

2

A pena privativa de liberdade e suas funções no mundo contemporâneo

2.1

Os discursos teóricos justificadores e deslegitimadores da sanção penal

As funções que deveriam ser atribuídas às penas e os fins que poderiam ser por elas perseguidos constituíram objeto de investigação de diversas pesquisas. Tais discussões envolvem o problema da própria legitimidade¹ do Estado como detentor exclusivo e organizado da aplicação da força, que expropriou dos indivíduos o recurso à violência privada.

O desenvolvimento do Estado está relacionado ao da pena. Em seu estudo “**Pena e Estado**”², Ramirez e Malarée afirmam que a pena (seus sentidos, funções e fins) deve ser analisada, para sua maior e mais ampla compreensão, levando em conta o modelo socioeconômico e a forma de Estado no qual foi criada e no qual se aplica esse sistema sancionador.

Neste mesmo sentido, afirma Batista (1990a, p.23):

Há marcante congruência entre os fins do Estado e os fins do direito penal, de tal sorte que o conhecimento dos primeiros, não através de fórmulas vagas e ilusórias, como sói figurar nos livros jurídicos, mas através do exame de suas reais e concretas funções históricas, econômicas e sociais, é fundamental para a compreensão dos últimos.

Os questionamentos que envolvem a justificação (ou a total deslegitimação) do direito de punir, que, tradicionalmente, são denominados de “teorias da pena”

¹ Paulo Bonavides assevera que “a legitimidade é a legalidade acrescida de sua valoração. É o critério que se busca menos para compreender e aplicar do que para aceitar ou negar a adequação do poder às situações da vida social que ele é chamado a disciplinar.” (*Ciência Política*). São Paulo: Malheiros, 1995, p.112)

² Pena y Estado in “*Bases críticas de um nuevo derecho penal*”. Bogotá, Temis, 1982, p.114.

são, a rigor, temas que envolvem a própria finalidade do Direito Penal, já que tangenciam a difícil função de fundamentar o castigo estatal³.

Para Bacigalupo (2005, p.21):

Trata-se de responder à pergunta: por que a sociedade organizada estabelece no Estado um conjunto de normas, que ameaçam, com a aplicação de uma pena, a execução de determinadas condutas? Neste sentido, função do direito penal e teorias da pena têm uma estreita relação: toda teoria da pena é uma teoria da função que deve cumprir o direito penal.

Assim, a pergunta que se faz é: por que e para que punir?⁴ Daí a necessidade, para os objetivos do presente trabalho, de um exame daquelas formulações teóricas que há muito se debruçam sobre essas instigantes questões.

Para delinear um fio condutor de hipóteses e, ou respostas, utilizam-se “teorias justificacionistas” ou “teorias legitimadoras” para agrupar algumas formulações teóricas que concentraram seus esforços na justificação do direito de punir do Estado. Nesse âmbito, mesmo que se considere a pena como um mal, ela será sempre necessária⁵.

Queiroz (2005, p. 9), ao tratar desse conjunto de discursos, exemplifica as três principais correntes pertencentes a essa linha de pensamento, com as recorrentes máximas:

Punitur quia peccatum est; punitur ut ne peccetur; punir quia peccatum est et ne peccetur. Respectivamente: pune-se porque pecou (teoria absoluta); pune-se para que não peque (teoria relativa); pune-se porque pecou e para que não peque (teoria mista).

³ Francesco Antolisei afirma que o *jus puniendi* é para o Estado um meio absolutamente necessário para impor sua vontade aos súditos e que seria ingenuidade pensar que o Estado poderia abrir mão desse poder, já que renunciar à pena seria equivalente ao suicídio do Estado. (“*Manual de Direito Penal*”. Bogotá: Temis, 1988, p.486).

⁴ Segundo Fernando Galvão, a pena só adquire legitimação externa, quando responde satisfatoriamente a estas duas perguntas, daí os diversos esforços teóricos que se debruçaram sobre tais questões. (“*Direito Penal – Parte Geral*”, Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 5)

⁵ “São teorias absolutistas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como castigo, reação, reparação, ou, ainda, retribuição do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, relativas, todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio para realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos.” (Ferrajoli, Luigi. “*Direito e razão: teoria do garantismo penal*”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.204)

Por sua vez, as teorias deslegitimadoras pregam o desaparecimento do Direito Penal, não se justificando a manutenção de um oneroso sistema que vive uma constante crise, pela sua total inutilidade (abolicionismo). Na mesma linha de pensamento, o minimalismo radical propugna pela radical contração do âmbito de atuação deste ramo do ordenamento jurídico.

Essas teorias são abordadas, a seguir, de forma resumida, apenas com foco em seus pontos característicos, e naqueles outros que mais interessam aos objetivos desta pesquisa.

2.1.1

As teorias absolutas: a pena como um fim em si mesmo

As teorias absolutas descrevem a pena como um fim em si mesmo, já que ela possuiria um caráter exclusivamente retributivo. Consideram a sanção penal um castigo que anula o delito. A finalidade da pena é, essencialmente, a retribuição ao mal causado pelo crime, sendo necessária para restaurar a ordem jurídica violada. Alicerçando tal concepção, estaria o mesmo princípio sustentador da vingança: ao mal, a devolução do mal⁶.

Nessa ordem de idéias, Maurach (1994, p.86) afirma:

As chamadas teorias absolutas da pena são teorias penais, não assim teorias dos fins da pena. Estas negam a possibilidade de união da essência da pena à finalidade de prevenção do delito. Para elas, a pena é compensação, seja como reparação ou como retribuição, mas a pena se esgota em tais funções.

Nesses termos, independentemente de a pena possuir uma ou algumas finalidades, elas nada teriam a ver com a sua natureza, pelo modo como as teorias absolutas preocupam-se com esta última, respondendo à indagação de qual é a essência da pena, mas não aquelas duas questões essenciais, acima mencionadas.

Para Jescheck (1981, p.96), a justificação ideológica das teorias absolutas da sanção penal ancorava-se em algumas premissas, coexistindo idéias liberais, individualistas e idealistas, de forma que:

⁶ Boschi, José Antônio Paganella. *“Das penas e seus critérios de aplicação”*. 4 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.108.

No reconhecimento do Estado como guardião da justiça terrena e como conjunto de idéias morais, na fé, na capacidade do homem para se autodeterminar e na idéia de que a missão do Estado frente aos cidadãos deve limitar-se à proteção da liberdade individual.

Os dois maiores defensores desse discurso doutrinário, cada um com seus fundamentos teóricos, foram Immanuel Kant, em sua obra “**A metafísica dos costumes**”⁷ e Georg Wilhelm Friedrich Hegel, em seus “**Princípios da filosofia do direito**”⁸.

Segundo Kant, a pena encerra uma necessidade absoluta de justiça, que deriva de um imperativo categórico, já que é próprio da natureza humana exigir que o mal causado pelo crime seja retribuído com o mal da pena⁹. Assim, a pena seria uma retribuição ética, já que o autor relaciona o crime à transgressão de uma lei moral, pressupondo a superioridade dos preceitos éticos da comunidade sobre os do delinqüente, que não é tido por ele como instrumento para consecução de qualquer outra finalidade, daí negar qualquer função utilitarista da pena.

Pode-se afirmar, resumidamente, que Kant considera que o criminoso deva receber uma punição pelo simples fato de ter delinqüido, sem tecer qualquer consideração acerca da utilidade da sanção, seja para ele próprio, seja para a comunidade em que está inserido.

Na mesma linha teórica absoluta, Hegel considera a pena a razão do Direito, não de ordem ética; porém, de natureza jurídica, já que é a negação da negação do Direito. Como afirmou Basileu Garcia, analisando a concepção da pena do referido autor (1977, p.73),

O direito é manifestação da vontade racional; a pena é a reafirmação da vontade racional sobre a vontade irracional; servindo a pena para restaurar uma idéia, precisamente para restaurar a razão do direito, anulando a razão do delito.

⁷ KANT, Immanuel. “*Fundamentação da metafísica dos costumes*”. São Paulo: Editora Abril, 1992.

⁸ Hegel, George Wilhelm Friedrich. “*Princípios da filosofia do direito*”. São Paulo: Martins Fontes: (1997)

⁹ É conhecida a afirmação kantiana de que o último assassino recolhido ao cárcere deveria ser executado, mesmo que a população inteira, por algum motivo, precisasse sair daquele lugar e espalhar-se pelo mundo.

