada por Melossi e Pavarini, enfrenta um problema teórico difícil e que não pode ser ignorado: trata-se das relações entre a estrutura e a superestrutura. Esse problema se agrava quando se aplica a análise marxista a um problema social concreto, já que a “interação da Natureza e

30. Guido Neppi Modona, comentário feito no prefácio da obra de Melossi e Pavarini, *Cárcel y fábrica*, cit., p. 10.

31. Guido Neppi Modona, *Cárcel y fábrica*, cit., p. 10.

te; ao contrário —  
o no aspecto político  
monia de uma clas-  
ação que ponha em  
mica.

entre internamento  
ppi Modona<sup>30</sup>, não  
e Pavarini, “mas ao  
que não são simples-  
cação para uma re-  
o longo período de  
mente está em uma  
ente contraditórios  
tituições prisionais  
claramente mistifi-  
a social até o mito  
punitivo em si até  
os”. Essa objeção  
car uma perspecti-  
risão. É necessário  
r irracionais, tam-  
usas que levam ao  
ainda se mantém  
sistente na deten-  
de maneira deter-  
vamente os mitos  
culos. “Nesse sen-  
cia entre as mutá-  
urva de incremen-  
stema manufatu-  
a súbita e sensível  
partir da segunda

rini, enfrenta um  
das relações entre  
o se aplica a aná-  
o da Natureza e

Melossi e Pavarini,

da ideia, da infraestrutura (econômica) e da superestrutura (ideológica, filosófica, moral, religiosa, jurídica etc.), não é em sentido único. Marx e Engels afirmaram várias vezes que os reflexos ideológicos (que nós chamamos espirituais), embora não possuam realidade própria e não sejam mais que um produto do processo econômico, voltam, entretanto, a atuar, por sua vez, nestes processos materiais. Têm surgido, recentemente, alguns textos nos quais Marx e Engels se escusam de não ter podido insistir mais amplamente sobre essa ação de regresso do homem e de suas ideias<sup>32</sup>. As relações entre a infraestrutura e a superestrutura são difíceis de precisar quando se aplica a análise marxista a um problema social concreto, já que não é fácil poder determinar o sentido e o alcance que tem a interação entre a infraestrutura e a superestrutura. O mais fácil, como se faz frequentemente, é converter a infraestrutura econômica no elemento dominante e explicativo de qualquer processo ou instituição social. Mas esse procedimento não daria bons resultados, não só porque não se ajusta a uma interpretação autenticamente marxista como também porque se converte em uma análise simplista e mecanicista. Analisando de uma perspectiva dinâmica (com um sentido dialético), onde não fosse possível uma visão unilateral sobre as relações entre infraestrutura e superestrutura, não seria suficiente dizer que a prisão e seu afã de reforma são simples reflexos das necessidades e da evolução da infraestrutura econômica, senão que se deve admitir que aqueles têm, como parte da superestrutura, relativa autonomia em relação à infraestrutura econômica. Por essa razão resulta insuficiente a afirmação de que a prisão e seu afã de reforma são simples reflexos do modo de produção capitalista, já que sua função se circunscreve a impor a dominação econômica e ideológica da classe dominante.

Também seria ingênuo pensar que a pena privativa de liberdade surgiu só porque a pena de morte estava em crise ou porque se queria criar uma pena que se ajustasse melhor a um processo geral de humanização ou, ainda, que pudesse conseguir a recuperação do criminoso. Esse tipo de análise incorreria no erro de ser excessivamente abstrato e partiria de uma perspectiva a-histórica. Existem várias causas que explicam o surgimento da prisão. Dentre as mais importantes podem ser citadas as seguintes:

a) Do ponto de vista das ideias, a partir do século XVI, valoriza-se mais a liberdade e se impõe progressivamente o racionalismo. Até o século XVII o mal, com tudo o que tem de violento e desumano, não se compreende nem se castiga se não for exposto à luz do dia para compensar a noite em que o crime surgiu. Há um ciclo de consumação do mal — diz-nos Michel Foucault<sup>33</sup> —, que passa

32. Emmanuel Mounier, *Manifiesto al servicio del personalismo* (t. I das Obras completas), 1974, p. 587 e 588.

33. Michel Foucault, *Historia de la locura en la época clásica*, México, 1967, p. 73-74.

necessariamente pela confissão pública para tornar-se patente, antes de chegar à conclusão que o suprime.

b) Surge a má consciência, que procura substituir a publicidade de alguns castigos pela vergonha. Existem aspectos no mal que possuem tal poder de contágio e força de escândalo que a publicidade os multiplicaria ao infinito. Esse sentimento começa a esboçar-se em princípios do século XV. "Não há a menor dúvida de que a prisão presta-se muito bem para ocultar o castigo e até para esquecer-se das pessoas a que se impôs a sanção"<sup>34</sup>.

c) Os transtornos e mudanças socioeconômicas que se produziram com a passagem da Idade Média para a Idade Moderna, e que tiveram sua expressão mais aguda nos séculos XV, XVI e XVII, tiveram como resultado a aparição de grande quantidade de pessoas que sofriam de uma pobreza extrema e que deviam dedicar-se à mendicidade ou a praticar atos delituosos<sup>35</sup>. Houve um crescimento excessivo de delinquentes em todo o velho continente. A pena de morte caíra em desprestígio e não respondia mais aos anseios de justiça. Por razões penológicas era necessário procurar outras reações penais. Sobre isso também nos fala Von Hentig:

"A pena privativa de liberdade — assinala — não tem uma longa história (...). Na segunda metade do século XVIII, o arco da pena de morte estava excessivamente tenso. Não tinha contido o aumento dos delitos nem o agravamento das tensões sociais, nem tampouco havia garantido a segurança das classes superiores. O pelourinho fracassava frequentemente em se tratando de delitos leves ou de casos dignos de graça, uma vez que a publicidade da execução dava lugar mais à compaixão e à simpatia do que ao horror. O desterro das cidades e as penas corporais tinham contribuído para o desenvolvimento de um banditismo sumamente perigoso, que se estendia com impetuosa rapidez quando as guerras e as revoluções haviam desacreditado e paralisado os velhos poderes. A pena privativa de liberdade foi a nova grande invenção social, intimidando sempre, corrigindo amiúde, que devia fazer retroceder o delito, quiçá, derrotá-lo, no mínimo, cercá-lo entre muros. A crise da pena de morte encontrou aí o seu fim, porque um método melhor e mais eficaz ocupava o seu lugar, com exceção de alguns poucos casos mais graves".

A crise da pena de morte deu origem a uma nova modalidade de sanção penal: a pena privativa de liberdade, uma grande invenção que demonstrava ser meio mais eficaz de controle social.

d) Finalmente, a razão econômica foi um fator muito importante na transformação da pena privativa de liberdade. Sobre esse aspecto, Foucault<sup>36</sup> expõe aguda

34. Carlos García Valdés, *Hombres y cárceles; historia y crisis de la privación de libertad*, Espanha, Cuadernos para El Diálogo (Colección Suplementos n. 52), 1974, p. 11-12.

35. Hans von Hentig, *La pena*, Madri, Espasa-Calpe, 1967, v. 1, p. 185-186.

36. Michel Foucault, *Historia de la locura en la época clásica*, cit., p. 54-55.

analise, considerando: "O confinamento, esse fato massivo cujos sinais encontramos em toda a Europa do século XVII, é um assunto de polícia. Polícia no sentido usualmente preciso que se dá ao vocábulo na época clássica, isto é, o conjunto de medidas que fazem do trabalho algo ao mesmo tempo possível e necessário para todos aqueles que não poderiam viver sem ele (...) antes de ter o sentido medicinal que lhe atribuímos ou que ao menos queremos conceder-lhe, o confinamento foi uma exigência de algo muito distinto da preocupação da cura. O que o fez necessário foi um imperativo de trabalho. Onde a nossa filantropia quer reconhecer sinais de benevolência à doença, ali encontramos somente a condenação da ociosidade". Foucault<sup>37</sup> acrescenta em seguida que "em toda a Europa o internamento tem o mesmo sentido, pelo menos no início. É uma das respostas dadas pelo século XVII a uma crise econômica que afeta o mundo ocidental em seu conjunto: queda de salários, desemprego, escassez da moeda etc. Esse conjunto de fatos deve-se provavelmente a uma crise da economia espanhola. A própria Inglaterra, que é o país da Europa ocidental menos dependente do sistema, precisa resolver os mesmos problemas...". Fora das épocas de crise o confinamento adquire outro sentido. À sua função de repressão adiciona-se uma nova utilidade. Agora já não se trata de encerrar os desempregados, mas de dar trabalho àqueles que estão encerrados e fazê-los úteis à prosperidade geral. A alternância é clara: mão de obra barata, quando há trabalho e salários altos; e, em períodos de desemprego, reabsorção dos ociosos e proteção social contra a agitação e os motins. Não esqueçamos que as primeiras casas de internamento aparecem na Inglaterra nos pontos mais industrializados do País: Worcester, Norwich, Bristol<sup>38</sup>.

