

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

TAIANDRE PAIXÃO COSTA

**ANÁLISE DO DESVIO SECUNDÁRIO: EFEITO ESTIGMATIZANTE
DO PROCESSO PENAL APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA
SENTENÇA CONDENATÓRIA**

SÃO LUÍS

2015

TAIANDRE PAIXÃO COSTA

**ANÁLISE DO DESVIO SECUNDÁRIO: EFEITO ESTIGMATIZANTE
DO PROCESSO PENAL APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA
SENTENÇA CONDENATÓRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

São Luís

2015

Costa, Taiandre Paixão.

Análise do desvio secundário: efeito estigmatizante do processo penal após o trânsito em julgado da sentença condenatória / Taiandre Paixão Costa. – São Luís, 2015.

74f.

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, 2015.

Orientador: Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai

1. Estigmatização. 2. Reinserção social. I. Título.

CDU 343
6636636.59636.59636.59

TAIANDRE PAIXÃO COSTA

**ANÁLISE DO DESVIO SECUNDÁRIO: EFEITO ESTIGMATIZANTE
DO PROCESSO PENAL APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA
SENTENÇA CONDENATÓRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Coordenação do Curso
de Direito da Universidade Federal do
Maranhão, como requisito para
obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai
(Orientador)

1º Examinador

2º Examinador

São Luís

2015

Agradeço ao meu bom Deus, a quem devo toda minha vida e minhas vitórias; aos meus pais, por toda educação que me foi concedida; aos familiares e amigos, por todo o auxílio; e aos meus mestres, pela orientação, que fez nascer em mim uma centelha, que se tornou uma chama incontrolável pelo conhecimento.

“Já que me está a falar com tanta confiança, senhor K., posso confessar-lhe que estive a ouvir atrás da porta um bocado da conversa e que também os guardas me contaram umas coisas. Trata-se na verdade da sua felicidade, senhor K., e isso toca-me profundamente, mais talvez do que devia, porque, enfim, não passo de Sua Senhoria. Ouvi, pois, algumas coisas, que não se pode dizer que sejam lá muito graves. É certo que o senhor está preso, mas está preso de maneira muito diferente da que usam para prender os ladrões. Quando se é preso como ladrão, isso é mau; agora a sua prisão dá-me a impressão de ser qualquer coisa de sábio, desculpe-me se estou para aqui a dizer asneiras, mas, na verdade, é essa a minha impressão; é certo que não compreendo nada, mas também não se é obrigado a compreender” (FRANZ KAFKA, O processo).

RESUMO

O presente estudo versa sobre os efeitos estigmatizantes que são atrelados a quem responde ou respondeu a um processo penal, sobretudo a que recebeu uma condenação criminal. Para tanto, utiliza-se a pena privativa de liberdade como parâmetro, pois é a mais comum e mais utilizada no direito brasileiro, abordando-se a história do *ius puniendi* desde o início dos códigos ou legislações mais antigos. A análise da evolução da pena demonstra que ela sempre foi capaz de propiciar a estigmatização de quem a recebe, seja ela corporal, de vergonha pública ou privativa de liberdade. Analisa-se também as diversas teorias que justificam e explanam as funções da reprimenda: as absolutas, as relativas e as mistas. A teoria absoluta considera a pena como um fim em si mesmo e é bem representada pela retribuição, a punição como negação do crime, que, por sua vez, é a negação do direito. As teorias relativas atribuem fins preventivos à reprimenda, dividindo-se em prevenção geral e especial. As mistas consideram que a pena pode abarcar tanto os fins retributivos, quanto os preventivos. Em segundo plano, parte-se para uma explanação do marco teórico deste trabalho, a teoria do *labelling approach* ou da rotulação social, apontando seus principais pontos e focando em uma de suas vertentes: o desvio secundário, que se baseia na forma com que pessoas são rotuladas como criminosas, após já terem sido condenadas, e assim permanecem por tempo indefinido. Por fim, discute-se a necessidade do Estado disponibilizar formas de reintegração social, para que o apenado não volte a praticar delitos e que os estigmas causados pelo cárcere sejam reduzidos ou eliminados. No embate, faz-se uma interpretação da legislação brasileira e dos institutos que foram influenciados pelo *labelling approach*, destacando-se o que dispõe a Lei de Execução Penal sobre reinserção social do condenado.

Palavras-chave: Estigmatização, desvio secundário, reinserção social.

ABSTRACT

This study deals with the stigmatizing effects that are linked to those who respond or responded to criminal proceedings, especially that received a criminal conviction. For this, it uses the term of imprisonment as a parameter, it is the most common and most used in Brazilian law, covering the history of *ius puniendi* since the early codes or older legislation. The analysis of the sentence shows that she was always able to provide the stigmatization of those who receive it, be it body, public shame or deprivation of liberty. It also analyzes the various theories that justify and explain functions reproach: the absolute, the relative and mixed. The absolute theory considers the penalty as an end in itself and is well represented by the retribution, punishment and denial of the crime, which, in turn, is the denial of the right. The relative theories attribute preventive purposes to reprimand, divided into general and special prevention. Mixed theories consider that the penalty can encompass both retributive purposes, as preventive. In the background, we proceed to an explanation of the theoretical framework of this work, the theory of labelling approach or social labeling, pointing your main points and focusing on one of its components: the secondary deviation, which is based in the way people are labeled as criminals after they have already been convicted and stay that way indefinitely. Finally, we discuss the need of the State to provide forms of social reintegration so that the convict did not return to practice crimes and the stigma caused by prison are reduced or eliminated. In the clash, it is an interpretation of Brazilian law and the institutes were influenced by labeling approach, highlighting what has the Penal Execution Law on probation.

Keywords: Estigmatização, secondary desviance, social reintegration.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I	12
1. O DESVIO SECUNDÁRIO COMO EFEITO DA SANÇÃO: ANÁLISE DA ORIGEM E DA EVOLUÇÃO PENA	12
1.1. A PENA NA ANTIGUIDADE.	13
1.2. A PENA NA IDADE MÉDIA.....	14
1.3. A PENA NA IDADE MODERNA.	16
1.4. A PENA NA PÓS-MODERNIDADE OU IDADE CONTEMPORÂNEA.....	17
2. O SURGIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	19
3. AS DIVERSAS TEORIAS QUE JUSTIFICAM OS FINS DA PENA	20
3.1. A TEORIA ABSOLUTA RETRIBUTIVA.....	21
3.1.1. CRÍTICAS À TEORIA RETRIBUTIVA.....	22
3.2. AS TEORIAS RELATIVAS.....	23
3.2.1. DA TEORIA RELATIVA DA PREVENÇÃO GERAL NEGATIVA.....	24
3.2.1.1. CRÍTICAS À PREVENÇÃO GERAL NEGATIVA.....	24
3.2.2 DA TEORIA RELATIVA DA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA.....	25
3.2.2.1. CRÍTICA À PREVENÇÃO GERAL POSITIVA.....	26
3.2.3. DA TEORIA RELATIVA DA PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA.....	27
3.2.3.1. CRÍTICA À PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA.....	27
3.2.4. DA TEORIA RELATIVA DA PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA.....	28
3.2.4.1 CRÍTICA À PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA.....	29
3.3. A TEORIA MISTA OU UNIFICADORA E SUA NECESSIDADE.....	30
CAPÍTULO II	32
4. O LABELLING APPROACH COMO MARCO TEÓRICO PARA A ANÁLISE DA ESTIGMATIZAÇÃO PENAL OU DESVIO SECUNDÁRIO	32
5. DESVIAÇÃO SECUNDÁRIA, ROTULAMENTO OU ESTIGMATIZAÇÃO DO APENADO	39
6. DESVIO SECUNDÁRIO, PROCESSO PENAL E CONDENAÇÃO	43
6.1. PAPEL DA MÍDIA NA ESTIGMATIZAÇÃO E O <i>LESS ELIGIBILITY</i>	45
CAPÍTULO III	49
7. RESSOCIALIZAR OU REINTEGRAR	49
8. INFLUÊNCIA DA TEORIA DO ETIQUETAMENTO EM INSTITUTOS DO DIREITO BRASILEIRO	50
9. A REINTEGRAÇÃO DO ESTIGMATIZADO	54
9.1. A RELIGIÃO COMO FORMA DE REINTEGRAÇÃO E NEUTRALIZADORA DOS ESTIGMAS CRIMINAIS.....	55
9.2. O APOIO EDUCACIONAL NA REINTEGRAÇÃO DO APENADO.....	58
9.3. REINTEGRAÇÃO DO CONDENADO E ASSISTÊNCIA FAMILIAR.....	61
9.4. O TRABALHO COMO FORMA DE REINTEGRAÇÃO.....	63
CONSIDERAÇÕES FINAIS	68
REFERÊNCIAS	74

INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão de curso tem por objeto uma análise da desviação secundária, ou seja, dos efeitos estigmatizantes que são provenientes do processo penal e sobretudo do cárcere. Para tanto, far-se-á uma explanação sobre a evolução histórica da pena desde a Antiguidade, passando pela Idade Média, Moderna, até chegar na Contemporânea; serão evidenciadas as diversas teorias que dispõem sobre a função da pena; será explanado o marco teórico do *labelling approach* e a problemática da estigmatização acarretada pela pena; e, ao final, apresentar-se-á soluções contidas na legislação brasileira, como forma de reintegração do indivíduo considerado “criminoso”.

Quanto à metodologia adotada no presente estudo, o método de abordagem foi o indutivo, uma vez que a pesquisa foi elaborada no campo teórico-interpretativo, levando-se em conta o que é conhecido e argumentando-se com posicionamentos científicos de renomados autores, como John Kelly, Cezar Roberto Bitencourt, Howard Becker, Erving Goffman, Sérgio Salomão Shecaira, Alessandro Baratta e outros.

A técnica de pesquisa foi a bibliográfica, com o levantamento de inúmeras referências, todas com íntima ligação ao tema, para que se pudesse ter embasamento teórico na análise da desviação secundária.

Todas as citações diretas e indiretas possuem ligação com o contexto do respectivo tópico, sendo que as pesquisadas em idioma estrangeiro foram traduzidas para o Português, por questões didáticas, mantendo-se as suas mais fidedignas ideias e suas referências. O presente trabalho foi dividido em três capítulos, subdivididos em três tópicos cada.

A linha do tempo do direito de punir é marcada por transformações, mas, em todas, elas pode-se perceber que sempre estava presente a estigmatização do apenado. *Stigma* é uma palavra grega, que significa marca, os gregos eram um povo que realmente se apegavam aos símbolos e esse apego influenciou outras civilizações, como a Romana.

Em Roma, a Legislação das Doze Tábuas já prescrevia uma inclinação à estigmatização, uma vez que o condenado poderia ficar ao dispor das pessoas que outrora foram suas vítimas.

E foi assim durante a Idade Média, o direito de punir mostrava-se cruel – conforme relatara Michel Foucault em sua obra *Vigiar e Punir* –, abarcando reprimendas bárbaras e desumanas e não prevendo ainda a ideia de pena privativa de liberdade, que, por sinal, é o centro do presente estudo, uma vez que é a mais comum e a mais conhecida no Direito Penal

brasileiro.

A prisão, antes do século XVIII, era utilizada apenas como custódia, ou seja, servia apenas para manter o agente criminoso em um local que não pudesse escapar, para depois receber sua verdadeira punição – como se não bastasse ficar encarcerado –, que, constantemente, era corporal, podendo chegar até a morte.

Foi a partir do século XVIII que a houve uma mudança de concepção, influenciada por inúmeros fatores históricos econômicos e sociais, as penas bárbaras passaram a ceder espaço para a privativa de liberdade, tal como a conhecemos hoje. Entre esses fatores, pode-se citar: o engrandecimento do racionalismo, influenciado por ideais Iluministas; o aumento da população dos grandes centros urbanos; e a utilização da mão de obra dos reclusos.

Inúmeros autores, como Kant, Hegel, Maria Lúcia Karam e Cezar Roberto Bitencourt, por exemplo, já se debruçaram sobre qual seria a teoria que realmente define a função da pena privativa de liberdade, portanto foi necessário explaná-las, destacando-as em três grandes grupos: as teorias absolutas; as teorias relativas; e as teorias mistas.

As teorias absolutas concebem a pena como um fim em si mesmo, tal como ensinaram Kant e Hegel, e tem como seu principal exemplo a retribuição. As teorias relativas, por sua vez, adotam fins preventivos à reprimenda, dividindo-se em: prevenção geral positiva e negativa; e prevenção especial positiva e negativa. Cada uma delas tem sua peculiaridade, fazendo-se mister distingui-las.

Adiante, aborda-se o marco teórico do presente trabalho, o movimento criminológico denominado *labelling approach*, que surgiu durante a década de 1960, sob a grande influência dos teóricos da Escola de Chicago, passando-se a analisar os seguintes pontos: não se pode limitar a análise criminológica apenas ao ser humano; estudo do crime como definidor do sujeito que o pratica; apresentação do caráter constitutivo do controle social; a seletividade do sistema penal; o efeito criminógeno e estigmatizante da pena; e o paradigma de controle social.

A teoria do *labelling approach* ou da rotulação social possui duas direções, segundo Alessandro Baratta (2004, p. 87, tradução livre), e uma delas é o chamado desvio secundário, ou seja, o etiquetamento do ser humano, baseando-o apenas na conduta delitiva que um dia praticara. É dizer, estigmatiza-se o indivíduo por ele já ter cometido algum crime. Para tanto, baseia-se em estudos realizados por grandes teóricos da desviação secundária, como Howard Becker, com sua obra *Outsiders*, e Erving Goffman, com *Estigma*.

Explicar-se-á sobre a influência da mídia na estigmatização de quem responde a um

processo penal ou foi condenado. E também a influência dos meios de comunicação para a deterioração da imagem do apenado.

Por fim, busca-se relatar quais os institutos previstos no direito brasileiro foram influenciados pelo *labelling approach*, tais como o princípio do direito penal mínimo, a progressão de regime, a despenalização do uso de entorpecentes, adoção de penas diversas da privativa de liberdade e a própria Lei de Execução Penal.

De qualquer modo, a reintegração social do apenado não se dá de forma espontânea, o Estado deve fornecer meios adequados para que isso ocorra e o condenado deve manifestar sua vontade positivamente.

Para que os efeitos estigmatizantes da pena sejam minimizados ou extintos, aponta-se o que será adiante denominado como quadripé da reintegração social, com base na legislação brasileira, principalmente na Lei de Execução Penal, e nas obras de autores como Alvino Augusto de Sá e Sérgio Salomão Shecaira: a assistência da família, o fornecimento de vagas de emprego, a utilização da religião e o apoio educacional.

CAPÍTULO I

Tratar sobre os efeitos estigmatizantes do direito penal – exteriorizado pela aplicação da reprimenda criminal, pelo Estado – gera a necessidade de deixar evidente o caminho histórico percorrido pelo direito de punir. Não se pode fazer um estudo sobre a pena, sem antes discorrer sobre sua evolução.

Não se pretende esgotar todos os momentos nem se aprofundar apenas em fatos históricos, pois esse não é o objetivo do presente estudo, pelo contrário, serão explanados apenas os pontos mais importantes, que estarão aptos a auxiliar na análise da pena e dos seus efeitos estigmatizantes.

Inicia-se com o período da Antiguidade, sucedido pela Idade Média, Idade Moderna e culminando na Idade Contemporânea. Destaca-se também o surgimento da pena privativa de liberdade, como alternativas às penas corporais, que eram bastante desumanas.

Por fim, serão explanadas as diversas teorias que versam sobre a função da pena, divididas em três categorias: as absolutas; as relativas, subdivididas em prevenção geral e especial; e as mistas.

1. O DESVIO SECUNDÁRIO COMO EFEITO DA SANÇÃO: ANÁLISE DA ORIGEM E DA EVOLUÇÃO PENA.

Cabe ressaltar inicialmente que, no presente trabalho, o chamado desvio secundário é definido como “um nível orientado para a investigação do impacto da atribuição do *status* de criminoso na identidade do desviante”, ou seja, é a estigmatização de quem figurou no polo passivo da ação penal, após o recebimento da reprimenda imposta (ANDRADE, 2003, p. 208).

Logo, considera-se que a pena, uma vez imposta, reflete negativamente na vida do condenado, a ponto de lhe atribuir efeitos que não estão previstos nos preceitos secundários (sanções) dispostos em nossa legislação.

Assume-se, para tanto, “o conceito jurídico, para o qual, a pena é definida como a sanção jurídica aplicável a quem viola a norma jurídica proibitiva. É uma figura previamente criada pelo legislador, em forma escrita e estrita, sob o amparo do princípio da legalidade” (DÍAZ MADRIGAL, 2013, p. 5, tradução livre).

Não há, em nenhum conceito hodierno de pena, algo que se relacione com a estigmatização do apenado, porém, ao longo da história, isto se mostrou como um verdadeiro

efeito da sanção, mesmo que não seja explicitamente declarado.

Deste modo, faz-se mister analisar a evolução da pena e posteriormente discorrer sobre as diversas teorias que a justificam ou fundamentam.

A palavra pena deriva do latim *poena* e significa castigo, punição, modo de repressão do Poder Público à violação da ordem social e sua origem serviu para controlar um dos efeitos que advêm do convívio humano, qual seja, a tendência a usurpar direito alheio¹.

Sendo assim, afirma Beccaria (2001, p. 09) que “eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico, que logo tornou a mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Esses meios foram as penas estabelecidas contra os infratores das leis”.

Foi assim com a aplicação da Lei de Talião (*lex talionis*), incluída no Código de Hamurabi, - “a primeira legislação escrita que se tem notícia” - e que instigava a vingança privada como forma de punir o malfeitor, além de mutilações e pena de morte (KERSTEN, 2007).

O estigmatizado pobre encontra aqui, então, uma das primeiras opressões efetuadas pela força pública constituída. Quem mais pode precisar furtar uma ovelha do que aquele que tem fome e conta com escassas condições de sobrevivência? E neste caso a pena será a de morte. Porém, para a classe não estigmatizada, é suficiente pagar uma multa. (BACILA, 2008, p. 60).

Assevera Bitencourt (2011, p. 27) que a origem da pena “é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a humanidade. Por isso mesmo é muito difícil situá-la” historicamente, mas se pode ter uma ideia de que desde sua gênese a sua função estigmatizadora esteve presente, rotulando quem a recebesse.

1.1. A PENA NA ANTIGUIDADE.

“A Idade Antiga (ou Antiguidade) foi o período que se estendeu desde o desenvolvimento da escrita (4000 a.C. a 3500 a.C.) até a queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.) e o início da Idade Média (século V)” (CALDEIRA, 2009, P. 259).

Não se pode olvidar que, durante a Antiguidade, as maiores civilizações foram a Grécia e Roma e que ambas:

[...] conheceram a prisão com finalidade eminentemente de custódia, para impedir que o culpado pudesse subtrair-se ao castigo. Pode-se dizer, [...] que de algum modo podemos admitir nesse período da história sequer um germe da prisão como lugar de cumprimento da pena, já que o catálogo de sanções

¹ Conceito retirado do dicionário de língua portuguesa.

praticamente se esgotava 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 cumprissem as suas obrigações. (BITENCOURT, 2012, p. 31).

Não se tratava, portanto, de privar a liberdade do delinquente em razão de seus atos, mas sim de assegurar que ele estaria em um local fixo, pronto para sofrer as consequências da reprimenda que lhe seria imposta.

“A mente grega ligava também a pena à intenção do malfeitor”, relata Kelly (2010, p. 42). Porém, o mesmo autor, ao falar sobre o pensamento grego, em relação às reprimendas, assevera que ele possuía a seguinte finalidade: “a de adequar a pena ao crime, não somente no sentido da proporcionalidade há pouco mencionada, mas no da retaliação: o ofensor deve sofrer a mesma violência que praticou” (KELLY, 2010, p. 45).

A ideia de vingança, que vigorou na Grécia, foi um fator influente em Roma:

A opinião romana sobre os atos mercedores de punição foi evidentemente formada pelos mentores gregos. Em seu tratado sobre clemência, dirigido a Nero, Sêneca enumerou três fundamentos para essa doutrina. Os danos infligidos a terceiros devem ser punidos pelo imperador pelas mesmas razões por que são punidos pela lei: corrigir o delinquente, servir de exemplo e advertência para os outros para que, pela eliminação dos criminosos (*sublatis malis*), todos os demais possam viver com segurança. (KELLY, 2010, P. 95).

“As Doze Tábuas retratam aspectos históricos, políticos e jurídicos que deixam explícito o caráter estigmatizador dos romanos, inclusive com a possibilidade de escravidão que não fosse originária” (BACILA, 2008, p. 74). A legislação romana, por sofrer influência da Grécia, trazia à tona a ideia de *stigma* (palavra grega), sendo que pessoas poderiam se tornar escravas das vítimas de seus crimes praticados.

1.2. A PENA NA IDADE MÉDIA.

Trata-se de momento histórico que “tem como marco a desintegração do Império Romano do Ocidente, no século V (476d.C.), e término com o fim do Império Romano do Oriente, com a Queda de Constantinopla, no século XV (1453 d.C.)” (CALDEIRA, 2009, p.263).

“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”, que era caracterizado por suas penas bárbaras (BITENCOURT, 2011, p. 32).

Acerca do assunto, assevera RIQUELME:

A pena de vergonha pública, pena infamante muito frequente na Idade Média, consistia na exposição do condenado e era realizada de forma itinerante pelas ruas públicas – ainda que nas ocasiões se reduzisse à presença no tablado, sem desfile – até o objeto que fora ofendido e sendo humilhado pelos pedestres. A isto há que se falar que o réu ia, habitualmente, montado numa mula – e alguma vez a pé -, nu, da metade do corpo pra cima, com as “insígnias” próprias do delito cometido e, em algumas ocasiões, com um artefato chamado “pé de amigo”, que lhe impedia de abaixar a cabeça. (RIQUELME, 1999, p. 511, tradução livre).

A prática de torturas e de métodos que prezavam pela humilhação, acabam chamando a atenção para a época. Porém, a prisão continua como a principal maneira de custodiar o preso, para que ao final recebesse a reprimenda imposta.

Desse modo, afirma John Kelly:

A literatura do mundo medieval dos primeiros tempos não trata especificamente da finalidade, justificativa ou medida da punição criminal; não obstante, visto que os Padres justificavam o governo humano pela necessidade de reprimir os malfetores e proteger suas vítimas, a legitimidade das sanções criminais em geral era tida como certa. (KELLY, 2010, p. 144).