Assim, a prática criminosa autoriza a resposta repressiva do Estado, posto que, com a imposição da sanção, a autoridade estatal é reafirmada, submetendo o infrator ao seu poder. A pena é o único instrumento capaz de restabelecer a ordem jurídica violada, daí se falar na concepção hegeliana¹⁰ como a da retribuição jurídica. Se o crime é a negação do direito, a pena é a negação da negação do direito, ou seja, a anulação do crime.¹¹

Nesse sentido, é resenhada a análise de Bruno (1976, p.13-14), que pondera:

O fim da retribuição promovida pela pena é a reafirmação da norma jurídica violada pelo crime, reafirmação necessária para a manutenção da ordem de Direito e que, assim, serve de justificação da medida penal. O relevante no crime não seria o dano por ele causado, mas o ilícito que é o seu conteúdo e que é necessário que a pena venha anular. A força dessa retribuição não pode ser atenuada por nenhum efeito secundário atribuído à pena, como o da prevenção ou da emenda do criminoso.

Afirma, também, Bitencourt (2004b, p.113):

Na idéia hegeliana de direito penal, é evidente a aplicação de seu método dialético, tanto que podemos dizer, nesse caso, que a tese está representada pela vontade geral, ou, se se preferir pela ordem jurídica; a antítese resume-se no delito como a negação do mencionado ordenamento jurídico e, por último, a síntese vem a ser a negação, ou seja, a pena como castigo do delito.

As doutrinas justificadoras absolutas consideram o delito como pressuposto da pena e esta deve ser sempre proporcional ao comportamento delitivo praticado, prestando-se a coibir abusos estatais em sua gradação, além de impedir a instrumentalização do cidadão condenado para a consecução de fins preventivos gerais.

Não obstante esses dois pontos que militam em seu favor, as correntes absolutas da pena não ficaram imunes às críticas, das quais cumpre destacar algumas.

A primeira delas é que o Estado não impõe uma sanção visando à justiça no mundo, mas tão somente objetivando garantir o mínimo de juridicidade na vida

¹⁰ Na análise de Oliveira (2004, p.31-32), ao contrário do que afirmam a grande maioria dos penalistas brasileiros, Hegel não era um retributivista, apesar de se poder reconhecer nele um partidário da teoria absoluta da pena, no sentido de que a um delito deve se seguir uma sanção. Na filosofia do direito hegeliana, segundo o autor, pode-se perceber uma justificativa e um objetivo eminentemente preventivos na pena. Tal prevenção é especial e secundariamente, geral.

¹¹ Hegel. Ob.cit.p.105.

em comunidade¹². Assim, Batista (1990a, p.20) afirma que “o direito penal existe para cumprir finalidades, para que algo se realize, não para a simples celebração de valores eternos ou glorificação de paradigmas morais.”

Outra crítica é que a idéia da pena como um imperativo categórico traz ínsita a própria idéia de fé, de um verdadeiro dogma, posto que não há explicação racional para o fato de se pagar um mal com outro¹³.

Ademais, a absolutização da pena pressupõe a absolutização dos fins do Estado, o que é incompatível com o delineamento constitucional do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, no qual esta forma mais drástica de intervenção só encontra justificativa se preservar os direitos fundamentais¹⁴.

2.1.2

As teorias relativas: o utilitarismo da sanção penal

As teorias relativas ou utilitárias, ao contrário das absolutas, objetivam não a retribuição do crime, mas o seu não-cometimento, ou seja, possuem como objetivo prático a prevenção do delito. A sanção penal, sob esse aspecto, não seria um fim em si mesmo, mas um meio para a consecução de outros objetivos, porque senão teria apenas o significado de vingança, como ressaltou Beccaria (1999, p.52):

Da simples consideração das verdades, até aqui expostas, fica evidente que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer o delito já cometido. É concebível que um corpo político que, bem longe de agir por paixões, é o tranqüilo moderador das paixões particulares, possa albergar esta inútil crueldade, instrumento de furor e do fanatismo, ou dos fracos tiranos? Poderiam talvez os gritos de um infeliz trazer de volta, do tempo, que não retorna, as ações já consumadas? O fim da pena, pois, é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo.

Bentham, Schopenhauer e Fuerbach foram os principais representantes dessa corrente doutrinária que, sem incorporar a idéia de malefício à pena,

¹² Queiroz. Ob.cit. p. 24.

¹³ Queiroz, ob.cit.p.25.

¹⁴ Ao absolutizar o sentido da pena, perde-se de vista o fato de que o controle penal é a última das formas de controle social e por isto deve ter um papel secundário.

propugnava que a pena não deveria se voltar para o passado, mas sim para o futuro, por encerrar a punição necessária para que o criminoso não reincida no crime e para alertar a todos os membros da comunidade a evitar o caminho do crime.

A pena seria uma forma de intimidação abstratamente cominada a todos e imposta ao criminoso no caso concreto. Sua finalidade é de prevenção geral¹⁵, ao passo que visa intimidar todos os membros da sociedade, indistintamente, e de prevenção particular¹⁶, ao impedir que o delinqüente, através da intimidação e correção, volte a delinqüir.

As doutrinas utilitárias desenvolvem-se em um sentido positivo, quando a pena busca corrigir o delinqüente; e também em um sentido negativo, quando a sanção penal pretende neutralizar a ação do infrator ou de outros membros da sociedade.

Com o surgimento da Nova Defesa Social de Marc Ancel¹⁷, nasce a idéia de que a sociedade somente é defendida, à medida que se permite a readaptação do condenado na sociedade. Com isso, rejeita-se a concepção puramente retributiva da pena, para atribuir ao Estado a responsabilidade pela prevenção do crime e o tratamento do criminoso. Passou-se a apostar no tratamento penitenciário como ferramenta de transformação dos condenados em não-criminosos, para possibilitar-lhes o retorno ao convívio social, após sua reabilitação.

Apesar de seu caráter humanista, as teorias utilitaristas também não passaram ao largo das muitas críticas que lhe foram dirigidas, tanto no aspecto da prevenção geral quanto no da especial. Uma das mais contundentes foi a de ROXIN (1998, p.22), acerca da prevenção especial e sua pretensão ressocializadora:

O que legitima a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhe são gratos? De onde nos vem o direito de poder educar e submeter a tratamento contra a sua vontade pessoas adultas? Por que não hão de poder viver

¹⁵ O âmbito de incidência da prevenção geral paira sobre dois aspectos: a idéia de intimidação, ou da utilização do medo pelo Estado, e sobre a ponderação do homem a respeito das conseqüências da transgressão da norma penal.

¹⁶ A pena estaria direcionada à capacidade racional e na liberdade de escolha do indivíduo que praticou a infração penal e recebeu do Estado a resposta à transgressão e estaria apto a avaliar as conseqüências de uma nova violação, o que faria com que o mesmo não voltasse a delinqüir.

¹⁷ Ancel, Marc. “*A nova defesa social – um movimento de política criminal humanista*”. Rio de Janeiro: Forense, trad. Osvaldo Melo, 1979.

conforme desejam os que o fazem à margem da sociedade – quer se pense em mendigos, prostitutas ou homossexuais? Será a circunstância de serem incômodos ou indesejáveis para muitos de seus concidadãos, causa suficiente para contra eles proceder com penas discriminatórias?

Ademais, nas teorias relativas, o homem, quando punido, é utilizado como objeto para consecução de outra finalidade, qual seja, a sua intimidação e a dos demais membros da sociedade, o que não se pode admitir. E mesmo este objetivo intimidatório é questionado, já que o crime decorre de vários fatores, sendo um fato social como outro qualquer.

Por fim, pode-se afirmar que o discurso da ressocialização é utópico, porque não se pode imaginar que, na atual estrutura das prisões, pode-se educar um ser humano para a liberdade, em condições tão degradantes de ausência total de liberdade.¹⁸

2.1.3

As teorias mistas ou unitárias: a paradoxal busca da conjugação entre retribuição, prevenção e ressocialização

As teorias mistas ou unitárias são as mais difundidas e aceitas na atualidade e pretendem agrupar em uma concepção única as finalidades da pena, tentando conciliar e unificar os aspectos mais relevantes das teorias absolutas e relativas.

A imposição da sanção é justificada pela necessidade de retribuição do ato ilícito praticado pelo cidadão (na medida de sua culpabilidade), objetivando sua ressocialização e reintegração ao convívio social e mais ainda a prevenção geral, para que outros membros da coletividade, mirando-se no exemplo daquele delinqüente que foi punido, não optassem pela transgressão da ordem jurídica penal.

Tais objetivos são bastante conflitantes, soando paradoxal a sua combinação, conforme afirma Thompson (ob.cit.p.09-10), citando documento oficial¹⁹:

¹⁸ Thompson (ob.cit.p.12-13) afirma que treinar homens para a vida livre, submetendo-os a condições de cativo é tão absurdo quanto imaginar alguém que se prepara para uma corrida, permanecendo na cama por semanas.