E conclui Foucault<sup>39</sup>, em resumo: "A época clássica utiliza o confinamento de maneira equivocada, para fazê-lo desempenhar um duplo papel: reabsorver o desemprego, ou, pelo menos, apagar os seus efeitos sociais mais visíveis e controlar as tarifas quando houver risco de subirem muito; atuar alternativamente sobre o mercado de mão de obra e os preços de produção. Na realidade, parece que as casas de confinamento não puderam realizar eficazmente a obra que delas se esperava. Se absorviam os desempregados era sobretudo para dissimular a miséria e evitar os inconvenientes políticos ou sociais de uma possível agitação, mas ao mesmo tempo em que eram colocados em oficinas obrigatórias, o desemprego aumentava nas regiões vizinhas e nos setores similares".

A razão político-econômica apresenta-se muito clara quanto à sua influência decisiva na mudança de "prisão-custódia" para "prisão-pena". À motivação de política criminal e penológica, referida pela maioria dos autores, como causa

37. Michel Foucault, *Historia de la locura en la época clásica*, cit., p. 58.

38. Cezar Roberto Bitencourt, *Falência da pena de prisão*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva; Michel Foucault, *Historia de la locura en la época clásica*, cit., p. 16-17.

39. Michel Foucault, *Historia de la locura en la época clásica*, cit., p. 62-63.



determinante da transformação, devemos acrescentar a motivação econômica, referida por Foucault. Não basta mencionar a “pequena criminalidade da fraude”, os bandos de esfarrapados e famintos que percorrem o mundo como sequele das destrutoras guerras, e que eram muitos, para poderem ser todos enforcados, ou que o arco da pena de morte encontrava-se excessivamente tenso. Dario Melossi e Massimo Pavarini<sup>40</sup> interpretam de forma semelhante a Foucault a origem e função da pena privativa de liberdade no capitalismo desenvolvido. O trabalho, na maioria das vezes forçado, sempre esteve muito vinculado à prisão; inclusive se diz que houve mais interesse em que a pena consistisse em trabalho pesado que propriamente em privação da liberdade. Em muitas oportunidades, dependendo da situação da oferta de mão de obra, seguindo a análise de Foucault, empregou-se o trabalho com sentido utilitário, visando alcançar a maior produtividade possível, quer em benefício do Estado, quer de particulares.

Não se pode ignorar o forte condicionamento que a estrutura socioeconômica impõe às ideias reformistas — sobretudo razões econômicas e de necessidade de dominação — que propiciaram o nascimento da pena privativa de liberdade. Precisamente, os propósitos reformistas de que tanto se tem falado (desde os penitenciários clássicos) não se realizam pelo poderoso condicionamento e limitação que impõem as necessidades do mercado de trabalho e as variações nas condições econômicas. A motivação econômica referida por Foucault é determinante para o salto qualitativo que dá à prisão<sup>41</sup>.

É interessante apontar que a vinculação da prisão à necessidade de ordem econômica, que inclui a dominação da burguesia sobre o proletariado, dito em termos muito esquemáticos, faz surgir a tese de que *é um mito pretender ressocializar o delinquente por meio da pena privativa de liberdade*.

Diante de todas as razões expostas, não se pode afirmar sem ser ingênuo ou excessivamente simplista que a prisão surge sob o impulso de um ato humanitário com a finalidade de fomentar a reforma do delinquente. Esse fato não retira importância dos propósitos reformistas que sempre foram atribuídos à prisão, mas sem dúvida deve ser levado em consideração, já que existem muitos condicionamentos, vinculados à estrutura sociopolítica, que tornam muito difícil, para não dizer impossível, a transformação do delinquente.

## 6. Início e fim de um mito

Quando a prisão se converteu na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para

40. Dario Melossi e Massimo Pavarini, *Cárcel y fábrica*, cit., p. 52.

41. Carlos García Valdés, *El nacimiento de la pena privativa de libertad*, Espanha, *Civitas*, *Tratados de Política Criminal — CPC*, 1977, p. 40.

conseguir  
orimista, P  
mento idô  
condições,  
receu, e at  
esperanças  
A crítica t  
está em cr  
vativa de l  
fazem à p  
algum efei

A hist  
manente r  
sem esque  
alternativ  
amarga n  
homens”<sup>42</sup>  
ditamos q  
são a via d  
dorismo e  
do mundo

Atual  
denomina  
eles, não s  
de colarin  
mencion  
na segund  
século ter  
contra as  
grama de  
influxo ed  
te do delin  
gando-o a

42. Projeto  
43. Hilde  
Depalma, 1  
44. Fillipo  
45. Carlos  
46. Gonz  
digo Penal,

conseguir a reforma do delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um instrumento idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu, e atualmente predomina uma atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o *objetivo ressocializador* da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se fazem à prisão refere-se à impossibilidade — absoluta ou relativa — de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

A história da prisão não é a de sua *progressiva abolição*, mas a de sua permanente reforma. A prisão é concebida, modernamente, como um mal necessário, sem esquecer que guarda em sua essência contradições insolúveis. O “projeto alternativo alemão” orientou-se nesse sentido ao afirmar que “a pena é uma amarga necessidade de uma comunidade de seres imperfeitos como são os homens”<sup>42</sup>. Por conhecermos bem as críticas que o *encarceramento* merece, acreditamos que os princípios de sua *progressiva humanização e liberalização interior* são a via de sua *permanente reforma*<sup>43</sup>, caminho intermediário entre o *conservadorismo* e a *convulsão abolicionista*<sup>44</sup>, não seguida esta, claro, por nenhum país do mundo, independentemente dos seus regimes jurídico e político<sup>45</sup>.

Atualmente domina a convicção de que o encarceramento, a não ser para os denominados *presos residuais*, é uma injustiça flagrante, sobretudo porque, entre eles, não se incluem os agentes da *criminalidade não convencional* (os criminosos de colarinho branco). O elenco de penas do século passado já não satisfaz. Como mencionado na Introdução, a *pena privativa de liberdade*, que atingiu seu apogeu na segunda metade do século XIX, enfrenta sua decadência antes mesmo que esse século termine. Mas as reprovações, pelo menos em seu início, fazem-se somente contra as penas de curta duração e tiveram seu marco fundamental com o *Programa de Marburgo*, de Von Liszt<sup>46</sup>, em 1882. Sua incapacidade para exercer influxo educativo sobre o condenado, sua carência de eficácia intimidativa diante do delinquente entorpecido, o fato de retirar o réu de seu meio de vida, obrigando-o a abandonar seus familiares, e os estigmas que a passagem pela prisão

42. Projeto Alternativo alemão de 1966.

43. Hilde Kaufmann, *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 17 e s.

44. Filippo Gramatica, *Principi di difesa sociale*, Padova, 1961, p. 36.

45. Carlos García Valdés, *Derecho penitenciario*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989.

46. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Diretrizes político-criminales del Anteproyecto de Código Penal, in *Política criminal y reforma de Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1982, p. 334.

deixam no recluso são alguns dos argumentos que apoiam os ataques que se iniciam no seio da *União Internacional de Direito Penal* (Congresso de Bruxelas de 1889).

É indispensável que se encontrem novas penas compatíveis com os novos tempos, mas tão aptas a exercer suas funções quanto as antigas, que, se na época não foram *injustas*, hoje, indiscutivelmente, o são. Nada mais permite que se aceite um arsenal punitivo de museu do século XVIII. Propõe-se, assim, aperfeiçoar a pena privativa de liberdade, quando necessário, e *substituí-la*, quando possível e recomendável. Todas as reformas de nossos dias deixam patente o descrédito na grande esperança depositada na pena de prisão, como forma quase exclusiva de *controle social formalizado*. Pouco mais de dois séculos foi suficiente para se constatar sua mais absoluta falência em termos de medidas retributivas e preventivas.