Rusche e Kirchheimer (1984, p. 9, tradução livre) afirmam que a aplicação das reprimendas, na Idade Média está intimamente vinculada à condição social do infrator, o que influenciou na evolução do sistema de sanções corporais, pois “a impossibilidade dos delinquentes, provenientes das classes baixas, em pagar as penas pecuniárias, conduziu nesses casos à sua substituição pela pena corporal”.

Carlos Roberto Bacila também ressalta o que hoje conhecemos por desviação secundária ou rotulamento do criminoso, durante esse período histórico:

Na Idade Média a pena também foi utilizada como forma de estigmatização, além é claro de consistir na vingança em decorrência de atos intolerados e praticados, via de regra, pelos estigmatizados. Para o estigmatizado pela raça que se tornava escravo, continuavam os suplícios da falta de liberdade e, em contrapartida, do poder total do proprietário. As pessoas ricas eram punidas mediante pagamento de multa e, para o estigmatizado pobre, quando não era possível desapossá-lo dos poucos bens que lhe restavam, sobravam os castigos físicos e a pena capital.

As sanções corporais, tal como fora supracitado, mostram-se verdadeiramente estigmatizadoras, pois o condenado não era reconhecido pelo que tinha feito e sim por suas características físicas.

Conforme ressalta Bitencourt (2011, p. 32), é nessa época que surge a prisão de Estado, aonde eram recolhidos os inimigos dos governantes, aqueles que tivessem cometido crimes ou se opusessem à sua política. A ideia de prisão-custódia ainda está presente, bem como a de

“detenção temporal ou perpétua, ou até receber o perdão real. Essas prisões tinham, não raras vezes, originalmente outra finalidade e, por isso, não apresentavam uma arquitetura adequada” (BITENCOURT, 2011, p. 32). A Bastilha pode ser citada como um dos exemplos mais populares².

É durante esse período, que também surge a prisão eclesiástica, que se destinava

[...] aos clérigos rebeldes e respondia às ideias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, dando ao internamento um sentido de penitência e meditação. [...] A principal pena do direito canônico denominava-se *detrusio in monasterium* e consistia na reclusão em um mosteiro de sacerdotes e religiosos infratores das normas eclesiásticas; para castigar os hereges, a prisão se denominava *murus largus*. (BITENCOURT, 2011, p. 33).

Assevera Kelly, representando a influência canônica no Direito Penal durante a Idade Média:

A Igreja, não obstante, tinha influência para mitigar o rigor do direito penal; a seus olhos, em primeiro lugar, a culpa do criminoso era proporcional a todas as circunstâncias do crime, inclusive as subjetivas – o que mitigava, portanto, o aspecto puramente intimidativo do direito; e, em segundo lugar, o criminoso, na qualidade de pecador, necessitava de arrependimento e recuperação, o que tendia a reduzir a incidência da pena de morte, após a qual o arrependimento não era mais possível. [...] A influência moderadora da Igreja, preocupada com o arrependimento e a reforma do delinquente, apontou o caminho para uma apreciação de todas as circunstâncias do dano e para uma expiação final menos desumana (KELLY, 2010, p. 146).

“O direito canônico contribuiu consideravelmente para com o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras ideias sobre reforma do delinquente” (BITENCOURT, 2011, p. 35).

1.3. A PENA NA IDADE MODERNA.

A Idade Moderna é o período que tem “o início, estabelecido pelos historiadores franceses, em 1453, quando ocorreu a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos, e o término com a Revolução Francesa, em 1789” (CALDEIRA, 2009, p. 264).

Thomas Hobbes, um dos grandes filósofos desse momento histórico, obtempera da seguinte forma, ao tratar do direito estatal de apenar quem praticasse algum delito:

Ora, a punição é uma consequência conhecida da violação das leis, em qualquer Estado, e se essa punição já estiver determinada pela lei é a ela que se está submetido, caso contrário está-se sujeito a uma punição arbitrária.

² A Bastilha (do francês, *Bastille*) foi uma prisão francesa, que funcionou do século XVII até o final do século XVIII.

Pois manda a razão que quem comete injúria, sem outra limitação a não ser a de sua própria vontade, sofra punição sem outra limitação a não ser a vontade daquele cuja lei foi violada. (HOBBS, 2005, p. 222).

Nesse ponto, percebe-se que o poder de aplicar a reprimenda está inerte na mão do Estado, não havendo que se falar em vingança privada, por parte do indivíduo que teve seu direito violado.

Um dos expoentes legislativos do período, “a ordenação de 1670 regeu, até a Revolução, as formas gerais de prática penal. [...] As penas físicas tinham, portanto, uma parte considerável. Os costumes, a natureza dos crimes, o *status* dos condenados as faziam variar ainda mais” (FOUCAULT, 2011, p. 34)³.

Percebe-se, novamente, que as penas corporais, ainda presentes, tinham também o condão de estigmatizar o condenado, deixando-lhes marcas, que seriam reconhecidas a posteriori. Nestes termos:

As múltiplas espécies de mutilação eram formas de estigmatizar. O corte dos dedos, das mãos, língua, olhos, órgãos sexuais ou danos produzidos nos ouvidos marcava o corpo, o espírito e a vida social daquele que era apontado como infrator. É claro que não se tratava apenas de um sinal corporal, pois a consequência social era tão ou mais grave do que a perda física. O emprego que já era difícil em condições normais passava a ser um caso exótico para o estigmatizado. (BACILA, 2008, p. 96).

É ainda nesse momento histórico que germinam pensamentos, que amadureceram durante o século XVIII, nesses termos:

Supera-se a ideia de que, para a justiça criminal, o delinquente não era mais do que a individualidade abstrata e anônima; não se levava em consideração que por debaixo das equações e fórmulas, se julgavam realidades vivas, seres humanos, cujo futuro moral e social; era o resultado de um problema por resolver ele ganha individualidade, porém esta doutrina se desenvolve de forma tímida até o início da Idade Contemporânea quando, a partir do Iluminismo, a proteção do homem ganha impulso. (CALDEIRA, 2009, p.266).

1.4. A PENA NA PÓS-MODERNIDADE OU IDADE CONTEMPORÂNEA.

“A Idade Contemporânea é o período específico atual da história do mundo ocidental, iniciado a partir da Revolução Francesa (1789 d.C.). O seu início foi bastante marcado pela corrente filosófica iluminista, que elevava a importância da razão” (CALDEIRA, 2009, p.

³ A Ordenação compreende um conjunto de leis, que vigorou na França até a grande Revolução, no século XVIII.

266).

John Kelly (2010, p. 386) afirma que foi durante o século XVIII que os fundamentos do direito penal e da aplicação das reprimendas tomaram um viés de ciência, graças aos ideais iluministas; e ainda aponta os seguintes fatores que influenciaram esta mudança:

Primeiro, o ceticismo quanto à autoridade e à tradição da antiguidade solapou a aceitação das práticas imemoriais e de valores não averiguados como garantias suficientes para a aplicação da pena. Em segundo lugar, o retrocesso do extremismo religioso e da crença em forças ocultas destruiu a confiança que outrora sustentara a perseguição às bruxas e feiticeiras. Em terceiro lugar, embora a criminalidade tenha aumentado acentuadamente ao longo do século, em particular em matéria de crimes contra a propriedade, o que motivou uma aplicação de uma repressão penal feroz, houve igualmente, em parte em reação a esse movimento, uma avanço geral no sentimento humano [...], que lançou sérias críticas aos sistemas europeus de justiça penal. (KELLY, 2010, p. 386).

É durante o século XVIII que o pensamento humanitário - que brotou, como já fora dito, no decorrer da Idade Moderna - busca abolir a incidência das penas corporais, muito comuns à época. “Assim, começou a se formar um ponto de interrogação sobre a extensão do direito de punir do Estado” (KELLY, 2010, p. 387).

Beccaria (2001, p. 31), em sua obra *Dos delitos e das penas*, faz uma série de reflexões acerca da pena de morte, que culminavam basicamente na ponderação de que ninguém poderia ceder sua vida para que o soberano a tirasse, já que também não tinham a liberdade natural de se suicidar:

Quem poderia ter dado a homens o direito de degolar seus semelhantes? Esse direito não tem certamente a mesma origem que as leis que protegem. A soberania e as leis não são mais do que a soma das pequenas porções de liberdade que cada um cedeu à sociedade. Representam a vontade geral, resultado da união das vontades particulares. Mas, quem já pensou em dar a outros homens o direito de tirar-lhe a vida? Será o caso de supor que, no sacrifício que faz de uma pequena parte de sua liberdade, tenha cada indivíduo querido arriscar a própria existência, o mais precioso de todos os bens? (BECCARIA, 2001, p. 31).

Andrade (2003, p. 49) ressalta⁴, ao falar sobre a supracitada obra e sua influência no momento histórico em que foi editada:

Orienta-se, neste sentido, pela exigência de segurança individual contra a arbitrariedade do Príncipe (poder punitivo), e sua preocupação central é a instauração de um regime estrito de legalidade (Penal e Processual Penal) que evite toda incerteza do poder punitivo, ao mesmo tempo em que promova a sua humanização e instrumentalização utilitária.

⁴ John Kelly (2010, p. 388-340) também cita a importância de autores como John Howard e Jeremy Bentham, para a formulação de uma pena mais humanitária.

Michel Foucault (2011, p. 35) não considerava o suplício uma forma impensada de punir, pelo contrário, definia-o como uma técnica que não deveria ser equiparada “aos extremos de uma raiva sem lei”, embora reconhecesse que os referenciais iluministas tiveram um importante papel para o desaparecimento deles⁵:

O protesto contra os suplícios é encontrado em toda parte na segunda metade do século XVIII: entre os filósofos e teóricos do direito; entre juristas, magistrados, parlamentares; [...] e entre os legisladores das assembleias. É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do suplicado e do carrasco. (FOUCAULT, 2011, p. 71).

2. O SURGIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

Como os ideais que surgiram durante o século XVIII eram contrários aos suplícios e outras reprimendas infamantes, ocorreu uma redução significativa da aplicação das penas corporais ao infrator.

Bitencourt (2011, p. 48-49) enumera quatro possíveis causas que podem explicar a transição da prisão-custódia para o surgimento da pena privativa de liberdade, visto que supor que ela tenha surgido só por causa da falência da pena de morte seria uma ingenuidade, pois tal concepção basear-se-ia apenas em fundamentos históricos.

A primeira é a valorização da liberdade, com a imposição progressiva do racionalismo. A segunda seria o surgimento de uma “má consciência, que procura substituir a publicidade de alguns castigos pela vergonha” (BITENCOURT, 2011, P.48).

A terceira causa que Bitencourt (2011, p. 48) enumera é a aparição de um grande número de pessoas nos grandes centros urbanos, fato acarretado pelas mudanças socioeconômicas ocorridas do século XV ao XVII, o que fazia com que a maioria pobre se dedicasse à mendicância ou ao cometimento de delitos. A pena de morte não corresponderia à sanção adequada a estes casos.

A quarta seria a razão econômica, que, segundo Bitencourt (2010, p. 49) “foi um fator muito importante na transformação da pena privativa de liberdade”. Sendo assim, a estrutura socioeconômica da sociedade condicionou o surgimento da mais comum das reprimendas:

Trata-se então de romper com este enfoque jurídico abstrato, no qual a pena é concebida como epifenômeno do crime (seja como retribuição proporcionada a ele ou como sua prevenção) para recolocá-la e explicá-la no

⁵ Foucault (2011, p. 9-11), em seu livro *Vigiar e Punir*, expõe com riqueza de detalhes como eram aplicados os suplícios.

marco da relação histórica entre os diversos sistemas punitivos e os sistemas de produção em que se efetuam, desde a escravidão, passando pelo feudalismo e, em especial, a relação entre o modo de produção capitalista e a afirmação da prisão, a partir do final do século XVIII, como método punitivo central. A pena, superestrutura punitiva, é vinculada à estrutura econômica da sociedade e a partir dela é explicada. (ANDRADE, 2003, p. 192-192).

Nesse diapasão estão Ruche e Kircheimer (1984, p. 8, tradução livre), ao afirmarem que no decorrer do século XVIII, “os métodos punitivos começaram a sofrer lentas, mas profundas, mudanças com o crescente interesse que recebia a possibilidade da mão de obra dos submetidos à pena de prisão”.

Conclui-se que, não se pode afirmar que o surgimento da pena de prisão ocorreu apenas com base nos ideais iluministas do século XVIII, fins totalmente humanitários, pelo contrário, existiram inúmeros outros fatores históricos, sociais e econômicos, que também tiveram importância para essa mudança.

3. AS DIVERSAS TEORIAS QUE JUSTIFICAM OS FINS DA PENA.

É importante declinar, em primeiro plano, sobre as diversas teorias que justificam a existência e função da pena aplicada ao infrator, dando-se enfoque à privativa de liberdade, pois além de ser a mais conhecida e temida no direito brasileiro, também é a mais utilizada para fins pedagógicos.

É certo que, quando o agente infrator comete o delito, a sociedade espera que ele seja punido pelos seus atos, muitas vezes de forma mais severa do que dispõe a própria lei. Ocorre que, nem sempre o cidadão comum sabe qual a finalidade da punição que tanto deseja ao delinquente, revestindo-a apenas com seus anseios de vingança.

Deve-se conhecer quais os fins que devem ser atribuídos à reprimenda imposta ao condenado, para que se tenha melhor entendimento sobre como e porque punir.

Para tanto, foram formuladas as teorias absolutas, que concebem a pena como um fim em si mesmo e prescindem de qualquer outro fim que ela possa objetivar; as teorias relativas, que entendem que o sentido da pena e do Direito Penal se encontra exatamente nos fins que com esse direito e com estas sanções podem ser buscados; e as teorias mistas, que englobam tanto os fins retributivos como os preventivos, justapondo-os em construções ecléticas, não se constituindo em algo novo, senão, tão somente, em novas combinações e formulações das tradicionais teorias. (GUIMARÃES, 2010, p. 45).

3.1. A TEORIA ABSOLUTA RETRIBUTIVA.

Pensando-se em algo absoluto, logo se tem a ideia de algo imutável ou que, pelo menos, queira se parecer assim, não admitindo qualquer meio que vise alterá-lo ou extingui-lo. É esse pensamento que deve prevalecer na análise dessa teoria.

Chamam-se “absolutas porque, conforme seus postulados, o sentido da pena é independente a seu efeito social. Nos territórios em que se desenvolveram estas teorias, existe uma identificação entre Estado e soberano, moral e direito, Estado e religião [...]” (DÍAZ MADRIGAL, 2013, p. 6, tradução livre).

Segundo Karam (1991, p. 173), “as teorias absolutas surgiram sustentando que a pena encontra sua justificação em si mesma, baseando-se na ideia da retribuição, do castigo, da compensação do mal, representado pela infração, com o mal, representado pelo sofrimento da pena”.

“Retribuição é a desaprovação ou desvalorização pública que se concretiza com a aplicação concreta de uma pena, aos atos que mais gravemente atentam contra os bens ligados ao desenvolvimento cultural e ao sistema de valores dominantes de um corpo social”, para Guimarães (2010, p. 49).

Sendo assim, “a culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto” (BITENCOURT, 2011, p. 118).

A função retributiva teve papel essencial na Escola Clássica do direito penal, pois coroava um sistema, que para tais estudiosos, era consequência do livre arbítrio do ser humano. “Com efeito, a responsabilidade moral (ou imputabilidade), sinônimo de liberdade de vontade, conduz à pena, que é retribuição pelo mal realizado, diretamente proporcionada ao crime e por ele justificada” (ANDRADE, 2003, p. 58).

Portanto, o cometimento de um ato ilegal, por parte do infrator, deverá receber uma contraprestação, um movimento de reflexo do sistema punitivo estatal, isso é retribuição. Logo, com base nessa teoria, a pena serve para punir e esta é sua única função.

Acerca do caráter retributivo da pena, as principais teses sobre o tema foram emanadas por Kant e Hegel. Pois, como assevera Guimarães (2010, p. 52), “o primeiro formulou sua teoria em bases de ordem ética, o segundo em bases de ordem jurídica”.

“De acordo com as reflexões kantianas, quem não cumpre as disposições legais não é

digno do direito de cidadania. Nesses termos, é obrigação do soberano castigar impiedosamente aquele que transgrediu a lei” (BITENCOURT, 2010, p. 120).

O próprio Kant ressalta que:

A punição imposta por um tribunal (*poena forensis*) – distinta da punição natural (*poena naturalis*) na qual o vício pune a si mesmo e que o legislador não considera – jamais pode ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade civil. Precisa sempre ser a ele infligida somente porque ele cometeu um crime, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direitos a coisas: sua personalidade inata o protege disso, ainda que possa ser condenado à perda de sua personalidade civil. (KANT, 2003, p. 174-175).

“Destarte, dentro do pensamento kantiano, a pena deve ser aplicada simplesmente para que se realize justiça, já que, quando não há justiça, os homens não têm razão de ser sobre a terra” (GUIMARÃES, 2010, p. 52).

Díaz Madrigal (2013, p. 7, tradução livre), ao tratar da visão retributiva de Hegel, aduz que, para ele, “a pena é direito do delinquente e deve ser imposta de maneira racional. O delito é a negação da lei (tese), a pena a negação da negação (antítese), portanto a anulação do delito e restabelecimento do direito, e superação do delito, é a imposição do castigo (síntese)”.

Por ser o crime uma negação do direito posto, a reprimenda seria a negação desta ação e, portanto, pode ser considerada como positiva, podendo-se dizer necessária para a manutenção da ordem jurídica. “A pena serve para a realização da Justiça, na medida em que compensa a culpabilidade do autor (ou a elimina, como dizia Hegel) e, desta maneira restaura o Direito transgredido” (ROXIN, 2000, p.19, tradução livre).

Hegel (1997, p. 87-88) assevera o seguinte: “A violação só tem existência positiva como vontade particular do criminoso. Lesar essa vontade como vontade existente é suprimir o crime que, de outro modo, continuaria a apresentar-se como válido, e é também o restabelecimento do direito”

3.1.1. CRÍTICAS À TEORIA RETRIBUTIVA.

Após apresentar a teoria absoluta da retribuição, sob a ótica dos seus principais defensores, insta destacar as críticas que ela recebeu ao longo de sua existência. Uma delas é a utilização de um mal para compensar outro mal, qual seja, o delito, nesses termos:

A irracionalidade da pena retributiva já se manifesta, em princípio, por sua incapacidade de esclarecer a razão pela qual se deveria compensar um mal com outro mal de igual proporção, quando, mesmo se aceitando as teses

contratualistas originárias que lhe serviram de fundamento, ou as posições neo-contratualistas mais recentes, apareceria mais lógica a opção pela reparação do dano material ou moral causado pelo delito, especialmente porque aí se levariam em conta os interesses das pessoas diretamente afetadas. (KARAM, 1991, p. 176-177).

Apenas retribuir o mal causado pela conduta delitiva, através de uma pena, não evidencia qualquer tipo de reparação à vítima, mesmo quando ela for o próprio Estado, abstendo-a da relação, esquecendo sua importância. “Tal fenômeno, convencionou-se denominar confisco do conflito e exclusão da vítima [...]” (GUIMARÃES, 2010, p. 58).

Outro aspecto crítico repousa na ideia de que a pena e o delito possuem naturezas completamente distintas, não podendo se compensar, tal como – utilizando a linguagem matemática – incógnitas diferentes. “Essa heterogeneidade levaria à afirmação de que a proporcionalidade entre o mal do crime e o mal da pena não justifica o conceito de retribuição, haja vista que não conseguiria jamais uma homogeneidade entre os dois institutos” (GUIMARÃES, 2010, p. 58).

Também se critica o retribucionismo pela sua insuficiência empírica, pois não demonstra a eliminação do mal, causado pelo crime, pelo mal infligido ao agente infrator, a pena, desse modo:

Fica claro que uma teoria absoluta da pena não é aceitável em um moderno direito penal [...]. De tal sorte, ao fundamentar a pena no indemonstrável poder do indivíduo de comportar-se de outro modo, apoia-se tal fórmula em bases científicas indemonstráveis e, conseqüentemente, altamente questionáveis. BITENCOURT, 2011, p. 131).

Outro argumento importante e contemporâneo é o fato da função retributiva ser mal interpretada pela sociedade, a ponto dela desejar que o agente criminoso sofra, a qualquer custo, a punição mais severa possível ou impossível. É essa errônea percepção, que faz as pessoas esperarem o linchamento do acusado ou que seja sentenciado à morte, por exemplo.

3.2. AS TEORIAS RELATIVAS.

As teorias relativas não consideram a pena como um “fim em si mesmo”, ao contrário da teoria absoluta retributiva, uma vez que, visando a manutenção do convívio social, admitem a necessidade de existência de fins preventivos. A sanção não seria a pura retribuição do estado e sim uma medida que vem com um adendo, uma correção ou inibição.

Para as teorias preventivas, a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido e sim prevenir sua comissão. Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo lógica das teorias absolutas, *quia peccatum est*, somente porque

delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõe *ut ne pecetur*, isto é, para que não volte a delinquir. (BITENCOURT, 2011, p. 132).

As teorias relativas são divididas em prevenção geral e prevenção especial, caso influenciem diretamente a sociedade ou o agente criminoso, respectivamente. São conceitos que serão avaliados a posteriori.

3.2.1. DA TEORIA RELATIVA DA PREVENÇÃO GERAL NEGATIVA.

Seguindo uma ordem cronológica, a Escola Positiva, que sucedeu a Escola Clássica, trouxe uma ideia diferente ao que se pode considerar como função da pena, concebendo-a como necessária para inibir a prática de novos delitos.

A partir de então, a pena despiu-se de sua roupagem retributiva, com fundamentos morais e éticos, afastando-se definitivamente da concepção do “fim em si mesmo”, e transformou-se, isto sim, em um conjunto de medidas sociais, preventivas e repressivas, que, alimentadas por uma nova ciência – Criminologia Positivista – pôde melhor compreender a natureza do crime e, conseqüentemente, implementar uma defesa mais eficaz e mais humana da sociedade. (GUIMARÃES, 2010, p. 60).

