

Marcos Grechi Anastácio

**CRÍTICA À ASSIMETRIA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS NO
SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de
Curso submetido ao Programa de
Graduação da Universidade Federal de
Santa Catarina para a obtenção do
Grau de Bacharel em Ciências Sociais.
Orientador: Prof. Dr. José Pedro
Simões Neto.

Florianópolis-SC
2017

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária
da UFSC.

Anastácio, Marcos Grechi

Crítica à Assimetria das Relações Jurídicas no
Sistema Penal Brasileiro / Marcos Grechi Anastácio
; orientador, José Pedro Simões Neto, 2017.
137 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de
Filosofia e Ciências Humanas, Graduação em Ciências
Sociais, Florianópolis, 2017.

Inclui referências.

1. Ciências Sociais. 2. Criminologia Crítica. 3.
Punição. 4. Prisão. I. Simões Neto, José Pedro. II.
Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em
Ciências Sociais. III. Título.

Marcos Grechi Anastácio

**CRÍTICA À ASSIMETRIA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS NO
SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do Título de “Bacharel”, e aprovado em sua forma final pelo Programa Conclusão de Curso de Graduação em Ciências Sociais.

Florianópolis, 03 de agosto de 2017.

Prof. Tiago Bahia Losso, Dr.
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. José Pedro Simões Neto, Dr.
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Marcelo Simões Serra de Pinho, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Tiago Daher Padovezi Borges, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

RESUMO

Devido o crescimento descomunal da população carcerária brasileira nas últimas décadas, principalmente entre os mais pobres, este trabalho procurará analisar as influências e meios que têm sido executados na atual política criminal. Pressupõe-se, nesta pesquisa, que a prisão não consegue conter a criminalidade, mas ainda assim se prende cada vez mais. Pretende-se, portanto, diante de uma análise crítica, a partir de referenciais teóricos, investigar quais os sentidos do aprisionamento em massa, numa tentativa de estabelecer uma aproximação entre a realidade do discurso e a prática do sistema penal brasileiro. Nesse sentido, procuraremos questionar o discurso assistencialista e preventivo encontrado na Lei de Execuções Penais do Código Processual Penal, e sua divergência nas práticas penais, devido à amplificação dos meios de controle social. Por isso, partiremos do pressuposto de que o sistema penal é usado como instrumento de manutenção da desigualdade social, por meio da assimetria nas relações jurídicas entre os que se encontram em condições privilegiadas na sociedade civil e os marginalizados. Por outro lado, será apresentada a doutrina que se opõe ao uso irrestrito da pena de reclusão social e propõem alternativas como estratégia para contingenciar a escalada punitivista.

Palavras-chave: Criminologia Crítica. Punição. Prisão.

ABSTRACT

Due to the oversized population growth in Brazilian prisons over the last decades, mainly among the poorest, this research will be pursued to analyze the influences and means that had been implemented on the current criminal policy. This research assumes the fact that the prison can't contain crime, but imprisons more and more. Therefore, towards a critical analysis based on theoretical references, it is intended to investigate the meanings of mass imprisonment, in attempt to establish an approximation between the reality of the discourse and practice from Brazil's criminal system. In this sense, we will question the assistentialist and preventive discourses found in the Law of Criminal Executions from the Procedural Criminal Code, and its divergence in criminal practices, due to the amplification of social control tactics. Therefore, we will assume that the criminal justice system is used as a tool to maintain social inequality, through asymmetry in legal relationships between those in privileged conditions in civil society and marginalized ones. On the other hand, will be presented the doctrine that goes against the unrestricted sentences of social reclusion and propose alternatives as a strategy to constrain punitivities growth.

Keywords: Critical Criminology. Punishment. Prison.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Variação da taxa de aprisionamento entre 2008 e 2014 nos 4 países com maior população prisional do mundo.....	23
Gráfico 2 –Evolução da população carcerária (1990 – 2014)	23
Gráfico 3 –Vagas e pessoas privadas de liberdade, por natureza da prisão ou tipo de regime.....	111
Gráfico4 –Evolução da taxa de aprisionamento no Brasil.....	113
Gráfico 5 –Distribuição de crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade.....	120

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Pessoas privadas de liberdade no Brasil em junho de 2014	22
--	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art. –Artigo

CNJ–Conselho Nacional de Justiça

DEPEN –Departamento Penitenciário Nacional

ICPS–International Centre for PrisonsStudies

InfoPen–Sistema de Informações Penitenciárias

LEP – Lei de Execução Penal

§ –Parágrafo

séc. – Século

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	19
2	A PRISÃO COMO PENA	31
2.1	VINGANÇA PENAL	32
2.1.1	Crime e Castigo	33
2.1.2	Vingança Privada	34
2.1.3	Vingança Divina	41
2.1.4	Vingança Pública	43
2.2	ORIGEM DA PRISÃO COMO PENA DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE	47
2.3	EPISTEMOLOGIA DO DIREITO PENAL	57
2.3.1	Escola Clássica	57
2.3.2	Escola Positiva	63
2.3.3	Escolas intermediárias	65
2.4	O DIREITO PENAL DO INIMIGO (DIREITO PENAL MÁXIMO)	66
3	NOVOS PARADIGMAS DA CRIMINOLOGIA	73
3.1	CRIMINOLOGIA	73
3.2	ANOMIA	74
3.3	ESCOLA DE CHICAGO	75
3.3.1	Teoria ecológica do crime	75
3.3.2	Teoria da subcultura delinquente	76
3.3.3	Teoria da oportunidade	77
3.3.4	Teoria da associação diferencial	78
3.4	CRIMINOLOGIA CRÍTICA E CRÍTICA AO DIREITO PENAL	78
3.4.1	Teoria da reação social	81
3.5	GARANTISMO PENAL E DIREITO PENAL MÍNIMO ...	85
4	CRIMINOLOGIA NO BRASIL E O SISTEMA PENAL BRASILEIRO	91
4.1	POSITIVISMO FILOSÓFICO E POSITIVISMO JURÍDICO	94
4.2	DO RETRIBUCIONISMO PENAL AO SISTEMA MISTO DA PENA	100
4.3	MEDIDAS REINTEGRADORAS	104
4.4	CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL ...	109
4.5	PUNIÇÃO DOS POBRES: O ESTADO PENAL E A PUNIÇÃO SELETIVA	117
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	125
	REFERÊNCIAS	129129

“Alguns juízes são absolutamente incorruptíveis.
Ninguém consegue induzi-los a fazer justiça.”
(Bertolt Brecht)

1 INTRODUÇÃO

Há uma grande variedade e quantidade de estudos que lidam com a questão penitenciária no mundo e inclusive no Brasil, portanto muito já se debateu sobre a prisão. As bases das primeiras análises científicas criminais e penais coincidem com a própria origem do cárcere como pena, que por sua vez veio ocorrer em meados do século XVIII¹. No entanto, a prisão, por sua maneira, tem gerado, desde o início de sua funcionalidade penal, muita polêmica diante do que lhes é designada, o que exige ainda mais cautela ao analisá-la (a prisão), pois ela reserva diversos paradoxos, como podemos ver nas seguintes indagações: O encarceramento é a forma mais eficaz de controle da criminalidade? Pretende-se recuperar “delinquentes” no cárcere? Punir (expiar) ou “tratar” (reabilitar) o “delinquente”? Todo criminoso é necessariamente um “delinquente” a ser corrigido? Seria talvez o “delinquente” incorrigível e somente passível de neutralização ou eliminação? A prisão pode ser considerada uma pena justa como punição independente do tipo de crime? O aprisionamento consiste na melhor forma de prevenção ao crime? As sentenças penais condenatórias são, em sua maioria, justas? Seria o processo penal imparcial? Por que se pune? Afinal, qual é a real função social da prisão? Estes são somente alguns exemplos de vários questionamentos que vem sendo discutidos desde as primeiras considerações sobre a prisão como pena, há alguns séculos atrás.

Deste modo, muito conhecimento se produziu acerca deste tema, entretanto:

[...] o castigo [leia-se pena] não é um fenômeno explicável em si mesmo, invocando referência à organização da sociedade para ser compreendido em suas diversas faces. [...] A perspectiva sociológica permite, dessa forma, pensar o castigo não apenas como um problema legal ou moral, mas como instituição e processo social, conectado a uma ampla rede de ações sociais e a significados culturais (ALVAREZ & MORAES, p.9-10, 2013).

A prisão, desta forma, por sua complexidade, nos remete a inúmeros tópicos de análise, mesmo num recorte dessa temática. Tanto

¹FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir** – Nascimento da prisão. Trad. De Raquel Ramalhete,

que os esforços de estudar os elementos que a envolvem se expandem por diversas áreas acadêmicas como: direito, sociologia, antropologia, psicologia, biomedicina, filosofia e suas respectivas vertentes. Atualmente existe uma ciência interdisciplinar própria aos conhecimentos criminais como um todo: a criminologia. No entanto:

[...] o modelo oficial das ciências criminais [o direito penal] vislumbra os demais saberes como servís, permitindo apenas que forneçam subsídios para a disciplina-mestra do direito penal [...],[tendo] como resultados o reforço do dogmatismo, o isolamento científico e o natural distanciamento dos reais problemas da vida (CARVALHO, 2007, p.258).

Porém:

[...] ao analisar a relação existente entre o delito e a ordem social é necessário considerar o sistema judiciário e seu funcionamento mais do que as leis a que o delito está supostamente submetido. O sistema judiciário estatal expressa-se por meio da política criminal. O pressuposto é que o poder de punir, expresso pela política criminal, foi construído histórica e socialmente – portanto tanto pode punir quanto não punir, perseguir ou não perseguir, condenar ou não condenar, encarcerar ou não encarcerar. Desse modo, não há uma resposta punitiva automática para uma conduta ilegal e reprovável, já que a resposta está submetida à preservação das relações sociais que configuram a ordem social (PEGORARO, 2010 p.71).

Assim, a sociologia jurídica², como apresenta Alessandro Baratta:

²A sociologia jurídica se distingue das outras formas de análise do sistema jurídico como: a filosofia do direito que como expõe Baratta (1997, p.22), “tem por objeto os valores conexos aos sistemas normativos (e os problemas específicos do conhecimento dos valores jurídicos e da relação entre juízos de valor e juízos de fato no interior da experiência jurídica)”; e “a teoria do direito que tem por objeto a estrutura lógico-semântica das normas entendidas como proposições, e os problemas específicos das relações formais entre normas (validade das normas; unidade, coerência, plenitude do ordenamento) e entre ordenamentos. A teoria do direito se distingue, por outro lado, da teoria geral do direito [...] que parte do conteúdo de um

[...] se ocupa com modos de ação e de comportamento (a) que têm como consequência normas jurídicas (o costume como fonte do direito, os modos de ação e de comportamento normativos do legislador e as instâncias institucionais de aplicação do direito), ou (b) que serão percebidos como efeitos das normas jurídicas (o problema do controle social através do direito, o problema da efetividade, do conhecimento e a da aceitação do direito), ou (c) que serão postos em relação com modelos de ação e comportamento, que têm como consequências normas jurídicas ou são efeitos de normas jurídicas no sentido de (a) e (b). Sob este terceiro ponto de vista entram, por exemplo, no campo da sociologia jurídica, o estudo da ação direta e indireta de grupos de interesse na formação e aplicação do direito, como também a reação social ao comportamento desviante, enquanto precede e integra, como controle social não-institucional, o controle social do desvio, por meio do direito e dos órgãos oficiais de sua aplicação (BARATTA, 1997, p.21).

Importa aqui, deste modo, perceber que “o agente sociológico do sistema judiciário não é tanto o enunciado da norma, mas sim seu funcionamento, sua aplicação ou sua não aplicação” (PEGORARO, 2010, p.72). Destarte, numa análise ainda mais específica, há a sociológica jurídica-penal, na qual estuda as ações e comportamentos normativos que consistem na formação e aplicação de um sistema penal, assim como os efeitos dessa instituição em relação aos comportamentos desviantes e do seu respectivo controle social. Por outro lado, compreende ainda a essa disciplina as reações não-institucionais ao comportamento desviante e ao sistema penal, aspectos esses também integrantes e ao mesmo tempo concorrentes do controle crimino-social instituído (BARATTA, 1997).

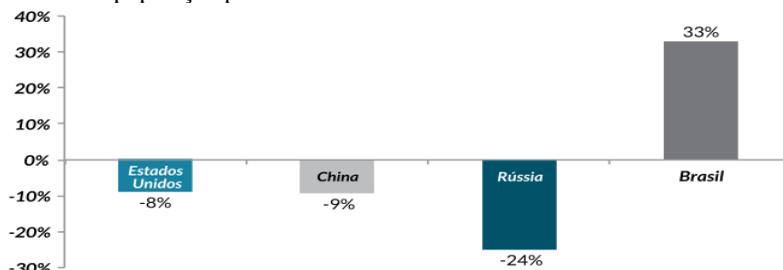
Por conseguinte, para entender-se melhor sobre que efeitos serão incutidos com análises criminológicas, sociológicas jurídicas e jurídico-penais, expressemos alguns dados que ilustram uma partícula da

sistema normativo dado e procede elevando o próprio nível de abstração, ou seja, construindo conceitos muito gerais também no sentido histórico e comparativo” (ibidem, p.23).

condição penitenciária brasileira e o que aqui especificamente se pretende analisar.

De acordo com os dados coletados em 2014 pelo Centro Internacional de Estudos Penitenciários³ (ICPS, na sigla em inglês) da Universidade de Essex no Reino Unido, o Brasil tem disputado com a Rússia (673.818 mil presos) o terceiro lugar de maior massa carcerária do mundo, ficando estes dois países somente atrás dos Estados Unidos (em primeiro com 2.228.424 milhões) e da China (1.657.812 milhões). Mas enquanto estes países desaceleram na taxa de aprisionamento o Brasil avança (Ver Gráfico1).

Gráfico1 - Variação da taxa de aprisionamento entre 2008 e 2014 nos 4 países com maior população prisional do mundo.



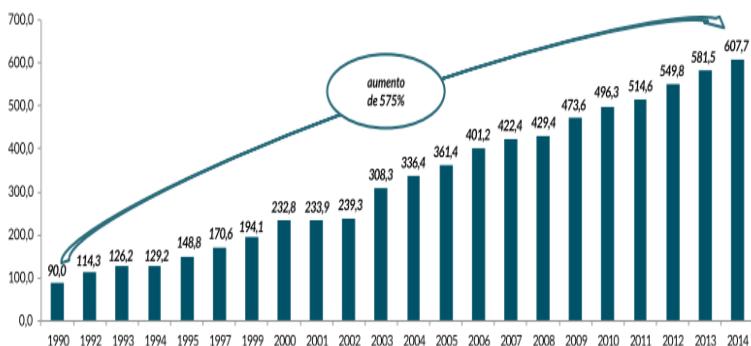
Fonte: DEPEN, com dados do ICPS (2014).

O Brasil tinha em 2013 aproximadamente 715 mil presos (dados de junho de 2013) segundo um levantamento inédito⁴ do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que contabilizou quase 148 mil presos domiciliares que eram até então negligenciados nos dados estatísticos. Desconsiderando os presos domiciliares, temos um aumento de mais de 600% da população encarcerada em pouco mais de duas décadas, passando de 90 mil presos em 1990 para 549,8 mil em 2012 (Ver Gráfico2).

Gráfico2 – Evolução da população carcerária (1990 – 2014).

³Mais informações disponíveis em: <www.prisonstudies.org/>. Acesso em: 04 ago. 2014.

⁴Ver site do CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28746-cnj-divulgados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira/>>. Acesso em: 31 jun. 2014.



Fonte: Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, 2014.

Os dados de junho de 2014 constam 607.731 mil presos conforme informações do DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. No relatório de 2014, o último divulgado pelo DEPEN, aponta-se que o Brasil tinha capacidade para comportar 376.669 presos (Ver Quadro1). Um déficit na época de cerca de 230 mil vagas (41% dos presos), sendo ainda que do total, aproximadamente 250 mil dos detidos o estavam provisoriamente, ou seja, sem condenação definitiva. No entanto, estes números e dados revelam apenas algumas dimensões problemáticas que abarcam o sistema penitenciário brasileiro, como a alta taxa de aprisionamento e a superpopulação carcerária.

Quadro 1 - Pessoas privadas de liberdade no Brasil em junho de 2014.

<i>Brasil - 2014</i>	
População prisional	607.731
Sistema Penitenciário	579.423
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	27.950
Sistema Penitenciário Federal	358
Vagas	376.669
Déficit de vagas	231.062
Taxa de ocupação	161%
Taxa de aprisionamento	299,7

Fonte: Infopen, jun/2014; Senasp, dez/2013; IBGE, 2014.

A partir de 2005, através do InfoPen⁵ (Sistema de Informações Penitenciárias), as informações do sistema penitenciário começaram a ser coletadas sob um sistema informatizado com padrões de indicadores, ainda que com alguns problemas a serem corrigidos como: informações incompletas, ausência de dados, demora na atualização do banco de dados, dentre outros empecilhos metodológicos como a falta de algumas características nos questionários, que são altamente significantes para uma avaliação comparativa das diversas unidades do sistema penitenciário. No entanto, ainda assim esses subsídios revelam muito do sistema penitenciário, como por exemplo, o perfil daqueles que são mais apreendidos pelo sistema carcerário, bem como pontos críticos da estrutura institucional penitenciária.

No Gráfico 2 se observa que pelo menos desde 1990 não houve uma redução no contingente carcerário, tendo assim, um crescimento contínuo, ainda que em alguns momentos o crescimento desacelere. O ano de 2003 destaca-se por um acréscimo de mais de um quinto da população prisional em um só ano. Estes números apontam muitos fatores que contribuem para esta expansão, ela pode ser relacionada a um investimento nas forças policiais, a um embrutecimento de leis, a mudança nos métodos de prisão provisória, à insuficiência de mutirões carcerários⁶, à falta de melhoria das condições sociais da população, ou até mesmo devido a dados inconsistentes, dentre outros tantos possíveis fatores.

Esta pesquisa enfatiza algo mais específico que não se observa explicitamente em seus efeitos por essas informações, a saber: Qual o

⁵ “O InfoPen é um programa de computador (software) de coleta de dados do Sistema Penitenciário no Brasil para a integração dos órgãos de administração penitenciária de todo Brasil, possibilitando a criação dos bancos de dados federal e estaduais sobre os estabelecimentos penais e populações penitenciárias. É um mecanismo de comunicação entre os órgãos de administração penitenciária, criando ‘pontes estratégicas’ para os órgãos da execução penal, possibilitando a execução de ações articuladas dos agentes na proposição de políticas públicas”. Definição retirada do site do Ministério da Justiça. Antes de 2005 as informações eram consolidadas de forma lenta, já que não havia um mecanismo padrão para consolidação dos dados, que eram recebidos via fax, ofício ou telefone. Informações coletadas do site do Ministério da Justiça – Disponível em: <<http://infopen.gov.br/>>. Acesso em: 17 mai. 2014.

⁶ “O mutirão é uma iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e tem o objetivo de analisar a situação dos presos que cumprem penas (irregularmente), com vistas a garantir o cumprimento da Lei de Execuções Penais. Além das liberdades, outros benefícios [...] [são] concedidos em processos que tramitam nas Varas de Execução Penal, como progressão de pena, visita periódica ao lar e trabalho externo”. Informação retirada da página do Tribunal de Justiça de Sergipe – Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br/agencia/noticias/item/4411-mutirao-carcerario-de-sergipe-ja-beneficiou-820-detentos/>>. Acesso em: 31 jun. 2014.

sentido do encarceramento no sistema penal brasileiro? O interesse desta pesquisa está em perceber os sentidos adquiridos pelo processo histórico e em reconhecer as influências decorrentes das teorias do crime e da pena, para assim constatar implicações destes fatores na política carcerária nacional.

Pretende-se, portanto, analisar aqui as discussões a respeito do processo criminalizador e penalizador diante das epistemologias jurídico-penais centrais. Serão analisados, deste modo, sob o viés crítico-analítico, os discursos das três correntes (a absoluta, a relativa e a mista) que ocupam a centralidade da promoção da pena como útil e necessária para a manutenção da ordem na sociedade civil.

Toda sociedade compartilha de valores comuns, mas nem todos os valores são comuns a todos, buscamos pensar aqui, portanto, a divergência de valores nos processos penais, nas políticas criminais, assim como no funcionamento do Sistema de Justiça brasileiro, em relação ao que está expresso na Constituição Federal Brasileira. A intenção não é defender ou atacar a criminalidade pelos efeitos lesivos do crime em si, nem sequer a moral ou fim que deve levar o criminoso, mas avaliar o funcionamento do sistema penal, analisando as possibilidades de formas alternativas de organização social em torno do controle social, sem deixar de perceber a prisão como meio de punição, como seus efeitos na sociedade por outras perspectivas, pois “os efeitos da punição, por sua vez, não se restringem aos criminosos condenados, mas atingem também os agentes do sistema penal e ainda o público em geral” (ALVAREZ & MORAES, p.10, 2013).

Veremos que a criminologia hodierna muito se diferencia dos escopos de sua origem, portanto, para se compreender essas transformações, na primeira parte deste trabalho, abordaremos um resgate aos primórdios da criminologia, que coincide com a origem da prisão, passando adiante pelas divergências e confluências das diversas escolas e abordagens criminológicas. Portanto, no capítulo 1 será analisado a origem da prisão e o funcionamento das instituições penais anteriores a ela, para depois revisitar os debates mais avultados das primeiras teorias legitimadoras da pena.

Durante os três capítulos desta pesquisa estarão sendo expostos às influências que levaram a ser construído o discurso de “ressocialização”. Portanto, será visto, ainda que brevemente, como o sistema penal através do tempo transpassou por diversos discursos de *modus operandi*, sendo que o que nos atém aqui é debater a formação e efeitos da prisão como política punitiva e consequentemente como discurso de erradicação da criminalidade. Para isso será exposto nos capítulos 1 e 2

algumas noções de crime e de pena para deixar mais claro o entendimento acerca do conceito de criminalidade, assim como algumas finalidades descritas ou prescritas a prisão.

Os discursos sobre a prisão como pena se opõem uns aos outros, mas não são necessariamente incompatíveis na sua execução penal, no entanto, estão longe de serem convergentes em suas formas de funcionamento. São três as correntes doutrinárias legitimadoras da pena que se pode considerar como as mais contundentes na penologia, a ciência que pretende estudar de modo geral as formas de aplicação e execução das penas como castigo e/ou tratamento do criminoso. Duas dessas correntes ideológicas são praticamente opostas em seus propósitos. Uma pretende propriamente punir, e outra, reeducar. A terceira linha as une. As três correntes serão analisadas diante de um enfoque zetéutico. Assis e Kumpel (2011) assim corroboram que:

O enfoque dogmático não questiona suas premissas (dogmas); predomina o sentido diretivo do discurso; visa, portanto, dirigir o comportamento de uma pessoa, induzindo-a a adotar uma ação. Nessa trilha, a dogmática jurídica enfoca mais as premissas técnicas (normas jurídicas), suas sistematizações, classificações, divisões e conceitos. O enfoque zetéutico preocupa-se com o problema especulativo; predomina o sentido informativo do discurso; visa, portanto, descrever certo estado das coisas. Nessa linha, a zetéutica jurídica enfatiza os aspectos antropológicos, filosóficos, históricos e sociológicos, insistindo sobre a inserção do direito no universo da cultura, da justiça, da história e dos fatos sociais. Assim, numa perspectiva dogmática, o direito tende a se afastar da antropologia e de outras áreas do conhecimento; enquanto, numa perspectiva zetéutica, o direito se aproxima da antropologia e de outras áreas do conhecimento (ASSIS & KUMPEL, 2011).

Nesse sentido, no segundo capítulo examinaremos teorias que estudam supostas causas do crime, e outras que relativizam a noção de crime e questionam a reclusão como meio à reorientação moral do preso, assim como a legitimidade da estrutura penal e seus processos criminalizadores e penalizadores.

No terceiro capítulo será abordado criticamente o sistema penitenciário brasileiro, de forma a avaliar os discursos reintegradores contidos na Lei de Execuções Penais – LEP destinadas aos (ex)detentos no cumprimento de suas penas, assim como na egressão do cárcere, na tentativa de se identificar e compreender, a partir do conhecimento exposto nos dois primeiros capítulos, como a política criminal brasileira atual se construiu e as implicações de suas medidas no contexto nacional, a fim de verificar a sua eficácia na redução da reincidência criminal e na contenção da criminalidade.

Partimos da hipótese que a atual política criminal falha com o seu objetivo de prevenir e conter crimes e, portanto, há a necessidade de revisão a partir do pressuposto da criminologia crítica, que afirma que o direito penal é seletivo e disposto como instrumento de controle social elitista, coagindo unilateralmente os mais débeis socialmente e, portanto, as políticas criminais se eximem de atuar com rigor quando se trata de crimes das classes médias e altas, o que auxilia na manutenção da estrutura verticalizada da sociedade. A constatação da assimetria das relações jurídicas durante o processo penal, que é todo vínculo entre as partes com a norma jurídica imposta, será o foco nessa pesquisa.

Por fim, na direção dos criminólogos mais moderados será visto a necessidade de se avançar com alternativas ao direito penal tradicional, com programas de descriminalização, de despenalização, de redução de encarceramentos, de desjudicialização e outras medidas que possam ajudar a diminuir a máquina penal do Estado e suas injustiças flagrantes. Ou seja, para combater a criminalidade será proposta a avaliação de novas diretrizes, na intenção de amenizar a estrutura desigual do sistema penal.

“[...] se é verdade que o Direito Penal começa onde o terror acaba, é igualmente verdade que o reino do terror não é apenas aquele em que falta uma lei e impera o arbítrio, mas é também aquele onde a lei ultrapassa os limites da proporção, na intenção de deter as mãos do delinquente.”
(Giuseppe Bettiol – O Problema Penal)

2 A PRISÃO COMO PENA

Não há conhecimento sobre a origem da pena⁷, porém, desde que se têm registros ela pode ser vista como uma maneira de retaliação a alguém ou a um grupo, devido a danos materiais, ofensas e ameaças⁸ físicas ou morais. O castigo pode ainda ser visto como reações negativas⁹ a indivíduos ou grupos em decorrência da rejeição de crenças, comportamentos, atitudes ou mesmo de identidades, seja por ultrajar valores morais, regras de conduta ou causar constrangimento, humilhação ou qualquer outra das mais variadas formas de sentimentos negativos em relação ao outro. Estas podem ser algumas das razões que levam a punição.

Salo de Carvalho (2006) lembra Nietzsche em *Genealogia da moral*, onde este diz que o “sentido” do castigo é fluído, podendo ser utilizado e interpretado para os mais diversos propósitos como: neutralização, pagamento, isolamento, inspiração de terror, compensação, segregação, ritual, criação de memória, compromisso, ato de guerra, correção, controle, etc.. A punição, portanto, “cristaliza-se em uma espécie de unidade que dificilmente se pode dissociar, que é dificilmente analisável e, deve ser enfatizado, inteiramente indefinível – hoje é impossível dizer ao certo porque se castiga [...] (NIETZSCHE apud CARVALHO, 2006, p.71)”.

Segundo ainda Carvalho:

⁷“Etimologicamente, o termo pena procede do Latim (*poena*), porém, com derivação do grego (*poinë*) significando dor, castigo, punição, expiação, penitência, sofrimento, trabalho, fadiga, submissão, vingança e recompensa”. (OLIVEIRA, 1983, p.2).

⁸A ameaça pode ser tanto ativa, ou seja, vinda da agencia verbal ou física do outro, ou passiva, onde o individuo se sente apreensivo pela presença do outro. De qualquer forma, a ameaça, nesses dois casos, significa a razão justificada de punir do algoz.

⁹Nos estudos behavioristas de Skinner (1904-1990) é demonstrado que na punição há mecanismos de manipulação de comportamentos, seja por meio de estímulos aversivos (punição positiva) ou da retirada de vantagem ou recompensa (punição negativa), que pode implicar numa probabilidade menor de alguém prosseguir com determinadas condutas, visto que se tornam desvantajosas. Ou seja, em detrimento da vantagem àquela agencia costumeira a ser bem vinda, é possível desestimular ou até eliminar um comportamento via castigos, ainda que por esse meio não se crie necessariamente um comportamento desejável (SKINNER, 2006). Sendo que há ainda mecanismos conceituados de “condicionamento operante”, também estudados por Skinner (idem), que pretendem moldar comportamentos mediante reforços positivos (recompensa) e negativos (retirada de estímulo aversivo) e a indução de aproximações sucessivas das respostas do ser ao objetivo. Nessa perspectiva é possível fazer um paralelo ao que Foucault veio chamar de tecnologias de biopoder (FOUCAULT, 1977), onde técnicas deste tipo pretendem regular o comportamento de corpos e populações a um determinado interesse.

[...] inexistem práticas punitivas em sentido unívoco e universal, ou seja, não há na experiência humana a verificação/verificabilidade de que o castigo possa ser apreendido de forma homogênea, seja em relação aos seus destinatários (desviantes), à comunidade ou aos aplicadores (verdugos do direito) (CARVALHO, 2006, p.77).

Deste modo, não pretendendo elencar causas específicas que levam alguém a querer punir ou exigir punição, ou mesmo as inúmeras finalidades da pena, almeja-se aqui, portanto, construir um esboço de um quadro referencial teórico que categorize as principais teorias modernas da pena e analisar como elas lidam com os opostos punido(criminoso)/punidor(Estado), de modo que possamos constatar, não com o intuito de ratificar a existência de modos penais a priori, mas de revelar parte do conhecimento adquirido e formatado que vêm influenciando os atuais discursos e práticas da pena nos Estados com políticas de tendências liberais, com direcionamento particularizado ao Brasil (no terceiro capítulo deste trabalho).

2.1 VINGANÇA PENAL

O pensamento penológico mais convencional (ainda que, impreciso, superficial, não consensual e incompleto, mas ainda útil para inúmeras análises sobre o assunto) divide a pena em dois “estágios”¹⁰, ou melhor dizendo, tipos de organizações sociais penais: O do próprio Direito Penal Legal¹¹, ou seja, a “Lei dos Homens”, e o seu suposto “estágio” anterior denominado “vingança penal”, que predominou na maioria das sociedades até o século XVIII, quando os Estados modernos se estabeleceram diante de ordenamentos jurídicos protetores dos bens fundamentais ao ser humano. No entanto, essa divisão penológica é meramente técnica e analítica, pois não se pode por assim dizer que

¹⁰ Tem-se por tradição nos ensinamentos da penologia o uso indiscriminado do termo “fases da vingança” num sentido evolutivo darwinista, que por sua metodologia antiquada não convém mais ainda ser usada como níveis de processo de formação de sistemas penais, já que todas as formas dessas manifestações punitivas podem ainda ser vistas na contemporaneidade de forma independente ou interligada e nas mais variadas culturas e das mais diversas formas.