Recomenda-se que as penas privativas de liberdade limitem-se às condenações de longa duração e àqueles condenados efetivamente perigosos e de difícil recuperação. Não mais se justificam as expectativas da sanção criminal. Caminha-se, portanto, em busca de *alternativas* para a pena privativa de liberdade. Passa-se a adotar o conceito de *pena necessária* de Von Liszt. Bettiol, desde meados do século XX, já advertia que, “se é verdade que o Direito Penal começa onde o terror acaba, é igualmente verdade que o reino do terror não é apenas aquele em que falta uma lei e impera o arbítrio, mas é também aquele onde a lei ultrapassa os limites da proporção, na intenção de deter as mãos do delinquente”<sup>47</sup>.

Como se percebe, há um grande questionamento em torno da pena privativa de liberdade, e se tem dito reiteradamente que o problema da prisão é a própria prisão. Aqui, como em outros países, avilta, desmoraliza, denigre e embrutece o apenado. Por isso, o centro de gravidade das reformas situa-se nas sanções, na reação penal; luta-se contra as penas de curta duração. Sabe-se, hoje, que a prisão reforça os valores negativos do condenado. O réu tem um código de valores distinto daquele da sociedade. Daí a advertência de Claus Roxin de “não ser exagero dizer que a pena privativa de liberdade de curta duração, em vez de prevenir delitos, promove-os”<sup>48</sup>.

Assim, o que se busca é limitar a prisão às situações de reconhecida necessidade, como meio de impedir a sua ação criminógena, cada vez mais forte. Os chamados *substitutivos penais* constituem alternativas mais ou menos eficazes na tentativa de *desprisionalizar*, além de outras medidas igualmente *humanizadoras* dessa forma arcaica de *controle social*, que é o Direito Penal.

47. Giuseppe Bettiol, *O problema penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1967.

48. Claus Roxin, A culpabilidade como critério limitativo da pena, *Revista de Direito Penal*, 11-12/17, Rio de Janeiro, 1974.

É quase unânime, *justifica* por sua necessidade possível a convivência elementar com que co-tornar possível a convivência do projeto alemão, le-religiosa nem filosófica.

Se a pena já não é *acionistas*, mas, ao co-postulados que funda-que tem antecedentes-galdía Espinar<sup>50</sup>, que-ideia de retribuição, humano”. Ainda que-para a *doutrina trad*-posto ao autor de um-a *concepção retributi*-da pena, e do Estado-a transição das *conce*-ou especiais), além de-prevenção geral posi-

Com a evolução de analisar as divers-penal.

Questiona-se a v-dos fins ideais ou al-em um plano muito-que é a sua execução-diretrizes legais, do-devida ao tema que-do cumprimento da-liberdade deve ser a-executa, com os esta-e dotação orçament-ais. Definitivament-por todas, o terren-normas.

49. Francisco Muñoz.

50. Agustín Zugaldía.

51. Santiago Mir Pu-

É quase unânime, no mundo da Ciência Penal, a afirmação de que a pena se justifica por sua necessidade. Muñoz Conde<sup>49</sup> acredita que sem a pena não seria possível a convivência na sociedade de nossos dias. A pena constitui um recurso elementar com que conta o Estado, e ao qual recorre, quando necessário, para tornar possível a convivência entre os homens. Invocando a conhecida afirmação do projeto alemão, lembramos que a justificativa da pena não é uma questão religiosa nem filosófica, e sim “uma amarga necessidade de seres imperfeitos”.

Se a pena já não é esse “mal” de que falam os defensores das *teorias retribucionistas*, mas, ao contrário, uma grave e imprescindível *necessidade social*, os postulados que fundamentam este conceito submergem em uma profunda crise, que tem antecedentes no período do *Iluminismo*. Poderíamos afirmar, com Zugaldía Espinar<sup>50</sup>, que esta crise da *pena retributiva* “é apenas a crise da mesma ideia de retribuição, em nome da qual tantos males têm sido causados ao ser humano”. Ainda que se reconheçam *fins preventivos* — gerais ou especiais —, para a *doutrina tradicional* a pena é concebida como um mal que deve ser imposto ao autor de um delito para que expie sua culpa. Isso não é outra coisa que a *concepção retributiva* da pena. Todavia, no decurso histórico do Direito Penal, da pena, e do Estado, observam-se notórias rupturas, entre as quais se encontra a transição das *concepções retributivas* da pena às *orientações preventivas* (gerais ou especiais), além de algumas outras concepções mais modernas, como a da prevenção geral positiva, *fundamentadora e limitadora*<sup>51</sup>.

Com a evolução das *justificativas e funções* da pena, impõe-se a necessidade de analisar as diversas explicações teóricas que a doutrina tem dado à sanção penal.

Questiona-se a validade da pena de prisão no campo da teoria, dos princípios, dos fins ideais ou abstratos da privação de liberdade, e se tem deixado de lado, em um plano muito inferior, o aspecto principal da pena privativa de liberdade, que é a sua execução. Igualmente se tem debatido no campo da interpretação das diretrizes legais, do dever-ser, da teoria, e, no entanto, não se tem dado a atenção devida ao tema que efetivamente merece: o momento final e dramático, que é o do cumprimento da pena institucional. Na verdade, a questão da privação de liberdade deve ser abordada em função da pena tal e como hoje se cumpre e se executa, com os estabelecimentos penitenciários que temos, com a infraestrutura e dotação orçamentária de que dispomos, nas circunstâncias e na sociedade atuais. Definitivamente, deve-se mergulhar na realidade e abandonar, de uma vez por todas, o terreno dos dogmas, das teorias, do dever-ser e da interpretação das normas.

49. Francisco Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, p. 33.

50. Agustín Zugaldía Espinar, *Acerca de la evolución*, p. 569.

51. Santiago Mir Puig, *Función fundamentadora*, p. 48 e s.

A fundamentação conceitual sobre a qual se baseiam os argumentos que indicam a ineficácia da pena privativa de liberdade pode ser, sinteticamente, resumida em duas premissas:

a) Considera-se que o ambiente carcerário é um meio artificial, antinatural, que não permite realizar nenhum *trabalho reabilitador* com o recluso<sup>52</sup>. Tivemos oportunidade de afirmar em um dos nossos livros — *Falência da pena de prisão* — que “não se pode ignorar a dificuldade de fazer *sociais* aos que, de forma simplista, chamamos de *antissociais*, se se os *dissocia* da comunidade livre e, ao mesmo tempo, se os *associa* a outros *antissociais*”<sup>53</sup>. Nesse sentido manifesta-se Antonio García-Pablos de Molina, afirmando que “a pena não ressocializa, mas estigmatiza, não limpa, mas macula, como tantas vezes se tem lembrado aos *expiacionistas*; que é mais difícil *ressocializar* a uma pessoa que sofreu uma pena do que outra que não teve essa amarga experiência; que a sociedade não pergunta por que uma pessoa esteve em um estabelecimento penitenciário, mas tão somente se lá esteve ou não”<sup>54</sup>.

Seguindo raciocínio como esse, chega-se a posturas radicais como a de Stanley Cohen, que considera ser tão grande a ineficácia da prisão que não vale a pena sua *reforma*, pois manterá sempre seus paradoxos e suas contradições fundamentais. Por isso, Stanley chega ao extremo de sugerir que a única solução para o problema da prisão é a sua extinção pura e simples.

b) Sob outro ponto de vista, menos radical, porém igualmente importante, insiste-se que na maior parte das prisões, de todo o mundo, as condições materiais e humanas tornam inalcançável o *objetivo reabilitador*. Não se trata de uma objeção que se origina na natureza ou na essência da prisão, mas que se fundamenta no exame das condições reais em que se desenvolve a execução da pena privativa de liberdade.

A manifesta deficiência das condições penitenciárias existentes na maior parte dos países de todo o mundo, sua persistente tendência a ser uma realidade cotidiana, faz pensar que a prisão encontra-se efetivamente em crise. Sob esta perspectiva, menos radical que a mencionada no item “a”, fala-se da crise da prisão não como algo derivado estritamente de sua essência, mas como o resultado de uma deficiente atenção que a sociedade e, principalmente, os governantes têm dispensado ao problema penitenciário, que nos leva a exigir uma série de reformas, mais ou menos radicais, que permitam *converter a pena privativa de liberdade* em um meio efetivamente *reabilitador*.

