



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS
E DESENVOLVIMENTO - MESTRADO

THIAGO DE OLIVEIRA ROCHA

**A PENA, A EXECUÇÃO PENAL E O SISTEMA CAPITALISTA: UMA
APROXIMAÇÃO NECESSÁRIA**

GOIÂNIA
2015

THIAGO DE OLIVEIRA ROCHA

**A PENA, A EXECUÇÃO PENAL E O SISTEMA CAPITALISTA: UMA
APROXIMAÇÃO NECESSÁRIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás como requisito para obtenção do título de mestre em Direito, sob a orientação do professor Dr. Gil Cesar Costa de Paula

GOIÂNIA
2015

Rocha, Thiago de Oliveira.

A Pena, A execução Penal e o Sistema Capitalista: Uma Aproximação necessária - 2014.

_____ f. ; _____ cm.

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, 2014.

“Orientador: Prof. Dr. Gil Cesar Costa de Paula”

THIAGO DE OLIVEIRA ROCHA

**A PENA, A EXECUÇÃO PENAL E O SISTEMA CAPITALISTA: UMA
APROXIMAÇÃO NECESSÁRIA**

Dissertação apresentada no Curso de Mestrado Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, para obtenção do grau de Mestre. Aprovado em _____, pela Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Professor Dr. Gil Cesar Costa de Paula
Orientador e Presidente da Banca

Profa. Dra. Bartira Macedo de Miranda Santos
Membro da Banca

Prof. Dr. José Antônio Tietzmann e Silva
Membro da Banca

Prof. Dr. Germano Campos Silva
Suplente

DEDICATÓRIA

Dedico à minha pequena Isabelly, minha filha que desde o nascimento me proporciona o inexplicável sentimento de ser pai.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha amada esposa Deinnis Nagnner que ao tempo da elaboração desta dissertação sempre me garantiu o seu terno carinho para me recobrar o fôlego, aos meus queridos pais, tão imensamente presentes ao longo da minha vida, em quaisquer das dificuldades. A meu irmão Rodrigo por nossa amizade desde a epigênese apenas ratificada ao longo dos anos, sem haver como ser maior ou menor um amor fraterno e a professora Dra Bartira Macedo de Miranda Santos pelo empenho de suas valorosas críticas na ajuda desmedida para reflexão sobre esta dissertação.

“Eppur si muove”

Galileu Galilei

RESUMO

A dissertação versa sobre a necessidade de se refletir a execução penal fora de contornos puramente dogmáticos, ou seja, requer a análise da execução penal e sua relação com o capitalismo, essencialmente sobre como as relações de produção influenciam na tomada de decisões em um sistema de execução penal. Tal relação é explorada com base na Criminologia Crítica e desenvolvida em três capítulos. No capítulo I, há a demonstração da pena sob uma perspectiva histórica com as suas conseqüentes transformações. No capítulo II, existe a abordagem sobre o materialismo histórico nos termos da abordagem crítica inaugurada em Kichheimer e Rusche que analisam o sistema carcerário no contexto da luta de classes e sua conseqüente relação com o sistema capitalista. Por último, o capítulo III apresenta uma crítica ao cárcere como meio socialização do preso para o capitalismo por meio das relações entre o sistema punitivo e o sistema capitalista fundamentadas nas obras de Michel Foucault e Melossi e Pavarini.

Palavras-chave: Criminologia Radical, Materialismo Histórico, Classes Dominantes, Execução Penal

ABSTRACT

The dissertation talks about the necessity of doing a reflection about the criminal enforcement out of merely dogmatic delimitations, in other words, there is a necessity of doing analysis of the criminal enforcement and its relation with the capitalism, essentially how the production's relations influence to make decisions in a criminal system enforcement. Such connection has been studied firmly based on Critical Criminology and developed in three chapters. On Chapter I, there is a demonstration of the punishment by a historical view with their transformation's results. On Chapter II, there is an approach about the historical materialism in the same way of the critical view by Kichheimer and Rusche that examine the prison system related to class conflict and its relation with the capitalist system. At last, the chapter III shows a criticism about the jail as a way to make the prisoner to be reintegrated to the capitalism by the relations between the punitive system and the capitalism system based on Michel Foucault, Melossi and Pavarini reference works.

Key-Words: Historical materialism , capitalism , Prison, Critical Criminology

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1: Porcentagem de reincidência, países selecionados	64
Figura 2: Detenidos sin proceso y sin condena, America Latina	65
Figura 3: Sobrepoblación penitenciaria, América Latina	66
Figura 4: Dados Consolidados do Sistema Nacional de Informação Penitenciária	69

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I - A HISTÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.....	16
1.1 O cárcere na Antiguidade.....	17
1.2 A pena no antigo Oriente.....	20
1.3 Grécia e Roma.....	22
1.4 Idade Média e Moderna.....	23
1.4.1 O Surgimento da prisão pena.....	27
1.5 As Ordenações do Reino de Portugal na história penal no Brasil.....	27
1.5.1 O Brasil anterior as Ordenações.....	30
CAPÍTULO II - O MATERIALISMO HISTORICO EM KIRCHHEIMER E RUSCHE.....	34
2.1 O SISTEMA CARCERÁRIO E A LUTA DE CLASSES.....	34
2.1.1 Comentários Introdutórios sobre o papel do Direito Penal na preservação do ideal capitalista.....	34
2.1.2 A Criminologia Crítica e os novos rumos do Direito Penal.....	38
2.1.3 O cárcere no capitalismo.....	41
2.1.4 Os sistemas Filadéfia e Auburn e sua relação com o capitalismo.....	47
CAPITULO III - O SISTEMA PUNITIVO E O SISTEMA CAPITALISTA DE FOUCAULT A MELOSSI E PAVARINI.....	51
3.1 Crítica ao cárcere como meio de manutenção da socialização para o capitalismo.....	51
3.2 Da socialização para o capitalismo até o mito da ressocialização.....	55
3.3 A dessocialização diante do cárcere.....	63
CONCLUSÃO.....	72
BIBLIOGRAFIA.....	76

INTRODUÇÃO

Algo no Direito Penal sempre nos chama a atenção. O fato de ser uma força que ao mesmo tempo é claramente excepcional por conter uma severidade não vista em outros ramos na tutela de bens jurídicos de máxima importância, como a vida a liberdade, a grave ofensa à propriedade e a um só tempo ser, pela imposição de pena, uma danosidade social, tem manifestado interesse das mais variadas áreas. Em especial temos no sistema de execução penal um ponto de convergência entre um olhar criminológico, sociológico, psiquiátrico e jurídico dogmático que necessita de todos estes conteúdos para melhor adequação das penas e atingimento das finalidades.

Entre as tantas preocupações ante o sistema penal, temos a execução penal, como momento de cumprimento da pena, permeado pela crença de que todo aquele que é submetido à pena teve acesso a todos os instrumentos de salvaguarda de seus direitos, como também, terá no cumprimento da pena o respeito em relação a sua condição humana com vistas ao atingimento da finalidade legal descrita na Lei de Execução Penal e no Código Penal¹.

No Brasil temos um sistema execucional que não cumpre a Lei de Execução Penal. Nossa Lei de Execução Penal atua como mero “dever ser”, um ideal normativo, uma mera carta de intenções equiparável àquelas normas programáticas de nossa Carta Constitucional, puramente formal, que tenta se projetar indiferente à realidade das estruturas que a cercam.

As questões como a ressocialização, direitos do preso, programas de assistência, enfim, até este ponto, não há dificuldades em se perceber que simplesmente “as coisas, não são como deveriam ser”. Temos leis penais como modelos político criminais deveriam ser obedecidos, mas não o são.

A dogmática, quando se apresenta como mero “dever ser” torna-se um instrumento ideológico que se sobrepõe à realidade. Enfim, observar a execução penal unicamente sobre as balizas da dogmática penal, como critério utilizado a partir do legislador, como um sistema lógico e coerente, é simplesmente ignorar que hpa um sistema legal divorciado da realidade no qual ele está inserido.

¹ Lei 7210 de 1984, art. 1º “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.” Decreto Lei 2848 de 1940, art. 59 do Código Penal “A culpabilidade, antecedentes, conduta social, motivos, circunstâncias, consequências do crime, comportamento da vítima e o necessário para reprovação e prevenção.”

A pena poderia sofrer, por exemplo, uma abordagem sobre as suas finalidades, ou sobre os seus fundamentos, poderia ser interpretada dentro do sistema de execução penal sob um enfoque estrutural nas mazelas do sistema penitenciário, a privatização de penitenciárias, a construção de penitenciárias indústria, a falibilidade do aparato execucional.

Todavia, entre tantas abordagens a perspectiva que nesta dissertação se requer é a de análise da pena a partir do materialismo histórico.

Esse modo de enxergar a pena visa conciliá-la com a análise social, especificamente a sócio econômica e, deste modo, ao invés de adotar uma postura passiva de observação dos acontecimentos gerais de um período, visa compreender as mudanças dos períodos posteriores, propiciando uma visão histórica das relações de poder que condicionaram o nosso sistema punitivo. Para Marx “não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas, ao contrário, o seu ser social que determina a sua consciência”. Inclusive este autor escreve:

O resultado geral a que cheguei e que, uma vez obtido, serviu-me de fio condutor aos meus estudos, pode ser formulado em poucas palavras: na produção social da própria vida, os homens contraem relações determinadas, necessárias e independentes de sua vontade, relações de produção estas que correspondem a uma etapa determinada de desenvolvimento de suas forças produtivas materiais. A totalidade destas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se levanta uma superestrutura jurídica e política, e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo em geral da vida social, político e espiritual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas ao contrário, é o seu ser social que determina sua consciência.²

Esta dissertação objetiva compreender a pena e a execução penal segundo o enfoque do materialismo histórico. Visa pois, analisar o sistema penal, relacionando-o com o desenvolvimento do sistema capitalista.

Originariamente remeter a Marx não significa abordar de modo singular e inaugural a análise da execução penal e da pena em termos de relação sócio econômica, sequer que na integralidade a dissertação é um repisar das obras deste autor, pois, como assinalado o mesmo não particularizou o fenômeno da prisionização, não observou esse suposto efeito em particular em sua dialética.

² MARX, Karl *Crítica da Economia Política*,. *Manuscritos Econômico-Filosóficos e outros textos escolhidos in Os Pensadores*. São Paulo. Abril Cultural: 1974 p. 136

Foi necessário ir ao encontro a Criminologia Crítica que em suas reflexões afirma que:

As análises dos aspectos sociais, econômicos e jurídicos da questão penal e da segurança pública, apontam para a constituição de um eficaz poder de subjugação das classes populares a partir do controle penal. (...) Para esta perspectiva, há a radical adoção da perspectiva social das classes subalternizadas (proletários e subproletários) como ponto de partida para a análise das questões relativas ao Direito Penal.

Com foco na Criminologia Crítica, essa dissertação busca analisar a obra dos autores que, munidos deste enfoque criminológico, fizeram suas construções teóricas aproximando o sistema de punição com o sistema capitalista.

Tal abordagem foi inaugurada com George Rusche³ e Otto Kirchheimer⁴, em sua obra *Punição e Estrutura Social*. Da análise desta obra, vemos claramente o fundamento marxista, quando revelam a relação de correspondência das superestruturas jurídicas e políticas com a base material das relações de produção econômica da sociedade, mostrando a origem estrutural concreta do sistema punitivo, afinal, “todo o sistema de produção descobre o sistema de punição que corresponde a suas relações produtivas”⁵.

Na mesma linha, o sistema prisional e o sistema capitalista são analisados por Melossi⁶ e Pavarini⁷ na obra *Cárcere e Fábrica*. Para eles, a fábrica se apresenta como principal instituição da estrutura das relações de produção e circulação de mercadorias e o cárcere, como a principal instituição de controle social.⁸

Michel Foucault, na obra *Vigiar e Punir*, afirma que:

³ Rusche, nasceu em Hannover em 1900 aponta que em um regime de punição deve haver dissuasão das camadas inferiores para que não persistam no crime, mas a análise desta mazela, o crime, precisa ocorrer em conjunto com as condições econômicas, responsáveis por estabelecerem as condições de vida. Ou seja a prioridade é analisar tais condições, as econômicas, para compreensão das transformações ocorrentes no âmbito da punição.

⁴ Naceu em Heilbron, na Alemanha, em 1905, cujo mérito é, principalmente o de reformular significativamente os manuscritos de Rusche

⁵ SANTOS, Juarez Cirino, *A necessidade de retomar Marx na Criminologia*, Disponível em << <http://justificando.com/2015/05/28/memorial-criminologico-ou-a-necessidade-de-retomar-marx/>>>

⁶ Nasceu em 1977 e morreu em 1993, sendo representante da Criminologia Radical, nas palavras do professor *Juarez Cirino dos Santos* “distingue objetivos ideológicos aparentes do sistema punitivo (repressão da criminalidade, controle e redução do crime e ressocialização do criminoso) e objetivos reais ocultos do sistema punitivo (reprodução das relações de produção e da massa criminalizada), demonstrando que o fracasso histórico do sistema penal limita-se aos objetivos ideológicos aparentes, porque os objetivos reais ocultos do sistema punitivo representam êxito histórico absoluto desse aparelho de reprodução do poder econômico e político da sociedade capitalista”. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*, 2ª ed, Rio de Janeiro, Lumen Juris/ICPC, 2006, p.128

⁷ Nasceu em Bolonha em 1947 e grande adepto, assim como Melossi, da Criminologia Crítica.

⁸ SANTOS, Juarez Cirino, *A necessidade de retomar Marx na Criminologia*, Disponível em << <http://justificando.com/2015/05/28/memorial-criminologico-ou-a-necessidade-de-retomar-marx/>>>

O sistema punitivo não deve ser compreendido por suas funções sociais negativas (repressão), mas pelas funções sociais positivas ligadas aos processos de produção, relaciona as práticas penais ao domínio/controla das forças corporais para produzir *docilidade e utilidade*.⁹

Para mostrar a aproximação e as vinculações entre a pena, a execução penal e o sistema capitalista, essa dissertação está dividida em três capítulos. No capítulo I, busca-se demonstrar a pena sob uma perspectiva histórica para entender como foi orientada desde um passado remoto até a modernidade e suas conseqüentes transformações.

No capítulo II, abordaremos o materialismo histórico em Kichheimer e Rusche, analisando o sistema carcerário no contexto da luta de classes e sua conseqüente relação com o sistema capitalista.

O capítulo III apresenta as relações entre o poder punitivo e o sistema capitalista, com fundamento na obra de Michel Foucault e Melossi e Pavarini. Apresenta uma crítica ao cárcere como meio de socialização do preso para o capitalismo, sob o discurso e o mito da ressocialização.

Espera-se que essa dissertação contribua para uma reflexão e análise do sistema punitivo, esclarecendo as suas relações com o sistema capitalista.

⁹ SANTOS, Juarez Cirino, *A necessidade de retomar Marx na Criminologia*, Disponível em <<<http://justificando.com/2015/05/28/memorial-criminologico-ou-a-necessidade-de-retomar-marx/>>>

CAPÍTULO I - A HISTÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Podemos afirmar que a pena, em geral, teve suas manifestações no período Paleolítico¹⁰, onde havia distinção rudimentar entre ações permitidas e, ou ações proibidas com previsão de punição¹¹. Tal período foi sucedido pelo Neolítico¹², cuja estrutura comunitária permitiu uma Justiça Criminal ante a organização grupal para repressão de condutas desviadas. Tais indícios submetidos a uma análise criminológica permitiram mostrar a existência de reação punitiva organizada contra aqueles que agissem em desacordo com a vontade da maioria.

De pouco adiantaria fazer uma abordagem desse fenômeno, a execução penal, se iniciássemos com a clássica manifestação dos momentos históricos partindo, por exemplo da Idade Média. Antes da história da pena, temos que ver os seus significados, pois, pena não encerra em si mesma o aporte conceitual retribuição.

Por exemplo, em grande parte de sua utilização a pena não tinha a conotação de reclusão, ou privação de liberdade. As medidas de custódia, onde o indivíduo era colocado em cárcere não eram representativas de pena, mas de um estabelecimento em que os transgressores eram colocados assegurando, portanto, a aplicação do castigo com finalidade preponderante de conter a pessoa física do réu, um mero momento preparatório, uma “antessala dos suplícios”¹³, um momento anterior em que o indivíduo esperava para que, no caso de condenação sofresse o mais duro flagelo. Esse modo de aplicar a privação de liberdade é característico das civilizações como a chinesas, a egípcia, babilônica, persa, índia, entre outras, somado ainda às culturas pré-colombianas da América¹⁴

O problema da pena e de sua legitimação está ligado ao próprio conceito de Estado. Sob este enfoque é sabido que desde a construção do Estado temos modelos de abordagem da pena que de um ou outro modo demonstram

¹⁰ Período pré-histórico que ocorreu a cerca de 2,5 milhões a. C, quando nossos antepassados começaram a produzir os primeiros artefatos em pedra lascada.

¹¹ COSTA, Claudia Pinheiro. *Sanção Penal. Sua gênese e tendências modernas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 2.

¹² Período pré-histórico chamado de período da pedra polida. Foi marcado pela sedentarização e substituição de uma vida baseada em caça, para englobar, também a agricultura.

¹³ Se entiende aquí por suplicio, la definición foucaultiana de dolor ejercido sobre el cuerpo del condenado, como elemento esencial de la ceremonia de castigo público. Así en Foucault, Michael. (1983). *Vigilar y Castigar*. Octava edición, Siglos XXI editores, México, p. 48.

¹⁴ Al respecto, Neuman, Elías. (1971). *Evolución de la Pena Privativa de Libertad y Regímenes Penitenciarios*. Ediciones Panedille, primera edición, Buenos Aires, Argentina, p.21

consequência práticas visivelmente seletivas, uma violência seletiva do sistema. Tais modelos não mais se apegar ao conceito de pena o seu significado, mas a seus fundamentos a sua ideologia. Inclusive, à quem a diga em uma perspectiva materialista histórica:

Partiendo de una construcción propia del materialismo marxista, Melossi y Pavarini sostienen que la cárcel como sanción punitiva surge a partir del sistema de producción capitalista. Advierten que aunque en la sociedad feudal se conoció la cárcel “preventiva” o por deudas, no se trataba de reclusiones por largo espacio de tiempo y que se les acompañara de otros sufrimientos físicos, por lo que no constituía una pena autónoma.¹⁵

Seja qual for a perspectiva temos que concordar que a pena está ligada, claro, a dor, a dor que é infligida a terceiro por meio de direito natural ou positivo que legitime tal castigo:

Assim desde que demonólogos especialistas em Satan, passando pela horrenda execução de Damiens descrita por Foucault, e pelas tarefas que convertiam as marcas em erros eternos e a amputação e membros em anos de cárcere; da escravidão e casas de trabalho, até os cômodos quartos dos cárceres modelos. Todas essas formas de castigo devem ser avaliadas de acordo com sua “própria época, pelos que experimentam a dor, conforme a sua vida cotidiana e as outras pessoas, e a luz do que consideram como os seus pecados. Existem elementos políticos, econômicos, sociais, éticos e religiosos que influem e maneira determinante e em certas ocasiões “parecem capazes de neutralizar o que deveria ter sido uma dor aguda, ou de agravar uma dor de pouca importância¹⁶

Portanto, assumido que pena e privação de liberdade são sinônimos socialmente admitidos, mas, que possuem significados etiológicos individuais é facilmente perceptível em que momento histórico o cárcere passa a ser uma sanção punitiva e quais os fatores sócio econômicos peculiares a este momento histórico.

1.1 O cárcere na Antiguidade

Como já preluído acima a pena envolve diversos significados e este modo de perceber-la é extraído da continuidade histórica de seu uso ao longo dos séculos sendo que na Antiguidade a privação de liberdade não foi utilizado como uma forma

¹⁵MELOSSI y PAVARINI, Cárcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI –XIX): Siglo XXI Editora p. 19

¹⁶SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. Teoria da Pena: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

de repressão em si, pois nestes tempos tinha uma finalidade de manutenção da pessoa física até que esta fosse levada para o cumprimento de uma pena. Podemos defini-la, portanto, como já dito na expressão “antessala dos suplícios”¹⁷

De modo geral a literatura afirma que a origem remota da pena é a necessidade instintiva da autopreservação o que gerava a vingança pessoal trazendo como atributo deste período uma significação, qual seja, a de período da vingança privada. Tal período era marcado pela atuação do agente punidor sem qualquer baliza na pessoa do criminoso ou no crime¹⁸. A “vingança privada caracterizava-se por reações violentas, quase sempre exageradas e desproporcionais”¹⁹

Este modo de enxergar a antiguidade é colocado em xeque quando da observação dos agrupamentos mais primitivos e do seu cotidiano. Enfim, temos referenciados a perda da paz (imposta contra um membro do próprio grupo) e a vingança do sangue (aplicada a integrante de grupo rival) como principais espécies de punições deste período e notadamente são reveladoras de reações coletivas e não individuais se que a expulsão do agressor do seio do grupo, sendo deixado a própria sorte sem qualquer proteção e a reciprocidade da lesão a membro de tribo rival diante da ofensa, eram, no todo, aparatos penais retributivos de índole preponderantemente coletiva.