Ferrajoli (2002, p. 222) afirma que as doutrinas da prevenção geral negativa “não têm como escopo o delinquente, nem como indivíduo, nem mesmo enquanto categoria tipológica, mas, sim, os associados em geral, dos quais, todavia não valorizam aprioristicamente, como fazem as doutrinas da prevenção positiva, a obediência política às leis”.

Logo é prevenção geral, pois visa defender a sociedade da ação delitativa do agente; e é negativa pois visa intimidar o possível delinquente, através do temor decorrente da aplicação das reprimendas impostas pelo Estado.

Portanto, para esta teoria, a defesa social é o fim último, proclamando a abstenção de condutas criminosas, através da intimidação gerada pela sanção penal. “Em nome da defesa da sociedade, portanto, estariam legitimados atos de extrema violência a serem praticados pelo Estado na busca de sua conservação, como, por exemplo, a pena de morte” (GUIMARÃES, 2010, p. 62).

3.2.1.1. CRÍTICAS À PREVENÇÃO GERAL NEGATIVA.

Ferrajoli (2002, p.223) assevera que “as doutrinas da prevenção geral negativa são também idôneas a fundar modelos de direito penal máximo, pelo menos nos termos em que normalmente se fundam”. Tal modelo agiganta ainda mais o poder estatal para punir e

lamentavelmente, não raras vezes, suprimir direitos e garantias fundamentais do agente considerado criminoso.

A visão kantiana de que “um ser humano não pode ser usado meramente como um meio por qualquer ser humano (quer por outros, quer por si mesmo), mas deve se usado ao mesmo tempo como um fim” também se revela como oposta à teoria da função preventiva geral negativa da pena, pois a atemorização seria destinada à pessoa diversa daquela que sofre a reprimenda (KANT, 2003, p. 306).

“Ao se endurecer a legislação penal com o objetivo declarado de conter a criminalidade, pretende-se alcançar, na verdade, somente o objetivo oculto de satisfação da opinião pública com uma providência por ela reclamada, mas por certo inalcançável por esse expediente” (GUIMARÃES, 2010, p. 196). Trata-se do caráter simbólico do direito penal, outra séria crítica à função ora avaliada, pois essa não serviria para a defesa social, uma vez que ainda existiria a criminalidade oculta, delitos que ficam encobertos pela ineficiência do sistema.

Ainda, segundo Guimarães:

Na esfera da criminologia crítica, a seletividade também é apontada como o calcanhar de aquiles da prevenção geral negativa, uma vez que o argumento dissuasório sempre se dirige contra os delitos afetos às classes populares e, portanto, estaria destinado a se cumprir sempre sobre algumas pessoas vulneráveis pertencentes a essas camadas sociais. (GUIMARÃES, 2010, P. 68).

Também pode-se dizer que essa teoria desconsidera que o propenso criminoso, geralmente, confia que não será descoberto. “Disso se conclui que o pretendido temor que deveria infundir no delinquente, a ameaça de imposição de pena, não é suficiente para impedir de realizar o ato delitivo” (BITENCOURT, 2011, p.135).

3.2.2 DA TEORIA RELATIVA DA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA.

Por essa teoria, o temor gerado pela aplicação da norma penal é substituído pelo respeito ou confiança no ordenamento jurídico. Nessa senda, para Ferrajoli (2002, p. 135), as teorias da prevenção geral positiva atribuem “às penas funções de integração social por meio do reforço geral da fidelidade ao Estado, bem como promovem o conformismo das condutas”.

A função da pena na prevenção geral positiva se caracteriza, principalmente, pelo valor simbólico que confere à sanção penal, refletido no efeito positivo que a efetiva aplicação da pena – efetiva, frise-se – gera sobre os não criminalizados, haja vista que reforça a confiança deles no sistema penal e, por via de consequência, nos valores imanentes ao sistema social como um

todo, produzindo uma atitude durável de fidelidade à lei. (GUIMARÃES, 2010, P. 72).

Logo, essa teoria é positiva porque prega o respeito ao ordenamento, ao contrário da prevenção geral negativa, que tem essa nomenclatura porque visa intimidar os possíveis futuros criminosos por base do temor da aplicação da sanção. “A aplicação da pena, portanto, reforçaria na consciência coletiva os valores éticos da convicção jurídica; é o exercício de reconhecimento da norma penal” (GUIMARÃES, 2010, p. 73).

3.2.2.1. CRÍTICA À PREVENÇÃO GERAL POSITIVA.

A confiança no ordenamento jurídico, que a teoria da função preventiva geral positiva da pena visa estabelecer, não pode ser avaliada empiricamente. Nesse diapasão:

Não é possível afirmar-se racionalmente que a aplicação de uma sanção penal a quem quer que seja possa criar barreiras psicológicas nos outros membros da comunidade – como o quer a prevenção geral negativa -, assim como que reforçaria os laços de respeito ao ordenamento jurídico como um todo e ao ordenamento penal em particular, reafirmando os valores postos, fins positivos da prevenção. (GUIMARÃES, 2010, p. 76).

Há que se ressaltar que essa teoria também sofre a crítica kantiana de que o homem não pode ser utilizado como meio para se alcançar algum fim, pois ele deve ser o próprio fim. E, “em razão de conceber o Direito Penal como instrumento insubstituível de orientação moral e de educação e educação coletiva”, sofre a crítica de confundir o direito com moral (GUIMARÃES, 2010, p.79).

Nesse diapasão, Maria Lúcia Karam (1991, p. 175) assevera que a prevenção geral, seja positiva ou negativa “encerra a consagração da alienação da subjetividade e da centralidade do homem em benefício do sistema, deslocando o homem de sua posição de sujeito e fim de seu próprio mundo, para torná-lo objeto de abstrações normativas e instrumentos de funções sociais”.

Assevera-se também que a existência da cifra negra da criminalidade - os delitos que não são esclarecidos ou percebidos pelo sistema punitivo estatal -, mostra-se como fator determinante para a falência deste tipo de teoria, uma vez que a punição seletiva - concedida apenas aos marginalizados – é injusta, do ponto de vista crítico.

3.2.3. DA TEORIA RELATIVA DA PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA.

O fim preventivo especial negativo diz respeito à neutralização do agente criminoso, impedindo que volte a praticar delitos, assegurando-se assim o bem-estar social. Nesses termos:

Como a prevenção especial pressupõe necessariamente o fracasso da prevenção geral negativa, pois só se pode falar em recuperação ou neutralização de alguém que cometeu um delito e, portanto, não foi intimidado pela norma penal, estamos diante de uma teoria que tem por escopo evitar a prática de um novo crime por parte de quem já o cometeu. (GUIMARÃES, 2010, p. 84).

“Consiste em impedir fisicamente o condenado à pena privativa de liberdade de voltar a delinquir, em virtude do seu encarceramento. Assegura-se, assim, a sociedade contra novas violações do ordenamento jurídico por parte do recluso” (RIBEIRO, 2008 p. 34).

Logo, denota-se que a especialidade desta teoria se refere à sua incidência direta na pessoa do criminoso e sua negatividade advém da sua consequência, qual seja, a neutralização do agente.

“Quando o fim é neutralizar, não se está buscando a modificação moral do delinquente; tão somente segrega-se, para que aquele indivíduo, especificamente, por determinado período, não volte a delinquir” (GUIMARÃES, 2010, p. 86).

3.2.3.1. CRÍTICA À PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA.

Com a prevenção especial negativa, há uma aposta que o criminoso voltará a delinquir, necessitando este ser neutralizado. Porém “à luz dos atuais conhecimentos científicos, não é possível demonstrar com segurança a veracidade desse profético juízo que prevê a prática futura de um delito” (BITENCOURT, 2011, p. 144).

Pode-se citar o fato de alguns detentos ainda praticarem delitos, mesmo estando cumprindo pena, algo que, hodiernamente, é muito comum nos presídios brasileiros. Se o fim for neutralizar, algo está sendo aplicado de maneira errada.

O ponto mais vulnerável das teorias da prevenção especial é, sem sombra de dúvida, o meio utilizado para o alcance dos fins ressocializador e neutralizador: o cárcere. O cárcere, ou prisão como instituição total, produz efeitos deletérios na pessoa humana, tanto físicos como psicológicos, em nível de corpo e alma. (GUIMARÃES, 2011, p. 88).

Sendo assim, o indivíduo que parece estar neutralizado pela prisão, na verdade pode

estar em contato – e há grandes chances que isso aconteça – com outros caminhos, que o levarão a cometer outros crimes.

Outro ponto residem na temporalidade da neutralização: no Brasil, como não existe pena perpétua, o apenado normalmente cumprirá toda sua pena, não podendo se falar em prevenção especial negativa, depois que não tiver nenhuma pendência com a justiça.

“O cárcere na feição neutralizadora apenas contém temporariamente o problema da criminalidade, iludindo [...] a opinião pública sobre seus reais efeitos, desfocando as causas originárias do problema e apontando para soluções fictícias” (GUIMARÃES, 2010, p. 91).

3.2.4. DA TEORIA RELATIVA DA PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA.

A teoria da prevenção especial positiva se baseia na Defesa Social e visa corrigir o agente criminoso, para que não volte a cometer delitos⁶.

Entendem os partidários dessa doutrina que, em razão de a prevenção geral negativa não ter alcançado seus objetivos, ou seja, logrado êxito em sua função intimidatória, haja vista que a ameaça contida na cominação penal não foi suficiente para conter os impulsos criminosos – o que acarretou a ocorrência de um delito –, com a efetiva aplicação judicial da pena e consequente execução, resultados mais eficazes podem ser alcançados. (GUIMARÃES, 2010, p. 93).

O caráter positivo da prevenção especial é evidenciado na preocupação com a reeducação do apenado, para que ele próprio tenha a consciência de não voltar a delinquir. Parte-se do pressuposto que ele merece ser corrigido, a ponto de viabilizar seu retorno à sociedade. “Manifesta-se, com isso, não apenas uma função legítima do Direito Penal, mas especialmente uma necessidade à qual nenhum sistema penal pode escapar: não se pode renunciar à reinserção” (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 50).

“A pena representaria, então, um bem para o condenado, quer no âmbito moral, quer no psicofísico, vez que o delito aparece como sintoma de inferioridade, mas poderá ser sanado através do Estado pelo benéfico remédio social da pena” (GUIMARÃES, 2010, p. 94).

O Estado, portanto, assume um papel primordial, qual seja, ao exercer o *ius puniendi*,

6 RIBEIRO (2008b, p.63) assevera que “o advento do Positivismo Criminológico, no último quartel do século XIX, gerou o surgimento do Direito Penal da Defesa Social, que se fundamentava na ciência (inicialmente nas então chamadas ciências da natureza; posteriormente, também nas ciências do homem), supostamente neutra e objetiva, para erguer os alicerces jurídicos de um Estado intervencionista e de uma ideologia que, a pretexto de proporcionar segurança e ordem, era intensamente atentatória à liberdade individual e ao princípio da isonomia. A ideologia da defesa social se legitimava, portanto, em um discurso científico que encobria, ou procurava encobrir, o mais severo sistema de controle social já concebido. Na base desse sistema estava a ideia de periculosidade (verificada por diagnóstico médico ou de índole predominantemente médica), que substituíra a culpabilidade como pressuposto para a aplicação das sanções penais.

conduz o apenado à condição de paciente, pois a sua delinquência será tratada através da aplicação da pena privativa de liberdade.

Assim, a reintegração social ou ressocialização passa a atuar de fora para dentro: o indivíduo é ressocializado pelos agentes que, na defesa da sociedade, atuam sobre sua vontade. Essa nova visão dispensa a ideia de arrependimento, que está intimamente ligada à ideia de livre arbítrio, propondo uma intervenção coativa sobre personalidade, os sentimentos e os valores do condenado, os quais devem ajustar-se às concepções morais e normativas predominantes na sociedade. A ideia de ressocialização aparece, portanto, à época do Positivismo Criminológico, se bem que ainda prescindindo de uma forma definitiva, bem estruturada e apoiada em uma pregação doutrinária sólida e coerente, que exigia o aparelhamento do Estado para a sua efetivação. (RIBEIRO, 2008, p. 53).

3.2.4.1 CRÍTICA À PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA.

Maria Lúcia Karam (1991, p. 177) já desconfiava do fim preventivo especial positivo da pena ao dizer que “a ideia de ressocialização, com seu objetivo declarado de evitar que o apenado volte a delinquir é absolutamente incompatível com o fato da segregação. Um mínimo de raciocínio lógico repudia a ideia de se pretender reintegrar alguém à sociedade, afastando-o dela”.

Uma vez recluso, levando-se em consideração a maioria das penitenciárias brasileiras – superlotação, condições precárias, ausência de atividades que visem a ressocialização, mistura de pessoas presas por tipos de delitos diferentes, entre outros problemas –, o detento possui mais chances de imergir na criminalidade do que ser reinserido à sociedade.

Bitencourt (2011, p. 149-150) assevera o seguinte:

Diante de um panorama como esse, é natural que recusemos qualquer tentativa de imposição de certo modelo estatal, ou, em outros termos, de ressocializar ou reeducar coativamente quem delinuiu. Isso atenta contra os direitos fundamentais do cidadão, mesmo quando haja transgredido as normas penais em prejuízo da comunidade. [...] A prisão não ressocializa.

Nesse diapasão, encontra-se o entendimento de Guimarães (2010, p. 99):

Insistir com a ressocialização, como forma de pôr o recluso em condições de converter-se em membro engajado nas normas sociais, em condições de exercer um trabalho digno que possa prover a ele e sua família do mínimo necessário, em uma realidade em que tal realidade é inexistente – não existe trabalho, muito menos para ex-presidiários –, é uma forma insidiosa de controle social das classes despossuídas.

É inegável que, mesmo que o Estado conseguisse recuperar pessoas consideradas como criminosas ou como intratáveis, não lhes poderia assegurar uma vida digna, sem discriminação, após a reclusão. O indivíduo egresso, portanto, seria levado a um mar de

incerteza, podendo até considerar que a vida no cárcere é melhor que a realidade que vigora do lado de fora⁷. Sem exageros.

Silva Sánchez (2011, p. 55), enumera duas principais razões para se rechaçar a ideia ressocializadora da prevenção especial positiva:

A primeira, compreender que não faz sentido ressocializar o delinquente para fazê-lo tornar a uma sociedade que é, em si, criminógena: não se deveria falar de ressocializar o delinquente, mas a própria sociedade. A segunda, considerar que a intervenção ressocializadora constitui uma ingerência indevida nos direitos individuais do delinquente, quando qualquer êxito estaria condicionado a uma modificação do comportamento, mas também da atitude interna.

3.3. A TEORIA MISTA OU UNIFICADORA E SUA NECESSIDADE.

Os questionamentos acerca de qual a real – ou necessária – função da pena não se limitam às já explanadas teorias absoluta e relativas. Existe uma “terceira classe” denominada teoria mista, unitária ou unificadora, que, como denota sua própria nomenclatura, mescla fins retributivos e preventivos.

Díaz Madrigal (2013, p. 13, tradução livre) assevera que as teorias mistas

Combinam os princípios das teorias absolutas com os princípios das teorias relativas. Para as teorias unificadoras, a pena deve cumprir, ao mesmo tempo, as exigências da retribuição e prevenção. Ela deve ser justa e útil. O fundamento segue sendo a pura retribuição do delito culpavelmente cometido e só dentro deste marco retributivo e, por exceção, admitem que, com o castigo, se busquem fins preventivos⁸.

Nesse diapasão está o seguinte entendimento:

Em resumo, as teorias unificadoras aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como

7 Para a Lei de Execução Penal, Lei 7.210 (BRASIL, 1984), na letra de seu art. 26, pode ser considerado egresso: (I) o ex-detento, após contado um ano de sua saída do estabelecimento penal; e (II) o liberado condicional, durante o período de prova.

8 Díaz Madrigal (2013, p. 14, tradução livre) ainda afirma que: “Não se pode falar, portanto, em uma função única, nem repartir a pena a um fim exclusivo. A pena é um fenômeno pluridimensional que cumpre diferentes funções em cada um dos momentos em que aparece a ameaça penal, ou seja, quando o legislador proíbe uma conduta ameaçadora com uma pena, é decisiva a ideia de prevenção geral negativa, pois se intimida os membros da comunidade, para que se abstenham de realizar a conduta proibida. Porém, se apesar desta ameaça e intimidação geral, se chega a cometer o que foi proibido, então ao autor deve-se aplicar a pena prevista, predominando, na aplicação da pena a ideia de retribuição ou de prevenção geral positiva, embora não se excluam os aspectos preventivos especiais. Durante a execução da pena imposta, prevalece, sobretudo se tratar de uma pena privativa de liberdade, a ideia de prevenção especial, porque nesse momento deve-se perseguir a reeducação e socialização do delinquente, assegurando que não atentem contra sua dignidade como pessoa, como, por exemplo, os trabalhos forçados ou a esterilização ou castração, ou que pretendam sua *inocuidade*, ou seja, sua eliminação ou extermínio (pena de morte), ou permitindo a concessão de determinados benefícios, como permissões de saídas, liberdade condicional, etc, com critérios muito especiais, mas próprios da “subcultura penitenciária” que de uma autêntica ressocialização (prevenção especial negativa)”.

sanção jurídico-penal. A pena não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado, além de buscar a consecução dos fins de prevenção geral e especial. (BITENCOURT, 2011, p. 151).

Karam (1991, p. 174) aduz que “traduziriam as teorias mistas, a grosso modo, a ideia de prevenção geral, mediante a retribuição justa”.

Parece claro, ao presente trabalho, que uma teoria mista – alicerçada no fim retributivo da sentença penal condenatória e na prevenção especial positiva, que deve ser assumida na execução da reprimenda imposta –, embora não seja o que ocorra na maioria dos casos, deva ser almejada para que haja harmonia no sistema penitenciário brasileiro.

A pena, corretamente aplicada, respeitando os direitos e garantias fundamentais do réu, corresponderia aos anseios da sociedade – ou de parte dela, uma vez que muitos querem que o apenado sofra sanção desproporcional – e ressaltaria a função retributiva.

Por outro lado, a execução da reprimenda, pautada nos ideais da prevenção especial positiva, assumiria os fins ressocializadores já tratados na Lei de Execução Penal brasileira (BRASIL, 1984), como dispõe seu art. 1º: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Guimarães (2010, p. 104) ressalta uma das críticas às teorias mistas:

De ver-se, portanto, que, quando o autor em comento aponta para os fins preventivos da pena como fins maiores a serem perseguidos, sem descurar, entretanto, dos limites que devem ser impostos pela justa retribuição da culpa, nada traz de novo, não obstante sua teoria se mostrar mais preocupada com as garantias que devem envolver o Direito Penal exteriorizando-se através de uma salutar política criminal.

Ocorre que não há solução senão retirar o que há de melhor em cada teoria. Continuar na mesmice, alicerçado pelas teorias puras, não resolverá o caos que está o sistema penitenciário brasileiro, nem evitará que a sociedade seja engolida pela criminalidade.

Adotar uma teoria mista não é imobilismo e sim adequar a escolha à realidade: satisfaz-se os anseios da sociedade com a retribuição, evita-se o descrédito do direito penal e evita-se que as pessoas busquem fazer justiça com as próprias mãos; e busca-se, ao máximo, oferecer meios para reintegrar o detento à comunidade – que será muito mais benéfico que um criminoso aperfeiçoado no presídio –, apoiando-se na prevenção especial positiva.

CAPÍTULO II

O conceito de desviação secundária repousa na teoria do *labelling approach* e é definido como a adesão do rótulo de criminoso ao indivíduo que respondeu a um processo criminal, sobretudo a quem foi condenado.

A estigmatização causada pelo cárcere, como tratado pelo capítulo anterior, já existia desde a Antiguidade, mas é durante o século XX que teóricos do *labelling approach* dão maior ênfase ao assunto, pode-se citar como exemplos Howard Becker e Erving Goffman, com suas obras *Outsiders* e *Estigma*, respectivamente.

Frente a esta problemática, destaca-se o papel da mídia no processo de desviação secundária, por vezes suprimindo garantias constitucionais de quem figura no polo passivo da ação penal, como o devido processo legal e a presunção de inocência.

Por fim, evidencia-se que a influência dos veículos de informação soma-se ao descontentamento e à vontade de parte da população livre em querer que a situação do cárcere não seja, ao menos, equivalente, à de quem vive do lado de fora dele.

4. O LABELLING APPROACH COMO MARCO TEÓRICO PARA A ANÁLISE DA ESTIGMATIZAÇÃO PENAL OU DESVIO SECUNDÁRIO.

O movimento criminológico denominado *labelling approach*, teoria da rotulação social ou etiquetamento surgiu durante a década de 1960, firmando-se primeiramente nos Estados Unidos, com a contribuição de autores que pertenciam à Escola de Chicago⁹. Iniciou-se em uma época em que questões centrais do pensamento criminológico “deixam de referir-se ao crime e ao criminoso, passando a voltar sua base de reflexão ao sistema de controle social e

9 Becker (1996, p. 179) afirma o seguinte: De um lado, temos as chamadas escolas de pensamento e, de outro, as escolas de atividade. Uma escola de pensamento, na terminologia de Guilemard, consiste em um grupo de pessoas que têm em comum o fato de que outras pessoas consideram seu pensamento semelhante; é possível que nunca tenham se encontrado, mas o que caracteriza uma *escola de pensamento* é que alguém, geralmente muitos anos mais tarde, decide que essas pessoas estavam fazendo a mesma coisa, pensando da mesma maneira, que suas ideias eram semelhantes. [...] Uma *escola de atividade*, por outro lado, consiste em um grupo de pessoas que trabalham em conjunto, não sendo necessário que os membros da escola de atividade compartilhem a mesma teoria; eles apenas têm de estar dispostos a trabalhar juntos. Certas ideias vigentes na Universidade de Chicago eram compartilhadas pela maioria das pessoas, mas não por todas; certamente não era preciso que todos concordassem com essas ideias para se engajarem nas atividades que realizavam.

suas consequências (SHECAIRA, 2004, p. 272)¹⁰.

Howard Becker (1996, p. 179) trata a escola de Chicago como um marco para os estudos sociológicos do século XX, dando ênfase a um de seus precursores, William Isaac Thomas que, ao lado de Florian Znaniecki, “iniciou uma pesquisa que veio a se tornar um dos primeiros grandes trabalhos de campo publicados: *The Polish Peasant in Europe and America*”¹¹.