¹¹ Limitaremos-nos a tratar do direito penal racionalizado, codificado, prescrito e imposto ou posto sob o conhecimento público, chamado também de *civil law*, ou Sistema Romano-Germânico de Direito, que é o utilizado como base do Código Civil e Penal brasileiro atual.

ambas não possam coexistir num mesmo ambiente, época (inclusive a atual), ou sociedade.

Esse mesmo saber prescreve três formas de vingança penal: a privada, a pública e a divina. Expressemos adiante, ainda que de forma breve e superficial, o sentido desses tipos de vingança¹², que tem em seus fundamentos um caráter que ainda se faz presente em uma das doutrinas modernas da pena, a retribuição penal. Estas formas penais vindicativas são encontradas em análises etnográficas da antropologia, assim como em descrições historiográficas de diversos estudiosos, como GLUCKMAN (1955), EVANS-PRITCHARD (1978), FROMM (1975), KEELEY (2011), DAVIE (1929), MAINE (1983), FUSTEL DE COLANGES (2006), GILISSEN (1995) dentre outros tantos que lidam com os povos “primitivos”. Estes estudos servem também, no entanto, como parâmetro de comparação para flertar com imaginários e situações contemporâneas.

2.1.1 Crime e Castigo

Antes de emitir um parecer sobre os tipos de vingança penais, é de suma importância avaliar a constituição de um conceito de crime, que é a ação anterior que evoca a vingança ou a pena. Èmile Durkheim (1858-1917), em *Deux Lois de L'Évolution Penale* (publicado em 1899), separa os atos ofensivos reputados como criminosos/desviantes em duas categorias fundamentais:

- a) O acometimento pode ser direcionado a um indivíduo, como o assassinato, o furto, a violência, as fraudes de todas as espécies, etc.;
- b) Ou contra coisas coletivas (ideais ou materiais), ou seja, contra autoridades públicas e seus representantes, os costumes, as tradições, a religião, etc.. (DURKHEIM, 2014, p.139).

Ou seja, a punição do que vem a se configurar crime, acontece como manifestação de um código social com consequência lesiva ao seu descumprimento. Nos casos da segunda tipificação (b) podem ser

¹²Ver Erich Fromm, “Anatomia de destrutividade humana” (1975) e Max Gluckman, “The Peace in the Feud” (1955).

passíveis de sanção determinados tipos de infrações, como a desobediência à prática de culto, a violação de rituais ou a não adesão a costumes.

Em sentido análogo L. A. Hart em *The concept of the law* (publicado em 1961), sugeriu que:

[...] em qualquer sociedade há ‘regras primárias’, isto é sobre o comportamento do indivíduo e ‘regras secundárias’, normas da sociedade referentes às primárias, ou seja, fórmulas sociais para aplicar sanções àqueles que não obedecem às regras primárias (HART apud SHIRLEY, 1987 p.12).

A pena é, portanto, uma instituição que remete as origens e (re)configurações das organizações sociais, de modo onde cada povo em cada época desenvolve seu próprio caráter de justiça penal, que consiste basicamente numa medida repressora imposta ao violador de uma ordem social, salvo quando é possível fazer um acordo. Todo povo em todo período histórico sempre teve seu questionamento penal (OLIVEIRA, 1983). Portanto, as penas que hoje são qualificadas como injustas em outras épocas não eram (BITENCOURT, 2006, p.29) – ou se eram, ao menos não eram invalidadas nas práticas penais, já que direito (expresso por lei) e justiça (moral) nem sempre coincidem.

2.1.2 Vingança Privada

A volição imediata de punir ocorre pelas mais variadas razões, mas por ser intrínseco a todo executor ou reivindicador solidário da pena, tem como uma de suas características um caráter subjetivo e emocional e, portanto, inerte ao ser humano. No entanto, a conceição do impulso do desejo de punir, ainda que surja com certa naturalidade, pode ser racionalizada, interpretada, premeditada, legitimada ou mesmo suprimida. Portanto, não há necessariamente, como defende Erich Fromm (1975), um fator inato¹³, algo como “sede de sangue” ou

¹³ Como diz Sahlins (2000), “valores culturais dominantes variam de sociedade para sociedade, mesmo que possam mudar rapidamente em qualquer uma delas. Não existe uma pressão seletiva universal em favor da violência ou de qualquer outra disposição genética, e os genes não podem controlar os valores comportamentais que variam rapidamente e de maneira independente deles. Por conseguinte, o que é fortemente selecionado entre os seres humanos é a capacidade de atualizar disposições biológicas inatas em uma grande gama de maneiras significativas e através de meios culturais muito variados. Pode ser que a violência seja

“instinto de morte” que leve o ser humano obrigatoriamente a resolver seus conflitos com brutalidade, já que há outros meios menos violentos ou até pacíficos para a dissolução de uma desinteligência.

O fenômeno impetuoso e subjetivo de reinvidicação de reação contraofensiva, quando não extinto e levado adiante como (re)ação é declarado no direito moderno em termos jurídicos como “autotutela” ou “justiça de próprias mãos” em jargão popular. A autotutela, em nosso código legal contemporâneo, somente se legitima em caso de defesa pessoal, e ainda assim existem critérios que o definem, entretanto, em circunstâncias de ausência total ou parcial de um poder judiciário, impera a vontade do mais “forte” ou “ardiloso”, configurando, portanto, nesses casos, vingança privada.

Como diz Keeley (2011, p.44), citando Hobbes: quando dois iguais desejam algo que apenas um pode desfrutar, um poderá escolher por subjugar ou destruir o outro na busca por tal objeto de desejo. Assim para preservar a sua liberdade (a ausência de impedimentos à sua vontade), procurando subjugar outros e/ou resistindo às tentativas de subjugá-lo, para no indivíduo uma conduta prudente de autopreservação.

Pode-se, portanto, de algum modo, ao menos numa concepção jusnaturalista, considerar-se esta reação (ofensiva ou contraofensiva punitiva) como uma primeira expressão presumida do que convém aqui chamar de “direito subjetivo” (natural)¹⁴ ou “direito subjetivado”. Segundo a filosofia jusnaturalista, esta forma de manifestação, ainda que social, pode, de certo modo, ser enquadrado no que é denominado “justiça natural”, onde as leis que a regem são universais, análogas às leis da natureza (*physis*). Em oposição temos a justiça positiva ou justiça legal, prescrita por convenção social (*thésis*). Esta oposição pode ser vista em Aristóteles e Platão no século IV A.C. na qual distinguem o direito positivo ou direito legal (*nomikóndikaion*) do direito natural (*physikón*) (BOBBIO, 1995). Aristóteles, no capítulo VII de *Ética a Nicômaco*, apresenta duas formas de distinção do direito, Norberto Bobbio (1995, p.17) parafraseia-o da seguinte forma:

inerentemente uma fonte de satisfação, mas nós humanos podemos fazer guerra em quadras de jogo, através da magia, profanando a bandeira ou dos mil outros modos que existem de “dar porrada”, inclusive resenhar livros. O que a evolução nos conferiu é a capacidade simbólica de sublimar nossos impulsos em todas as formas culturais que a história humana conheceu”.

¹⁴Na doutrina juspositivista do Direito moderno, o direito subjetivo tem outro sentido, já que para essa doutrina filosófica do direito, nega-se a existência de qualquer direito natural, aceitando somente a existência do Direito dos Homens. Seriam consideradas, portanto, as relações jurídicas antes do direito positivo codificado, apenas como uma espécie de protodireito positivo advindo das relações costumeiras transmitidas oralmente.

- a) O direito natural é aquele que tem em toda parte (*pantchoû*) a mesma eficácia (o filósofo emprega o exemplo do fogo que queima em qualquer parte), enquanto o direito positivo tem eficácia apenas nas comunidades singulares em que é posto;
- b) O direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas ou más a outros. [...] O direito positivo, ao contrário, é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro, mas uma vez reguladas pela lei, importa (isto é: é correto e necessário) que sejam desempenhadas do modo prescrito pela lei.

Para os jusnaturalistas o direito (natural) existe antes mesmo de um sistema jurídico legal ser instituído. Por se assim dizer, no sentido penalístico, se apresenta como um direito ainda não constituído como regra estritamente social, mas antes como uma regra espontânea e intrínseca ao ser-humano, atribuída diretamente à vontade inata de reivindicação de reparação do ofendido. Poderíamos dizer que numa situação hipotética ou mesmo real, onde duas ou mais partes conflitantes em uma devida comunidade e/ou circunstância, na qual ainda não existem regras instituídas que de fato determine o que é direito (lei positivada), poderia ou deveria surgir uma imposição de vontade (desejo de justiça) de cessar a sensação de violação da dignidade afrontada.

Podemos citar assim como exemplo de uma suposta justiça natural, a busca de reparação de litígio entre indivíduos com noções penais distintas que se encontram em território sem normas prescritas; ou o que pode ser visto nos lugares com baixa coesão social e que a lei não atinge uma eficácia prevalente, como nas rixas resolutas nas favelas, que ocorrem sobre um código próprio originado diante das circunstâncias do fato¹⁵; ou ainda as relações dentre nações, já que não há por assim dizer, um ordenamento jurídico internacional, senão

¹⁵ Não confundir com os casos de conjunto de normas formadas e ditadas por narcotraficantes paralelamente ao Estado. Sua origem pode até ter critérios que se encaixam no pensamento jusnaturalista, mas em seus efeitos habituais, já se constituem mais como um direito consuetudinário, pois já haveria uma adequação as vontades desses sob uma vontade de regras precedentes, ainda que impostas hierarquicamente.

somente apenas a suposição de cumprimento de princípios éticos e morais de declarações que delineiam suas relações políticas, que, no entanto, não configuram um júri supremo que possa julgar uma nação soberana com base em leis globais definidas *a priori*. Por conseguinte, em termos jusnaturalísticos, nos casos interpessoais, o dito direito natural, se diz subjetivo e nos casos internacionais e interétnicos, ou ainda quando positivados, objetivo.

Deste modo, os princípios jusnaturalistas, segundo os dogmas dessa corrente filosófica, são autoevidentes, portanto reivindicáveis por qualquer um, sendo que estes direitos devem ser revelados da natureza das coisas. Os principais direitos considerados naturais seriam por pressuposto: a vida, a integridade física, a honra, a dignidade, os costumes, a liberdade, a propriedade, etc.¹⁶ (BOBBIO, 1995).

Entretanto, se por um lado, segundo os jusnaturalistas, a origem de alguns direitos pode ser, em determinados fatos, revelado da natureza das coisas pela razão e assim configurado como natural, por outro lado, uma sociedade também forma normas em decorrer das atribuições de valores morais as relações sociais, conformando um direito consuetudinário (direito advindo dos costumes). O Direito Consuetudinário é a forma primária dos ordenamentos jurídicos, são a partir dos costumes que se originam as primeiras instituições penais.

A pergunta que fica, é se existe um “verdadeiro” direito natural ou se o direito é próprio das relações sociais, e, portanto, sempre positivo (formado e afirmado nas relações sociais). Este debate até pode ser pertinente, mas não cabe aqui aprofundar-se nele, mas apresentá-lo como instrumento de conhecimento da construção dos dogmas da pena.

Deste modo, para não nos prendermos em categorias solipsistas de legitimação da pena sob uma dita “justiça natural” subjetivada ou objetivada por noções morais que possam dedutivamente ser universalizadas (sendo ainda importante frisar que só se percebe psicologicamente o gatilho originário do desejo e percepção de um critério “natural” de justiça) é, no entanto, cabível nos intuitos deste trabalho, tratar aqui o conceito de justiça natural e seus modais de direito apenas como princípios, que legitimam a construção de normas sociais, sejam elas consuetudinárias ou normativistas em sentido estrito análogo as Constituições codificadas dos Estados que se encaixam nos moldes liberais modernos.

¹⁶ Sobre as concepções jusnaturalistas ver Locke (1978), Hobbes (1979, 1992), Rousseau (1989), Tomás de Aquino (2001), Grotius (2005) e outros.

De qualquer modo, dentre outros termos, podemos definir a vingança privada como à satisfação do lesado em infligir uma nova ofensa naquele que o cometeu o mal (OLIVEIRA, 1983), não sendo, no entanto, uma manifestação penal necessariamente aleatória, já que deve ser considerada na maioria dos casos (senão em todos) como preceito normativo pré-estipulado e como meio publicamente aceitável de resolver conflitos (endógenos e exógenos) nas sociedades, comunidades, famílias, grupos, clãs etc.. Ou seja, a vingança privada terá quase sempre, senão sempre, um caráter ritualístico, que em última análise procura restabelecer a paz (ainda que por vezes não tenha esse efeito e caia num círculo vicioso vindicativo) e, portanto, tem condições adstritas para seu uso (vinculadas, mormente a questões morais e religiosas¹⁷) quando usadas no seio social. Não sendo assim, a vendeta, algo totalmente anárquico, ao passo que respeita regras e estruturas simbólicas conhecidas ao menos pelo grupo propagador dessa estrutura organizacional punitiva e pelo indivíduo ou povo que estejam em conflito contínuo com estes. Ou seja, impossivelmente o verdugo terá suas origens extrínsecas a qualquer sociedade, portanto não há como ele estar completamente desvinculado de costumes punitivos (GLUCKMAN, 1955). Porém, um indivíduo, seja lá qual for sua cultura, não tem qualquer obrigação consigo de replicar seus costumes, podendo abdicar da contenda em função de outros meios pacíficos de resolução de conflito. Como diz Evans-Pritchard (1978, p.169), “a probabilidade de um homicídio se transformar numa vendeta, dependem, portanto, das inter-relações estruturais das pessoas envolvidas”.

Deste modo, haverá sempre alguma possibilidade de acontecer uma reviravolta punitiva individual ou coletiva, já que vontades, crenças, tabus, etc. podem se interseccionar em termos conflitantes continuamente ou descontinuamente por variados motivos. Assim sendo, para conservação de costumes e da integridade moral, física ou social, pode ser visto, em diversas etnografias, grupos, tribos e clãs, nas sociedades sem Estado, ou como eram pejorativamente chamadas, “primitivas”, se unirem na pretensão de proteger no que acaba por se configurar os interesses do bando (FROMM, 1975).

Fromm (1975) apresenta o que seria uma dessas formas, cuja se denomina na antropologia de “vingança de sangue” (*bloodfeud*), no qual

¹⁷ Malinowski, citando Hartland e outros autores, afirma que “as sanções religiosas, os castigos sobrenaturais, a responsabilidade do grupo, o tabu e a mágica são os elementos da jurisprudência entre os selvagens (sic)” (MALINOWSKI, 2003 p.53).

pôde ser visto algo semelhante em todas as partes do mundo¹⁸. A vingança de sangue, de acordo com Fromm, é um:

[...] dever sagrado que recai num membro de determinada família, de um clã ou de uma tribo, que tem de matar um membro de uma unidade correspondente, se um de seus companheiros tiver sido morto. Em contraste com o simples castigo, em que o crime é expiado pela punição do criminoso ou daqueles a quem está ligado, no caso da vingança sanguinolenta o castigo do agressor não dá fim a sequencia. A morte de caráter punitivo representa uma nova morte, o que, por sua vez, obriga os membros do grupo punido a castigar o que havia punido, e assim por diante *ad infinitum*. Teoricamente a vingança de sangue é uma cadeia sem fim e, na verdade, algumas vezes leva a extinção de famílias inteiras ou de grupos mais numerosos. (FROMM, 1975, p.366).

Segundo Davie (apud Fromm, 1975) até mesmo em populações ditas pacíficas, como os groenlandeses, esse tipo de vingança pode ser verificado, ainda que raramente e com práticas desenvolvidas em grau tênue, com poucas chances de ciclos de vingança. Conclusões de uma disposição vindicativa universal são vistas também no artigo de Max Gluckman, *The Peace in the feud* (1955), na qual o autor, ao analisar os estudos de Evans-Pritchard (1978) sobre o povo autóctone Nuer (localizado no Sudão, África), reitera que essa premissa é válida ao se comparar similitudes institucionais vindicativas entre os Nuer e a suscetibilidade de averiguação da vingança como principal meio punitivo em uma grande variedade de povos, desde sem instituições governamentais aos da Europa medieval até a dissolução do Estado Absolutista.

Deste modo, mesmo que cada um destes povos tenha suas particularidades de vingar, a partir dos Nuer em comparação com outros povos, Gluckman (1955) presume alguns fatores mais comuns da vingança encontradas nas mais diferentes sociedades como: a associação coletiva à vingança por algum vínculo de parentesco ou social (agregados, aliados, amigos, simpatizantes, solidários, etc.); a desproporcionalidade dos danos da contenda naqueles com laços sociais

¹⁸Ver Lawrence H. Keeley (2011) e também M. R. Davie (1929).

menos intensos ou forasteiros; a possibilidade de haver a renúncia da contenda por uma arbitragem ou compensação e; sobretudo a moral condenatória envolta de religiosidade/misticismo. No entanto, não devemos elevar esses fatores a uma essencialidade vingativa humana, pois como vimos não existe homogeneidade axiológica nem teleológica nas práticas penais.

Deste modo, de acordo com Keeley (2011):

[...] em muitas sociedades, os membros são extremamente não agressivos e não violentos em relação aos outros e, ainda assim, muito agressivos e violentos com relação a forasteiros. A maioria dos grupos trata certos forasteiros com amizade e delicadeza, outros com fria suspeição e reserva, e outros ainda com hostilidade e crueldade. A história humana é repleta de exemplos em que tais relacionamentos mudam de uma amizade familiar à inimizade amarga e ao que era novamente com rapidez notável (KEELEY, 2011, p.270).

Nos casos de retaliação entre membros de um mesmo grupo é comum uma punição limitada proporcionalmente ao dano cometido, e que também pode ser vista entre *Os Nuer* (EVANS-PRITCHARD, 1978; GLUCKMAN, 1955), assim como em outros tantos povos (KEELEY, 2011). A máxima, “olho por olho, dente por dente”, reflete os registros mais antigos das expressões punitivas limitadas, onde das referências mais clássicas está a “lei de talião” babilônica de aproximadamente 1700 A.C. cujo rei Hamurabi era adepto (OLIVEIRA, 1983).

Com este instituto procura-se romper com as retaliações sem fim, fortalecendo a possibilidade de romper os ciclos de vingança privada e provocar um sentimento de paz entre as pessoas e povos que assim preferem acertar suas desavenças. Outra forma de “talião” ou “reparação proporcional” é mais bem expressa nos povos¹⁹ de origem germânica,

¹⁹ No direito bárbaro alemão se instituiu o talião simbólico ou composição como medida integradora dos clãs, a fim de evitar a perda de seus melhores guerreiros para a discórdia entre os mesmos. “O antigo Direito germânico oferece sempre a possibilidade, ao longo dessa série de vinganças recíprocas e rituais, de se chegar a um acordo, a uma transação. Pode-se interromper a série de vinganças com um pacto. Nesse momento os dois adversários recorrem a um árbitro que, de acordo com eles e com seu consentimento mútuo, vai estabelecer uma soma em dinheiro que constitui o resgate. Não o resgate da falta, pois não há falta, mas unicamente

que com influências romanas, em certo período de sua história começaram a usar penas ainda mais brandas considerando-se, deste modo, à reparação por meios materiais como moedas, ferramentas, animais e outros recursos que pudessem ser considerados como valor substitutivo ao direito de vingança. Esta forma de retribuição conhecida como “talião simbólico” ou “composição” (*compositio* direito romano), era mais comum na retribuição de danos materiais e passara a uma adaptação a situações de conflito social corporal (OLIVEIRA, 1983, p.5-6).

2.1.3 Vingança Divina

Outra característica da punição como vingança está ligada ao sentimento de unidade, que reflete a coesão de uma estrutura familiar²⁰ ou comunitária onde um contraventor que comete um delito grave quebrando a paz social é, portanto, degredado da comunidade (OLIVEIRA, 1983, p. 3-4). O banimento do mal encarnado no malfeitor tem origem em crenças maniqueístas, que como diz Oliveira (1983), apresenta um caráter religioso e/ou místico a pena. Assim, até pouco tempo em todas as sociedades, salvo alguma exceção como a da experiência republicana romana²¹, que procurou separar Estado e religião, no que diz respeito às leis:

[...] o direito aparece envolto por princípios religiosos, a religião era o próprio direito, posto que imbuído de espírito místico. Assim, o delito era uma ofensa à divindade que, por sua vez ultrajada, atingia a sociedade inteira. Também, o poder dos reis e imperadores era imbuído de caráter divino e as leis penais encontravam-se introduzidas e misturadas nos livros sagrados (OLIVEIRA, 1983, p.7).

dano e vingança. Nesse procedimento do Direito germânico um dos dois adversários resgata o direito de ter a paz, de escapar à possível vingança de seu adversário. Ele resgata sua própria vida e não o sangue que derramou, pondo assim fim à guerra. A interrupção da guerra ritual é o terceiro ato ou ato terminal do drama judiciário do velho Direito Germânico” (FOUCAULT, 2005, p.57).

²⁰ Para Reich, a família é uma “fábrica de ideologias autoritárias e de estruturas mentais conservadoras” (REICH apud PEIXOTO JUNIOR, 1998, p.106) e por isso que “regimes totalitários têm como objetivo explícito protege-las” (idem).

²¹ Ver LACERDA NETO, Arthur Virmond de. A laicidade do Direito Romano. 2013. Disponível em: <https://direitoromanolacerda.wordpress.com/2013/05/27/a-laicidade-do-direito-romano/>; acesso em: 27 de maio de 2017.

Deste modo, direito e religião tendem a se confundir em diversas tradições jurídicas, a exemplo atual temos a Sharia no direito muçulmano em países do Oriente Médio. “A Sharia tem suas leis com referências no Corão, uma espécie atual de direito divino e público vinculados” (PALMA, 2011, p.193).

O Direito Divino e o Direito Público (que será mais bem visto logo adiante) também se confundem no Direito canônico ou eclesial que se firma no século XI com santo Ivo – santo dos advogados - e pode ser entendido como um “conjunto de normas estabelecidas pela Igreja Católica Apostólica Romana, cuja finalidade maior seria regulamentar a conduta dos clérigos a seu serviço enquanto instituição, bem como orientar o cotidiano do imenso rebanho de crentes” (PALMA, 2011, p.184).

Assim vingança privada, divina e pública são as principais orientações penais do direito no mundo até o século XVIII. Estes três tipos são por ora, lados de um mesmo prisma, uma influenciando a outra, com diferença que a vingança privada, que talvez possamos dizer que, é mais comum nas relações sociais em comunidades menores, ou periferias de cidades maiores, refletindo respectivamente sistemas penais dos núcleos familiares ou a sua ausência, e é manifestada diretamente entre os seres conflitantes; a divina se manifesta paralelamente a vingança privada, porém é invocada indiretamente pelos sacerdotes de dada comunidade, que deixam os pecadores sobre constante ameaça de punição vinda das entidades sagradas; a vingança pública, quando associada à divina, seria algo como uma interação das influências familiares e sagradas, só que cunhadas como norma geral por um poder centralizador, podendo estender a punição, com valores morais religiosos, de forma autoritária, para os outros não crentes ou vice versa quando a justiça pública está dissociada do caráter divino. Diferente da vingança privada que pode se estender para outros grupos (guerras), mas com forças mais planejadas e restritas, as penas legitimadas por caráter divino ou público, se apresentam com uma força mais pujante na sociedade, podendo ser centralizada, altamente hierarquizada e controladora. Os pontos comuns destes três tipos vingativos seriam a extensão autoritária, arbitrária, e desproporcional que todas podem desenvolver.

O Direito Divino tem ênfase na vontade e liberdade do indivíduo como causas do comportamento pecaminoso, que é fruto do livre arbítrio. É a inserção da culpa na escolha contrária aos valores morais

associados aos credos às divindades que origina a expiação no indivíduo, declarado como causador da insatisfação da divindade com os “homens”. Assolado pela sanção penal, este não pode sequer questionar sua razão, já que o pecador é o culpado pela vingança divina que recaí nele e também sobre todos os outros (de acordo com os crédulos).

No século XIII, São Tomás de Aquino (1225-1274) desenvolve uma associação naturalista do Direito Divino, agregando o Direito Público ao sagrado (na concepção judaico-cristã). Nessa orientação ocorre uma reestruturação do Direito Natural aristotélico. Reafirmando o pensamento *jusnaturalista* sobre bases cristãs, São Tomás alega que somente a *lex divina* é positiva. A *lex humana*, segundo ele deriva da natural, seja *per conclusionem* (processo lógico) ou *per determinationem* (Arbítrio instrumental revelados pela lei divina), ou seja toda lei é regida por vontade divina (BOBBIO 1995 p.20). O descumprimento das leis em qualquer circunstancia é, portanto, pecado, devendo ser punido o herege para expiar suas “dívidas” com Deus.

Para São Tomás, quando a lei natural se corrompe no coração dos homens, o melhor a ser feito é que a lei divina seja positivada, para assim ficar efetivamente regulado por lei, já que deste modo seria mais seguro que relegar o Direito ao arbítrio da memória e vontade dos juízes, sujeitos às falhas humanas. O pensamento tomista considera que os legisladores se preocupam com o futuro, enquanto os juízes julgam de acordo com o presente (CUNHA, 2012).

2.1.4 Vingança Pública

Nas sociedades feudais as ideias tomistas fortaleceram a representação divina e as discricionariedades punitivas nas mãos dos senhores feudais ou figura semelhante, associados como representantes divinos, aos quais, coexistem com o poder de outorgar as execuções penais, quase sempre brutais, configuradas como vingança pública para saciar a vontade do povo que anseia em assistir a retribuição penal aos condenados. No absolutismo (séc. XVI a XVIII) com a unificação do Estado e dos poderes na mão do rei, ampliou-se os julgamentos públicos (até então a maioria dos crimes que não tinha caráter público ou que não envolviam a realeza eram resolvidos privadamente de acordo com os costumes locais, seja com vingança, composição, ou intermédio de um mediador ligado à corte) e as penas ficaram ainda mais violentas e arbitrárias, assim como os tribunais eclesiásticos, que não costumavam aplicar as penas capitais até o período conhecido como Inquisição (que

surge no XII, mas toma proporções dantescas após o séc. XV) (PINKER, 2013; DURKHEIM, 2014, FOUCAULT, 1987). Como relata Pinker:

[...] nos tempos bíblicos e medievais e no início da era moderna, muitas afrontas e infrações triviais eram punidas com a morte, entre elas sodomia, maledicência, roubar couves, apanhar gravetos no sabá, responder mal aos pais e criticar o jardim real. Entretanto nos últimos anos do reinado de Henrique VIII houve mais de dez execuções por semana em Londres. Noutra momento, em 1822, a Inglaterra tinha 222 crimes capitais na legislação, incluindo caçar em local proibido, fraudar, roubar coelhos e cortar uma árvore. E como os julgamentos tinham uma duração média de oito minutos e meio, sem dúvida muitas das pessoas mandadas para o carrasco eram inocentes. (PINKER, 2013, p.219-220).

Nos tempos das monarquias absolutistas, em plena Idade Média, foram implantadas as penas mais terríveis já conhecidas, atingindo o apogeu dos suplícios no século XVII, quando as penas capitais (de morte) aconteciam das formas mais absurdas. A pena consistia na vingança do soberano aos seus súditos. Até esta época evitava-se punições tão graves à maioria dos crimes, punindo com morte geralmente crimes com violência como o assassinato, o homicídio, o estupro ou crimes de alta traição à realeza (DURKHEIM, 2014). No século XIV o poder Real já começava a demonstrar as primeiras ofensas de lesa-majestade, que eram desconhecidas no feudalismo. Incluem-se penas capitais inclusive aos infiéis por crimes religiosos como o sacrilégio. Mas, o soberano não agia apenas punitivamente, a clemência constituía a outra face da justiça divina (DURKHEIM, 2014, FOUCAULT, 1987).

Durante os séculos XVII e XVIII o debate naturalista greco-romano do direito regressa intensamente com o racionalismo iluminista²², que trazem consigo as clássicas análises hipotéticas de

²²Por toda idade média houve alguns vestígios do direito romano conhecido como “direito comum” (*jus commune*), um direito entre povos, mas perdera espaço para o direito consuetudinário germânico após as conquistas e estabelecimento dos povos dessa linhagem por diversos territórios europeus. Assim cada lugar tinha um *jus proprium*, sendo que nos feudos utilizavam o direito das comunas ou *civitates*(direito estatutário) (BOBBIO, 1995).

como seriam as relações humanas em “estado de natureza”. Estas teses surgem no sentido de explicar uma suposta origem das sociedades e da necessidade de um Estado não despótico.

Rebatendo a arbitrariedade das autoridades monárquicas e defendendo a limitação dos poderes destes, o filósofo francês Jean Jacques Rousseau (1712-1778), em *Do contrato social* (1762), cria o mito do “bom selvagem” que vivia livre, puro e feliz, acusando que as relações conflitivas surgem com a própria origem das sociedades e suas complexas relações. Para Rousseau, a pureza humana fora corrompida pela sociedade e seus desejos mundanos e por isso precisava-se de leis mais justas e próximas da natureza (ROUSSEAU, 1989).

Já Thomas Hobbes (1588-1679), em *O Leviatã* (1651), retrata o homem como naturalmente inclinado ao conflito, reivindicando que o Estado surge para admoestar este, sendo, portanto, o caminho para a convivência pacífica entre indivíduos em perpétua guerra entre si. Hobbes é o primeiro a romper com as ideias tradicionais jusnaturalistas tomistas, postulando por meio da razão e do nominalismo (denominação de leis gerais, que vem a ser o berço do positivismo jurídico moderno), que a lei natural deve ser protegida por um Estado forte, representado por leis claras e rígidas, cujas devem ser aplicadas com rigor. Hobbes é um claro absolutista, mas por meios de leis que representem a vontade geral do povo acreditava que se podia evitar e combater o despotismo (HOBBS, 1979).

Independente dessas hipóteses, ambos coincidem em demonstrar que apesar de uma dita “natureza humana”, corrompida (para Rousseau) e beligerante (para Hobbes) a sociedade se encontrava sobre ameaça constante, seja por desobediência dos cidadãos as leis ou pelo despotismo do soberano. Portanto, conforme estes dois autores, haveria a urgente necessidade de interferência nas leis para que fossem mais justas, necessitando, portanto, de medidas que freassem a tendência humana ao conflito, no caso de Hobbes, ou que se resgatasse a paz do “estado natural” pacífico e idílico de Rousseau.