52. Antonio García-Pablos de Molina, Régimen abierto y ejecución penal, *REP*, n. 240, 1988, p. 40.

53. Cezar Roberto Bitencourt, *Falência da pena de prisão*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 143.

54. Antonio García-Pablos de Molina, Régimen abierto, cit., p. 41.

As inqu  
da busca de  
um longo es  
nos, minimi  
resulte indis  
ta, que vê a  
rendo a nov  
ção da pena  
de conflitos  
ficamente s  
liberdade ou  
ta, a *suspen*  
na, o *traba*  
*determinada*  
centemente,

No entã  
*social desvi*  
e altamente  
quando for  
funcioname  
melhor e ma  
alternativas  
legislações a  
forma Pena  
mizar a cris  
tivos fundar  
à sociedade

7. Análisi  
Os alto  
um dos fato  
de liberdade  
submetidos  
dos mais va  
madoras<sup>57</sup>,

55. Miguel R  
p. 48.  
56. Muñoz C  
57. Donald C  
gy and penol

As inquietações que não se limitam às penas curtas de prisão foram o início da busca de modernas alternativas às sanções penais. Os especialistas dedicam um longo esforço na tentativa de encontrar alternativas que permitam, pelo menos, minimizar o encarceramento de delinquentes, exceto daqueles para os quais resulta indispensável. Instaure-se, como diz Reale Júnior, “um realismo humanista, que vê a pena como reprimenda; que busca humanizar o Direito Penal recorrendo a novas medidas que não o encarceramento; que pretende fazer da execução da pena a oportunidade para sugerir e suscitar valores, facilitando a resolução de conflitos pessoais do condenado, mas sem a presunção de transformar cientificamente sua personalidade”<sup>55</sup>. Com a preocupação de diminuir a privação de liberdade ou, ao menos, transformá-la em simples *restrição*, surge, além da multa, a *suspensão condicional*, o *livramento condicional*, o *arresto de fim de semana*, o *trabalho em proveito da comunidade*, as *interdições para o exercício de determinadas atividades*, a *proibição do exercício de certos direitos* e, mais recentemente, a *transação penal* e a *suspensão do processo* etc.

No entanto, sem o Direito Penal, isto é, “sem a sanção do *comportamento social desviado* (delito), a convivência humana em uma sociedade tão complexa e altamente *tecnificada* como a sociedade moderna seria impossível. A pena (ou, quando for o caso, a medida de segurança) é uma condição indispensável para o funcionamento dos *sistemas sociais* de convivência”<sup>56</sup>. Enquanto não surge algo melhor e mais inteligente que o Direito Penal, imaginado por Radbruch, as penas alternativas adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo de muitas legislações alienígenas, constituem uma das mais importantes inovações da Reforma Penal de 1984 — reforçadas pela Lei n. 9.714/98 —, que procurou minimizar a crise da pena de prisão, a qual, sabidamente, não atende a um dos objetivos fundamentais da sanção penal, que é *reeducar* o apenado para reintegrá-lo à sociedade.

## 7. Análise político-criminal da reincidência

Os altos índices de reincidência têm sido, historicamente, invocados como um dos fatores principais da comprovação do efetivo fracasso da pena privativa de liberdade, a despeito da *presunção* de que, durante a reclusão, os internos são submetidos a um *tratamento ressocializador*. As estatísticas de diferentes países, dos mais variados parâmetros políticos, econômicos e culturais, são pouco animadoras<sup>57</sup>, e, embora os países latino-americanos não apresentem índices esta-

55. Miguel Reale Júnior, *Novos rumos do sistema criminal*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 48.

56. Muñoz Conde, *Introducción*, cit., p. 121.

57. Donald Clemmer, *Imprisonment as a source of criminality*, in *Readings in criminology and penology*, USA, Ed. David, Dressler, 1964, p. 222 e 510.

ísticas confiáveis (quando não, inexistentes), é este um dos fatores que dificultam a realização de uma verdadeira *política criminal*<sup>58</sup>. Apesar da deficiência dos dados estatísticos é inquestionável que a delinquência não diminui em toda a América Latina e que o sistema penitenciário tradicional não consegue *reabilitar ninguém*<sup>59</sup>, ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado. A prisão exerce, não se pode negar, forte influência no fracasso do *tratamento* do recluso. É impossível pretender recuperar alguém para a vida em liberdade em condições de não liberdade. Com efeito, os resultados obtidos com a aplicação da pena privativa de liberdade são, sob todos os aspectos, desalentadores.

A prisão, em vez de conter a delinquência, tem-lhe servido de estímulo, convertendo-se em um instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidades. Não traz nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda a sorte de vícios e degradações. A literatura especializada é rica em exemplos dos *efeitos crimínógenos* da prisão. Enfim, a maioria dos fatores que domina a vida carcerária imprime a esta um caráter crimínógeno, de sorte que, em qualquer prisão clássica, as condições materiais e humanas podem exercer efeitos nefastos na personalidade dos reclusos. Mas, apesar dessas condições altamente crimínógenas das prisões clássicas, tem-se procurado, ao longo do tempo, atribuir ao condenado, exclusivamente, a *culpa pela eventual reincidência*, ignorando-se que é impossível alguém ingressar no sistema penitenciário e não sair de lá pior do que entrou.

Na verdade, as *causas* responsáveis pelos índices alarmantes de reincidência não são estudadas cientificamente. O progresso obtido em outros campos do conhecimento humano ocorre exatamente mediante o estudo criterioso dos fracassos e das suas *causas*, algo que não acontece no campo penitenciário. Não são realizados estudos que possibilitem deslindar os aspectos que podem ter influência sobre a *reincidência*, isto é, não há pesquisas científicas que permitam estabelecer se a reincidência pode não ser considerada como um ou o mais importante indicador da falência da prisão, ou se esta pode ser um resultado atribuível aos acontecimentos posteriores à libertação do interno, como seria, por exemplo, o fato de não encontrar trabalho ou então não ser aceito pelos demais membros — não delinquentes — da comunidade<sup>60</sup>.

Por outro lado, não se pode afirmar que tenha sido demonstrado que a pena de prisão seja mais ineficaz, em termos de reincidência, em relação a outros mé-

58. Carlos Versele, *Conceptos fundamentales sobre planificación de la política criminal en América Latina*, Costa Rica, ILANUD, 1976, p. 14 e 21.

59. Carlos Versele, *Conceptos fundamentales sobre planificación de la política criminal*, cit., p. 17 e 18.

60. Roger Hood e Richard Sparks, *Problemas clave en criminología*, Espanha, Guadarrama, 1970, p. 232 e 233.

todos de tratamento, especialmente aos não institucionais<sup>61</sup>. As elevadas taxas de reincidência podem não só indicar a influência da prisão, como ainda refletir as transformações dos valores que se produzem na sociedade e na estrutura socioeconômica. É necessário pensar que a *deficiência político-criminal* que se observa nas modernas espécies de pena, representada pelas alarmantes taxas de reincidência, não deve ser atribuída somente a uma *pobreza inventiva*, à impaciência e a um método cientificamente defeituoso, pois também é preciso levar em consideração as modificações que ocorrem no material humano sobre o qual a pena opera ou produz sua ameaça. Embora a pena permaneça idêntica, é possível que a sensibilidade a respeito dela possa variar, conduzindo assim à produção de efeitos distintos dos perseguidos. Novos bloqueios cerebrais do indivíduo ou das massas *podem debilitar a efetividade da ameaça penal* e podem, inclusive, fazê-la desaparecer por completo.

Para Pinatel<sup>62</sup> é um critério grosseiro a avaliação da eficácia dos métodos penitenciários feita pelos índices de reincidência. O simples percentual de reincidência não leva em consideração a situação dos internos no tocante às condições, população e peculiaridades gerais de cada estabelecimento penal. Pode ocorrer, por exemplo, que em determinado estabelecimento haja superpopulação e que se congreguem reclusos de alta periculosidade. Inegavelmente, superpopulação e periculosidade são dois fatores importantíssimos no aumento da taxa de reincidência. Nessa hipótese, a reincidência não poderia ser atribuída de forma exclusiva ao fracasso dos métodos penitenciários. E mais, as reincidências não são todas comparáveis, pois em alguns casos não passam de fracassos aparentes, constituindo, na verdade, êxitos parciais.