Camas Baena (2002, p. 218, tradução livre) aduz que, para os sociólogos da Escola de Chicago, “uma sociologia fundamentada somente com base na estrutura social desembocará em abstração e reificação; mas uma sociologia que só gire em torno da mente cairá no solipsismo. O centro de gravidade deve se por na combinação dialética de corpos e estruturas, de significados e motivações em interação”. O comportamento humano passa a ser estudado sob a ótica interacionista.

Os criminologistas tradicionais formulam perguntas como estas: “Quem é criminoso?”; “como se chega a ser desviado?”; “em que condições um condenado chega a reincidir?”; “com que meios se pode exercer um controle sobre o criminoso?”. Os interacionistas, ao contrário, como a maioria dos autores que se inspiram no *labelling approach* se perguntam: “quem é definido como desviado?”, “que efeito acarreta esta definição para o indivíduo?”, “em que condições este indivíduo pode chegar a ser objeto de uma definição” e, em fim, “quem define quem?”. (BARATTA, 2004, p.87, tradução livre).

A teoria da rotulação ou reação social demonstra algumas características marcantes:

1) O interacionismo ou construtivismo social. Não se pode limitar a análise criminológica apenas ao ser humano, de maneira isolada, sem compreender o meio social em que ele vive.

10 Baratta (2004, p. 85, tradução livre), define a orientação sociológica, na qual surgiu o *labelling approach*, da seguinte forma: O horizonte de investigação dentro do qual se situa o *labelling approach* está em ampla medida dominado por duas correntes da sociologia estadunidense, estreitamente vinculadas entre si. Em primeiro lugar, tal abordagem remonta, de plano, a aquela direção da psicologia social e da sociolinguística que se inspira Georg H. Mead e que se indica comumente como “interacionismo simbólico”. Em segundo lugar, é a “etnometodologia” inspirada na sociologia fenomenológica de Alfred Schutz, que concordam com o paradigma epistemológico que as teorias do *labelling* possuem. Segundo o interacionismo simbólico, a sociedade – isto é, a realidade social – é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, a quem um processo de tipificação confere um significado que é abstraído das situações concretas e continua se estendendo por meio da língua. Também, segundo a etnometodologia a sociedade não é uma realidade que possa ser conhecida sobre o plano objetivo, mas sim como produto de uma “construção social”, obtendo graças a um processo de definições e de tipificações por parte de indivíduos e grupos diversos. E, em consequência, segundo o interacionismo e a etnometodologia, estudar a realidade social (por exemplo, o desvio) significa essencialmente estudar estes processos, partindo dos que se aplicam à simples comportamentos e chegando até as construções mais completas, como a própria concepção de ordem social.

11 Camas Buenas (2002, p. 212, tradução livre) assevera que “a obra de Thomas e Znaniecki é a grande precursora e praticamente a fundadora de uma escola, que utiliza a biografia como material de leitura da realidade, baseada fundamentalmente no privilégio de uma aproximação singular ao lugar e circunstâncias em que se produzem diretamente os fenômenos.

“Em uma primeira aproximação, pode-se dizer que a perspectiva interacionista, pela primeira vez na história, procura uma explicação para o crime em paradigmas diversos daqueles concebidos pela criminologia tradicional” (SHECAIRA, 2004, p. 290). Foca-se no cidadão como sujeito de uma interação constante com a própria sociedade.

2) Análise da natureza do crime, considerando-a como definidora do sujeito delincente e como resultado de diversos fatores sociais.

O delito carece de substrato material ou ontológico: uma conduta não é delitiva *in se* ou *per se* (qualidade negativa inerente a ela), nem seu autor é um delincente por merecimentos objetivos (nocividade do fato, patologia da personalidade); o caráter delitivo de uma conduta e de seu autor depende de certos processos sociais de definição, que lhe atribuem tal caráter, e de seleção, que etiquetam o autor como delincente. (MOLINA; GOMES, 2012, p. 326).

3) Apresentação do caráter constitutivo do controle social. Shecaira (2004, p. 297) aduz que certas agências estatais, criadas para inibir a prática delituosa, acabam por fomentar as condutas desviantes. Nestes termos:

Essas instituições acabam reunindo pessoas que estão à margem da sociedade em grupos segregados, o que dá a eles a oportunidade de ensinar uns aos outros as habilidades e comportamentos da carreira delincente e, até mesmo, provocar o uso dessas habilidades para reforçar o senso de alienação do resto da sociedade. E por quê? Talvez seja porque as pessoas não esperam que os agentes de delitos mudem enquanto estão nas agências de controle. Talvez só queiram desincumbir-se da tarefa que lhes foi atribuída de “recuperar” as pessoas. (SHECAIRA, 2004, p. 297).

Percebe-se que existe uma contribuição de agências estatais para a perpetuação do crime. Por exemplo, o policial quando prende um suspeito apenas por suas características físicas, o delegado que assim o mantém, o juiz que homologa seu flagrante e o converte em preventiva sem os requisitos legais, o promotor que emana parecer favorável sem analisar o caso, a defesa que demonstra insuficiência técnica.

Ainda mais lúcida é a seguinte afirmação:

O distanciamento, o isolamento da magistratura, sua adesão aos valores das classes dominantes, levam a que sua atuação se pautar pela lógica e pela razão do poder de classe do Estado, desconhecendo as condições de vida e os valores das camadas mais baixas e marginalizadas, bem como as culturas alternativas, percebendo e julgando sua clientela dentro dos marcos de referência da ideologia dominante. (KARAM, 1991, p. 106).

É duro saber que alguém possa ficar preso sem ter cometido algum delito ou ficar mais tempo do que a lei determina. Pior que isso é ter conhecimento que os órgãos do Estado, que deveriam dar acesso à justiça, falham.

Como bem asseveram Molina e Gomes (2012, p. 327): “Em consequência, a

criminalidade é criada pelo controle social. As instâncias ou repartições do controle social (polícia, juízes, etc.) não detectam ou declaram o caráter delitivo de um comportamento, senão que o geram ou produzem ao etiquetá-lo”.

4) Seletividade. Observa-se que, na maioria das vezes, figuram, no polo passivo das ações penais, pessoas das classes sociais mais baixas. Não se diz que somente elas cometem delitos, mas que estão em evidência para sofrerem a repressão penal.

O controle social é altamente discriminatório e seletivo. Enquanto os estudos empíricos demonstram o caráter majoritário e ubíquo do comportamento delitivo, a etiqueta de delinquente, sem embargo, manifesta-se como um fator negativo que os mecanismos do controle social repartem com o mesmo critério de distribuição dos bens positivos (fama, riqueza, poder, etc.): levando em conta status e o papel das pessoas. De modo que as “chances” ou “riscos” de ser etiquetado como delinquente não dependem tanto da conduta executada (delito), senão da posição do indivíduo na pirâmide social (*status*). (MOLINA; GOMES, 2012, p. 327)

Como bem assevera Guimarães (2010, p. 193), “a seletividade do Direito Penal decorre do descompasso entre criminalização primária e criminalização secundária”. Quanto a estes dois institutos, Baratta (2004, p. 95, tradução livre) os define como “[...] a perspectiva da elaboração das regras (penalização e despenalização, isto é, criminalização primária) e o bem de aplicação das regras (criminalização secundária: processo de aplicação das regras gerais)”.

Vê-se, portanto, que: o processo que ocorre para a seleção de bens que serão penalmente tutelados, chama-se criminalização primária; a aplicação das leis penais já elaboradas, em detrimento dos infratores, chama-se criminalização secundária. Logo, a

discrepância entre estes dois institutos corresponde à seletividade¹².

Não será sempre que todas as pessoas que cometem crimes serão processadas e julgadas. Pelo contrário, observa-se comumente que indivíduos das classes mais baixas possuem maiores tendências a sofrerem condenações.

Essa ausência de isonomia é típica do sistema capitalista e é ainda mais perceptível no âmbito criminal, o que fez Karam (1991, p. 99) afirmar que “[...] é o direito penal o direito desigual por excelência”. Pode-se observar o seguinte, em relação a isto:

A seleção e definição de bens jurídicos e comportamentos com relevância penal se faz de maneira classista, tendendo a privilegiar os interesses das classes dominantes, tendência que vai levar a que o processo de criminalização se oriente, fundamentalmente, contra comportamentos característicos das camadas mais baixas e marginalizadas, excluindo ou minimizando comportamentos socialmente danosos, característicos das classes dominantes e ligados à acumulação do capital. (KARAM, 1991, p. 99).

5) Efeito criminógeno ou estigmatizante da pena. É inegável que, ao cumprir a sentença condenatória, o apenado terá grandes chances de imergir no mundo do crime, o que seria facilitado pelo contato com outros presos, muitos provenientes de organizações criminosas.

Para alguém que já foi condenado, a vida fora do cárcere pode ser muito mais dura, uma vez que, ao menos em tese, o egresso não conviveria com pessoas que entendem sua realidade, mas que o discriminam, ao passo que na prisão, apesar das diferenças, todos têm

12 CHAVES JUNIOR e MENDES (2009) ressaltam o seguinte: “Um último exemplo trazido para atestar a seletividade da norma penal é o comparativo entre os crimes previstos nos artigos 149 e 159 do Código Penal. O primeiro é um crime contra a liberdade pessoal e o segundo, um delito patrimonial. Assim prescreve o artigo 149: *Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou à jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.* Note-se que para configuração do crime em apreço, pressupõe-se a restrição da liberdade da vítima por tempo considerável. Além disso, nesse íterim, a vítima é submetida a situações de esforço desumano que violam profundamente os princípios constitucionais, sobretudo, o da dignidade da pessoa humana. De outra parte, vejamos o que registra o Código Penal, no artigo 159: *Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.* É o crime de extorsão mediante sequestro, crime patrimonial que em suas formas mais graves, dita as mais elevadas penas do Direito Penal brasileiro. Em sua forma simples (*caput*), a pena mínima é de 08 (oito) anos, a máxima de 15 (quinze). Contudo, basta a restrição da liberdade da vítima superar o lapso de 24 horas que a pena será de 12 (doze) a 20 (vinte) anos de reclusão. Note-se que nem mesmo o homicídio simples prevê pena tão gravosa. Após esse comparativo, pergunta-se: Quem são as vítimas dos crimes de extorsão mediante sequestro? E ainda: A que grupo social pertencem as vítimas do crime de redução à condição análoga à de escravo? Ao primeiro questionamento, podemos afirmar sem medo de errar, que muito raramente sequestra-se pobres, ainda mais quando a especificidade do dolo abarca a extorsão. As possibilidades de ocorrência, neste caso, seriam realmente remotas; ao segundo, obviamente que as vítimas seriam aquelas pessoas que tentam se colocar no mercado de trabalho de forma precária, ou seja, pessoas nas piores condições sociais. Os autores desse crime, por outro lado, são os fazendeiros, proprietários de fábricas, empresários, entre outros. Vê-se, assim, que é nos extratos mais baixos da escala social que a função selecionadora do Direito Penal abstrato se transforma em função marginalizadora”.

algo em comum (problemas com o judiciário).

Shecaira (2004, p. 302) aduz o seguinte: “Se a permanência do condenado é longa na instituição total, ele passa a sofrer um processo gradativo de *desculturamento*, isto é, ele sofre progressivamente uma série de rebaixamentos, humilhações, degradações pessoais e profanações do eu”.

A reação social não só é injusta, senão intrinsecamente irracional e criminógena. Longe de fazer justiça, de prevenir a criminalidade e de reinserir o desviado, seu impacto real converte a pena em uma resposta intrinsecamente irracional e criminógena porque exacerba o conflito social em lugar de resolvê-lo; potencia e perpetua a desviação, consolida o desviado em seus *status* de delinquente e gera os estereótipos e etiologias que se supõem que pretende evitar, ensejando, deste modo, um lamentável círculo vicioso (*self-fulfilling prophecy*). A pena, pois, culmina uma escala dramática e um ritual de cerimônias de degradação do condenado, estigmatizando-o com o selo de um *status* irreversível. (MOLINA; GOMES, 2012, p. 327).

6) O paradigma do controle social. Ao se analisar o enfoque criminológico, deve-se ter a ideia de que a sociedade é dividida em classes e que se uma se sobrepõe à outra através do controle, ocorrerá uma reação¹³.

A natureza “definitorial” da criminalidade impõe a substituição do paradigma etiológico pelo paradigma de controle. Os fatores que podem explicar a desviação primária do indivíduo carecem de interesse, como sucede com o próprio enfoque etiológico tradicional. O decisivo é o estudo dos processos de criminalização que atribuem a etiqueta de delinquente ao indivíduo, isto é, os processos de definição e os de seleção. (MOLINA; GOMES, 2012, p. 327).

Desta forma, deve-se levar em consideração a criminalização e não a criminalidade, deve-se observar a existência de um paradigma de controle social. Molina e Gomes (2012, p. 328) apresentam visão contrária e afirmam que estes “são postulados que tampouco contam com um respaldo unânime na comunidade científica, pois conduzem a uma desatenção do problema da desviação primária (renúncia à análise etiológica) e deixam sem resposta problemas capitais da Criminologia e da Política Criminal do nosso tempo: prevenção do delito, ressocialização do delinquente, etc”.

São estes, em suma, os principais postulados do *labelling approach* segundo o professor Antonio García-Pablos de Molina. Ainda assevera-se o seguinte:

13 Silva (2014, p. 53) afirma que: “Há uma mudança do pensamento sociológico, que anteriormente se baseava na ideia de que a desviação é que provoca o controle social. Foca-se, a partir de então, a criminalidade sob outra perspectiva, como consequência da intervenção do controle formal (e não seu pressuposto), através de aparatos como a Polícia e o Ministério Público”.

Dentro do *labelling approach* coexistem, sem embargo, duas tendências: uma radical e outra moderada. A primeira exacerba a função construtiva ou criadora da criminalidade, que os teóricos deste enfoque atribuem ao controle social: o crime não é senão uma etiqueta, segundo estes autores, que a polícia, os promotores e os juízes (instâncias do controle social formal) colocam no desviado, com independência de sua conduta ou merecimento. Para a direção moderada, sem embargo, só cabe afirmar que a justiça penal integra a mecânica do controle social geral da conduta desviada. (MOLINA; GOMES, 2012, p. 327).

Expostas as duas vertentes, a última parece ser a mais correta a seguir – mesmo que não se excluam –, pois é necessária a ponderação, não se pode achar que todas as pessoas que cometem crime só o fazem por reagirem ao controle social, a uma possível conspiração de todos os operadores do direito, por exemplo. As visões extremadas, não agradam e costumam ser alvos de sérias críticas.

Nesse mesmo tom, estão os ensinamentos de Howard Becker (2008, p. 180): “[...] O ato de rotular, tal como praticado por empreendedores morais, embora importante, não pode ser concebido como a única explicação para que os pretensos desviantes realmente fazem. Seria tolice propor que assaltantes atacam simplesmente porque alguém os rotulou de assaltantes”

Alessandro Baratta (2004, p. 87, tradução livre) define duas direções do *labelling approach*: (a) a primeira, que conduziu “ao estudo da formação da identidade desviada e do que se define como desvio secundário, ou seja, o efeito da aplicação da etiqueta de criminoso (ou também de doente mental) sobre a pessoa que é rotulada”; (b) a outra, diz respeito às agências de controle social, à relação de criminalização primária e secundária, mais precisamente, aos fatos que serão considerados crime pelo legislador e quem, no meio social, vai praticá-los.

As duas direções da teoria da rotulação, apresentadas por Baratta, não necessariamente devem seguir a ordem descrita. Para fins didáticos, pode-se afirmar que ocorre inicialmente a criminalização primária, definição das práticas que serão consideradas crime, depois a criminalização secundária, escolha de determinadas classes que praticarão a maioria dos ilícitos. Por último, entende-se que existirá o desvio secundário, um processo causal que advém da rotulação, da estigmatização.

Andrade (2003, p. 208), por sua vez, aponta três níveis explicativos do *labelling approach*: (a) “um nível orientado para a investigação do processo de definição da conduta desviada”, a chamada criminalização primária, criação da lei penal, como dito anteriormente; (b) “um nível orientado para a investigação do processo de atribuição do *status* criminal”,

também conhecido como processo de criminalização secundária, mais precisamente, a aplicação da lei penal; e (c) “um nível orientado para a investigação do impacto da atribuição do *status* de criminoso na identidade do desviante”, o chamado desvio secundário, bem aprofundado por ícones da Sociologia Criminal, como Howard Becker e Edwin M. Lemert

Sérgio Salomão Shecaira (2004, p. 291) explica bem a influência do controle social estatal para a existência da delinquência secundária, objeto do presente estudo, nestes termos:

Este é seletivo e discriminatório, primando o *status* sobre o merecimento. O princípio geral é bastante simples. Quando os outros decidem que determinada pessoa é *non grata*, perigosa, não confiável, moralmente repugnante, eles tomarão, contra tal pessoa, atitudes normalmente desagradáveis, que não seriam adotadas com qualquer um. São atitudes a demonstrar a rejeição e a humilhação nos contatos interpessoais e que trazem a pessoa estigmatizada para um controle que restringirá sua liberdade. É ainda estigmatizador, porque acaba por desencadear a chamada desviação secundária e as carreiras criminais.

5. DESVIAÇÃO SECUNDÁRIA, ROTULAMENTO OU ESTIGMATIZAÇÃO DO APENADO.

Faz-se mister, primeiramente, definir o termo estigma: Goffman (2004, p. 05), um dos principais representantes dos *labelling approach*, dizia que “os gregos, que tinham bastante conhecimento dos recursos visuais, criaram o termo estigma para se referirem a sinais corporais com os quais se procurava evidenciar alguma coisa de extraordinário ou mau sobre o *status* moral de quem os apresentava”¹⁴.

Percebe-se que a concepção grega de estigma não se alterou muito com o tempo, vigorando até hoje como um sinal pejorativo ou, nas palavras de Bacila (2008, p. 24), a definição correta seria expressa como a “[...] marca que alguém possui, que recebe significado depreciativo. No início era uma marca oficial gravada a fogo nas costas ou no rosto das pessoas. Entretanto, não se trata somente de atributos físicos, mas também de imagem social que se faz de alguém para inclusive poder-se controlá-lo”.

Quando se diz que uma pessoa está estigmatizada, quer-se dizer que está marcada com algum sinal negativo e que será, facilmente, reconhecida por ele. São marcas que o fazem se

¹⁴ Carlos Roberto Bacila (2008, p. 23) traz um perfeito exemplo do que seria um estigma, ao citar passagens do filme *Gladiador*, nestes termos: “O personagem Máximo Décimo Merídio representa – com as devidas ficções e adaptações de *Hollywood* para entretenimento – Narciso Merídia, o gladiador que matou Cômodo no ano de 192 d.C. O fato é que, antes da apoteose, ao desiludir-se dos ataques traiçoeiros que lhe foram impingidos por Cômodo, Máximo raspa a tatuagem de seu braço que continha a inscrição *SPQR*. A abreviatura da expressão *Senatus Populus Que Romanus* é encontrada até hoje em lugares públicos de Roma e significava “Para o Senado e o Povo de Roma”, ou seja, a fidelidade às instituições consideradas fundamentais: o Senado e os Patrícios. Esta marca – *SPQR* – era utilizada por pessoas de classe inferior – como eram considerados os soldados – e como a palavra *STIGMA* significa em latim tatuagem, carregar um estigma implica portar um sinal negativo”.

diferir da maioria das pessoas e que não se apagam apenas por vontade própria¹⁵.

Superada a definição, faz-se mister relatar os três tipos de estigma, enumerados por Erving Goffman:

Em primeiro lugar, há as abominações do corpo – as várias deformidades físicas. Em segundo, as culpas de caráter individual, percebidas como vontade fraca, paixões tirânicas ou não naturais, crenças falsas e rígidas, desonestidade, sendo essas inferidas a partir de relatos conhecidos de, por exemplo, distúrbio mental, prisão, vício, alcoolismo, homossexualismo, desemprego, tentativas de suicídio e comportamento político radical. Finalmente, há os estigmas tribais de raça, nação e religião, que podem ser transmitidos através de linhagem e contaminar por igual todos os membros de uma família. Em todos esses exemplos de estigma, entretanto, inclusive aqueles que os gregos tinham em mente, encontram-se as mesmas características sociológicas: um indivíduo que poderia ter sido facilmente recebido na relação social quotidiana possui um traço que pode-se impor a atenção e afastar aqueles que ele encontra, destruindo a possibilidade de atenção para outros atributos seus. (GOFFMAN, 2004, p. 7).

É o segundo tipo de estigma, culpa de caráter individual, que interessa ao presente trabalho, pois é perceptível a condição depreciativa que o cárcere implica a quem o vive de perto e por longos períodos, mas é mais nítido ainda o retrato do estigmatizado na visão de quem se considera “normal”:

As atitudes que nós, normais, temos com uma pessoa com um estigma, e os atos que empreendemos em relação a ela são bem conhecidos na medida em que são as respostas que a ação social benevolente tenta suavizar e melhorar. Por definição, é claro, acreditamos que alguém com um estigma não seja completamente humano. Com base nisso, fazemos vários tipos de discriminações, através das quais efetivamente, e muitas vezes sem pensar, reduzimos suas chances de vida: Construimos uma teoria do estigma; uma ideologia para explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa, racionalizando algumas vezes uma animosidade baseada em outras diferenças, tais como as de classe social. (GOFFMAN, 2004, p. 8).

Percebe-se então a capacidade do ser humano de rechaçar aqueles que ele considera “diferente” da maioria, por não seguirem o mesmo meio de vida ou por apresentarem características destoantes. Howard Becker (2008, p. 27) usa o termo *outsider* “para designar aquelas pessoas que são consideradas desviantes por outras, situando-se, por isso, fora do círculo dos membros ‘normais’ do grupo”, ou seja, aqueles que se desviam do caminho imposto pelas regras e que, provavelmente, serão estigmatizados.

É sob esta perspectiva que se extrai o conceito e diferenças entre desvio primário e

15 Goffman (2004, p. 7) afirma que “o termo estigma e seus sinônimos ocultam uma dupla perspectiva: Assume o estigmatizado que a sua característica distintiva já é conhecida ou é imediatamente evidente ou então que ela não é nem conhecida pelos presentes e nem imediatamente perceptível por eles? No primeiro caso, está-se lidando com a condição do desacreditado, no segundo com a do desacreditável. Esta é uma diferença importante, mesmo que um indivíduo estigmatizado em particular tenha, provavelmente, experimentado ambas as situações”.

secundário:

[...] A desviação primária somente terá implicações com a marginalização do indivíduo no que concerne às implicações na sua estrutura psíquica. A desviação secundária, por sua vez, refere-se a uma especial classe de pessoas cujos problemas são criados pela reação social à desviação. O agente do delito que já passou para a fase da desviação secundária é uma pessoa cuja identidade já está estruturada em torno da desviação. É um mecanismo criado, mantido e intensificado pelo estigma. (SHECAIRA, 2004, p. 298).