Inúmeras críticas prosseguiram aos Estados absolutistas que acabaram por ruir, cada um ao seu tempo, em toda Europa a partir do fim do século XVII. Como na Roma Republicana, a formação dos Estados liberais fortalece a autoridade pública descentralizada, a competência de instauração e execução de leis fica sob o exercício de um código moral jurídico próprio, que retira o julgamento de uma plataforma pessoal para uma impessoal. Já não fica a critério da vítima, ofendido, ou soberano a disposição das leis, do julgamento e da punição. Surge o dever jurídico público onde a consecução da pena faz passagem

da entidade privada para a pública. A pena assume uma finalidade iminente política e procura romper com os traços vindicativos da justiça (OLIVEIRA, 1983, p.15-16). Os artifícios de controle social legal dão poder exclusivo da punição ao Estado que então regulará toda a forma de manutenção da ordem social.

Nesse novo Estado:

O castigo pode ser visto como uma espécie de aparato técnico; um meio instrumental para atingir um fim [...] uma relação coercitiva entre o Estado e o transgressor [...] um procedimento legal, uma forma de poder, um instrumento de dominação de classe, a expressão de um sentimento coletivo, uma ação moral, um acontecimento ritual ou a encarnação de certa sensibilidade. (Garland, 1999, p. 326).

Em 1804, na França após o fracasso da Revolução e com o golpe de Napoleão, entrava em vigor o código de Napoleão, que segundo Bobbio (1995, p.65), “nasce da convicção de que possa existir um legislador universal [...] que dita leis válidas para todos os tempos e para todos os lugares) e da exigência de realizar um direito simples e unitário”. O código napoleônico se utiliza de variadas fontes, e inclusive das críticas jusnaturalistas de Rousseau ao direito histórico da escola rival alemã (Escola Histórica do Direito), alegando que por ser amplo e complicado demais o direito histórico causaria julgamentos arbitrários. Com isso os legisladores franceses se determinaram a eliminar o acúmulo de normas jurídicas e instaurar no lugar um direito fundado na natureza e adaptado às exigências universais humanas (BOBBIO, 1995, p.65).

Do código de Napoleão, surge a “Escola da exegese”, que foi acusada de sepultar todo o direito precedente e conter em si as normas para todos os possíveis casos futuros, entretanto, o resultado foi um direito extremamente autoritário (ironicamente o oposto do que idealizava Rousseau), servindo o juiz apenas como a “boca fria da lei”. O caráter legalista é iminente nessa escola, afastando toda e qualquer participação moral do sistema jurídico, senão o previsto por lei. A lei não deveria ser interpretada, mas somente descrita e aplicada (prescrita) (BOBBIO, 1995, p.65).

Os “mitos” jusnaturalistas (contrato social, estado de natureza, lei natural...) foram então questionados pelo historicismo (movimento

filosófico cultural alemão) na primeira metade do século XIX, ocorrendo a “dessacralização” do direito natural. Para Carl Friedrich Von Savigny (1779-1861), expoente da Escola Histórica do Direito, o direito não é fruto da razão, mas do processo histórico e devia respeitar o espírito de cada povo (*Volksgeist*) (BOBBIO, 1995, p.65).

Estas duas escolas podem ser consideradas como precursoras do juspositivismo moderno (que será tratado na terceira parte).

Deste modo, a partir dos novos Estados-nações, com suas novas filosofias jurídicas, um estatuto tomará a partir de então toda a centralidade da punição: a privação da liberdade como pena, que estabelecerá a mais perversa das instituições modernas, a prisão (FOUCAULT, 1987).

2.2 ORIGEM DA PRISÃO COMO PENA DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE.

As primeiras utilizações da prisão celular como pena remetem a um sistema penitenciário ligado ao direito canônico existente na Europa do século V, na qual era destinada a elementos da classe clerical submergida em heresia e incredulidade. Estes praticavam o suplício em jejum, meditando e refletindo sob seus atos profanos em quartos isolados, com intuito de suplicar o perdão de Deus a partir de demonstrações de arrependimento explícito. Diferente dos membros da nobreza que nesta mesma época eram julgados pelo soberano, que predominantemente punia-os com multas pecuniárias, sendo que somente em casos de crimes com agravantes eram submetidos à execução sumária. Já para os pobres, restavam os castigos corporais e penas capitais, já que não tinham com o que barganhar a não ser seu próprio corpo (BITENCOURT, 2001; DURKHEIM, 2014;FOUCAULT, 1977; OLIVEIRA, 1983; RUSCHE & KIRCHHEIMMER, 1999, MELOSSI & PAVARINI, 2006).

As prisões na idade média, assim como em épocas anteriores, quando utilizadas não passavam de calabouços ou construções abandonadas, e que segundo a genealogia da prisão de Foucault (1977), exposta em *Vigiar e Punir* (publicado em 1975), serviam apenas para “guardar” o infrator a espera de sua execução ou punição, quase sempre corpórea. Somente no século XVIII, época do advento da sociedade capitalista e da revolução industrial, que as prisões vieram a tomar o caráter que conhecemos hoje, onde se encarcera o criminoso propriamente como punição. Essa nova prisão, segundo Rusche e Kirchheimer (1999), compartilha de ideais iluministas que propalavam

valores mais humanistas em relação aos antigos castigos corporais ordenados pelos monarcas absolutistas da renascença (fim do séc. XV até o início do séc. XVII), época da ascensão do capitalismo.

O “utilitarismo”, teoria oriunda àquele tempo (séc. XVII e VIII), teve papel importante na destituição do regime monarquista absolutista e foi desenvolvida por pensadores com ideais liberais como Jeremy Bentham e John Stuart Mill, e fora professada pela classe burguesa, que se consolidava por toda Europa. A doutrina utilitarista prega o bem comum como objetivo do contrato social (formação do Estado) e teve forte influência na formação do direito penal contemporâneo. Os contratualistas²³ afirmam que o Estado é uma convenção social erguida pelo cumprimento de normas e leis para assim se manter uma ordem e paz social. O descumprimento destas, portanto equivaleria dizer que o desviante é um inimigo do Estado²⁴. No entanto, com a pena de privação de liberdade pretende-se dar um caráter menos agressivo de retribuição legal do criminoso a vítima e a sociedade que os suplícios²⁵.

Deste modo, aplicada ao violador da lei, a pena de prisão tem obrigação de atribuir uma sanção privativa temporal e espacial de liberdade supostamente compatível com o dano causado a vítima e a

²³ Dentre os mais célebres estão Jean Jacques Rousseau (1712-1778), Thomas Hobbes (1588-1679) e John Locke (1632-1704).

²⁴ Rousseau em *Do Contrato Social* aponta para este viés do criminoso como inimigo do Estado.

²⁵ “A tortura não é coisa do passado, evidentemente. É praticada em tempos modernos por Estados policiais, por multidões em limpezas étnicas e genocídios e por governos democráticos em interrogatórios e no combate a insurreições. [...] Mas as recentes erupções esporádicas, clandestinas e universalmente execradas de tortura em tempos recentes não se comparam com os séculos de sadismo institucionalizado na Europa medieval. A tortura na Idade Média não era escondida, negada ou mencionada com eufemismos. Não era apenas uma tática com a qual regimes brutais intimidavam seus inimigos políticos ou regimes moderados extraíam informações de suspeitos de terrorismo. Não irrompia em uma multidão furiosa insuflada de ódio contra um inimigo desumanizado. Nada disso. A tortura integrava a tessitura da vida pública. Era uma forma de punição cultivada e celebrada, um veículo da criatividade artística e tecnológica. Muitos dos instrumentos de tortura eram primorosamente trabalhados e ornamentados. Eram projetados para infligir não apenas a dor física, coisa que um espancamento faria, mas também horrores viscerais, como penetrar orifícios sensíveis, violar o invólucro do corpo, expor a vítima em posturas humilhantes ou colocá-las em posições nas quais sua energia, ao esgotar-se, aumentaria sua dor e levaria à desfiguração ou morte. Os torturadores eram os grandes peritos de sua época em anatomia e fisiologia, e usavam seu conhecimento para maximizar a agonia, evitar danos a nervos que pudessem amortecer a dor e prolongar a consciência o mais possível antes da morte. Quando a vítima era do sexo feminino, o sadismo tornava-se erotizado: as mulheres eram despidas antes de ser torturadas, e em muitos casos seus seios e genitália eram os alvos. Gracejos insensíveis caçoavam do sofrimento das vítimas” (PINKER, 2013 p.196).

sociedade, abandonando assim as apresentações de execução intimidadoras e violentas em praça pública e outras formas violentas e ultrajantes de punição. A prisão pretende assim cumprir com seus objetivos de punição (retribuição) e prevenção de uma forma mais econômica e “justa” a todos, segundo o pensamento utilitarista da maior distribuição de bem-feitorias pelo menor custo social (FOUCAULT, 1977, RUSCHE & KIRCHHEIMMER, 1999).

Com a racionalização da prisão como punição, teóricos, como Jeremy Bentham (1748-1832) na Inglaterra, Cesare Beccaria (1738-1794), posteriormente Enrico Ferri (1856-1929), Rafael Garofalo (1851-1934) na Itália, Franz Von Liszt (1851-1919) na Alemanha - para citar alguns dentre tantos que contribuíram com as teorias do crime e da pena - proporcionaram uma conjugação de ideias e propostas que confluíram para uma nova filosofia do direito penal de influência liberal, dando origem à ideologia da “defesa social”, cujas assertivas fazem parte seis princípios: o de “igualdade”, o do “bem e do mal”, o de “culpabilidade”, o de “prevenção”, o do “interesse social” e de “legitimidade”.

O princípio do bem e do mal tem caráter de distinção entre cidadãos, onde se faz o controle da criminalidade em defesa da sociedade colocando no delinquente a marca do mal degenerador da ordem. O de culpabilidade está no fato punível que é a expressão de uma atitude interior reprovável. Seu autor atua conscientemente contra valores e normas que existem na sociedade previamente à sua sanção. Já o princípio de igualdade preserva o direito de qualquer cidadão ser julgado perante as mesmas leis. A igualdade é, portanto, nesse caso, jurídica, onde todos tem dever de prestar contas à lei. Há ainda o princípio de legitimidade que ordena toda a autonomia do aparelho punitivo ao Estado, tendo assim, o caráter exclusivo da possibilidade de repressão a seus cidadãos desviantes, promovendo assim a prevenção (o princípio de prevenção pressupõe evitar que o criminoso cometa novos crimes neutralizando-o, tanto como intimidar aqueles com uma suposta pré-disposição a cometer delitos) do crime por meio de encarceramento e outras punições. Por último o princípio da promoção do interesse social, ou seja, a manutenção da ordem. A teoria da defesa social, em sua essência, visa à interferência do Estado legitimada por lei (convenção social) sobre a sociedade (união cidadina) almejando à prevenção da infração legal por meio da coibição moral (vigência de normas a serem a seguidas), do medo (da criminalidade, da pena e do contraventor) e da aversão ao criminoso, responsabilizado pelas mazelas sociais atingidas pelo crime (BARATTA, 1997, p. 42).

Rusche e Kirchheimer (1999) analisaram, em *Punição e estrutura social* (publicado em 1939), esta reestruturação das formas de punição, apontando para uma causa idealista e mais humanista nas intenções dos críticos iluministas, que discutiam esta mudança nas aplicações de punições violentas para outras menos agressivas. No entanto, Foucault (1987) critica esta proposição de origem da prisão como pena. Para ele, o papel proeminente ostentado pelos reformadores do direito penal estaria essencialmente nas medidas econômicas de aplicação dos castigos, que segundo o autor, estava desajustada da nova realidade social e que, portanto, a justiça estaria ineficaz e ultrapassada, e deste modo precisaria de uma reforma forçosa. “A má economia do poder, e não tanto a fraqueza ou a crueldade, é o que ressalta da crítica dos reformadores” (Foucault, 1987, p. 68). Assim a reformulação do direito penal deve ser vista, de acordo com Foucault, como um método estratégico para o remanejamento do poder punitivo ao novo Estado burguês liberal.

As primeiras prisões inclusive tinham um caráter exploratório da força de trabalho presidiária e também de orientação disciplinar. Existiram nos séculos XVI e XVII na Europa, principalmente na Inglaterra e Holanda, instituições carcerárias denominadas de casas de correção (*housesofcorrections*) e casas de trabalho (*workhouses*), sendo que a primeira geralmente era destinada a jovens “delinquentes” e a segunda para impor trabalho aos desventurados (BITENCOURT, 2011, p.35).

Logo, as prisões estão assumidas sob uma nova forma de dominação repleta de procedimentos. Foucault (1987) descreve que a nova teoria jurídica da penalidade representa uma nova “economia política” do poder de punir, onde uma:

[...] microfísica [do poder] supõe que o poder nela exercido não seja concebido como uma propriedade, mas como uma estratégia, que seus efeitos de dominação não sejam atribuídos a uma “apropriação”, mas a disposições, a manobras, a táticas, a técnicas, a funcionamentos; [...] esse poder se exerce mais que se possui, que não é o “privilégio” adquirido ou conservado da classe dominante, mas o efeito de conjunto de suas posições estratégicas — efeito manifestado e às vezes reconduzido pela posição dos que são dominados. Esse poder, por outro lado, não se aplica pura e simplesmente como uma obrigação

ou uma proibição, aos que “não têm”; ele os investe, passa por eles e através deles; apoia-se neles, do mesmo modo que eles, em sua luta contra esse poder, apoiam-se por sua vez nos pontos em que ele os alcança. O que significa que essas relações aprofundam-se dentro da sociedade, que não se localizam nas relações do Estado com os cidadãos ou na fronteira das classes e que não se contentam em reproduzir ao nível dos indivíduos, dos corpos, dos gestos e dos comportamentos, a forma geral da lei ou do governo; que se há continuidade (realmente elas se articulam bem, nessa forma, de acordo com toda uma série de complexas engrenagens), não há analogia nem homologia, mas especificidade de mecanismo e de modalidade. Finalmente, não são unívocas; definem inúmeros pontos de luta, focos de instabilidade comportando cada um seus riscos de conflito, de lutas e de inversão pelo menos transitória da relação de forças. A derrubada desses “micropoderes” não obedece, portanto, à lei do tudo ou nada; ele não é adquirido de uma vez por todas por um novo controle dos aparelhos nem por um novo funcionamento ou uma destruição das instituições (FOUCAULT, 1987, p.30).

Deste modo, contrariando Rusche e Kirchheimer (1999), Foucault (1987) defende que essa:

[...] “reforma” não teve um ponto de origem único. Não foram os mais esclarecidos dos expostos à ação da justiça, nem os filósofos inimigos do despotismo e amigos da humanidade, não foram nem os grupos sociais opostos aos parlamentares que suscitaram a reforma. Ou antes, não foram só eles; no mesmo projeto global de uma nova distribuição do poder de punir e de uma nova repartição de seus efeitos, vêm encontrar seu lugar muitos interesses diferentes. A reforma não foi preparada fora do aparato judiciário e contra todos os seus representantes; foi preparada, e no essencial, de dentro, por um grande número de magistrados e a partir de objetivos que lhes eram

comuns e dos conflitos de poder que os opunham uns aos outros. Os reformadores não eram a maioria, entre os magistrados, naturalmente: mas foram leigos que idearam os princípios gerais da reforma: um poder de julgar sobre o qual não pesasse o exercício imediato da soberania do príncipe; que fosse independente da pretensão de legislar; que não tivesse ligação com as relações de propriedade; e que, tendo apenas as funções de julgar, exerceria plenamente esse poder. Em uma palavra, fazer com que o poder de julgar não dependesse mais de privilégios múltiplos, descontínuos, contraditórios da soberania às vezes, mas de efeitos continuamente distribuídos do poder público (FOUCAULT, p.68-69, 1978).

Assim, os novos mecanismos “tornam mais regular, mais eficaz, mais constante e mais bem detalhado em seus efeitos, enfim, que aumentem os efeitos diminuindo o seu custo econômico e o seu custo político” (FOUCAULT, 1987, p.69). Portanto, por esse viés para Foucault, “humanidade é apenas o nome respeitoso dado a toda essa nova economia do poder e aos seus minuciosos cálculos” (FOUCAULT, 1987, p.77). Desse período reformador restaram alguns princípios, cujos ainda se encontram relativamente atrelados aos códigos penais contemporâneos. Segue as regras conforme Foucault (1987):

- a) A regra da quantidade mínima: A punição deve ter em seu efeito o impedimento do crime. A pena não pode ser mais compensatória que o cometimento delituoso. Ou seja, a pena deve ser o recurso mínimo aplicado a reduto do Estado a fim de manter sua ordem.
- b) A regra da idealidade suficiente: O pretexto de punir está em pressupor uma representação simbólica da pena como uma oneração prevista, que deve ser maximizada na punição como intimidação pelo medo da própria pena;
- c) A regra dos efeitos colaterais: A pena pretende e deve ter efeitos de absorvência temerosa naqueles que não cometeram crime algum, devido à visibilidade da punição aos criminosos;
- d) A regra da certeza perfeita: Há de serem absolutamente compreensíveis e concisas as resoluções das leis que preceituam crimes e estas devem ser publicadas a conhecimento de todos para poderem ser aplicadas. O direito penal deve fazer parte de

- um corpo legislativo documentado que possa funcionar como fundamento do pacto social;
- e) A regra da verdade comum: Qualquer indivíduo acusado de crime deve ser considerado inocente até que seja comprovado inteiramente ou parcialmente culpado. Tem de se criar um julgamento de certeza irrefutável;
 - f) A regra de especificação ideal: A construção do código penal se dará de forma exaustiva definindo os crimes e fixando-os conjuntamente as suas respectivas penas aplicáveis.

Nessa mudança metodológica do direito penal, há, portanto, um desvio do objeto do processo jurídico-penal, do processo criminalizador e da própria punição. A partir deste ponto, o criminoso e o crime (o fato em si) cedem lugar (ao menos como epicentro das diretrizes da nova dogmática jurídico-penal e as respectivas execuções criminais) à vigilância à criminalidade, que assume o lugar de objeto de artifício da pena. “O direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade” (FOUCAULT, 1987, p.111).

Certamente que essa transformação não se deu subitamente, as definições de infrações se modificaram ao longo dos últimos duzentos anos. Condutas que eram permitidas e toleradas como o uso de substâncias entorpecentes foram proibidas e ganharam conotação criminosa. Outros crimes foram atenuados ou extingues, e os crimes ligados à igreja, como a blasfêmia, deixaram de serem fatos reprimíveis e puníveis (FOUCAULT, 1987).

Não que a apelação a expiação tenha desaparecido, mas apenas se transformado. O delinquente e o pecador continuam sendo um desprezível ser para a sociedade conservadora. Do suplicio a nova punição da alma, o sofrimento ainda é meio principal da pena, sendo assim o caráter principal para calculá-la, mesmo não existindo provas que o tempo ou intensidade dessa expiação cause, como se fazia pensar os clérigos penitentes, alguma impressão de arrependimento ou correção no indivíduo infrator. Nessa seara, dois aspectos são fundamentais na análise do castigo, conforme a análise de Nietzsche, a durabilidade “dramatiza” (cria memória) a sequência rigorosa dos procedimentos e a fluidez se assume perante as múltiplas finalidades e as expectativas ligadas aos procedimentos em torno da pena (apud CARVALHO, 2006).

Deste modo, a “punição” vai sendo ocultada do processo penal, deixando a percepção da violência, observada nas execuções penais públicas, para a consciência abstrata. A partir da prisão como pena, a eficácia penal “é atribuída à sua fatalidade, não à sua intensidade visível;

a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime” (FOUCAULT, 1987, p.13) e não mais o horror da punição corpórea brutal. “Por essa razão, a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada a seu exercício. O fato de ela matar ou ferir já não é mais a glorificação de sua força” (FOUCAULT, 1987, p.13), mas a punição da “alma” se torna o elemento essencial que a justiça é obrigada a aceitar como um mal necessário ao bem maior, à sociedade.

Rebatizada, a prisão moderna se espalha pelo mundo. Em muitas instituições carcerárias pode-se ver a nomenclatura de “Penitenciária” em referência as punições episcopais. Há, portanto, na prisão e em suas formas de controle certa relação com uma hierarquização divina do poder, aproximado com um discurso dicotômico de pessoa boa e má (inocente e perigoso) que justifica o tratamento penal como expiação devido ao seu caráter expurgador do mal. A imponente crueldade imperativa da prisão é apresentada como justa e merecida ao destinado infrator, por ser este um desajustado a ser corrigido.

Desta forma, o cárcere passara a ter a intenção de regenerar o “delinquente”. Como diz Foucault (1987), a justiça deveria receber um condenado e deveria devolver um cidadão útil. Passa-se então a tratar o condenado não mais como infrator, mas como delinquente.

O delinquente distingue-se do infrator pelo fato de não ser tanto o seu ato quanto a sua vida o que mais o caracteriza. A operação penitenciária, para ser uma verdadeira reeducação, deve totalizar a existência do delinquente [...]. O castigo legal refere-se a um ato; a técnica punitiva a uma vida [...] (FOUCAULT, 1987, p.211).

O “poder disciplinar”, para Foucault (1987), é a técnica na qual o Estado moderno utiliza como instrumento de controle. O delinquente passa a ser vigiado em sua totalidade. Todos seus movimentos devem ser previstos e acomodados à intercedência obediente as normas de domínio. Sobre essas circunstâncias, a punição é feita não somente em relação ao dano cometido pelo criminoso, mas também sobre a suposição da índole deste. Julgasse o crime por meio de “circunstâncias agravantes” que revelarão o temperamento deste, assim como seu nível de periculosidade. A tendência agressiva, a perversão, a impulsividade passam a serem critérios que são invocados para explicar os fatos do crime a serem julgados e determinar até que ponto a vontade do réu estava envolvida no crime.

O julgamento ultrapassa as fronteiras legais para as médicas. A “medicalização” do crime introduz:

[...] no veredito não apenas elementos ‘circunstanciais’ do ato, mas coisa bem diversa, juridicamente não codificável: o conhecimento do criminoso, a apreciação que dele se faz, o que se pode saber sobre suas relações entre ele, seu passado e o crime, e o que se pode esperar dele no futuro (FOUCAULT, 1987, p.19).

Criam-se a imagem dos “monstros”, dos “pervertidos”, dos “terroristas”, dos “psicopatas”, quando nos laudos periciais contemporâneos se qualifica os indivíduos perigosos sob a discriminação de “anomalias psíquicas” e de “inaptos à sociedade civil” (FOUCAULT, 1987).

No entanto, em se tratando acerca da consolidação e função da prisão é certo que tais premissas não sejam unânimes, nem unívocas, apesar de ser consenso sobre a perversão das formas de funcionamento da prisão. Outros estudos, como o de Georg Rusche (1900-1950) e Otto Kirchheimer (1905-1965), elaborado em 1937, décadas antes das análises de Foucault (feitas na década de 70) - que inclusive utilizou-se deste como referência - apontam para outros fatores distintos das análises póstumas de Foucault. Ainda que, como alega Fudoli (2001), a dupla de pesquisadores alemães tenha sido muito criticada, por se prenderem muito a um determinismo econômico, fundamentado na dialética marxista de luta de classes, para explicar a origem da intenção de aprisionamento que se expandia naquela época entre os mais pobres, não pode se dizer que esta teoria é totalmente refutável, até porque como será visto na terceira parte deste trabalho, há ainda evidências compatíveis com esta tese em nossa realidade. A “teoria do conflito”, de Rusche e Kirchheimer e descrita no livro *Punição e Estrutura Social* (1937), alega que o número de presos sobe quando a economia desanda e baixa quando a economia está em pompa, no entanto, não consegue dar conta de explicar com consistência a origem do sistema carcerário em uma conjuntura mais abrangente que não só pelo viés determinista econômico.

O postulado de Rusche e Kirchheimer, segundo o qual cada sistema de produção descobre e aplica um método de punição em sintonia com suas relações de produção não é propriamente novo àquela época, porque deriva da aplicação do chamado “princípio da menor

elegibilidade”²⁶, formulado no século XIX na Inglaterra em função da “*Poor Law Amendment Act*” (lei do alívio dos pobres), que alega que a pena deve ser o recurso mínimo utilizado pelo Estado a fim de inibir o crime, logo o princípio de menor elegibilidade propõe não permitir aos internos do presídio “um nível de existência semelhante ou melhor que o padrão de vida dos proletários detentores do menor salário” (FUDOLI 2001).

Nessa interpretação de Rusche e Kirchheimer aparece, portanto, outro fator assimilado a questão penal, a articulação da categoria mercado de trabalho relacionado às políticas de aprisionamento (FUDOLI, 2001, p.434). Estes autores não foram convincentes aos críticos póstumos a Teoria do Conflito, mas ainda assim fornecem palpites a novas teorias, por trazer novas atribuições às antigas teorias do crime. Mas assim como Foucault, que criticou os autores alemães, e que também ainda possa ser criticado por deixar de lado explicitamente o fator economista²⁷ da prisão, deixou, contribuições válidas e/ou sobrepostas a outras que um dia já foram atribuídas como verdades e que hoje foram aprimoradas, descartadas por falseamentos ou pelo menos tidas como superadas epistemologicamente, como nos casos das teorias da “Escola Clássica” de criminologia surgida na Itália em meados do século XVIII, da Escola Positiva do fim do século XIX e da criminologia do começo do século XX.

Existem, portanto, vários fatores que levam determinadas culturas a apreender a retribuição como solução “pacificadora”, até porque como foi dito a punição carrega um significado distinto em cada situação. Não tendo, deste modo, em seu dever, fatores apenas subjetivos senão também a existência de condições relacionadas a diversos fatores socioculturais simultâneos como: filosofias, ciências, mitos, símbolos, ideologias, credos, misticismo, tradições, tabus, etc. Porém, há aqui a intenção apenas em se analisar, ainda que não por sua completude, devido à infinidade da dimensão penal, sobre como as influências das redes de significados passadas podem influenciar nas mais distintas estruturas de uma organização social, principalmente a despeito da nossa política criminal, e levar a efeitos dos mais nefastos, quando

²⁶ Este princípio se assimila ao que Foucault constatou como princípio da quantidade mínima.

²⁷ Foucault fala em economia de poder e não necessariamente em economia de mercado, apesar de tratar a disciplina como fonte de dominação sobre a orientação do preso ao trabalho. Já Rusche e Kirchheimer tratam a respeito da interferência do número de prisões em relação ao balanço econômico e não somente como força de trabalho forçada ou explorada como ambos fazem.

conhecimentos e práticas antiquadas e descontextualizadas da realidade são levadas adiante.

2.3 EPISTEMOLOGIA DO DIREITO PENAL

Os saberes criminais sofreram muitas mudanças no decorrer dos tempos. Os primeiros pensadores se direcionavam ao estudo do crime (Escola Clássica), depois houve uma abordagem direcionada ao criminoso (Escola Positiva) e posteriormente tomou proporções mais diversificadas. Houve nos fins do século XIX e início do XX projetos “correcionalistas” do delinquente que mesclavam ideais iluministas e positivistas. Dos anos 50 do século XX em diante surgiu a verificação dos mecanismos de controle e do interacionismo social como denominador do sistema penal. Veremos a seguir um pouco dessas teorias, sendo que é mister saber que nem sempre prosseguem em evolução contínua os pensamentos criminológicos, ocorrem saltos, rupturas, mudanças de paradigma e até, porque não dizer, retrocessos.

2.3.1 Escola Clássica

O que hoje é denominado “Escola Clássica” das ciências criminais, trata-se de uma linha de pensadores iluministas que lançaram impressões críticas sobre a prisão e o direito penal (PENTEADO FILHO, 2012, p.30). O iluminismo foi uma corrente filosófica que se originou no fim do século XVII e se estabeleceu no século XVIII, o século das luzes. Com um pensamento liberal e humanista, alguns pensadores como Voltaire, Montesquieu e Rousseau, se destacaram por suas críticas a legislação criminal que vigorava na Europa neste período, pois vigorava nesta época uma ideia sobre o crime que permeavam uma aura maniqueísta herdada da tradição medieval, opondo o bem e o mal, sendo, portanto, comuns, debates iluministas acerca da “natureza humana”. Portanto, algumas teorias da pena estavam envoltas da crença de que havia homens que são cruéis por sua própria natureza e, portanto necessitavam de castigos que condenassem esse mal.

Para esses teóricos não havia outra medida senão o próprio mal para anular o mal, era o “mal necessário”. Estas teorias partem dos princípios jusnaturalistas, ainda que naquele momento lançassem mão de métodos seculares do movimento “Jusracionalista”, que deriva da razão de encontrar padrões na suposta natureza imutável do ser humano. Estas teorias de prevenção criminal pela expiação são chamadas de “teorias absolutas”, logo por adotarem medidas retributivas dos tempos

dos Estados absolutistas, onde a pena ficava a critério do soberano (PENTEADO FILHO, 2012).

Com a ascensão da burguesia e do capitalismo em compasso ao surgimento dos Estados modernos, assim como da expansão do movimento racionalista, surgiram teorias do Estado, nas quais dentre elas a do “contrato social” (como visto antes), que permeia a ideia de “igualdade” e união de todos os indivíduos de dada sociedade, que por meio das leis se faz surgir “[...] um grande pacto entre os homens, no qual estes cedem parcela de sua liberdade e direitos em prol da segurança coletiva” (ROUSSEAU apud, PENTEADO FILHO 2012, p.30).

Estes preceitos requerem castigar as atividades nocivas a todos e recompensar as condutas úteis ao “bem comum”. Contudo, haja vista a impossibilidade de beneficiar diretamente todas as atividades favoráveis, o utilitarismo pretende direcionar o Estado para conseguir bem-feitorias para a maior parcela possível dos pactuantes da “boa conduta” social-legal. Desta forma, diante do contratualismo, o delito refere-se a uma pessoa incapaz de celebrar contratos. Ou seja, o comportamento ilegal, para a maioria dos pensadores da Escola Clássica, é considerado, patológico, irracional e imoral, o que justificaria a intervenção corretiva ou retributiva no criminoso. (BITENCOURT, 2011, p.52).

A seguir veremos algumas construções de pensamentos criminológicos que legitimam a prisão como útil e necessária à sociedade, ainda que haja dissociação entre os pensadores, podemos dizer que eles podem ser divididos em “absolutistas” e “relativistas”, ou seja, para os primeiros a prisão serve apenas para punir e para os segundos para punir, mas também “corrigir” o criminoso como prevenção de crimes futuros.