O fundamento das penas tinha ar místico e pela cultura, absorvendo tais valores, acreditavam em um prêmio sobrenatural dado em razão de certos comportamentos, outrossim, havia o castigo por comportamento diverso daquele esperado pelo ente sobrenatural. Sem dúvidas um terreno fértil para assumir-se como “agido” sendo determinante uma atuação desvalorada de proporção ou questionamentos para apaziguar os males do sobrenatural.

É sabido que se o fundamento era puramente místico, tínhamos também a antropomorfismo dessa crença na forma de Totens sendo que os primeiros castigos de que se tem notícia partem dessa relação da crença e sua representação totêmica.

¹⁷ Segundo a definição foucaltina é a dor um fenômeno experimentado pelo corpo do condenado durante a cerimônia do castigo público, sendo um elemento essencial a este castigo.

¹⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. Teoria da Pena: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁹ ESTEFAM e GONÇALVES, 2014, p. 70

Entendida essas premissas resta então, sob uma assente perspectiva contemporânea, nos perguntarmos qual a função da pena quando temos fundamentos místicos e culto a totens? É certamente uma visão reparatória, pois diretamente tínhamos uma ofensa ao Totem e indiretamente tínhamos uma ofensa à coletividade que servia ao Totem o que leva-nos a concluir a pena com caráter sacral. Esta função sacral era impermeável aos juízos de responsabilidade, pois, não há interesse em individualizar e punir pessoa certa e determinada, mas, era essencial entender que

a punição do homem é a destruição simbólica do crime. Tal exigência é tão imperiosa que, desconhecido o verdadeiro agente, vai muitas vezes, o ato punitivo incidir sobre qualquer outro, a quem seja atribuído o fato pela própria vítima ou seus parentes, ou por processo de natureza mágica. É a responsabilidade flutuante, em busca de um responsável para a pena, que libertará o clã da impureza com que o crime contaminou.²⁰

Estamos, portanto com Von Lizst para quem “pena é, pois, desde sua origem, reação social (conservação) contra as ações anti-sociais.”²¹ o que contrasta com a designação “período da vingança privada”.

Às vezes surge certa dificuldade em entender o perpassar histórico como um plano contínuo, pois, há inúmeras rupturas oriundas da necessidade de didatizar a história. Indiferente às doutrinas que assumem esse modo de didatização, não se sabe quando ocorreu uma evolução da pena a ponto de seu tratamento ser provido de proporcionalidade, a partir de quando com exatidão caminhamos de encontro as conhecidas; Lei de Talião e a composição.

Por isso iremos tratar de uma só vez estes designados “períodos” pela doutrina e como o objetivo maior não é a história pormenorizada da pena, mas, os contornos bem definidos é interessante que se diga que já nesta época temos indícios do princípio da proporcionalidade (Talião) que continha a máxima “olho por olho, dente por dente”.

Mesmo assim tinham efeitos devastadores para a própria coletividade que se servia desta pena, pois, o condenado a morte trazia em sua aflição um benefício ao fazer que com ele sucumba o mal praticado, mas, também malefício, ao levar parte

²⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. Teoria da Pena: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 25

²¹ LISZT, apud, SCHECAIRA Op. Cit. p. 25

da força da coletividade. Sendo mutilado ou morto significava um decréscimo às forças de autopreservação da comunidade. Com o passar do tempo, o vínculo de sangue, como elo de legitimação de punições, começou a incutir a razão de que a vingança privada (conforme a crítica não se tratava realmente de uma vingança privada) era de uma nítida inutilidade, ao concluir que a satisfação de um direito baseado em ação e retaliação, impunha como resultante tal quantia de mutilados e mortos que não havia benefícios que o ofendido pudesse alcançar maiores que os males do decrescente estado de segurança. Possivelmente este contexto trouxe à tona a composição que substituía a pena aflictiva corporal pela reparação do dano causado.

Neste ponto repisamos que a pena em forma de reparação na modalidade privação de liberdade não tinha qualquer aplicação consciente como meio de execução. Assevera Schecaira que alguns registros devem ser feitos, os quais

revelam a possibilidade de utilização da prisão como pena autônoma na antiguidade. Platão, no livro nono de *As Leis*, chegou a propor três formas de prisão, ou seja, uma para custódia, outra para correção e uma terceira para suplícios. Teodoro Mommsen, por sua vez, afirma que em Roma, em alguns casos, a pena de morte poderia ser comutada pela prisão perpétua²²

1.2 A pena no antigo Oriente

Nesta porção do globo temos as seguintes evoluções: Código de Hamurabi (XXIII a.C), livro das Cinco Penas (VII d.C), Código de Manu (séc. V a.C), como também referências ao antigo Egito e aos Dez Mandamentos de Moisés.

Nestes estados orientais, temos diversas referências, também, ao caráter sacral da pena sendo referenciado genericamente nas doutrinas o apelo às Ordálias ou “prova de Deus”

procedimentos nos quais o acusado era levado a escolher, com os olhos vendados, entre uma cruz ou uma espada e, optando pela segunda, seria considerado culpado. Isto porque Deus deveria guiá-lo na escolha correta se fosse inocente, abandonando-o se fosse culpado. Em outro exemplo característico, o acusado deveria caminhar sobre o fogo sem qualquer queimadura para provar sua inocência, pois em caso contrário seria culpado do crime. Merece registro, ainda, a extensão da pena aos familiares do acusado, chamada de “corrupção do sangue” que exercia papel de controle

²² SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. Op. p. 26

social na medida em que transformava cada membro da família ou do grupo em agente de fiscalização da ordem.²³

Essas leis já possuíam em seu bojo o sentido de proporcionalidade, pois, vejamos: no caso do Código de Hamurabi temos a composição admitida em pequenos delitos patrimoniais e aplicação da lei de Talião nas disposições penais; no Livro das Cinco Penas (período Chinês), tínhamos as seguintes proporções em número de cinco: ao homicida, pena de morte, aos furtadores e aos que causem lesões tínhamos a amputação de um, ou ambos os pés, ao estuprador a castração, ao fraudador a amputação do nariz, aos delitos menores um estigma (marca na testa) e como se não bastassem ocorreu por algum tempo o recrudescimento da pena, com a aparição do espancamento, tortura, açoite, furo dos olhos com ferro quente, abraço a uma coluna de ferro incandescente, além da extensão do castigo à família do agente. Todavia, este plus de severidade, no séc. VII d.C, foi mitigado e as penas retornam a cinco flagelos: morte, deportação, desterro, espancamento e açoitamento; na Índia temos com clareza no Código de Manu (baseada no bramanismo, é mais recente que o Código de Hamurabi) o aspecto de seletividade ao infligir o mal da pena corporal apenas aos hierarquicamente inferiores, aos hierarquicamente superiores se destinavam as multas sendo eximidos de quaisquer penas corporais, uma evidencia da estratificação social; no Egito também ocorria a amputação das mãos do falsificador, a castração do estuprador, a morte do que cometesse perjúrio e a amputação da língua quando revelado um segredo. Por último, no Direito Penal hebreu influenciado pelos Dez Mandamentos de Moisés e igualmente, nas leis de Talião, tinha a forca, a cruz, serra, fogo, apedrejamento, espada, afogamento, roda, esquartejamento, animais ferozes, pisoteio de quadrúpedes, queda de precipício, como penas diversas tínhamos além do suplício, a prisão, excomunhão, privação de sepultura e com menos severidade ainda tínhamos a multa, a composição para o caso de homicídio culposo e asilo.

Na América Latina temos duas civilizações como marco, os astecas que utilizavam a pena de morte, a escravidão, o desterro, o confisco, a destituição do emprego e a prisão e os incas que fundamentavam a pena na divindade e como já assinalado isso trazia a enorme severidade nas punições dos agressores.

²³SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. Op. Cit. pág. 28.

1.3 Grécia e Roma

Na Grécia não há um desenvolvimento significativo da ciência penal, o que existe é uma sentida influência dos filósofos expressada na execução da pena com um caráter sacral e representada pelos grandes trágicos gregos. Porém, isso não significa que os enfoques mais contemporâneos sobre os estudos de Direito Penal, não tenham partido deles, pois, iniciaram a reflexão sobre os fundamentos da punição e finalidades da pena.

Um exemplo de um primeiro processo da história jurídica ocidental é a *Iliada* de Homero:

Cuando Tetis..., madre de Aquiles, hace traer del Olimpo la bella y brillante armadura fabricada por Héfesto... En la representacion de la ciudad de la paz, un tribunal de homebres justos, los gerontes, escucha a la víctima de uma agresión injustificada. Los jueces deben pronunciarse entonces acerca de si se há hecho efectivo, o no, el pago de la compensación pecuniária, um talento de oro, no se haya hecho efectiva. Al término del litigio los dos talentos deberían ser entregados al que dijo la verdad. Si la *poiné*, no se hace efectiva, el tribunal de gerontes dará vía libre a los miembros del grupo de la víctima para que ejerzan su derecho a la venganza.²⁴

Outra questão que vale abordar como mérito grego é a pena pública com as retribuição mais severas se destinando aqueles crimes que causassem alguma lesão de índole coletiva e as penas mais brandas se destinando ao crimes que lesassem particulares.

Segundo Zaffaroni e Pierangeli “os deuses não julgavam em nome dos deuses”²⁵. A mitologia grega soube definir com acuidade, mesmo que por meio de histórias fantásticas e místicas pelo uso marcante do antropomorfismo, a evolução do homem descrevendo uma Idade de Ouro e uma Idade de Ferro. Naquela o homem convivendo em harmonia e inocência, muito embora de modo desorganizado sem qualquer juiz para punir, nesta, um homem com formação social, organizado, um homem que não era apenas componente estático da natureza que o cercava, mas transformador, plantava, edificava casas, dividia trabalhos e o fruto deste trabalho de modo que a rapina do individualismo se agudiza com o

²⁴ PAZ, Isabel Nuñez. Concepcion Arenal e o fin de la pena desde las fuentes clásicas. Revista Eletrônica de Ciências Penais y Criminologia, RECPC 15-20 (2013), ISSN 1695-0194, disponível em << <http://criminnet.ugr.es/recpc/>>> Concepcion Arenal (1820-1893) foi uma escritora e penalista representante da mulher no séc XIX querendo-a incorporada a esfera pública. ..”uma luchadora individualista em favor del oprimido, del pobre, del desgraciado y muy en concreto del apenado” (V. KENT, apud, PAZ, *Las reformas del sistema penitenciário durante la II Republica* . 1978, p. 10) No campo jurídico foi autodidata já que em seu tempo as carreiras jurídicas eram vedadas as mulheres .

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul, *Manual de Direito Penal. Parte General*. 6º edição. Buenos Aires: Ediar, 1997, p.185

descontentamento, a cobiça e o “crime irrompe como uma inundação”²⁶ (SIFFERMANN BULFINCH, 2000 p. 24) e portanto, entramos na Idade do Ferro, onde há armas, violência, todas vistas como formas de resolução dos conflitos, pois os Deuses abandonaram a Terra à sua própria sorte.

Aqui podemos perceber uma antecipação de teorias muito modernas que iriam ser responsáveis pela fundamentação do próprio Estado, como a contratualista e suas vertentes em Hobbes (1588 – 1679), Locke (1632 – 1704) Rousseau (1712 – 1778), Montesquieu (1689 - 1755), Kant (1724 - 1804)

Na sociedade Romana, diversamente da Grega, tínhamos, novamente uma manifestação da pena sacral, mas a partir da Lei das XII Tábuas (séc. V a. C) o laicismo passou a ser a base do estado romano, com distinção clara dos delitos públicos, daqueles de ordem privada. Eram dois os tipos de delitos públicos: o *perduellio*²⁷ e o *parricidium*²⁸. Os crimes de natureza privado eram reprimidos pelas vítimas por meio de requisição da composição na justiça civil.

Em Roma tínhamos as penas de morte, pecuniárias, perda de direitos civis, desterro e trabalhos forçados, permitindo-se, em alguns casos, que os magistrados estabelecessem castigos corporais e prisão. Além disso, algumas penas acessórias devem ser mencionadas, como a perda da liberdade (tornar escravo um homem livre), a perda dos direitos de cidadão e a confiscação dos bens.

Segundo Sergio Salomão Shecaira e Alceu Correa Junior a civilização romana, assim como a grega, apresentou tentativas de fundamentar pena, algo percebido nos escritos de Sêneca que a insistência no caráter preventivo da pena, o que segundo os autores torna hiperbólica a afirmação de Carrara de que no Direito Civil os romanos foram gigantes e no Direito Penal, foram pigmeus.²⁹

1.4 Idade Média e Moderna

Assim como na Antiguidade ocorrera momentos imprecisos da evolução da pena, dentro da Idade Média (período entre os séc. V – XV) dá-se o mesmo partindo da queda do império romano e a invasão da Europa pelos “povos bárbaros.”

²⁶ BULFINCH

²⁷ Significava um crime contra a segurança da cidade.

²⁸ Significava a pena imposta quando era morto o pai de família. Vale dizer que não era qualquer pai, mas o pai da família.

²⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. Op. Cit. p. 30

Em primeiro momento referencia-se o domínio germânico e as influências que lhe são conseqüências. Como penas aos delitos públicos: a perda da paz (abandono a própria sorte daquele que antes estava sobre proteção da sociedade, podendo ser morto por qualquer pessoa sem qualquer punição), aos delitos privados: a composição e a faida (vingança de sangue contra a família do infrator e do próprio infrator).³⁰

Em um segundo momento, ocorre uma evolução com o fortalecimento do poder público centralizado e abandono do individualismo como marca da tutela penal. Isso concluiu na mitigação da faida e aplicação mais intensa da composição que chegava a ser obrigatória em certos casos.

Em um terceiro momento, apesar da evolução do Direito Germânico, apenas com a influência do Direito Canônico ocorre a consolidação da punição pública, como a única correta, algo paradoxal em relação ao caráter individualista do Direito Germânico.

Na Idade Média é o período histórico fonte da pena privativa de liberdade, com a produção de um antecedente que se baseava na reclusão em celas ou internação em mosteiros.³¹

A Idade Moderna surge com a queda de Constantinopla (29 de maio de 1453) diante dos turcos otomanos e o desaparecimento do feudalismo. O término deste período segundo os historiadores ocorre com a Revolução Francesa (14 de julho de 1789) na qual podemos retratar duas fases: a absolutista e a contratualista, naquela o poder era resultado de uma ligação umbilical entre Estado e Religião, pois poder era poder divino e centralizado na mão do seu detentor, nesta o poder era fundamentado no homem e na razão.

Na fase absolutista tínhamos a reiteração da autoridade do monarca, pois sendo este a representação do Estado, o crime seria uma violação à lei e ao soberano. Concluindo, a pena era a vingança do próprio soberano e deveria ser

³⁰ ZAFFARONI. PIERANGELI, Op. cit. p. 190

³¹ Compartilham dessa afirmação diversos autores: Anibal Bruno, Direito Penal, p. 75, nota 45; Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangelli, Manual de direito penal brasileiro, parte geral, p. 191; Cezar Roberto Bittencourt, Falência da pena de prisão, causas e alternativas, 2 ed. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 10

aplicada no sentido de que quanto maior o sofrimento imposto por meio da pena, maior seria o respeito ao monarca.³²

Na fase contratualista tem-se na razão o elemento central e o que outrora foi narrado misticamente pelos Gregos ganha maior densidade na mente de pensadores como Hobbes que munidos dessa perspectiva racionalista, começam a questionar um pouco mais além da pena e sua finalidade, indo a necessidade e razão de ser do próprio Estado, resultando em novos significados da pena, agora, com roupagem de consequência jurídico penal, sejam em um sentido retributivo, seja em um sentido preventivo.

Sob um olhar político econômico, notadamente a humanidade eurocêntrica, neste período, vivencia um período de miséria e pobreza ante as inúmeras guerras religiosas que aumentaram o contingente de desafortunados e por isso o número de delinquentes. Reaparecendo o Direito Penal de forte conotação segregatória, por exemplo: trabalhos forçados em encanamentos para esgotos e galés (obrigação de remar em navios de guerra acorrentado aos bancos de seus porões)³³

O quadro sócio econômico, nada satisfatório impulsionou já no século XVI um movimento para segregação de condenados por delitos de somenos importância, era as *houses of correction* ou *bridewells* e mais tarde as famigeradas *workhouses*.

O período Renascentista teve como marcos as idéias de repressão humana dentro de uma perspectiva liberal de Cesare Bonesana (1739-1794), com a pena assumindo posição utilitária e não teológica, sendo deste autor um pensamento que diz respeito à pena justa quando necessária.³⁴

Foi Sodré que retratando o ilustre autor de *Dos Delitos e das Penas* (1764) afirmou:

Com a vinda do século XVIII tomaram força junto as idéias de Beccaria, os diplomas de Montesquieu, Rousseau, Diderot, D' Alembert etc. A Ao seu espírito, altamente humanitário, repugnavam os crudel ssimos suplícios que se inventavam como meios de puni o ou de mera investiga o da verdade, em que, não raro, supostos criminosos passavam por todos os transe amargurados de um sofrimento.... Ele, nobre e marquez, em vez de

³² PRACIANO, Elizabeba Rebouças Tomé. O Direito de Punir na Constitui o de 1998 e os reflexos na execu o da pena privativa de liberdade. Disserta o de Mestrado-Universidade de Fortaleza, 2007

³³ Vale mencionar que para René Ariel Dotti em Bases e Alternativas para o Sistema de penas p.55 a pena de gal s sujeitava o reu a andar com uma corrente nos p s, juntos ou separados, ficando   disposi o do governo nos termos do art. 44 do Código Criminal de 1830, ou seja a pena de gal s do Brasil poderia ser cumprida em terra.

³⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. p. 64

escutar, as conveniências do egoísmo, de sufocar a consciência nos gosos tranquilos de uma existência fidalga, em lugar de manter-se no fácil silêncio de um estéril e cômodo mutismo, na atmosfera da ociosa indiferença, ergueu a sua voz saturada por um grande espírito de idéias generosas, em defesa dos mais legítimos direitos dos cidadãos, proclamando bem alto verdades filosóficas e princípios jurídicos até então desconhecidos ou, pelo menos desrespeitados e repelidos.³⁵

Reforma penal contou ainda com eventos históricos que levavam consigo os ideais iluministas para outras partes do mundo Europeu, como na França com a queda de uma “penitenciária”, que para os reformadores era a representação da arbitrariedade e despotismo do Antigo Regime. O nome desta penitenciária era Bastilha, daí ser conhecido o movimento como “Queda da Bastilha”.

O modo como a sociedade foi se organizando sob um tutela penal foi o terreno fértil para dar origem à Escola Clássica³⁶ que define pena como retribuição por um fato criminoso, diante disso, um direito penal do fato e proporcional ao fato.

Essa escola conta com Carrara (1805-1888), depois Feruerback (1804-1872) como expoentes que concentram:

...sua atenção exclusivamente sobre o crime e sobre a pena como entidade jurídica abstrata, isolada tanto do homem que delinque e que é condenado, como do ambiente de que ele provém e a que deve voltar depois da penal.³⁷ O escopo da pena era retribuir o mal do crime com o mal da sanção, embora pudesse haver-e até fosse desejável que ocorresse a emenda do infrator. Essa situação, no entanto, não concernia ao Direito Penal.³⁸

Em contraposição a tal perspectiva surge também Cesare Lombroso e Enrico Ferri, considerando a pena algo superior ao mero castigo, mas como instrumento da sociedade para a reintegração do criminoso a sociedade. Sendo o criminoso aquele que já nasce biologicamente infrator e podemos estudá-lo por catalogá-lo por meio de uma cartilha de características físicas que se apresentam como reflexos do gene criminoso.