Logo, desvio secundário corresponde à estigmatização penal, à rotulação do apenado como criminoso. O certo é que a aplicação do direito penal, em si, é estigmatizante, sobretudo a quem responde a um processo criminal e sofre uma condenação ao final dele.

Maria Lúcia Karam exemplifica bem essa ideia, ao tratar sobre alguns estudos desenvolvidos com base no *labelling approach*:

[...] É a atuação da magistratura que, ao aplicar aquelas definições legais aos casos concretos, dará o *status* de criminoso àqueles indivíduos que forem condenados, distinguindo-os dos indivíduos respeitadores das leis e contribuindo, assim, de forma decisiva, para sua estigmatização, para a construção e propagação de uma imagem de criminoso, formada fundamentalmente a partir do perfil daqueles indivíduos condenados, notadamente à pena privativa de liberdade. (KARAM, 1991, p. 108).

Portanto, “toda a construção do conceito de criminalidade, elaborada pelo discurso oficial, pode-se afirmar sem a menor sombra de dúvida, passa necessariamente pela estigmatização da pessoa apontada como delinquente” (GUIMARÃES, 2010, p. 198).

Após receber a punição e cumprir a pena privativa de liberdade, o condenado estará a mercê de inúmeros fatores dentro do cárcere, situação que, dependendo do caso, implicará no seu retraimento – ficará acuado - ou no aumento de sua agressividade, conforme preleciona Erving Goffman (2004, p. 18).

Mas não é só a condenação que estigmatiza, o procedimento, às vezes, se torna tão árduo quanto, desgastando a imagem do réu. Nesses termos:

Cabe esclarecer que não é só o castigo penal, senão também o processo penal (desde que se formula a acusação), que tem um componente de desonra para o acusado. [...] Não é necessário, neste sentido, ser declarado culpado perante um tribunal competente para adquirir o *status* social de criminoso e ser considerado um risco. O mero ato de ser sinalado como suspeito, normalmente, supõe parte da carga do *status* de “criminoso”.(PÉREZ CORREA, 2013, p. 299, tradução livre).

Se o apenado não reagir bem à punição, vai rechaçar todo e qualquer fim preventivo que se queira obter com a sanção, imergindo na criminalidade. O termo “escola do crime” define bem de que forma o cárcere pode “ensinar” uma pessoa a se aprimorar na criminalidade.

A consequência final de todo o processo de estigmatização de determinadas pessoas é a criação de verdadeiras carreiras criminosas, eis que os estigmatizados introjetam a imagem que lhes é imposta, assumindo, assim, o papel de infratores da lei penal, o que, por sua vez, gera total aversão da opinião pública em relação a eles, por se amoldarem ao estereótipo de delinquente criado pelos meios de comunicação de massa. (GUIMARÃES, 2010, p. 201).

O agente já está condenado, a mídia o rotula como tal – às vezes até ampliando os fatos - ele não tem perspectiva de sair da prisão, por algum motivo considerou sua defesa fraca, facções dominam o presídio, esses são inúmeros fatores que contribuem para que o condenado desacredite na sua reintegração e passe a se ver da forma com que os outros o veem: como um eterno desviante¹⁶.

Uma das maiores consequências do processo de desviação é o agente ser capturado pelo papel de desviante. Este mergulho interativo será chamado pelos teóricos do *labelling* de *role engulfment*. No que concerne ao mergulho no papel desviado, podem-se destacar dois principais pontos de referência: como os outros definem o ator e como o ator se define. De maneira bastante cruel, pode ser dito que, à medida que o mergulho no papel desviado cresce, há uma tendência para que o autor do delito defina-se como os outros o definem. A personalidade do agente se referenciará no papel desviado ainda que ele se defina como não desviado. As dificuldades são ainda mais pronunciadas quando o agente, embora negue o papel desviado, cada vez mais irá sendo identificado por terceiros pela conduta classificada como desviada. Surgirá uma espécie de subcultura delinquente facilitadora da imersão do agente em um processo em espiral que traga o desviante cada vez mais para a reincidência (SHECAIRA, 2004, p. 298).

Desta forma, o desvio secundário, ou seja, a estigmatização do apenado contribui para que ele percorra o caminho inverso dos fins preventivos da pena privativa de liberdade, pois o cárcere só oferece condições que sejam favoráveis para sua imersão no mundo do crime.

Ainda, na visão de Howard Becker:

Um passo final na carreira de um desviante é o ingresso num grupo desviante organizado. Quando uma pessoa faz um movimento definido para entrar num grupo organizado – ou quando percebe e aceita o fato de que já o fez –, isso tem forte impacto sobre sua concepção de si mesma. [...] Membros de grupos desviantes organizados têm, claro, algo em comum: o desvio. Ele lhes dá um sentimento de destino comum de estar no mesmo

16 Sobre a condição de desviante, Becker (2008, p. 21-22) enfatiza: “[...] Não digo isso no sentido em que é comumente compreendido, de que causas do desvio estão localizadas na situação social do desviante ou em fatores sociais que incitam sua ação. Quero dizer, isto sim que grupos sociais criam desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como *outsiders*. Desse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um infrator. O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal. Como o desvio é, entre outras coisas, uma consequência das reações de outros ao ato de uma pessoa, os estudiosos do desvio não podem supor que estão lidando com uma categoria homogênea quando estudam pessoas rotuladas de desviantes. Isto é, não podem supor que estão lidando com uma categoria homogênea quando estudam pessoas rotuladas de desviantes”.

barco. (BECKER, 2008, p. 47).

Ou ainda, conforme preleciona Erving Goffman:

Quando um indivíduo compreende pela primeira vez quem são aqueles que de agora em diante ele deve aceitar como seus iguais, ele sentirá, pelo menos, uma certa ambivalência porque estes não só serão pessoas nitidamente estigmatizadas e, portanto, diferentes da pessoa normal que ele acredita ser, mas também poderão ter outros atributos que, segundo a sua opinião, dificilmente podem ser associados ao seu caso. (GOFFMAN, 2004, p. 34).

Talvez isso explique a facilidade com que facções criminosas conseguem recrutar adeptos. A todo momento, pessoas ingressam no cárcere e, por conseguinte, escolhem se entrarão para algum grupo criminoso. Isto pode ser terrível para quem está do lado de fora, mas assegura proteção a quem está dentro do presídio, além de lhes passar a ideia de pertencimento.

6. DESVIO SECUNDÁRIO, PROCESSO PENAL E CONDENAÇÃO.

Nas palavras de Becker (2008, p. 43): “para ser rotulado de criminoso só é necessário cometer um único crime, isso é tudo a que o termo formalmente se refere”. Às vezes, nem isso, como fora retromencionado, o simples fato de ser considerado suspeito já pode ser o suficiente para estigmatizar a pessoa.

Então o que pensar do homem que cometeu um assalto ou do jovem que cometeu um furto, ambos pela primeira vez? É certo que, em regra, responderão a um processo e este se encerrará, na maioria dos casos, com uma condenação, o que já dá margem para que fiquem estigmatizados.

Depois de receber a reprimenda penal, a situação piora para o indivíduo, se antes tinha, ao menos, a garantia constitucional da presunção da inocência (BRASIL, 1988, art. 5º, inciso LVII), mesmo que mitigada, depois não lhes restará nada, somente as marcas de uma vida rotulada como “incorreta”.

Se, para Ferrajoli (2002, p. 441), o princípio da presunção da inocência “representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”; para a opinião pública, baseada, não raras vezes, no senso comum, trata-se de um absurdo que deve ser desconsiderado¹⁷.

17 Ferrajoli (2002, p. 441) faz uma lembrança às várias agressões que o princípio da presunção de inocência sofreu durante a Baixa Idade Média: “Basta recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e uma semicondenação a uma pena mais leve”

Essa modulação de direitos ocorre com frequência, pois uma pessoa que nunca foi presa e condenada será melhor tratada do que alguém que já cumpriu pena e isso parece lógico ao espectador leigo. É o que se vê na clara distinção, elaborada por Günter Jakobs, entre direito penal do cidadão e direito penal do inimigo:

Portanto, o Direito penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 37).

Segundo Jakobs e Meliá (2007, p. 21), o cidadão é aquele que cumpre as regras, mas que, caso as descumpra, terá seus direitos resguardados; já o inimigo, se o mesmo fizer, não terá essa sorte. São duas faces da mesma moeda, uma distinção de tratamento, pois até “o terrorista mais afastado da esfera cidadã é tratado, ao menos formalmente, como pessoa, ao lhe ser concedido no processo penal os direitos de um acusado cidadão” (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 21).

Logo, quem sofre os males da desviação secundária, o estigmatizado penalmente, pode ser considerado um inimigo, pois terá a deterioração de sua imagem. É uma condição de rebaixamento do ser humano. A pena “não se dirige à contra a pessoa em Direito, mas contra o indivíduo perigoso”, esquece-se o ser, enquanto sujeito, e o trata como adjetivo (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 23).

A rotulação do indivíduo como criminoso ocorre com o surgimento da notícia que ele é suspeito de ter praticado algum delito e é majorada com uma possível condenação, além de durar indefinitivamente. Nesse diapasão:

Uma vez estigmatizada como criminosa, uma pessoa fica “contaminada” de maneira indefinida. Uma das críticas que se fazem às sanções de vergonha é, precisamente, a estigmatização (e conseqüente censura social) indefinida que produzem. Por não ter um tempo determinado para a duração do efeito da sanção, resta indefinida, até certo grau, a severidade da mesma. No caso das penas de prisão, isto pode se mostrar na forma em que nossas sociedades tratam os encarcerados. Embora se afirme que a pena termina com a liberação, a estigmatização, ou etiquetamento, persiste e portanto a rejeição e o temor a eles e elas também. (PÉREZ CORREA, 2013, p. 300, tradução livre).

“Quando há uma discrepância entre a identidade social real de um indivíduo e sua identidade virtual, é possível que nós, normais, tenhamos conhecimento desse fato antes de entrarmos em contato com ele ou, então, que essa discrepância se torne evidente no momento em que nos é apresentado” (GOFFMAN, 2004, p. 38).

Mas não é necessário que, a priori, seja evidente o estigma, apenas basta saber que ele esteja presente, como no caso dos que sofreram uma reprimenda penal. Às vezes, a mídia o evidencia; em outras, só se descobre quando o apenado o declara ou quando examinam sua ficha criminal, numa entrevista de emprego, por exemplo.

6.1. PAPEL DA MÍDIA NA ESTIGMATIZAÇÃO E O *LESS ELIGIBILITY*.

A todo momento chegam, através dos veículos de informação, notícias da ocorrência dos mais diversos crimes, o que gera, por parte do cidadão, um misto de insegurança e de reação, seja ela externada pelo ódio – como ocorre na maioria das vezes – ou pela compaixão. A mídia exerce um papel fundamental na formação da opinião pública, o que, conforme o caso, pode gerar resultados bons, como o esclarecimento dos fatos; ou ruins, destruir a imagem de alguém.

O que se quer dizer é que a mídia funciona às bases de um “efeito lupa”, pois, dependendo de como ela se posiciona, os fatos poderão ser ampliados, aumentando-se a percepção dos detalhes da situação; ou distorcidos, embaralhando-se a realidade, não a repassando fielmente ao receptor. Os veículos informativos, em geral, estarão sempre intermediando o contato entre o cidadão e o ocorrido, auxiliando em sua cognição.

Ocorre que, além disso, em muitos casos, a mídia traça o caminho para a estigmatização do agente que comete o delito. E nem é necessário praticá-lo para que isso ocorra, o simples fato de ser suspeito já é o bastante para que se edite notícias desenfreadas, que vão de encontro à reputação de quem é considerado “desviante”, evidenciando-o e pondolhe em risco¹⁸. As pessoas, quando desacreditam no direito, passam a querer fazer justiça com as próprias mãos, impulsionadas por um desejo esmagador de vingança.

“A partir dessa análise, não é surpreendente então o avanço do clamor por punição e a expansão do direito penal no Brasil (e no mundo). Esse fenômeno está intimamente relacionado às alterações nas representações sociais da criminalidade e no sentimento subjetivo de insegurança” (NATALINO, 2007, p. 65).

É a influência dos veículos de informação sobre a atuação do direito penal, dando palpites sobre como e quando ele deve ser aplicado, que se chama “populismo penal

¹⁸ Foi assim no caso da dona de casa que foi espancada por moradores, após circular, em um blog, o retrato falado de uma suposta mulher que estava raptando crianças para usá-las em rituais de magia negra. Ela foi linchada, veio a falecer dias depois, por não resistir aos ferimentos. A ação foi gravada por alguns moradores e mostrava o desprezo e ódio que os agressores estavam sentindo. Ao final, descobriu-se que não se tratava da mesma pessoa, mas já era tarde (G1, 2014).

midiático”. “Trata-se da acumulação de uma experiência jornalística extremamente seletiva, que conta com implicações multifacetadas nos campos criminológico, penal, penitenciário, sociológico, psicológico, político, social, ético, moral, econômico, cultural, securitário (segurança pública), etc” (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 85).

A esfera comunicativa não hesita em construir a realidade dos fatos ao transmiti-los, e levam a um processo constante de induzir ao extremo criminalizante das situações. Conforme tratado nos capítulos anteriores, o que acontece, por conseguinte, é um clamor pela majoração do rigor penal, que constitui um obstáculo à firmação do social democrático tão apregoado em nosso país e em nossa Constituição Federal. A notícia aparece como um elemento de construção da realidade do indivíduo, e não um reflexo de fatos divulgados para as pessoas, como se quer fazer acreditar. Estas pessoas vivem constantemente atemorizadas com o que é noticiado, seja o aumento da criminalidade, as rebeliões dos presídios, o agravamento do poder do crime organizado, o crime cometido pelo adolescente ou pelo pedófilo, entre outros. A transformação midiática realizada faz com que sejam inseridos no imaginário social fatos calamitosos e faz com que estes sejam internalizados como se fossem vividos por todos, como uma *experiência direta*, por mais que sejam apenas assistidos no jornal, vistos na revista, ou no noticiário por meio de uma *experiência indireta* que é mediada pela mídia. (VICENTE; RIBEIRO, 2010, p. 4153).

A importância disso para a análise do desvio secundário é evidente: a mídia destrói a imagem do acusado ou condenado em prol da venda da notícia. Se de um lado existe a liberdade de expressão, do outro existem os direitos e garantias do réu ou do condenado¹⁹. E nem é necessário dizer qual deles consegue se sobrepor, na prática.

Existem duas direções do populismo penal midiático: (a) a vertente conservadora clássica; e (b) a vertente disruptiva. Nestes termos:

A primeira propugna pela preservação da ordem social, pela divisão da sociedade em pessoas decentes, de um lado, e criminosas, de outro, criminalização de agentes estereotipados (o “outro” ou “eles”) etc. Em síntese, se volta contra os desiguais, considerados, no entanto, inimigos (estereotipados e os parecidos com eles). Tem como objeto de atenção a criminalidade clássica (patrimonial, sexual, violenta). (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 85).

Segundo esta vertente, far-se-á um cerco aos rotulados e colocar-se-á em evidência os crimes que normalmente praticam, roubo e latrocínio, por exemplo. Serão visadas pessoas das classes sociais mais baixas e, geralmente, tratadas como inimigas, tal como propunha Günther Jakobs, com seus direitos e garantias mitigados ou reduzidos.

¹⁹ Alves da Frota (2012, p. 483) define que liberdade de expressão “abarca tanto a liberdade de opinião quanto a liberdade de informação, o que explica a razão da jurisprudência consolidada do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos ter avistado em tal artigo preceito a proteger a liberdade de imprensa, uma vez que a liberdade de imprensa abrange seja a liberdade de opinião jornalística, seja a liberdade de informação jornalística propriamente dita”.

A segunda sugere (ao menos em parte) racionalidades ou pretensões coincidentes com as teses punitivistas das criminologias críticas ou progressistas e se chama disruptiva precisamente porque persegue os iguais (ou mais ou menos iguais), que são os criminosos do colarinho branco, os poderosos, os burgueses (especialmente quando envolvidos com a corrupção, lavagem de dinheiro, etc). (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 86).

Por este posicionamento transmite-se a ideia de que existe um equilíbrio entre os focos de atenção dados ao mais diversos tipos de agente criminoso, independente da classe social que ocupem.

O problema é que até o sujeito da alta sociedade pode sofrer os efeitos da desviação secundária, ser estigmatizado pelos efeitos da sanção ou do processo criminal. O direito penal tem o condão de estigmatizar qualquer pessoa de qualquer ramo social, do mendigo ao magnata a rotulação pode ser aplicada²⁰.

A população, em geral, no entanto, em tempos de populismo punitivo, não postula apenas o castigo devido, porém, cada vez mais reivindica castigos mais duros, “mão dura” contra o crime, fim da impunidade, corte de direitos e garantias fundamentais, retrocessos à Idade Média, etc. (uma coisa é o castigo, outra bem diferente é o que pretende o populismo punitivo, que é antes de tudo vingativo). (GOMES; ALMEIDA; 2013, p. 90).

“Fundamentada no princípio do *less eligibility*, segundo o qual as condições de vida no cárcere deveriam ser sempre menos favoráveis que as condições de vida das categorias mais baixas dos trabalhadores livres”; e fomentada pela mídia a sociedade passa a exigir aos rotulados como criminosos, além de punições mais duras, um cumprimento de pena mais severo (GUIMARÃES, 2010, p. 44)²¹.

Sobre o princípio do *less eligibility* ou menor elegibilidade:

As razões desse princípio: (a) não estimular o trabalhador a querer ingressar nesses reformatórios (a ambiência dentro dos reformatórios tem que ser a

20 Lembra-se o caso da jovem de família pertencente à alta classe social que, em concurso de pessoas, com o namorado e seu cunhado, matou os pais para receber o dinheiro da herança. Ocorre que após a sentença condenatória e cumprir os requisitos para a progressão de regime, do fechado ao semiaberto, ela “[...] apresentou um pedido para permanecer no regime fechado. Segundo a revista *Veja* São Paulo, ela apresentou carta escrita de próprio punho à direção da penitenciária feminina de Tremembé (SP), onde cumpre pena de 39 anos de prisão pelo assassinato dos pais. O Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou o pedido, mas disse que a solicitação ainda não foi analisada pela juíza Sueli Zeraik de Oliveira Armani, da 1ª Vara de Execuções Criminais de Taubaté. Ainda de acordo com a reportagem, Suzane declarou na carta que se sente mais segura na unidade” (CONJUR, 2014). Isto demonstra sua preocupação e sua certeza que já está estigmatizada. Tem-se a certeza que são raríssimos os casos de detentos que negam o direito à progressão de regime. Por que ela o faria? Pode-se dar como resposta a repercussão do caso, que acarretou a desviação secundária. As pessoas vão considerá-la sempre uma assassina, mesmo que cumpra integralmente sua pena.

21 Luiz Flávio Gomes (2011) aduz o seguinte: “O princípio da “*less eligibility*” nasceu na Inglaterra, em 1834, com a “*Poor Law Amendment Act*” (lei do alívio dos pobres). Seu significado original era o seguinte: as condições de trabalho nas prisões (nas “*workhouses*”) deveriam ser piores que o pior emprego fora desses reformatórios. A condição do mendigo no reformatório não pode ser mais atraente que a de um trabalhador da classe mais baixa fora dele”.

"menos elegível" pelas classes pobres); (b) impedir que as pessoas reivindicassem mais assistência aos pobres dentro dos reformatórios (se fora tem gente em pior condição, por que reivindicar melhores vivências para os que estão dentro dos reformatórios). O princípio da *less eligibility*, portanto, estava originalmente voltado para as condições de trabalho (dos miseráveis) dentro dos reformatórios, não para o (pior) tratamento do preso. Sob o influxo das culturas punitivistas (selvagens) o princípio se distanciou do seu sentido original. (GOMES, 2011).

A forma com que hodiernamente é pensado demonstra que o corpo social vê os presidiários como pessoas que devem ter menos direitos assegurados do que as pessoas que nunca foram presas ou processadas. Ocorre que, a mais comum das penas, a privativa de liberdade, como o próprio nome demonstra, deve apenas privar o condenado da possibilidade de ser livre. Qualquer outro cerceamento de direito que a lei não preveja, como à saúde, segurança, deve ser considerado alheio ao direito penal.

O problema também reside no fato de que a ausência das assistências material, à saúde, jurídica, à educação, social e religiosa, conforme preleciona o artigo 11, da Lei de Execução Penal, prejudica muito a possibilidade de reintegração do condenado²². Desejar que as condições do cárcere sejam piores que a da classe mais baixa dos homens livre é impor obstáculos aos fins preventivos especiais positivos que podem ser atribuídos à pena.

A discussão deve repousar no sentido que o Estado é que deve melhorar as condições de vida fora da prisão, para que o cidadão livre não olhe para a penitenciária e queira enxergá-la como uma masmorra. O bom tratamento do preso é condição *sine qua non* para sua reintegração ao meio social.

22 “Assim, a assistência a ser prestada, conforme elenca o art. 11 da Lei de Execução Penal, será: I – material; II – à saúde; III – jurídica; IV – educacional; V – social; VI – religiosa” (MARCÃO, 2015, p. 50).

CAPÍTULO III

Uma vez apresentada a problemática da desviação secundária, ou seja, o rotulamento do indivíduo como criminoso, após ele ter cumprido pena ou respondido a um processo penal, há que se destacar quais são as soluções oferecidas pelo Estado, enquanto único detentor do *ius puniendi*.

Em primeiro plano, distingue-se as duas acepções da palavra ressocialização, que pode ser compreendida com independência da vontade do detento, ou seja, não importa o que ele quer, pois é o Estado que vai impor o seu tratamento. De modo diverso, o termo reintegração social prescinde da escolha do apenado em querer readequar-se ao meio social.

Visando a reintegração do apenado e a diminuição ou redução dos estigmas causados pelo cárcere, serão apresentados diversos institutos existentes na legislação brasileira e que possuem traços semelhantes aos que foram evidenciados pela teoria do *labelling approach*.