A respeito dos pensadores da teoria absoluta da pena, temos Immanuel Kant (1724-1804), um notável pensador iluminista, que pregava que a pena deveria ter um fim sob ela mesma (retribucionismo), achava que jamais um homem deveria ser meio para algum fim, pois seria imoral tal fato, como no caso de usar a punição como meio de intimidação aos outros. O criminoso, na tese de Kant, deve ser punido pela simples razão de ter delinquido, sem levar em consideração a utilidade da pena para o delinquente ou para os demais integrantes da sociedade, negando, deste modo, toda e qualquer função preventiva da pena (BITENCOURT, 2012).

É imprescindível, segundo este pensador, que a lei penal deva ser absolutamente respeitada, pois seria incoerente e imoral não segui-la a risca, já que lei alguma teria credibilidade ou conseguirá atribuir seu

papel declarado senão obedecendo-a. Portanto, para Kant a pena não tem qualquer finalidade de corrigir o homem infrator, somente o de manter a ordem social estritamente pela submissão a lei e punição por seu descumprimento.

Para Kant a lei penal é um imperativo categórico (dever de seguir os costumes morais), que tem como consequência uma sanção penal em caso da quebra da moral (descumprimento da lei), devendo o infrator ser obrigatoriamente punido para se obter justiça. De acordo com as reflexões de Kant, quem não cumpre as disposições legais não é digno do direito de cidadania. Sendo obrigação do soberano castigar impiedosamente aquele que transgrediu a lei, descreve Bitencourt (2012).

Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) foi crítico de Kant. Para Hegel, a pena não deve ser equiparada como método para ser feita justiça. Ele estabeleceu que a pena em suma, seria a reafirmação do direito. Hegel, ao contrário de Kant, fundamenta a pena como a violação da ordem jurídica (vontade geral) por um fato antijurídico, que somente poderia ser restabelecida pela negação ao ato delituoso, ou seja, com a aplicação da punição descrita por lei. Aceitando esta tese, segundo Bitencourt:

[...] igualmente se deve aceitar que a pena não é somente um mal que se deve aplicar só porque antes houve outro mal, porque seria – como afirma o próprio Hegel – irracional querer um prejuízo simplesmente porque já existia um prejuízo anterior (BITENCOURT, 2012, p.186).

Assim, para Hegel, a pena é a negação do crime (antítese), sendo a aplicação da lei a negação da negação (tese), e, como a negação da negação resulta na afirmação, conclui-se por síntese, pelo método dialético hegeliano, que a pena é a reafirmação do direito (BITENCOURT, 2012).

Bitencourt (2010) aponta que, mesmo Kant e Hegel sendo defensores das teses absolutas ou retributivas da pena, se diferenciam entre uma e outra formulação: a fundamentação de Kant é de ordem ética, já a de Hegel, é de ordem jurídica.

Deste modo, segundo Barata:

[Dentre] o imenso legado jurídico da escola clássica, é de salientar a ideia de que a punição deve adequar-se às características da infração e não às características psicológicas e sociais do indivíduo que o cometeu. É esta ideia que gera o princípio de tratamento igual de todos os indivíduos perante a lei. [...] O indivíduo criminoso é tal como o não criminoso, um ser racional e livre que procura atingir o prazer e evitar a dor. Quando pratica o crime, fá-lo baseando num cálculo de riscos e recompensas [conhecido como livre arbítrio] (BARATA, 2004, p.10).

Na contramão das teses retribucionistas, Cesare Bonesana (1738-1794), marquês de Beccaria, no livro intitulado *Dos delitos e das penas* (1764), apresenta uma proposta de humanização às ciências penais, seu postulado dizia que mais valia prevenir que castigar. Para ele, assim como para Hegel, o crime tem caráter jurídico, pois vai contra as leis. No entanto, para Beccaria a pena também deveria atribuir uma culpa moral no delincente, de modo a prevenir e instaurar uma ordem social por meio de uma punição, entretanto, o caráter moral da pena não deveria ser somente retributivo no sentido negativo como pensava Kant, mas também como punição corretiva, com formas de estimular o indivíduo a abandonar a vida criminosa. Para Beccaria:

[...] os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime. Entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado (BECCARIA, 2004 p.47).

Ou seja, em sua crítica a uma punição meramente como retribuição ao delito cometido, inaugura um novo debate de caráter correcional a prisão, onde a prevenção está inserida não somente por meio da neutralização do delincente, mas também por meio de outras formas alternativas. Ele parte de uma lógica que se baseia nos princípios econômicos utilitaristas e contratualistas, ideias filosóficas de sua época.

Associando as duas teorias e explorando-as de forma possível a dirigibilidade a leigos, Beccaria atingiu êxito em sugerir suas propostas reformadoras que propagavam formas mais humanas de punição. Ele apontava para a necessidade das cadeias serem mais arejadas e higiênicas, além de defender a separação dos réus conforme o delito cometido. Suas ideias e propostas não chegavam a ser originais, mas, no entanto, eram mais eloquentes que as de antecessores. (BITENCOURT, 2011, p.50). Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2011), Cesare Beccaria pode ser considerado o primeiro a delinear de forma consistente e lógica os aspectos penológicos.

Contemporâneo do italiano Beccaria, o inglês Jeremy Bentham (1748-1832) contribuiu também aos debates penológicos da era iluminista. Ele fora um dos formadores e disseminadores da ideia utilitarista. Mas embora acreditasse em formas alternativas de prevenção ao crime, considerava que o fim da pena era prevenir delitos semelhantes por meio da intimidação penal (BITENCOURT, 2011, p.50). Segundo Bentham:

[...] considerando o delito que passou na razão de um fato isolado que não torna a aparecer, a pena teria sido inútil: seria ajuntar um mal a outro mal: mas como se observa que um delito impune deixaria o caminho livre não só ao réu, mas a todos os mais que tivessem os mesmos motivos e ocasiões para se lançarem ao crime, logo se reconhece que a pena aplicada a um indivíduo é o modo de conservar o todo. A pena, que em si mesma não tem valia; a pena, que repugna a todos os sentimentos generosos, sobe até emparelhar com os mais altos benefícios, quando a podemos encarar, não como um ato de raiva ou de vingança contra um criminoso ou desgraçado que se rendeu a uma inclinação funesta, mas como um sacrifício indispensável para a salvação de todos. (BENTHAM apud FERREIRA, 1995, p.28).

Bentham acreditava na prisão como um meio primariamente neutralizador e meio de gerar temor à punição como meio preventivo a criminalidade, mas não deixava de achar a prisão capaz de provocar mudança no caráter e hábitos do delinquente, no entanto, ele defendia boas condições na custódia do preso, renegando os maus tratos no

cárcere para poder se conseguir atingir esses objetivos (BITENCOURT, 2011).

Ele ficou conhecido também pela famosa prisão de controle total com o menor esforço possível conhecido por *panopticum*. Uma guarita central cercada de celas na qual nenhuma podia ver o vigilante, mas este poderia ver todos os movimentos da prisão sem ser visto. Em se tratando de movimentos do detento, Bentham também se preocupava com a assistência pós-penitenciária, onde o objetivo “reabilitador” deveria ser concluído com medidas assistenciais. Portanto, Bentham apesar de ser grande defensor da prevenção intimidadora da retribuição penal, corrobora com o progresso do abandono ao conceito tradicional de retribuição penal, considerando que a pena não deveria ter como fim causar profunda dor e sofrimento ao infrator (BITENCOURT, 2011).

Sendo assim, as teorias que fundamentam a punição como uma retribuição do mal pelo mal e, portanto, voltadas ao passado (o delito consumado) são conhecidas como “teorias absolutas”. Por oposto, se tem as “teorias relativas”, que se direcionam para o futuro, propondo prevenir a reincidência criminal ou de desestimular outros a cometer novos crimes.

Nesse sentido, Ludwig Feuerbach (1804-1872) também trabalhou em cima da função preventiva da pena apresentando uma distinção dupla: Uma com implicações a toda sociedade declarada de “prevenção geral” e outra tendo repercussão direta no indivíduo delinquente, a “prevenção especial”. A primeira pode ser entendida de acordo com a “teoria da coação psicológica”, em que Feuerbach pressupõe o desenvolvimento da pena como um mecanismo de evitar a ameaça de descumprimento da lei pelos homens, de forma que a lei possa coagir psicologicamente a todos os indivíduos e não somente naqueles que o consumaram os ilícitos penais. De acordo com esta teoria, cabe ao indivíduo refletir as razões de seus atos de acordo com as consequências estipuladas por lei, desmotivando a prática criminosa, com receio de ver contra si a aplicação de uma punição. Já a prevenção especial é direcionada ao indivíduo e pode ter caráter de prevenção negativa e positiva. Negativa porque deriva do sentido de neutralização como meio de controle a evitar que o detento reincida e positiva porque pode servir como meio reabilitador (BITENCOURT, 2011). Este último modelo preventivo, o especial, fornece novas percepções aos pensadores italianos da Escola positiva, direcionando os trabalhos criminológicos ao indivíduo delinquente, como se vê a seguir.

2.3.2 Escola Positiva

A “Escola Positiva” surgiu em fins do século XIX com a intenção de atribuir fatores determinantes aos crimes. Cesare Lombroso (1835-1909), o mais notável pensador dessa geração e considerado o fundador da criminologia, têm suas teses com tendências, em suma, “evolucionistas” e “positivistas”²⁸. Suas teses, no entanto, apesar de deixar grandes influências, ainda a nossa época, foram em sua maior parte descartadas postumamente, por apresentarem teorias fundadas em premissas indutivas de pouco rigor e em experiências pouco confiáveis e reducionistas. A antropologia criminal praticada por ele, procurava revelar traços criminosos no indivíduo, apontando nestes, vestígios primitivos e violentos, predeterminados pela fisiologia do indivíduo. Suas descrições tipificadas dos tipos delinquentes estavam presentes em sua obra, *O homem delinquente* (1876), onde fora descrito que “o clima, a vida social, etc. apenas desencadeariam a propulsão interna para o delito, pois o criminoso nasce criminoso [determinismo biológico]”. (PENTEADO FILHO, 2012, p.50).

Os postulados da Escola Positiva podem ser sintetizados da seguinte forma:

[...] o delito é concebido como um fato real e histórico, natural, não como uma fictícia abstração jurídica; sua nocividade deriva não da mera contradição com a lei que ele significa, senão das exigências da vida social, que é incompatível com certas agressões que põem em perigo suas bases; seu estudo e compreensão são inseparáveis do exame do delinquente e de sua realidade social; interessa ao positivismo a etiologia do crime, isto é, a identificação das suas causas como fenômeno [...]; a finalidade da lei penal não é restabelecer a ordem jurídica, senão combater o fenômeno social do crime, defender a sociedade; o positivismo concede prioridade ao estudo do delinquente, que está acima do estudo do próprio fato, razão pela

²⁸ Trata-se da corrente filosófica do francês Auguste Comte que se caracterizava pela subordinação da dedução, da imaginação e da argumentação abstrata pela observação dos fatos. A obra “Curso de Filosofia Positiva”, iniciada em 1830 e concluída em 1842, apresenta a ciência como a investigação do real, do indubitável, dos fatores determinantes dos fenômenos naturais. Comte preconiza a superação das instabilidades das relações sociais e políticas pelo desenvolvimento da ciência positiva (SÊGA, 2004).

qual ganham particular significação os estudos tipológicos e a própria concepção do criminoso como subtipo humano, diferente dos demais cidadãos honestos, constituindo esta diversidade a própria explicação da conduta delitiva. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA & GOMES, 2000, p. 176).

Rafael Garófalo (1851-1934), jurista adepto e grande contribuinte da Escola Positiva, afirmou que o crime estava propriamente no homem e que se revelava como degeneração deste. Partindo deste princípio, cunhou o conceito de “temibilidade” ou “periculosidade”, que para ele seria o índice de maldade internalizado no delinquente e, portanto, as razões na qual deve se temer em face deste. Sugeriu por fim a necessidade se conceber uma nova forma de intervenção penal: a “medida de segurança”²⁹ para suspeitos previsivelmente perigosos (PENTEADO FILHO, 2012, p.54).

Enrico Ferri (1856- 1929), também pertencente da Escola Positiva, expõe uma explicação do comportamento criminoso por fatores sociais como a população, religião e cultura, mas trazendo agora uma lógica de pré-disposição ao crime, sendo possível corrigir o delinquente, salvo exceções como os criminosos habituais (BARATA, 2004, p12). Ferri definiu a Sociologia Criminal como sendo a ciência da criminalidade e da defesa social, classificando criminosos em natos, insanos, passionais ocasionais e habituais.

A criminologia surgida da Escola Positiva toma vários rumos. No fim do século XIX já se encontrava dividida a criminologia em geral e clínica. Deste modo:

A criminologia geral consiste na sistematização, comparação e classificação dos resultados e obtidos no âmbito das ciências criminais acerca do crime, criminoso, vítima, controle social e criminalidade. A criminologia clínica consiste na aplicação dos conhecimentos teóricos daquela para o tratamento dos criminosos (PENTEADO FILHO, 2012, p.25).

²⁹ A respeito da medida de segurança será lidado no terceiro capítulo dessa monografia.

2.3.3 Escolas intermediárias

Ainda no fim do século XIX a *TerzaScuola* Italiana reuniu penalistas no sentido de romper com as orientações extremamente clássicas ou positivistas na criminologia, assumindo uma postura intermediária e eclética. Da colaboração inovadora mais relevante desta escola está a distinção de imputáveis e inimputáveis que também vinha sendo debatida pela “Escola Moderna Alemã”, que tinha configurações semelhantes à *TerzaScuola*.

Franz Von Liszt (1851-1919), jurista alemão contribuinte na política e sociologia criminal e também líder da Escola Moderna Alemã, em 1882, no Programa de Marburgo já declarava sua descrença na capacidade da prisão em educar um condenado (BITENCOURT, 2012). Já a “Escola Correccionalista” espanhola (em tempos de regime fascista) apostava logo no tratamento pedagógico do criminoso, pois o via como um ser inferior e incapaz de se governar a si próprio, mas ainda assim julgava que na maioria dos casos era possível a recuperação do delinquente (PENTEADO FILHO, 2012).

As escolas intermediárias ainda apresentavam um objeto muito vinculado ao indivíduo em relação às causas criminais, sendo somente com Èmile Durkheim (1858-1917) que o crime passa a ser visto como um fenômeno social exterior e coercivo face aos indivíduos, ou ainda como fenômenos generalizados numa dada sociedade e que apresentam uma propriedade autônoma das manifestações individuais.

Assim para Durkheim, as estatísticas nas ciências sociais apresentam uma especificidade que não tem como ser explicada somente a partir do somatório de variáveis (motivos) individuais. O crime será visto por ele, em sua análise da distinção do normal e o patológico em *As Regras do método Sociológico (publicado em 1895)*, como normal e funcional para a sociedade, pois contribuiria para a coesão social, pois apesar de mórbido, quando em excesso, o crime é necessário e útil e existe em todas as sociedades. Durkheim, que inaugurou a cátedra de sociologia sob os dogmas natural-funcionalistas de seu tempo (fins do século XIX), trata a sociedade como um corpo orgânico, onde todas as partes da sociedade formam “um todo” além da união das partes. Portanto, para ele, esse corpo social teria um caráter limitado de consciência coletiva, que seria formado pela soma das consciências individuais. O criminoso não compartilha dessa consciência e coesão social e, portanto, não respeita ou segue as normas gerais da sociedade. Por isso, Durkheim alega que o crime fornece a

ocasião para reafirmação da consciência coletiva e da solidariedade. Daí a sua utilidade e funcionalidade social (DURKHEIM, 1978).

A quebra do paradigma etiológico do crime por Durkheim rendeu muitas pesquisas e avanços na criminologia do começo do século XX, como será visto no segundo capítulo. No entanto, esse movimento relativista viera perder força em meados da década de 70, com a crise do *welfarestate* (Estado de Bem-estar), na Europa e Estados Unidos, dando brecha para renascer os ideais puramente retribucionistas.

2.4 O DIREITO PENAL DO INIMIGO (DIREITO PENAL MÁXIMO)

O “direito penal do inimigo” foi elaborado pelo alemão Gunther Jakobs em 1983, em meio ao enfraquecimento do exercício do discurso “ressocializador”. Com tendências de aplicação penal nos moldes clássicos e positivistas, Jakobs se apropria de uma interpretação ortodoxa da “defesa social” para legitimar seu discurso ultraretribucionista e de aplicação intensificada.

O rigor normativista é a base fundamental na dogmática jakobsiana. Para ele como para todo juspositivista excludente, as ferramentas de funcionamento do sistema jurídico encontram-se no interior do próprio sistema, não se sujeitando a influências valorativas (morais) externas. No entanto, no “Direito penal do inimigo” as normas positivas só dão direito àqueles que não as negam. Trata-se de uma distinção oposta ao direito civil (que procura garantir e proteger aos cidadãos os bens jurídicos expressos e resguardados na Constituição do Estado); a teoria de Jakobs propõe garantir a não negação do direito civil ao cidadão, evitando os fatos criminosos por meio do maior esforço de intimidação e neutralização ao criminoso, além da possibilidade de punição antecipada em casos de indivíduos considerados de periculosidade agravante como: o reincidente, o terrorista, o participante de organização criminosa, o narcotraficante, e os que cometem outros crimes que segundo Jakobs ameaçariam a integridade estatal. (BITENCOURT, 2012).

Sua influência vem de alguns conceitos de pensadores da era iluminista, como os teóricos contratualistas Rousseau, Hobbes e Kant e também do crítico desses, Hegel; mas, no entanto, pode se dizer que as ideias jakobsianas destituíram de alguma forma os sentidos originais dos respectivos pensadores, gerando um anacronismo e deduções “perigosas”. Das influências modernas há a “teoria dos sistemas” do sociólogo Niklas Luhman com suas análises da expectativa e da

comunicação como fenômenos sociais sistemáticos (BITENCOURT, 2012).

Na teoria do contrato social rousseauiana, o cidadão que abandona deliberadamente o costume as normas estabelecidas, em sentido estrito, perde os direitos como cidadão. Este passa a ser inimigo do Estado. Jakobs então se vale do pensamento de Rousseau no qual o criminoso pode ser considerado um inimigo do Estado declarado, já que rompe com o pacto social, e de Hobbes, onde ao menos o réu perigoso deve ser julgado como tal, ou seja, com rigores (JAKOBS & MELIÁ, 2007).

Para Kant que emana uma forte influência em Jakobs, qualquer um pode obrigar o outro a participar de uma Constituição cidadã, assim aquele que se negar a participar legítima sua hostilidade. Assim a informalidade de sua condição supõe-no não civil (rebelde), e coloca-o como “inimigo público”, pela ausência de “legalidade” e por seu estado de ameaça constante, assim como em decorrência da rotulação da falta de legitimidade deste como cidadão pela maioria da sociedade (BITENCOURT, 2012; JAKOBS & MELIÁ, 2007).

O cidadão considerado “legítimo” ou “de direito” ao gozo da proteção das leis ou a união destes podem, portanto, segundo Jakobs, impelir a desvincular o delinquente desta comunidade-legal ou impor sua custódia aos órgãos de segurança institucionalizados, entregando-o ao sistema penal (JAKOBS & MELIÁ, 2007). Mesmo uma ameaça ainda que virtual pode e deve, conforme esta teoria, ser combatida com sanções premonitórias, ou ainda com uso descomunal de força bélica estatal sobre o inimigo comum a sociedade, para assim manter e resguardar a segurança pública. Destarte, combate-se a hostilidade e a criminalidade com brutalidade de proporção desmedida.

Nesse embate de ações legais e ilegais, como diz Jakobs, ganha quem determina a norma, quem perde há de se submeter-se a esta determinação. Aqui as influências hobessianas se sobressaem, ao interpelar uma postura implacável da execução penal para os ameaçadores da “lei e ordem” pelo Leviatã (Estado “forte”); apesar de Jakobs fazer alarde de que o Estado não deve usar necessariamente de toda sua força para combatê-los. Com isso ele propõe certa ponderação punitiva nos casos menos graves, deixando espaço para possível acordo futuro (JAKOBS & MELIÁ, 2007).

Deste modo, apesar de todo delinquente ser inimigo do Estado nem todos devem ser tratados da mesma forma, a proporcionalidade da punição está relacionada com a periculosidade do indivíduo. Em casos de violações que acarretem danos menores, o indivíduo deve receber a

oportunidade de “restabelecer” a vigência da norma infligida e, portanto sua qualidade de cidadão, através de uma pena compatível a manutenção da efetividade do sistema jurídico-penal (JAKOBS & MELIÁ, 2007).

É, portanto, uma admissão jurídica austera. Como diz o próprio GuntherJakobs, “o direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo é só coação física, até chegar à guerra” (JAKOBS & MELIÁ, 2007, p.30). Não importa necessariamente a culpabilidade do indivíduo nesta guerra, apenas o suposto perigo futuro à vigência da norma já é suficiente à caracterização do inimigo. Seu efeito se assemelha a coesão social funcionalista durkheimiana, a não ser pelo caráter patológico da falta de rigor moral para julgar quem são inimigos e cidadãos, assim como regressão a vingança com parâmetros frouxos para sua execução como meio de justiça.

No Direito Penal do Inimigo, as expectativas pronunciadas nas leis se fazem cumprir com o que se procura inibir: “o perigo”. A decepção das intenções da lei, no que se refere à “teoria dos sistemas” de NiklasLuhman geraria a percepção de invalidade afirmativa da norma, gerando descrença pública nas leis e levando a banalidade criminal e, portanto, conforme a alegação de Jakobs, a retomada do “estado de natureza” (no sentido hobbesiano). Neste sentido, a estabilização das expectativas normativas da vítima perante o autor do rompimento normativo é o que faz retomar a segurança na sociedade, para tal efetivação suprime-se, como num Estado de Exceção, as garantias processuais penais, caso houver necessidade (JAKOBS & MELIÁ, 2007).

Assim:

Jakobs, por sua vez, incorporando fundamentalmente a teoria dos sistemas sociais de Luhmann, concebe o Direito Penal como um sistema normativo fechado, autorreferente (autopoietico) e limita a dogmática jurídico-penal à análise normativo-funcional do Direito positivo, em função da finalidade de prevenção geral positiva da pena, com a exclusão de considerações empíricas não normativas e de valorações externas ao sistema jurídico positivo (BITENCOURT, 2012, p.163).

Este discurso pode parecer absurdo, no entanto, com a propaganda de um sentimento de insegurança coletiva, identifica-se no

assaltante, no homicida, no traficante, no criminoso sexual, o inimigo da segurança pública. Karam (2015), crítica inclusive o avanço dos movimentos de esquerda (feministas, ecológicos, raciais) nas décadas de 70 em diante, que têm ido em direção de políticas criminais retribucionistas contra crimes dirigidos as “minorias”, cedendo munção para que esse discurso se fortaleça mais do que nunca, e distanciando-se das tendências inversas ao direito penal máximo.

Pois nesse sentido, a “[...] ilusão de encontrar um método de melhoramento da humanidade [...] [produz-se], como efeito, a moralização dos castigos (CARVALHO, 2006 p. 68)”. Alimentamos por estas vias a segregação e indiferença aos outros, decretando o dever de se punir rigorosamente aqueles odiados pelas massas, para marcar no (in)consciente coletivo a velha “marca” distintiva dos cidadãos de “bem e de mal”, negando o direito a redenção ao indivíduo errante. Assim como lembra Nietzsche:

[...] os castigos institucionalizados, através da ritualização operada pelos primitivos procedimentos do processo penal, mormente dos fornecidos pela matriz inquisitória, atuam na presentificação do delito e na manutenção da memória de vínculos obrigacionais fundados nas noções de “culpa moral” e “sentimento de dever”. A pena criminal, portanto, vivificaria o crime, mantendo acesa no corpo social a experiência de dor do delito (fato pretérito não mais passível de experimentação física). Nesta rede de imposição de sofrimento (pena) para atualizar a dor do crime, os mecanismos processuais forneceriam recursos mnemotécnicos. Na concepção de Nietzsche, o esquecimento é uma força inibidora positiva e ativa, não correspondendo a uma força inerte, cuja qualidade seria a de impedir que determinadas experiências penetrassem na consciência humana. O esquecimento atuaria como o “guardião da porta da consciência”, o “zelador da ordem psíquica”. A força viva produzida pelo esquecimento possibilitaria à humanidade condições de felicidade, pois bloquearia os efeitos da presentificação do passado [...]. Como força reativa oposta ao esquecimento, a criação da memória torna o homem capaz de gravar na consciência e na

ordem psíquica suas promessas (dívidas); fator fundamental para elaborar mecanismos que lhe prendam ao passado (NIETZSCHE apud CARVALHO 2006 p. 73-74).

Podemos verificar, deste modo, que os ensinamentos punitivos e criminalizadores de Jakobs conseguem aglomerar quase tudo aquilo de mais detestável das teorias e práticas antigas, e dá folego para mais uma era punitivista sem precedentes.

“É melhor correr o risco de salvar um homem culpado do que condenar um inocente”.
(Voltaire)

3 NOVOS PARADIGMAS DA CRIMINOLOGIA

Das teorias de prevenção geral (intimidadoras e repressoras) postuladas nos dois séculos passados (XVIII E XIX) surge então, nos fins do século XIX e começo do século XX, novas análises sociológicas do crime que renovam os artificios em defesa da “ressocialização” do delinquente, contrariando as influências positivistas de tratar o delinquente como inferior para retomar aos pensamentos daqueles “iluministas mais humanistas”, onde todo indivíduo é semelhante. Há, portanto, uma superação do paradigma etiológico (criminoso nato), apesar de que implicações doutrinárias positivistas na prática penal se manifestem ainda nos dias de hoje. Mas, em suma, na perspectiva do novo paradigma da criminalidade, o crime não é mais realidade ontológica, mas um status atribuído.

A expressão mais forte do movimento relativista da pena ocorre com a reconfiguração da Defesa Social por Filippo Gramatica na Itália, em 1945, em favor de penas e medidas alternativas. Marc Ancel na França corrobora com esse pensamento com sua Nova Defesa Social descrita 1954, defendendo o minimalismo penal e a garantia aos direitos fundamentais (BITENCOURT, 2012 p.144).

3.1 CRIMINOLOGIA

A palavra criminologia apareceu pela primeira vez em 1883 com o francês Paul Trebinard, mas foi disseminada internacionalmente por Garofallo, da Escola Positiva. Na Escola Positiva a criminologia ganhou suas primeiras características científicas, decorrendo sempre da interdisciplinaridade e tornando-se autônoma, porém vinculada a outras ciências como, sociologia, antropologia, filosofia, direito, medicina legal, psicologia e outras ainda. (PENTEADO FILHO, 2012).

A criminologia assim como o direito penal, são as ciências hodiernas que se ocupam de estudar o crime. No entanto, o direito penal é, segundo Penteado filho (2012), uma ciência normativa. “O direito penal conceitua crime como conduta (ação ou omissão) típica, antijurídica e culpável (corrente causalista)” (PENTEADO FILHO, 2012, p.19). Já a criminologia analisa o crime como um problema social, principalmente quando sua incidência está massiva e persistentemente detectada na população.

Não existe uniformidade na formação da nova doutrina criminológica, os padrões científicos são os mais variados, havendo conflitos teóricos irreconciliáveis entre as escolas. Muitas contribuições

vieram de escolas que não serão aqui citadas, por serem inúmeras as fontes. Cabe aqui apresentar apenas a “cervical” da nova criminologia e de forma breve, apenas para se explanar uma noção dos caminhos tomados pelos estudos criminais.

3.2 ANOMIA

A teoria estrutural-funcionalista de Durkheim, que depois foi prosseguida de análise por Robert K. Merton, rejeita o princípio do bem e do mal. Para esses dois autores o desvio é consequentemente normal em determinados limites e anormal apenas na hipótese de expansão excessiva e resistente da criminalidade em determinados ambientes (PENTEADO FILHO, 2012).

Merton explica o comportamento desviado como “um sintoma de dissociação entre as aspirações socioculturais e os meios desenvolvidos para alcançar tais aspirações” (PENTEADO FILHO, 2012, p. 64). Ele trabalha com o conceito de anomia usado por Durkheim para demonstrar um conflito cultural ou normativo, na qual um segmento de dada cultura está em conflito de valores com outro segmento. Na conceituação mertoniana de anomia estão às “metas culturais”(status, poder, riqueza, etc.) de um lado e do outro lado os “meios institucionalizados” (normas, leis, trabalho, escola, etc.) para alcançar a meta. Há assim, como resultado deste conflito: a “conformidade” ou “comportamento modal”, já que este é o tipo mais usual, que é quando não ocorrem comportamentos desviantes para se atingir as metas socioculturais. Existe também a “inovação” dos indivíduos que almejam as metas culturais dominantes, mas por algum motivo negam os meios legais. Merton alega que esse caso geralmente ocorre quando nem todos os meios estão à disposição do indivíduo, que rompe com o sistema normativo para assim alcançar sua meta desejada, mesmo que cortando caminho com uma conduta desviante passível de punição. O “ritualismo” é considerado por ele como um jeito de renunciar os anseios modais, seja por acreditar que nunca alcançarão aqueles objetivos ou mesmo por negarem aquela “necessidade”, mas ainda assim seguem as normas. Já para os “evasivos” ou “retraídos” há uma desistência não só das metas culturais, quanto dos meios institucionalizados. Aqui se encaixam os alcoolistas, os drogados inveterados, os mendigos, etc.. Por derradeiro pode haver a “rebelião” justificada pelo inconformismo e revolta, cuja campanha, manifesta a rejeição das metas e meios, reivindicando uma nova ordem sobre um novo paradigma (PENTEADO FILHO, 2012).

Conforme Barata:

[...] Merton, vê a delinquência como o produto da existência de fortes desigualdades sociais numa sociedade que universalizou a ética do sucesso individual, enaltecendo a figura do “self mademan” e estigmatizando o “looser” (BARATA, 2004, p.19).

3.3 ESCOLA DE CHICAGO

A Escola de Chicago, no início do século XX, corrobora com a teoria da anomia, desenvolvendo diversos estudos sociológicos do crime, ajudando a derrubar o antigo paradigma etiológico do crime, que implicava no indivíduo a causa determinante do crime. A nova sociologia criminal procura desvelar configurações simbólicas da realidade do crime na sociedade. Aponta-se para causas sociais para justificar o comportamento daquele que vai contra as normas, o criminoso é fruto dos problemas sociais no qual está inserido.