³⁵ARAGÃO, Sodré.1928, p.18. Sobre a importância dos pensamentos de Beccaria, FERRI, Enrico *Princípios de Direito Criminal*, 2 ed. 2003, p.49. O autor sectário dos clássicos era emblemático na defesa dos postulados, ratificando a importância daquele “livrinho” : “  generosa e eloquente iniciativa de César Beccaria, nos últimos anos do século XVIII e na primeira metade do século XIX, o estudo teórico da justiça penal, determinou sobre tudo na Itália e depois na Alemanha, França e outros países, a forma o de uma grande corrente científica, que em toda parte se chamou e se chama a Escola Classica Criminal, desde que assim eu a denominei, e com sentimento de admira o.”

³⁷ Enrico Ferri, *Princípios de Direito Criminal*, (n15)

³⁸Nucci, Guilherme de Sousa, ob. cit., p.73

1.4.1 O Surgimento da prisão pena

Na Idade Média a ideia de pena privativa de liberdade não aparece, todavia, como sabido, a prisão era apenas utilizada como sala de espera, porém, esta prisão custódia passa a dar lugar a prisão como pena nos casos da Prisão de Estado e a prisão eclesiástica³⁹.

A prisão de Estado apresenta duas modalidades: a prisão – custódia, onde o réu espera a execução da verdadeira pena (morte, açoite, mutilações etc), ou como detenção temporal ou perpétua, ou ainda até perceber o perdão real. [...] A prisão eclesiástica, por sua vez, destinava-se aos clérigos rebeldes e respondia às ideias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, dando ao internamento um sentido de penitência e meditação. Recolhiam os infratores em uma ala dos mosteiros para que, por meio de penitência e oração, se arrependessem do mal causado e obtivessem a correção ou emenda.⁴⁰

Diante da prisão eclesiástica surge o que atualmente é conhecido pelo termo “penitenciária”. Em resumo foi a prisão eclesiástica o antecedente histórico da pena privativa de liberdade.

Na Idade Moderna, com a generalização da pobreza e o aumento da criminalidade, viu-se como insatisfatória as expectativas punitivas mais horrendas como, mutilações e a própria morte, pois, ante um sem número de desafortunados e um contingente sempre expressivo e crescente de criminosos, não se podia punir, deste modo, a todos. Portanto para alguns estudiosos:

A prisão pena explica-se menos pela existência de um propósito humanitário e idealista de reabilitação do delinquente, e mais pela necessidade emergente de possuir um instrumento que permitisse a submissão da classe menos favorecida, ao regime dominante, vale dizer, o capitalismo. O importante era fazer com que o recluso se acostumasse ao modo de produção submetendo-se a ele e tornando ainda mais fácil o controle social.⁴¹

1.5 As Ordenações do Reino de Portugal na história penal no Brasil

Eram os forais os diplomas legais referentes das relações sociais e com marcante conteúdo consuetudinário. Tínhamos como penas a *faida* germânica e a *perda da paz*.

³⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral, Vol. 1. Ed. Saraiva, 2015, p. 580

⁴⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral, Vol. 1. Ed. Saraiva, 2015, p. 580

⁴¹ SCHECARIA, apud MEIOSSI, PAVARINI, op. Cit, p 34

Portugal contou com três Ordenações: as Afonsinas de 1446 (criada no período de D Afonso V) com penas escandalosamente severas e desproporcionais ao delito praticado, por exemplo, morte por feitiçaria, ou por relação ilícita entre cristão com uma judia ou moura, como também ao furto desde que em valor igual ou superior a um marco de prata; as Ordenações Manuelina de 1521 (criada no período de D Manuel, o Venturoso) que tinha brandas diferenças em relação as Ordenações Afonsinas havendo destaque para a existência da prisão como pena em raras hipóteses, sendo percebido aqui, mais uma vez a prisão apenas como sala de espera para a aflição corporal; e por último as Ordenações Filipinas de 1603 (publicada por D. Felipe II) que pretendia o fortalecimento de uma justiça pública, mas não significa abolição completa da vingança privada, pois persistiam institutos como a morte da mulher adúltera e seu companheiro pelo marido, ocorrendo ainda a perda da paz.

Em relação à última das Ordenações vale dizer que a pena de morte era a mais usual, apresentando um rol de modos de execução. Em seu livro V⁴² apresentava tal crueldade, que conta-se sobre a ironia do Rei da Prússia (Frederico I) no séc XVII indagou se ainda havia alguém vivo em Portugal.

Um rol abominável de penas, sendo muitas terminam com a morte, cuja execução se dá nas mais variadas formas, por exemplo, tínhamos a morte cruel (morte lenta e suplício), morte atroz (acrescida de confisco de bens, queima do cadáver, esquartejamento e proscricção de sua memória), morte simples (degolação ou enforcamento para as classes inferiores), morte civil (fim dos direitos civis e da cidadania). A pena de morte na ordem com que ocorrem nas Ordenações Filipinas se dariam no caso do Título I que diz respeito aos Hereges e Apóstatas⁴³, inclusive afirma-se que:

Tal era a importância que se dava ao crime de heresia de modo que em Portugal grande era o rigor do confisco que nem os alimentos concediam aos filhos, e até os próprios ascendentes era privados de seus bens deixando-se-lhes apenas o usufruto.⁴⁴

No Título III também tínhamos a pena de morte aos feiticeiros:

⁴² Ordenações Filipinas, Livro V, Disponível em <<<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>>>

⁴³ Ordenações Filipinas, Livro V, Tit. I disponível em <<<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>>>

⁴⁴ Ordenações do Reino de Portugal, Ordenações Filipinas, Livro V, Tit. I nota 7 Disponível em <<<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>>>

Estabelecemos, que toda pessoa, de qualquer qualidade e condição que seja, que de Lugar Sagrado, ou Não Sagrado tomar pedra de Ara, ou Corporaes, ou parte de cada uma destas cousas, ou qualquer outra cousa Sagrada, para fazer com ela alguma feitiçaria, morra morte natural. E isso mesmo, qualquer pessoa que em círculo, ou fora dele, ou em encruzilhada evocar espíritos diabólicos, ou der a alguma pessoa a comer ou a beber qualquer cousa para querer bem, ou mal a outrem, ou outrem a ele, morra por isso morte natural⁴⁵

Quanto ao crime de Lesa Majestade havia o Título VI, cuja punição era a de morte natural cruelmente, sendo que “Lesá Majestade” quer dizer traição cometida contra a pessoa do Rei. Era crime de tal gravidade que de” tão grave e abominável crime que os antigos Sabedores o compararão a lepra⁴⁶. Neste mesmo Título existe a pormenorização dos modos de se realizar tal crime cominando, portanto, em todos os casos a morte, conquanto “e sendo o cometedor convencido por cada um deles, será condenado que morra morte natural cruelmente e todos os seus bens que tiver ao tempo da condenação serão confiscados para a Coroa do Reino.”⁴⁷

Para aqueles que falsificassem a moeda, tínhamos a morte natural de fogo, segundo o Título XII que firma que por ser a “moeda falsa ser cousa muito prejudicial na Republica, e merecem ser gravemente castigados os que nisso forem culpados”. Neste ponto vale notar que não apenas aquele que é responsável pela falsificação será morto, mas também “todo aquele ...der favor, ajuda, ou conselho, ou for delo sabedor e o não descobrir, morra morte natural de fogo, e todos os seus bens sejam confiscados para a Coroa do Reino.”⁴⁸

Compunham também o elenco de crimes que levavam à morte: a sodomia (Título XIII) com o criminoso sendo queimado e feito em pó para que disso resultasse total esquecimento de sua peja, sem corpo, sem sepultura, condenando-se inclusive os seus filhos e netos a carregar essa infâmia. ⁴⁹; o bígamo, retratado no Título XIX, o adúltero no Título XXV com uma interessante passagem que mostra claros critérios de seletividade no momento de aplicação da pena: “mandamos que o

⁴⁵ Ordenações do Reino de Portugal, Ordenações Filipinas, Livro V, Tit. III Disponível em <<<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>>>.

⁴⁶ Ordenações do Reino de Portugal, Ordenações Filipinas, Livro V, Tit. VI Disponível em <<<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>>>.

⁴⁷ Ordenações do Reino de Portugal, Ordenações Filipinas, Livro V, Tit. VI Disponível em <<<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>>>.

⁴⁸ Ordenações do Reino de Portugal, Ordenações Filipinas, Livro V, Tit. XII Disponível em <<<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>>>.

⁴⁹ Ordenações do Reino de Portugal, Ordenações Filipinas, Livro V, Tit. XIII, Dos que cometem pecado de Sodomia. Disponível em <<<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>>>.

homem, que dormir com mulher casada ... morra por elo”⁵⁰ (quer dizer morte natural).

Porém, se o adúltero for de maior condição, que o marido dela, assim como, se o tal adúltero fosse Fidalgo, e o marido Cavaleiro ou Scudeiro, ou o adúltero Caveleiro ou Scudeiro, e o marido peão, não farão as Justiças nele execução, até nol-o fazerem saber, e verem sobre isso nosso mandado.⁵¹

Tais penas não eram postulados formais subservientes ao chamado princípio da legalidade, pois, podiam os juízes além da pena de morte, aplicar as penas vis (amputação, galés e outras), a pena de degredo e a de multa, “segundo a qualidade da malícia”⁵²

1.5.1 O Brasil anterior às Ordenações

Nas doutrinas em geral o período indígena é comparado ao pré-histórico em termos de desenvolvimento humano, a quem o diga próximo à pedra lascada e que por esta sentida falta de desenvolvimento societário foram estes povos facilmente subjugados pelos portugueses.

Segundo Rene Ariel Dotti havia o predomínio da pena de morte, mas ocorria também a perda da paz, apresentando, portanto sinais da lei de Talião e da vingança de sangue. Portanto, a pena era desconhecida como modo de punir, sendo mera custódia, anterior ao momento do castigo.

Nas palavras de Shecaria e Junior, “a legislação Manuelina foi a primeira a vigorar e a ser observada nos primórdios do Brasil colonial. “Sendo esta afirmação inadmitida por alguns estudiosos que pelo arbítrio dado aos donatários que exerciam suas próprias leis, afastavam a legislação portuguesa.”⁵³

De uma ou outra perspectiva, não se tem a mesma dissonância em relação às Ordenações Filipinas onde os muitos delitos e as mais diversas formas de suplício eram hábil aparato político para aplacar a insurreição na sociedade e como exemplos paradigmático

⁵⁰ Ordenações do Reino de Portugal, Ordenações Filipinas, Livro V, Tit. XXV Disponível em <<<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>>>.. De acordo com a nota 1 da pag. 1176 a expressão morra por ello tem o significado de morte natural

⁵¹ Op. cit. Nota 21

⁵² Livro V, Título CXVIII, §1º, Ordenações Filipinas

⁵³ SCHECAIRA. Op. cit. p. 38

o fundamento para a caça e destruição dos inconfidentes de Minas Gerais, entre eles Tiradentes, acusado de lesa majestade, que foi enforcado, teve sua cabeça arrancada, pendurada em praça pública e seus membros espalhados pela cidade. Além disso, a pena de infâmia foi imposta até a terceira geração de Joaquim Jose da Silva Xavier, conhecido como Tiradentes.⁵⁴

Apesar dos movimentos que já haviam se operado na Europa e os ecos dessa reforma terem chegado ao Brasil, não obtiveram êxito formal, sendo insuficientes para alterar a legislação.

No Período imperial no ano de 1822, com a proclamação da independência as Ordenações do Reino continuam em vigor e diga-se paradoxalmente às descrições contidas na Carta Constitucional de 1824 que condenava os fins dos suplícios e manteve bases sólidas na justiça e equidade. Essa primeira Constituição ainda apregoava a contrassenso da Ordenação em vigor o fim do suplício, a impossibilidade da pena passar da pessoa do condenado e o cumprimento humano da pena em estabelecimento com características sanitárias e de aeração condignas.

Apesar da evolução penal ser tardia, pois posterior a primeira carta constitucional, em 1830 temos o nosso Código Criminal do Império, que contudo, apesar de ser uma inovação sob o ponto de vista formal, uma legislação que diversa e específica que não a Ordenação do Reino, mantinha um atraso significativo quando em comparação ao diploma constitucional, pois, ainda apresentava a pena de açoite para os escravos, totalmente inadmitida pela Carta de 1824 em seu art. 179 XIXI.

Foi em 1889 durante o período da República Velha surge o Código Penal de 1890, este sim, consegue antecipar-se ao aparato constitucional e determinar, por exemplo, a abolição da pena de galés e fixação da pena privativa de liberdade máxima a 30 anos, institui a prescrição dos crimes, estabelece descontos na pena em relação ao tempo de prisão preventiva já cumprida. Ante essa assinalável evolução, conseguimos perceber mais tarde uma Constituição que mais do que os influxos liberais da Europa, sofre também de um perspectivismo penal nacional, fruto também das inovações da matriz eurocêntrica em matéria penal. Com a Carta de 1891 ficam abolidas a pena de galés (já não mais referenciada pelo Código Penal) a

⁵⁴ SCHECAIRA. *Apud*, DOTTI, p. 39

pena de banimento e a pena de morte salvo em tempo de guerra segundo a legislação militar.

A privação de liberdade passou a ser exclusivamente a pena em que outras se baseavam, exigindo a reclusão, a prisão dos menores de 21 anos, a prisão com trabalho, todas de acordo com a gravidade da infração, mesmo assim, permaneciam em vigor penas como a de banimento, a interdição, a perda do cargo público a multa.

As inovações que foram sendo operadas com o passar dos anos possuem dentro de um mesmo diploma passos que se desencontram uns tantos no futuro e outros em direção ao passado, pois contando-se da Segunda República com a Constituição de 1934 e as proscricções do banimento, morte, confisco, penas de caráter perpetuo, temos um retorno da pena de morte já nos idos de 1937 durante o Estado Novo e a ditadura militar.

Em tempos de direitos e garantias limitados pelo subterfúgio da segurança nacional, tivemos tipos penais vago e a falta de menção na Constituição sobre a personalidade da pena, uma faceta comparável a do Estado Nazista cuja lei de 1935 apresentava delitos com tal âmbito de indefinição das condutas que poderíamos encaixar o criminoso ao talante do perspectivismo político jurídico.

Ainda com o Congresso Nacional fechado é publicado o Código Penal de 1940, cuja origem foi o Anteprojeto Alcântara Machado. Como pontos dogmáticos marcantes temos a indiferença em relação a criminologia e o apego ao tecnicismo jurídico.

Posteriormente, com o fim da Segunda Guerra Mundial o Brasil promulga a Constituição mais democrática até então vista a de 1946, claro que diante das atrocidades na segunda guerra o discurso dos direitos humanos e da inadmissão de penas marcadamente cruéis fez às vezes deste ideal democrático. Proibição de pena de morte, do banimento, do confisco, da pena perpétua, consagração da individualização da pena, da classificação dos delinquentes, da separação dos condenados em relação aos presos provisórios, oferecimento do trabalho assalariado aos presos, atendimento intelectual, físico, profissional, assistência social ao presos egressos, vítima e familiares desta.

Como foi acentuado, há passos, na historia, desencontrados e lapsos de descontinuidade evolutiva, pois esta perspectiva de 1946 sucumbiu ante o famigerado golpe de 1964, trazendo à tona o Código Penal de 1969 com

reaparecimento da pena de morte, prisão perpétua e a pena de 30 anos de reclusão aos crimes políticos. Este código penal trazia a prevenção especial como finalidade primordial, apresentando a necessidade da recuperação do condenado.

Um Congresso sem autonomia somente servia à aplicação pragmática de um Direito Penal panfletário, daí que o período de *vacatio* do Código Penal de 1969 perdurou até 1978, não entrando em vigor e obtendo a marca de *vacatio* mais longa da história nacional. O número expressivo de prisões criou uma superpopulação carcerária que contribuiu para dar um passo para além da pena privativa com a diferenciação entre regimes de cumprimento de pena (aberto, semiaberto e fechado), proibição de pena capital, prisão perpétua, retorno à criminologia e atenção dispensada à política criminal.

No ano de 1984 ocorre a Reforma que foi extensa com discussões de âmbito teórico.

CAPÍTULO II - O MATERIALISMO HISTÓRICO EM KIRCHHEIMER E RUSCHE

2.1 O SISTEMA CARCERÁRIO E A LUTA DE CLASSES

2.1.1 Comentários Introdutórios sobre o papel do Direito Penal na preservação do ideal capitalista.

Analisada a história da pena, emerge dela a preocupação com relações bem específicas e pelas quais se volta o interesse desta dissertação, qual seja, as relações entre os donos dos meios de produção e o proletário que se projetam como fundamentos para aplicação da pena e estruturação de um sistema de execução penal para atendimento das pautas econômicas vigentes.

Por exemplo, para citar algo que na antiguidade ocidental demonstre uma pena com base em uma relação tipicamente econômica temos que:

Deve-se acrescentar que a Grécia também conheceu a prisão como meio de reter os devedores até que pagassem as suas dívidas. Ficava, assim o devedor à mercê do credor, como seu escravo, a fim de garantir seu crédito. Essa prática inicialmente privada, foi posteriormente adotada como pública, mas ainda como medida coercitiva para forçar o devedor a pagar a sua dívida. [...]também em Roma existia a chamada prisão por dívidas, penalidade civil que se fazia efetiva até que o devedor saldasse, por si ou por outro, a dívida. 55

Utilizando-se deste modelo capital/trabalho para interpretar a realidade carcerária, lança-se sobre a história e as críticas dos resultados obtidos a partir de um sistema em colapso, as bases que explicitam o fenômeno penológico penitenciário do século XVI até o século XIX, como se dessa vez houvesse uma história que não é analisada como evento passante com todas as diferenças meramente temporais aí implicadas como cerne, mas uma história que indiferente ao momento possui um único fundamento para a dinâmica social.

Inclusive pode-se reforçar tal ideia quando Bittencourt afirma em sua obra sobre “a suposta finalidade da instituição, dirigida com mão de ferro, consistia na reforma dos delinquentes por meio do trabalho e da disciplina.”⁵⁶ Outrossim assinala que tal experiência faz com que surja na Inglaterra as *houses of correction* ou

⁵⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal*, Parte Geral, Vol. I. Ed. Saraiva:2015, p. 578

⁵⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, Parte Geral, Vol. 1. Ed. Saraiva, 2015, p. 582

bridewells, como sanção aos considerados vagabundos e um certo alívio para os pobres e nesta linha de desenvolvimento ocorrem a *workhouses*, também na Inglaterra pelas quais o autor afirma que:

terminam por estabelecer uma prova evidente sobre as íntimas relações que existem, ao menos em suas origens, entre a prisão e a utilização de mão de obra do recluso, bem como a conexão com as suas condições de oferta e procura.⁵⁷

Para persistir nesse intento se faz necessário se observar a pena em meio a estrutura social com ênfase ao marxismo, pois “los diferentes sistemas punitivos, así como las variaciones que cada uno de estos incluye, están estrechamente vinculados com las distintas fases del desarrollo econômico.”⁵⁸

Podemos observar o sentido de preservação na hierarquia social a partir da Idade Medieval, onde as relações entre servos e senhores passam da total submissão, para uma certa consideração por parte do Senhor Feudal que percebia a constante migratória do campo para a cidade, após a colonização da Europa Oriental pelos Germanos, onde tais condições “cumplían la función de prevenir tensiones sociales y promover le cohesión, rasgos característicos del mencionado período. **Deste modo se explica el papel secundário del derecho penal**”⁵⁹.

Em uma sociedade tipicamente agrária encarava-se o Direito Penal como que para a manutenção da ordem pública que se instaurava entre iguais quanto ao grau de riqueza, todavia, quando cometido uma desviação, um atentado à moralidade, a religião atuava em conflito, pois a moralidade em si não revelava um sentido daninho ao ponto de imposição de pena, já a religião mantinha a severidade. Ao final uma assembléia de homens livres iriam efetuar um juízo sobre o qual o culpado seria obrigado a pagar a pena, para que a vingança da parte injuriada não se derivasse em sangue. “El principal elemento disuasivo del delito resultaba del miedo a la venganza privada de la parte injuriada, ya que el delito era considerado como un acto de guerra”⁶⁰

Ausente um poder centralizado a paz pública estava em xeque a todo o tempo por pequenos grupos, daí a preocupação central do Direito Penal ser, neste

⁵⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral, Vol. 1. Ed. Saraiva, 2015, p.582

⁵⁸ RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. Trad. MENDEZ, Emílio Garcia. *Pena y Estructura Social*. Ed. Temis, Bogotá: 1984, p.7

⁵⁹ RUSCHE; KIRCHHEIMER. Op. cit. p. 8

⁶⁰ RUSCHE; KIRCHHEIMER. Op. cit. p. 8

período, a paz segundo os contornos do que era a sociedade nesse período em particular.