¹⁹ *Annual Report, Federal Bureau of Prisons*, 1948, p.3, apud David Dressler, ob.cit., ps.593-594.

Ainda o nosso moderno sistema prisional procede numa direção muito incerta, porque sua administração tem, necessariamente, uma série de compromissos. De um lado, espera-se que as prisões punam; de outro supõe-se que reformem. Espera-se que disciplinem rigorosamente ao mesmo tempo em que ensinem autoconfiança. São construídas para operar como grandes máquinas impessoais, mas se espera que ajustem os homens a viver vidas comunitárias normais. Operam de acordo com uma rígida rotina autocrática, mas se espera que desenvolvam a iniciativa individual. Todas as regras restritivas, por demais freqüentes, obrigam o preso à ociosidade, a despeito do fato de que um de seus objetivos primários é ensinar aos homens como ganhar uma vida honesta. Recusam ao preso qualquer possibilidade de autogoverno, mas esperam que ele se transforme em um homem consciente, numa sociedade democrática. Para alguns, as prisões não são mais do que clubes campestres, a prover as fantasias e os caprichos dos internos. Para outros, a atmosfera prisional parece carregada somente de amargura, de rancor e de sentimento pervertido de frustração. E assim o esquema paradoxal prossegue, porque nossas idéias a respeito da função das instituições correcionais, na nossa sociedade, são confusas, vagas e nebulosas.

Apesar da explícita contradição entre as finalidades da pena defendidas pelos ecléticos, duas concepções teóricas merecem aqui ser mencionadas: a teoria dialética unificadora de Claus Roxin e o garantismo de Luigi Ferrajoli.

Roxin²⁰ formula sua teoria sobre a idéia de prevenção geral negativa e positiva, mas recusa a função retributiva como objetivo da imposição da sanção penal. Para ele, a função da pena e, via de conseqüência, do próprio Direito Penal, é de proteger subsidiariamente os bens jurídicos. Esta função seria alcançada pela prevenção geral negativa, na fase de cominação da pena; pela prevenção geral e especial na sua aplicação, limitada à medida da culpa e pela prevenção especial na fase de execução penal.

A seu turno, Ferrajoli²¹, com seu modelo garantista²², confere ao Direito Penal e à própria pena uma dupla função de prevenção, ambas negativas, quais sejam, prevenir futuros delitos e também reações arbitrárias, sejam elas advindas de outros cidadãos ou do próprio Estado. Para ele, as penas não devem buscar fins terapêuticos ou correcionais, excluindo toda e qualquer conotação ética ou moral da mesma.

²⁰ Roxin, Claus. *“Problemas fundamentais de direito penal”*. 3 ed. trad. Ana Paula dos Santos, Luís Natscheradetz et alii, Lisboa, Veja, 1998.

²¹ Ferrajoli, Luigi. *“Direito e razão: teoria do garantismo penal”*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

²² Tal modelo será abordado mais adiante, no capítulo segundo, no qual será traçado o limite da intervenção punitiva em um Estado Democrático de Direito.

A legislação penal brasileira demonstra, nitidamente, a adoção do discurso teórico proveniente das teorias mistas ou ecléticas, posto que as penas são aplicadas com a finalidade de ressocialização do condenado sem esquecer de sua natureza retributiva, imposta como forma de castigo, o que está estampado em dispositivos da Lei de Execução Penal²³ e do próprio Código Penal²⁴.

2.1.4

O minimalismo radical: a contração máxima do Direito Penal

A perspectiva minimalista é criminológica, já que tem seu ponto de partida nas vertentes da criminologia crítica, deslocando definitivamente o objeto de seus estudos para o processo de criminalização (eleição das condutas criminosas e dos indivíduos sobre os quais irá recair o controle penal), numa sociedade de classes perfeitamente definidas.

A Criminologia passa a propugnar uma teoria crítica e sociológica do sistema penal, enquanto mais forte instrumento de controle e dominação exercido sobre uma parcela da população.

Tendo em conta toda a evolução do pensamento criminológico, leciona Baratta (2002, p.161), um dos expoentes da teoria crítica contemporânea:

O momento crítico atinge a maturação na criminologia quando o enfoque macro-sociológico se desloca do comportamento desviante para os mecanismos de controle social dele e, em particular, para o processo de criminalização. O direito penal não é considerado, nesta crítica, somente como sistema estático de normas, mas como sistema dinâmico de funções, no qual se podem distinguir três mecanismos de analisáveis separadamente: o mecanismo de produção das normas (criminalização primária), o mecanismo de aplicação das normas, isto é, o processo penal, compreendendo a ação dos órgãos de investigação e culminando com o juízo (criminalização secundária) e, enfim, o mecanismo da execução da pena ou das medidas de segurança.

²³ Em seu artigo 1º, a LEP assim dispõe: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.” Na Exposição de Motivos desse diploma legal, está expresso que o referido artigo contém duas ordens de finalidades: “a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões, destinados a reprimir e a prevenir delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social.” (Grifos nossos)

²⁴ O artigo 59 do Código Penal, ao tratar da aplicação da pena, menciona expressamente que o juiz deverá estabelecê-la conforme seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. (Grifos nossos)

A crítica recai sobre o mito da igualdade do direito penal, que está na base da ideologia da defesa social, e que se fundamenta em duas proposições: a crença na proteção integral que esse ramo do ordenamento jurídico destina aos cidadãos e aos seus bens jurídicos essenciais; e a crença de que a lei penal é igual para todos, atingindo, indistintamente, aqueles que violarem suas normas.

Entre outros, de forma específica e crítica nesse contexto, o sistema penitenciário e a prisão também são objetos da análise dos teóricos, passando a ser considerados instrumentos essenciais para a criação de uma população criminosa, recrutada quase que exclusivamente nas classes mais pobres, visando demonstrar a falácia do discurso das funções preventiva e ressocializadora que lhes foram historicamente atribuídas.

São imperativos os dizeres de Batista (1990b, p.169):

A construção social do delinqüente se subordina a sua origem de classe, mas o sistema penal – caracterizado na América Latina, como consta do relatório Zaffaroni para o Instituto Interamericano de Direitos Humanos, pela seletividade, repressividade e estigmatização – se encarrega de disfarçá-lo: o principal expediente é proclamar, na lei e nas teorias jurídicas, que as pessoas são punidas pelo que fazem e não pelo que são, ainda que baste visitar uma penitenciária para convencer-se do contrário.

A seletividade do sistema penal manifesta-se por duas variáveis básicas: a primeira é a manifesta incapacidade de o sistema penal operacionalizar toda a programação da lei penal; e a segunda é que tanto a impunidade quanto a criminalização²⁵ são orientadas pela seleção desigual de pessoas, de acordo com seu *status* social.

Não obstante todas essas constatações, a perspectiva minimalista radical considera impossível a supressão do sistema penal e da pena privativa de liberdade imediatamente, já que, para tanto, seriam necessárias mudanças estruturais na sociedade. Daí propugnar a necessidade de contração máxima do âmbito de atuação do Direito Penal, reservando-o apenas para a defesa de garantias fundamentais e de certos interesses sociais relevantes, ante a ausência de outras alternativas não-penais.

²⁵ Para os estudiosos de Criminologia, a palavra criminalização pode ser entendida sob dois aspectos: a criminalização primária, que ocorre no momento em que a norma penal define os comportamentos criminosos e a criminalização secundária, quando, efetivamente, as agências formais de controle, ante a ocorrência das condutas abstratamente definidas como delituosas, exercem seu poder sobre os indivíduos que as praticam.

2.1.5

O abolicionismo: pelo fim da intervenção punitiva

O abolicionismo, assim como o minimalismo radical, fundamenta-se na crítica sociológica ao sistema penal, mas negando sua legitimidade tal como atua na sociedade contemporânea e a de qualquer outro que se possa imaginar no futuro, pretendendo a sua completa abolição e substituição por outras instâncias de solução do conflito.

Zaffaroni (2001, p.98) aponta diferentes variantes do movimento abolicionista, fazendo menção à vertente fenomenológica de Louk Hulsman, à visão marxista de Thomas Mathiesen, à fenomenológica-historicista de Nils Christie e, ainda, à linha estruturalista de Michel Foucault.

Hulsman (1993, p.91-92) afirma ser o sistema penal um problema em si mesmo, e considerando sua absoluta inutilidade, admite ser preferível aboli-lo totalmente como sistema repressivo²⁶, substituindo-o por instâncias intermediárias ou individualizadas de solução de conflitos. Propõe a supressão das categorias “crime” e “criminalidade” e sua redefinição como “situações problemáticas”, que podem encontrar soluções efetivas, em instâncias distintas das punitivas.