3.3.1 Teoria ecológica do crime

O estudo de Clifford Shaw e Henry McKay “mostra que o indivíduo delinquente não o é por qualquer fator de constituição física ou psicológica, mas por aquilo que aprendeu em interação com as outras pessoas, principalmente com aquelas que lhe são mais íntimas” (apud BARATA, 2004, p.16). A “teoria ecológica” criminal de Shaw & McKay (apud PENTEADO FILHO, 2012) se estrutura sobre dois conceitos: a ideia de “desorganização social” e de identificação de “áreas de criminalidade”. “O crescimento desordenado das cidades faz desaparecer o controle social informal; as pessoas vão se tornando anônimas, de modo que a família, a igreja, o trabalho, os clubes de serviço social etc. não dão mais conta de impedir os atos antissociais (PENTEADO FILHO, 2012, p.61)”. Deste modo, a ausência das instituições estatais como polícia, escolas, postos de saúde, hospitais etc. cria a porta para anomia e o surgimento de organizações criminosas.

Deste modo, alega-se que o crescimento desordenado das cidades dá origem aos crimes organizados, que criam uma rede de controle social informal. Os indivíduos atomizados e desamparados, deste modo, estão pré-dispostos ao crime devido à ausência das estruturas básicas familiares e do Estado. Todavia, segundo esta teoria

não há prevenção que se resolva a questão criminal, senão com ações afirmativas³⁰ que deem condições para que o indivíduo consiga manter-se dentro de uma condutalegalmente aceitável. Por isso os estudiosos desta teoria propõem que se invista em programas comunitários para tratamento de delinquentes e prevenção do surgimento de infratores. Assim se levanta a importância da existência de uma boa infraestrutura local e condições sociais favoráveis a expressão da cidadania, para que se possa investir menos numa negativa repressão social e mais numa prevenção criminal por meio da afirmação e integração social (PENTEADO FILHO, 2012).

3.3.2 Teoria da subcultura delinquente

Outra teoria da escola de Chicago, a da “subcultura delinquente”, foi criada pelo sociólogo Albert Cohen e citada no livro *Delinquent Boys*, publicado em 1955. Três ideias sustentam esta teoria: a) o caráter pluralista e atomizado da ordem social; b) a cobertura normativa da conduta desviada; c) as semelhanças estruturais, na gênese dos comportamentos regulares e irregulares.

A noção de ordem social e normas desta teoria não correspondem à ordem dominante, mas a estabelecido pelo grupo. Por exemplo, as gangues e organizações criminosas admitem suas próprias regras e valores sociais. Portanto, não haveria um sentimento de culpa no delinquente, devido à relativização da validade de valores morais. A origem das gangues, para Cohen, está no convívio de jovens das periferias e na formação de um grupo hierarquizado com um sistema de aprovação forjado pelos integrantes superiores, que exigem testes de aceitação (cometimento de delitos) de novos membros, concedendo paulatinamente respeito conforme se adquire status no interior da gangue. (PENTEADO FILHO, 2012). Segundo Cohen há alguns fatores peculiares da subcultura delinquente como: o não utilitarismo da ação (ausência de beneficiamento que não o próprio, ou mesmo a prática do crime sem uma motivação racional), malícia na conduta (prazer em prejudicar o outro), e negativismo aos padrões da sociedade civil. (PENTEADO FILHO, 2012).

³⁰“Ações afirmativas são medidas que visam criar oportunidades iguais para grupos e populações excluídas do ponto de vista social. Trata-se de ações que preveem diferentes formas de execução e têm como objetivo promover maior inserção desses grupos e populações seja nos sistemas de saúde e educação, seja no mercado de trabalho.” (DOS SANTOS, 2012, p.212).

3.3.3 Teoria da oportunidade

Na mesma linha, o trabalho de Richard Cloward e Lloyd Ohlin, *Delinquency and Opportunity*, de 1960, é visto que os delinquentes:

[...] interiorizaram a ética do sucesso individual e as aspirações materialistas, pelo que esse insucesso lhes trará sentimentos de humilhação, angústia e culpa – frustração de status. Colocado nesta situação, o jovem está perante um problema de aquisição de respeito e status em função de um grupo de referência. A perspectiva de um fracasso social leva-o a rejeitar psicologicamente aquilo a que inicialmente aspirou e a desenvolver comportamentos que invertem os valores e normas à luz dos quais iria falhar. Mas este não é um processo individual e isolado. Pelo contrário, é um processo coletivo de interação, diálogo e compromisso, realizado através de gestos exploratórios, de insinuações sucessivas, entre um conjunto de jovens com problemas de adaptação semelhantes. E, assim, vão formando um grupo que atribui status em função de critérios ao seu alcance e que lhes proporciona uma constelação de valores alternativos. (apud BARATA, 2004, p.19-20).

Cloward e Ohlin, em seus estudos, procuram ainda, detectar as condições, cuja frustração de status se converte em delinquência e criminalidade. Estes afirmam que os “desviantes” internalizam uma realidade que flerta, segundo Barata:

[...] com o conceito de oportunidades ilegítimas, [sendo ainda que estes colidem com o acesso a ambientes que propiciam] a aprendizagem dos valores, normas e técnicas necessários ao desempenho de papéis desviantes, bem como a possibilidade de desempenhá-los com o apoio moral de um grupo. [No entanto], [...] nem todas as subculturas delinquentes expressam conflito, irracionalidade e inversão dos valores dominantes. Nas áreas urbanas onde o crime já existe de uma forma organizada no mundo adulto, os jovens passam da pequena delinquência a uma vida

adulta de crime profissional e no contexto de organizações onde o crime é um meio disciplinado e racional para a obtenção de lucros econômicos, proporcionando tradição, hierarquia e carreira, bem como as necessárias pontes de apoio ao mundo convencional (políticos, juristas, clérigos). Por outro lado, muitos jovens falham duplamente em integrar uma gangue de subcultura de conflito e, por outro lado, em prosseguir uma carreira num contexto de subcultura criminal, envolvendo-se numa subcultura de evasão, de procura da gratificação imediata, caracterizada, sobretudo pelo consumo de drogas (apud BARATA, 2004, p20).

3.3.4 Teoria da associação diferencial

A “teoria da associação diferencial” foi desenvolvida pelo americano Edwin Sutherland (1883-1950), que afirma que o comportamento criminoso é aprendido. Esta teoria aborda não somente os crimes considerados comuns, mas também o que veio a ser denominado por ele no fim dos anos 30 como crimes do “colarinho branco”, efetuados por agentes econômicos, que integram o que se chama hoje de “cifra dourada” do crime, ou seja, crimes de valores vultosos. Sutherland não faz a associação entre criminosos e não criminosos, mas da disposição de condições favoráveis ou desfavoráveis ao delito. A aprendizagem seria feita num processo de comunicação entre pessoas inclinadas à violação da lei por terem conhecimentos técnicos apropriados, motivações e impulsos que justificassem essa racionalização da atitude criminoso (apud PENTEADO FILHO, 2012).

3.4 CRIMINOLOGIA CRÍTICA E CRÍTICA AO DIREITO PENAL

Portanto, esta “nova criminologia” começou a ser elaborada a partir dos anos 30 após a crise econômica global, entretanto, por cerca de 40 anos a criminologia ficou praticamente resignada em produção científica, tendo algumas exceções como os estudos vistos. Somente nos anos 70 que nos EUA, Inglaterra e posteriormente em boa parte da Europa que os debates criminológicos efervesceram novamente. Sobre uma perspectiva marxista surge uma teoria mais radical, que critica as teorias criminológicas anteriores. Essa nova criminologia é chamada de radical ou crítica.

Os “teóricos do conflito³¹”, com fundamentos marxistas da luta de classes, se contrapõem as “teorias do consenso³²” (que vê os conflitos como problemas e não como a própria ontologia social dessa forma de organização, a capitalista, “visando a convencer aqueles que nada possuem a permanecerem miseráveis, mas dóceis” (SILVA E ROCHA, 2012, p.3)), por não concordarem “com assertiva de que a pena visa essencialmente ao controle do crime, nem de que a criminologia exerce o papel da ciência mitigadora do fracasso do sistema penal” (FUDOLI, 2001, p.427).

As teorias do consenso procuram partir da análise do delito, investigando a conduta antissocial e suas causas, assim como o tratamento dado ao delinquente para que esse não reincida mais, bem como a ineficácia destas medidas. Por outro lado, as teorias do conflito estudam o controle social a partir das relações de poder que influenciam a estrutura da ordem social. Desta forma, o foco das pesquisas está, portanto, direcionado aos processos de criminalização. Há assim, uma perspectiva macrossociológica que procura explicar o crime e as instituições que o circundam (FUDOLI, 2001).

No entanto, neste sentido, o criminólogo italiano Alessandro Baratta, se ocupou de não somente de criticar a criminologia antiga, mas também por meio da sociologia jurídica e da sociologia jurídico-penal, de fazer críticas ao direito penal. Ele faz ressalva para a necessidade de estudos empíricos desses fenômenos, já que em sua estrutura existem objetos abstratos não observáveis empiricamente e que, portanto, devem ser analisados teoricamente. O que não significa, segundo ele, que as teorias não possam ser descritas com controle e rigor.

O objeto da sociologia jurídico-penal distingue e trata três categorias de comportamento, que seriam de acordo com Baratta (1997):

- (a) [...] as ações e os comportamentos normativos que consistem na formação e na aplicação de um sistema penal dado;
- (b) [...] os efeitos do sistema entendido como aspecto “institucional” da reação ao

³¹ Nessas teorias a harmonia social se faz acontecer sobre a relação de força e coerção entre dominantes e dominados. A concepção do direito penal tem por interesse proteger os interesses do grupo social dominante.

³² Todas as anteriores que analisam a realidade social pela visão liberal-contratualista de uma sociedade harmônica, composta de elementos perenes, integrados, funcionais, estáveis e que se baseiam numa ordem consensual de seus integrantes.

- comportamento desviante e do correspondente controle social;
- (c) [...] as reações não-institucionais ao comportamento desviante, entendidas como um aspecto integrante do controle social do desvio, em concorrência com as reações institucionais estudadas nos dois primeiros aspectos e em nível de abstração mais elevado, as conexões entre um sistema penal dado e a correspondente estrutura econômico-social (BARATTA, 1997, p.23)

Estes campos de estudos se distinguem, portanto da sociologia criminal que estuda principalmente a origem e a função do comportamento desviante no interior da estrutura social dada. Já as sociologias jurídica e jurídica-penal estudam a reação ante o comportamento desviante, os efeitos e a função desta reação com a estrutura social e os fatores condicionantes para a manutenção dessas instituições (BARATTA, 1997, p.24).

Baratta, com sua abordagem crítica questionou (até seu falecimento em 2002) a postura de “contra-reforma” das políticas prisionais ao redor do mundo nos últimos tempos. Segundo ele, uma postura neutralizadora se reestabeleceu com ainda mais força depois da crise do *WelfareState* (Estado de bem-estar) nos Estados Unidos e países europeus, principalmente entre os anos 70 e 80 (BARATTA, 1990). Como observa Baratta, a criação de presídios de segurança máxima e a guerra contra o terrorismo demonstram explícita renúncia aos objetivos “reintegradores” da prisão (BARATTA, 1990).

Portanto, a tese central comungada pelas vertentes da criminologia crítica é a redução do sistema penal ou mesmo o seu abolicionismo, já que a política dos substitutivos penais não tem conseguido romper com a estrutura punitivista, que muito pelo contrário, tem se expandido e relegitimado a lógica do encarceramento (CARVALHO, 2010b p.152).

Os criminólogos críticos mais moderados apoiam um aprimoramento do que David Garland chamou de “previdenciário penal”, trata-se de “uma estrutura [...] híbrida, que [...] [combina] o legalismo liberal do devido processo legal e da punição proporcional com um compromisso correccionalista de reabilitação, bem-estar e o saber criminológico especializado” (GARLAND apud CHIES 2013, p. 16). Conforme os defensores deste modelo penal, “é necessário que as alternativas à prisão sejam efetivamente alternativas, e não sistemas

adicionais, apêndices ou válvulas de escape do insolvente modelo carcerário” (CARVALHO, 2010b p.153).

Por outro lado, os radicais plenos defendem o abolicionismo ou reformulação do sistema penal por que:

[...] rejeitam as definições jurídico-legais (porque sua neutralidade é uma ficção), sociológica (porque aceita acriticamente a ordem social e os valores dominantes) e do senso comum (porque é manipulado ideologicamente) e propõem uma concepção do crime por referência aos Direitos Humanos, encarados como um processo histórico de afirmação, expansão e reivindicação. Crime será então, toda a violação, individual ou coletiva dos Direitos Humanos (BARATA, 2004, p.24).

3.4.1 Teoria da reação social

Pouco antes do surgimento da criminologia crítica, surgiu nos anos 1960 a “Teoria da reação social” (*labellingaprouch*, interacionismo simbólico, etiquetamento ou rotulação) nos Estados Unidos com ErvingGoffman e Howard Becker como principais expoentes. A reação social diferencia o criminoso do homem comum por meio do estigma negativo dado aos desviados.

A criminalidade não seria um dado ontológico pré-constituído, mas realidade social construída pelo sistema de justiça criminal de definições e da reação social; o criminoso não seria um indivíduo ontologicamente diferente, mas um *status* atribuído a certos sujeitos selecionados pelo sistema penal (BARATTA, 1997, p.11).

A interação social por parte do grupo dominante é de rotular como um comportamento reprovável a conduta desviante as normas por eles instituídas, impondo sanções àqueles que agirem em desconformidade com as normas vigentes. O crime é, portanto, uma construção simbólica direcionada de uns a outros sobre certos atos ou de sua omissão e não o fato em si. Aqueles que recebem o rótulo de desviado no processo interativo são geralmente acusados de expor perigo e constrangimento o grupo designador desta etiqueta, o inverso não tem validade. Esta marca acaba acarretando diretamente sobre todas

as outras relações sociais do indivíduo estigmatizado que fica praticamente abandonado à marginalidade (PENTEADO FILHO 2012).

Neste sentido, se produz a “criminalização primária” ou formalno ato delitivo descrito em lei, que conforme a tipificação do crime, a justiça condena o indivíduo como “fora da lei”. A “criminalização secundária” ou informal ocorre quando esse mesmo tipo recebe a etiqueta de delinquente, seja pelo controle do sistema penal aplicado por policiais, promotores e juízes criminais, ou por acabar também sofrendo um controle informal promovido pelos jornais sensacionalistas ou mesmo por conhecidos, familiares, vizinhos, empregadores, por criarem uma expectativa social que este venha a perpetuar o comportamento delinquente. Destarte, o estigma pode fornecer também um aspecto confirmado pelo rotulado, quando esse já se reconhece por seu valor diferenciado e se une a outros semelhantes, buscando ainda destacar está marca como símbolo de poder como no caso da subcultura delinquente.

Como diz Baratta (1997, p.10), “a estratificação dos grupos sociais conduziria a relativização de valores e normas volatilizando a noção de crime”. Principalmente quando o sujeito não se julga culpado “ou não considera criminosa a ação, ou acha a lesão da vítima merecida, ou define as instituições de controle como corruptas e hipócritas, ou enfim, sente-se preso a outros deveres de lealdade (BARATTA, 1997, p.11)” indo de encontro a valores alternativos aprendidos na interação subcultural. Juarez Cirino dos Santos aduz que:

[...] em sociedades pluralistas, as alternativas de comportamento individual seriam diretamente dependentes do status social de cada indivíduo, com distribuição desigual das cotas pessoais de liberdade e determinação conforme a respectiva posição de classe na escala social: indivíduos com status social superior, maior liberdade; indivíduos com status social inferior, maior determinação. Em conclusão, se a motivação anormal da vontade em condições sociais adversas, insuportáveis e insuperáveis pelos meios convencionais pode configurar situação de conflito de deveres jurídicos, então o conceito de inexigibilidade de comportamento diverso encontra, no flagelo real das condições sociais adversas que caracteriza a vida do povo das favelas e bairros pobres das áreas urbanas, a base de uma nova hipótese de exculpação supralegal, igualmente definível como

escolha do mal menor – até porque, em situações sem alternativas, não existe espaço para a culpabilidade. (SANTOS apud PALLADINO, 2011, p.218).

Por conseguinte, compreende-se que é a rotulagem é que define se é crime ou não, quem é criminoso ou não. É uma estratégia política instaurada como meio de segregação e controle social que beneficia as classes dominantes. Portanto, é:

[...] esta reação e rotulagem que criam verdadeiros problemas ao indivíduo, problemas de estigmatização, punição, isolamento e controle que o levam a reforçar o desvio como forma de defesa, ataque ou adaptação a esses problemas. Ou seja, o indivíduo reorganiza a sua identidade e a sua vida em função do rótulo que lhe foi atribuído (BARATA, 2004, p.22).

Por conseguinte, com o objetivo de superar o juízo de valor negativo implícito nas conceituações das antigas tradições criminológicas como: o inimigo público das teorias clássicas, o delinquente da teoria positivista e, sobretudo das conceituações das primeiras teorias da Escola de Chicago sobre o criminoso ser fruto de desorganização social, patologia social ou da delinquência cultural, a teoria da rotulagem formou o conceito de desvio para que aqueles termos fossem abandonados. Mas como diz Barata:

[...] este conceito acabou por se revelar inadequado, dado que a adesão a normas não é homogeneamente consensual numa dada sociedade, o que é especialmente pertinente em sociedades cada vez mais abertas e multiculturais. Então, torna-se mais preciso e objetivo falar em crime, no sentido de uma infração à norma especificamente jurídica³³. (BARATA, 2004, p.22).

³³ Até por que o conceito de desvio não deixa margem de gerenciamento dos conflitos por meios legais, pois afinal o que seria crime, se se relativiza totalmente o seu conceito? (BARATTA, 2004).

Logo esta teoria, como as outras não estão livres de críticas. Se as teorias como a da subcultura delinquente e da ecologia não dão conta de explicar porque os crimes das classes altas e médias ocorrem se estes já têm condições suficientes para ter uma vida digna e por isso não deveriam cometer irregularidades de conduta e crimes, por outro lado a teoria da rotulação não fornece uma explicação sobre a origem das causas do desvio primário. O desvio original é desconsiderado pelos interacionistas, sustentando que a criminalidade não existe, senão como forma de controle social. O que seria então as relações lesivas de uns aos outros de uma mesma classe? As teorias da oportunidade criminosa e da associação diferencial também não definem porque se escolhe delinquir ao invés de não delinquir

Na verdade as primeiras teorias da escola de Chicago parecem reforçar que a delinquência ocorre preferencialmente nas periferias, o que de certa forma é verdade, no entanto deixam a entender que os problemas sociais como efeitos da criminalidade venham somente das periferias, ao se fazer apenas prescrições de políticas públicas direcionadas substancialmente aos crimes dos mais pobres. Com isso cria-se a impressão de que o crime só é realmente problemático se houver violência física, gerar caos ou ser for cometida pelos “desprezados”.

No conjunto destas teorias é possível ver uma clara disputa de classes, onde o sistema penal cria uma rejeição simbólica maior dos crimes das classes baixas por meio da rotulação, criando uma realidade a favor de determinadores setores da sociedade, quando na verdade o dano real a sociedade é muito maior nos “crimes dos poderosos”, mas que por ser fisicamente abstratos, pouco comove a “defesa social”.

Na verdade ao se tirar o foco dos crimes do “colarinho branco”, sendo que é essa a intenção do sistema penal, prescrever políticas públicas de prevenção que os combata se torna quase que impossível. Os membros das elites e do Poder Judiciário estão todos (se não estavam, agora estão) nas classes dominantes e contam com sua influência e conhecimento para escaparem das punições mais drásticas, quando raro ocorrem, e se ocorre é para sustentar a estrutura que os favorecem, sacrificando uns e outros ou para punir aqueles juizes que fazem garantir as normas de acordo com devido processo legal (obrigação do Estado em cumprir as leis). Até porque seriam contraditórias as expectativas de qualquer um direcionar medidas indesejáveis e contrárias ao modo de vida que se leva, se estes o puderem fazer. Os grupos reacionários elitistas acabam por ampliar a problemática criminal, já que suas condições são desejáveis e, portanto

reforçasse o ímpeto ao crime dos desfavorecidos, retroalimentado a noção do “problema criminal” nestes, quando deveriam os criminosos do “colarinho branco” serem vistos como realmente problemáticos e de alto prejuízo social.

É reconhecível que o modelo teórico da teoria da rotulação é insuficiente para explicar porque “as relações de poder [...] permitem que certas pessoas, grupos ou classes, detenham em uma determinada sociedade, a capacidade de eleição das condutas lícitas e ilícitas, dos comportamentos normais e anormais” (CARVALHO 2013, p.282).

No entanto, como surge o comportamento de rotulação do desviante não é foco desta pesquisa, apesar de estar implícito o seu conteúdo nas teorias do crime e da pena, em razão de influenciar a ponderação de quais meios devem ser considerados para se teorizar meios de superar os “problemas reais e das efetivas situações de sofrimento, ofensas e injustiças que envolvem o conflito” (CARVALHO 2013, p.282).

3.5 GARANTISMO PENAL E DIREITO PENAL MÍNIMO

O garantismo penal, segundo Salo de Carvalho (2013), é:

[...] um modelo teórico-neopositivista direcionado à prática judicial, fundamento na defesa das regras do jogo processual penal como de tutela dos direitos fundamentais contra o poder punitivo. Incorpora as pautas político-criminais do direito penal mínimo e refuta o abolicionismo (CARVALHO, 2013, p.294).

Direito penal mínimo é um movimento prático-teórico penal que propõe criticamente a seleção dos critérios de relevância dos bens jurídicos dispostos sob a tutela do direito penal. Propõe a aplicação mínima da pena e a pena como último recurso (*ultima ratio*) através de políticas de descriminalização, despenalização, descarceirização e a implementação de substitutos penais, procurando maximizar os direitos e reduzir o impacto penal na sociedade. Essa doutrina critica a maioria das formas de encarceramento, aceitando a prisão imediata somente em casos graves e violentos, portanto tende, ainda que critique, ao abolicionismo penal, que constrói estratégias de erradicar o sistema penal (CARVALHO, 2013).

O movimento abolicionista penal enfatiza a necessidade de mecanismos que tutelem as vítimas, o que é importante, principalmente as que sofreram algum trauma físico ou psicológico. Pregam também, assim como o direito penal mínimo, a criação e expansão de meios alternativos ao sistema penal formal para a resolução de conflitos, como a justiça restaurativa, no entanto elevam os meios extrajudiciais como meios suficientes a resolver conflitos (CARVALHO, 2013).

Ferrajoli, principal expoente do garantismo, vê as alternativas extrajudiciais insuficientes como único meio de dissuadir os conflitos, já que não preveem nenhuma garantia contra a arbitrariedade e a possibilidade de ocorrer práticas opressivas quando não houver acordo, abrindo oportunidade para o retorno de práticas vingativas na tentativa falha de solucionar os casos mais graves, não sendo possível, portanto, abandonar por completo o sistema de controle social prisional. Para Ferrajoli o abolicionismo é utopia, e somente via Direito Penal, podem ser garantidos os direitos básicos, pois, ainda que seu mecanismo seja precário e com falhas, é a única alternativa plausível para lidar com os conflitos humanos quando não houver mais opção (FERRAJOLI, 2002). Para tanto, conforme Silva e Rocha:

[...] o Direito Penal Mínimo não descarta a atenção destinada aos modos de ruptura com os mecanismos segregadores em todas as dimensões políticas de administração pública. Ou seja, propõe a elaboração de uma série de serviços de melhorias educacionais, profissionais, sanitárias e de saúde como oportunidades de reintegração social, antes da criminalização. E, concomitante a isso, planeja uma política de radical redução de aprisionamentos (SILVA; ROCHA 2012, p5).

Portanto, o garantismo além de prever nos julgamentos a proteção dos direitos fundamentais previstos pela Constituição, implica na sociedade o dever de assumir a responsabilidade dos problemas criminais resultantes de suas relações desiguais, pois o monopólio do sistema de justiça estatal retira da população o compromisso de participar coletivamente na construção de mecanismos de controle e na resolução de impasses. O sistema penal deve, portanto, ser usado apenas como último recurso, caso os recursos informais não consigam propiciar uma solução viável para as partes envolvidas (BARATTA apud SILVA; ROCHA, 2012).

Transferir do Estado para a comunidade à função de controle em relação às condutas desviadas de natureza leve, aproxima os cidadãos ao invés de segregar e evita a estigmatização desnecessária. A sociedade pode utilizar meios de controle social privados, aproximando o convívio comunitário e facilitando a conciliação entre as partes conflitantes, a exemplo da justiça restaurativa, que com o auxílio de um mediador, coloca frente a frente às partes envolvidas que têm interesse em fazer um acordo (SILVA; ROCHA, 2012).

A despenalização é outra medida que consiste na adoção de institutos substitutivos as penas sem descriminalizar o delito, ou seja, o fato não deixa de ser ilícito. Cabem a esse tipo de ferramenta da justiça o cumprimento de medidas mais brandas que não estigmatize o contraventor, impondo-o a prestação de serviços de utilidade pública, uma multa reparatória, a indenização à vítima, perda de direitos e outras sanções administrativas e civis (BARATTA, 1997).

Esses são alguns exemplos de medidas que procuram oferecer alternativa a punição invasiva da pena de prisão, evitando por outrora que a condenação recaia em características vingativas públicas e privadas. É uma estratégia de limitação e disciplina dos poderes públicos, que fortalece os princípios democráticos do Estado de Direito.

As penas e medidas alternativas, deste modo, ainda que mantenha, de certo modo, a estrutura social desigual e conflituosa, não busca dar soluções totais, nem prescrever medidas “milagrosas”, mas procura evitar, por meio de políticas públicas, a aplicação excessiva da pena privativa de liberdade nas infrações penais de menor potencial ofensivo, na intenção de diminuir o custo do sistema do sistema penal, de evitar a criminalização secundária e fazer com que o contraventor não entre em contato com outros delinquentes; mantendo o condenado junto ao convívio com sua família, quando possível, possibilitando manter os valores e responsabilidades exigidos pelo convívio em sociedade.

“Para conhecer o grau de civilização de uma sociedade, entre em suas prisões”.
(FiódorDostoiévski)

4 CRIMINOLOGIA NO BRASIL E O SISTEMA PENAL BRASILEIRO

No Brasil a história do sistema penal se diferencia do contexto americano e europeu do século XVIII, pois fora até o século XIX escravagista. No Código Criminal do Império, de 1830, ainda prevalecia penas corporais e capitais³⁴. ”Caso não houvesse condenação a tais penas, ao escravo, alvo predileto do direito penal àquela época, se impunham ferros e trabalhos forçados” (FUDOLI, 2001, p.445). Mesmo o Brasil tendo se declamado independente de Portugal, estavam ainda vigentes no código penal de 1830 algumas das penas brutais fundamentadas nas ordenações monárquicas ibéricas³⁵, que sancionavam a pena de morte (geralmente na forca), o uso de galés (remar forçosamente embarcações), trabalhar acorrentado a grilhões e açoites (para os escravos). Estas penas eram ainda comuns no Código Criminal do Império do Brasil, ainda que este fosse reformado a luz das novas ideias beccarianas, que propagavam mais justiça, humanismo e equidade na sentença penal condenatória. No entanto, no primeiro código criminal da República foi suspensa a maioria das punições brutais (suplícios), que inclui a tortura e mutilações (com exceção do açoite), desde as mais variadas formas absurdas de execução semelhantes aos moldes medievais, as quais eram plenamente desiguais e arbitrárias em suas formas de aplicação e em termos de justiça, e desproporcionais³⁶ em relação ao dano cometido (FUDOLI, 2001). Nesse sentido, Shirley lembra que:

³⁴ As penas capitais se referem à sentença de morte. A palavra “capital” vem do latim *capitalis*, que significa cabeça, a pena está em alusão à decapitação.

³⁵ As Ordenações Afonsinas (1500-1514), Manuelinas (1514-1603) e Filipinas (1603-1830) se referem respectivamente aos códigos criminais estabelecidos durante a regência dos monarcas portugueses Afonso V, D. Manuel I e do Rei Felipe II da Espanha (mesmo após o fim da União Ibérica continuou em vigor a ordenação) no período colonial. As penas eram em grande parte cruéis. Servidão, mutilações, esarteamentos, açoites, decapitação, degredo, desterro, banimento eram punições comuns nestes códigos principalmente contra crimes de insubordinação, homicídio, estupro ou ofensa física grave e até mesmo o adultério quando não perdoado podia ser punido com a morte, ou caso houvesse consentimento, os cônjuges poderiam ser açoitados e banidos. Noutros casos havia penas pecuniárias para aqueles que tinham mais influência política (CHAVES & SANCHEZ, 2009).

³⁶ Inclusive o rei Frederico II da Prússia havia questionado sarcasticamente se havia alguém vivo em Portugal devido “tamanho o uso da pena de morte (cominadas em mais de 70 casos) e do terror punitivo que causavam” (CHAVES & SANCHEZ, 2009, p6).

[...] o Estado [anteriormente] existente, o Império Português Ultramar, demonstrava muito pouco interesse na execução da lei no interior do imenso território. A Coroa portuguesa, como pode ser visto nas Ordenações Filipinas, estava interessada, principalmente, em elaborar regras para garantir que os impostos e direitos aduaneiros fossem pagos, e na formação de um cruel e elaborado código penal para se prevenir de ameaças diretas ao poder do Estado. Portugal não tencionava trazer justiça ao povo ou mesmo prestar os serviços mais elementares a sua colônia. Essa desvinculação entre o Estado e a população é um tema constante na história brasileira. O direito que existira era o dos coronéis, as leis da elite agrária, que eram basicamente uma forma do direito consuetudinário português do século XVI. É certo que nas cidades, como em Salvador e no Rio de Janeiro, havia juízes formados, saídos da Escola de Coimbra; ouvidores e desembargadores, alguns dos quais bem-afamados, porém, no geral, estavam mais interessados em proteger seus próprios interesses e os do governo real do que os direitos do povo. A estrutura do Estado era fundamentalmente neofeudal e patrimonial, com o poder de fato nas mãos das grandes famílias de fazendeiros (SHIRLEY, 1987, p.80).

A privação de liberdade até 1890 servia geralmente como sanção complementar durante a espera da sentença penal pecuniária ou corporal, mas também havia a sanção de prisão simples, ou seja, a detenção por curto prazo, ainda que para poucos casos. Geralmente a pena de prisão vinha acompanhada de trabalho forçado FUDOLI, 2001. A primeira experiência sistêmica prisional brasileira foi estabelecida com a vigência do novo Código Penal Republicano (1890), ano seguinte à proclamação da República (1889) e teve um caráter disciplinador inspirado no sistema pensilvânico³⁷ e auburniano³⁸ de prisão celular. A

³⁷ O sistema pensilvânico, foi inaugurado em 1790 na Filadélfia, Estados Unidos, e consiste em isolar o preso em celas individuais por tempo integral, de forma semelhante à penitência canônica. Foi abandonado postumamente por ao invés de se conseguir o resultado de recuperação do preso por meio da reflexão, ocasionava a insanidade mental (BITENCOURT, 2012).

pena de privação de liberdade, declaradamente inspirada nos pensadores da “Escola Clássica” europeia de criminologia, foi instituída como método mais humanitário de correção aos descumpridores das leis, de manutenção da ordem pública e de controle social. O maior avanço do código de 1890 pode-se dizer que foi sem dúvida a abolição da pena de morte, e o afixamento do limite da pena de prisão em 30 anos (antes poderia ser perpétua), de resto o primeiro código da República se assemelhava muito ao de outrora, o código de 1830, que por sua vez se assemelhava as leis medievais (FUDOLI, 2001; BITENCOURT, 2012).