Tal caráter do Direito Penal, pela estratificação social, apresentava-se com uma feição meramente pecuniária (neste ponto ainda há considerável distância das penas privativas de liberdade), pois o grau da pena era mensurado conforme o *status* social do delinquente e da vítima.

É evidente que os pobres não poderiam pagar em alguns casos aquilo que se lhes exigia em termos de pecúnia, vindo à tona as penas de caráter corporal em um sistema penal, agora, restrito a uma minoria da população.

El estatuto de la ciudad de Sion de 1338, por ejemplo , preveía una multa de 20 libras en casos de agresiones ; pero si el causante del hecho no podía pagar recibía una pena privativa de libertad... Dicho Estatuto no solo demuestra el carácter de las transformaciones de la *Penance* en penas de tipo corporal, **sino que permite observar** además que la pena de prisión era considerada en esa época como una forma de pena corporal.⁶¹

São inúmeras as exemplificações em nível analítico promovidas por Kirchheimer e Rusche e em uma delas citam o Direito Penal como instrumento de dominação social a partir da ocorrência de três fatores responsáveis por transferir o caráter privado do Direito Penal da alta Idade Média para forma de dominação. Em primeiro lugar, a função de imposição do disciplinamento pelos senhores feudais sobre os que estavam sujeitos a eles economicamente. Em segundo lugar a vontade de estender o poder de uma dada autoridade revestia em si mesmo uma vontade judicial centralizadora. Por último, os interesses fiscais, pois a “administración de la justicia criminal, segun veremos, lejos de representar una carga como em nuestros días, significaba una fuente considerable de ingresos.”⁶²

Da Idade Média para o surgimento do Mercantilismo o binômio pena corporal e pena pecuniária dará espaço à escravidão, deportação e às servidões do trabalho forçado, estas complementando-as ou apresentadas com certa independência.

Estas mudanças constituem o resultado diante da possibilidade da exploração da mão de obra daqueles que eram submetidos às penas diante do desenvolvimento econômico no final do século XVI que experimentou também a queda drástica de força de trabalho marcado pelas inúmeras guerras religiosas concluídas em um período nomeado de Guerra dos Trinta anos (1618-1648).

⁶¹ RUSCH; KIRCHHEIMER. Op. cit. p. 9

⁶² RUSCH; KIRCHHEIMER Op. cit. p.10

Se no período anterior a esta Guerra os salários eram pequenos e diminuían diante do número de ociosos sendo uma oferta superior à demanda pela mão de obra, no período posterior de 1620 a 1670 a diminuição da população causa o incremento salarial.⁶³ “La relación de los salários reales durante los siglos XVI y XVII adopta un curso contrario al movimiento de los precios y de la población; en otras plabras, los salários reales estaban en relación com la oferta de fuerza de trabajo.”⁶⁴

São inúmeros os fatores que permitem a continuação de tal abordagem e a mão de obra em falta conduz a baixa produtividade, um fator de oneração exatamente em um momento de aumento do mercado requer uma inversão capital proeminente e a obtenção de força de trabalho no mercado livre. Estes altos custos forçam os capitalistas, os donos do meio de produção, a requisitarem do Estado uma restrição da produtividade e dos salários.⁶⁵

O Estado o faz, estabelece um teto salarial diante de escalas já existentes evitando, portanto qualquer acréscimos que resultem dessa força de um proletariado escasso.

Um país com abundante população de desafortunados era o que refletia a política salarial, por que sendo necessitados podiam ser impelidos e forçados a trabalhar fugindo da miséria.

As teorias econômicas da época supervalorizam visões como esta que em Mandeville⁶⁶ ratifica-se frente “al hecho de que la humanidad muestra una excepcional inclinación al ócio y al placer, que razón nos puede hacer pensar que ella trabajaría si no fuera sometida a uma acuciante necesidad.”

No Capitalismo, outros indícios desta atuação do Direito Penal como partícipe da vontade econômica ocorre entre os séculos XIV e XV, um Direito Penal, agora orientado diretamente contra as classes mais baixas, todavia o sistema baseado em penas corporais e pecuniárias mantinha-se, mas com alterações, pois eram aplicados, um ou outro, de acordo com a classe social do infrator.

A catalogação de crimes começa a ocorrer, como no caso do furto, muito embora isto não significasse que toda a forma de lesão à propriedade fosse em si um mal sob a perspectiva criminal, podendo ocorrer até negociações que evitassem

⁶³ RUSCH; KIRCHHEIMER Op. cit. p.26

⁶⁴ RUSCH; KIRCHHEIMER Op. cit. p.26 *Apud* ELSAS, nota 6

⁶⁵ RUSCH; KIRCHHEIMER Op. cit. p.29

⁶⁶ *Apud*. RUSCH; KIRCHHEIMER Op. cit. p.35

inclusive a pena de morte que estivesse prevista em lei⁶⁷. “La cualidad criminal del acto no era determinada desde el punto de vista de la propiedad hurtada o danada, sino más bien por la condición del responsable del hecho: este era tratado con mucho más rigor si carecia de propiedad o pertencia a las clases sociales inferiores.”⁶⁸

Sabidamente quanto mais ocorrente o empobrecimento das massas mais rigorosas eram as penas que lidavam com as “desviações” dos indivíduos, devido a isto se deve a pena corporal ter ganhado tanta força e passar a ser a pena normal a ser aplicada.

A dignificação de um sistema penal que era concessivo com os ricos e rigoroso com os pobres é explicável pela razão simplista de que garantia riquezas àqueles que operavam este sistema, portanto, quem não paga coloca em xeque esta lógica e é diferenciado, sendo que a este sim aplicar-se-ia algo distante da compensação. Esta razão apesar de simplista não era a única conquanto:

Lo erário no recibia nada de estes individuos, como observa SCHIMIDT, sugiriendo outra razón para explicar este importante cambio en la política criminal:”la supresion de las bandas de vagabundos, mendigos, y ladrones se convirtió en un problema de fundamental importancia. En uno o otro lugar se abrían las esclusas dejando correr torrentes pestilentas hacia el mar cenegoso de delito.”⁶⁹

2.1.2 A Criminologia Crítica e os novos rumos do Direito Penal

Para que seja inteligível esta abordagem é de interesse demonstrar a importância de uma retomada da criminologia, todavia não explicitando-o em todas as suas vertentes, somente no tipo de criminologia que

nasce da mudança da abordagem do autor para uma abordagem das condições objetivas, estruturais e institucionais da sociedade capitalista, com o deslocamento do interesse cognoscitivo das causas (biológicas, psicológicas, sociológicas) do comportamento criminoso para os mecanismos de controle social do crime e da criminalidade: as definições legais de crime e o processo de criminalização. A mudança representa um

⁶⁷ RUSCH; KIRCHHEIMER, nota 26 p. 16. Op. cit. *Apud* Clagspiegel. BRANT, Sebastian, Strasburg, 1538,p. 131. R. Von Hippel, Deutsches Strafact, Berlin 1925,pp. 128-129. Os autores citam essa antiga legislação germanica que demonstra que a parte prejudicada poderia chegar a um acordo com o ofensor, ainda que houvesse lei em contrario. Ate uma pesso a já sentenciada, poderia compensar e deste modo escapar da pena.

⁶⁸ RUSCH; KIRCHHEIMER Op. cit. p.15

⁶⁹ RUSCH; KIRCHHEIMER Op. cit. p.19. *Apud* SCHIMIDT. R.

salto qualitativo de um paradigma etiológico para um paradigma político da criminalidade, que toma o Direito Penal como sistema dinâmico de funções vinculado à estrutura das relações de produção e de distribuição de mercadorias⁷⁰

Juarez Cirino dos Santos apresenta esta retomada da Criminologia Crítica a partir das relações de produção e distribuição de mercadoria para explicar o fenômeno Direito Penal e o faz com base em três momentos que coincidem com o modo como devemos observar o movimento do Direito Penal até a Execução Penal. O primeiro momento é o político, o de criação legislativa dos tipos penais, ocorrente por meio de uma seleção de tipos legais, que sob a perspectiva da criminologia crítica imporia na seleção destes tipos uma atenção àqueles que protegessem os valores “estruturais e institucionais das classes sociais” dominantes criminalizando as condutas que lesionem as relações de produção. Em um segundo momento, o momento jurídico, é promovida a seleção de criminalizados que são pertencentes as classes sociais mais baixas. Em um terceiro momento e neste é o que dar-se-ia maior ênfase nesta dissertação, há o momento da execução da pena como meio para conter a inutilidade do excedente de uma mão de obra assalariada garantindo a supremacia dos detentores dos meios de produção e o reforço da relação capital/trabalho.

O retorno ao marxismo tem uma explicação:

Hoje, mais do que nunca, precisamos do marxismo para identificar o caráter ideológico das formas jurídicas e políticas do Estado, para iluminar a relação entre o jurídico e o econômico (nada ocorre na economia sem regulação jurídica) e entre o jurídico e o político (o Direito como política em forma de lei), dirigindo o foco para a unidade na diversidade das dimensões econômicas, políticas e jurídicas do modo de produção capitalista, como unidade contraditória da estrutura das relações de produção e das instituições jurídicas e políticas de controle social do Estado capitalista.⁷¹

Uma abordagem nesse sentido exige do jurista uma aproximação da lógica das relações econômicas e o modo como estas se relacionam e transformam as questões políticas e normativas (jurídicas).

Na ocorrência de um ponto de partida para a análise das instituições a partir das ideologias dominantes é necessário verificar a causa dessa ideologia que em Marx fica claro quando que em cada momento particular da história analisada no tópico anterior, certas classes são as dominantes e estas ideologizam as classes

⁷⁰ SANTOS, Juarez Cirino, **A Necessidade de se Retomar Marx na Criminologia**, disponível em << <http://justificando.com/2015/05/28/memorial-criminologico-ou-a-necessidade-de-retomar-marx/>>>

⁷¹ SANTOS, Juarez Cirino, **A Necessidade de Retomar Marx na Criminologia**, disponível em << <http://justificando.com/2015/05/28/memorial-criminologico-ou-a-necessidade-de-retomar-marx/>>>

subalternas, submetem inclusive as formas de produção política e jurídica, ou seja, “se a disposição dos meios de produção material asseguram a disposição dos meios de produção intelectual –, então o Direito e o Estado estão comprometidos com a instituição e garantia das condições materiais do poder econômico e do poder político das classes dominantes.”⁷²

A importância de Marx é impar, como um meio de demonstração de que a justiça criminal é o resultado de um processo de acumulação primitiva do capital, um processo de excisão entre o modo de produção feudalista para o capitalista, um processo em que

A ruptura violenta das condições de vida dos camponeses – expropriados dos meios de produção e expulsos das terras feudais, mas desprovidos da disciplina necessária para o trabalho assalariado na manufatura ou na indústria incipiente – determina a formação de bandos de famintos, mendigos, vagabundos e ladrões, explicável pelas transformações históricas objetivas do modo de produção. Não obstante, para proteger a propriedade e controlar as chamadas “classes perigosas”, definidas como “criminosos voluntários”, cujas condutas seriam produtos de decisões pessoais, a burguesia nascente editou uma legislação criminal sangrenta, criou uma polícia para controle/repressão do povo excluído do mercado de trabalho e transformou castelos em prisões (Gand, Gloucester, Rasphuis etc.) para reclusão e disciplina (para o trabalho assalariado) das massas marginalizadas⁷³

A interpretação da realidade a partir desse conflitos: trabalho necessário/trabalho excedente, onde o primeiro significa uma dada produção cujo valor é equivalente ao salário e o último significa uma ausência de contraprestação salarial que é a razão da ampliação do capital na forma de mais – valia, serve de fundamento de base a uma sociologia do conflito que no capitalismo é compreendido como um modo de produção pela polarização de classes em conflito explicando as relações do poder econômico, da dominação política e da apropriação jurídica.

Uma crítica do Direito Penal com base na Criminologia Radical (de fundamento marxista) é uma ferramenta importante de análise do atual Estado

⁷² SANTOS, Juarez Cirino, **A Necessidade de Retomar Marx na Criminologia**, disponível em << [⁷³ SANTOS, Juarez Cirino, *Apud*, Marx, *O capital*. Disponível em <<](http://justificando.com/2015/05/28/memorial-criminologico-ou-a-necessidade-de-retomar-marx/>></p>
</div>
<div data-bbox=)

Democrático do Direito Penal, pois alerta para a inexistência de um direito igual que emana da vontade social a favor de um “bem comum”.⁷⁴

2.1.3 O cárcere no capitalismo

Em Karl Marx⁷⁵ temos os conceitos utilizados por Melossi e Pavarini como sustentáculo para definir os contornos do sistema penitenciário segundo a lógica da luta de classes, daí temos inicialmente um amparo sobre a criação das instituições carcerárias na Inglaterra e na Europa Continental entre a segunda metade do século XVI e a primeira metade do século XIX, onde inauguram o capítulo afirmando que:

El proceso de crea a la relacion del capital, pues, no puede ser outro que o processo de escisión entre el obrero y la propiedad de sus condiciones de trabajo, processo que, por outra parte, transforma em capital los médios de producion y subsistêcia sociales, y por outra convierte a los produtores directos em assalariados. La llamada acumulación originaira no es, por conseguinte, mas que el processo histórico de escision entre produtor e médios de produccion. Aparece como originária porque configura la prehistoria del capital y del modo de producion correspondiente ao mismo. La estructura econômica de la sociedade capitalista surgió de la estructura econômica de la sociedade feudal.⁷⁶

Sobre essas premissas prosseguem destacando estes elementos essenciais de compreensão de sua análise ao explicitarem de modo mais delineado a acumulação primária (originária) como fundamental e que para Marx servem para uma correta interpretação dos acontecimentos históricos na assimilação correlacional de um mesmo processo que inicia-se na cisão entre produtor e meios de produção sendo causa de dois fenômenos: a conversão dos meios de produção em capital e a transformação do camponês (produtor direito) em obreiro (trabalhador livre).⁷⁷

Em termos sucintos, pois aqui não tratar-se ia de abordar todo o conteúdo analítico da obra *Carcel y Fabrica*, passa-se pelo sistema feudal, a manufatura até o

⁷⁴ MATSUMOTO, Adriana, *Contribuições do materialismo histórico-dialético para a análise da aliança psi-jurídica no estado democrático de Direito Penal*. Editora: Unisalle, Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, vol 3, n 1, maio de 2015, p. 43 Disponível em << <http://www.revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/2179/1350>>>

⁷⁵ *Apud*, MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Carcel y Fabrica: Las origines del sistema penitenciário*, Trad. Xavier Massimi. Editora: Siglo XXI, 5º ed. 2005 p. 29

⁷⁶ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Op. cit. 2005, p. 29

⁷⁷ KARL, Marx. *Apud*. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo, Op. cit. 2005, p.29.

capitalismo do século XIX, sendo importante expressar ao menos a transição em termos gerais enfatizando os aspectos necessários para a assunção de efeitos significativos dessa abordagem no modo de vivenciar até que ponto tal método resisti nos dias atuais.

Logo temos um sistema feudal em franca decadência por fatores como: o desenvolvimento do comércio nas cidades, a expulsão de um sem número de camponeses por meios de comandos expropriatórios como a expropriação das terras comunais pertencentes aos lavradores, (decretos expropriatórios do povo são sanções legislativas datadas do século XVIII.)

Thomas Moro, com antecedência a estes decretos já descreve tal fenômeno:

Em efecto, en los parajes en que se da una lana más fina e por lo tanto, más apreciada, lo nobles y los señores han rodeado toda la tierra de cercas, para usarla como pastizalesy no han deijado nada para el cultivo... tienen que abandonar a la tierra..

Y cuando, andando de aq]]]ui para allá, han gastado rapidamente todo lo que tienen,, quemás les queda sino robar, y ser ahorcados, cual conviene, o ir mendigando por esos mundos de Dios.?78

O movimento de proletização é iniciado e o número de mãos de obra ociosas geram o crescimento exponencial de desocupados e influenciando, portanto, por questões econômicas, a feição ainda timidamente penológica em forma de um catálogo para que se pudesse distinguir, por meio do Estatuto de 1530 as espécies de vagabundos, “estabelecendo uma primeira distinção entre aqueles que estavam inabilitados para trabalhar, autorizados a mendigar, daqueles que não poderiam receber nenhuma esmola, sob pena de serem açoitados até sangrar.”79

Certas medidas começam a repercutir na esfera penal, como açoite, o desterro e a execução sendo as medidas⁸⁰ mais utilizadas na Inglaterra até metade do século, medidas que não conseguiram reduzir o número de “vagabundos” o que força os clérigos de Londres (onde a situação era ainda mais crítica) um pedido ao Rei para que os vagabundos, ociosos, ladrões e autores de delitos menores fossem recolhidos em *Bridewell* com o objetivo de que houvesse a eles a imposição de trabalho e disciplina que os formassem sob a insígnia das diretivas estatais e

⁷⁸ MORO, Thomas, *Apud*, MELOSSI, Dario; MASSIMO, Pavarini, 2005 p. 31

⁷⁹ MORO, Thomas, *Apud*, MELOSSI, Dario; MASSIMO, Pavarini, 2005 p. 33

⁸⁰ Em Karl Marx vemos muito dessas medidas

houvesse desestímulo de outros para que não iniciassem o mesmo caminho, para não terem o mesmo fim.

A experiência da *Bridewell* é o início da institucionalização de sistemas executivos com lastro no controle social daqueles que devem funcionar segundo as leis do capital e atingira tal êxito que se difundiu sob o nome de *houses of corrections* indistintamente chamadas de *bridewells*, mas além deste modo, de lidar com a realidade social de mendicância e de vagabundos, havia a *Poor Law* de 1834.

A partir de uma lei de 1572 se organizou um sistema geral de subsídio (*relief*) onde cada Paróquia iria pagar um imposto em favor dos pobres impotentes relegando o trabalho aos ladrões e vagabundos.

É importante notar que na interpretação Pavarini e Melossi a intenção de criminalização não contava com a catalogação na forma de crime das formas sociais de vagar, de prostituir-se ou de mendigar, mas sim de se negar a trabalhar, tendo inclusive a existência de uma lei de 1601 dada equivocadamente como estatuto da *Old Poor Law* facultando ao juiz levar ao cárcere aqueles considerados ociosos.

Mas, qual o significado que tinha a negativa ao trabalho no século XVI?

Significa ir de encontro à máxima da exigência de forças da produção da época, sendo várias as leis publicadas entre os séculos XIV e XVI para fixação de uma taxa salarial máxima sobre a qual não se era permitido convencionar, sob pena de sanção. Ocorria, ainda, uma sentida ausência de possibilidade de contratação coletiva de trabalho e aceite imediato da primeira função oferecida e sob as condições de quem a oferecia.

Citando a tese de Kirchheimer e Rusche, Melossi⁸¹ e Pavarini, apresentam que a introdução do trabalho forçado na segunda metade do século XVI e a primeira do século XVIII, na Europa ocorre em parte pelo declínio demográfico posterior ao século XVI. A hipótese destes autores é baseada em afirmar que no período compreendido em os séculos XV e XVI o número alarmante de desocupados, cria

⁸¹ Em sua obra *Punição e Estrutura Social*, Apesar de ser uma obra comum, o texto não foi escrito em conjunto pelos dois autores. Rusche se encarregou da elaboração dos capítulos II ao VIII, enquanto que Kirchheimer escreveu a introdução e os demais capítulos. Os autores ressaltam a existência de diversos estudos acerca da relação entre o crime e o meio social, para, em seguida, criticarem o fato de nem as teorias sociológicas, nem as teorias da pena terem se preocupado com a análise mais acurada dos métodos de punição.

Visando a apresentar um estudo dessa natureza, os autores defendem uma estreita vinculação entre a ação dos sistemas penais e o momento econômico vivenciado pela sociedade, inserindo aquele na dinâmica dos sistemas sociais como um todo, e não o considerando mero produto de uma lei específica.

uma oferta de mão de obra tão expressiva que tem como contrapartida uma repressão sanguinária contra os desocupados. Esta situação é abrandada com a queda demográfica no século XVII e diminuída a oferta de mão de obra o capital recorre ao Estado para garantir a manutenção dos altos ganhos.