Não se deve ignorar, ainda, que a reincidência se produz nos mais diferentes âmbitos da vida social, como é o caso dos *crimes econômicos*, em que a corrupção e o tráfico de influências são características frequentes e conseguem, de regra, elidir a ação do sistema penal. Essa *desigualdade de tratamento* entre os chamados "crimes do colarinho branco" e os praticados pelas classes inferiores também influi na elevação do percentual de reincidência.

De acordo com as observações expostas, é forçoso concluir que as *cifras de reincidência* têm um valor relativo. O índice de reincidência é um indicador insuficiente, visto que a recaída do delinquente produz-se não só pelo fato de a prisão ter fracassado, mas também por contar com a contribuição de outros fatores pessoais e sociais. Na verdade, *o condenado encarcerado é o menos culpado pela recaída na prática criminosa*. Por derradeiro, a despeito de tudo, os altos índices de reincidência também não podem levar à conclusão radical de que o sistema penal fracassou totalmente, a ponto de tornar-se necessária a extinção da prisão.

61. Roger Hood e Richard Sparks, *Problemas clave en criminología*, cit., p. 215.

62. Jean Pinatel, *La sociedad criminógena*, Espanha, Aguilar, 1979, p. 158.



A *reincidência*, a despeito dos efeitos criminógenos da prisão, tem servido de fator para agravar a pena, negar benefícios penitenciários, impedir recurso em liberdade, determinar regime mais rigoroso no cumprimento de pena, impedir a substituição da pena de prisão por penas alternativas ou impedir a concessão do *sursis*. O Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97) atinge o cúmulo do arbítrio ao cominar pena pelo simples fato de o réu ser *reincidente* (art. 296 do CTB).

## 8. O objetivo ressocializador na visão da Criminologia Crítica

A *Criminologia Crítica* não admite a possibilidade de que se possa conseguir a *ressocialização* do delinquente numa sociedade capitalista. Os principais argumentos que respaldam essa convicção, em síntese, são os seguintes:

a) A prisão surgiu como uma necessidade do sistema capitalista, como um instrumento eficaz para o controle e a manutenção desse sistema. Há um nexo histórico muito estreito entre o cárcere e a fábrica. A *instituição carcerária*, que nasceu com a sociedade capitalista, tem servido como instrumento para reproduzir a desigualdade e não para obter a *ressocialização* do delinquente. A verdadeira função e natureza da prisão está condicionada à sua origem histórica de instrumento assegurador da desigualdade social<sup>63</sup>.

b) O *sistema penal*, dentro do qual logicamente se encontra a prisão, permite a manutenção do *sistema social*, possibilitando, por outro lado, a manutenção das desigualdades sociais e da marginalidade. O sistema penal facilita a manutenção da *estrutura vertical* da sociedade, impedindo a integração das classes baixas, submetendo-as a um processo de *marginalização*. No sistema penal encontra-se o mesmo processo discriminatório contra as classes baixas que existe no sistema escolar<sup>64</sup>. A estigmatização e o etiquetamento que sofre o delinquente com sua condenação tornam muito pouco provável sua reabilitação. Depois de iniciada uma carreira delitiva é muito difícil conseguir a *ressocialização*. O sistema penal, como a escola, desintegra os socialmente frágeis e os marginalizados. Entre os delinquentes e a sociedade levanta-se um muro que impede a concreta solidariedade com aqueles ou inclusive entre eles mesmos. A separação entre *honestos e desonestos*, que ocasiona o *processo de criminalização*, é uma das *funções simbólicas* do castigo e é um fator que impossibilita a realização do *objetivo ressocializador*. O sistema penal conduz à marginalização do delinquente. Os efeitos diretos e indiretos da condenação produzem, em geral, a sua mar-

63. Alessandro Baratta, *Criminología crítica y política penal alternativa*, RIDP, 1978, p. 48. Para maiores detalhes e aprofundamento, ver Dario Melossi e Massimo Pavarini.

64. Alessandro Baratta, *Sistema penale e marginazione sociale — per la critica dell'ideologia del trattamento*, p. 237 e s.

ginalização da pena. É impossível pena privada entre a prisão (especialmente marginalização) afirmar que Sem a trans da reabilita

Para a penitenciária do sistema dura<sup>67</sup>. Em aparato de tigmatização

O grande ninguém ga tinuarão se lado, quando que ocorrer esperamos interior das nárias da N tante e deci

### 8.1. Alguns deli

Alessan que, despre

1. Uma que se circun circunstânc propiciem a

65. Baratta,

66. Marino

67. Alessan

68. Franck

Em sentido Conde, Barc

prisão, tem servido de  
s, impedir recurso em  
to de pena, impedir a  
mpedir a concessão do  
tinge o cúmulo do ar-  
nte (art. 296 do CTB).

## Criminologia

ue se possa conseguir  
. Os principais argu-  
guintes:

apitalista, como um  
stema. Há um nexu  
ição carcerária, que  
umento para repro-  
elinquente. A verda-  
origem histórica de

tra a prisão, permi-  
ado, a manutenção  
al facilita a manu-  
gração das classes  
o sistema penal en-  
s baixas que existe  
sofre o delinquente  
litação. Depois de  
cialização. O siste-  
os marginalizados.  
impede a concreta  
A separação entre  
zação, é uma das  
a a realização do  
ção do delinquen-  
geral, a sua mar-

va, RIDP, 1978, p.  
Massimo Pavarini,  
critica dell'ideologia

ginalização, e essa marginalização se aprofunda ainda mais durante a execução da pena. Nessas condições, é utópico pretender *ressocializar* o delinquente; é impossível pretender a reincorporação do interno à sociedade por intermédio da pena privativa de liberdade, quando, de fato, *existe uma relação de exclusão* entre a prisão e a sociedade<sup>65</sup>. Os objetivos que orientam o sistema capitalista (especialmente a acumulação de riqueza) exigem a manutenção de um setor marginalizado da sociedade, tal como ocorre com a delinquência. Assim, pode-se afirmar que a *lógica do capitalismo* é incompatível com o *objetivo ressocializador*. Sem a transformação da sociedade capitalista, não há como encarar o problema da reabilitação do delinquente<sup>66</sup>.

Para a Criminologia Crítica, qualquer reforma que se possa fazer no campo penitenciário não terá maiores vantagens, visto que, mantendo-se a mesma estrutura do sistema capitalista, a prisão manterá sua função repressiva e estigmatizadora<sup>67</sup>. Em realidade, a Criminologia Crítica não propõe o *desaparecimento do aparato de controle*, pretende apenas democratizá-lo, fazendo desaparecer a estigmatização quase irreversível que sofre o delinquente na sociedade capitalista<sup>68</sup>.

O grande problema é que continuará existindo um *aparato de controle*, e ninguém garante que os novos mecanismos de "controle democrático" não continuarão sendo tão repressivos e estigmatizadores quanto os anteriores. Por outro lado, quando se produzirá a revolução? Não se pode estabelecer o momento em que ocorrerá a *transformação qualitativa* das *relações de produção*. E, enquanto esperamos essa revolução, o que acontecerá com as pessoas que se encontram no interior das prisões? Esta imprecisão é uma das debilidades das *ideias revolucionárias* da *Nova Criminologia*, posto que em outros aspectos sua crítica é importante e decisiva.

### 8.1. Algumas sugestões de Alessandro Baratta para combater a delinquência

Alessandro Baratta sugere algumas soluções ao problema da delinquência, que, despretensiosamente, passamos a analisar.

1. Uma *política criminal* não pode ser uma *política de substitutivos penais* que se circunscreva a uma perspectiva vagamente reformista e humanitária. As circunstâncias atuais requerem *uma política de grandes reformas sociais*, que propiciem a igualdade social, a democracia, mudanças da vida comunitária e

65. Baratta, *Sistema*, cit., p. 237 e s.

66. Marino Barbero Santos, *Marginalidad y defensa social*, p. 185.

67. Alessandro Baratta, *Sistema*, cit., p. 49.

68. Franck Pearce, *Los crímenes de los poderosos*, México, Siglo XXI, 1980, p. 22-23.

Em sentido semelhante, Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, trad. Mir Puig e Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, p. 1049 e 1050.

civil, oferecendo mais alternativas, e que sejam mais humanas. Também supõe o desenvolvimento do *contrapoder proletário*, mediante a transformação radical e a superação das relações da produção capitalista<sup>69</sup>.