Mathiesen encontra-se estreitamente vinculado a um esquema relativamente simples do marxismo, vinculando a existência do sistema penal à estrutura produtiva capitalista, visando não apenas à abolição do sistema penal, mas de todas as estruturas repressivas da sociedade (ZAFFARONI, 2001, p.99).

Christie destaca a destrutividade das relações comunitárias do sistema penal, seu caráter pulverizador das relações de horizontalidade e os conseqüentes perigos e danos da verticalização corporativa, já que nos grandes grupos as condições de solidariedade são limitadas e os indivíduos são altamente descartáveis e substituíveis, de forma a tornar os excluídos do mercado de trabalho candidatos ideais para o sistema punitivo (ZAFFARONI, 2001, p.101).

²⁶ Hulsman aponta três razões fundamentais para se posicionar favoravelmente à abolição do sistema penal: é um sistema que causa sofrimentos desnecessários, distribuídos de modo injusto na sociedade; não apresenta efeito positivo sobre as pessoas envolvidas no conflito e é de difícil controle.

Zaffaroni (2001, p.61 e 101) considera Foucault²⁷ um abolicionista, já que um dos pontos mais importantes de seu pensamento é a deslegitimação radical do próprio saber. Com a microfísica do poder-saber²⁸, o autor afirma que cada uma das instituições sociais de controle funciona como verdadeira “instituição de seqüestro”, sendo a prisão o seu maior exemplo.

É certo que o discurso abolicionista também sofreu muitas críticas, pelo seu tom utópico, já que prega a abolição do sistema penal, mas não apresenta um modelo, método ou alternativa que pudesse substituí-lo, sendo que, provavelmente, mesmo com nome distinto, haveria um outro direito sancionador, possivelmente menos legítimo e garantista que o direito penal.

2.2

O cárcere e suas funções no mundo pós-moderno

As funções declaradas da sanção penal e, principalmente, da pena privativa de liberdade, exaustivamente discutidas até então, neste estudo, no âmbito das diversas teorias que se dedicaram a fundamentar sua legitimação e manutenção, incluem como principais, em seu conjunto, as funções de castigar, intimidar, reforçar a crença no ordenamento jurídico penal e no próprio sistema de poder vigente e, ainda, ressocializar o infrator, devolvendo-o recuperado à sociedade.

Ocorre que, não obstante o discurso declarado por cada sistema ideológico de poder das funções da pena privativa de liberdade, a mesma sempre cumpriu funções ocultas²⁹ no desenvolvimento da sociedade capitalista, culminando no seu ponto máximo: o neoliberalismo, no qual o cárcere revela sua faceta mais cruel.

²⁷ Foi, sem dúvida, o autor de maior expressão no movimento contemporâneo de construção de novas formas críticas de pensar a questão do controle social, principalmente aquele exercido pela prisão.

²⁸ “*Microfísica do poder*”, além de ser um termo amplamente utilizado para propor um deslocamento do espaço de análise onde são consideradas tanto as relações de força cotidianas no espaço privado, quanto o Estado, constitui, também título de obra de Foucault, lançado em 1979. Trata-se de uma coletânea de textos (artigos, entrevistas, cursos, debates, dentre outros), em que a abordagem recai sobre variadas questões sociais relacionadas à psiquiatria, geografia, economia, sexualidade e, como não poderia deixar de ser, à prisão, à justiça e ao Estado.

²⁹ Nilo Batista (1990a, p.113), citando a formulação teórica de Sandoval Huertas, afirma que o mesmo organizou as funções não-declaradas da pena privativa de liberdade em três níveis: a) o nível psicossocial (funções vindicativa e de cobertura ideológica); b) o nível econômico-social (funções de reprodução da criminalidade, controle coadjuvante do mercado de trabalho, e reforço

A pena privativa de liberdade não conseguiu, ao longo da história, atingir suas finalidades explícitas; ao contrário, sempre foi usada como parte de uma estrutura de poder, para concretizar um programa ideológico de fundo político e econômico, com o objetivo maior de perpetuação das relações sociais desiguais que advieram das sociedades regidas pelo sistema de produção capitalista³⁰, que não constitui objeto de análise direta nesta pesquisa, porque, pela sua complexidade, demandariam um outro estudo.

Seguindo a linha foucaultiana, a história do cárcere será enfocada, abandonando o paradigma tradicional, para centrar a análise nas tecnologias de saber/poder, presentes nos mecanismos de controle social, que encontram neste ambiente as condições ideais, ante as possibilidades quase infinitas de adestramento dos condenados, para, em seguida, verificar qual é o real papel desempenhado pela pena privativa de liberdade na era neoliberal, compartilhando a análise teórica e diversas denominações de Zygmunt Bauman.

2.2.1

A história das prisões: do caráter custodial a um poderoso instrumento de disciplina, na ótica de Michel Foucault

Michel Foucault, logo na primeira página de “**Vigiar e Punir**”, faz descortinar, aos olhos dos leitores, um espetáculo macabro: a história de Damians, em meados do século XVII, parricida condenado a pedir perdão publicamente diante da igreja de Paris. Apenas vestido com uma camisola, o condenado é atezado nos mamilos, nos braços e nas pernas, segurando na sua mão direita a faca, com que cometeu seu crime, sendo essa parte de seu corpo queimada com fogo de enxofre. Sobre o corpo de Damians, são derramados chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos, tudo ao mesmo tempo. Depois disso, o condenado é puxado por cavalos, até seus membros se

protetivo à propriedade privada); c) o nível político (funções de manutenção do *status quo*, controle sobre as classes sociais dominadas e o controle dos opositores políticos).

³⁰ Sobre esse tema, o autor Cláudio Alberto Gabriel Guimarães, na obra “*Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*”, Rio de Janeiro: Revan, 2007, analisa as funções declaradas e ocultas da prisão, desde o capitalismo insipiente, passando pelo estado do bem-estar social até a pós-modernidade, quando se vivencia a globalização neoliberal.

desprenderem do tronco, o que ocorre com dilacerante dificuldade. Por fim, o que resta de suas partes é atirado ao fogo e reduzido a cinzas.

A esse ponto, o que o estudioso francês pretende não é denunciar ao mundo uma prática bárbara do suplício do corpo humano, mas, sim, definir o estilo da execução penal de toda uma época, na qual as amputações, os esquartejamentos, as fogueiras, as rodas e os enforcamentos eram freqüentemente utilizados. Os suplícios eram, ao mesmo tempo, um procedimento técnico e um ritual, aptos a infligir o maior sofrimento possível ao condenado, considerando a natureza do crime por ele cometido, e também a demonstrar o poder daquele que pune sobre o que é punido, não somente para ele, mas para todos os demais súditos que assistiam, vibrantes, ao espetáculo público da punição.

Destarte, o suplício penal deveria marcar o criminoso, lançando-lhe marcas indeléveis, para que, se sobrevivesse, guardasse as lembranças da tortura, da exposição e da humilhação pública, do sofrimento sentido na própria carne. Ao mesmo tempo, a expressão do poder do soberano³¹ triunfaria sobre a atitude criminosa; em uma jubilosa resposta, ou um verdadeiro castigo, para aquele que desobedecera às leis estatais. A prisão, naquela época, era apenas o local onde o criminoso ficava custodiado, aguardando o momento de sua execução.

Nesse sentido, “o suplício judiciário deve ser compreendido, também, como um ritual político” (FOUCAULT, 2002, p.41). Faz parte, segundo o autor, mesmo que de forma minimizada, das cerimônias por meio das quais se manifesta o poder.

Por essa razão, o povo, na condição de platéia, desempenhava papel fundamental, enquanto espectador das cerimônias de suplício, já que, além da punição direta a um indivíduo, visava-se à conscientização de todos, a respeito da séria possibilidade de equivalente punição, em caso de cometimento de delitos, acarretando efeito aterrorizador nas consciências daqueles que assistiam a tão violentos cerimoniais.

Entretanto, os efeitos dessa lógica passaram a não ser mais sentidos da forma como eram esperados. Isso porque os condenados, muitas vezes, eram

³¹ Foucault (2002, p.41-43) explica: “O crime, além de sua vítima imediata, ataca o soberano; ataca-o pessoalmente, pois a lei vale como vontade do soberano; ataca-o fisicamente, pois a força da lei é a força do príncipe (...). A cerimônia do suplício coloca em plena luz a relação de força que dá poder à lei.”

passíveis da admiração ou da compaixão da multidão agitada. A iminência da morte encorajava os condenados, que bradavam contra os representantes do poder estatal, palavras até então presas na garganta do povo. E tais efeitos eram potencializados, se a condenação aparentasse injusta aos olhos da platéia³².