Apesar da citação, não é coerente se dizer que os autores assumem ser a visão correta, apenas admitem que:

Se es verdade, es necessário sin embargo considerar también que, como notaba Marx en el pasaje citado, la oferta y la demanda de trabajo no caminan al mismo ritmo, sobre todo em este período originário del capitalismo, y es sólo más lentamente que se logra proveer una massa de capital suficiente para calorizar toda la fuerza de trabajo que habia sido liberada. Em la segunda mitad del siglo XVI, por tanto, a paesar de que la oferta de trabajo continua creciendo, es insuficiente para hacer frente, em la medida necesaria a la demanda que produce o rico... período isabelino. Para que este novo proletariado no tome la ventaja... se recurre al trabajo forzoso que... assume la funcion de regulacion respecto del precio del trabajo⁸²

Neste cenário o trabalho forçado ganha uma função histórica, partindo da Inglaterra e daí segue para Amsterdan na Holanda, já na primeira metade do século XVII e influenciadas pelas *Bridewells*.

Apesar da influência, o modo como o trabalho forçado era institucionalizado tinha em dois fatores as válvulas propulsoras: o desenvolvimento do tráfico mercantil e o incremento da demanda de trabalho em um mercado com uma oferta escassa. Estas questões representavam uma ameaça ao capital incipiente.

Na Holanda, definida por Karl Marx como um modelo de nação capitalista do século XVII⁸³ aplicava-se a nova instituição das “casas de trabalho”

Y que creación de esta nueva y original forma de segregacion punitiva responde más a una exigência relacionada al desarrollo general de la sociedade capitalina que a la genialidade individual de algún reformador – como com frecuencia trataria de convencernos una certa historia jurídica entendida como historia de las ideas o “historia del espiritu”-se evidencia no fato de que parece segura una influencia directa entre las experiencias inglesas anteriores (bridewells) y las holandesas del siglo XVII.⁸⁴

Para Rusche e Kirchheimer, neste período de ouro da sociedade mercantil da Holanda algo que representaria uma ameaça ao capital era ocorrente, pois

⁸² MELOSSI, Dario; PAVRINI, Massimo. Op. cit. p. 34

⁸³ MARX, Karl. *O Capital*, volume I, p. 940

⁸⁴ MELOSSI, Dario; PARAVIRINI, Massimo. Op. cit. p. 35

diversamente ao que era operado na Inglaterra, a mão de obra era escassa em relação a uma demanda significativa. Uma mão de obra escassa gera custos maiores e uma classe de trabalhadores que poderá ser oposição aos baixos valores ofertados pela sua força de trabalho. A única saída era mudar o modelo punitivo para otimizar a utilização de mão de obra ociosa no intento de evitar o desperdício da menor cota possível dela controlando-a e regulando o seu uso de acordo com as necessidades de valorização do capital⁸⁵.

O la oposición de la clase obrera naciente a las condiciones de trabajo, pues en la medida em que la oferta de mano de obrea es escassa, aumenta su capacidade de oposición y de resistencia, y su posibilidad de lucha para no dobregarse; esto, aunque no se expresse todavia en formas conscientes y organizadas, tende, de todos modos, a poner em peligro el orden social ya a transformarse *objetivamente* en *política*, expressando-se espontaneamente en el delito, em uma agresividad em ascenso, en la revuelta.⁸⁶

Estas “casas de trabalho”, na Holanda, tinham o nome de *Rasp-huis*⁸⁷ que refletia o modelo manufatureiro dominante, uma instituição com base celular que deveria se autosustentar, inclusive sem a ganância de carcereiros e diretores (nomeados honorificamente) que em tempos ingleses cometiam as mais diversas extorsões e diferenciações.

É sentido o peso que o trabalho ganha sob a perspectiva carcerária, mas

Es necesario aclarar, naturalmente, que tal hipotesis, basada sobre todo em la relacion existente entre fuerza de trabajo y trabajo forzado (entendido como trabajo no libre), no agora la compleja realidade de los *workhouses*. De ningún modo, como ya vimos para Inglaterra, son el único instrumento com el cual se intenta bajar los salários y controlar la fuerza de trabajo, ni tampoco las mismas casas de trabajo tienen éste como único objetivo. ... En realidade, la relativa exiguidad cuantitativa que siempre caracterizó esta experiência, induce a considerarla más bien como una muestra del nivel general que habia alcanzado la lucha de clases que como uno de los factores que la impulsan⁸⁸

Nas casas de trabalho de Amsterdan ocorreu a monopolização do tipo de trabalho até então difundido (*Rasp-huis*), contudo aqueles que compravam o fruto deste trabalho reclamavam da má qualidade do produto. Indiferente a qualidade, o

⁸⁵ RUSCHE, G; KIRCHHEIMER, Op. cit. p. 42

⁸⁶ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Apud* PIVEN; CLOWARD Op. cit. p. 37

⁸⁷ O nome era dado em razão do modo como era desenvolvida uam peculiar manufatura, onde os internos raspavam com uma cerra um tipo de madeira fina

⁸⁸ MELOSSI, Dario; PAVRINI, Massimo. Op. cit. p. 36

que interessa é o monopólio em um regime de manufatura que *a priori*, dava maior significado a índole, também econômica, do sistema penitenciário, sendo que era característico de uma concepção mercantilista, “de uma época em que la debilidad del capital naciente exige una activa intervencion del estado para formarse.”⁸⁹

Em termos, tem-se neste tempo uma iniciativa de políticas de assistência e uma relação bastante particular entre a técnica produtiva escolhida e a finalidade da casa de correção que é um ponto emergente para a conjugação do trabalho livre em contraposição ao trabalho forçado.⁹⁰

A importância do capital era tal que os programas de encarceramento ligados ao trabalho demonstravam a inserção da aprendizagem e da disciplina capitalista de produção, todavia originalmente certas proposições como: o adestramento e a preparação profissional foram refutadas dando lugar a uma finalidade de exercer “uma vida de trabalho honesta” sendo que os meios para tanto eram a regulação do comportamento e submissão à autoridade, uma atitude não ao acaso, pois a supervalorização do trabalho era tal, pelas expectativas de manutenção do mercado, que aquele que se negasse a trabalhar por três vezes teria prolongada a sua pena, sendo esta a única sanção interna.⁹¹

Uma imersão nos chamados estudos preparatórios de Sebastian Egbertszoon, na obra de Melossi e Pavarini, demonstram um olhar frívolo sobre a casa de Amsterdan com críticas severas ao programa construído por Spiegel (chamado por Sebastian de utópico) pois quando o prisioneiro é destinado a um ofício, isto não é suficiente por que não se considerava o limite de propensão cognitiva a cada atividade desenvolvida, portanto, gastava-se tempo e dinheiro para treinamento dos mais limitados para que aprendessem um ofício. Outro ponto é que por meio das atividades desenvolvidas deveria se garantir um mínimo de inversão de capital e o máximo de lucros, os pagamento não deveriam ser fixados, mas deixados à livre discricionariedade dos diretores.

Com o passar do tempo já na segunda metade do século XVIII, com a revelação de que o indivíduo era considerado destacadamente a qualquer multiplicidade de seus impulsos e aptidões produtivas, ocorre na Holanda a

⁸⁹ MELOSSI; PAVARINI. Op. cit. p. 39

⁹⁰ MELOSSI; PAVARINI. Op. cit. p. 39

⁹¹ MELOSSI; PAVARINI. Op. cit. p. 42

diminuição expressiva das produções manufatureiras, pois os métodos iam se tornando obsoletos.

Persistindo em sua análise, os autores da obra *Carcel y Fabrica*, citam os trabalhos de Hippel e Hallema, conjuntamente a Thorsten Sellin na obra *Pioneering in Penology*, que tratou de ricamente explanar sobre as funções e estruturas de uma casa de trabalho no século XVII.

Um ponto característico nessa abordagem é o de forçar o interprete a fazer retornos consistentes ao perpassar histórico selecionando no reticulado de um tempo em especial o tipo de estrutura que se pretende deter sob a análise e em comparação àquelas já abordadas (no caso desta dissertação, retira-se da história promovida no capítulo um aqueles núcleo de relações que são amparadas na perspectiva dos autores Kirchheimer e Rusche segundo a dialética marxista) da história, pois quando tem-se várias particularidades pertencentes a um mesmo ponto da história não significa que possam ser abordados de modo totalizante, enfim, são estruturas diferentes e que merecem análise em apartado, por isso neste ponto vale uma abordagem das espécies de sistemas penitenciários como efeito estrutural cabal que demonstra o modo de atuação estatal pelos contornos sócio econômicos.

O sistema penitenciário ergue-se a partir do momento em que os cidadãos podem verificar o emprego útil do patrimônio público já que os o cárcere gerava altos custos, verificar a ordem “que reina em el universo institucional; complacerse de la “dulzura” del tratamiento y del comportamiento remissivo de los internados; informarse de los alagueños resultados conseguidos (por ejemplo la disminucion de la reincidência, etc.)”⁹².

2.1.4 Os sistemas Filadéfia e Auburn e sua relação com o capitalismo

O início do “Sistema Penitenciário” é reconhecível menos pela lucidez científica e mais uma obsessão pela sistematização. O primeiro momento penitenciário trata de um lado, da “rica individualidade desviante” e por outro lado, de dar homogeneidade ao encarcerado como um sujeito de necessidades. Da tensão progressiva entre estas abordagens os instrumentos para aperfeiçoá-la são respectivamente a classificação dos crimes e a segregação celular.⁹³

⁹² MELOSSI; PAVARINI. Op. cit. p. 196

⁹³ MELOSSI; PAVARINI. Op. cit. p. 196

Temos um modelo de disciplinamento em prol de um projeto dominante que vem tanto da etapa das manufaturas quanto das fábricas, mas somada as diferenças significativas como a diversificação do sistema de produção e a diversidade, em razão disto, da educação para o trabalho subordinado, mesmo assim há pontos contraditórios como a destruição por meio do isolamento das relações horizontalizadas (entre os iguais) e ênfase das relações verticais (entre superior e inferior, os diferentes).

Entre similaridades e diferenças, a estrutura de cada sistema e sua constituição dependentes das transformações diante do processo de acumulação capitalista, ocorre em uma realidade onde se propõe um modelo ideal o que faz com que os seus resultados (reais) sejam nada contraditórios com a proposta.

Inicialmente o “Solitary Confinement” surge como proposta carcerário filadelfiana, como hipótese arquitetônica, como processo educativo, convertendo a ciência arquitetônica em ciência social que aplica o isolamento absoluto, tanto diurno quanto noturno para se impedir por todos os meios quaisquer possibilidades de contato com o mundo externo e isso aplicar-se-ia ao extremo vendendo-se o preso quando fosse ser locomovido externamente.

O absoluto silêncio era enfim pela necessidade da manutenção da educação do corpo havendo regras estabelecidas:

Art. 1: debes conservar tu persona, la celda y los utensílios, limpios u em orden, art. 2: debes obedecer prontamente a todas las ordenes que se te den; art. 3: debes provocar ningun reido inútil, sea cantando o silbando, sino que debes, com el máximo respeto, mantener el silencio más absoluto⁹⁴

Originariamente o sistema Filadélfia, portanto, foi o ideal baseado no esteriótipo do fiel e silencioso trabalho nas manufaturas, mas, a aproximação do processo de industrialização passa a ser substituído cada vez mais pelo sistema de Auburn.

Neste último temos um trabalho carcerário “como actividad productiva digna de explotarse empresarialmente”⁹⁵. Devido a isso e pela contradição das organizações sindicais, pois a produção advinda do cárcere atinge preços tão irrisórios pela não retributividade proporcional pelo que se produzia, ocorria um refreamento a progressão salarial.

⁹⁴ MELOSSI; PAVARINI. Op. cit. p. 200

⁹⁵ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Op. cit. p.200

O regime Auburn, diversamente ao Filadélfia permitia o trabalho em comum durante o dia e a noite isolamento, sendo esta a coluna vertebral deste sistema e notadamente mantêm aspectos pedagógicos reeducativos do sistema anterior ao negar a relação entre os encarcerados prevenindo a ampliação delinquencial, mesmo assim introduz uma nova “obsesión reformadora” que é a organização do cárcere como empresa cuja correspondência vê-se nas expressões *night separation y el silente system*. “El principio de la day association (necessário para introducir el common work e las labor saving machines) tendiente a realizar la segunda exigência. Asi se llega al compromiso: night separation y silente system para la maximum prevention of contamination.”⁹⁶

Um obediência a este tipo de regramento era fundado no controle administrativo (força de trabalho versus trabalho forçado-chamado de trabalho não livre). Essa abordagem é vista com ressalvas por Melossi e Pavarini, pois as *workhouses* eram bem mais complexas, não sendo o trabalho forçado o único instrumento para baixar os salários e controlar a força de trabalho e sequer isso seria o único objetivo. A função das casas de trabalho é sobremaneira mais complexa do que taxar o salário livre. Podemos afirmar que também era um controle das forças de trabalho, da educação, e domesticação para o capital incipiente. Esses trabalhadores atirados à própria sorte, enxotados de suas condições habituais para o infortúnio real da concorrência entre seus pares também lançados a mesma condição, irão engrossar as fileiras do proletariado. O trabalhador camponês, habituado a autonomamente tirar o seu sustento, será um dos exemplos dessa transição do despojamento à condição de vida proletária.

Um outro grande impulso dado ao processo de expropriação da massa do povo é o desencadeado com a chamada Reforma, ainda no século XVI. O assalto aos bens da Igreja, que nessa época era detentora de grande parte da base fundiária inglesa, teve repercussões bem além da comunidade eclesiástica. Foram desapropriados antigos súditos que viviam em bens da Igreja, devido à entrega destes a especuladores, ou mesmo vendidos a preços irrisórios, assim como a propriedade destinada a camponeses pobres de uma parte dos dízimos foi confiscada, os moradores de conventos foram arremessados na vida proletária por conta da extinção destes.

⁹⁶ MELOSSI; PAVARINI. Op. cit. p. 205

Marx, ao tratar deste assunto, afirma que no 43º ano do reinado de Elisabeth o pauperismo vai ser finalmente reconhecido com a instituição do imposto para os pobres. Essa lei vai adquirir, depois de ser tornada perpétua por Carlos I, um cariz mais severo em 1834. Na verdade, as penas por ser pobre iriam variar de castigos até mesmo o encarceramento. O que se queria com essa lei era intimidar essa crescente massa proletária que vinha buscar auxílio.

Um ponto peculiar a ser percebido é que na visão de Kirchheimer e Rusche a pena é um meio que se apresenta como aspecto de socialização daquele que é submetido ao sistema, ou seja, aquele preso é preso para servir de força de trabalho e para agregar à própria personalidade a lógica de produção, sendo este um aspecto de sua abordagem como reflexo da abordagem de Marx.

Todavia, a realidade atual tratou de demonstrar massivamente como a pena privativa de liberdade está longe de conter o aspecto socializador (dando ao contingente submetido a pena o caminho do trabalho em prol do mercado, socializar como colaboração com o sistema capitalista), inclusive quando percebido que a ressocialização é um mito frente à dessocialização como um consequente do fenômeno da prisão.

CAPITULO III - O SISTEMA PUNITIVO E O SISTEMA CAPITALISTA DE FOUCAULT A MELOSSI E PAVARINI

3.1 Crítica ao cárcere como meio de manutenção da socialização para o capitalismo.

De acordo com tudo o quanto desenvolvido até aqui o leitor menos atento pode considerar que a penitenciária é uma espécie de célula produtiva, ou ainda, que o trabalho na penitenciária tenha tido a finalidade de dar origem a uma utilidade econômica.⁹⁷ Como examinamos,

aunque históricamente se buscó hacer del trabajo carcelario un trabajo productivo, em la realidad este intento casi siempre fracasó: desde el punto de vista económico, la cárcel apenas há podido llegar a ser una “empresa marginal”. Por eso, como actividad económica la penitenciaría nunca há sido “útil”.⁹⁸

Portanto, se em termos de utilidade econômica o cárcere em uma análise como a que foi priorizada não consegue realizar-se solidamente como fundamento, em que contribui esta visão?

Na modernidade deve-se afirmar que certamente a realidade primeira do cárcere é que historicamente se estrutura sobre um modelo de manufatura, depois fábrica e segue adiante o que não implica em afastar por completo o êxito em alguns períodos em transformar o criminoso a serviço de uma atípica finalidade que o transmuda em proletário.

A verdadeira invenção da penitenciária como uma espécie de máquina que pode mudar o desviado se dá pela revelação em si das possibilidades de observar de modo privilegiado o fenômeno criminal com o viés de refrear o sujeito real (desordeiro, violento) e convertê-lo em sujeito ideal (mecânico e conhecedor da disciplina)⁹⁹. Mesmo assim, esta função ideológica é conciliada com a função “atipicamente econômica”: “o se ala produccíón de sujetos aptos para una sociedade industrial, la produccíón, em otras palabras, de proletários a través del aprendizaje forzado, em la cárcel, de la disciplina de fábrica.”¹⁰⁰ .

⁹⁷ MELOSSI; PAVARINI. Op. cit. p. 189

⁹⁸ MELOSSI; PAVARINI. Op. cit. p. 189

⁹⁹ MELOSSI; PAVARINI. Op. cit. nota 1 p. 190 *Apud*. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*

¹⁰⁰ MELOSSI; PAVARINI. Op. cit. p. 190

Em Foucault originalmente vemos no Capítulo *Para o Bom Adestramento* que 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. Não é um poder triunfante que, a partir de seu próprio excesso, pode-se fiar em seu superpoderio; é um poder modesto, desconfiado, que funciona a modo de uma economia calculada, mas permanente.”¹⁰¹

É de interesse notar os planos de superposição dos meios utilizados, ao longo da história, por cada estudioso para desvendar a realidade penitenciária. O plano econômico agora deixa de ser um vértice mantenedor das expectativas e fundamental para tomada de decisões e encontra-se como um dentre tantos fatores para o impulso e as transformações sociais que em Foucault pode ser experimentado sob a insígnia de vigilância hierárquica realizada na forma de estruturas arquitetônicas que externam uma espécie de fausto, típico dos palácios, mantêm a característica geométrica das fortalezas vigiando o espaço exterior, requer principalmente a utilidade para um controle interior

para tornar visíveis os que nela se encontram; mais geralmente, a de uma arquitetura que seria um operador para a transformação dos indivíduos: agir sobre aquele que abriga, dar domínio sobre seu comportamento, reconduzir até eles os efeitos do poder, oferecê-los a um conhecimento, modificá-los. As pedras podem tornar dócil e conheável. O velho esquema simples do encarceramento e do fechamento — do muro espesso, da porta sólida que impedem de entrar ou de sair — começa a ser substituído pelo cálculo das aberturas, dos cheios e dos vazios, das passagens e das transparências¹⁰²

A referência a este ponto intermediário entre Kirchheimer e Rusche até Melossi e Pavarini, ou seja, as evoluções analíticas de Foucault demonstram bem o nível e o alargamento da análise e de afastamento da metodologia adotada em seus antecessores, expropriada de qualquer matiz totalizadora erigida sob uma única base, tornando visível até os espaços deixados vazios pela lei, quais sejam: a micropenalidade, como estruturas disciplinares que escapam dos grandes sistemas punitivos, por exemplo, os atrasos as ausências, as interrupções das tarefas, a grosseria, desobediência, tagarelice a indecência com suas específicas maneiras de

¹⁰¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 197

¹⁰² FOUCAULT, Michel. Op cit. p. 197

punir , um modelo reduzido dos tribunais, cuja função é de atuar como sanção normalizadora reduzindo os desvios.¹⁰³

Segundo Juarez Cirino dos Santos Foucault apresenta a sua análise ao afirmar que um dado sistema punitivo dever ser compreendido pelas funções sociais positivas, dando as costas às funções de repressão (negativas) e isso pode ser entendido na relação das práticas punitivas sob o binômio domínio/controle do corpo para produção da docilidade e utilidade, ou seja, as relações de produção passam a ser concebidas como política do corpo em que:

relações de dominação permitem utilizar o corpo como *força produtiva* (poder), mas *controlada* –, ou seja, a constituição de um poder (político) sobre o poder (produtivo) do corpo. A novidade é o conceito de disciplina, também denominada *microfísica do poder*, como estratégia das classes dominantes para criar uma *ideologia de submissão*, definindo o sistema de justiça criminal como *gestão diferencial da ilegalidade*, cujos elementos seriam a polícia, a prisão e a delinquência

David Garland¹⁰⁴ aponta diversas críticas realizadas ao modo de expor o cárcere por Rusche e Kirchheimer desde a superestimação das forças econômicas na tomada de decisões nas práticas e políticas penais e dos efeitos econômicos a partir das prisões como reguladoras do mercado de trabalho, passando pela sentida ausência de esclarecimento sobre os nexos articulados entre as políticas penais e as atividades econômicas, até chegarem na subestimação do papel dos núcleos políticos e ideológicos na configuração dos inúmeros regimes punitivos.