Por fim, acreditando ser possível a reintegração social do apenado, exemplificou-se quais os institutos a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) dispõe para proporcioná-la, bem como as características e os impedimentos que envolve cada um deles.

7. RESSOCIALIZAR OU REINTEGRAR.

Não obstante, a teoria mista, adotada pelo presente estudo – mesclando-se o fim retributivo, a pena como consequência pelo mal praticado, a efetiva exteriorização do *ius puniendi* estatal; e o fim preventivo especial positivo, a utilização de institutos que, dentro do cárcere, aumentariam as chances do indivíduo voltar a se inserir na sociedade – leva a um embate terminológico, quanto aos fins preventivos especiais positivos: estar-se-ia reintegrando ou ressocializando o apenado?

Bruno de Moraes Ribeiro assevera o seguinte sobre as concepções de ressocialização:

[...] Pretendem uma correção moral do condenado, uma modificação da sua atitude interior relativamente às normas de convivência social e particularmente às normas penais; visam, portanto, em última análise, uma modificação da sua personalidade, propondo um modelo de tratamento de cunho predominantemente médico-psicológico que prescinde de consentimento do interno para a sua atuação. (RIBEIRO, 2008, p. 75).

A intervenção coativa sobre a personalidade do recluso não teria limites, nem nos seus direitos e liberdades individuais, visar-se-ia sempre os fins preventivos especiais, deixando

por conta do Estado a reformulação moral do apenado.

Essa concepção gerou a chamada “ideologia de tratamento”, a utilização dos modelos terapêuticos ao extremo, no âmbito da execução penal. “Tal ideologia gerou, em diversos países, sanções penais ou mesmo não-penais atentatórias da dignidade individual e portanto ofensivas ao Estado Democrático de Direito” (RIBEIRO, 2008, p. 82)²³.

Durante a década de setenta, houve uma quebra de concepção e uma mobilização por meios éticos de tratamento. “A nova concepção de reintegração social nasceu, portanto, da constatação das deficiências da concepção anterior, que caracterizava-se sobretudo pela índole imperativa essa que negava aos condenados a faculdade do livre-arbítrio e o direito de ser diferente” (RIBEIRO, 2008, p. 88).

Hodiernamente é o posicionamento mais sensato a ser tomado, ou seja, deve-se levar em conta a vontade do indivíduo em se reintegrar ao corpo social e de não voltar a delinquir. É tudo uma questão de vontade, se o ser humano quiser, ele fará; se não quiser, só fará por meio da força.

Todo e qualquer fim preventivo especial positivo deve então repousar no livre-arbítrio de quem cumpre a pena privativa de liberdade. Cabe ao Estado fornecer meios adequados, para que se alcance a reinserção social e restringir a atuação de meios externos na formação de convicção do detento, por exemplo, a influência de facções criminosas, que podem auxiliá-lo na imersão na criminalidade.

Essa nova concepção da função de reintegração social da pena privativa de liberdade se assenta, portanto, na inadmissibilidade de processos que visem a reforma coativa da personalidade. O exercício do poder estatal não pode impossibilitar o exercício da liberdade de escolha dos indivíduos, que, por serem criminosos, não deixam de ser indivíduos. Nesse sentido, a realização da ideia de ressocialização deve se dar através do oferecimento aos reclusos da possibilidade de participação nos diversos programas de tratamento penitenciário, possibilidade essa cuja efetivação depende da sua voluntária adesão. (RIBEIRO, 2008, p. 93).

8. INFLUÊNCIA DA TEORIA DO ETIQUETAMENTO EM INSTITUTOS DO DIREITO BRASILEIRO.

Shecaira (2004, p. 311) alega que “não é muito fácil identificar, de forma imediata, quais as principais modificações doutrinárias ou legais decorrentes da teoria do *labelling*

23 Ribeiro (2008, p. 82) cita como exemplos a castração de delinquentes sexuais perigosos, no Código Penal alemão, introduzida pela Lei do Delinquente Habitual, de 1933 e que vigorou até 1946; relata também imposição de medidas de segurança detentivas, por tempo indeterminado, para imputáveis, com base em um juízo de periculosidade social, no Código Penal italiano de 1930.

approach em nosso pensamento jurídico. [...] No plano jurídico, nossa doutrina penal bem recepcionou os postulados teóricos daquela teoria”.

Foi abordado no presente trabalho que, uma das vertentes da teoria da rotulação é a análise do desvio secundário - como a capacidade de estigmatizar o agente delituoso – logo existem institutos jurídicos que visam neutralizar ou minimizar seus efeitos. Aqui serão abordados alguns, a título de exemplificação, sem a intenção de exauri-los.

a) O direito penal mínimo ou não intervenção. A aplicação da lei criminal deve se limitar a bens jurídicos que não podem ser protegidos pela atuação de outros ramos do direito, logo só será penalmente tutelado uma pequena parcela dos bens existentes.

Dentro dessa ótica, bem jurídico penal é aquele que merece uma proteção especial, no âmbito das normas de direito penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico em outras áreas, extrapenais (direito civil, administrativo etc.). Nesse pórtico pode-se dizer que o direito penal terá um caráter subsidiário e fragmentário. (SHECAIRA, 2004, p. 311).

Luigi Ferrajoli (2002, p. 83) indica que “que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos”.

A intervenção penal, portanto, deve ser racional, pois não deve se dar de maneira desenfreada e a qualquer custo, limitando-se “o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constitui meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes” (BITENCOURT, 2012, p. 54) ²⁴.

Se um dos efeitos do processo penal e da condenação é a estigmatização do agente considerado criminoso, por que não evitá-lo nos casos em que o *ius puniendi* pode ser afastado, pela ausência da necessidade de se perseguir uma condenação?²⁵. “Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais” (BITENCOURT, 2012, p. 54).

24 Ferrajoli (2002, p. 84) aponta sobre o modelo de direito penal máximo, “incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação. Devido a estes reflexos, o substancialismo penal e a inquisição processual são as vias mais idôneas para permitir a máxima expansão e a incontabilidade da intervenção punitiva e, por sua vez, sua máxima incerteza e irracionalidade”.

25 A título de exemplo cita-se o caso do homem que furtou carne para dar o que comer ao filho. “A ação foi flagrada pelas câmeras de segurança do estabelecimento e, mesmo tentando explicar que cometeu a ação para alimentar o filho, as desculpas não foram aceitas e o dono do comércio acionou a Polícia Militar. Mário foi preso e a fiança foi estipulada em R\$ 270” (G1, 2015). Por sorte, policiais pagaram sua fiança.

b) A progressão de regime. “A essência desse regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador” (BITENCOURT, 2011, p. 97).

O indivíduo que se encontra encarcerado teria, pelo menos em tese, alguma perspectiva futura de sair da prisão. A esperança de estar livre o impulsionaria para um bom comportamento e amenizaria a forma de como ele constantemente se enxerga, como um estigmatizado pelo cárcere.

O sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade foi concebido para atenuar o choque da reinserção social quando o preso está institucionalizando. Acolheu a lei, pois, uma ideia do *labelling* que propugna mecanismos mitigadores à institucionalização da pena privativa de liberdade. Criou, pois, uma espécie de desinstitucionalização progressiva, mecanismo inteligente para fazer com que o condenado passe – gradativa e progressivamente – a conviver com parcelas de liberdade e que não sofra aquela síndrome gerada pelo afastamento social dos homens livres. (SHECAIRA, 2004, p. 313).

c) A despenalização do crime de uso de drogas. Cabe destacar que a atual Lei de Entorpecentes (Lei 11.343/2006) não prevê mais a pena privativa de liberdade ao simples usuário, como fazia sua antecessora (Lei 6.368/1976).

O delito da antiga lei de drogas era considerado como “crime de menor potencial ofensivo, sujeitando-se ao procedimento da Lei n. 9.099/95, incidindo igualmente seus institutos despenalizadores, desde que preenchidos os requisitos legais” (CAPEZ, 2012, p. 203).

Enquanto que na antiga lei de drogas, Lei 6.368/76, o delito de uso, previsto no artigo 16 (dezesseis), continha em seu preceito secundário a pena de detenção de seis meses a dois anos (BRASIL, 1976). Por sua vez, a atual legislação, que trata sobre o tema, em seu artigo 28 (vinte e oito) oferece medidas diversas da prisão (BRASIL, 2006).

Pela comparação dos tipos penais, fica claro que o legislador considerou que “o usuário habitual ou eventual da droga, por si mesmo, não representa à sociedade um real perigo, muito embora possa-se dizer que ele, ao comprar e fazer uso de entorpecentes, estimula o tráfico, o que não deixa de ser verdadeiro” (NUCCI, 2014, p. 303).

Este é o real motivo para que a pena cominada para tal delito, que antes era privativa de liberdade, fosse, conforme supracitado artigo da Lei n.º 11.343, substituída por: (I) advertência sobre os efeitos da droga; (II) prestação de serviços à comunidade; e (III) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Capez explica que “não houve *abolitio criminis*, mas apenas despenalização”, em relação a tal delito (2012, p. 203). Neste sentido está o RE n.º 430105/RJ, no qual a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que o artigo 28, da Lei 11.343/2006, refere-se a um delito *sui generis*, ao que não se trata de crime ou contravenção²⁶.

Então, quem usa drogas, mesmo que assim não considere, está praticando um delito, ainda que, ao final, não receba pena privativa de liberdade como sanção. Deste modo, ficam reduzidas as chances de um usuário de drogas ser estigmatizado pela pena.

Karam (1991, p. 55) considera que “o aumento da criminalidade, comumente apresentada pelo discurso oficial como consequência do consumo de drogas ilícitas, é, em boa parte, resultante dos efeitos da própria criminalização”. O correto entendimento traduz a possibilidade do usuário ser preso e ter contatos com outros presidiários, imergindo na criminalidade. Hodiernamente, não existe no Brasil prisão privativa de liberdade como forma de coibir a figura típica do uso de entorpecentes.

d) Possibilidade de adoção de pena diversa da privativa de liberdade. “Por meio dela, toda vez que se puder evitar o recolhimento prisional (institucional), adotar-se-ão medidas alternativas à prisão” (SHECAIRA, 2004, p. 314).

Nem sempre o encarceramento é medida necessária, então, sabiamente, o legislador impôs alguns casos em que o condenado fará jus a receber uma pena alternativa, que não restrinja sua liberdade por completo.

Bitencourt assevera em tom professoral:

Nas alternativas inovadoras da estrutura clássica da privação de liberdade há um variado repertório de medidas, sendo que algumas representam somente um novo método de execução da pena de prisão, mas outras constituem verdadeiros substitutivos. A exigência, sem embargo, de novas soluções não abre mão da aptidão em exercer as funções que lhes são atribuídas, mas sem o caráter injusto da sanção substituída. (BITENCOURT, 2012, p. 721).

As penas restritivas de direitos, que substituem a privativa de liberdade, estão previstas no artigo 43 (quarenta e três), do Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940) e são as seguintes: prestação pecuniária; perda de bens e valores; limitação de fim de semana; prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos; e limitação

26 Segue um trecho do voto do relator Min. Sepúlveda Pertence: “Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal *sui generis*”.

de fins de semana.

e) A Lei de Execução Penal. Trata-se de uma legislação que está além de seu tempo, extremamente garantista e que abarca, como faz este trabalho, uma teoria mista da pena aplicada ao agente criminoso.

Os artigos da Lei de Execução Penal que preveem os direitos do preso – 40 a 43 – são flagrantemente calcados nas ideias suscitadas pelos teóricos do *labelling*. Aqui, diferentemente de medidas alternativas à prisão, têm-se alternativas na prisão. Há inúmeros dispositivos ensejadores do contato do condenado com o mundo externo, com a criação dos Conselhos da Comunidade que permitem o fluxo permanente entre o mundo livre e o institucionalizado mediante as visitas permanentes, entrevistas com os presos etc. (SHECAIRA, 2004, p. 315).

Portanto, “a execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização” (MARCÃO, 2015, p. 32).

9. A REINTEGRAÇÃO DO ESTIGMATIZADO.

Ao se adotar uma teoria mista da pena, considerando que ela comporta tanto um fim retributivo – repelir a injusta agressão ao ordenamento penal –, quanto um fim preventivo especial positivo, oferecer ao detento condições de voltar a viver em paz com a sociedade, através de sua ressocialização, deve-se ter em mente que “correção” do recluso não pode ser imposta mediante força.

Sob essa ótica não se persegue, através da execução da pena privativa de liberdade, a interiorização, pelo condenado, dos valores protegidos pelo ordenamento jurídico, mas busca-se simplesmente que ele respeite as normas penais e não cometa novos crimes, independentemente dos motivos inerentes a essa modificação de conduta, que se admite possa ser apenas externa, permanecendo íntegra, em relação ao momento em que ingressou no estabelecimento penitenciário, a atitude interior do condenado. Portanto, todo e qualquer tratamento, seja médico, psicológico ou pedagógico, deve ser precedido do livre e espontâneo consentimento do interno. (RIBEIRO, 2008, p. 76).

O detento tem que manifestar sua vontade, não se pode obrigá-lo a se reintegrar à sociedade, pois não se deve esperar dele nada além do cumprimento do pacto social, que ele cumpra as leis. É claro que se o Estado obrigasse todos os presos de alta periculosidade, integrantes de facções a participarem de programas educativos, haveria um choque na criminalidade dentro da penitenciária, pois reduzir-se-ia, ao menos, um de seus campos de atuação: o ócio.

Contudo, seria uma atitude, no mínimo, paradoxal, pois a Constituição não permitiria esse tipo e execução da pena. Logo, a “dignidade humana” do presidiário estaria, em tese, assegurada.

Mas, e quanto aos que querem ser readaptados ao meio social e reduzirem os estigmas causados pelo processo penal e pela reprimenda imposta, como o Estado poderia auxiliá-los? A resposta está no quadripé da reintegração: religião, educação, apoio familiar e trabalho. Todas essas formas serão abordadas a seguir.

9.1. A RELIGIÃO COMO FORMA DE REINTEGRAÇÃO E NEUTRALIZADORA DOS ESTIGMAS CRIMINAIS.

Não se pode negar que a tão almejada reintegração do apenado depende muito do suporte concedido a ele durante e após o cumprimento da pena – pode-se dizer que antes também, haja vista que a prisão provisória é, muitas vezes determinante em sua conduta.

Deste modo, “à medida que melhoram as condições do sistema carcerário, os internos vão aumentando suas esperanças e expectativas”, diminui-se consideravelmente – não totalmente – as chances de reação às imposições estatais (BITENCOURT, 2011, p. 228).

Ocorre que, a realidade carcerária brasileira fica bem aquém das disposições que trata a Lei de Execuções Penais, por exemplo, existe superlotação, precariedade na oferta de atividades educacionais e laborativas, ausência de condições básicas de higiene, dentre tantos outros fatores que geram o descaso e completo desrespeito aos direitos previstos em nossa Carta Magna e refletidos nas legislações infraconstitucionais.

A superlotação das prisões, a alimentação deficiente, o mau estado das instalações, pessoal técnico despreparado, falta de orçamento, todos esses fatores convertem a prisão em um castigo desumano. A maior parte das rebeliões que ocorrem nas prisões é causada pelas deploráveis condições materiais em que a vida carcerária se desenvolve. [...] Sempre que ocorrem esses conflitos graves, os internos fazem reivindicações que refletem as condições desumanas em que se desenvolve a pena privativa de liberdade. (BITENCOURT, 2011, p. 230).

“As atividades religiosas no interior dos presídios oferecem alternativas ocupacionais aos presos em ambientes onde não há estudo ou trabalho”, ocupando assim um vazio deixado pelo Estado (GONÇALVES; MADRID, 2010).

A religião é freio moral e é uma alternativa significativa para reintegrar o presidiário à sociedade, quando não se pode oferecer apoio educacional ou laboral, mantendo-o em paz consigo mesmo e fazendo com que amenize o seu sentimento de revolta com os estigmas

acarretados pela aplicação do *ius puniendi*, a chamada desviação secundária.

Sá *et al.* (2011, p. 330) tecem uma crítica relevante à influência religiosa nos presídios: “E, mesmo que se reconheça que a religião pode, muitas vezes, ser um apoio ao ser humano, sobretudo na reformulação de escolhas comportamentais, questiona-se se ela deve ser empregada como instrumento central para os sentenciados orientarem suas vidas em conformidade à lei após o cumprimento da pena privativa de liberdade”.

É importante salientar que religião é uma questão de opinião, se alguém deseja seguir alguma, a escolha deve se dar de maneira voluntária. Logo não deve haver coação para que os internos sigam uma ou outra.

A centralidade da religião na execução da pena só seria aceita na ausência de trabalho ou educação, como forma de substituí-los. Porém, isso não quer dizer que tenha apenas um caráter subsidiário ou que não possa existir cumulativamente com os demais, afinal todos os institutos do quadripé da reintegração possuem sua devida importância.

Sabendo disso, o legislador dispôs o seguinte na Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984):

Art. 24. A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa.

§ 1º No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos.

§ 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

Trata-se de um direito dos apenados, que lhes garante o acesso às manifestações religiosas, permitindo que exerçam suas crenças religiosas, conforme o que é disposto no artigo 5º, inciso VI, da Constituição (BRASIL, 1988): “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”²⁷

A pena é privativa de liberdade limita apenas o direito de ser livre e não deve obnubilar a liberdade religiosa dos que a cumprem. Qualquer forma de imposição de determinada religião ou impedimento de suas práticas, pode ser considerada inconstitucional.

No Brasil, a assistência religiosa consiste no entendimento da religião como um direito humano. No cárcere, é garantida pela Lei de Execução Penal que estabelece as regras necessárias para sua prestação. O Ministério da Justiça padronizou tais normas através da resolução nº 8 de 9 de novembro de 2011

27 Bacila (2008, p. 109) ressalta que “a filosofia iluminista, em geral, preservou a liberdade de religião. O artigo 10 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, representando um bom modelo de respeito à multiplicidade de concepções religiosas, pois estabelece que *ninguém deve ser inquietado por suas opiniões, mesmo religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei*”.

sobre a assistência religiosa nos presídios do território nacional. Anteriormente, esta responsabilidade ficava por conta da gestão local e que, por falta de regulamentação, era fortemente criticada. (PACHIONI, 2012).

Nessa senda, com a edição da resolução n.º 8 de 09 de novembro de 2011, do Ministério da Justiça, estabeleceu-se as diretrizes para a assistência religiosa nos estabelecimentos prisionais, sendo ela orientada pelos seguintes princípios:

Art. 1º . Os direitos constitucionais de liberdade de consciência, de crença e de expressão serão garantidos à pessoa presa, observados os seguintes princípios:

I - será garantido o direito de profecia de todas as religiões, e o de consciência aos agnósticos e adeptos de filosofias não religiosas;

II- será assegurada a atuação de diferentes confissões religiosas em igualdades de condições, majoritárias ou minoritárias, vedado o proselitismo religioso e qualquer forma de discriminação ou estigmatização;

III- a assistência religiosa não será instrumentalizada para fins de disciplina, correccionais ou para estabelecer qualquer tipo de regalia, benefício ou privilégio, e será garantida mesmo à pessoa presa submetida a sanção disciplinar;

IV- à pessoa presa será assegurado o direito à expressão de sua consciência, filosofia ou prática de sua religião de forma individual ou coletiva, devendo ser respeitada a sua vontade de participação, ou de abster-se de participar de atividades de cunho religioso;

V- será garantido à pessoa presa o direito de mudar de religião, consciência ou filosofia, a qualquer tempo, sem prejuízo da sua situação prisional;

VI- o conteúdo da prática religiosa deverá ser definido pelo grupo religioso e pelas pessoas presas. (BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2011).

A religiosidade dentro do presídio contribui para a reintegração do condenado à sociedade, pois oferece caminhos, para que ele passe a refletir sobre suas condutas, e meios para que transforme sua realidade dentro meio social. Logo, o acesso à práticas religiosas visa conceder ao estigmatizado um sentimento de pertencimento.

A maioria das religiões prezam pela solidariedade entre o ser humano, o que em um ambiente como a penitenciária pode significar bastante, ante a precariedade de estrutura, existência de organizações criminosas, maus tratos, etc.

No processo de busca da ressocialização do preso por intermédio da religião, destaca-se o método desenvolvido pela Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC), idealizado pela Pastoral Carcerária, que consiste em uma entidade da sociedade civil, sem finalidade lucrativa, dedicada à recuperação dos condenados a penas privativas de

liberdade²⁸.

Segundo o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a Apac atinge até 90% da recuperação do condenado, ao passo que o sistema penitenciário tradicional, gastando três vezes mais, apresenta um índice de apenas 15% de reintegração do egresso, o que se traduz nas estatísticas encontradas no próprio endereço eletrônico da Apac de Itaúna: egressos de Apacs contabilizam um índice de reincidência de 8%, e o custo da manutenção de um interno na Apac é de aproximadamente 1/4 salário mínimo. (SÁ *et al.*, 2011, p. 304).

A religiosidade é fundamental na metodologia APAC, tendo em vista que é fator de crescimento e do despertar da consciência do reeducando que se encontra sobre a sua responsabilidade. Visa-se então a diminuição da possibilidade de reincidência, fazendo com que o interno se autocensure.

O método APAC, segundo Oliveira (2008. p. 41), baseia-se “em doze elementos fundamentais que têm como referência a LEP”, são eles: participação da comunidade; recuperando ajudando recuperando; assistência jurídica; assistência à saúde; valorização humana; a família; o serviço voluntário; centro de reintegração social (CRS), cumprimento de pena próximo do núcleo afetivo; o mérito; jornada de libertação com Cristo, o ponto máximo da metodologia, três dias de reflexão²⁹.

9.2. O APOIO EDUCACIONAL NA REINTEGRAÇÃO DO APENADO.

“A assistência educacional compreende a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado, sendo obrigatório o ensino de primeiro grau” (MARCÃO, 2015, p. 54). É uma das formas mais intuitivas que existem, para que se alcance a tão almejada reintegração do agente criminoso.

Nesse diapasão, conforme o artigo 17, da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), enquanto obrigação do Estado, a prestação de assistência educacional ao preso compreende não apenas a educação escolar, mas também a formação profissional do indivíduo apenado.