Os crimes cometidos acabavam no esquecimento, mas os condenados eram sempre lembrados por sua postura heróica diante do sofrimento. O Estado, por seu turno, se distanciava da figura de protetor dos cidadãos, para incorporar o monstro sedento de sangue, mais selvagem e violento que os próprios criminosos.

Em contraponto à narrativa da execução pública, o autor relata o exemplo da utilização do tempo, desde o amanhecer até a hora do recolhimento noturno, apenas três décadas mais tarde, na Casa de Jovens Detentos de Paris³³. Parece não haver mais sofrimento, apenas a definição de uma rotina fria e milimetricamente calculada de educação e trabalho.

Isso demonstra a passagem da era dos suplícios (que já tinham se tornado negativos, extremamente violentos, até mesmo intoleráveis) para uma fase de castigo sem sofrimento físico, no decorrer do século XVIII.

Nesse sentido, assevera Foucault (2002, p.14):

(...) as práticas punitivas se tornaram pudicas. Não tocar mais no corpo, ou o mínimo possível, e para atingir nele algo que não é o corpo propriamente. Dir-se-á: a prisão, a reclusão, os trabalhos forçados, a servidão de forçados, a interdição de domicílio, a deportação – que parte tão importante tiveram nos sistemas penais modernos – são penas ‘físicas’: com exceção da multa, se referem diretamente ao corpo. Mas a relação castigo-corpo não é idêntica ao que ela era nos suplícios. O corpo encontra-se aí em posição de instrumento ou de intermediário; qualquer intervenção sobre ele pelo enclausuramento, pelo trabalho obrigatório visa privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e um bem. Segundo essa penalidade, o corpo é colocado num sistema de coação e de privação, de obrigações e de interdições. O sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. O castigo passou de uma arte de sensações insuportáveis a uma economia de direitos suspensos. Se a justiça ainda tiver que manipular e tocar o corpo dos justicáveis, tal se fará à distância, propriamente, segundo regras rígidas e visando a um objetivo bem mais ‘elevado’.

³² Nesse ponto, Foucault (2002, p.51) já menciona as diferenças existentes entre os tipos de condenação a que eram submetidos os ricos e os pobres, mesmo que tivessem cometido a mesma modalidade criminosa.

³³ Foucault, 2002, p.10-11.

Iniciou-se um processo de transformação do direito penal, para deslocá-lo do foco da vingança do soberano para a defesa da sociedade, visando à constituição de uma nova tecnologia do poder de punir.³⁴

A pena deveria ter o objetivo de prevenir novos delitos, mas a punição só se justificaria se fosse aplicada na justa medida para impedir as práticas criminosas. O exemplo da penalidade perde sua característica de ritual, e passa a ser um sinal destinado a criar barreiras naturais contra a delinquência.³⁵

Destarte, o poder de punir passa a se firmar sobre uma tecnologia de representação, bem explicitada nessa passagem de Foucault (2002, p.87):

Encontrar para um crime o castigo que convém é encontrar a desvantagem cuja idéia seja tal que torne definitivamente sem atração a idéia de um delito. É uma arte de energias que se combatem, arte das imagens que se associam, fabricação de ligações estáveis que desafiem o tempo. Importa constituir pares de representação de valores opostos, instaurar diferenças quantitativas entre as forças em questão, estabelecer um jogo de sinais-obstáculos que possam submeter o movimento das forças a uma relação de poder.

Para seu funcionamento ideal, a nova mecânica da punição deveria obedecer a algumas condições, dentre elas: o afastamento da arbitrariedade, a diminuição da atração provocada pelo delito, substituindo-a pelo temor da pena; a definição de um termo final para a maioria das penas³⁶; a propagação nos demais membros do corpo social dos efeitos da sanção penal; a necessidade de rápida resposta penal para o crime e o criminoso; inversão do tradicional discurso de glorificação da delinquência para mostrar o crime como um mal, e o criminoso como um inimigo, a quem se deve reeducar para a vida em sociedade, dentro das regras pré-estabelecidas.

³⁴ Foucault (2002, p.76).

³⁵ Foucault (2002, p.79) explicita as regras mais importantes com as quais se procurou dotar o poder de punir nessa fase: regra da quantidade mínima (o delito é cometido porque traz vantagem; se o seu cometimento estivesse ligado a uma idéia de desvantagem um pouco maior, ele seria indesejável); regra da identidade suficiente (a eficácia da pena está na desvantagem que se espera dela, ou seja, é a representação da pena que deve ser maximizada, não sua realidade corpórea); regra dos efeitos laterais (a pena deve ter efeitos mais intensos naqueles que não cometeram a falta); regra da certeza perfeita (a idéia do crime e das suas vantagens deve necessariamente estar associada à idéia de um castigo correspondente e não a da impunidade); regra da verdade comum (a verificação do crime deve obedecer aos critérios legais da verificação de qualquer verdade) e regra da especificação ideal (todas as infrações penais têm que ser qualificadas e reunidas em códigos que não deixem à margem dele nenhuma conduta ilícita).

³⁶ Foucault (2002, p.89) utiliza a expressão “utilidade de uma modulação temporal” das penas.

A partir daí, descortina-se o projeto da instituição carcerária, no qual a punição é uma técnica de coerção dos indivíduos, ou seja, não se pune para apagar o crime, mas sim para transformar aquele indivíduo por ele responsável.

A punição passa a significar a tentativa de exterminar as condutas indesejáveis, mas sempre com uma intenção disciplinadora, através da utilização de diversos mecanismos corretivos (FOUCAULT, 2002, p.106):

O aparelho da penalidade corretiva age de maneira totalmente diversa. O ponto de aplicação da pena não é a representação, é o corpo, é o tempo, são os gestos e as atividades de todos os dias; a alma, também, mas na medida em que é sede de hábitos. O corpo e a alma, como princípios dos comportamentos, formam o elemento que agora é proposto à intervenção punitiva. Mais que sobre uma arte de representações, ela deve repousar sobre uma manipulação refletida do indivíduo (...) Quanto aos instrumentos utilizados, não são mais jogos de representação que são reforçados e que se fazem circular; mas formas de coerção, esquemas de limitação aplicados e repetidos. Exercícios, e não sinais: horários, distribuição de tempo, movimentos obrigatórios, atividades regulares, meditação solitária, trabalho em comum, silêncio, aplicação, respeito, bons hábitos. E, finalmente, o que se procura reconstruir nessa técnica de correção não é tanto o sujeito de direito, que se encontra preso nos interesses fundamentais do pacto social: é o sujeito obediente, o indivíduo sujeito a regras, hábitos, ordens, uma autoridade que se exerce continuamente sobre ele e em torno dele, e que ele deve deixar funcionar automaticamente nele.

A disciplina visa atingir a utilidade e a docilidade do corpo, como uma nova técnica de controle de suas operações. Para tanto, lança mão de dois dispositivos para impor seu poder e sua autoridade: a distribuição dos indivíduos em espaços fechados e heterogêneos, onde cada qual tem um papel definido e um lugar determinado e o controle das atividades fixado em horários rígidos e previamente determinados.

Assim, o novo poder disciplinar volta-se para o adestramento das pessoas³⁷, não apenas no interior dos estabelecimentos prisionais, mas em outros espaços distintos, tais como os quartéis militares, as escolas, os hospitais, e até mesmo em

³⁷ FOUCAULT (2002, p. 143) explica: “O poder disciplinar é, com efeito, um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior ‘adestrar’, ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor. Ele não amarra as forças para reduzi-las; procura ligá-las para multiplicá-las e utilizá-las num todo. Em vez de dobrar uniformemente e por massa tudo o que lhe está submetido, separa, analisa e diferencia, leva seus processos de decomposição até as singularidades necessárias e suficientes. ‘Adestra’ as multidões confusas, móveis, inúteis de corpos e forças para uma multiplicidade de elementos individuais – pequenas células separadas, autonomias orgânicas, identidades e continuidades genéticas, segmentos combinatórios. A disciplina ‘fabrica’ indivíduos: ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício.”

instituições sociais, como a família e a igreja. O adestramento eficaz deve guiar-se por três mecanismos: a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e o exame.