Efetivamente, o *objetivo ressocializador* necessita de uma *política criminal* que leve em consideração os problemas sociais que geram e mantêm o fenômeno delitivo. Mas a *política criminal* que propõe Baratta visa à *total substituição do sistema social* vigente, e essa possibilidade é sempre remota ou, pelo menos, muito pouco provável, pelo que se mantém a mesma pergunta feita anteriormente: enquanto se faz a reforma (dentro ou fora do sistema), qual será a *política criminal* a seguir? Que se fará com os reclusos que nesse momento sofrem uma pena privativa de liberdade? Acreditamos que para esses problemas do presente continuará sendo válida a *política criminal reformista e humanitária*, repelida por Baratta.

2. Do ponto de vista do *Direito Penal*, propõe uma reforma importante: informar a tutela penal nos campos de interesses essenciais para a vida dos indivíduos e da comunidade (saúde, segurança no trabalho, problemas relacionados ao meio ambiente etc.). Pretende orientar os mecanismos de *criminalização* em direção à *criminalidade não convencional* (econômico, abuso de poder político etc.)<sup>70</sup>.

Essa proposição de Baratta, no entanto, pode ser realizada, embora com algumas dificuldades políticas, dentro do *sistema capitalista*, sem requerer a transformação radical das estruturas sociais. É uma proposição que pode ser realizada em curto prazo.

3. É necessário que a *questão criminal* seja submetida a uma *discussão massiva* no seio da sociedade e da *classe obreira*. Todos os segmentos sociais devem conscientizar-se de que a *criminalidade* é um problema de todos e que não será resolvido com o simples lema "Lei e Ordem", que representa uma política criminal repressiva e defensora intransigente da ordem (geralmente injusta) estabelecida. Os meios de comunicação coletiva exercem um papel importante, posto que apresentam a criminalidade como um "perigoso inimigo" interior. Nessas condições, fica difícil que a opinião pública possa abandonar a atitude predominantemente repressiva e vingativa (além de estigmatizante) que tem a respeito do fenômeno delitivo<sup>71</sup>. É indispensável uma *transformação radical* da opinião pública e da atitude dos cidadãos em relação ao delinquente se se pretende oportunizar-lhe a possibilidade de *ressocializar-se*. Se isso não ocorrer, será muito difícil a *reincorporação* ao sistema social de uma pessoa que sofre grave processo de *marginalização* e de estigmatização. O fenômeno delitivo tem uma inevitável dimensão social; por essa razão é que a atitude e participação do cidadão é decisiva.

69. Alessandro Baratta, *Sistema*, cit., p. 45.

70. Alessandro Baratta, *Sistema*, cit., p. 45.

71. Alessandro Baratta, *Sistema*, cit., p. 53.

4. A abolição da pena de morte. Crítica. Os métodos de execução desta também são críticos.

A abolição da pena de morte e a autogestão de comunidades locais são formas de luta contra a formação imediata da prisão abolicionista.

Todas as experiências atuais destacam os pontos seguintes:

a) É impossível não poder ser atualidade, neste estágio racionalmente políticas, econômicas e sociais.

b) Dificuldade de associações. Ainda que a paciência tenha sido um problema.

c) A política criminal é violenta, menos fecunda e menos aberta. E a política criminal é violenta, menos fecunda e menos aberta.

72. Alessandro Baratta, *Sistema*, cit., p. 45.

73. Manual do ADGP, 1973, p. 57.

74. Borja de Vitoria, *Penitencia*, n. 2, 1973.

75. Norvaldo A. de Azevedo, *Penitencia*, n. 2, 1973.

4. A *abolição da instituição carcerária* também é proposta pela *Criminologia Crítica*. Os muros das prisões devem ser derrubados. Neste aspecto, a *Criminologia Crítica* coincide com os postulados delineados pela *nova psiquiatria*, já que esta também pretende derrubar os muros dos manicômios<sup>72</sup>.

A *abolição da prisão* supõe o desenvolvimento de formas alternativas de autogestão da sociedade no campo de controle da delinquência. Tais *formas autogestionárias* de controle da delinquência exigiriam a colaboração das entidades locais e das *associações obreiras*, a fim de evitar o isolamento social que sofre o infrator quando é recolhido a uma instituição penitenciária. Essa transformação implicaria a *abolição da instituição penitenciária fechada* e a utilização da *prisão aberta*.

Todas essas proposições poderão ser realizadas, talvez, num futuro distante, mas atualmente encontram muitos inconvenientes, dentre os quais se podem destacar os seguintes:

a) É inquestionável que a *prisão* deve transformar-se radicalmente, porém não pode ser suprimida<sup>73</sup>. Diante das condições sociopolíticas prevalentes na atualidade, a pena privativa de liberdade é *um meio de controle social* do qual, neste estágio da civilização, não se pode abrir mão. Podem-se e devem-se *reformular racionalmente* as suas formas de execução, mas não existem condições sociais, políticas, econômicas e culturais que permitam a total supressão da *prisão*<sup>74</sup>.

b) Dificilmente, embora fosse muito benéfico se acontecesse, os *obreiros* e as *associações comuns* estariam dispostos a assumir o controle da delinquência. Ainda que estivessem dispostos a fazê-lo, certamente não teriam a suficiente capacidade técnica e prática para assumir tal responsabilidade. Enfim, a delinquência é um problema que supera as boas intenções e a solidariedade social.

c) A pena privativa de liberdade não pode ter execução aberta, indiscriminadamente, para todos os delinquentes. Ainda que se pretenda aplicar uma *política correcional generosa*, sempre existirá uma camada de delinquentes (os violentos, por exemplo) que a sociedade terá de encerrar em prisões mais ou menos fechadas<sup>75</sup>. No estágio atual dos conhecimentos criminológicos, os *delinquentes agressivos* não podem ser levados imediatamente a uma instituição aberta. E o mesmo pode ocorrer, sob certas condições, em relação a alguns infra-

72. Alessandro Baratta, *Sistema*, cit., p. 51.

73. Manuel Lopez-Rey Arrojo, *Algunas observaciones críticas sobre violencia y justicia*, ADCP, 1976, p. 245. Norval Morris, *El futuro de las prisiones*, México, Siglo XXI, 1978, p. 57.

74. Borja Mapelli Caffarena, *Sistema progresivo y tratamiento*, in *Lecciones de Derecho Penitenciario* (obra coletiva), Madrid, Ed. Universidad de Alcalá de Henares, 1989, p. 142.

75. Enrique Bacigalupo, *Evolución de los métodos y medios del Derecho Penal*, NPP, n. 2, 1973, p. 161.

75. Norval Morris, *El futuro de las prisiones*, cit., p. 138-140.

tores não violentos: por exemplo, um tradicional estelionatário que se ausenta-se de uma instituição aberta, procuraria imediatamente uma vítima para aplicar sua habilidade falsária. Por mais que possa danificar sua *ressocialização*, não se pode ignorar o fato de que, em certas formas delituais (como no crime de estelionato), as vítimas preferidas são, em geral, os mais débeis socialmente, como os idosos, os pensionistas, as mulheres solitárias das classes baixas, os menores de idade etc. Com efeito, nos *problemas penológicos* e delitivos não se pode olhar unilateralmente para o autor do delito<sup>76</sup>.

Baratta sugere para a Criminologia Crítica *um novo modelo de ressocialização*. Parte do suposto de que os *desvios criminais* dos indivíduos pertencentes às classes inferiores devem ser interpretados, na maioria das vezes, como uma *resposta individual*, e “não política”, às condições que impõem as relações de produção e distribuição capitalista. A verdadeira *reeducação* do condenado, para Baratta, será aquela que permita *transformar essa reação individual* e irracional na *consciência política* dentro da luta de classes. Quando o delinquente consegue adquirir *consciência* de sua própria condição de classe e das contradições da sociedade em que vive, é esse o momento em que adquire sua verdadeira *reeducação*<sup>77</sup>.