28 Sá *et al.* (2011, p. 304) relatam: “No ano de 1974, a Pastoral Penitenciária reconheceu que muitos dos obstáculos e problemas enfrentados quotidianamente na sua atividade, sobretudo a plena assistência ao preso, inclusive jurídica, poderiam ser mais bem superados mediante a criação de uma entidade jurídica: surge assim a primeira Apac, sigla que inicialmente representava *Amando o Próximo, Amarás a Cristo*, e apenas posteriormente passou a constituir a abreviatura de *Associação de Proteção e Assistência aos Condenados*, entidade jurídica sem fins lucrativos, em cujo atual estatuto-modelo se lê que ela *se destina a auxiliar as autoridades dos Poderes Judiciário e Executivo, em todas as tarefas ligadas a readaptação dos sentenciados e presidiários [...]*”.

29 Cumpre salientar que, no Maranhão, a Secretaria de Estado da Justiça e da Administração Penitenciária (SEJAP) emanou a portaria nº 258/2014, regulando possíveis convênios com Associações de Proteção e Assistência ao Condenado (APAC's), para promover o auxílio nas unidades de cumprimento de pena do estado.

Bruno de Moraes Ribeiro (2008, p. 106) explica o porquê da relevância da educação, na execução penal do Brasil: “A legislação penal e penitenciária brasileira adotou um modelo de tratamento de índole pedagógica, fundado no trabalho e na instrução, à semelhança do modelo adotado pela Lei sobre a Organização Penitenciária italiana, de 1975”.

Mas, para quais tipos de presos essa educação seria necessária? Por exemplo, um condenado com ensino médio ou superior não necessitaria da assistência educacional fornecida pelo Estado, na penitenciária. O mesmo não se pode falar de um detento proveniente das classes mais baixas, com pouco – ou nenhum – estudo³⁰.

Erving Goffman (2004, p. 11) aponta sobre tal correção: “Onde tal conserto é possível, o que frequentemente ocorre não é a aquisição de um *status* completamente normal, mas uma transformação do ego: alguém que tinha um defeito particular se transforma em alguém que tem provas de tê-lo corrigido”.

Alguém rotulado como criminoso pode sim alcançar a tão almejada reintegração através do estudo, da educação, pois, à medida que os conhecimentos aumentam, alargam-se as possibilidades de se adequar ao meio social.

Porém, como tratado anteriormente na análise do princípio do *less eligibility* (menor elegibilidade), nem sempre a sociedade enxerga com bons olhos a possibilidade do Estado fornecer meios para assegurar direitos dos presidiários. Questionam sempre o fato de se ter uma educação de qualidade nas penitenciárias, quando falta fora dela.

Nesse diapasão:

Não raro, encontramos pensamento análogo na comunidade civil, assim como em nível de senso comum, corroborado pela mídia que, às vistas do preconceito, acredita que a Educação Prisional é um privilégio desnecessário, um gasto a mais, uma aplicação dos impostos que poderia ser revertido na construção de escolas extramuros ou em outras áreas como na saúde. Nota-se aqui, nitidamente, que o fato de a lei garantir ao apenado todos os seus direitos civis, privando-lhes apenas a liberdade, é desconhecido ou ignorado pela população. Por outro lado, a própria população carcerária, mesmo atribuindo à educação um valor positivo, desacredita de sua capacidade de inserção social. (SANT'ANNA, 2014, p. 55).

Para se entender a importância da educação no cumprimento da reprimenda imposta, é necessário ressaltar que, desde 2011, Lei de Execução Penal prevê, em seu artigo 126 a remição de pena, nestes termos: “O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”

30 “Segundo dados estatísticos do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2012), até 2012 o contingente penitenciário brasileiro era de 513.713 pessoas, no qual apenas 10% desses estudavam, 41,5% não haviam concluído o Ensino Fundamental e 5,6% eram analfabetos” (SANT'ANNA, 2014, p. 51).

(BRASIL, 1984).

Remir a pena significa reduzi-la, mediante trabalho ou educação. Segundo o artigo 126, §1º, inciso I, da Lei de Execução Penal, a aplicação deste instituto ocorre da seguinte forma: para cada doze horas de frequência escolar, desconta-se um dia de pena.

No âmbito das penitenciárias federais, existe a Portaria Conjunta nº 276, de 20 de junho de 2012, que disciplina o projeto de remição de pena através da leitura de obras literárias:

Art. 4º Segundo o critério objetivo, o preso terá o prazo de 21 (vinte e um) a 30 (trinta) dias para leitura de uma obra literária, apresentando ao final deste período uma resenha a respeito do assunto, possibilitando, segundo critério legal de avaliação, a remição de 04 (quatro) dias de sua pena e ao final de até 12 (doze) obras lidas e avaliadas, terá a possibilidade de remir 48 (quarenta e oito) dias, no prazo de 12 (doze) meses, de acordo com a capacidade gerencial da Unidade.

Porém, com as boas intenções também surgem os impedimentos e, no Brasil, eles não faltam, por exemplo, superlotação, penitenciárias com estrutura física limitada e debilitada, ausência de recursos para suprir carências no sistema carcerário, etc. Tudo isso implica na redução ou inexistência de práticas reintegradoras, obnubilando o que prescreve a Lei de Execução Penal. Nestes termos:

[...] Os dados estatísticos do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2012) revelaram que 40% das prisões no Brasil não têm sequer sala de aula, ainda que a relação entre presos e presos que frequentam escolas prisionais é de 1 para 10. Desse total de detentos estudantes (2,6mil), apenas 4,8% fazem algum tipo de ensino técnico. (SANT'ANNA, 2014, p. 59).

As deficiências das condições de estudo dentro do cárcere são um reflexo das problemáticas que ocorrem fora dele. Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de 2014 (BRASIL; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 118), no Maranhão, dos 36 (trinta e seis) estabelecimentos prisionais, apenas 16 (dezesesseis) possuem salas de aula.

A situação fica ainda mais assustadora, quando se observa, com base nos supracitados dados, que no Rio de Janeiro, dos 50 (cinquenta) estabelecimentos, somente 01 (um) possui sala de aula. Ainda, de acordo com o IFOPEN, “em quatorze estados, há mais unidade com sala de aula do que pessoas estudando, o que indica um subaproveitamento dessa infraestrutura” (BRASIL; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 119).

Como explicar essa problemática? Faltam lugares próprios para a concretização do apoio educacional e ainda faltam reclusos estudando, quando se tem as salas construídas. A resposta mais rápida beira ao senso comum, qual seja, “os presos não querem estudar”. Porém,

afirma-se o contrário, a falta de estrutura causa o descrédito do instituto da educação no meio carcerário, desestimulando sua evolução, pois mesmo nos estados em que há um *déficit* de salas de aula existem presidiários se dedicando às atividades educacionais, como no Rio de Janeiro (BRASIL; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 124).

Portanto, é a educação um instrumento fundamental para a reintegração do condenado, fornecendo-lhe um benefício imediato e outro mediato, o primeiro seria a remição de sua pena; o segundo, a minimização dos efeitos estigmatizantes causados pela reprimenda, pois o estudo tende a abrir um leque de possibilidades, que, teoricamente, o distanciariam da criminalidade.

9.3. REINTEGRAÇÃO DO CONDENADO E ASSISTÊNCIA FAMILIAR.

A família é considerada pela Constituição da República como base de toda sociedade, tanto que no artigo 226, §8, de nossa Carta Magna está prescrito do seguinte: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 1988).

“Nessa consonância, incumbe a todos os órgãos, instituições e categorias sociais envidar esforços e empenhar recursos na efetivação da norma constitucional [...]” (GONÇALVES, 2014, p. 31). Logo não há porque distanciar um instituto tão importante, como a família, da luta contra os efeitos estigmatizantes que são provenientes do cárcere.

Molina e Gomes relatam o seguinte:

Durante as décadas de 60 e 70, generalizou-se no âmbito penitenciário a psicoterapia em grupo, como consequência do interesse institucional de dotar eficazmente as prisões de outras tarefas distintas do mero castigo ou custódia dos reclusos. Assim, no final dos anos 60, quinze correccionais ingleses utilizavam a terapia grupal, e a legislação norte-americana admitia que um elevado percentual de jovens infratores cumprissem suas condenações em comunidades terapêuticas cujo modelo de intervenção básico era exatamente a psicoterapia em grupo (MOLINA; GOMES, 2012, p. 419).

Demonstrada então uma mudança de paradigmas, a prisão, antes tratada apenas como centro de custódia, passa a abarcar tratamentos grupais que visavam a reinserção. Adiante, a psicoterapia cede espaço a diversos outros métodos e técnicas terapêuticas e, entre elas, não poderia faltar a interferência da família: “A terapia familiar pretende intervir não somente no interno, senão também na sua família, para fomentar uma adequada compreensão e interação entre, por exemplo, pais e filhos, terapia que, ao que tudo indica, produziu uma positiva mudança comportamental em delinquentes jovens” (MOLINA; GOMES, 2012, p. 420).

Ao se aproximar o interno do núcleo familiar, tende-se a reduzir sua segregação com o mundo externo, minimizando-se os efeitos estigmatizantes do cárcere. Mas é claro que, para que isso ocorra, o recluso deve ter família, ela deve estar apta a ajudar e o Estado deve fornecer meios para que ocorra esse tratamento terapêutico.

Enquanto estiver cumprindo a pena privativa de liberdade, o detento será alvo fácil de toda a influência negativa que existir no cárcere, portanto, estará em situação de vulnerabilidade. O apoio familiar mostra-se como uma verdadeira blindagem, agindo positivamente, auxiliando-o a obter um comportamento melhor, facilitando assim a cumprimento de requisitos, que darão ensejo a progressão de sua pena.

Mas pode-se questionar: Se a família é tão influente, porque o detento cometeu o delito? Trata-se de uma pergunta bastante pertinente, ocorre que às vezes esse apoio é precário, antes do crime, mas isso pode fazer com que os familiares percebam onde estavam errando. Pode ocorrer que o agente criminoso venha de uma família presente, bem formada, e a vontade de delinquir se estabeleça em alguma brecha; nesse caso, se estava auxiliando quem cometeu o delito fora do cárcere, também o fará dentro dele.

“Nos muitos casos em que a estigmatização do indivíduo está associada com sua admissão a uma instituição de custódia, como uma prisão, um sanatório ou um orfanato, a maior parte do que ele aprende sobre o seu estigma ser-lhe-á transmitida durante o prolongado contato íntimo com aqueles que irão transformar-se em seus companheiros de infortúnio” (GOFFMAN, 2004, p. 34).

Portanto, faz-se mister que a família esteja acompanhando o desenvolvimento do indivíduo no cárcere, auxiliando-o nas boas escolhas e reprimindo-o quando for necessário. Este é um momento em que todo apoio será necessário, pois o recluso sempre estará a um passo de imergir na criminalidade.

Sá *et al.* (2011, p. 232), ao abordarem o envolvimento familiar nos Centros de Ressocialização Sociais (CRs), afirmam: “Busca-se a desestigmatização dos condenados; para isso, incentivam-se os reeducandos a encontrar outros papéis sociais que possam desempenhar, sobretudo por meio do contato com pessoas que não fazem parte do grupo estigmatizado”.

Mas nem sempre é fácil estabelecer essa relação dentro do cárcere, para tanto, a Lei de Execução Penal estabelece em seu artigo 23, inciso VII que uma das funções da assistência social penitenciária é “orientar e amparar, quando necessário, a família do preso [...]” (BRASIL, 1984).

Neste sentido, para a política de reintegração do preso à comunidade, a família

desempenha um papel crucial, por ela ser considerada como um dos principais eixos de intervenção na vida de um ser humano, uma vez que é nela que se dá impulso responsável pela socialização do indivíduo, visto que em seu seio são construídos aspectos ideológicos, modelos, conceitos, tradições e experiências, que ajudam a edificar o caráter da pessoa.

É esta influência positiva que deve nortear a conduta carcerária do recluso, colaborando para seu resgate de valores, que não raras vezes são perdidos dentro da prisão. Nesse ínterim, o auxílio familiar viabiliza um comportamento positivo, ao favorecer que o detendo desenvolva uma vontade de se ver livre, novamente, de todos os estigmas que adquiriu atrás das grades.

A assistência familiar pode ser a ponte entre o apenado e a sociedade, pois agrega valores à degradante realidade prisional, melhora a autoestima do recluso revivendo nele o sentimento de pertencimento, não à criminalidade que constantemente domina os presídios, mas sim ao meio social e que a liberdade seria uma questão de tempo.

O indivíduo também precisará do apoio de sua família ao tornar-se um egresso (quem saiu há mais de um ano do cárcere ou esteja em período de prova do livramento condicional), pois sofrerá os efeitos da desviação secundária, os estigmas comumente aplicados a quem esteve preso.

Toda e qualquer ajuda que a família puder conceder, será de grande valia, pois muitas vezes o egresso terá vagas de empregos negadas, será discriminado, enfim, sofrerá serias consequências. Logo a retromencionada assistência pode significar muito para que saiba que não está só ou para que tire da mente ideias negativas, como a de voltar a praticar delitos.

9.4. O TRABALHO COMO FORMA DE REINTEGRAÇÃO

A atividade laboral pode ser compreendida como uma importante ajuda para que se consiga estabelecer fins preventivos especiais positivos à pena, reintegrando-se o agente criminoso à sociedade.

Manuel Montesinos e Molina foi um dos mais influentes nomes para o tratamento humanitário do recluso e seus métodos são de grande relevância para quem considera a atividade laboral como uma grande arma capaz de reduzir os estigmas causados pelo cárcere³¹.

31 Montesinos nasceu em São Roque, Campo de Gibraltar, em 1796. “Em 1835, o Coronel Manuel Montesinos e Molina foi nomeado Governador do Presídio de Valência. Possuía qualidades pessoais adequadas para alcançar uma eficiente e humanitária direção de um centro penal. Entre suas qualidades mais marcantes encontrava-se a poderosa força de vontade e a capacidade para influir eficazmente no espírito dos reclusos” (BITENCOURT, 2011, p. 103).

“Montesinos participa da ideia, que ainda se mantém sólida, de que o trabalho é o melhor instrumento para conseguir o propósito reabilitador da pena. [...] Sustentava que o trabalho penitenciário devia ser remunerado, porque seria o melhor estímulo para despertar o interesse por alguma atividade produtiva” (BITENCOURT, 2011, p. 105-106).

Existem vários métodos de tratamento do condenado, para que se consiga sua reabilitação para o convívio social. Molina e Gomes (2012, p. 417) ressaltam que “conforme a natureza ou o princípio dominante na intervenção são distinguidos em quatro grupos: médicos, pedagógicos, psicológico-psiquiátrico e sociológico”.

O trabalho se insere como método pedagógico, ao lado do estudo, pois visa reeducar a pessoa que praticou o delito, tentando minimizar as influências do cárcere, evitando que o apenado afunde ainda mais no mundo do crime.

O trabalho do sentenciado tem dupla finalidade: educativa e produtiva. As disposições da Lei de Execução Penal colocam o trabalho penitenciário sob a proteção de um regime jurídico. Antes da lei, nas penitenciárias onde o trabalho prisional era obrigatório, o preso não recebia remuneração e seu trabalho não era tutelado contra riscos, nem amparado por seguro social. (MARCÃO, 2015, p. 59).

É este o entendimento de Chaves (2004):

O trabalho do preso não gera algo que possa dificultar a pena nem vir a prejudicar o condenado, na verdade ele serve de mecanismo de reinserção do condenado à sociedade, preparando-o para uma profissão, vindo a contribuir para a formação da personalidade do mesmo e, além do mais, do ponto de vista econômico, permite ao recluso dispor de algum dinheiro.

Julião (2011, p. 147) explica o momento histórico em que a atividade laboral foi introduzida no Estado brasileiro:

No Brasil, o trabalho nas prisões foi introduzido na cadeia pelo Estado Imperial Brasileiro, mediante uma mudança no conceito de prisão, que passou a ter o objetivo de reprimir e reabilitar, apostando na reforma moral do criminoso. Naquela época, esse modelo de punição, que aliava a pena ao trabalho, era tido como moderno atendendo à máxima de que somente por meio da disciplina do trabalho seria possível a recuperação do delinquente.

Portanto, não havia nenhuma preocupação com capacitação profissional do apenado, pois era evidente que o único intuito de instituir o trabalho nos presídios era praticar repressão e obter – talvez – uma possível “reabilitação” do agente criminoso.

A Constituição da República dispõe em seu artigo 5º, inciso XLVII que não haverão reprimendas de trabalho forçado. Logo, a atividade laboral não pode ser utilizada como forma de punição do delinquente.

Ocorre que nem sempre o trabalho foi considerado meio de reabilitação do condenado, pois já fora instituído como sanção, meio de aumentar a punição do agente criminoso. Nestes

termos:

Até o final do século XIX, “a proposição do trabalho penitenciário resumia-se a ângulos externos à proteção do preso trabalhador”, uma vez que o trabalho penitenciário visava, principalmente, endurecer a pena privativa de liberdade. O trabalhador presidiário não era considerado um sujeito de direitos e era obrigado a trabalhar em serviços rudes ou nocivos. (CABRAL; SILVA, 2010, p. 158).

É perceptível que a utilização do trabalho como punição ou como meio de majorar a reprimenda, como fora supracitado, não é compatível com os preceitos constitucionais vigentes em nossa Carta Magna. Logo, deverão ser asseguradas condições dignas para que os apenados possam exercer a atividade laboral.

Não obstante essas afirmações, torna-se evidente que, se o Estado não consegue assegurar as condições mínimas dentro do presídio na custódia dos detentos, não será diferente no fornecimento de emprego aos condenados. Deste modo, não serão todos que conseguirão trabalhar enquanto cumprirem pena, bem como não serão todos que desejarão fazê-lo.

O trabalho prisional é uma atividade que pode ser realizada dentro ou fora do estabelecimento penitenciário, denominando-se trabalho interno (artigos 30 a 35, da LEP) e trabalho externo (arts. 36 e 37, da LEP). Ambos possuem finalidade educativa e produtiva e constituem dever social e condição de dignidade humana, conforme o artigo 28, da Lei de Execuções Penais. Assim, contribuem para a reinserção do preso à convivência social, além de ser uma medida de prevenção à prática de novos crimes.

O trabalho interno é aquele realizado dentro do estabelecimento prisional em atividades como a construção, reforma, conservação e melhoramentos do estabelecimento prisional, bem como em serviços auxiliares tais como o atendimento em enfermarias, cozinhas e lavanderias (AVENA, 2014, p. 62).

O trabalho externo pode ser desempenhado por presos do regime fechado e semiaberto. Para os detentos do regime fechado, a LEP dispõe o seguinte, em seu artigo 36: “O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina” (BRASIL, 1984).

Marcão (2015, p. 61-62) assevera que “o trabalho externo submete-se à satisfação de dois requisitos básicos. Um subjetivo, qual seja, a disciplina e a responsabilidade, e outro objetivo, consiste na obrigatoriedade de que tenha o preso cumprido o mínimo de um sexto de sua pena”³².

Mas não serão todos os presidiários que poderão trabalhar, deste modo, “assim como

32 A Súmula n.º 40, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) dispõe o seguinte: “Para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado”.

para o trabalho interno, devem ser respeitadas, com relação ao preso, suas aptidões, sua idade, sua habilitação, sua condição pessoal (doentes ou portadores especiais), sua capacidade e necessidades futuras” (MARCÃO, 2015, p. 61).

“As disposições da Lei de Execução Penal colocam o trabalho penitenciário sob a proteção de um regime jurídico. Antes da lei, nas penitenciárias onde o trabalho prisional era obrigatório, o preso não recebia remuneração e seu trabalho não era tutelado contra riscos nem amparado por seguro social (item 53 da Exposição de Motivos da LEP)” (MARCÃO, 2015, p. 59).

A atividade laboral não tem somente a finalidade de reintegrar o recluso à sociedade, se fosse apenas isso a população sequer admitiria, levando-se em conta a “menor elegibilidade”: se o Estado fornece trabalho para as pessoas fora do cárcere, por que beneficiaria os detentos? Renato Marcão ressalta bem a finalidade que a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal atrela à remuneração recebida pelo preso:

[...] Indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; na assistência à própria família, segundo a lei civil, em pequenas despesas pessoais; e na constituição de pecúlio, em caderneta de poupança, que lhe será entregue à saída do estabelecimento penal (item 50 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal). Acrescentou-se a essas obrigações a previsão de ressarcimento do Estado quanto às despesas de manutenção do condenado, em proporção a ser fixada. (MARCÃO, 2015, p. 59-60).

A Lei de Execução Penal brasileira, realmente, está além de seu tempo. Afirma-se isso porque ainda falta muito para que todos os presídios ofertem trabalho para os reclusos ou mesmo que tenham capacidade para abarcar um número maior de presidiários, nos que já possuem presos trabalhando.

Se a excelente supracitada legislação fosse cumprida ao extremo, o cidadão não acharia que o preso está vivendo bem somente às suas custas. Sabendo que ele está reparando os danos causados, a sociedade minimizaria sua visão negativa, fato que seria de extrema importância para a redução ou extinção dos estigmas causados pelo cárcere.

Isso porque “todo condenado definitivo está obrigado ao trabalho, o que não se confunde com a pena de trabalho forçado e, de consequência, não contraria a norma constitucional estabelecida no art. 5º, XLVII, c”, em relação ao preso provisório, a legislação faculta-lhe a atividade laboral (MARCÃO, 2015, p. 60). Mas é claro que, na prática, embora obrigados, nem todos trabalham ou chegam a trabalhar até o encerramento de suas penas.

Segundo o levantamento INFOPEN (2014), apenas 16% da população carcerária do Brasil trabalha, cerca de 106.636 presidiários. “Rondônia é o estado com maior porcentagem

de presos trabalhando (37%), seguido pelo Acre (31%), Mato Grosso do Sul (30%) e Santa Catarina (30%)”, o Maranhão está um pouco abaixo da média nacional, com 15%, com cerca de 692 reclusos que praticam a atividade laboral, enquanto cumprem suas penas (BRASIL; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 127).