A vigilância hierárquica pressupõe um mecanismo de constante vigília, ou seja, os indivíduos submetidos ao processo de adestramento devem sentir-se constantemente vigiados; era o olhar disciplinador anônimo que tudo via³⁸, refletindo-se, sobremaneira, na arquitetura de todas as instituições estatais e sociais de controle. Surge o modelo do **Panóptico**, idealizado por Jeremy Bentham e descrito com precisão por Foucault (2002, p.165-166):

O *Panóptico* de Bentham é a figura arquitetural dessa composição. O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sob a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível. O dispositivo panóptico organiza unidades especiais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente. Em suma, o princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções – trancar, privar de luz e esconder – só se conserva a primeira e suprimem-se as outras duas. A plena luz e o olhar de um vigia captam melhor que a sombra, que finalmente protegia. A visibilidade é uma armadilha.”

Com tal descrição, o pensador francês ressalta os efeitos mais significantes do modelo panóptico, que é o de induzir no indivíduo uma percepção contínua e permanente de visibilidade, tornando possível o exercício automático de um poder invisível. O essencial é que o condenado saiba que está sendo ininterruptamente vigiado, mesmo que tal realidade não se apresente faticamente, já que a ele não é dada a possibilidade de verificação.³⁹

³⁸ Esse modelo, inegavelmente, é lembrado na leitura da obra de George Orwell, “1984”, na figura do “Big Brother”, na vigilância constante, na estranha sensação de ser visto sem ver.

³⁹ Foucault (2002, p.170) ressalta a polivalência da aplicação do modelo panóptico: “serve para emendar os prisioneiros, mas também para cuidar dos doentes, instruir os escolares, guardar os loucos, fiscalizar os operários, fazer trabalhar os mendigos e ociosos. É um tipo de implantação dos corpos no espaço, de distribuição dos indivíduos em relação mútua, de organização hierárquica, de disposição dos centros e dos canais de poder, de definição de seus instrumentos e modos de intervenção, que se podem utilizar nos hospitais, nas oficinas, nas escolas, nas prisões. Cada vez que se tratar de uma multiplicidade de indivíduos a que se deve impor uma tarefa ou comportamento, o esquema panóptico poderá ser utilizado.”

Por sua vez, a sanção normalizadora traduz toda uma “micropenalidade do tempo”⁴⁰, das atividades, do modo de se comportar, da sexualidade, da postura do corpo, visando atingir e aniquilar os comportamentos desviantes, tanto nos orfanatos, nas escolas, nos quartéis, nas fábricas e oficinas, como também, e principalmente, nos estabelecimentos prisionais.

Por fim, o exame reúne as técnicas da hierarquia que vigia e da sanção que normaliza, permitindo a qualificação, a classificação e a punição. “O exame supõe um mecanismo que liga um certo tipo de formação de saber a uma certa forma de exercício do poder” (FOUCAULT, 2002, p.156), fazendo a inversão da economia de visibilidade no exercício do poder, ao mesmo tempo em que transporta a individualidade para o campo documentário, transformando cada indivíduo em um caso.

Michel Foucault delimita o período compreendido entre o final do XVIII e o início do século XIX como o marco para o acesso do sistema penal à característica da “humanidade”, através da consagração da prisão como a pena por excelência.⁴¹

Não obstante isso, e desde então, é de conhecimento de todos que ela é perigosa, na maioria das vezes, e até inútil, em algumas situações. Entretanto, não se visualiza o que poderia substituí-la, o que fez com que o discurso a respeito de sua aceitação e necessidade, fosse quase hegemônico. “Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão.” (FOUCAULT, 2002, p. 196)⁴², só que não mais voltada para o castigo físico, simbólico e exemplar, mas para a disciplina do corpo e da alma do recluso, buscando a obtenção de “corpos dóceis e úteis”.

⁴⁰ Sobre este prisma, a obra “*Crítica interdisciplinar da pena de prisão: controle do espaço, na sociedade do tempo*” (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005), na qual o autor Rodrigo Moretto trabalha a idéia da relatividade do tempo na prisão, introduzindo-a com uma frase emblemática: “*Para quem está no inferno, dois minutos é uma eternidade.*”

⁴¹ Na mesma linha de raciocínio, Vera Malaguti Batista, analisa: “A prisão que se consolida no fim do século XVII e no princípio do século XIX se constitui num aparelho disciplinar exaustivo. Converte-se em um local de constituição de um saber que regula a administração penitenciária e que transforma o infrator condenado em delinqüente. Os discursos penais e psiquiátricos se confundem para estabelecer redes de causalidade entre a biografia do indivíduo e uma sentença de punição-correção.” (“*Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*”, 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan e ICC, 2003, p.50/51).

⁴² Nesse sentido é que Radbruch, Gustavo. “*Filosofia do Direito*”, 5ª ed., rev. e acrescida (Trad. L. Cabral Moncada), Coimbra, ed. A. Amado, 1974, v. II, p. 97, seguindo a linha de que a prisão parece corporificar o significado do sistema penal, afirma que “não precisamos de um Direito Penal melhor; mas de algo melhor do que o Direito Penal.”

A prisão deve promover uma disciplina incessante, lançando sua atuação sobre os reclusos de forma contínua, em um local de isolamento do criminoso do mundo exterior, e de encontro consigo mesmo.⁴³

Sintetizando sua opinião de epistemólogo francês sobre a prisão, Foucault (2002, p. 214) afirma:

A prisão, essa região mais sombria do aparelho da justiça, é o local onde o poder de punir, que não ousa mais se exercer com o rosto descoberto, organiza silenciosamente um campo de objetividade em que o castigo poderá funcionar em plena luz como terapêutica e a sentença se inscrever entre os discursos do saber. Compreende-se que a justiça tenha adotado tão facilmente uma prisão que não fora, entretanto, filha de seus pensamentos. Ela lhe era agradecida por isso.

Foucault abandona o paradigma clássico de enfoque dos efeitos negativos da repressão da criminalidade, para analisar os efeitos positivos da prisão, como estratégia política de dominação, definidora da moderna tecnologia do poder de punir, atuante sobre os corpos, para criar docilidade e utilidade.

A lógica invertida do sistema carcerário e o seu fracasso patente ressaltam que, ao invés de reduzir a criminalidade, a prisão introduz os condenados em verdadeiras escolas do crime, estimulando a reincidência.

Michel Foucault busca uma explicação para a manutenção desse modelo falido, concluindo que ele não desapareceu porque embora não atinja seus objetivos idealizados (repressão e diminuição da criminalidade), alcança plenamente seus objetivos reais (a repressão seletiva da criminalidade, a produção e individualização do delinqüente como “sujeito patologizado”⁴⁴), estabelecendo-se como modelo de cunho nitidamente político de submissão.

A teoria da criminalidade e da prisão construída por Foucault afasta a natureza criminosa de determinados indivíduos, para desnudar o crime como um jogo de forças, a depender da posição de classe ocupada pelo sujeito.

⁴³ A discussão sobre o isolamento traz à tona a análise sobre os dois sistemas penitenciários americanos: o de Auburn e o de Filadélfia, ambos adeptos do absoluto confinamento do condenado.

⁴⁴ Foucault (2002, p.230) utiliza essa expressão, no nosso entender, para dizer que o indivíduo egresso do sistema penitenciário ficará para sempre marcado com o seu brutal estigma, já que passará a ser alvo da polícia, terá que exibir sua folha de registros criminais, encontrará dificuldades em se recolocar profissionalmente; compreenderá sua vida pessoal e familiar completamente desestruturada.

2.2.2

O papel da prisão na pós-modernidade: verdadeiros contêineres de segregação dos “redundantes”

Pode-se afirmar, de forma simples e ampla, que o controle social revela os mecanismos por meio dos quais a sociedade reage a determinadas pessoas ou grupos sociais que adotam comportamentos indesejados, colocando em risco a ordem imposta.

O controle social exercido por meio do direito, mais especificamente pelo direito penal, revela-se particularmente cruel nos tempos modernos, uma vez que reflete uma invisível e poderosa dominação e perpetuação de valores pertencentes a uma classe economicamente dominante, e insiste em se dirigir, com absoluto sucesso, a uma parcela bem delimitada da população.

Assim, aqueles adeptos do funcionalismo do controle penal, por acreditarem no discurso de que o mesmo cumpre suas funções declaradas (proteger os bens jurídicos de todos os cidadãos, garantir o bem comum, punir da mesma forma todos aqueles que cometem os mesmos delitos, dentre outras), incorrem em grave equívoco, já que aquelas não são efetivamente implementadas na prática, mormente, na era por nós vivenciada.