A proposição de Baratta oferece algumas dificuldades teóricas e práticas, na medida em que não se pode afirmar que toda delinquência das classes inferiores seja uma *resposta* às condições de vida que o *sistema capitalista* impõe; existem outros aspectos individuais no ato delitivo que não podem dissolver-se numa explicação *estrutural*. Embora o *político* esteja presente em todos os atos do indivíduo e em todos os *fenômenos sociais*, isso não quer dizer que as outras facetas do homem e da vida social devam ser absorvidas pelo problema do poder e da luta de classes. A pretensão de que o delinquente adquira *consciência* de sua situação de classe parece, à primeira vista, muito atrativa, mas ao levá-la à prática surgem dois problemas:

a) Essa *consciência de classe* necessita uma determinada concepção sobre a tática, a estratégia e o *modelo político* pelo qual se orienta a ação política. A *consciência de classe* não pode referir-se somente a alguns postulados mais ou menos apreendidos, já que se cairia, de novo, numa disfarçada “manipulação” do pensamento tal como ocorre na sociedade capitalista e no *socialismo real*. Terá de ser uma *consciência de classe* na qual o homem possa alcançar o verdadeiro desenvolvimento de seu espírito crítico, de sua liberdade para poder escolher. E, diante disso, não sabemos, sem nos afastarmos das opções de esquerda (já que se repele todo reformismo liberal e duvidosamente “humanista”, segundo a Criminologia Crítica), a que *modelo de pensamento* se deve referir a *consciência de classe*. Poderia ser um *eurocomunismo*, o *comunismo pró-soviético*, ou *anarquismo* etc. A

76. Hilde Kaufmann, *Ejecución penal y terapia social*, Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 245.

77. Alessandro Baratta, *Sistema*, cit., p. 52.

“politização” da  
socializador mínimo  
jetivo de conseg

A pretensão  
algo tão complic  
lizador máximo  
zação sociopolít  
significa o comp

b) Acredita  
reeducador do  
na aprendizagem  
os fundamentos  
importante e at  
va prática, leva  
a sanção sua m  
cido — seja cap  
transforme num  
legitimam sua c

A consciên  
se rechaça tota  
tais do *Marxis*  
este pressupõe  
penitenciário,  
penitenciário s  
*consenso comu*  
tivo do sistema  
*delinquente*. D  
leve uma vida

Cabe form  
ma do *objetiv*  
sociedade inju  
expressa Bara  
e dependente.  
*real* também te  
pena não prete

78. Referentem  
entre outras, as  
bres (*ensayo so*  
Mandrágora, 1  
Siglo XXI, 198

rio que se ausentas-  
vítima para aplicar  
socialização, não se  
no crime de este-  
socialmente, como  
baixas, os menores  
os não se pode olhar

o de ressocialização.  
pertencentes às clas-  
como uma resposta  
ções de produção e  
o, para Baratta, será  
onal na consciência  
segue adquirir cons-  
a sociedade em que  
ação<sup>77</sup>.

ricas e práticas, na  
as classes inferiores  
sta impõe; existem  
dissolver-se numa  
odos os atos do in-  
que as outras face-  
blema do poder e  
consciência de sua  
s ao levá-la à prá-

concepção sobre a  
o política. A cons-  
os mais ou menos  
pulação” do pensa-  
o real. Terá de ser  
rdadeiro desenvol-  
escolher. E, diante  
a (já que se repele  
do a Criminologia  
cia de classe. Pode-  
narquismo etc. A

palma, 1979, p. 245.

“poliização” da delinquência pode ser algo mais complicado que o objetivo res-  
socializador mínimo, típico do *penitenciarismo reformista*, representado pelo ob-  
jetivo de conseguir que o delinquente leve no futuro uma vida sem delitos.

A pretensão de que o delinquente adquira sua consciência de classe pode ser  
algo tão complicado, do ponto de vista valorativo, quanto é o objetivo ressociali-  
zador máximo. Ademais, não estamos muito convencidos de que a conscienti-  
zação sociopolítica do delinquente possa resolver plenamente o problema que  
significa o comportamento desviado.

b) Acreditamos que nenhum regime sociopolítico aceitaria que o objetivo  
reeducador do sistema penitenciário se traduzisse na orientação dos internos,  
na aprendizagem e ensinamento de uma nova escala de valores, que questione  
os fundamentos essenciais do sistema. Embora a dinâmica da autocrítica seja  
importante e até necessária dentro de qualquer sociedade, sob uma perspecti-  
va prática, levando em consideração a natureza excludente do poder, e sendo  
a sanção sua máxima expressão, seria ingênuo acreditar que o poder estabele-  
cido — seja capitalista, seja socialista — aceitaria que a execução da sanção se  
transforme num instrumento que questione e repila os valores fundamentais que  
legitimam sua dominação.

A conscientização do recluso, a partir de uma concepção ideológica em que  
se rechaça totalmente o sistema capitalista e se adotam os elementos fundamen-  
tais do *Marxismo*, não pode ser aplicada dentro de um sistema pluralista, pois  
este pressupõe que o Estado, dentro do qual logicamente se encontra o sistema  
penitenciário, não pode adotar determinada concepção ideológica. O sistema  
penitenciário somente poderá promover aqueles valores sobre os quais existe um  
consenso comum e que são os que a lei penal protege. De toda maneira, o obje-  
tivo do sistema penitenciário não pode ser a transformação da consciência do  
delinquente. Deve pretender, tão somente, como já afirmamos, que, no futuro, se  
leve uma vida sem delitos.

Cabe formular uma última objeção à tese da Criminologia Crítica: o proble-  
ma do objetivo ressocializador da pena em relação aos marginalizados, numa  
sociedade injusta, não se limita, unicamente, à sociedade capitalista, tal como  
expressa Baratta, ou às sociedades em que o capitalismo ainda é subdesenvolvido  
e dependente. Também ocorre nos *Estados Socialistas*, posto que o *socialismo*  
real também tem expressões tipicamente repressivas<sup>78</sup>. Nos *Estados Socialistas* a  
pena não pretende a ressocialização do delinquente, pois utiliza a repressão como

78. Referentemente à repressão existente no “Socialismo real”, sugerimos, para consulta,  
entre outras, as seguintes obras: Andres Glucksman, *La concinera y el devorador de hom-  
bres (ensayo sobre el Estado, el marxismo y los campos de concentración)*, Espanha,  
Mandrágora, 1977; Fernando Claudin, *La oposición en el “socialismo real”*, Espanha,  
Siglo XXI, 1981.

um meio para defender o sistema e para “normalizar” o *dissidente* (aquele que não compreendeu o “sentido da história”, aquele que, embora seja progressista, não possui uma visão “científica” da história e da estrutura social!). Sob esse ângulo, haveria que rechaçar o *objetivo ressocializador* não somente nos Estados Ocidentais capitalistas, mas também nas sociedades que adotam o *socialismo real*, naquelas em que a “ditadura do proletariado” encontrou uma “verdade indiscutível”<sup>79</sup>.

Não é possível pensar que no futuro possa desaparecer totalmente a *marginalidade*. Isso suporia uma sociedade em que haveria um *consenso absoluto* sobre todos os temas fundamentais, o que também suporia, por outra parte, a inexistência de classes sociais e de conflitos sociais. Porém, não cremos que exista a possibilidade, ao menos, num futuro próximo, de que em alguma sociedade humana se possa prescindir da *conflitividade social*. E desde o momento em que existam conflitos e diferenças de critérios, aparece imediatamente o *marginalizado*, ou seja, aquele a quem o poder constituído impõe suas definições e a cosmovisão “oficial”. Em todo *sistema social* sempre existirá um “marginalizado”. Embora uma *revolução* rompa a relação *opressor-oprimido*, no momento em que se estabeleça o “novo poder” (possivelmente inspirado em um desbordante e perigoso otimismo), nessa nova estrutura voltará a aparecer a relação *opressor-oprimido*, com características muito diferentes da *relação opressiva anterior*, mas que continua mantendo suas “condições essenciais”. Essa sobrevivência e capacidade de “adaptação” das *estruturas opressivas de poder* têm levado alguns *autores marxistas* a insistirem no conceito de “revolução permanente”.