No entanto, o “humanitário” código penal de 1890 punia a vadiagem (art.399) e a greve (art.206). “Não trabalhar era ilícito, parar de trabalhar também” (BATISTA apud FUDOLI, 2001, p.445). O decreto n.1313 de 1891 previa fabricas-prisões para iniciar jovens infratores ao labor. O condenado reincidente, o desocupado e o mendigo deveriam ser remetidos a colônias penais para trabalhos forçados e os trabalhadores livres infratores da lei eram punidos com a privação de liberdade simples (FUDOLI, 2001, p.446). No entanto, como alega Fudoli (2001), as propostas punitivas de reeducação do condenado por meio do trabalho não apresentaram resultados expressivos de eficácia prática, pois quase que não saíra do plano teórico e legal.

Deste modo, em relação à teoria de Rusche&Kirchheimer, que alega que a prisão serve de mecanismo de controle social e instrumentalização da força de trabalho prisional para a exploração da mão-de-obra, segundo Neder e Silva (2001), não se encaixa nos motivos que levaram a implantação deste modelo punitivo no Brasil. Para eles “o pensamento e a ação jurídico-penal no Brasil tem produzido efeitos muito mais ideológicos do que políticos e econômicos” (NEDER; SILVA apud FUDOLI, 2001). No Brasil, segundo Fudoli (2001) a industrialização é tardia e, portanto, por aqui os detentos não foram instrumentalizados como força de trabalho barata com tamanha proporção como foram na Europa e Estados Unidos. Indigentes, prostitutas e portadores de síndromes mentais eram desprezados, esterilizados ou até mesmo exterminados. Por aqui o processo de industrialização sob prelúdio de um capitalismo tardio foi somente alavancado a partir da Primeira Grande Guerra, deste modo, encontra-se

³⁸ O sistema auburniano foi implantado pela primeira vez em Auburn no Estado de New York, Estado Unidos, e consiste na abertura relativa do confinamento, ficando o preso isolado somente no período noturno. No período diurno era permitido ao detento o trabalho em áreas comuns (BITENCOURT, 2012).

um resultado diverso da situação da Europa e dos E.U.A. em relação a uma de predominância do caráter econômico do cárcere.

Ainda assim, este seria o primeiro momento histórico brasileiro de um discurso de amparo “ressocializador”³⁹. Nesse contexto as medidas penais exigiam disciplina e obrigações para com o trabalho e se aproximam ora dos discursos retribucionistas da Escola Clássica, por seu caráter penitente do castigo contra a alma do delinquente, que deve ser expurgada por meio de expiações, seja pelo trabalho forçado ou pelo próprio sofrimento do cumprimento da pena em isolamento, ou ainda das teorias proferidas por Beccaria, de tratamento mais humanitário da pena em relação às punições corpóreas, ora da Escola Positiva e da Escola Correcionalista, ao tratar o criminoso como um ser inferior e desprezível que precisava de reorientação moral (FUDOLI, 2001; BITENCOURT, 2012).

4.1 POSITIVISMO FILOSÓFICO E POSITIVISMO JURÍDICO

A reforma do código penal no fim do século XIX, com a instituição da República, e com a ascensão da influência do pensamento liberal em solo brasileiro, sobretudo partindo de intelectuais destacados na sociedade brasileira, procura-se, sobretudo, implantar medidas que superem o direito penal monárquico (SÊGA, 2004).

Das maiores influências nas ciências penais e criminais brasileiras tem-se, deste modo, o positivismo do francês Auguste Comte (1798-1857), que apregoava o predomínio da ciência (com suas metodologias empíricas) sobre a religião e suas filosofias idealistas e metafísicas. Nessa corrente filosófica se acreditava no domínio completo da natureza pela ciência para assim superar os graves problemas sociais. Atribui-se o saber do mundo físico com base no empirismo absoluto (método indutivo) de David Hume (1711-1776). Para os positivistas o mundo advinha de fenômenos “positivos” (reais)

³⁹ Ressocialização era o termo utilizado na época e partia de discursos positivistas que julgavam os indivíduos criminosos (dessocializados) como inaptos e inferiores socialmente. Portanto, autores como Alessandro Baratta (1990), por acharem essa definição pejorativa, preferem o uso do termo “reintegração social”, por demonstrar a necessidade de participação social em geral. O termo reintegração social tem sido frequentemente utilizado pelo CNJ, no entanto, o governo federal não se utiliza propriamente de um termo único para referenciar a política pública com medidas que procuram prestar “assistência” ao retorno e “recondicionamento” do ex-detento a sociedade civil. São usados genericamente em relatórios governamentais os termos “reinserção social”, “ressocialização”, “reintegração social”, reabilitação social, etc. sem muito critério, ainda que no site do CNJ exista uma definição de reintegração social.

da experiência. Negava-se assim a orientação metafísica especulativa de produção científica (método dedutivo) (FUDOLI, 2001).

Um dos expoentes da Escola positiva, fora o antropólogo criminal Cesare Lombroso, que influenciou fortemente a medicina-legal com seus estudos da disposição de uma suposta natureza biológica criminosa em certos indivíduos. Desta forma, das influências liberais e positivistas surgem novos debates sobre o tratamento penitenciário brasileiro. Fudoli (2001) descreve que:

[...] o sistema de produção capitalista, que então se implantava, trouxe consigo a superação da ideia de castigo, substituída pela ideia de cura. A influência do positivismo biologicista se fazia sentir com veemência, e o criminoso passou a ser visto como um doente que precisava ser regenerado (FUDOLI, p.446, 2001).

A participação de médicos e psiquiatras nos laudos criminais insere no indivíduo criminoso as características do louco e/ou perigoso como distinção do “cidadão de bem” e em plena sanidade mental ou com presumível pacificidade. Estas tendências levam uma modificação na forma de se executar a sanção disciplinar restritiva de liberdade devido à possível evolução do comportamento do delinquente, abreviando-se ou, se for o caso, prolongando-se a pena, conforme se transformar o comportamento do condenado (FOUCAULT, 1987, FUDOLI, 2001, PIMENTEL, 1980).

Cabe suscitar o exemplo da “medida de segurança”, que prescreve sua aplicação quando se pressupõe uma ameaça (violenta) iminente do infrator a sociedade, justificando a necessidade da vigilância imediata deste, mediante o isolamento do infrator, neutralizando o risco de serem cometidos novos crimes (FOUCAULT, 1987). A punição legal nesse sentido recai não somente sobre o crime cometido, mas como diz Foucault, sobre o que criminoso fez, é ou possa ser.

No entanto, na possibilidade de se invocar a loucura se exclui a qualificação do ato criminal. Ao ser alegado insanidade, a culpa é extinta por se entender que o indivíduo não tem discernimento das consequências do seu ato. Assim o próprio crime desaparece, pois é impossível em juízo declarar alguém ao mesmo tempo culpado e louco (FOUCAULT, 1987).

No Brasil as medidas de segurança foram implantadas aos inimputáveis (os loucos e deficientes mentais) no código penal de 1940. A internação compulsória em manicômios judiciários, em casas de custódia e tratamento, em colônias agrícolas ou institutos de trabalho de reeducação ou de ensino profissional foi, portanto, a forma que o Estado instalou a tutela aos indivíduos inimputáveis, devido a revoga da lei penal nesses casos, por improcedência judicial. Entretanto, apesar do indivíduo não ser “punido”, a perícia médico-jurídica aponta que o inimputável deve ser enclausurado e/ou tratado por segurança pública. Em alguns casos de imputabilidade pode-se, portanto, aplicar ao invés do isolamento social, a liberdade vigiada ou a proibição de frequentar determinados locais (BITENCOURT, 2012).

Contudo, é importante destacar que a medida de segurança se desfecha num entrave, pois o critério de aplicação da medida é definido de forma pouca clara pelo juiz, mesmo após análise de laudo médico, também com critérios muito abstratos, fazendo com que a medida de segurança possa ser renovada de forma discricionária, ficando a critério do sistema judiciário e médico-legal a aplicação da sanção conforme acharem necessário, sendo indefinido o prazo máximo para o cumprimento de tal medida.

O pensamento social brasileiro, deste modo, esteve a partir da segunda metade do século XIX, intensamente influenciado por ideias importadas, sobretudo da Europa e dos Estados Unidos. A doutrina positivista, assim como, teorias raciais, evolucionistas e naturalistas tiveram grande impacto nos debates intelectuais desta época, com certa particularidade aos debates sobre crime e punição (SÊGA, 2004).

Entretanto, houve também um movimento positivista técnico-jurídico que se instalou no Brasil no começo do século XX, na qual se originou de uma reação que acompanhava o debate sobre o direito na Europa contra a intervenção excessiva de outras ciências como antropologia, filosofia e sociologia nas ciências propriamente jurídicas. A intenção era de transformar o direito numa ciência própria como as outras disciplinas (PIMENTEL, 1980).

A doutrina “neoJuspositivista”(ou simplesmente juspositivista), “normativista”ou“positivista jurídica” se refere às conceituações modernas do “direitopositivo” e que tem como destaque o pensamento do alemão Hans Kelsen (1881-1973) com sua “Teoria Pura do Direito” (publicada em 1910).O positivismo jurídico surge na Alemanha sem vínculo com a corrente filosófica positivista de Comte. Pois o positivismo filosófico nega todo o tipo de abstração como forma de conhecimento científico, se debruçando no “mundo natural” capturado

pela experiência; a ciência do direito kelseneana nega o caráter “natural” do direito por considera-lo como abstrato e, portanto não científico. O jurista, para Kelsen, deverá sempre registrar a constatação normativa, permeando o direito existente que é a realidade do direito vigente e desconsiderar qualquer interferência externa de valor. A dogmática juspositivista afasta-se de todos os outros tipos de conhecimento que não o propriamente provido do método jurídico autônomo. Deste modo, os juspositivistas pregam a oposição aos princípios extremamente filosóficos e moralistas do direito jusnaturalista, adotando o direito como conjunto de normas e não como juízo de valor moral. O direito deve, nesse sentido, corresponder a textos estritamente legislativos que dão comando imperativo⁴⁰ ao poder executivo. O Estado de direito é, portanto, para Kelsen, a negação de uma autoridade universal (como visto no Código de Napoleão), porque para ele inexistem valores morais absolutos (como no Direito natural). Deste modo, se o costume e a estrutura axiológica das sociedades são relativos, consequentemente o juiz, na visão de Kelsen, só pode descrever as normas, através da hermenêutica (interpretação de textos), sem emitir qualquer juízo de valor moral sobre o conteúdo normativo, senão juízos de fato. A fonte primária nesse caso, para os juspositivistas é a lei estabelecida (BOBBIO, 1995).

Segundo Pimentel (1980), a maior parte dos juristas brasileiros desta época estava sincronizada aos debates jurídicos do mundo ocidental e defendiam como o único objeto da ciência do direito, o direitopositivo, como referência a posição de Arturo Rocco, penalista e Ministro da Justiça Italiana que sintetizou os princípios da concepção técnico-jurídica e que implantou o chamado “Código Rocco” em 1930 na Itália Fascista, cujo teve grande influência na formação do Código Penal brasileiro de 1940. Segundo Pimentel:

A influência dos postulados técnico-jurídicos foi avassaladora, dada a sua grande aceitação, que fez calar até mesmo os mais ferrenhos positivistas. Seus efeitos se fizeram sentir em pouco tempo no Brasil, logrando imediatamente numerosos prosélitos. A consequência foi sentida, sobretudo, quando da elaboração dos anteprojetos, que modelariam o Código penal de 1940, marcados pelas linhas do tecnicismo-jurídico ou pelos

⁴⁰ Kelsen se baseia em Kant estabelecendo a nítida distinção entre causalidade (ser) e imputação (deve ser) (Bobbio, 1995).

postulados do neo-positivismo jurídico, que não guardava mais qualquer semelhança com o positivismo naturalista (PIMENTEL, 1980, p.234).

O republicanismo brasileiro estava segmentado, portanto em duas alas, uma baseada na plataforma política liberal-democrática de inspiração americana, mas que se enaltecia legalmente em volta do normativismo alemão, e outra ala autoritária, que se apossava do discurso positivista (De Comte) de desenvolvimento e progresso social através da ciência e da tecnologia e associava-o ao autoritarismo nacionalista do fascismo italiano. Sendo que estes últimos adotam uma postura política republicana anticontratuálista, antiliberal, antimonarquista e conservadora, acreditavam numa espécie de República sociocrática, regida por tecnocratas e normas rígidas (SÊGA, 2004).

As ideias de Comte são autocráticas e se identificam com governos fortes e autoritários (positivismo legalista), e contrapõe-se ao liberalismo burguês, considerado a causa dos males sociais decorrentes da sociedade capitalista. O pensamento burguês-liberal é identificado por Comte como metafísico e, portanto a liberdade, a individualidade e a soberania popular (elementos básicos da ideologia burguesa liberal), são, portanto, termos vazios, segundo a moral positivista, que prega o altruísmo como objetivo a ser alcançado pela sociedade (SÊGA, 2004).

O positivismo pouco permeava no assunto jurídico, até porque suas orientações eram de dever social e não de direito. Sua influência nos códigos penais de 1890 e 1940 deriva de um ecletismo teórico visto no Brasil, que conjugou inclusive teorias aparentemente incompatíveis, como as teorias de prevenção criminal absoluta e relativa e a corrente positivista de Comte com o positivismo jurídico, todas sob o caráter unificador do controle social (LIEDKE FILHO, 2005).

As Forças Armadas foram à porta de entrada da corrente filosófica positivista no Brasil, tendo como centro de doutrinação a Escola Militar e a Escola da Marinha do Rio de Janeiro em 1850, e posteriormente a Escola Positiva de Recife. Por fins do século XX o farol da doutrina foi transferido para o Rio grande do Sul, que manteve a resistência das Escolas positivistas por mais algum tempo pelo governo autoritário (1891, 1893-1898) de Júlio de Castilhos (1860-1903); que se estendeu com os governos (1898-1908) gaúchos de Antônio Augusto Borges de Medeiros (1863-1961) e posteriormente (governo de 1928-

1930) com Getúlio Vargas (1883-1954) quando fora governador deste Estado antes de ser eleito presidente (SÊGA, 2004).

O positivismo nas décadas de 1920 e 1930 estava enfraquecido, sobretudo por uma debandada dos intelectuais positivistas para outros movimentos com novas tendências e paradigmas sociológicos, epistemológicos e jurídicos (PIMENTEL, 1980).

O positivismo acabou sendo considerado ultrapassado epistemologicamente por transformar a ciência em objeto de reflexão da filosofia, ainda que seu traço filosófico social-progressista e sua epistemologia determinista biológico-naturalista estejam presentes até os dias de hoje. As influências positivistas nos debates criminológicos brasileiros fizeram presença marcante até meados da década de 1930, quando a criminologia, após a vigência do código penal de 1940, fora excluída das escolas de direito brasileiras. O positivismo ao menos na área jurídica caiu em desprestígio ficando delegadas, praticamente, somente as Faculdades de medicina, manicômios e penitenciárias (PIMENTEL, 1980).

Por conseguinte, o normativismo se estabeleceu no código penal brasileiro por longo tempo sem qualquer interferência. Ficaram, portanto praticamente paralisadas por cerca de quarenta anos os estudos “sistemáticos” das chamadas ciências criminológicas nas faculdades de direito do país. No entanto, a criminologia, dita clínica, de avaliação de periculosidade se fez presente por todo esse tempo, resistindo ainda nos dias de hoje (PIMENTEL, 1980, p.236).

Nos anos 1930 após a formação do Estado Novo por Getúlio Vargas, o código penal foi reformado por linhas inteiramente técnico-jurídicas, apesar de Getúlio ter grande simpatia pelo positivismo, autoritário e conservador. Neste sentido, com os ideais “progressistas” do positivismo, de caráter evolucionista social (darwinismo social), aliados ao mesmo tempo com o normativismo, aumentava-se por um lado à arbitrariedade jurídica, legislativa e executiva do Estado ditador de Vargas, na qual se amplia a submissão às leis mais rigorosas àqueles considerados ameaçadores da ordem, ou seja, os desajustados, os delinquentes; e por outro lado se consolida as tendências democráticas ao se formar uma Constituição isenta de moralismos (ao menos em parte ou em tese⁴¹).

⁴¹ A discussão acerca da influência da moral no direito é um paradigma que se estende aos dias de hoje, passando por diversas novas fases, como o neokantismo e o pós-positivismo, originados na década de 30, que procuram reintegrar os debates sobre a orientação moral no direito devido à expansão autoritária dos governos fascistas e nazista nessa época, que sobre a

4.2 DO RETRIBUCIONISMO PENAL AO SISTEMA MISTO DA PENA

Todavia, se o positivismo jurídico-normativista instalado no código de 1940 não tem nenhuma preocupação com o seu conteúdo moral na aplicação da lei, se inspirando em Kant, que diz que “o ato moral consiste na adesão a norma por respeito à própria norma” (Kant apud Bobbio 1995, p. 152) e que considera que o Direito é coerção, e, portanto, não moral; assim ao replicar esse dogma em nossos códigos legais e se reduzir o Direito Penal brasileiro a um dever-ser excluyente de valoração moral, que prescreve orientações meramente normativas, ao haver a consonância das leis penais com critérios como o de periculosidade, forjou-se um sistema penal arbitrariamente seletivo e destituído de artifícios que pudessem impedir um descarrilamento do abuso de poder estatal de punir sobre os mais vulneráveis, prevalecendo, portanto, o retribucionismo nesse código penal.

A reforma do código penal em 1940 não previa sequer alguma alternativa à pena de prisão, alega Bitencourt (2006). Por conseguinte, foram feitas algumas modificações nas formas de execução penal, que pode se considerar ao menos uma delas como abusiva e inadequada, acarretando numa degradação da segurança jurídica. Neste código foi atribuído o chamado sistema do duplo binário⁴², onde a cominação da pena era efetuada não somente pela gravidade do ato criminal, mas também pela suposta periculosidade do acusado, somando-se assim a pena à aplicação da medida de segurança por tempo indeterminado, sendo suprimido esse sistema somente no código de 1969 (DE SOUZA, 2005).

Outras mudanças mais razoáveis foram agregadas a este código. Dividem-se as penas em principais e acessórias: as primeiras se incluem a reclusão, a detenção e a multa. As segundas consistem na perda de função pública, em interdições de direito, na publicação da sentença, etc.. A pena de reclusão é executada sobre o regime progressivo, abarcando os regimes fechados, aberto e semiaberto, aplicados em

proteção da legalidade, justificavam seus abusos e absurdos cometidos sobre a alegação de ser a vontade do povo (BICALHO e FERNANDES, 2011).

⁴² Em 1969, suprimiu-se o sistema do duplo-binário, adotando-se o chamado Sistema Vicariante, para os inimputáveis ou semi-imputáveis, não se permitindo mais a aplicação de pena cumulada com medida de segurança. Mas ainda assim a medida de segurança continua com prazos indeterminados.

crimes como homicídio doloso, furto, roubo, tráfico de drogas etc.; a detenção em crimes de homicídio culposo, de dano físico ou material e outros crimes menos graves com condenação de regime aberto ou semiaberto, com ressalva de possível regressão de regime (BITENCOURT, 2012).

Assim, enquanto o Brasil se mantinha sob um dogma majoritariamente retribucionista, começava a florescer em alguns lugares da Europa políticas penais mais flexíveis e com a existência de penas e medidas alternativas. Na Rússia em 1926 surgiu a prestação de serviços à comunidade, e em 1960 a pena de trabalhos correcionais, sem privação de liberdade; na Inglaterra se introduziu a prisão de fim de semana em 1948 (BITENCOURT, 2006). As propostas alternativas a prisão e outras maneiras de combate ao crime ganharam espaço nas discussões globais, principalmente após a crise de 1929 e, sobretudo, nos países que implantaram o WelfareState (Estado de Bem-estar, Estado-providência ou Estado Social). Vários países se comprometeram introduzir penas e medidas alternativas em suas execuções penais, devido à dinamização das políticas assistencialistas nestes países (BITENCOURT, 2006).

Estas reformas penais, segundo Bitencourt (2011), estão diretamente ligadas às intervenções de organizações globais após a II Guerra Mundial, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, onde no art. V afirma que ninguém deve ser submetido à tortura, nem a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; a Organização das Nações Unidas que em 1955 aprovaram as condições mínimas para o tratamento dos presos, devido os sérios problemas verificados nos cárceres ao redor do mundo; e O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que ocorre em 1966 e defendem “que toda pessoa privada da sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e com respeito à dignidade inerente a pessoa humana” (BITENCOURT, 2011, p13).

Nessa mesma linha de superação do modelo penal clássico, As Regras de Tóquio em 1986 definiram parâmetros para as medidas penais conforme a ideologia das penas e medidas alternativas, promovendo o emprego de medidas que evitassem a privação de liberdade, assim como fomentar que os Estados cumpram com as garantias mínimas declaradas nos Direitos Humanos e também conceda ao réu o devido processo legal. Nesta assembleia é também defendido o uso extrajudicial de resolução de conflitos, com a participação da comunidade em casos menos graves. Em suma, tudo que a ideologia garantista e do direito penal mínimo reivindicam (CARVALHO, 2010b).

No Brasil as novas e atuais reformas penais em direção a um relativismo penal ocorreram principalmente após as discussões de diversos projetos de Código de Processo Penal e de Execuções Penais realizadas no V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, ocorrido em 1975. Concluiu-se nesse evento a necessidade da execução penal individualizada e a proteção dos direitos não atingidos pela sanção (CHAVEZ & SANCHES, 2009). De acordo com Chavez & Sanches (2009) a verdadeira humanização do Direito Penal Brasileiro, começou em 1977 com a Lei n. 6.416. Nela se estabeleceu algumas reformas nos institutos penais como: 1) a supressão do isolamento celular contínuo; 2) a possibilidade da suspensão condicional da pena e do livramento condicional; 3) a revisão do instituto da reincidência, na qual foi cancelada a distinção reincidência genérica e específica⁴³; 4) a institucionalização da prisão-albergue, como uma espécie do regime aberto; 5) a regulação do trabalho externo para os condenados; 6) a instauração de novos meios para o condenado obter perdão judicial; 7) a previsão genérica de concessões, como o trabalho externo; 8) a oportunidade de frequência a cursos fora da unidade prisional; 9) o direito a licença para visitar a família; 10) a Instalação da liberdade sob observação cautelar e proteção social do detento por meio do patronato; 11) a extinção da punibilidade de ofensa ao moral no matrimônio, que eram até então vistos como afronta a família e costumes e instituições cristãs; 12) e o abandono da periculosidade como presumida por lei, que passou a ser por investigação especial e somente após transitado em julgado.

No entanto, as mais proeminentes alternativas a pena privativa de liberdade vieram somente com a reforma do código penal de 1984, que tomou inclusive a parte geral do Direito Penal, e que fora redigido em 1995 (LEI n. 9.099, Lei dos Juizados Especiais) e 1998 (LEI n. 9.714, Lei das penas alternativas). Instituiu-se, portanto, na LEP, penas e medidas alternativas como: 1) a prestação pecuniária; 2) a perda de bens e valores; 3) a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, 4) a interdição temporária de direitos; 5) e a limitação de fim de semana (BATITUCCI et al., 2011)

Com o código penal atualmente vigente (de 1984 e atualizações) não tem mais a distinção entre penas principais e acessórias. Sendo

⁴³Reincidência genérica é considerada quando criminoso comete mais de um crime durante o período de cinco anos, independente da condenação. A Reincidência legal ou específica ocorre quando se comete um mesmo tipo de crime dentro do período de 5 anos.

assim, as penas podem ser cominadas em penas privativas de liberdade, restritivas de direito ou multa. Elas podem ser aplicadas isoladas ou cumuladas, sendo que os dois últimos tipos servem também de medida alternativa e podem substituir a detenção ou reclusão e até mesmo serem alternadas (BITENCOURT, 2012).

Aplica-se as medidas alternativas em de crimes de baixo ou moderado potencial ofensivo como substituto as penas de curta duração com até 4 anos, além de que o réu não pode ser reincidente, deve ser julgado como crime culposo, ter bons antecedentes e boa conduta social e uma personalidade sem demonstração de perigo (BITENCOURT, 2012). “Entretanto, não há fiscalização na aplicação destas penas, ocasionando, muitas vezes, o seu não cumprimento e quando são cumpridas esbarram em verdadeira burocratização” (BATITUCCI et al., 2011).

Na Lei de Execuções Penais (LEP) de 1984⁴⁴, instituiu-se ainda a “reabilitação” do preso como primordial para a “reinserção social” após o cárcere. A reforma penal brasileira de 1984 é marco do direito penal nacional. Mas apesar de erigida como finalidade preventivo-especial (socioeducativa), a reforma ainda passa por vários entraves na sua execução, se comportando de forma mista (relativa em discurso e absoluta na prática). Na Lei 7.209/84 está também presente o artigo 59 que prevê uma execução penal em direção as diretrizes globais da pena, onde a sentença penal deve ser concedida por um juiz que deve atender aos princípios de culpabilidade do réu, decretada e conferida em última instância, respeitando a proporcionalidade e tipificação da pena diante de critérios como: antecedência criminal, conduta social, personalidade do agente delituoso (vestígio do positivismo), motivação a infração legal além das circunstâncias e consequências do crime, para assim analisar a possibilidade, de se aplicar um substituto a pena de privação de liberdade.

Dentro deste mesmo viés de abrandamento e substituição das penas, caso cabível, a Lei 9.099/95 institui no ordenamento jurídico brasileiro medidas despenalizadoras com suspensão condicional do processo criminal. Nessa mesma lei os Juizados Especiais Criminais promovem a reparação dos danos sofridos pela vítima, por meio de procedimentos menos formais, onde possibilita o encontro entre vítima e réu para um acerto da composição dos danos materiais e/ou morais. Essa reparação fica a critério das partes. Poderá ser concedida essa

⁴⁴Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm acesso em: 15 de jun. de 2016.

possibilidade de mediação reparadora nos delitos em que a pena mínima coincidir a igual ou inferior a 1 (um) ano. Caso não haja acordo, o processo prosseguirá adiante regularmente. O processo penal, caso haja acordo, estará extinto após um período probatório sem revogação, não havendo assim a condenação penal ou registro na ficha de antecedentes criminais.

Houve, portanto, nas últimas décadas “uma gradual flexibilização do cumprimento de pena, na qual fora incluído uma série de substitutivos penais pelo modelo correcionalista de forma a descentralizar a pena de sua modalidade exclusivamente carcerária”. (CARVALHO, 2010a, p.16).

4.3 MEDIDAS REINTEGRADORAS

Segundo diretrizes ditadas pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN:

[...] as ações de reintegração social podem ser definidas como um conjunto de intervenções técnicas, políticas e gerenciais levadas a efeito durante e após o cumprimento de penas ou medidas de segurança, no intuito de criar interfaces de aproximação entre Estado, Comunidade e as Pessoas Beneficiárias, como forma de lhes ampliar a resiliência e reduzir a vulnerabilidade frente ao sistema penal⁴⁵.

Partindo-se desse entendimento, o Conselho Nacional de Justiça alega que:

[...] um bom “tratamento penal” não pode residir apenas na abstenção da violência física ou na garantia de boas condições para a custódia do indivíduo, em se tratando de pena privativa de liberdade: deve, antes disso, consistir em um processo de superação de uma história de conflitos, por meio da promoção dos seus direitos e da recomposição dos seus vínculos com a

⁴⁵ Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/arquivos/reintegracao-social-1> acesso em: 12 de jun de 2017.

sociedade, visando criar condições para a sua autodeterminação responsável⁴⁶.

Nesse sentido, cada vez mais se verifica a necessidade de aplicar penas e medidas alternativas, principalmente em crimes de baixo teor lesivo, assim como para réus primários. Para isso, se estabeleceram leis que ajudam a implantar uma forma de dar condições e orientações que criem oportunidade, autonomia e senso cidadão aos detentos. Temos como exemplo o instituto da remição de pena que está previsto nos artigos 126 a 130 da Lei 7.210/84 (remição por trabalho⁴⁷) da LEP e em sua atualização, a Lei 12.433/11, que permite a remição pelo estudo. Trata-se da possibilidade do condenado ou preso provisório computar dias de pena cumprida por participar de programas de estudo ou trabalho. O trabalho pode ser realizado dentro ou fora do presídio, sendo que a atividade externa exige o cumprimento de pelo menos 1/6 da pena. O critério de direito a participação é feito pela progressão penal e bom comportamento principalmente. Faltas normativas são puníveis com a perda do benefício. Há a possibilidade também de acumulação das duas formas de remição desde que exista a disponibilidade e compatibilidade dos horários (art. 126 §3º) (NEVES, 2011).

As atividades educacionais poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância, sendo certificadas por autoridades competentes (art. 126, §2º da LEP). A assistência prevê instrução escolar e formação profissional, sendo que a oferta de ensino de 1º grau deve ser obrigatória nos estabelecimentos penais. Os ensinamentos profissionalizantes podem ser de nível iniciante ou de aperfeiçoamento (NEVES, 2011).

O trabalho deve servir como fins educativos e profissionalizantes, ajudando ainda na socialização e ao retorno a vida civil, capacitando e ampliando as oportunidades de arranjar trabalho pós-cárcere. Todavia, a ausência de oportunidades de trabalho para os presos enfraquece a credibilidade do projeto de reintegração social via inserção no mercado de trabalho. Geralmente o presídio faz algumas atividades de

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Na remição por trabalho a computação é feita de 1 dia remido por 3 de trabalho, sendo obrigatório no mínimo 6 horas de trabalho diária, não podendo exceder 8 horas diárias. Aos sábados e domingos fica resguardado direito ao descanso obrigatório. E no caso do estudo, a cada 12 horas aulas, 1 dia é reduzido da pena. A remição é viável em todos os tipos de regime prisionais (fechado, semiaberto e aberto), inclusive na fase final do cumprimento (livramento condicional).

laborterapia dentro das próprias celas, como atividades artesanais ou de baixo nível de instrução de profissionalização, como a produção de bolas, grampos e outros produtos manufaturados manualmente. As vagas de trabalho fora das celas são eventualmente impetradas mediante algum convênio com a administração pública ou com a participação de acordos com entidades privadas ou filantrópicas (NEVES, 2011).