Para exemplificar, vamos fazer o seguinte questionamento: Se os males penitenciários tem origem em um marco econômico e leva em consideração as leis de mercado, podemos inferir que condições econômicas similares em locais distintos resultam em um mesmo aparato penitenciário? Para Garland, há uma incapacidade de explicar a enorme variabilidade das práticas penais mesmo nestes casos de condições econômicas parecidas. Além desta insuficiência temos que

todos os movimentos reformadores no âmbito penal foram decisivamente moldados por argumentos morais, políticos e religiosos, não analisados pelos autores – bem como ignoram aspectos fundamentais na elaboração

¹⁰³ FOUCAULT, Michel. Op. cit. p. 203. A Sanção Normalizadora é o nome dado por Foucault a um dos tópicos de sua obra.

¹⁰⁴ Apud. ALVAREZ, Marcos Cesar ANPUH (Associação Nacional de Historia-XXIV SIMPÓSIO-2007), *O debate acerca da punição na teoria social: Algumas reflexões teóricas e metodológicas o âmbito da Sociologia Histórica*.p. 7. Disponível em: << <http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S24.0813.pdf>>>

das políticas penais, como os processos legislativos que não foram sequer examinados no livro.¹⁰⁵

De qualquer modo, como admite o próprio Garland, o trabalho pioneiro de Rusche e Kirchheimer abriu caminho para estas e muitas outras questões que ainda hoje direcionam os trabalhos sobre a punição no âmbito da História e da Sociologia. Inclusive, atualmente a pouca preocupação com estes pressupostos.

O modelo erigido por Kirchheimer e Rusche é demasiado parcial, a centralização da estrutura de capital e o modo como enxergam as relações do sistema execucional como instrumentos originários das leis de mercado e que reproduzem estas mesmas leis, traz à tona a conclusão de que há um processo de socialização das massas submetidas a pena que requer um tipo especial de sistema de execução como educação para aquilo de que necessita o sistema capitalista.

A finalidade desse sistema execucional deixa como secundária a análise acerca da pena como retribuição ou prevenção, pois ela prima pela educação para o trabalho produtivo e isso sem considerar certas implicações como analisar a ressocialização, já que estar-se-ia tratando a pena e a execução penal como um processo de socialização sem qualquer apego com aquilo que Foucault já deduzia das relações entre os encarcerados, o processo de dessocialização.

Em vista destas constatações, neste último capítulo a crítica ao modo de interpretar a realidade do cárcere diante de uma estrutura capitalista exige uma sobreposição dos contornos atuais da discussão sobre o cárcere demonstrando a um só tempo que a complexidade das estruturas requer mais do que a utilização do materialismo histórico.

Diga-se que se considerada a pena e a execução meios para manutenção do sistema capitalista, deixa-se de lado a questão de que o homem não pode ser instrumento, mas deve ser a finalidade destas estruturas, buscando o seu melhoramento em quaisquer sentidos e não apenas para um mercado como agente de produção.

¹⁰⁵ ALVAREZ, Marcos Cesar, professor do Departamento de Sociologia da USP. ANPUH (Associação Nacional de História-XXIV SIMPÓSIO-2007), *O debate acerca da punição na teoria social: Algumas reflexões teóricas e metodológicas o âmbito da Sociologia Histórica*.p. 7. Disponível em: << <http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S24.0813.pdf>>>

3.2 Da socialização para o capitalismo até o mito da ressocialização.

Primeiramente vale enxergar a preocupação sobre o discurso político acerca da segurança pública, um discurso movido segundo o talante das massas que em seu imaginário o problema de segurança seria resolvido com o recrudescimento das penas, ou a criação de outros tipos penais, ou com a redução da menoridade penal. Este imaginário conta com o apoio de políticos que consciente ou inconscientes da fragilidade de tal discurso garantem-se em expectativas eleitoreiras para fomentar tais premissas.

Por isso, temos a promoção de um discurso que não poderia se converter em realidade, porque a conclusão do atendimento a estas pautas (redução da menoridade, recrudescimento de pena) não remediará o mal da criminalidade e sequer poderá trazer à tona a bendita segurança.

Pensar o cárcere necessita de um retorno de suas razões e se é deficiente pensá-lo como mero lugar de segregação por onde a vontade popular pela pena e pela prisão ecoa, sendo isto visivelmente arcaico, conforme a história da pena analisada no capítulo I, igualmente, notamos que pensar o cárcere como momento para socialização de presos em prol de um mercado projeta um caráter de menor eficácia para projetos que sejam mais humanos.

O cárcere em termos de instrumento para o capitalismo é revelador de uma das várias formas de exclusão social e tal conclusão não pode ser analisada como se colaborasse com a perspectiva abolicionista para uma eventual ausência de penas privativas de liberdade. Não é isto que se quer apresentar, mas, apenas volver a crítica diante da constatação de que há um sem número de normas que tornam o Direito Penal quase que totalmente voltado para penas privativas de liberdade.

A exclusão social é “um todo que se constitui a partir de um amplo processo histórico determinado que acompanha, em maior ou menor grau a evolução da humanidade.”... “Trata-se, na realidade, dos constrangimentos do *ter*, o que torna o fenômeno da exclusão social uma temática do *ser* muito mais do que simplesmente *ter*.¹⁰⁶

¹⁰⁶CAMPOS, André; POCHMANN, Marcio; AMORIM, Ricardo; SILVA, Ronnie. Atlas da Exclusão Social no Brasil, Volume 2, São Paulo Cortez. 2003, pp.27 a 29

Neste último trecho do parágrafo anterior convergem, de um lado, aqueles “que tem” propriedade, os meios de produção, de outro, aqueles que “não tem” propriedade e os meios de produção. Os primeiros claramente beneficiados dentro de uma política socioeconômica mantenedora de desigualdades entre fortes e fracos.

Uma passagem da obra de Campos que nos chama atenção é aquela em que aponta a exclusão social como fenômeno transdisciplinar que vai além da ausência de acesso a bens e serviços básicos, mas também a “existência de grupos sociais sobrantes de estratégias restritas de desenvolvimento sócio econômico”¹⁰⁷

Se a exclusão social for concebida como efetivada em razão de um dado modelo econômico e social os sistemas de hoje e os de outrora, portanto, apresentam uma política de exclusão do mais pobre, revelando a seletividade do sistema penal.¹⁰⁸ Todavia, como neste capítulo não é tempo de se entender as razões dessa seletividade, haverá o prosseguimento sobre a deslegitimação do discurso sobre a ressocialização.

Alguns exemplos extraídos de dados promovidos pelo Ministério da Justiça alerta sobre o descaso com aquele que é submetido ao regime penitenciário: “É gritante a superlotação. Há duzentos e trinta e cinco internos com capacidade para sessenta e seis.... Segundo os internos, havia apenas remição por artesanato. Hoje falta material também de artesanato, e, portanto, não há remição no momento.”¹⁰⁹

Alertado acerca da suspensão pelo Senado Federal da norma que proibia a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o juiz informou que não pretende seguir essa orientação, pois Jataí é rota de tráfico de drogas. Percebemos, assim, que parte da superlotação decorre da peremptória negativa de substituição de penas, na tentativa de se fazer política criminal via judicial.

Sugerimos, neste sentido, a expedição de ofício à Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de Goiás e ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho Nacional do Ministério Público, dando-lhes ciência da grave superlotação da unidade e da postura do magistrado e dos representantes do Ministério Público locais, no sentido do descumprimento peremptório da substituição prevista em lei. Não obstante nossa sugestão no sentido da interdição progressiva da Unidade, para diminuir a

¹⁰⁷ Op. Cit. Nota 43, p. 33

¹⁰⁸ ESPINOZA, Olga. A Mulher encarcerada em face do poder punitivo. São Paulo IBCCRIM 2004, p 127

¹⁰⁹ Relatório de visita e inspeção no Estado de Goiás, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário, Ministério da Justiça, 2012, p. 10

superlotação, o juiz informou que não adiantaria e que, na verdade, **a solução seria a construção de novas Unidades** (GRIFO NOSSO).¹¹⁰

Para se empreender um discurso deslegitimador da ressocialização com contornos atuais devemos lembrar das finalidades da pena e nisto relembrar trechos da história que tratam destas finalidades, diversamente do que se propôs no capítulo I, em que a história da pena privativa da liberdade busca explicitar o que é esta modalidade e como foi vista ao longo da história. Aqui, especificamente o olhar deve ser menos difuso, buscando pensar nas finalidades do cárcere e não nos meios de se chegar a ele (por imposição de pena privativa de liberdade).

Indiferente a distinção feita por Winfried Hassemer e Francisco Muños Conde sobre fim e função¹¹¹ seguiremos falando dos dois termos como sinônimos.

A discussão sobre as razões que nos fazem punir interessa ao passo que a deslegitimação não ocorrerá, neste trabalho, de forma implosiva, ou seja, não haverá comprometimento das finalidades oficiais apresentadas em diversas matizes mundo a fora. O que ocorrerá é a demonstração de que tais funções da pena, tais fins, tem uma origem menos na preocupação com a ressocialização e mais em um maniqueísmo obscuro, questão explicada em capítulo próprio e conclusivo.

A pena pode ter a finalidade retributiva (teorias absolutas) como a compensação de um delito, logo seria um retribuição do “mal” do crime a partir do “mal” da pena, cuja única justificativa é o reinado da justiça. A punição moral se realiza pelo que foi praticado (passado) sem qualquer apego a expectativas do porvir (não quer prevenir futuras condutas criminosas).

Deste postulado a pena passa a ter um fim em si mesma, não sendo o homem meio para que se alcance qualquer resultado a título de cessação da periculosidade no seio social. Extraímos maior compreensão desta finalidade através da obra *Metafísica dos Costumes* de Kant

...se uma sociedade civil tivesse que ser dissolvida pelo assentimento de todos os seus membros, o último assassino restante na prisão teria, primeiro, que ser executado, de modo que cada um a ele fizesse o merecido por suas ações, e a culpa sanguinária não se vinculasse por ter

¹¹⁰ Relatório de vista e inspeção no Estado de Goiás, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário, Ministério da Justiça, 2012, p. 13

¹¹¹ Os termos “fim” e “função” possuem no espectro das ciências sociológicas significados distintos, o primeiro faz referência aos efeitos oficiais queridos diante de uma dada atuação social, já o último significa um olhar sobre as consequências reais e muitas das vezes não desejadas pelo sistema. Para entender mais sobre o assunto: HASSEMER Winfried; MUÑOS CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 99.

negligenciado essa punição, uma vez que de outra maneira o povo pode ser considerado como colaborador nessa violação pública da justiça¹¹².

Em síntese para Kant a pena era o chamado “imperativo categórico”, como mandado de justiça livre de finalidade utilitárias.

O ideal retributivo como finalidade também é assumida em Hegel que em seu livro *Princípios de Filosofia do Direito* ratifica a pena como negação da negação do crime, ou seja, aquele que pratica o crime nega o Estado e o império das leis que deveria submeter a todos, ao fazer isso é necessário a aplicação de um sofrimento, por meio da pena para restabelecimento do direito lesado¹¹³. Esse modo de pensar traduz bem a dialética hegeliana para restauração do ordenamento jurídico.

Seja em Hegel ou Kant, temos, portanto, um caráter retributivo, cuja distinção ocorre em termos de fundamentação jurídica, pois ao primeiro dá-se feição retributiva para reafirmação da vigência do império das leis, e ao segundo são os valores éticos que balizam tal retribuição, não se quer manter a vigência da norma, mas sim os valores ético sociais. Outro ponto que merece destaque é que em Kant temos uma certa proximidade com o chamado princípio da Talião, já em Hegel há a substituição do princípio da Talião pela proporção entre a o crime praticado e a sanção cominada.

Fica fácil perceber a razão de ser chamada as teorias retribucionistas de teorias absolutas, pois são desvinculadas de qualquer efeito social¹¹⁴, não sendo permitido, sob o ponto de vista ético, castigar o delinquente com fundamento na utilidade social.¹¹⁵

Em oposição as teorias absolutas, temos as relativas, chamadas de prevenção e na medida em que o Estado Social toma corpo a perspectiva utilitária da pena ganha força o que implica no afastamento do ideal vingativo da retribuição.¹¹⁶

¹¹² KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*, trad. BINI, Edson, p. 176, disponível em: <https://saude.globaldotorg.1.files.wordpress.com/2013/08/te1-kant-metafc3adsica-dos-costumes.pdf>

¹¹³ ROXIN, Claus. *Derecho General: parte general*. Trad. Diego Manuel Luxon Peña. Madrid: Civitas 1997, p. 17

¹¹⁴ ROXIN, Claus. Op. cit. nota 50, p. 83

¹¹⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de Prisão*. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 110.

¹¹⁶ A teoria retribucionista colide frontalmente com a Nossa Constituição, pois nos termos do art. 1º, III temos que A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)III – a dignidade da pessoa humana, outrossim a nossa legislação infraconstitucional tem aproximação visível com as teorias relativas, revelando-a no art. 59 do CP. “O juiz atendendo a culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e

A prevenção aponta para o futuro, querendo refrear o comportamento criminoso e contendo três pressupostos: o primeiro baseado em um prognóstico do comportamento humano, o segundo relativo à crença de que é possível uma adequação perfeita entre a pena e a periculosidade do agente de modo a tornar possível a prevenção e por último a eficácia de combate da criminalidade pelo trabalho “pedagógico” inserto no âmbito da execução penal.¹¹⁷.

Em termos de prevenção podemos ter uma atuação sobre a sociedade, pois a reprimenda serve de exemplo aos pares de que todo aquele que praticar conduta criminosa terá em contrapartida uma sanção.

O discurso da ressocialização é atual, portanto, força as seguintes questões até então não respondidas: De que modo demonstrar-se-ia essa deslegitimação do discurso da ressocialização?

O caminho é demonstrando que a pena tal como é cumprida e aplicada tem um efeito inverso, qual seja, um efeito dessocializador, mas para se chegar a este efeito dessocializador é interessante notar que a partir do século XIX, especificamente em sua segunda metade ocorre ampla discussão sobre as correntes criminológicas ante as idéias de Lombroso de cujas premissas a implementação ocorreria apenas posteriormente. Percorrendo este período evidencia-se a transição para o séc. XX no qual uma eventual estabilidade econômica social, permite uma certa melhora no padrão de vida daqueles que eram, anteriormente, considerados desprivilegiados. Era um período em que o “previdenciarismo penal” foi revelado por D. Garland, em que Worms¹¹⁸ conclui que a prisão seria um retrocesso social, pois em um cenário político econômico estável e emergente a redução dos dias de produtividade, ou a ampliação irracional do tempo de segregação sem qualquer escusa plausível, seria desperdiçar força produtiva e consumidores potenciais.

Enfim é coerente se dizer que o discurso passa a ser o do fracasso da prisão, desde o fim do século XIX, exigindo uma postura político criminal diversa daquelas

consequências do crime, estabelecerá, conforme seja **necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime**”. (grifo nosso)

¹¹⁷ JESCHECK, Hans, Tratado de Direito Penal, 1993, p. 59.

¹¹⁸ *Apud*, RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Trad. Gislene Neder. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan 2004, p. 195. Vale acentuar que Worms não fazia suas considerações no sentido de análise da violência promovida pelo sistema penal àqueles considerados do “baixo clero”, se dedicando a perceber a transferência dos cidadãos do plano do mercado para planos alheios a produção.

adotadas até então, pois um cárcere baseado em justificações meramente retributivas perdeu grande parte de sua ideologia e do apoio político social.¹¹⁹

Era uma nova sociedade com um novo modelo sócio econômico que em conjunto com um modelo de castigo bastante criticado, tinha como resultante uma postura de reação ao crime promovendo, nos dizeres de Rosa Del Omo, o “racionalizar das desigualdades por ele produzidas.”¹²⁰

O conceito de *periculosidade social* é talhado sob uma matiz positivista, ofertando mais ferramentas para uma mudança de postura ideológica em relação ao encarceramento com o protagonismo do indivíduo e não do ato (segundo a escola clássica), sendo daí extraído os modelos de prisões baseadas em uma política criminal que quer assegurar a etiologia do delito por meio de dados empíricos extraídos da observação do indivíduo, ou seja, criavam-se prisões como se fossem laboratórios que comungavam da crença ressocializadora de “ajudar o indivíduo a voltar a ser livre”.¹²¹ por meio de uma internalização dos comandos normativos.

Essa postura positivista é sentida ainda hoje, todavia, não em sua integralidade e adotando os seus pressupostos, mas a sua força ideológica a sua *ideologia do tratamento* do criminoso.

As mudanças constantes no perpassar da história culminam na secularização da igualdade entre os homens, permitindo-se inclusive englobar aqueles que estavam sujeitos ao sistema penitenciário. O modo de pensar da época foi reforçado e por isso ofertou um plus sobre o modo de conceber o estado e o povo, principalmente ao final da segunda Guerra Mundial.

Interessa o registro de que nos anos 30 surge o *Welfare State* (Estado do bem estar social) que assume diferentes forças e influências de região para região, alcançando uma sentida, muito embora, menos abrangente força nos Estados Unidos (diversamente do modo como pode ser percebida na Europa devastada pela Primeira Guerra Mundial).

O regime capitalista viu nos Estados Unidos um terreno fértil, a tanto que o rápido crescimento operado após 1929 resultou em um vertiginoso acúmulo de

¹¹⁹ MIRALLES, Teresa. *O controle formal: La cárcel*. In: Begalli, Roberto, Ramirez, Juan Bustos, at ali El pensamiento criminológico. Vol II. Bogotá: Editorial Temis, 1983, p. 103-104

¹²⁰ *Apud*, MIRALLES, Teresa. Op. cit. p. 103-104

¹²¹ MIRALLES. Op. cit. 104

capital, juntamente a isso ocorre a ascensão da criminalidade e ambos fazem florescer o desenvolvimento da sociologia em relação ao fenômeno do crime.¹²²

Nas década de 40 ocorre o incremento dos relações laborais com uma legislação trabalhista de maior progresso, pois isto seria uma das formas de se propugnar o reconhecimento do “bem estar social” dos Estados Ocidentais, outrossim, o preenchimentos dos espaços sociais antes marginalizados ou não amparados sob a perspectiva do liberalismo mostra a vontade de estabelecer uma forma de mitigar a vulneração infligida no passado a certos grupos sociais, um resgate destes grupos mantido pelo compromisso de manutenção e níveis de existência que fossem razoáveis.

Neste ponto é percebido que, apesar da referência ao mal das grandes guerras e do espírito humanitário lardeado para todo o mundo ocidental, o plano de fundo dessas alterações é de índole econômica, cuja exigência de dar fôlego ao capitalismo oferece medidas de valorização social.

O que outrora era mensurado como inconveniente e repudiado, agora ergue-se como essencial para satisfazer o novo cenário econômico. Este novo modo de conceber a realidade e manter os interesses econômicos é explicitado em Cervini que afirma:

Trata-se então de disciplinar o sujeito no mercado, não somente como produtor ou trabalhador, mas também e principalmente, como consumidor. Isto faz com que o controle social se dirija a quem não corresponda as pautas marcadas de consumo e produção, ou seja, aos chamados “dissidentes ocidentais”, dentre os quais, as seitas auto-suficientes, os grupos hippies , as comunidades de volta à natureza , algumas comunidades imigrantes como os turcos, na Alemanha, os drogados que concentram o consumo em uma única mercadoria.¹²³

Em termos de ressignificação do capital e do trabalho, soergue-se um pacto entre eles, capital e trabalho, com a condição de que houvesse vinculação ao princípio do “bem estar” para a melhoria da mão de obra dado que é uma mercadoria para troca.¹²⁴

O terreno estava preparado, portanto, para a década de 50 e o auge do discurso da ressocialização como salvação, a panaceia dos problemas e

¹²² CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. Trad. Da 2º ed. espanhola Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 1995, p. 29-31

¹²³ CERVINI, Op. cit. p. 31

¹²⁴ PRADO, Carolina. *Trabajo, exclusion y carcel (en el empuje neoliberal hacia las fronteras del proyecto de las sociedades democráticas)* In: Bergalli, Roberto; Beiras, Iñaki Rivera; et al *Violencia y Sistema penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008

deficiências do mundo carcerário, com o aceite de prisioneiros e psiquiatras como principais crédulos.¹²⁵

Posterior a esse período, novas alterações dão a “opinião dominante.(...) de que ‘a prisão funciona’ – não como um mecanismo de reforma ou de reabilitação, mas como instrumento de neutralização e de retribuição que satisfaz as exigências políticas populares por segurança pública e punições duras.”¹²⁶

Em suma o declínio da crença reabilitadora parte de um pressuposto “condenar mais e compreender menos”, um retrocesso dogmático, pois, se ao tempo que dava-se como certa esta premissa podia-se justificá-la como resultado de uma inocência científica da nossa humanidade, ou seja, havia uma aplicação sem muito conhecimento de causa e efeitos, agora, volvemos ao mesmo discurso, mas sob o reforço de que já testados os limites que as finalidades da pena ofertam e revelada a ineficácia de considerações ressocializadoras, descrentes, talvez o único caminho fosse realmente “compreender menos”.