A *marginalização criminal*, ao contrário do que afirma Baratta, não se produz somente pela lógica acumulação capitalista, que necessita manter um setor marginalizado do sistema, mas também se produz pela *dissidência ideológica*. Os *dissidentes* são um bom exemplo do processo de *marginalização* que ocorre numa *sociedade socialista*. No *Socialismo real* não desaparece a relação “opressor-oprimido”. É evidente que não se pode compará-la com a existente num sistema capitalista, mas mantém as semelhanças essenciais. Por outra parte, não se pode esquecer que as causas derivadas da *constituição biopsíquica* do indivíduo também influem na delinquência, e não somente as causas socioeconômicas. Esses fatores continuarão influenciando no *fenômeno delitivo*, mesmo aceitando a hipótese de que a sociedade se libere dos conflitos sociais e conte com a desapareição das classes sociais<sup>80</sup>.

Apesar das objeções que fizemos, acreditamos que a contribuição da *Criminologia Crítica* é extremamente valiosa<sup>81</sup>. As suas contestações à *ideologia do*

79. Marino Barbero Santos, *Marginalidad*, cit., p. 187.

80. Marino Barbero Santos, *Marginalidad*, cit., p. 187.

81. É importante que a nova criminologia considere ser indispensável a criação de uma sociedade em que a realidade da diversidade humana — seja pessoal, orgânica ou social —

tratamento  
ao longo do  
sociopolítico  
exemplo, a  
outras, ou a  
Lei dos Juiz  
não sejam as  
penais ou pa  
mem, como  
para citar os  
era o da me

Do pon  
qual devem  
tal como exp  
so, seja da c  
abandonar a  
substituir a  
Nas condiçõ  
dade, visto q  
clusive, ben  
qualificava l

## 9. O obj

Em mat  
deve operar  
não pode se  
soluções, po  
*nologia mo*  
(obstáculos  
evitar a rein  
mesmo a *pr*  
finalidades

não fique sub  
para se cheg  
Taylor, Walto  
82. Marino B  
83. Marino B  
RIDP, 1978,  
84. Friedrich  
jalbo, 1973,  
85. Borja M  
Penitenciario

tratamento são justas e absolutamente corretas, e a experiência tem comprovado ao longo do tempo o seu mais absoluto fracasso. É indiscutível que, se o regime sociopolítico vigente produz graves injustiças, estas devem ser erradicadas. Por exemplo, a *descriminalização* de certas condutas, assim como a *criminalização* de outras, ou a alteração da natureza da ação penal de umas e de outras, como fez a Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95), são formas de consegui-la, embora não sejam as únicas. Talvez, o mais urgente na atualidade seja a supressão das leis penais ou *parapenais* que, violando o princípio da igualdade perante a lei, reprimem, como típicos, comportamentos das classes marginalizadas, como é — só para citar os exemplos mais grotescos — o caso da vadiagem (art. 59 da LCP), e era o da mendicância, este, finalmente, revogado pela Lei n. 11.983/2009<sup>82</sup>.

Do ponto de vista do Direito Penal, Baratta advoga por um Direito Penal no qual devem prevalecer os *interesses da classe obreira*. No entanto, acreditamos que, tal como expressa Barbero Santos, "... um Direito Penal de classe é sempre perigoso, seja da classe obreira, seja da classe capitalista..."<sup>83</sup>. O Direito Penal não pode abandonar a *responsabilidade pessoal* pelo fato; também não se pode pretender substituir a *certeza do Direito* pelo impreciso mecanismo do *controle democrático*. Nas condições sociopolíticas atuais, não se pode prescindir do *princípio de legalidade*, visto que, apesar de suas deficiências, continua sendo uma garantia que, inclusive, beneficia as classes marginalizadas, mantendo-se o Direito Penal, como o qualificava Dorado Montero, "el derecho protector de los criminales".

### 9. O objetivo ressocializador "mínimo"

Em matéria de *ressocialização* não podem existir receitas definitivas, mas se deve operar somente com hipóteses de trabalho. O problema da *ressocialização* não pode ser resolvido com fórmulas simplistas. Se tudo for simples, incluídas as soluções, por certo os resultados serão absolutamente insatisfatórios<sup>84</sup>. A *criminologia moderna* prioriza a prevenção primária (causas do delito) e a secundária (obstáculos do delito), completando-se com a prevenção terciária, procurando evitar a reincidência. No entanto, a *finalidade ressocializadora* não é a única nem mesmo a *principal finalidade da pena*. Em realidade, a *ressocialização* é uma das finalidades que deve ser perseguida, na medida do possível<sup>85</sup>. Assim como não

não fique submetida ao poder de criminalizar. Seria o *estado ideal de liberdade*. Porém, para se chegar a esse estágio, certamente, decorrerão muitos anos. Ver as conclusões de Taylor, Walton y Young, *La nueva criminología*, Argentina, Amorroutu, 1990, p. 284 e s.

82. Marino Barbero Santos, *Marginalidad*, cit., p. 189.

83. Marino Barbero Santos, *La reforma penal española en la transición a la democracia*, RIDP, 1978, p. 69.

84. Friedrich Hacker, *Agresión (la brutal violencia del mundo moderno)*, Espanha, Grijalbo, 1973, p. 519.

85. Borja Mapelli Caffarena, *Sistema progresivo y tratamiento*, in *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Madri, 1989, p. 170.



aceitamos o repúdio, puro e simples, do objetivo ressocializador, também não vemos como possível pretender que a *readaptação social* seja uma responsabilidade exclusiva das disciplinas penais, visto que isso suporia ignorar o sentido da vida e a verdadeira função das referidas disciplinas. Não se pode atribuir às disciplinas penais a responsabilidade exclusiva de conseguir a completa ressocialização do delinquente, ignorando a existência de outros programas e meios de controle social de que o Estado e a sociedade devem dispor com objetivo ressocializador, como são a família, a escola, a Igreja etc. A *readaptação social* abrangente uma problemática que transcende os aspectos puramente penal e penitenciário<sup>86</sup>. Na busca da correção ou da readaptação do delinquente não se pode olvidar que estes objetivos devem subordinar-se à Justiça. Tal conceito é necessário dentro de qualquer relação, e não deve ser interpretado do ponto de vista estritamente individual.

Modernamente, só se concebe o *esforço ressocializador* como uma *faculdade* que se oferece ao delinquente para que, de forma espontânea, ajude a si próprio a, no futuro, levar uma vida sem praticar crimes. Esse entendimento configura aquilo que se convencionou chamar "tratamento ressocializador mínimo". Afasta-se definitivamente o denominado objetivo ressocializador máximo, que constitui uma invasão indevida na liberdade do indivíduo, o qual tem o direito de escolher seus próprios conceitos, suas ideologias, sua escala de valores.

Acabar com a delinquência completamente e para sempre é uma *pretensão utópica*, posto que a *marginalização* e a *dissidência* são inerentes ao homem e o acompanharão até o fim da aventura humana na Terra. No entanto, essa circunstância não libera a sociedade do compromisso que tem perante o delinquente. Da mesma forma que *este* é responsável pelo bem-estar social de toda a comunidade, *esta* não pode desobrigar-se de sua responsabilidade perante o destino daquele<sup>87</sup>.

Para concluir, uma *teoria da pena* que não queira ficar na *abstração* ou em *propostas isoladas*, mas que pretenda corresponder à realidade, tem, no dizer de Roxin, "que reconhecer as antíteses inerentes a toda a existência social para, de acordo com o *princípio dialético*, poder superá-las numa fase posterior; ou seja, tem de *criar* uma ordem que demonstre que, na realidade, um Direito Penal só pode fortalecer a *consciência jurídica da generalidade*, no sentido de prevenção geral, se, ao mesmo tempo, preservar a *individualidade* de quem a ele está sujeito; que o que a sociedade faz pelo delinquente também é, afinal, o

86. Manuel Lopes-Rey y Arrojo, *Teoría y práctica en las disciplinas penales*, Costa Rica, ILANUD (n. 5), 1977, p. 18.

87. Claus Roxin, Sentido e limites da pena estatal, in *Problemas fundamentais de Direito Penal*, Coimbra, Veja Universidade, 1986, p. 42-43.

mais proveitoso P  
inidoneidade soci  
nidade se, a par  
tratamento, não  
a qual ele aponta

mais proveitoso para ela; e que só se pode ajudar o criminoso a superar a sua *inidoneidade social* de uma forma igualmente frutífera para ele e para a comunidade se, a par da consideração da sua debilidade e da sua necessidade de *tratamento*, não se perder de vista a imagem da *personalidade* responsável para a qual ele aponta”<sup>88</sup>.

88. Claus Roxin, Sentido e limites..., in *Problemas fundamentais*, cit., p. 45.