A parcela de participantes destes programas de reintegração é pequena comparada ao número total de presos nas instituições. Em 2014, segundo o relatório estatístico do DEPEN⁴⁸, dos pouco mais de 607 mil presos, 58.414 mil participavam de atividades de trabalho, sendo que não constam os dados do Estado de São Paulo, e 38.381 mil participavam em atividade educacional, também sem contar os dados de São Paulo, que não estão presentes no relatório por omissão. O último relatório em que São Paulo aparece é em 2013 e constam 48.028 pessoas presas trabalhando. O que daria um total aproximado de 106.636 detentos trabalhando. Rondônia é o estado com maior porcentagem de presos trabalhando (37%), seguido pelo Acre (31%), Mato Grosso do Sul (30%) e Santa Catarina (30%).

Cerca de 70% dos presos estão vinculados a atividades no próprio estabelecimento penal, 1/3 deles em serviços na cozinha, limpeza e manutenção da estrutura física. Ou seja, atividades que exigem pouca ou nenhuma habilidade, salvo aquelas de manutenção que podem incluir especializações técnicas, que, no entanto já é de conhecimento do detento. Outros 13 mil desenvolviam, em 2011, atividades ligadas ao artesanato dentro das celas (NEVES, 2011). Somando, temos quase metade do contingente em exercício de remição de pena por trabalho com baixo ou nenhum nível de aperfeiçoamento profissional. Se esta for à intenção da remição, certamente será um fracasso.

A outra parcela de 1/3 dos presos está vinculada a parcerias de iniciativa privada, órgãos públicos e entidades filantrópicas em remição por trabalho. Não há detalhes sobre que tipo de atividades. Pode-se supor que nem todas tenham necessidade de capacitação para empenhar a função ou cargo trabalhista. Outros presos trabalhavam ainda ligados a ONGs ou em setores agrícolas e industriais. Estes dois últimos somados chegavam, em 2011, a aproximadamente 5.000 presos. Havia ainda algo em torno de 3.000 presos prestando serviços a órgãos do Estado, também neste mesmo ano. No trabalho prisional externo temos em torno

⁴⁸ Relatório DEPEN 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 20 de jun. de 2017.

de apenas 20 mil presos, menos de 20% dos presos com disponibilidade a este direito (presos em regime aberto e semiaberto). E mesmo o nível de escolaridade sendo muito baixo entre os presos, menos de 10 % está vinculado ao ensino educacional (NEVES, 2011).

Pode se ver a existência de limitações para se alcançar alguma eficácia destes programas assistenciais aos presos. É considerável a baixa oferta de vagas para remição com alguma profissionalização que renda alguma utilidade ao egresso, que não somente a redução da pena. O baixíssimo índice participativo dos detentos nessas atividades e o ignóbil investimento na qualidade desses programas servem apenas que a remição funcione como meio de reduzir o tempo da pena (NEVES, 2011).

Sugerir efeitos eficazes das medidas ditas profissionalizantes executadas no instituto da remição se torna algo oneroso de concretude, quando a maioria dessas atividades não tem utilidade na vida extramuros. Muitos dos serviços executados pelos presos têm a relação a trabalhos antes já executados fora das prisões, como serviços de “bico”, como eletricista, pintor, auxiliar de pedreiro, e, portanto, não são capazes de sustentar os anseios destes indivíduos, que como antes, não conseguiram, perpetuando o interesse por atividades ilegais para assim aumentarem seu poder de consumo. Assim devolvemos um detento que passa aprender novas técnicas fraudulentas na “escola do crime” (COMISSÃO DE FORMAÇÃO TEÓRICA E PRÁTICA DO PRESP, 2013).

Certamente que não se conseguirá, como deseja o texto da LEP, transformar um detento num cidadão que transite dentro da lei, já que as condições as quais esses indivíduos se encontravam na sociedade não conseguiram antes, e, portanto, não será com medidas precárias que irá conseguir desestimular um reincidente ao crime. Sendo assim, estas medidas devem valer mais como subcumprimento dos direitos fundamentais, na tentativa de amenizar o trauma e aculturação prisional sobre os detentos, quando aplicados de acordo com o prescrito. Nessa diretriz, o melhor é evitar prender e se prender deve se auxiliar egresso no retorno aos costumes da sociedade civil, não na tentativa, quase sempre frustrada, de romper o ciclo criminal na vida destes indivíduos, mas no dever social que o Estado deve ter com todo cidadão, independente do seu histórico.

Para isso, como no sistema idealizado por Bentham o sistema penal brasileiro prevê no artigo 61 da LEP, o Patronato como órgão da execução penal destinado à prestação de assistência aos egressos do sistema penitenciário, incumbindo-lhe a orientação destes ao retorno a

sociedade civil. Fica a critério desta instituição ou outra substituta análoga à responsabilidade de acompanhar os ex-detentos a se adaptarem as novas rotinas externas a prisão, no intuito de auxiliar a conseguirem autonomia para a própria subsistência. É ofício do Patronato, conceber moradia provisória, caso o assistido ainda não tenha recursos próprios, assim como auxiliar na busca de emprego e facilitar o convívio na sociedade dando o suporte necessário para que possa viver sem que tenha de tomar atitudes criminosas novamente. Por lei está também sancionado que o patronato deve prestar orientação aos condenados a penas restritivas de direito e fiscalizar o cumprimento de penas de prestação de serviços à comunidade. No entanto muitos Estados brasileiros não há a presença de um órgão que auxilie no retorno dos presos a sociedade civil após o cumprimento da pena, e nos poucos Estados que tem, funcionam precariamente⁴⁹.

Logo, se faz necessário pensarmos a constatação da impossibilidade de subsistência para aqueles que saem da prisão sem qualquer auxílio e tentam manter-se afastados do crime. Como afirma a Comissão De Formação Teórica E Prática Do Programa de Inclusão Social de Egressos do Sistema Prisional – PRESP (2013), a população carcerária brasileira é composta em sua maioria por jovens, homens, de baixa escolaridade e com pouco ou sem qualquer contato familiar externo, ou seja, a grande maioria não tem sequer uma qualificação, nem suporte que possa dar autonomia para se estabelecer no mercado de trabalho. Sendo o trabalho considerado o meio principal de reinserção do egresso do sistema penal à sociedade, quando o ex-detento se depara com as barreiras do mercado de trabalho, como a alta taxa de desemprego, a alta concorrência e exigência de qualificação, tendo que enfrentar a ínfima quantidade de ofertas e o estigma para contratação de ex-detentos, aliados ainda as suas baixas capacitações ou até desqualificação completa para serviços mais bem remunerados, temos por resultado a possibilidade elevadíssima de os egressos desprovidos de qualquer recurso ou assistência não deixarem a vida do crime.

Os programas de apoio lidam com um público de cultura prisional oposta a qual se passa na liberdade da vida civil. Enfrentam-se estigmas de periculosidade e desconfiança mútuas São pessoas que poderiam exercer cidadania se não a tivessem sido negada. A maior

⁴⁹ Informações contidas no Relatório da Situação Atual do Sistema Penitenciário feito pelo MJ-DEPEN datado de 2008, disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/arquivos/plano-diretor/anexos-plano-diretor/meta01_patronatos.pdf> acesso em 12 de out. de 2016.

parte dos detentos não possui características criminológicas que justifiquem um regime disciplinar e medidas de segurança mais rígida, mas estes não tem acesso a um advogado particular que auxilie a busca de seus direitos e ficam dependendo dos poucos advogados públicos disponíveis (COMISSÃO DE FORMAÇÃO TEÓRICA E PRÁTICA DO PRESP, 2013).

Lembrando que cerca de 20 mil pessoas se tornam egressas do sistema penitenciário por ano, provenientes de indultos, alvarás de soltura e *habeas corpus* (Dados do Sistema Nacional de Informação Penitenciária – Infopen - junho/2011), como se pode esperar que uma pessoa, mesmo que cumprindo toda a pena conforme preceitos legais venham se sentir integrado a sociedade civil quando este é visto sob um rótulo que o distingue negativamente e que passa integrar sua identidade pessoal perpetuamente. “Contraditoriamente a todas as barreiras impostas aos egressos, todos almejam que os mesmos retornem ao convívio social de forma pacífica, ordeira e sem reincidência na ocorrência de novos delitos” (COMISSÃO DE FORMAÇÃO TEÓRICA E PRÁTICA DO PRESP, 2013, p.13). Contudo, ainda assim continua-se a enviar a prisão indivíduos que não demonstram perigo real a sociedade.

O CNJ estima ainda que em média 60 a 70% dos presos são reincidentes. Estes altos percentuais revelam a ineficácia do sistema penitenciário em fazer da pena de reclusão uma medida socioeducativa. Corroborando com essa análise, Rafael Damaceno de Assis (2007) afirma que a atual realidade do baixo índice de contenção da reincidência criminal atingido pelo sistema penitenciário brasileiro:

[...] é um reflexo direto do tratamento e das condições a que o condenado foi submetido no ambiente prisional, durante o seu encarceramento, além do sentimento de rejeição e de indiferença sob o qual ele é tratado pela sociedade e pelo próprio Estado ao readquirir sua liberdade. O estigma de ex-detento e seu total desamparo pelas autoridades faz com que o egresso do sistema carcerário se torne marginalizado no meio social, o que acaba levando-o de volta ao mundo do crime, por falta de melhores opções. (DE ASSIS, 2007).

4.4 CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL

A prisão, nas palavras de Foucault (1987), já nasce falida, pois não há como fazer algo de bom pelo detento dentro dela, somente como tomar medidas que façam esta passagem não ser ainda mais traumática, deste modo, é de importância avaliar a situação na qual Estado se dispõe a “recuperar” os detentos. Segundo o relatório -SITUAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO- realizado em 2006 pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, verificou-se o seguinte: O Sistema Penitenciário Nacional encontra-se superlotado de modo que as celas da maior parte dos presídios não comportam o número de presos adequadamente. Há registro de problemas estruturais em inúmeros edifícios prisionais, nos quais se encontra esgotos a céu aberto, expondo os presos a condições insalubres, ocasionando doenças de pele e outros problemas de saúde. Inclusive a carência de assistência é comum em quesito amplo, faltam médicos, medicamentos, psicólogos, assim como qualquer outro tipo de amparo ao preso. Também não faltam reclamações sobre a precariedade da alimentação. Sem contar a má atuação e preparo dos agentes penitenciários, que é registrada em várias unidades prisionais. Surgem denúncias regularmente em relação à prática de revistas vexatórias e a falta de autorizações para visita. O que causa desrespeito e humilhação aos familiares dos presos, que acabam punidos por tabela. Tortura e espancamentos aos presos também são delatados por eles.

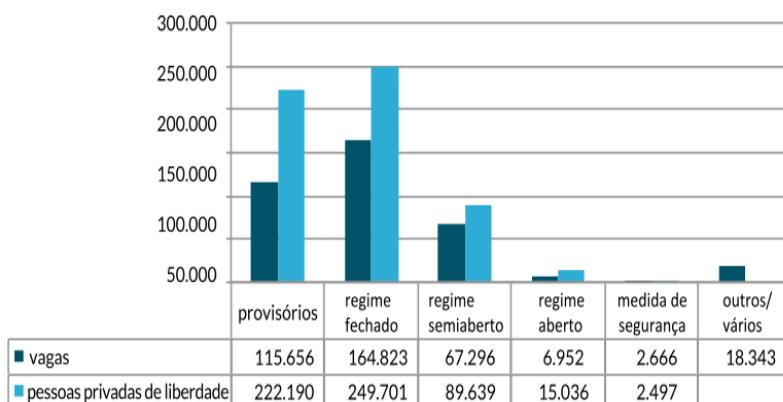
Outra grave falha acusada no sistema penitenciário se refere à questão da revisão dos processos criminais. A morosidade da Justiça é um problema crônico que revela a ineficiência do judiciário, na qual resulta, dentre alguns tantos problemas, num excesso de presos provisórios. Ou seja, presos sem julgamento por demora dos processos acumulados nos Tribunais de todo Brasil e pela precariedade da Defensoria Pública devido à falta de advogados públicos que possam defender aqueles que não têm recursos (GOMES, 2013).

O acúmulo de presos provisórios está diretamente ligado ao abuso do uso da “prisão preventiva”, que é uma espécie de medida cautelar que pode ser emitida nos casos de flagrante ou como medida preventiva, temporária ou processual. A rigor, são prisões processuais porque assumem uma conotação técnica que pretende garantir a efetividade da investigação policial, evitando a ocultação ou destruição de provas para a formulação dos inquéritos, além de evitar fugas ou ameaças possíveis (GOMES, 2013). A custódia de tais presos geralmente é feita em instalações carcerárias inapropriadas para tal função, já que a maioria das prisões está superlotada, não considerando, claro, os crimes do “colarinho branco”, para estes é quase garantido

responder em liberdade ou em domicílio como deveriam ocorrer com a grande maioria (GOMES, 2013).

Há uma tendência inadequada da utilização da prisão preventiva, pois o que vem ocorrendo é uma política criminal de punição antecipada e não de caráter puramente cautelar. Mais de 1/3 dos presos são provisórios (ver Figura 3), revelando mais uma ilegitimidade frente aos direitos mais básicos, como ampla defesa e presunção de inocência.

Figura 3 - Vagas e pessoas privadas de liberdade, por natureza da prisão ou tipo de regime.



Fonte: Infopen, junho/2014.

A aplicação descomedida da prisão cautelar traz custos incalculáveis à sociedade, não somente pelo custo financeiro destas operações, mas também nos efeitos sociais que reverberam em todo o sistema judiciário, e por consequência em toda a sociedade. É uma grave distorção do entendimento desta ferramenta, pois ao invés de ser medida excepcional torna-se medida automática, não funcionando como medida cautelar voltada à garantia da lei em casos de crimes com indícios de gravidade. Por isso, foge do seu principal objetivo que seria a proteção dos bens jurídicos e a efetivação da lei penal. Por fim o que temos é um círculo vicioso de morosidade dos julgamentos, pois mais presos a espera de julgamento mais lento o sistema judiciário, mais lento o judiciário mais presos concentrados nas prisões e piores as suas situações, e o agravante central é firmado com a alta taxa de aprisionamento (GOMES, 2013).

Nos últimos anos, entretanto, o Conselho Nacional de Justiça tem experimentado o uso de “Audiências de Custódia” como medida de contenção da prisão provisória irregular. Com esse instituto o:

[...] o cidadão preso em flagrante é levado à presença de um juiz no prazo de 24 horas, de acordo com o previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San Jose de Costa Rica. Na audiência, acompanhado de seu advogado ou de um defensor público, o atuado será ouvido, previamente, por um juiz, que decidirá sobre o relaxamento da prisão ou sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. O juiz também avaliará se a prisão preventiva pode ser substituída por liberdade provisória até o julgamento definitivo do processo, e adotará, se for o caso, medidas cautelares como monitoramento eletrônico e apresentação periódica em juízo. Poderá determinar, ainda, a realização de exames médicos para apurar se houve maus-tratos ou abuso policial durante a execução do ato de prisão⁵⁰.

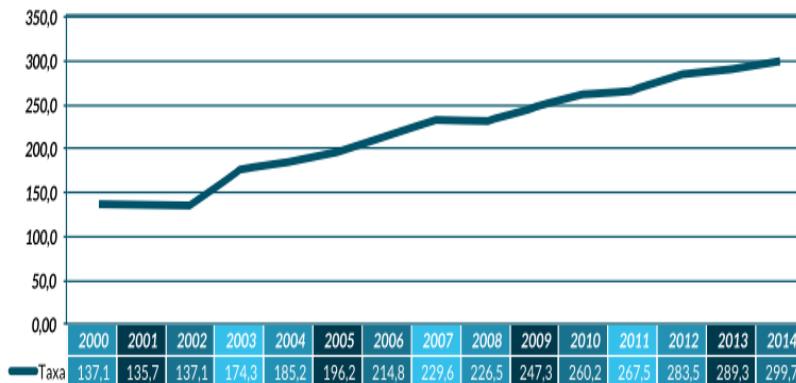
Todavia, Carvalho (2010b) alerta dos riscos que os substitutos penais e medidas alternativas podem levar, pois, ao invés de enfraquecer o sistema penal, pode reforçá-lo, expandindo assim suas formas de controle; pois que, com o desenvolvimento de novas medidas substitutivas ao cárcere, dependendo das formas de execução, servirão ao seu oposto, expandindo assim ainda mais as ferramentas e técnicas de controle, que ao não eliminar o abuso do poder punitivo estatal, ampliá-lo-á.

Deste modo, o Estado ao estabelecer uma política criminal de intolerância sob o discurso da insegurança pública, legítima o aumento da criminalização, o aumento do contingente e abuso policial, e com as medidas e penas alternativas aumentasse o controle e a vigilância e a abrangência da punição, totalizando o controle de todos os movimentos sociais suspeitos, propositalmente direcionados as periferias. Por consequência têm-se altas taxas de encarceramento (ver Figura4)

⁵⁰ Definição retirada do site disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/audiencia-de-custodia-voce-sabe-o-que-e/>, Acesso em 21 de abr., 2015.

transformadas em indicadores de eficácia do trabalho policial, para justificar a expansão dos mecanismos repressores (ALVAREZ & DE MORAES, 2013, p.10).

Figura4 - Evolução da taxa de aprisionamento no Brasil



Fonte: Infopen, junho/2014.

Não obstante:

[...] por mais de cento e cinquenta anos atribuiu-se o insucesso da pena carcerária recuperadora a sovas causas: deficiência de verbas, número reduzido de terapeutas, falta de qualidade dos guardas, arquitetura inadequada, características criminóginas dos internos e outras correlatas. Enquanto tais explicações se repetiam monotonamente as estruturas da instituição tornavam-se cada dia mais firmes e menos inclinadas a se deixarem modificar (THOMPSON, 2002, p.8).

Como diz Arantes (2002), a difusão em massa de problemas relacionados à violência e ao tráfico drogas tem sido utilizada como justificativas para o alargamento do aparato punitivo estatal. Delitos de perigo abstrato com suposição de perigo estão sendo criminalizadas sem mesmo ter a ocorrência de danos efetivos. A criminalização do porte de drogas, por exemplo, esta incidindo uma tendência legalista com pretensão de satisfazer as necessidades de ordem múltipla, recorrendo ao

direito penal como solução em *prima ratio*, assumindo uma função iminente alegórica como forma de tranquilizar a opinião pública (ARANTES, 2002).

Este mesmo autor (ARANTES, 2002) destaca a preponderância conservadora da formação e execução de políticas públicas relacionadas à justiça penal brasileira. Segundo a pesquisa conduzida por ele, dos entrevistados em sua amostragem de integrantes do Ministério Público, quando perguntados sobre qual corrente de política criminal tinham mais afinidade, 54% responderam identificar-se com a “Tolerância Zero” como forma de combater as altas taxas de criminalidade. Noutra pesquisa feita por Azevedo (2009) com promotores e procuradores do Estado do Rio Grande do Sul, revelou mais de 50% de adeptos ao endurecimento penal, tendo somente em torno de 8% de defensores da corrente garantista.

O judiciário, por sua evidência punitivista registrada no encarceramento em massa, segue no mesmo caminho. Neste sentido, os juízes, que são os atores centrais do sistema de justiça criminal, devem ser questionados na forma como têm orientado suas decisões. Pois é necessário considerar que o encarceramento em massa tem apresentado um aumento sem precedentes da população carcerária e fortes indícios revelam sua relação para com a contribuição do aumento do nível de organização criminal dentro e fora dos presídios.

Como diz Gilberto Ferreira (1995) punir em obediência cega a um dogmatismo ético normativista não faz sentido. Castigar porque errou, retribuindo o mal pelo próprio mal, é disfarçar a pena num talião moderno, que não passa de sentimento de vingança que oculta o desejo de sofrimento alheio manifestado pela apatia. Ocorre que a vingança não leva a nada a não ser mais vingança, além de oferecer pretexto a um círculo vicioso sem fim. Abolir a pena de prisão, no entanto, não é algo que se possa fazer, ela ainda se faz necessária para obter-se o respeito à ordem jurídica e segurança pública mínima. Destarte, já nem é mais questionável se a pena, tal como vem sendo executada, se presta aos tão grandes e importantes objetivos da LEP, como tentar evitar a reincidência ou reintegrar o criminoso (FERREIRA, 1995).

Segundo Bitencourt em “Novas Penas Alternativas” (2006) “grande parte das críticas e questionamentos que se fazem a prisão refere-se à impossibilidade - absoluta ou relativa - de obter algum efeito positivo sobre o apenado” (BITENCOURT, 2006, p.29). Ele ainda alega que “[...] o encarceramento, a não ser para os denominados ‘presos residuais’ é uma injustiça flagrante, principalmente porque, entre eles,

não se incluem os agentes da criminalidade não-convencional (os criminosos de colarinho branco)” (BITENCOURT, 2006, p.30) .

Portanto, como diz Baratta:

[...] a discussão atual parece centrada em dois polos: um realista e outro idealista. No primeiro caso, o reconhecimento científico de que a prisão não pode ressocializar, mas unicamente neutralizar; No segundo, é certa a impossibilidade de recuperar o delinquente, mas abdicar de mecanismos ressocializadores não fará a prisão melhor, pelo contrário. Desta forma apresentam-se duas falácias uma naturalista, onde se deduz uma norma pelos fatos, e outra idealista, que não pode ser concretizada (BARATTA, 1990, p.1-2).

Então se a prisão fracassa em recuperar o delinquente, e ainda é capaz de formar os que não são, fica a questão: Há como superar o fracasso da prisão? Ou ainda, porque ainda se opta pela opção neutralizadora e intolerante dos crimes em larga escala? A resposta plausível para esta última pergunta pode ser dada devido a uma utilidade obscura desses diversos fenômenos que a crítica continuamente denuncia: serve para a manutenção da delinquência, a indução à reincidência, a transformação do infrator ocasional em delinquente (FOUCAULT, 1987). Pois como diz Foucault:

Se tal é a situação, a prisão, ao aparentemente “fracassar”, não erra seu objetivo; ao contrário, ela o atinge na medida em que suscita no meio das outras uma forma particular de ilegalidade, que ela permite separar, pôr em plena luz e organizar como um meio relativamente fechado, mas penetrável. (FOUCAULT 1987, p. 304).

A penalidade de detenção e reclusão acaba, portanto, reproduzindo um circuito de formação da delinquência. Pois ela é efeito direto do sistema penal e não o subproduto social, na qual a prisão ao punir não consegue corrigir. Trata-se de um gerenciamento das práticas ilegais (FOUCAULT, 1987). Para Foucault (1987), há investimento em algumas delas que induz um mecanismo de “punição-reprodução”, na qual o encarceramento é uma das peças principais.

A explicação desta inversão de função da prisão decorre de uma intenção oculta, pois, segundo Foucault (1987), ao funcionar como fábrica de delinquentes ao invés de combater, consegue se subverter a ordem penal, deixando de perseguir e punir os criminosos mais danosos à sociedade: a cifra dourada, os crimes de “colarinho branco”.

Pois como temos visto, o tráfico de drogas nas favelas, os furtos e assaltos consumados parecem ainda mais constantes e brutais quando a mídia se esforça em apelar na culpabilização da violência somente aos delinquentes. Estes mecanismos mostram da mesma maneira o funcionamento da “delinquência útil” (FOUCAULT, 1987).

Portanto, as tipificações das ilegalidades criam uma cortina que divide e oculta parte do sistema jurídico-penal. Pois que:

[...] não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona a outra fadada à desordem: Percorrei os locais onde se julga, se prende, se mata... Um fato nos chama a atenção sempre; em toda parte vedes duas classes bem distintas de homens, dos quais uns se encontram sempre nos assentos dos acusadores e dos juízes, e os outros nos bancos dos réus e dos acusados. O que é explicado pelo fato de que os últimos, por falta de recursos e de educação, não sabem permanecer nos limites da proibição legal, tanto que a linguagem da lei que se pretende universal é, por isso mesmo, inadequada; ela deve ser, se é para ser eficaz, o discurso de uma classe a outra, que não tem nem as mesmas ideias que ela, nem as mesmas palavras (FOUCAULT, 1987, p. 303).

Deste modo, acreditar que a lei é aplicada em igualdade para todos os réus pode ser visto como uma declaração hipócrita ou ingênua. É mais “prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas” (FOUCAULT, 1987, p.229).

4.5 PUNIÇÃO DOS POBRES: O ESTADO PENAL E A PUNIÇÃO SELETIVA

Estado Penal é a denominação que LóicWacquant (2001) deu a configuração de Estados que elegem políticas públicas de endurecimento policial e penal, passando a encarcerar cada vez mais indivíduos. A polícia, nestes casos, é empregada como instrumento da política de coerção do Estado e, portanto, deve seguir uma política geral de repressão a criminalidade, prendendo aqueles que consideram os causadores da desordem. No entanto, a polícia não flutua além dos valores segregadores, preconceituosos e hierarquizados da sociedade, aplicando aquilo que de devia combater, a violência descomunal. A polícia deveria ser instrumento de proteção à cidadania, capacitada para lidar com conflitos, mas ao aplicar sua violência, justifica o uso da sua própria violência no outro, tratando-o como inimigo e não como cidadão.

Esse discurso se associa ao “populismo penal”, onde criminosos “são vistos como favorecidos a expensas das vítimas de crimes e em particular daqueles que seguem as leis em geral. Isto alimenta as expressões de raiva, desencantamento e desilusão com o sistema criminal vigente” (GAIO, 2011, p.4). A desmoralização do sistema penal coloca em cheque o próprio, daí surgem às reações de cunho vingativo que defendem que “a punição dura e a certeza da punição diminuiriam o número de crimes” (GAIO, 2011, p.7).

A indiferença ao sofrimento do outro distancia a realidade alheia, transforma a realidade, visibilizando o outro como um ser maligno, demonizando, segregando e punindo a alteridade. Sem reconhecer o outro como semelhante e as semelhanças entre si, incitasse o ódio sobre os que têm valores e condições diferentes, isolando-os num sistema pouco permeável. A noção de uma moral tida como verdadeira aos moldes do jusnaturalismo despótico gera uma intolerância abismal, sendo a sacralização da vingança pelo castigo a marca da moralização nas comunidades nas quais valores morais são absolutos e inegociáveis; a característica marcante destas é a maximização das respostas punitivas (Carvalho, 2006, p.76).

Nesse sentido, não é incomum ver pelos cantos de todo o Brasil o discurso positivista de Esmeraldino Bandeira feito em 1912, que negava a relação de igualdade em abstrato dentre os homens, como pode se ver nessa sua declaração sobre os “perigos criminógenos da pobreza”:

“O indivíduo que não trepida em arriscar a sua reputação e sua liberdade na prática de um roubo de pequeno valor, por certo que não vacilará em arriscá-los para a execução de um roubo ou um furto de valor maior. Apropriou-se de pouco porque não se pode apropriar muito. Mais intrinsecamente criminoso é o homem que delinque por um motivo de pequena importância material do que aquele que outro que só a perspectiva de uma grande fortuna o fará delinquir. Em hipóteses semelhantes, a verdadeira proporção a observar entre o crime e a pena é a proporção inversa: quanto menor a gravidade material do delito, tanto maior a gravidade legal da pena” (BANDEIRA apud QUEIROZ, 2011).

Com esta declaração percebemos que a cultura da punição do começo do século passado não se distingue tanto da dos dias de hoje, pois mesmo o código penal atual sendo concebido sob valores democráticos, apresentando, ao menos teoricamente, avanços epistemológicos em relação à conceituação etiológico-crime, na prática:

[...] o funcionamento da justiça penal é altamente seletivo, seja no que diz respeito à proteção outorgada aos bens e aos interesses, seja no que concerne ao processo de criminalização e ao recrutamento da clientela do sistema (a denominada população criminal). Todo ele está dirigido, quase que exclusivamente, contra as classes populares e, em particular, contra os grupos sociais mais débeis, como evidencia a composição social da população carcerária, apesar de que os comportamentos socialmente negativos estão distribuídos em todos os estratos sociais e de que as violações mais graves aos direitos humanos ocorrem por obra de indivíduos pertencentes aos grupos dominantes ou que fazem parte de organismos estatais ou organizações econômicas privadas, legais ou ilegais. [...] [Deste modo], o sistema punitivo produz mais problemas do que pretende resolver. No lugar de compor conflitos, reprime-os e, amiúde, esses adquirem um caráter mais grave do que o seu próprio

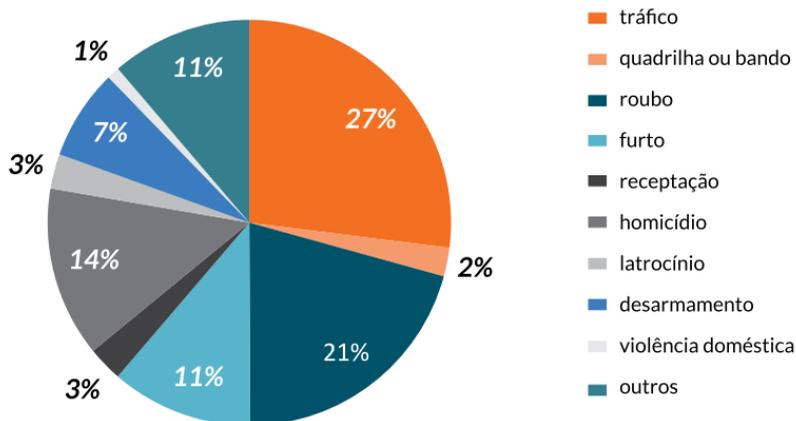
contexto originário [...] (BARATTA, 1987, p.626-627).

Como diz Dallari (1987), ao se pensar sobre o processo legislativo é necessário levar em consideração que este é uma criação artificial, baseada na conveniência que se refere às necessidades e valores de determinados interesses sociais ligados aos próprios fabricantes das leis. Por isso, mesmo o regime político sendo o democrático, a legislação contempla prioritariamente a vontade dos grupos dominantes, tanto que “a ideia de um mesmo castigo não tem a mesma força para todo mundo; a multa não é temível para o rico, nem a infâmia a quem já está exposto” (FOUCAULT, 1987, p51).