As engrenagens punitivas fundadas *Welfare State*, começam a ruir e temos uma cartilha do poder expressa em termos de uma multiplicidade de sentimento públicos, pois já no século XX a defesa social expressa no encarceramento como vingança era um tabu que força um realinhamento de diretrizes institucionais sancionatórias conjuntamente emergentes na raiva e no ressentimento do povo que são os postulados incipientes da retórica por detrás da regulação do crime¹²⁷.

O medo surge como parte da identidade cultural convertendo o submetido ao cárcere, de desfavorecido¹²⁸ (como era visto em épocas do “bem estar social”) para o estereótipo ‘predador social’ preferindo como alternativa a este último um aparato penal neutralizador e não ressocializador¹²⁹.

Se não há mais o Estado do bem estar social, o que há? Há o ensimesmamento, o que para Z. Bauman, ocorre em razão da globalização que fomenta a frivolidade entre as pessoas a medida em que ocorre a valorização das potencialidades individuais geradoras de competitividade e menoscabo recíproco.

¹²⁵ MIRALLES. Op. cit. p. 105

¹²⁶ GARLAND, David. *A cultura do controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro, 2008. p. 59

¹²⁷ GARLAND. Op. cit. nota 63, p. 52

¹²⁸ GARLAND. Op. cit. nota 63, p. 54

¹²⁹ PRADO. Op. cit. nota... p. 170

3.3 A dessocialização diante do cárcere

A pena é uma peja, um estigma que apesar de seu cumprimento mantém perene efeitos sociais severos.

É sabido que um agente que passa por uma cela terá mais dificuldades em obter emprego, logo temos um caráter obscuro da pena, o seu caráter dessocializador.

Analisando o Brasil, em particular, sustentar que a pena privativa de liberdade possa ter qualquer efeito ressocializador é ingenuidade, pois que estigmatiza ao exsurgir como fomentador de associações diferenciais entre os reclusos que possuem uma própria lógica socializadora que se coaduna com os valores totais da instituição do cárcere, mas, se opõe a grande parte dos valores que sobejam extramuros (em liberdade).¹³⁰

Podemos dizer que:

A prisão revelou-se, com todos os esforços e toda a boa vontade dos penitenciaristas e penalistas, absolutamente imprópria para preparar o apenado para o mundo livre. É que o cárcere não reproduz em tamanho pequeno a vida em sociedade, mas configura um *mundo próprio*, levando inexoravelmente, ao esgarçamento da personalidade. Ao ser submetido o encarcerado ao processo de prisionização, a um código de conduta ditado não pela Administração Penitenciária, mas sim pelo poder real da cadeia, exercida pelos líderes deste universo isolado, composto por pessoas estigmatizadas em face dos “homens bons” que vivem em liberdade, dificilmente sua personalidade se manterá íntegra, dificilmente sua individualidade, condição de saúde mental, será resguardada. O mundo real da cadeia deixará inevitavelmente suas danosas marcas.¹³¹

Além deste caráter dessocializador, em terra tupuniquim a realidade da execução penal demonstra o cinismo de quem diz acreditar que nossa execução penal, principalmente no que tange a pena privativa de liberdade, é movida por um crença exclusivamente ressocializadora.¹³²

Como podemos afirmar qualquer ressocialização se há um profundo desrespeito com o direito do apenado? Não temos superlotação? Temos condição de aeração? Alimentação condigna? Temos possibilidade de separação entre presos provisórios e definitivos? Como não se ressentir de uma sociedade que

¹³⁰ THOMPSON. *A questão penitenciária*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002

¹³¹ REALE, Jr. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Forense, 2004, p. 6-7

¹³² FRANCO. *Código Penal e sua interpretação*. 8ª ed. RT, 2007, p. 43

discursiva reconciliação, mas vê o preso como ameaça latente, contida apenas pelas grades, se o cercarem adequadamente?

Na formação social brasileira, o conceito de ressocialização está em pleno desajuste com o espaço não discursivo de sua aplicação – a atividade carcerária ou correccional (...) Está pois, o conceito de ressocialização e desajuste na sociedade brasileira, por que as premissas fundamentais que construíram e formaram o conceito e o discurso sobre a ressocialização não são mais passíveis de aplicabilidade em nossa formação social. Como pressupor que o indivíduo que está preso possa ressocializar-se e ser reintegrado ao sistema produtivo se não há a menor possibilidade de que aprenda um ofício e possa trabalhar no interior do sistema penitenciário? Como pensar em dar trabalho ao homem encarcerado, se bem que este é um direito do preso sempre propalado pelo discurso jurídico, se não há trabalho para os indivíduos que não cumprem a pena, se o desemprego é absoluto.¹³³

Analisando a população encarcerada, podemos perceber a afronta aos direitos humanos não apenas pela constatação dos relatórios emitidos pela DEPEN, mas também pelos dados estatísticos fornecidos pelo Programa das Nações Unidas e Desenvolvimento.

Figura 4: Porcentagem de reincidência, países selecionados, 2013.

Porcentagem de reincidência, países selecionados, 2013						
	Argentina	México	Perú	El Salvador	Brasil	Chile
Reincidentes	38,6	29,7	15,8	10,4	47,4	68,7
Reincidentes entre mulheres	23,1	9,9	12,2	3,8	30,1	15,8

Fonte: “Estúdio comparativo de población carcelaria PNUD (2015). Veja-se anexo estatístico-metodológico; Informe regional de Desarrollo Humano 2013-2014. Seguridad ciudadana con rostro humano diagnóstico y propuestas para América Latina. Programa de las naciones Unidas para el Desarrollo. Nova Iorque /Estados Unidos: Nov. 2013, p. 129. Disponível em: <latinamerica.undp.org>.

Segundo o Programa para as Nações Unidas e Desenvolvimento “ En América Latina, el sistema penitenciário está em crisis en praticamente todos los países de la región com distintas intensidades”¹³⁴. É importante ressaltar que a função reabilitadora dos sistemas penitenciários não é uma prioridade e segundo o PNUD “las cárceles se han vuelto espacios que potencian la violencia, los abusos de

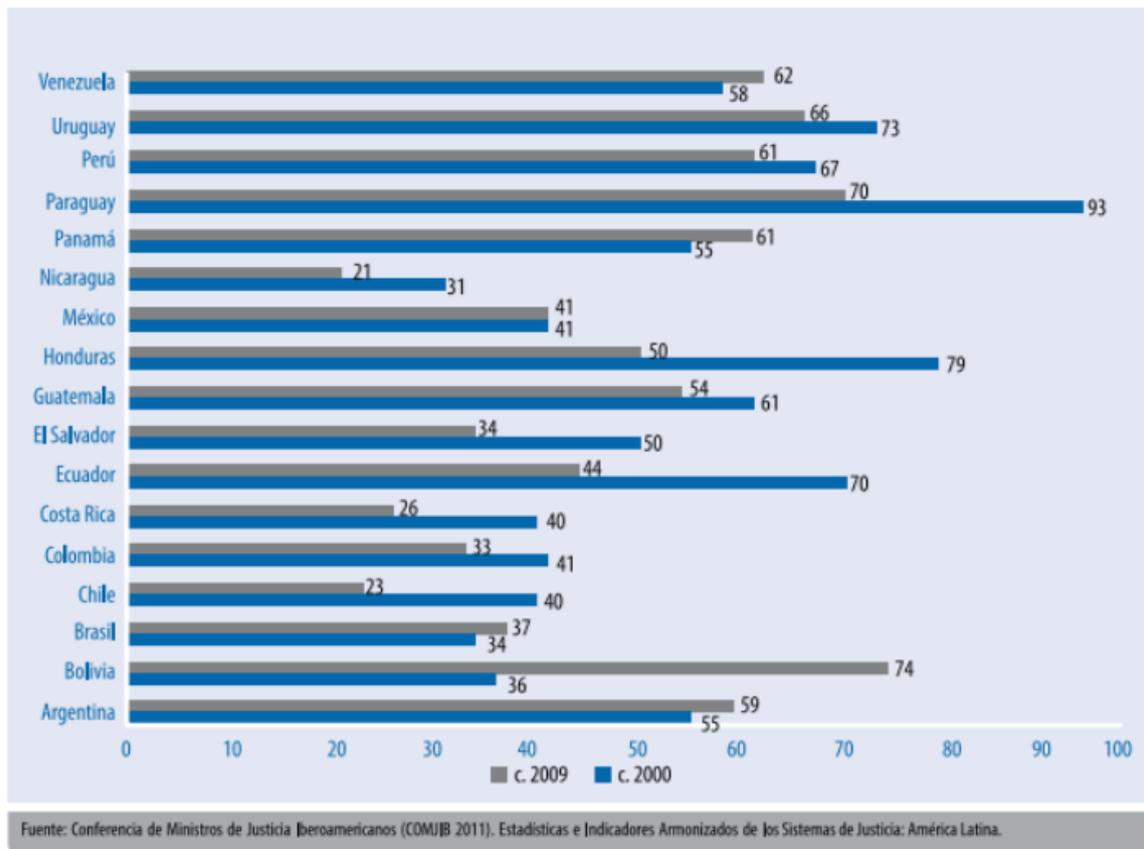
¹³³ CAPPELER. *O Direito pelo avesso: análise do conceito de ressocialização: in: Temas Imesc. Sociedade, Direito e Saúde*. São Paulo: 1985, p.2

¹³⁴Disponível em <http://www.undp.org/content/undp/es/home/presscenter/pressreleases/2013/11/12/citizen-insecurity-thwarts-latin-america-s-development-says-undp/>>> Este trecho faz referência a conclusão do relatório oficial da PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento)

los derechos humanos, las redes criminales y la reincidencia delictiva.” Igualmente o PNUD em seu informe Regional de Desenvolvimento Humano apresentado na Guatemala que engloba a análise de 18 países e entre eles o Brasil apresenta que “la percepción de los ciudadanos del encarcelamiento como solución a los problemas de seguridad ha limitado el avance de reformas para reducir la población carcelaria, adoptar medidas alternativas y fomentar la reinserción social.”¹³⁵ A ênfase é dada a alguns fatores vislumbrados facilmente e entre eles a superpopulação e a não priorização da função reabilitadora do cárcere o que propicia a reincidência.

Outras estatísticas repisam o demérito de nosso Estado nada promotor das políticas públicas de ressocialização, por exemplo, o percentual de pessoal presas provisoriamente e sem qualquer condenação tendo como referência os anos de 2000 a 2009. ¹³⁶

Figura 5: Detenidos sin proceso y sin condena, America Latina, 2000 y 2009, Porcetajes



¹³⁵ O informe do IDH (Informe Regional do Desenvolvimento Humano 2013-2014- Seguridad Ciudadana com rostro humano: diagnósticos y propuestas para a América Latina) está disponível elencando as principais impressões em << http://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/es/home/library/human_development/informe-regionalde-desarrollo-humano2013-2014-/>> . Para ter acesso ao relatório completo << <http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf>>>

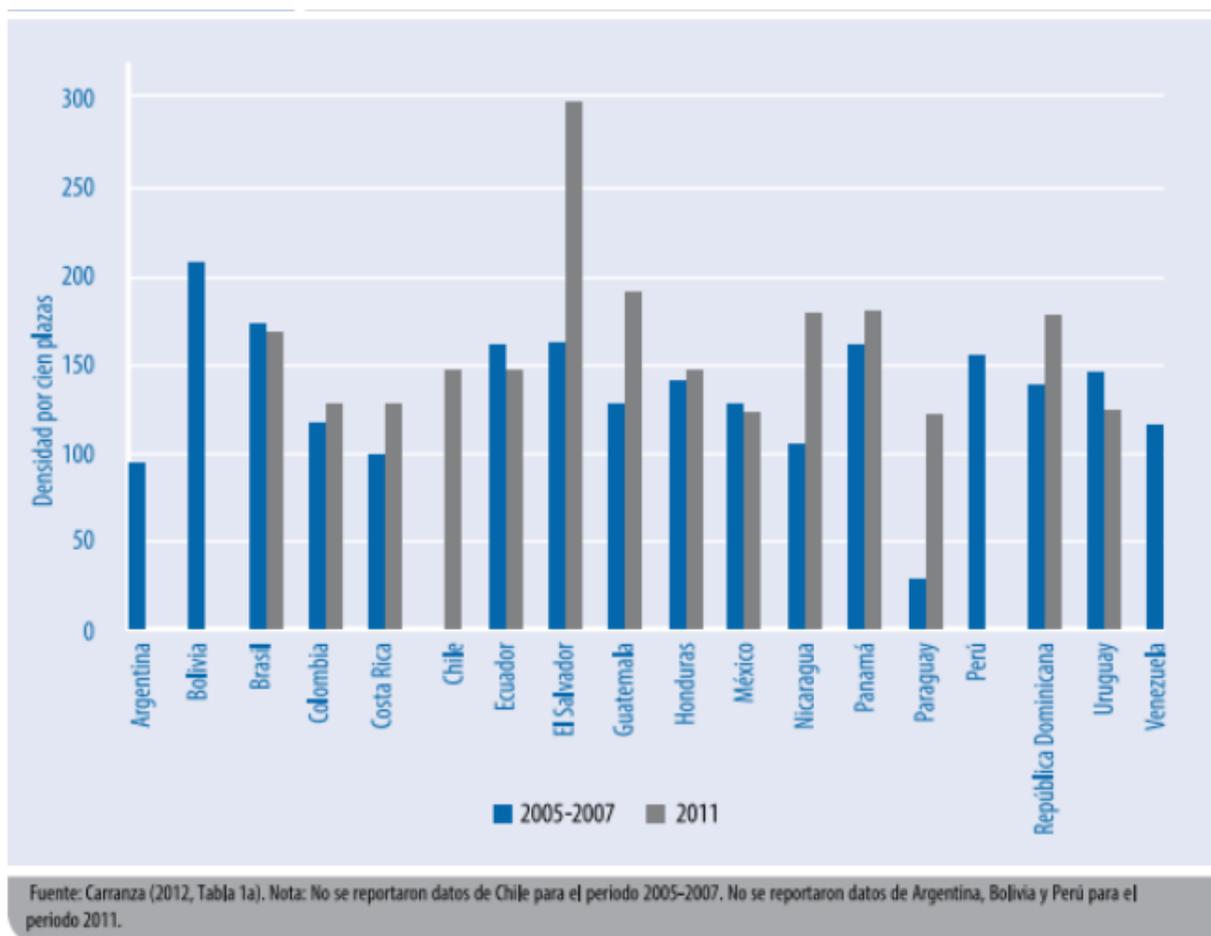
¹³⁶ Cf. nota 30

Fonte: Informe Regional do Desenvolvimento Humano, disponível em: <http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf>

Apesar do dado estatístico poder ser contestado em nossa atualidade, pois de 2009 para 2014 já se passaram meia década, no próprio Relatório dos Direitos Humanos pelos dados de 2013 reportados por um Estudo comparativo da população carcerária, PNUD (2013) afirmam que “incluso, para los seis países del estudio, el porcentaje de presos sin sentencia há aumentado. El porcentaje es igual o mayor al 90% en Argentina, México, Perú, El Salvador y Brasil (GRIFO NOSSO); en Chile, es del 85.2%.”

Em continuidade a estes demonstrativos concluímos, claramente por uma superpopulação

Figura 6: Sobrepoblación penitenciaria, América Latina, 2005-2007 y 2011.



Fonte: Informe Regional do Desenvolvimento Humano, disponível em: <http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf>

O Informe Regional de Desenvolvimento Humano aponta que o Comitê Europeu para os problemas Criminais de 1999 traduz a superpopulação em estado crítico quando a densidade populacional de internos supera 120 %.¹³⁷

O criterioso Relatório analisa também a proporção de internos que recebem tratamento médico, trabalham e estudam e em relação as duas últimas características a situação é preocupante para o Brasil, pois apenas 9,6 % exercem tais atividades enquanto que 39,7 % não trabalham nem estudam.¹³⁸

Destes poucos dados estatísticos estamos diante de condições carcerárias insustentáveis e que a ressocialização faz as vezes de uma retórica que preserva o aniquilamento do ser humano em cárcere, portanto, uma ressocialização de índole meramente discursiva (política).

Nos países ocidentais o conceito de prisão esta umbilicalmente ligado ao lugar para o qual o ofensor é enviado como um castigo e não para ser castigado. Isto nos leva a implicação de que o castigo teria o seu significado reduzido a mera privação de liberdade e não extensível a forma de tratamento durante a privação, o que não parece certo, pois a visão atual se assemelha mais a concepção de que os presos lá são mantidos para serem castigados exatamente pelo modo como são tratados.¹³⁹

Nos dizeres de Pierre Sane: “Prisioneiros são só isso: prisioneiros e não animais. Foram considerados culpados de crimes e pagam por isso. É preciso garantir que a sociedade brasileira, ao priva-los da liberdade, não os prive da dignidade da pessoa humana,”¹⁴⁰

Talvez neste ponto haja aquele que pense que não devemos encarar a ressocialização como uma finalidade em si de implementação no agora, mas, como um “marco regulatório” uma expectativa em relação a busca de resultados ante a aplicação da pena de prisão, contudo, Rolim trata de dar índole meramente discursiva também a este expediente, pois, chama de “marco regulatório” como se pudessemos aguardar que a finalidade “tarda, mas não falha” e por isso afirma que esse marco não esta sendo observado, esta sendo afastado pela crença de que

¹³⁷ Conferir no Relatório da PUDH disponível em: <http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf> Capítulo 6 pág. 124

¹³⁸ Cf. em nota 33

¹³⁹ ROLIM, Marcos. *Prisão e Ideologia: Limites e possibilidades para a Reforma Prisional no Brasil*. In: CARVALHO, Salo, *op. cit.* 2007, p. 83

¹⁴⁰ SANE, Pierre. *Apud* MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Execução Penal e falência do sistema carcerário*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: RT, v.29,2008, p. 351-363,

“pouco importa (...)o que se faça com eles (presos)contanto que permaneçam presos.”¹⁴¹

Em termos de enxergar estatisticamente as mazelas da estrutura penitenciária, como também, perceber no plano político as incoerências de se subministrar um discurso cujo resultado é meramente retórico, resta uma análise estritamente normativa, demonstrando em que pontos da Lei de Execução Penal a norma irrompe com seus predicados de abstração e generalidade, mas sem eficácia social concreta e neste nível se assemelha ao discurso político, mas agora em plano formal e não discursivo.

Nos termos do art. 88, 89 e 90 da lei 7210 / 84 temos que:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:

I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e

II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável.

Art. 90. A penitenciária de homens será construída, em local afastado do centro urbano, à distância que não restrinja a visitação.

Os dados estatísticos extraídos do Departamento penitenciário Nacional são eficientes para demonstrar as inúmeras irregularidades e os méritos tímidos do Poder Executivo em relação à oferta de infraestrutura, aliás, vale ressaltar que os dados consolidados datam do ano de 2007, não havendo relatórios de períodos

¹⁴¹ ROLIM. Op. Cit. 2007, p. 84

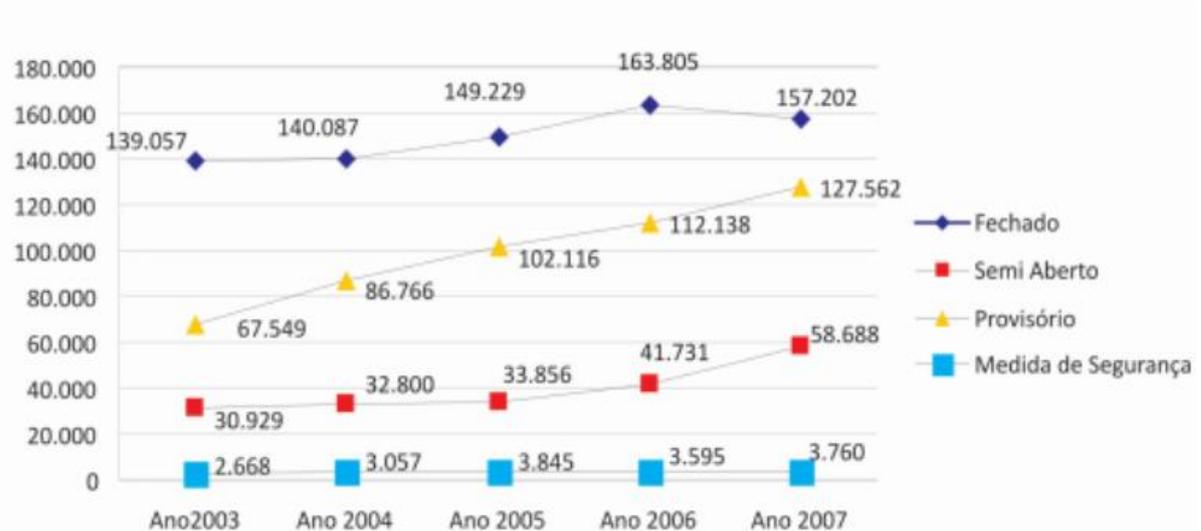
posteriores disponíveis em nosso sistema nacional, todavia, por intermédio desses relatórios é fácil de perceber os atentados a lei e claro aos direitos humanos.