O abandono do paradigma da segurança social (política do *Welfare State* ou Estado do Bem-Estar Social ou Estado Providência) e o ingresso na sociedade neoliberal comandada pelo mercado promovem o drama da insegurança coletiva.⁴⁵

O ataque ao Estado Providência passa a ser a bandeira dos neoliberais, que pregam o fim das limitações aos mecanismos do mercado, pois a economia é incompatível com qualquer tipo de intervenção estatal. A ideologia neoliberal questiona os gastos públicos com as políticas sociais, pugnando por sua redução e, também, pela progressiva privatização dos serviços públicos. O ajuste fiscal para o controle da inflação e a consecução da estabilidade monetária seriam passagens de ida para um crescimento econômico significativo e prolongado.

O Neoliberalismo que se irradiou da Inglaterra e dos Estados Unidos para as demais partes do mundo, a partir da década de 80, conseguiu atingir seus objetivos, principalmente nos países periféricos, mas não sem a cobrança de um altíssimo custo social. Isso porque a concentração de renda e o abandono quase

⁴⁵ A respeito dessa temática, Dornelles (2003, p.27-28) menciona as principais transformações promovidas pelo Programa Neoliberal nos últimos 20 anos.

total das políticas públicas sociais ampliaram o contingente de pessoas em situação de extrema desigualdade, esquecidas até mesmo nas suas necessidades de sobrevivência mais elementares, abandonadas à própria sorte.⁴⁶

A exclusão social crescente (a “nadificação do outro”, na expressão do cineasta brasileiro Walter Salles) é a outra face deste tipo de desenvolvimento perverso ou maligno. E a exclusão social é um dos fenômenos mais dramáticos de nosso tempo. É um fenômeno qualitativamente novo: quando se falava de exploradores e explorados, havia que contar com estes, porque os explorados estavam dentro do sistema (sem explorados não pode haver exploradores), enquanto os excluídos estão, por definição, fora do sistema, como se não existissem. (NUNES, 2003, p. 110)

Bauman afirma que o Estado Moderno já não consegue mais cumprir a promessa do Estado Social, e os políticos não a têm mais como carro-chefe de suas campanhas. Substituem-na pela política da flexibilização, pela diminuição de suas responsabilidades, para que os eleitores busquem, individualmente, soluções para problemas socialmente produzidos, numa preparação diária para a insegurança do futuro.⁴⁷

Neste sentido, procede a afirmação de Guimarães (2007, p.263):

Não se verificam por parte do Estado políticas voltadas para a correção dos problemas estruturais, para ampliação das possibilidades de alcance de uma cidadania plena, reformas de caráter social, medidas sócio educativas, distribuição de renda, enfim, políticas que visem à redução das profundas desigualdades sociais, econômicas e culturais que estão a desestruturar a sociedade brasileira. Muito pelo contrário, ao invés de reconhecer as grandes deficiências que lhe são comuns, o Estado, como forma mesmo de sobrevivência política, aponta o foco dos holofotes para os próprios indivíduos excluídos, tentando fazer crer que toda violência estrutural a que é submetida a maior parte da população é uma opção individual, fundada no conceito de livre-arbítrio, haja vista que todas as mazelas sociais se originariam de decisões individuais.

⁴⁶ Interessante conferir, dentro dessa discussão, os dados acerca da miséria, da pobreza e da concentração de renda no Brasil em DORNELLES (2003, p.32).

⁴⁷ BAUMAN, 2005, p. 112.

Assim, camadas inteiras da população⁴⁸ são excluídas da sociedade, pelo mercado de trabalho que seleciona, com seus critérios de competência e qualificação, técnicas adequadas ao acúmulo e reprodução do capital, apenas aquela minoria que estará integrada⁴⁹ e poderá comungar, plenamente, os ideais do individualismo e da competitividade extremos, o consumismo exacerbado e a descartabilidade cada vez mais freqüente, que recai até mesmo sobre as relações humanas.

Todos os demais, os redundantes, os consumidores falhos⁵⁰ são condenados à verdadeira exclusão e, por isso, devem ser controlados, já que se configuram em potencial ameaça à ordem existente⁵¹.

Ao Estado neoliberal mínimo no campo social e da cidadania, passa a corresponder um Estado máximo, onipresente e espetacular, no campo penal. Os déficits de dívida social e cidadania são ampla e verticalmente compensados com excessos de criminalização; os déficits de terra, moradias, estradas, ruas, empregos, escolas, creches e hospitais, com a multiplicação de prisões, a instrumentalidade da Constituição, das Leis e direitos sociais, pelo simbolismo da Lei penal, a potencialização da cidadania pela vulnerabilidade à criminalização. (ANDRADE, 2003, p.27)

Neste mesmo sentido, Freire (2005, p.57) construiu sua análise, por meio da qual assegura que:

A função do encarceramento com ênfase no aspecto punitivo, ou melhor, sem os pudores de outrora, desmonta o sonho de intervenção na personalidade do delinqüente, no sentido de modificá-la a fim de torná-la compatível com os valores consensuais da sociedade. Num lugar onde a sedução do mercado atinge a todos simultaneamente, mas apenas alguns estão capacitados para saborear o banquete; aos outros – redundantes e inúteis – nada resta senão a exclusão.

⁴⁸ “São grupos humanos que se tornam “párias”, que são descartáveis, que são perigosos e ameaçadores à nova ordem do ‘fim da história’, que não devem fazer parte da paisagem social de bem-estar de poucos. Por isso, por estarem à margem do mercado formal, tornam-se ‘supérfluos’, como se pudéssemos concluir, através de um processo de ‘coisificação’, que um ser humano é supérfluo. Dessa maneira, a população marginalizada passa a viver em condição de violência e perigo, num ‘estado de natureza hobbesiano’ e não como cidadãos plenos, como sujeitos de direitos.” (DORNELLES, 1999, p.62).

⁴⁹ A obra de Young (2002) é essencial na abordagem da sociedade pós-moderna, sob o ponto de vista da exclusão e do controle social penal exercido sobre os excluídos.

⁵⁰ Utilizamos as terminologias cunhadas por Bauman (2005), ao longo de sua obra, para designar os excluídos, os produtos das políticas neoliberais e globalizantes da sociedade pós-moderna.

⁵¹ Dornelles (2003, p.36) afirma que “a atual estratégia de desqualificação humana e incapacitação torna os desviantes e delinqüentes incapazes de recuperação, pois são inadapitados e imprestáveis para um modelo socioeconômico de alta competitividade, onde não há lugar para os excluídos, inadapitados, perdedores e incapazes.”

O discurso dominante, mesmo mascarado, prega a possibilidade de solução de problemas de cunho eminentemente social, através do controle penal⁵², cuja lógica de operacionalização é a da seletividade, já que a criminalização, o etiquetamento e o efetivo exercício do controle dirigem-se, fundamentalmente, aos estratos sociais mais pobres da sociedade.

O cárcere⁵³, como não poderia deixar de ser, revela, de forma incontestável, quem são os clientes do sistema penal, aqueles humanos pertencentes às categorias dos “três pês”, para aqui utilizar uma expressão corrente nas camadas mais populares, não porque eles tenham tendência ao cometimento de delitos, mas, sim, porque têm mais chance de serem etiquetados como delinqüentes.

Mesmo fora dos portões e das grades das penitenciárias, das cadeias e dos presídios, os seres humanos refugados⁵⁴ são isolados em seus guetos, em suas ruas e em seus bairros⁵⁵ e, ainda que não cometam as condutas eleitas como desviantes, passam a ser alvo das agências institucionais de controle, por refletirem o estereótipo do humano criminoso.

Os órgãos do sistema penal exercem seu poder militarizador e verticalizador-disciplinar, quer dizer, seu poder configurador, sobre os setores mais carentes da população e sobre alguns dissidentes (ou “diferentes”) mais incômodos ou significativos. (ZAFFARONI, 2001, p. 23/24).

A seu turno, os “humanos direitos” se trancam em seus luxuosos condomínios, murados e diuturnamente monitorados por sistemas de segurança intransponíveis, passeiam pelas ruas das cidades em seus carros blindados e dirigem-se, invariavelmente, para aqueles locais destinados ao principal passatempo da pós-modernidade (consumismo): os *shopping centers*, espaços livres da presença incômoda e constante dos “redundantes” e “marginalizados”.

⁵² Essa abordagem é marcante na obra de Di Giorgi (2006), demonstrando que a tentativa de controlar a miséria através do sistema penal não é invenção recente.

⁵³ Acerca desse tema, Baratta (1999, p.183) faz interessante digressão a respeito das características repetidas no sistema carcerário dos países capitalistas contemporâneos.

⁵⁴ Novamente, outra expressão cunhada por Bauman, 2005.