Destaca-se também a forma com que os reclusos conseguem uma vaga de trabalho, segundo o INFOPEN (2014):

34% das pessoas em atividades laborais estão trabalhando em vagas obtidas por meios próprios, sem intervenção do sistema prisional, e 34% estão trabalhando em apoio ao próprio estabelecimento, em atividades como limpeza e alimentação. Em pouco mais de um terço dos casos, houve a articulação da administração com a iniciativa privada, com outros órgãos públicos ou com entidades filantrópicas para disponibilizar a vaga. Interessante destacar que, apesar das vagas disponibilizadas em parceria com outros órgãos públicos representarem apenas 9% das vagas de trabalho, entre os estabelecimentos destinados ao cumprimento de pena em regime aberto ou de limitação de fim de semana, esta porcentagem chega a 66%. (BRASIL; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 129).

“A jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados”, conforme o artigo 33, da LEP, podendo ser atribuído horário especial aos presos que trabalharem com atividades relacionadas ao funcionamento do estabelecimento penal (BRASIL, 1984).

O artigo 34, da Lei de Execução Penal prescreve que “o trabalho poderá ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa, e terá por objetivo a formação profissional do condenado” (BRASIL, 1984). A preocupação com a qualificação do apenado demonstra a uma inclinação do retromencionado diploma legal para amenizar os efeitos estigmatizantes do cárcere e preparar o recluso para sua reinserção social.

Por fim, cabe destacar que, em relação aos direitos trabalhistas do preso, dispõe o artigo 28, §2º, da LEP, que seu trabalho não será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho. Consequentemente, não ocorrerá a incidência dos encargos sociais, dentre os quais aviso prévio, FGTS, repouso semanal remunerado, férias e décimo terceiro salário. A exceção repousa na hipótese do indivíduo que cumpre pena em regime aberto e realiza trabalho externo, tendo em vista que este não é considerado trabalho prisional previsto na Lei de Execução Penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desviação secundária - ou estigmatização da pessoa como criminosa, após responder a um processo criminal, sobretudo depois de ser condenada -, acompanha a aplicação da pena desde os tempos mais remotos.

Para evidenciar essa íntima relação, traçou-se o caminho e a evolução da pena. Na Antiguidade, representada pelas suas principais civilizações, Grécia e Roma, o direito de punir era exercido após o agente, considerado criminoso, ficar custodiado na prisão. Esta última, portanto, só tinha essa função, acondicionar a pessoa, para que, ao final, recebesse a sanção, como vergonha pública, mutilações e a morte.

Na Idade Média, houve um predomínio do direito germânico, que incitava penas bárbaras e que não concebia a ideia de pena privativa de liberdade. A prisão continuava apenas como forma de preparar o acusado para punição futura. Rusche e Kirchheimer, em sua obra *Pena e Estrutura Social*, afirmavam existir relações econômicas envolvidas nas sanções cruéis, pois eram as pessoas de classe baixa quem frequentemente as recebiam, pelo fato de não poderem pagar penas pecuniárias.

As sanções corporais e humilhantes, tal como fora supracitado, mostram-se verdadeiramente estigmatizadoras, pois o condenado não era reconhecido pelo que tinha feito e sim por suas características físicas. Na Idade Moderna, reconhece-se que somente Estado poderia punir, considerando-se a vingança privada como uma arbitrariedade, tal como explicitara Hobbes, em seu livro *Leviatã*, porém ainda estavam presentes as penas desumanas e degradantes.

Na Pós-Modernidade ou Idade Contemporânea, período marcado pelos ideais iluministas, surge um pensamento humanitário, voltado para a abolição da aplicação de penas corporais, tal como afirmara John Kelly (2010, p. 387). Michel Foucault (2011, p. 35) também esclarece que os ideais iluministas foram fundamentais para o desaparecimento das sanções corporais.

É durante o século XVIII que surge a pena privativa de liberdade, tal como conhecemos hodiernamente. Cezar Roberto Bittencourt (2011, p. 48-49) aponta algumas possíveis causas dessa gênese: a valorização da liberdade, com a imposição progressiva do racionalismo; um certo remorso pelas penas desumanas; o fato da pena não dever ser utilizada para o controle populacional dos grandes centros urbanos, uma vez que os pobres cometiam mais delitos; a utilização da mão de obra dos reclusos como auxílio na política

econômica.

Foi importante declinar sobre as diversas teorias que justificam a existência e função da pena aplicada ao infrator, dando-se enfoque à privativa de liberdade, pois além de ser a mais conhecida e temida no direito brasileiro, também é a mais utilizada para fins pedagógicos. Guimarães (2010, p. 45) ressalta que existem três grandes grupos de teorias que versam sobre as funções da pena: as absolutas, que concebem a pena como um fim em si mesmo; as relativas, que atribuem-lhe fins preventivos, seja de recuperar ou neutralizar o agente; e as mistas, que envolvem tanto os fins de retribuição, quanto os de prevenção.

A teoria retributiva é o carro-chefe das teorias absolutas e foi defendida por teóricos como Kant (2003, p. 174-175), que considerava que a pena deve ser imposta sempre que alguém cometer um delito, sem qualquer outra finalidade, além de punir; e Hegel (1997, p. 87-88), que considerava a pena como o restabelecimento do direito. As críticas a essa teoria demonstram que não seria capaz de estabelecer a devida proporção entre a pena e o mal do crime, além dela ser mal interpretada pela sociedade.

As teorias relativas dividem-se em: prevenção geral, positiva e negativa; prevenção especial, positiva e negativa. A prevenção é voltada para a inibição de novos delitos, os termos geral e especial correspondem ao destinatário dela, ou seja, ocorrerá o primeiro, quando os fins preventivos se destinarem a quem poderá praticar o delito; o segundo, por sua vez, acontecerá quando eles forem destinados ao condenado. Já os termos positivos e negativos correspondem, respectivamente, à possibilidade de reintegração social e à de neutralização pela prisão.

As teorias mistas fazem uma mescla entre retribuição e prevenção ou como aduz Maria Lúcia Karam (1991, p. 174): “traduziriam as teorias mistas, a grosso modo, a ideia de prevenção geral, mediante a retribuição justa”. Adotou-se, no presente trabalho, uma teoria mista, pois com ela pode-se satisfazer os anseios da sociedade com a retribuição, além de evitar o descrédito do direito penal e impedir que as pessoas façam justiça com as próprias mãos; busca-se então, ao máximo, oferecer meios para reintegrar o detento à comunidade – que será muito mais benéfico que um criminoso aperfeiçoado no presídio –, apoiando-se na prevenção especial positiva.

No segundo capítulo, abordou-se o conceito de desviação secundária repousa na teoria do *labelling approach*. Tal movimento criminológico surgiu durante a década de 1960, firmando-se primeiramente nos Estados Unidos, com a contribuição de autores que pertenciam à Escola de Chicago. Suas principais características são, segundo Molina e Gomes

(2012, p. 326): o interacionismo ou construtivismo social, pois não se deve estudar o crime isolando-o do meio social em que foi cometido; análise do crime como definidor do sujeito delinquentes; a apresentação do caráter constitutivo do controle social; a seletividade do direito penal, somente alguns são alcançados pelas normas incriminadoras; a consideração do efeito criminógeno ou estigmatizante da pena, tema deste trabalho; e a observação de um paradigma de controle social.

Molina e Gomes (2012, p. 327) também relatam haver duas vertentes do *labelling approach*: uma radical, que considera que a etiqueta de criminoso advém da criação da criminalidade, culpando os agentes de controle social, como os policiais e juízes; e uma moderada – utilizada por neste trabalho –, que entende que a justiça penal apenas faz parte do controle social.

A estigmatização do apenado repousa em uma das duas direções da teoria do etiquetamento, explanadas por Alessandro Baratta (2004, p. 87), no estudo da identidade do rotulado como criminoso, o chamado desvio secundário. A outra, diz respeito às agências de controle social, à relação de criminalização primária e secundária, mais precisamente, aos fatos que serão considerados crime pelo legislador e quem, no meio social, vai praticá-los

Segundo Sérgio Salomão Shecaira (2004, p. 298), a desviação secundária está relacionada às pessoas que já estão rotuladas como criminosas, são agentes que já possuem sua identidade moldada na desviação primária. Logo, o desvio secundário corresponde à estigmatização penal.

O agente está condenado, a mídia o rotula como tal – às vezes até ampliando os fatos – ele não tem perspectiva de sair da prisão, por algum motivo considerou sua defesa fraca, facções dominam o presídio, esses são inúmeros fatores que contribuem para que o condenado desacredite na sua reintegração e passe a se ver da forma com que os outros o veem: como um eterno desviante

Frente a esta problemática é evidente que a pena, conforme Jakobs e Meliá (2007, p. 23), “não se dirige à contra a pessoa em Direito, mas contra o indivíduo perigoso”, esquece-se o ser, enquanto sujeito, e o trata como adjetivo. A rotulação do indivíduo como criminoso ocorre com o surgimento da notícia que ele é suspeito de ter praticado algum delito e é majorada com uma possível condenação, além de durar indefinitivamente.

A mídia tem um papel fundamental no papel de estigmatização do agente, porque funciona como uma “lupa”, pois, dependendo de como ela se posiciona, os fatos poderão ser ampliados, aumentando-se a percepção dos detalhes da situação; ou distorcidos, embaralhado-

se a realidade, não a repassando fielmente ao receptor. Os veículos informativos, em geral, estarão sempre intermediando o contato entre o cidadão e o ocorrido, auxiliando em sua cognição.

Isso se deve ao populismo penal midiático, tal como Gomes e Almeida (2013, p. 85) definem, como uma seletividade jornalística, que incidirá em várias áreas, por vezes voltando-se contra os estereotipados.

Influenciado pela mídia, o cidadão passa a se valer da “menor elegibilidade” ou princípio do *less eligibility*, segundo o qual as condições do cárcere devem ser piores que a dos homens livres que estão na classe mais baixa da sociedade, conforme Guimarães (2010, p. 44). Passa então a questionar o porquê das políticas de reinserção criminal, pretendendo assim não ver boas condições no cárcere, considerando que se trata apenas de lugar para punir.

A discussão deve repousar no sentido que o Estado é que deve melhorar as condições de vida fora da prisão, para que o cidadão livre não olhe para a penitenciária e queira enxergá-la como uma masmorra. O bom tratamento do preso é condição *sine qua non* para sua reintegração ao meio social.

Conclui-se, no último capítulo, que, uma vez apresentada a problemática da desviação secundária, ou seja, o rotulamento do indivíduo como criminoso, após ele ter cumprido pena ou respondido a um processo penal, há que se destacar quais são as soluções oferecidas pelo Estado, enquanto único detentor do *ius puniendi*.

Distinguiu-se as duas acepções da palavra ressocialização, segundo Ribeiro (2008, p. 75), que pode ser compreendida com independência da vontade do detento, ou seja, não importa o que ele quer, pois será imposto o tratamento estatal. Logo, a intervenção coativa sobre a personalidade do recluso não teria limites, nem nos seus direitos e liberdades individuais, visar-se-ia sempre os fins preventivos especiais, deixando por conta do Estado a reformulação moral do apenado.

De modo diverso, o termo reintegração social prescinde da escolha do apenado em querer readaptar-se ao meio social. É o posicionamento mais sensato a ser tomado, ou seja, deve-se levar em conta a vontade do indivíduo em se reintegrar ao corpo social e de não voltar a delinquir.

Visando-se a reintegração do apenado e a diminuição ou redução dos estigmas causados pelo cárcere, foram apresentados diversos institutos existentes na legislação brasileira e que possuem traços semelhantes aos que foram evidenciados pela teoria do *labelling approach*. São eles, conforme preleciona Shecaira (2004): a intervenção mínima do

direito penal; a progressão de regime; a despenalização do delito de uso de drogas; a possibilidade de adoção de pena diversa da privativa de liberdade; e a própria Lei de Execução Penal, Lei n.º 7.210/1984.

Aos que querem ser reintegrados ao meio social e reduzirem os estigmas causados pelo processo penal e pela reprimenda imposta, devem buscar o auxílio do quadripé da reintegração: religião, educação, apoio familiar e trabalho.

A religião serve de freio moral ao indivíduo e, conforme Alvino Augusto de Sá *et al.* (2011, p. 330), é também um apoio nas decisões comportamentais, dentro do cárcere. A religiosidade dentro do presídio contribui para a reintegração do condenado à sociedade, pois oferece caminhos, para que ele passe a refletir sobre suas condutas, e meios para que transforme sua realidade dentro meio social. Logo, o acesso à práticas religiosas visa conceder ao estigmatizado um sentimento de pertencimento.

No processo de busca da ressocialização do preso por intermédio da religião, destacou-se o método desenvolvido pela Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC), idealizado pela Pastoral Carcerária, que consiste em uma entidade da sociedade civil, sem finalidade lucrativa, dedicada à recuperação dos condenados a penas privativas de liberdade

A assistência educacional é uma das formas mais intuitivas que existem, para que se alcance a tão almejada reintegração do agente criminoso. Ribeiro (2008, p. 106) explica que a legislação brasileira adotou um modelo de tratamento penitenciário de índole pedagógica, desta forma é evidente a importância do estudo para concretizá-lo. Mas isso não é o bastante, pois, segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2014, por exemplo, no Maranhão, dos trinta e seis estabelecimentos penais, apenas dezesseis possuem sala de aula.

A assistência familiar também é importante, pois tende a reduzir a segregação do interno com o mundo exterior, minimizando os efeitos estigmatizantes do cárcere. Mas é claro que, para que isso ocorra, o recluso deve ter família, ela deve estar apta a ajudar e o Estado deve fornecer meios para que ocorra esse tratamento terapêutico.

O último dos institutos elencados é o trabalho. Segundo Bitencourt (2011, p.105-106), Manuel Montesinos e Molina foi um dos mais influentes nomes para o tratamento humanitário do recluso e essa ideia está presente até hoje. O trabalho se insere como método pedagógico, ao lado do estudo, pois visa reeducar a pessoa que praticou o delito, tentando minimizar as influências do cárcere, evitando que o apenado afunde ainda mais no mundo do

crime.

Somente 16% (dezesseis por cento) da população carcerária brasileira pratica alguma atividade laboral, segundo o Levantamento de Informações Penitenciárias (2014), o que demonstra que o país ainda tem muito o que avançar, não só nessa, mas em todas as políticas de reintegração social.

REFERÊNCIAS

- ALVES DA FROTA, Hildemberg. *Os limites à quebra do sigilo da(s) fontes(s) jornalística(s), à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*. In.: **Anuário Mexicano de Derecho Intenacional**, vol. XII, 2012, pp. 477-523.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Execução penal: esquematizado*. 1. ed. São Paulo : Forense, 2014.
- BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2008.
- BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología juridico penal*. 1ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- BECKER, Howard. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio / tradução Maria Luiza X de A. Borges*. 1ª ed. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 2008.
- _____. *A escola de Chicago*. In.: **Mana**, vol.2, nº.2, Rio de Janeiro, Out. 1996.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17ª ed. São Paulo : Saraiva, 2012.
- BRASIL. *Decreto-lei n.º 2.848 (Código penal brasileiro)*. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1934-1961/1940/1940compilado.htm>. Acesso em 27 de junho de 2015.
- _____. *Lei n.º 6.368/76 (Lei de drogas)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm> . Acesso em: 12 de junho de 2015.
- _____. *Lei n.º 7.210 (Lei de Execução Penal)*. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1972-1994/1984/1984compilado.htm>. Acesso em 25 de junho de 2015.
- _____. *Constituição Federal*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 13 de junho de 2015.
- _____. *Lei n. 11.343 (Lei de drogas)*. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em

26 de junho de 2015.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Resolução n. 08, de 09 de novembro de 2011*. Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/CNPCP/2011resolucaoCNPCP08.pdf>>. Acesso em 28 de junho de 2015.

_____. Levantamento nacional de informações penitenciárias (INFOPEN), junho de 2014. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 02 de junho de 2015.

CABRAL, Luísa Rocha; SILVA, Juliana Leite. *O trabalho penitenciário e a ressocialização do preso no Brasil*. In.: **Revista CAAP**, 2010 (1), Belo Horizonte, jan/jun 2010, p. 157-184.

CALDEIRA, Felipe Machado. *A evolução histórica, filosófica e teórica da pena*. In.: **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)**, v. 12, n.º 45, 2009. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online>. Acesso em março de 2015.

CAMAS BAENA, Victoriano. *Olvido y vigencia de El campesino polaco en Europa y América*. **Empiria**. Revista de metodología de ciencias sociales, [S.l.], n. 4, p. 211-240, out. 2002. Disponível em: <<http://revistas.uned.es/index.php/empiria/article/view/885>>. Acesso: 05 jun. 2015.

CAPEZ, Fernando. *Legislação penal especial simplificada*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHAVES, Vanessa Afonso. *O trabalho do preso na execução penal*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VII, n. 18, ago 2004. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.phpn_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4110>. Acesso em julho de 2015.

CHAVES JUNIOR, Airto; MENDES, Marisa Schmitt Siqueira. *A criminalização primária e a norma penal brasileira: considerações acerca da sua seletividade*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=5944&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em jun 2015.

CONSULTOR JURÍDICO. *Benefício ignorado: suzane von richthofen pede para continuar no regime fechado*. Agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/suzane-richthofen-continuar-regime-fechado>>. Acesso em 21 de junho de 2015.s

DÍAZ MADRIGAL, Ivonne Nohemí. *La mediacion en el sistema de justicia penal: justicia restaurativa en el México y España*. 1ª ed. UNAM, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramallete.

39ª ed. Petrópolis, RJ : Vozes, 2011.

G1. *Mulher espancada após boatos em rede social morre em Guarujá, SP*. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-espancada-apos-boatos-em-rede-social-morre-em-guaruja-sp.html>>. Acesso em: junho de 2015.

_____. *Homem preso por furtar carne para alimentar o filho consegue emprego*. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2015/05/homem-presoporfurtarcarne-para-alimentar-o-filho-consegue-emprego.html>>. Acesso em junho de 2015.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada/tradução: Mathias Lambert*. 4ª ed. 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000070&pid=S0102-6909200800030001300009&lng=en>. Acesso em junho de 2015.

GOMES, Luiz Flávio. *A menor elegibilidade ("less eligibility") da prisão*. In.: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2982, 31 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19887>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

GOMES, Luiz Flávio; **Almeida**, Débora de Souza de. *Populismo penal midiático : caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico*. São Paulo : Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. Vol. 06. 11ª ed. São Paulo : Saraiva, 2014.

GONÇALVES, José Artur Teixeira. **MADRID**, Daniela Martins. *Religião e crime organizado: apropriações do privado no interior dos presídios brasileiros*. In.: **Intertemas**, 2010. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2680/2497>>. Acesso em 28 de jun de 2015.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Constituição, Ministério Público e direito penal: a defesa do estado democrático no âmbito punitivo*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito / tradução Orlando Vitorino*. São Paulo : Martins Fontes, 1997.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 1ª ed. São Paulo: Rideel, 2005.

JAKOBS, Günther; **MELIÁ**, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes. *A ressocialização por meio do estudo e do trabalho no sistema penitenciário brasileiro*. In.: **Em aberto**. Brasília, v. 24, p. 141-155, nov 2011.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes / tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini*. Bauru : EDIPRO, 2003.

KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam ed., 1991.

- KELLY**, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental* / J. M. Kelly ; tradução Marylene Pinto Michael ; revisão técnica e da tradução Marcelo Brandão Cipolla - São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- KERSTEN**, Vinicius Mendez. *O Código de Hamurabi através de uma visão humanitária*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 42, jun 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4113>. Acesso em mar 2015.
- MARCÃO**, Renato. *Curso de execução penal*. 13ªed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MOLINA**, Antonio García-Pablos de; **GOMES**, Luiz Flávio. *Criminologia*. 8ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- NATALINO**, Marco Antônio Carvalho. *O discurso do telejornalismo de referência: criminalidade violenta e controle punitivo*. São Paulo: Método, 2007.
- NUCCI**, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- OLIVEIRA**, Cândido Silva. *Recuperando: convergência entre LEP e método APAC*. 2008. 101p. Dissertação (mestrado). Universidade do Estado de Minas Gerais, Fundação Educacional de Divinópolis. Divinópolis, 2008. Disponível em: <<http://www.funedi.edu.br/files/mestrado/Dissertacoes/TURMA2/DissertacaoCandidoSilvaOliveira.pdf>> Acesso em: 28 de jun de 2015.
- PACHIONI**, Alena. *Prisão, políticas públicas e religião*. 2012. Disponível em: <http://br.boell.org/pt-br/2012/02/26/prisao-politicas-publicas-e-religiao>> Acesso em 28 de jun de 2015.
- PÉREZ CORREA**, Catalina. *Marcando al delincuente: estigmatización, castigo y cumplimiento del derecho*. In.: **Revista Mexicana de Sociología** 75, núm. 2, abril/junho 2013, p. 287-299. Disponível em: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/prms/article/viewFile/3687833391>>. Acesso em 19 de outubro de 2014.
- RIBEIRO**, Bruno de Moraes. *A função de reintegração social da pena privativa de liberdade*. Porto Alegre : Sergio Antônio Fabris Ed., 2008.
- _____. *A defesa social, ideologia do tratamento e o “direito penal do inimigo”*. In.: **Revista de Ciências Jurídicas**. Vol. 06. N.º 01. Jan/jun 2008b.
- RIQUELME**, Antonio M. García-Molina. *El régimen de penas y penitenciarias em el Tribunal de la Inquisición de México*. 1ª ed. 1999.
- ROXIN**, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal* / traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia : tirant lo blanch, 2000.
- RUSCHE**, Georg; **KIRCHEIMER**, Otto. *Pena y estructura social* / Traducción de Emílio

García Mendez. Bogotá: Editorial Themis Librería, 1984.

SÁ, Alvino Augusto de; **TANGERINO**, Davi Paiva Costa; **SHECAIRA**, Sérgio Salomão. *Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011.

SANT'ANNA. Cesar Meirelles. *Reintegração social ou ressocialização: a visão utilitária da educação para jovens e adultos em situação de privação de liberdade*. In.: **Perspectiva**, Erechim, vol. 38, n. 144, dez. 2014. p. 49-62.

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

SILVA SÁCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximação ao direito penal contemporâneo / tradução Roberto Barbosa Alves*. Vol. 7. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Suzane Cristina da. *Reincidência e maus antecedentes: crítica a partir da teoria do labelling aproach*. In.: **Revista Liberdades**, nº 16, maio/agosto 2014. p. 52-68.

VICENTE, Laila Maria Domith; RIBEIRO, Wanisy Roncone. *O papel da mídia na expansão do sistema penal*. In.: **XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, jun, 2010, pp. 4149-4157.