Com isso temos a obstaculização do processo de desinstitucionalização progressiva do sistema penal estabelecido, devido aos sancionamentos de leis que seguem o padrão do endurecimento penal na linha da “tolerância zero”, como as Leis dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90, Lei nº 8.930/94, Lei nº 9.677/98 e Lei nº 9.695/98), a Lei Contra o Crime Organizado (Lei nº 9.034/95), a Lei do Regime Disciplinar Diferenciado (Lei 10.792/03) e a Lei de Drogas (Lei nº. 11.343/06). Com leis deste teor cria-se uma falsa impressão de segurança pública, e ao se investir na ampliação da coerção como medida de combate ao crime, são escamoteadas as raízes dos problemas criminais. Leis deste tipo vão na contramão da própria LEP, que prega a recuperação do condenado e a reintegração social dos detentos, aproximando sua ideologia e *praxis* às antigas finalidades penais de neutralização do delinquente irrecuperável e maligno por sua natureza.

E como as leis contra os crimes de “colarinho branco” pouco alcançam os seus objetivos, o clamor popular punitivista se direciona onde atinge a sua realidade, já que o crime financeiro causa sofrimento abstrato, pouco comove, nem causa drama na memória, e deste modo é mais fácil de ser absolvido pelo perdão do esquecimento. Por outro lado, uma única lei, como a Lei de Drogas, atinge a maior parcela carcerária (Ver Figura5), sendo os alvos majoritariamente traficantes de pequeno porte, posicionados nas camadas mais pobres da sociedade. O problema maior da Lei de Drogas é que ela não define claramente quem é usuário e quem é traficante, ficando a critério do juiz resolver esse dilema, que assim além de julgar também legisla.

Figura5 - Distribuição de crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade.



Fonte: Infopen, junho/2014.

Uma lei deste tipo:

[...] não pode proteger o cidadão da arbitrariedade porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo (ROXIN apud BITENCOURT, 2012 p.59).

O mais lastimável, é que ninguém sabe ao certo porque se pune o tráfico de drogas, nesse sentido é razoável o pensamento de Stratenwerth (apud BITENCOURT, 2012, p66) de que é ao menos questionável “criminalizar uma conduta só porque se opõe à concepção da maioria ou ao padrão médio de comportamento”.

Nesse sentido, a função instrumental da lei significa:

[...] uma função de operacionalização do controle penal, que converte a ciência penal dogmática em um dos instrumentos para o seu exercício efetivo de poder, ao nível judicial (ciência do controle

social). A função racionalizadora-garantista, conectada a ela, significa, por sua vez, uma função de limitação do controle penal, traduzindo o compromisso da ciência penal controlar o próprio controle que objetiva operacionalizar (ciência controladora do controle penal). (ANDRADE, 1999, p. 126).

Pois, o exercício do poder de punir, como alega Poulantzas, nunca é um fim em si mesmo e também já não se funda mais no poder físico, mas numa manipulação lógico-simbólica e na indução ao consentimento que revigora a dominação. Deste modo, como o Estado detém o monopólio da repressão institucional (*jus puniendi*), tem-se por meio legitimador, o discurso do interesse popular (POULANTZAS, 1977, p. 221).

A estrutura jurídico-legal passa, portanto, pela necessidade de legitimação da força coercitiva estatal, que nunca ira satisfazer a vontade geral, mas apenas a algumas partes, devido à incompatibilidade de interesses e a multiplicidade cultural.

Nesse sentido, se considerarmos as teorias do conflito, que consideram a sociedade desigual, com interesses divergentes e com o sistema penal funcionando como meio de controle social institucionalizado de uma parte da sociedade a outra, servindo de meio à manutenção das relações de poder, pode-se observar que as relações jurídicas são em sua maior parte assimétricas (SABADELL apud CARVALHO 2013a, p.154)

Destarte, no juspositivismo, para Kelsen, “o problema da coerção (coação, sanção) não é o problema de assegurar a eficácia das regras, mas sim o problema do conteúdo das regras” (KELSEN apud BOBBIO, 1995, p.157), portanto para Kelsen, a legitimidade das regras não é mais um problema meramente jurídico, mas político e, portanto foge da alçada do direito.

Assim, se o positivismo jurídico excludente (sem valoração moral) se dispõe a ser um dever-ser do texto descrito no próprio código legal instituído, o argumento que o legitima é a tautologia. Essa autolegitimação, no entanto, só serve para manutenção das relações de poder instituídas e não permite dar muita abertura para os problemas da assimetria jurídica. Portanto, é sabido que o positivismo excludente, procura se afastar das valorações externas (morais) no direito, no entanto, é indiscutível que, como diz Giacomolli (2010, p.285), “há um juízo valorativo emitido no plano legislativo, no momento da

elaboração da norma, no instante da *law in action* e também no momento de sua execução (exigibilidade)”. A valoração é parte do direito, pois como disse uma vez o juiz, Oliver Wendell Holmes, da suprem corte norte-americana, em 1881: “A vida do direito não é a lógica, mas a experiência” (SHIRLEY, 1987, p.12).

A valoração moral segue na contramão do juspositivismo. O Neokantismo originado na Alemanha no fim do século XIX, com o discurso de introdução de considerações axiológicas e materiais no direito positivista, não aceita o caráter puramente formalista e legalista do juspositivismo. Entretanto, na tentativa de conciliar metodologicamente os conceitos do Direito Positivo e Natural sobre um conceito de justiça, “foi levado a extremos tais que a atribuição de conteúdo valorativo ao Direito Penal derivou em um subjetivismo epistemológico e um relativismo axiológico difíceis de sustentar” (BITENCOURT 2012, p. 153).

O velho solipsismo que assolava o direito natural passou a assolar o direito positivo, pois como se ter uma decisão jurídica que objective uma sentença, sem que recaia sobre a própria consciência, noção de realidade e valores morais subjetivos do juiz. Este é um assunto muito debatido na ciência e filosofia do direito, mas que se demonstra bastante problemático a encontrar uma saída viável à mudança das práticas e cultura jurídicas de forma a atingir uma objetividade que dê conta de manter uma razoável segurança jurídica. Ainda assim, é reconhecível a importância da ruptura com o formalismo e o pragmatismo do pensamento positivista, no entanto, o método do neokantismo não permite que o processo de conhecimento das categorias do delito — tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade — alcancem resultados estáveis (BITENCOURT, 2012, p.154).

No entanto, como aduz Ferrajoli (apud CARVALHO S.; CARVALHO A., 2003):

[...] a missão do direito penal não é impor ou reforçar determinada moral, mas impedir condutas danosas a terceiros. A punição deve incidir sobre condutas previstas em lei e aplicadas conforme o processo legal previsto. O Estado, em suma, não deve imiscuir-se coercitivamente na vida moral dos cidadãos nem tampouco promover coativamente sua moralidade, mas apenas tutelar sua segurança, impedindo que se lesem uns aos

outros (FERRAJOLI apud CARVALHO S.; CARVALHO A., 2003, p.12).

Salientam ainda, esses mesmos autores, que a justificação da pena e a sua execução não devem ter conteúdos nem fins morais e não deve tampouco tender a transformação moral do condenado (CARVALHO S.; CARVALHO A., 2003).

No meio termo, temos, portanto, os princípios, que segundo Dworkin:

[...] além da característica de abstração e indeterminação (vaguidade de conteúdo) que lhes é inerente, e o fato de servirem de formulação de diretrizes à aplicação e desenvolvimento do direito, possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: seu peso, importância ou valor (são axiológicos). Sua carga valorativa emana o fundamento de eticidade adotado pelo Estado, indicando uma direção a seguir na busca de um imperativo de justiça e equidade. Os princípios tornam-se, então, a ponte que liga a moral ao direito, abrindo-o aos valores que foram afastados pelo rigor lógico-formal do período juspositivista(apud BALTAZAR, 2009 p.91).

Os princípios denotam uma orientação finalista à dogmática jurídico-penal, que rompe com o fetichismo legalista e formalista do positivismo jurídico, nem deixa a dogmática dependente do relativismo axiológico do neokantismo e a volatilidade de suas considerações valorativas. Com a dogmática principialista pode se ter o compromisso ético do juiz com a justiça concretizada, e não puramente com a lei (BITENCOURT, 2012).

Portanto, a interpretação judicial da lei tem o dever de decidir sobre a própria disposição legal, as leis que correspondam aos significados válidos e compatíveis com o menor dano ao desviante e a sociedade, presando antes de tudo os direitos fundamentais por elas estabelecidos (CARVALHO S.; CARVALHO A., 2003). Nesse sentido, como defende Roxin (apud BITENCOURT, 2012), o direito penal não deve ser estruturado deixando de lado os efeitos que produz na sociedade. Se o Direito natural carece de eficácia, o direito positivo deve, por outro lado, suprir essa falha, pois a lei é um meio, sendo que os direitos são os fins.

O poder de punir do Estado está colocado assimetricamente nas relações jurídicas entre as partes de um conflito criminal como regra pré-estipulada, mas se desequilibra ao injusto quando a interpretação da lei é feita com a aplicação ponderada de princípios sob leis inferiores as normas constitucionais, pois não há norma que obrigue a interpretações garantistas (que protege os princípios constitucionais). Por conseguinte, o poder punitivo só tende a se concentrar se não houver fontes de contenção. Portanto, os princípios podem e devem servir como meio de completar as lacunas do ordenamento jurídico, mas sem que se faça uma vinculação subjetiva na decisão entre o direito e a própria moral.

O garantismo, deste modo, impetra um funcionalismo teleológico moderado a fim de conter os abusos de poder e resguardar o interesse social democrático. Nesse sentido, Carvalho (2006b, p.332) levanta:

[...] a necessidade de novo processo secularizador no direito pena, não mais voltado à separação entre direito e moral e/ou direito e natureza (processo ainda inconcluso), mas, fundamentalmente, no sentido de conferir primazia aos valores e princípios, objetivando efetivar o conteúdo constitucional das normas.

Essa seria, portanto uma saída para a dessubstancialização do direito, evitando com que os aplicadores do direito mantenham eficazes normas isentas de conteúdo constitucional (invalidas materialmente) (CARVALHO 2006b p332).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o aumento da criminalidade e, sobretudo, da taxa de aprisionamento nas últimas décadas, percebemos uma vertiginosa expansão da política criminal de repressão policial e de “tolerância zero” em nosso país, principalmente depois da última herança ditatorial e reestruturação da polícia militar. Surgiu, portanto, no Brasil na década de 90, a era dos aprisionamentos em massa, superlotando presídios e estabelecendo uma crise sem precedentes no nosso sistema penitenciário.

Concluimos que mesmo a LEP de 1984 sendo de orientação preventiva da pena, existem dois polos opostos que permeiam o discurso e a prática no sistema penal brasileiro. O Brasil adota um sistema penal misto (ecletico), herdado do início da era republicana, que converge duas vertentes ideológicas da pena, uma de discurso de reintegração social e outra de repressão, intimidação e retribuição. E como diz Carvalho (2006, p.71), ambas geram invariavelmente aporias, questões sem saída, já que não são passíveis de comprovabilidade de eficácia e, portanto, de refutabilidade. Análises deste tipo dependem de variados fatores, e excluem a possibilidade de se obter alguma informação concreta sobre a experiência e assimilação do sujeito em relação a tais medidas (retributivas ou reeducadoras).

Na prática, usa-se quase que integralmente a retribuição como meio de buscar prevenir o crime, é intimidando e aplicando penas nem um pouco razoáveis, para os “cidadãos” menos desassistidos pelo Estado, que se procura nos programas jurídico-penais e policiais a desestimulação ao crime, mas não cabe, no entanto, esse mesmo rigor, como se percebe na vida cotidiana, aos “crimes que compensam” (os de “colarinho branco”).

Com isso o direito penal brasileiro é seletivo e tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, imunizando-os na medida do possível, e dirige sua intensidade a criminalização e penalização de comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos das classes subalternas.

Se o crime não é privilégio de classe, a punição parece sê-lo. [...] O funcionamento normativo do aparelho penal tem, por efeito, a objetivação das diferenças e das desigualdades, a manutenção das assimetrias, a preservação das distancias e das hierarquias (ADORNO, 1994, p.149).

O Retribucionismo anula a própria ideia de justiça ou mesmo de direito no sentido positivo (regras pré-concebidas por convenção). Invocar a retribuição como meio de resolver um conflito é o mesmo que legitimar a criminalidade, pois se dá razões para o infrator usar de seus próprios valores como justificativa de acometimento criminal, como posicionamento contra os sistemas que lhe oprimem.

O resultado disso é uma expansão de facções criminosas que aliciam cada vez mais recrutas sob o manto da sua própria proteção contra o Estado ilegítimo. Se o direito não for uma força reguladora de conflitos, ampliar-se-ão as fontes de poder para aqueles mais bem posicionados na sociedade, retroalimentado suas vantagens e aumentando os número de indivíduos marginalizados e não identificados com os valores convencionais da sociedade civil. A vulnerabilidade econômica necessária à subsistência, às reduzidas oportunidades e às dificuldades de inserção no mercado formal de trabalho colocam os egressos em situações que vítimas e algozes simultaneamente. É preciso perceber que políticas penais retributivas marginalizam, e retornam na forma de mais violência, num ciclo sem fim. Somente com políticas sociais integradoras pode-se ter algum avanço na prevenção da violência e da criminalidade.

Como afirma Baratta:

Sociedade desigual é aquela que teme e reprime o diverso, porque a repressão do diverso, em todos os sistemas normativos particulares em que ocorre, é uma técnica essencial para a conservação da desigualdade e do poder alienado (BARATTA, 1997, p.208).

Assim ao se relativizar os valores morais ao extremo se dispõe que os valores das classes dominantes convirjam a ditar uma moral como superior e, portanto, protetora dos seus próprios valores, usando da retribuição penal negativa como meio de dissuadir os que consideram como ameaça. Desse modo, a moral relativizada ao extremo é na verdade absoluta, pois se forças legislativas e jurídicas são cunhadas a partir de uma ideologia de dominação, só se pode assumir uma ordem social injusta. Deste modo, ao abandonar critérios morais convergentes a um ponto comum à sociedade em geral, como fazem os princípios

fundamentais previstos na Constituição, o sistema legal ficará à deriva daqueles que o regem.

O sistema penal sem a garantia dos direitos fundamentais, não é mais que um sistema vindicativo moderno, na medida em que o clamor popular punitivista é atendido pelo poder judiciário nas sentenças condenatórias, atingindo o mais alto teor retributivo naqueles que a grande massa social rejeita. O sentido do sistema penal repousa, portanto, na assimetria deliberada das relações jurídicas como fonte de manutenção da ordem social hierarquizada.

Revisitando Hobbes, podemos dizer que o sistema penal não pode servir para preservar posições privilegiadas (a ausência de impedimentos ao poder), procurando subjugar os mais débeis, ou emitir resistência às elites às tentativas de serem subjugadas, de modo que paire nos indivíduos dominantes a possibilidade de uma conduta criteriosa de preservação das fontes de domínio. No entanto, combater o crime dos poderosos não significa levar a guerra contra os pobres aos ricos, rompendo também com os direitos destes, criando um Estado Totalizador. Mas exercitar uma política pública penal que não priorize os crimes comuns aos crimes de “colarinho branco”, porém dentro dos parâmetros legais, sem atropelar direitos e princípios fundamentais a dignidade humana.

A garantia dos direitos fundamentais corresponde às condições prévias de convivência, sendo que seu descumprimento pelo Estado legitima a rebelião e a guerra civil.

Para Ferrajoli (apud SILVA E ROCHA, 2012, p.8):

[...] a legitimidade mínima do sistema de direito é necessária por evitar danos maiores que poderiam originar dos sentimentos incontroláveis de vingança, mesmo dentro de uma sociedade aparentemente democrática. A atenção social deve se voltar para os custos que podem resultar de uma “anarquia punitiva”, cujo conceito nos remete às práticas de reação vindicativa e ao perigo de uma intensificação de mecanismos disciplinares, seja pela extrema autocensura ou por um rígido policiamento e controle tecnológico nas mãos estatais. Com isso, a prevenção dos delitos se daria pela legalidade de um mínimo de pena e o máximo de prevenção de ações desproporcionais.

Nesse sentido, o renomado jurista argentino, Eugenio Raúl Zaffaroni (apud SILVA E ROCHA, 2012) considera a reapropriação do direito pela comunidade, por meios extrajudiciais como meio potencial a resolução de conflitos, pois geram consciência política e ética,

[...] na afirmação do compromisso social e responsabilização coletiva pela busca por alternativas às necessidades reais da existência. Assim, propõe-se uma reconstrução de vínculos solidários e comunitários, que permitam a solução de impasses sem a apelação de uma arbitragem punitiva (ZAFFARONI apud SILVA E ROCHA, 2012, p.9).

Deste modo, quando falharem todas as demais formas de controle social ou nos casos extremos e de impossibilidade de solução pacífica, deve se apelar para a resposta estatal ao fenômeno criminal, pois nesses casos, somente com a intervenção do Direito Penal é possível obter mais segurança e garantia de método democrático como solução do conflito (BITENCOURT, 2006, p.24).

Assim sendo, “para uma política de reintegração social dos autores de delitos, o objetivo imediato não é apenas uma prisão ‘melhor’, mas também e, sobretudo menos cárcere.” (BARATTA, 1990, p3). Em conformidade a este raciocínio Claus Roxin diz “não ser exagero dizer que a pena de privativa de liberdade de curta duração, em vez de prevenir delitos, promove-os” (ROXIN apud BITENCOURT, 2006, p.31). Bitencourt declara que por esse viés, “recomenda-se as penas privativas de liberdade de longa duração àqueles condenados efetivamente perigosos e de difícil recuperação” (BITENCOURT, 2011, p.20).

Concluimos, portanto, que este trabalho não tendo em sua possibilidade de lidar com toda a extensão da problemática penal, levanta ainda mais a necessidade de estudos de pesquisas na área criminológica e do direito penal, para se alcançar a efetivação daquilo que chamamos de Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ADORNO, S. Crime, justiça penal e desigualdade jurídica: as mortes que se contam no tribunal do júri. **Revista USP, Dossiê Judiciário**, n.21, 1994. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1994.

ALVAREZ, Marcos César; MORAES Pedro R. Bodê de. Apresentação, 9-13 in: **Tempo Social, Revista de sociologia da USP**, v. 25, n. 1, 2013.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A construção social dos conflitos agrários como criminalidade. In: SANTOS, Rogério Dultra dos. **Introdução crítica ao estudo dosistemapenal:elementosparaacompreensãodaatividaderepressiva** do estado. Florianópolis: Diploma Legal, 1999. p. 23-56.

ARANTES, R. B. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: Ed. Sumaré, 2002.

ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Manual de antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011.

AZEVEDO, R. G. Ministério Público gaúcho: quem são e o que pensam os promotores e procuradores de justiça sobre os desafios da política criminal. In **Revista Brasileira de Segurança Pública**, Ano 3, Edição 4, Fev/Mar. Porto Alegre: Ministério Público do RS, 2009.

BATITUCCI, Eduardo Cerqueira; MARTINS, Herbert Toledo; VERSIANI Dayane Aparecida. A polícia prende, mas a Justiça solta. In: **Revista Brasileira de Segurança Pública**. Ano 5, edição 8, fev./mar. 2011. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. ISSN 1981-1659.

BALTAZAR, Antonio Henrique Lindemberg. Princípios e regras:Umaabordagem evolutiva. **Rev.. Lex Humana**, nº 2, 2009, p. 83. ISSN 2175-0947. Disponível em: <http://www.ucp.br/html/joomlaBR/lexhumana/lexhumana.htm>

BARATA, Maria João. **Compreensão e responsabilidade** - a Uma Digressão pela Criminologia, Interações, número 6, pp. 9-38. 2004.

BARATTA, Alessandro. Ressocialização Ou Controle Social - Uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado. In **Criminologia Crítica** (Fórum Internacional de Criminologia Crítica): 141-157. Belém: CEJUP, 1990. Disponível em: <<http://www.ceuma.br/portal/wp-content/uploads/2014/06/BIBLIOGRAFIA.pdf>> Acesso em 11 de jun. de 2017.

_____. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal; tradução do original italiano por Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997. 256p.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional, In **Revista Brasília** a. 48 n. 189 jan./mar. 2011. pp.105-131.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas Penas Alternativas** – análise político-criminal das alterações da lei n. 9.714/98. 3ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Tratado de direito penal**: Parte Geral 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas, 4ªed., São Paulo: editora Saraiva 2011.

_____. **Tratado de direito penal**: parte 1. 17ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a lei n.12550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito; Compiladas por Nello Morra; Trad. e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. - São Paulo: Ícone editora, 1995.

CASTRO, Flávia Lages. **História do Direito Geral e Brasil**. 5ªed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHAVES, Leandro Santos; SANCHEZ, Cláudio José Palma. A evolução do direito penal positivado no Brasil. **Revistas Eletrônicas da Toledo Presidente Prudente**. ETIC – Encontro de iniciação científica – ISSN 21-76-8498, Vol. 5, Nº 5 (2009).

CHIES, Luiz Antônio Bogo. A questão penitenciária. In, **Tempo Social**, revista de sociologia da USP, v. 25, n. 1, 2013.

CUNHA, Alexandre Sanches. **Introdução ao estudo do direito** (Coleção saberes do direito) – São Paulo :Saraiva, 2012.

CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. Memória e esquecimento nas práticas punitivas In **Estudos Ibero-Americanos**. PUCRS, Edição Especial, n. 2, p. 61-85, 2006.

_____. Crime e Sociedade: Ensino e aprendizado das ciências criminais no século XXI. In **Revista RBCCRIM**, nº69, Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010a.

_____. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II** [recurso eletrônico] / Ruth Maria ChittóGauer (Org.); Aury Lopes Jr. [et al.]. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre : EDIPUCRS, 2010b.

_____. Sobre as Possibilidades de uma Penologia Crítica: Provocações Criminológicas às Teorias da Pena na Era do Grande Encarceramento. In **Rev. Polis e Psique**, 2013a; 3(3):143-164.

_____. Criminologia Crítica: Dimensões, significados e perspectivas atuais. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Ano 21, vol. 104, set.-out.. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2013b.

COMISSÃO DE FORMAÇÃO TEÓRICA E PRÁTICA DO PRESP. **O egresso do sistema prisional: do estigma à inclusão social**: Instituto Elo, 2013. 280p.

CONSOLIM, Marcia. Émile Durkheim E Gabriel Tarde: Aspectos Teóricos De Um Debate Histórico (1893-1904). **História: Questões & Debates**, Curitiba: Editora UFPR, n. 53, p. 39-65, jul./dez. 2010.

DAVIE, M. R. **The Evolution of War**. Port Washington. N. Y.: Kennikat, 1929.

DE ASSIS, Rafael Damaceno. 2007. **A Realidade atual do sistema penitenciário brasileiro** In Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 74-78, out./dez. 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. In Apresentação; SHIRLEY, Robert Weaver, **Antropologia Jurídica**, São Paulo: Saraiva, 1987.

DOS SANTOS, Jocélio Teles. Ação afirmativa, In: **Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos**. Coordenação geral [de] Antonio Carlos de Souza Lima. Brasília/Rio de Janeiro/Blumenau: Associação Brasileira de Antropologia/laced/Nova Letra, 2012.

DURKHEIM, Èmile. **As regras do método sociológico**, São Paulo: Melhoramentos, 9ª ed., 1978.

_____. DeuxLois de L'ÈvolucionPenale, in **AnnéeSociologique**, IV, 1899-1900. Duas leis da evolução penal. Tradução de HyagoSarraff de Lion. In: Primeiros Estudos, São Paulo, n. 6, p. 123-148, 2014.

Evans-Pritchard, E.E. **Os Nuer: Uma descrição do Modo de Subsistência e das Instituições Políticas de um Povo Nilota**. SP, Perspectiva, 1978.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A Vontade de Saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1977.

_____. **Vigiar e Punir** – Nascimento da prisão. Trad. De Raquel Ramalhete, Petrópolis, Vozes, 1987.

FROMM, Erich. **Anatomia de destrutividade humana**. Rio de Janeiro: Zahar, 1975

FUDOLI, Rodrigo de Abreu. “Punição e Estrutura Social”: As Ideais Criminológicas de Rusche e Kirchheimer. In: *Revista do CAAP*, n. 1, Belo Horizonte: UFMG, 2001, p. 425- 454.

FUSTEL DE CONLANGES, Auguste. **A cidade Antiga**. Trad. Jean Melville, São Paulo: Martin Claret, 2006.

GAIO, André Moysés. O Populismo Punitivo No Brasil. In **CSONline - Revista Eletrônica de Ciências Sociais da UFJF** - ISSN 1984-2140 -, Dossiê Violência e Criminalidade. Ano 5, ed.12, abr./jul. 2011.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GARLAND, David. 1999. As contradições da “sociedade punitiva”: O caso britânico In **Revista De Sociologia E Política** Nº 13: 59-80 NOV. 1999.

GIACOMOLLI, Nereu José. Exigências e perspectivas do Processo Penal na Contemporaneidade. In **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**, cap.VII, p.273-294. Ruth Maria ChittóGauer (Org.); Aury Lopes Jr. [et al.].Porto Alegre : EDIPUCRS, 2010.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Trad. Maria Hespanha e L.Macaísta Malheiros, Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1995.

GLUCKMAN, Max. "The Peace in the Feud".**PastandPresent**, 1955, 8(1):1-14.

GOMES, Marupiara Cesar Ferreira. **A Finalidade Contemporânea Conferida À Prisão**: Um Estudo Sobre A Nova Política Punitiva Brasileira E Seus Reflexos Sobre O Sistema Carcerário Do Estado Do Ceará. 2013. 129p. Dissertação de Mestrado Em Políticas Públicas E Sociedade – MAPPS. Centro De Estudos Sociais Aplicados – CESA - Universidade Estadual Do Ceará – UECE, Fortaleza, 2013.

GROTIUS, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. 420p.

LACERDA NETO, Arthur Virmond de. **A laicidade do Direito Romano**. 2013. Disponível em: <https://direitoromanolacerda.wordpress.com/2013/05/27/a-laicidade-do-direito-romano/> acesso em 27 de maio de 2017.

LIEDKE FILHO, EnnoD.. A sociologia no Brasil: histórias, teorias e desafios. In **Revista Sociologias**, Porto Alegre, ano 7, nº14, jul/dez 2005, p. 376-437.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo In: **Carta acerca tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Org.e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2.ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

KEELEY, Lawrence H.. **A Guerra Antes da Civilização – O Mito do Bom Selvagem**. Trad. Fábio Faria. São Paulo, Ed. Realizações, 2011.

NEVES, Letícia Sinatora das. **Remição de pena**: perspectivas a partir da Política Criminal. 2011. Disponível em <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1354817025_Artigo%20remi%C3%A7%C3%A3o%20aula%204.pdf> acesso em 17 de set. 2016.

MAINE, Henry James Summer. **El DerechoAntiguo**. Trad. A. Guerra. Madrid: Tipografia de Alfredo Alonso, 1983.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem**. Tradução de Maria Clara Corrêa Dias; revisão técnica de Beatriz Sidou. – Brasília: Ed. UNB, 2003.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fabrica**: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, volume 1: Parte Geral. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: ATLAS, 2009.

NEDER, Gizlene. Em nome de Tanatos: aspectos da historia do sistema penitenciário no Brasil. In: *Violência e cidadania*. Porto Alegre: SAFE, 1994, p.11-34.

OLIVEIRA, Maria Odete de. **Prisão – Um Paradoxo Social**. 1983. 297p. Dissertação (Mestrado) – Programa de pós-graduação em Ciências Sociais – especialidade – Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1983.

PALMA, Rodrigo Freitas, **História do Direito**, 4. Ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

PEGORARO, Juan S.. **A construção histórica do poder de punir e da política penal** In SILVA, JMAP.,and SALLES, LMF., orgs. Jovens, violência e escola: um desafio contemporâneo, [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010. 182 p. ISBN 978-85-7983-109-6.Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio **Manual esquemático de criminologia** / Nestor Sampaio Penteado Filho. – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

PEIXOTO JUNIOR, Carlos Augusto. Sobre a Crítica da Perversão Social em Reich, Fromm e Marcuse. In **PHYSIS: Revista Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro 8 (1): 101-121, 1998.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Breves notas para a história da criminologia no Brasil, **R. Fac. Dir. UFG**, 4(2), jul/dez.,1980, p.231-204.

PINKER, Steven. **Os anjos bons da nossa natureza**: Por que a violência diminuiu. Trad. Bernardo Joffily e Laura Teixeira Motta. - 1ªed.- São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

POULANTZAS, Nico. **Poder político e classes sociais**. Tradução de Francisco Silva. São Paulo: Martins Fontes, 1977.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Que havia de novo nas novidades do positivismo penal? Uma análise continuísta de Esmeraldino Bandeira. In SHECAIRA, et al. coord.). **Criminologia no Brasil**: história e aplicações clínicas e sociológicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RELATÓRIO - SITUAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: Síntese de videoconferência nacional realizada pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias Câmara dos Deputados; Com relatos das Comissões de Direitos Humanos das Assembléias Legislativas, Comissão Pastoral da Terra e outras entidades. Brasília, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: M. Fontes, 1989 163p.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução, revisão técnica e notas de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituição Carioca de Criminologia, 1999.

SAHLINS, Marshall, “JungleFever”. **Washington Post Book World**, December: X01, 2000. Tradução de Geraldo Andreello Revisão de Mauro Almeida, Manuela Carneiro da Cunha. Disponível em <<http://www.proyanomami.org.br/frame1/rese.htm>> acesso em 21 de outubro de 2016.

SÊGA, Rafael Augustus. Ordem e Progresso – Mais que um simples lema na bandeira, as ideias positivistas de Auguste Comte impregnaram a nascente República brasileira, **Revista História Viva**, março 2004. p.72-76.

SHIRLEY, Robert Weaver, **Antropologia Jurídica**, São Paulo: Saraiva, 1987.

SILVA, Denis Franco. **O Sofisma da mitigação das penas**. *Ética, Filosofia e Política*. Juiz de Fora, v.4, n 1, p. 103-111, jan./jun. 1999.

SILVA, Flavia Augusta Bueno; ROCHA, Luiz Carlos. A criminologia crítica e o direito penal mínimo: avanços e retrocessos. In **Revista de Psicologia da UNESP** 11(2), 2012.

DE SOUZA, Luís Antônio Francisco. Criminologia, Direito Penal e Justiça Criminal no Brasil: Uma Revisão da Pesquisa Recente. **Revista BIB**, São Paulo, n° 59, 1° semestre de 2005, pp. 81-107.

SKINNER, BurrhusFrederic. **Sobre o behaviorismo**. SP, Cultrix, 2006.

TOMÁS DE AQUINO. **Suma Teológica**. Trad.Aimom- Marie Roguet et al. São Paulo: Loyola, 2001. v. I, II.

THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária**. 5ªed.. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

WACQUANT, Loïc**Os condenados da cidade**: estudo sobre marginalidade avançada. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.