⁵⁵ Freire (2005, p. 71) afirma que “a associação entre favelas e prisões agrega nova carga significativa aos ideais de segregação e neutralização dos membros supérfluos da sociedade. Em suma, a impossibilidade de um isolamento efetivo por parte dos muros das periferias tornou necessária a revalidação da instituição de controle social com maior capacidade de exclusão e imobilização.”

Não obstante a consciência de que todos os indivíduos cometem diariamente condutas tipificadas como infrações penais, uma ínfima minoria deles (aqueles que foram rotulados) é punida. E assim o é porque, apesar de os órgãos de controle poderem exercer a repressão sobre qualquer cidadão que tenha praticado o ilícito penal, o fazem apenas contra quem decidem e quando o desejam.

A disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população. Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado. (ZAFFARONI, op. cit., p. 26).

Apesar dessa constatação, as manifestações do senso comum propugnam a necessidade urgente do combate aos humanos maus (como se fosse possível detectá-los por um simples olhar), através de políticas penais altamente repressivas: aumento da criminalização das condutas e de suas respectivas sanções, incremento da utilização das penas privativas de liberdade e diminuição das garantias individuais daqueles alçados ao sistema penal, construção de penitenciárias-fortalezas (verdadeiros “contêineres”⁵⁶ da massa encarcerada), colocação do exército nas ruas, redução da maioria penal, aplicação da pena de morte ou segregação perpétua, dentre outras estratégias penais militarizadas, merecedoras de aplausos eloqüentes por parte de muitos segmentos da sociedade.

As pessoas são constantemente inflamadas por uma mídia cada vez mais sedenta de sangue e preparada para difundir um sentimento coletivo de medo e insegurança.⁵⁷

A mídia encarrega-se de encenar, entre o misto do drama e do espetáculo, uma sociedade comandada pelo banditismo da criminalidade, e de construir um imaginário social amedrontado. À mídia incumbe acender os holofotes, seletivamente, sobre a expansão da criminalidade e firmar o jargão da necessidade

⁵⁶ Bauman, 2005, p. 107.

⁵⁷ Kosovski, Ester. Comunicação audiovisual e criminalidade violenta. In: “*Violência e vitimização – A face sombria do cotidiano*”, 2001, In: Leal e Piedade Jr. aborda o tema do papel da mídia e sua influência na questão da violência urbana cotidiana e o sentimento de histeria coletiva reinante.

de segurança pública como o jargão mais comum de nosso tempo. (ANDRADE, op. cit. p. 24).

Existe uma verdadeira incitação da população e das autoridades à promoção de uma cruzada⁵⁸ do bem contra o mal, como se esta divisão maniqueísta e perversa fosse possível. Os indivíduos infratores, os excluídos, os pobres, os diferentes, aqueles de qualquer forma marginalizados, deixam de ser vistos como cidadãos, como humanos e passam a ser encarados como bandidos, inimigos, monstros, que devem ser prontamente eliminados, para que a paz volte a reinar para os “bons”. A figura do “outro”, do “seu diferente”, passa a ser vista com desconfiança, medo e até asco.

O discurso repressivo é sedutor, já que a sua real e cruel faceta se esconde atrás da máscara da defesa social, chegando a contaminar até mesmo alguns operadores do direito, “cabeças pensantes” das nossas políticas de segurança pública, dos movimentos de lei e ordem, do direito penal de emergência e de tolerância zero⁵⁹, como se a sua utilização representasse, num passe de mágica, o fim da criminalidade. É a crença cega e absoluta no “eficientismo penal”⁶⁰.

⁵⁸ Consideramos oportuna a transcrição do seguinte trecho, retirado do texto “A construção social dos conflitos agrários como criminalidade” (1999), no qual Vera Regina Pereira de Andrade analisa como a mídia pode insuflar uma verdadeira guerra urbana: “*E para que se justifique a guerra que o paradigma penal subliminarmente instaura, é necessário sempre manter aceso o sentimento do perigo e do medo (sentimento subjetivo da insegurança), gerador de indignação e consensos silenciosos. A Mídia, construindo seletivamente e sensacionalisticamente a notícia sobre a criminalidade, cumpre um papel fundamental na construção do perigo e do medo. Centrando a atenção na violência da rua e do campo, que ela e a polícia podem acessar, divulgando estatísticas alarmantes e sem fundamentação científica de seu aumento assustador, ela é a mais poderosa agência de controle social informal que, em simbiose com o sistema penal, sustenta o paradigma da guerra. Integra, portanto, o cotidiano dos brasileiros, invadindo suas casas, a informação massiva através de programas televisivos baseados na espetacularidade da violência (sangue) e da vitimação (lágrimas) individuais, com interlocutores que bradam no ar tanto a ‘vergonha’ da impunidade (“Isto é uma vergonha!”) dos ‘maus cidadãos’ quanto a apologia da repressão (“cadeia”) para eles.*”

⁵⁹ A respeito da política da *Zero Tolerance*, interessante é a comparação que Alessandro Di Giorgi (2006) faz entre episódio ocorrido em Paris no ano de 1976 (retirada dos mendigos das ruas) e aquela estratégia adotada pelo prefeito Rudolph Giuliani: “*O autor anônimo do opúsculo do século XVII e o ex-chefe de polícia de Nova Iorque, que foi o principal artífice das estratégias da Zero Tolerance, parecem se inspirar na mesma filosofia: idêntico é o desprezo por aquela pobreza que, de modo abusado, ousa mostrar-se, contaminando o ambiente metropolitano; idêntico o entrelaçamento entre motivos morais e alusões vagamente eugênicas; idêntica a “hostilidade contra tudo aquilo que perturba o quieto e ordenado fluir da vida produtiva cidadina, defendendo-a da infecção do não-trabalho, do parasitismo econômico, do nomadismo urbano; idêntica, sobretudo, a implícita equação entre marginalidade social e criminalidade, entre classes pobres e classes perigosas.*” Também, tratando da política de tolerância zero, Luiz Eduardo Soares faz um estudo intitulado “*O enigma de Nova York*” (2002) In: Oliveira (2002).

⁶⁰ Dornelles (2003, p. 46) considera o eficientismo penal uma forma pervertida do Direito Penal Moderno.

A propósito, faz-se necessário mencionar que, nas últimas décadas, esse modelo de contenção do crime de inspiração tipicamente neoliberal, acompanhado de uma avalanche legislativa de caráter eminentemente repressor, fracassou por completo. Isso porque nenhuma política de segurança pública poderá funcionar desacompanhada de políticas públicas de desenvolvimento social aplicadas à educação, saúde, moradia, ao saneamento, emprego, à previdência social, dentre outras, com vista a reduzir a abissal desigualdade produzida ao longo de muitos anos, mas, principalmente, a partir do advento do neoliberalismo.

O Estado Mínimo só é diminuto nas questões sociais, escondendo suas falhas e promessas não-cumpridas, por detrás de um Estado Máximo Penal, fazendo com que graves problemas de cunho eminentemente social passem a ser encarados e tratados como questões policiais, apresentando-se o Direito Penal não como a *ultima ratio*, mas sim como a primeira e única alternativa para sua “pseudo-solução”.

É a enchente punitivo-repressora⁶¹, desabando sobre a modernidade recente e afogando todos aqueles que estão no seu caminho. Ao termo de sua avassaladora passagem, surge um terreno bastante fértil para o florescimento dos discursos falaciosos de diversos setores da sociedade, todos batendo em uma mesma tecla: os direitos humanos são apenas para os “humanos direitos”.

Conforme mencionado, a insegurança e o medo coletivos formam um caldo de cultura propício para as demandas vingativas e autoritárias no campo do controle penal, principalmente, quando temperado por uma mídia sensacionalista e manipulada por interesses políticos escusos.

Assim, a eleição da prisão⁶² como medida principal na luta pela segurança dos cidadãos evidencia a opção não mais de disciplinar condutas, mas de neutralizar, eliminar ou excluir grupos de pessoas, não obstante a grande maioria dos países filiados a essa política criminal neoliberal, dentre eles o Brasil, se autodenominem Democráticos de Direito.

⁶¹ Muito significativos são os dados trazidos por Dornelles (2003, p. 54-55) dando conta de que a população norte-americana, em situações de pobreza ou miséria, aumentou de forma significativa nos anos oitenta e noventa, aumentando, também, na mesma proporção, o número de indivíduos presos naquele país, alcançando a cifra recorde de 6,6 milhões de pessoas. Ressalta, também, a manutenção da pena de morte em diversos estados americanos e o alto número de execuções de condenados à pena capital. Ambas as situações são inéditas em um país de tradição democrática ocidental.

⁶² Sobre o tema: Wacquant, Loïc. “*As prisões da miséria*”. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.