Em todo o Brasil, até 2007, havia 1051 estabelecimentos prisionais estaduais e 2 estabelecimentos federais¹⁴², em termos de população penitenciária, 366. 576 detentos e 249. 515 vagas, sendo que a população salta para 422. 590 quando unida a do sistema federal¹⁴³

Normativamente, insatisfeitas as premissas de resposta eficaz a problemas estruturais, e desrespeito ao comando normativo, somado a um numero de vagas bem inferior ao razoável, temos o demonstrativo de acompanhamento por regime para demonstrar o crescimento dessa população em cada um dos regimes, fechado, semiaberto, aumento do número dos presos provisórios.

Em termos de oferta de vagas no sistema penitenciário, já que um dos principais indicadores de desrespeito aos direitos humanos é a superlotação

Figura 4: Dados Consolidados do Sistema Nacional de Informação Penitenciária.



Fonte: file:///C:/Users/nome/ Downloads /DadosConsolidados2007.pdf

¹⁴² Dados Consolidados do Sistema Nacional de Informação Penitenciária: disponível em: file:///C:/Users/nome/Downloads/DadosConsolidados2007.pdf. Neste Relatório temos a apresentação da Penitenciária Federal de Catanduvas-PR e de Campo Grande –PR, todavia do mesmo portal que se extrai esta informação, vemos que há, contadas as penitenciárias federais citadas, quatro ao todo, a Porto Velho -RO e a de Mossoró- RN. Vale ressaltar que o número de estabelecimentos prisionais total, segundo quadro geral no ANEXO II do mesmo Relatório é de 1094 levando em consideração outras estruturas para os detentos que não penitenciárias.

¹⁴³ Dados Consolidados do Sistema Nacional de Informação Penitenciária. file:///C:/Users/nome/ Downloads/DadosConsolidados2007.pdf p. 24

Se de um lado temos um poder Executivo moroso, de outro temos um poder judiciário que constrói um aumento paulatino de presos provisórios que salta de 67.549 presos provisórios em 2003 para 127.562 em 2007.

Somado a isso, cadeias com ausência de banho de sol, insculpido nos termos do art. 52 da Lei de Execução Penal, o que deveria ser uma garantia absoluta, relativizada apenas quando se tratar do regime disciplinar diferenciado, não é atendido, tornando aquele submetido a determinada penitenciária sujeito a uma estrutura que em termos de ineficiência inflige tal mal que supera as severas restrições de um regime disciplinar diferenciado.¹⁴⁴

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol o tamanho das celas,

Diante de situação tão degradante e assumidamente vedada nos termos do princípio da dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, em seu art. 1º inciso III da Constituição Federal e art. 5º, inciso XLVII em que se proíbe as penas de caráter, cruel, desumano ou degradante, talvez o único caminho que reste ao submetido seja a revolta, que contudo, também não ficará impune, pois recebera como contrapartida as consequências da lei, que impõe na judicialização e sopesamento do comportamento criminoso, aplicando-se-lhe nos termos do art. 50 da Lei de execução penal a falta grave que culminara em seu isolamento.

Até que ponto esse isolamento significaria uma reprimenda a um comportamento criminoso, e não um atentado contra a única forma de expressão do mesmo diante dos açoites diuturnos a seus direitos?

Há casos expostos sobre greves de fome, pelo não atendimento da justiça, daqueles que estão reclusos, casos em que a mera recusa em se cortar o cabelo foi entendida como subversão à ordem e portanto, falta grave, sujeitando-os ao isolamento¹⁴⁵

¹⁴⁴ Lei de Execução Penal, art. 50, I Comete falta grave o condenado a pena privativa de liberdade que; I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina.

¹⁴⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *A crie da legalidade na execução penal*. In: CARVALHO, Salo, op. cit. 2007, p. 46

De um lado o Executivo, de outro o Judiciário, o Ministério Público e a Própria Ordem dos Advogados do Brasil¹⁴⁶, todos contribuindo para a cultura do tratamento desumano, pois sequer agem com a interdição expressiva de grande parte destas masmorras.

Todos os dados sugeridos causam maior preocupação, pois o comparativo de evolução da população carcerária dos diferentes regimes mostra uma inexpressiva queda da população carcerária do regime fechado de 2006 para 2007 e um aumento expressivo de presos provisórios de 2003 para 2007, indo de 67. 549 (sessenta e sete mil quinhentos e quarenta e nove pessoas), para 127.562 pessoas, nesse mesmo período temos uma população carcerária em regime fechado que inicia em 139. 057 (cento e trinta e nove mil e cinquenta e sete pessoas) para 157. 202 (cento e cinquenta e sete mil e duzentas e duas pessoas). Diante do quadro geral, ainda há o reforço à retórica política de índole meramente discursiva, a partir das ações do judiciário que concretamente aperfeiçoa e incentiva o critério segregatório inclusive aumentando as estatísticas de detidos que sequer foram condenados.

Em um tempo que estamos falando de deslegitimação da ressocialização, pois a mesma somente existe em discurso, em dessocialização como meio e deslegitimar o discurso ressocializador, pois não há implementação das diretivas normativas para melhoramento das estruturas carcerárias, o aumento estatístico de presos provisórios traz à tona a triste realidade de que o importante é prender.

¹⁴⁶ Lei 7210/84, Lei de Execução Penal, art. 81 Incumbe ao Conselho da Comunidade: I - visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na comarca;. Nos termos do art. 80 é explicitado a composição deste conselho o que ratifica a razão de ter citado a OAB e o Ministério Público. Haverá, em cada comarca, um Conselho da Comunidade composto, no mínimo, por 1 (um) representante de associação comercial ou industrial, 1 (um) advogado indicado pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil, 1 (um) Defensor Público indicado pelo Defensor Público Geral e 1 (um) assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais

CONCLUSÃO

Interessa ao jurista no atual contexto do sistema penal, refletir cada vez mais em termos de se afastar do engessado senso dogmático e inserir em sua abordagem um elemento crítico que permita a utilização do sistema normativo segundo a sua relação com a realidade.

Hoje, o menoscabo com o sistema penitenciário, a falta de zelo com sua estrutura torna-o uma zona neutra dos para eficácia dos interesses humanistas que apesar de formalizados não são aplicados, resta a estes uma índole material.

Um sistema de execução que é satisfeito apenas em termos legais persistirá como aspecto meramente ideologizador, garantindo a sobreposição do plano normativo abstrato sobre as falhas concretas e a ausência de harmonia entre a lei e os fatos.

A utilização da lei, não requer sua mera aplicação, ou sua mera experimentação segundo planos hermenêuticos, mas exige atualmente um retorno a postulados sociológicos e criminológicos que nos force a dar à lei a função concreta para a qual foi erigida, impondo àquela norma sem aplicação concreta a negativa de eficácia até que se ultime a execução do que é necessário para compatibilizar a lei com o que dela se exige.

Em razão disso temos expressões atuais desse descontentamento em relação à lei que admite o poder de sua execução para punir, mas que não manifesta na realidade a forma essencial e necessária para o cumprimento dessa execução. Um exemplo é o juiz da Vara de Execuções Penais do Amazonas que afirma que “toda prisão no Brasil é ilegal. Porque se a prisão que está na lei não existe, a que aplicamos na realidade é ilegal.”¹⁴⁷

Vale nos termos de Luis Carlos Valois no escrito “Toda prisão no Brasil é ilegal. Porque se a prisão que está na lei não existe, a que aplicamos na realidade é ilegal”, apresentar o seu desabado

Eu sou o juiz da vara de execução e acho que toda prisão é ilegal. Mas se eu chego em minha comarca e solto todos os presos quem vai ser preso sou eu. Teve um juiz em Minas Gerais que soltou todos os presos, porque a prisão estava lotada e era inviável, isso tudo comprovado por perícia; ele foi

¹⁴⁷ VALOIS, Luis Carlos, Juiz da Vara de Execuções Penais do Amazonas, doutorando em Criminologia pela USP. Disponível em << <http://www.pco.org.br/nacional/toda-prisao-no-brasil-e-ilegal-porque-se-a-prisao-que-esta-na-lei-nao-existe-a-que-aplicamos-na-realidade-e-ilegal-/epbz,y.html>>>

afastado do cargo. Eu sou juiz, mas tenho filho para criar, não posso perder meu emprego. Sei que a prisão onde mantenho os condenados é ilegal, mas o sistema não aceita que eu diga ou aja de acordo com o meu pensamento.

O estudo das relações sociais permite enxergar esse paradoxo entre a norma abstrata e sua projeção concreta e mais, a análise da pena sob um dado sistema econômico dá ao intérprete meios para avaliar a validade e o mérito de determinados regramentos quando favorecerem grupos econômicos específicos. Em verdade, hoje já temos bastante dessa possibilidade de reflexão, quando percebemos, por exemplo grupos políticos que se digladiam sobre a manutenção ou não do desarmamento, mas não há discussão sobre a proibição de produção de armas. Discutem a menoridade, mas, permanece em plano secundário a ausência dos instrumentos para aplicação das normas de execução que no caso de uma redução da maioria será ainda mais necessária. Discutem a privatização para redução de custos, sem antes ocorrer qualquer otimização dessa estrutura que sucateada se vê ilhada da destinação de verbas e administração eficiente para que se tenha uma base comparativa que experimente o quanto estes custos ainda podem ser reduzidos ao longe da proposta de privatização.

Enfim, a dogmática não é o único caminho para o estudioso, ao jurista que deve repensar em qual metodologia, ou qual o melhor modo de interpretar o modelo penal como um projeto inconcluso de melhoramento e definições constantes evidenciados nesta dissertação a partir da abordagem construída por Melossi e Pavarini.

Esta abordagem requereu uma retomada introdutória de alguns conceitos de Karl Marx, para somente então projetar atenção sobre a perspectiva de Kirchheimer e Rusche para os quais o sistema econômico é o responsável pelas transformações sociais.

Nesta linha de estudo é percebido que com o passar do tempo a análise dos autores citados no parágrafo anterior, sucumbe em um modelo de abordagem mais dinâmico e que não se baseia apenas em uma relação de poder linear com dois polos bem delineados (donos do meio de produção e proletariado). Em razão disto o estudioso, mais um vez sai de sua zona de conforto e em Foucault é forçado a reconhecer uma multiplicidade de interesses, desde relações administrativas, até as

reais relações de poder entre os internos (dessocialização), a falibilidade da ressocialização pela ausência de infraestrutura.

Princípios como o da inocência, legalidade, dignidade da pessoa humana, à muito ocorrem com maior força desde a segunda guerra, como barreiras a um Estado arbitrário, e também como limites aos próprios ideais puramente capitalistas sem qualquer freio da liberdade do mercado, pois os direitos sociais atuam exatamente para limitar estes ideais de acúmulo sem uma contrapartida social e sem zelo pelo individuo tentando mitigar as enormes diferenças sociais e econômicas.

É possível notar ao longo de história que os grupos sociais menos favorecidos são encaixados na sociedade segundo ideologias daqueles que detêm o poder e o poder econômico ganha posição de destaque como força motriz de um cenário político e jurídico que repercutem de tal modo na criação e aplicação da lei penal que torna necessário este retorno à razão de ser do próprio etiquetamento de desviado e um cuidado e desconfiança quanto à existência de uma demasiada proteção jurídica àqueles mais abastados.

A proteção aos mais abastados não ocorre às claras, mas é revelada na ausência de criminalização de condutas ligadas a crimes que apesar de muitas vezes serem ausentes de violência ou grave ameaça colocam em xeque o bem coletivo.

Quando o jurista permite que a dogmática, a política criminal e demais ciências como a criminologia passem a interagir, o faz exatamente na expectativa de que deste modo possa ter a consciência de um sistema jurídico menos harmonioso e mais injusto.

É sabido que com o incremento da criminologia critica pode-se enxergar algumas razões para a existência de certas estruturas, como a origem do sistema penitenciário e igualmente é revelada a força do discurso em conflito com os fatos.

Em termos temos uma economia cuja distribuição de renda deficitária cria estratificação social expressiva e as receitas intercambiáveis politicamente possuem destino dentro de Leis Orçamentárias dando maior ou menor preocupação com alguns dos objetivos da República Federativa do Brasil conforme o art. 3 da Constituição Federal e neste plano há apoucado interesse pelos custos totais da concretização daquilo que a lei de execução consagra.

Falar em direitos humanos, ressocialização, é mera retórica política na medida em que os conceitos não são traduzidos em uma práxis para execução penal.

A satisfação da infraestrutura penitenciária se projeta como forma de concretização dos ideais humanistas e não expediente dissociado que pode coexistir como se inversamente proporcional à ideologia dos direitos humanos e da ressocialização. Ou seja, quanto maior o discurso em prol destes direitos, vê-se cristalina a despreocupação social com o recluso, com o submetido ao cárcere.

Além do binômio lei/fato há uma crise de valores, não uma crise que os afasta ou mitiga, mas uma crise quanto à seletividade na destinação destes valores. O senso comum não se compromete pelas mágoas e sofrimento dos reclusos, pois aquele que é livre e que sofre com a ausência de saneamento básico, oportunidade de mobilidade social, alimentação etc apesar de sofrer dos mesmos males de um recluso se diferencia, coloca-se como vítima, ou vítima potencial, projetando no ofensor o status de culpado e se é culpado não poderia ser vítima de um sistema mesmo que este sistema negue-lhe a razão para a qual foi criado.

Essa lógica é replicada pelo Estado o que permite que a pautas sociais mais aflitivas sejam relegadas a mera insatisfação de grupos que não podem reclamar dos males, pois causadores de males.

BIBLIOGRAFIA

ALVAREZ, Marcos Cesar, professor do Departamento de Sociologia da USP. ANPUH (Associação Nacional de História-XXIV SIMPÓSIO-2007), **O debate acerca da punição na teoria social: Algumas reflexões teóricas e metodológicas o âmbito da Sociologia Histórica.** p. 7. Disponível em: <http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S24.0813.pdf>. Acesso em: 15 Mar. 2015

ARAGÃO, Sodré. **A importância dos pensamentos de Beccaria** 1928

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de Prisão.** São Paulo, Saraiva, 2001

_____, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** São Paulo. Saraiva, 2015

BRASIL. Decreto Lei 2848 de 1940, **Código Penal.**

_____. Lei 7210/84, **Lei de Execução Penal.**

_____. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário, Ministério da Justiça. **Relatório de visita e inspeção no Estado de Goiás,** 2012

_____. Ministério da Justiça. **Dados Consolidados do Sistema Nacional de Informação Penitenciária.** Disponível em: <http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/area-de-atuacao/torviolpolsist>. Acesso em: 24 Fev. 2015

_____. **Relatório de visita e inspeção no Estado de Goiás,** Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário, Ministério da Justiça, 2012

_____. **Relatório oficial da PNUD** (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) Disponível em: <http://www.undp.org/content/undp/es/home/presscenter/pressreleases/2013/11/12/citizen-insecurity-thwarts-latin-america-s-development-says-undp/>. Acesso em: 19 Fev. 2015.

BRUNO, Anibal. Direito Penal, **Manual de direito penal brasileiro,** parte geral.

CAMPOS, André; POCHMANN, Marcio; AMORIM, Ricardo; SILVA, Ronnie. **Atlas da Exclusão Social no Brasil,** Volume 2, São Paulo Cortez. 2003

CAPPELER. **O Direito pelo avesso: análise do conceito de ressocialização:** in: Temas Imesc. Sociedade, Direito e Saúde. São Paulo: 1985

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização.** Trad. Da 2^o ed. espanhola Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 1995

COSTA, Claudia Pinheiro. **Sanção Penal. Sua gênese e tendências modernas,** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001

ESPINOZA, Olga. **A Mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo IBCCRIM 2004

ESTEFAM e GONÇALVES, Manual de Direito Penal, Saraiva, 2014

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**, 2 ed. 2003

FOUCAULT, Michael. (1983). **Vigilar y Castigar. Octava edición, Siglos XXI editores**, México

FRANCO. **Código Penal e sua interpretação**. 8º ed. RT, 2007

GARLAND, David. **A cultura do controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro, 2008.

HASSEMER Winfried; MUÑOS CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989

JESCHECK, Hans, **Tratado de Direito Penal**, 1993

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**, trad. BINI, Edson, p. 176. Disponível em: <https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2013/08/te1-kant-metafc3adsica-dos-costumes.pdf>. Acesso em: 18 Fev. 2015

LATIN, América. **Relatório da PUDH**. Disponível em: <http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDHAL%20Informe%20completo.pdf> Capítulo 6 pág. 124 . Acesso em: 03 Mar. 2015

MATSUMOTO, Adriana, **Contribuições do materialismo histórico-dialético para a análise da aliança psi-jurídica no estado democrático de Direito Penal**. Editora: Unisalle , Revista Eletrônica Direito e Sociedade , Canoas, vol 3, n 1, maio de 2015. Disponível em: <http://www.revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/2179/1350>. Acesso em: 01 Junho 2015

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Carcel y Fabrica: Las origenes del sistema penitenciário**, Trad. Xavier Massimi. Editora: Siglo XXI, 5º ed. 2005

MIRALLES, Teresa. **O controle formal: La cárcel**. In: Begalli, Roberto, Ramirez, Juan Bustos, at ali El pensamiento criminológico. Vol II. Bogotá: Editorial Temis, 1983

NEUMAN, Elías. (1971). **Evolución de la Pena Privativa de Libertad y Regímenes Penitenciarios**. Ediciones Panedille, primera edición, Buenos Aires, Argentina

PAZ, Isabel Nuñez. **Concepcion Arenal e o fin de la pena desde las fuentes clásicas**. Revista Eletrônica de Ciências Penais y Criminologia, REPCPC 15-20 (2013), ISSN 1695-0194, disponível em : <http://criminet.ugr.es/recpc/>. Acesso em: 11 fev. 2015

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**, Livro V, Disponível em :<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>. Acesso em: 18 fev. 2015.

PRACIANO, Elizabeba Rebouças Tomé. **O Direito de Punir na Constituição de 1998 e os reflexos na execução da pena privativa de liberdade**. Dissertação de Mestrado-Universidade de Fortaleza, 2007

PRADO, Carolina. **Trabajo, exclusion y carcel (en el empuje neoliberal hacia las fronteras del proyecto de las sociedades democráticas)** In: Bergalli, Roberto; Beiras, Iñaki Rivera; et al *Violencia y Sistema penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008

REALE, Jr. **Instituições de Direito Penal**. São Paulo: Forense, 2004

ROLIM, Marcos. **Prisão e Ideologia: Limites e possibilidades para a Reforma Prisional no Brasil**. In: *CARVALHO, Salo*

ROXIN, Claus. **Derecho General: parte general**. Trad. Diego Manuel Luxon Peña. Madrid: Civitas 1997

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. Trad. MENDEZ, Emílio Garcia. **Pena y Estructura Social**. Ed. Temis, Bogotá: 1984

SANE, Pierre. *Apud* MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Execução Penal e falência do sistema carcerário*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: RT, v29,2008

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**, 2ª ed, Rio de Janeiro, Lumen Juris/ICPC, 2006

_____, Juarez Cirino, **A Necessidade de se Retomar Marx na Criminologia**, Disponível em: <http://justificando.com/2015/05/28/memorial-criminologico-ou-a-necessidade-de-retomar-marx/>. Acesso em: 30 de Maio 2015.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **A crie da legalidade na execução penal**. In: *CARVALHO, Salo*, 2007

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

THOMPSON. **A questão penitenciária**. 5º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002

VALOIS, Luis Carlos, Juiz da Vara de Execuções Penais do Amazonas, doutorando em Criminologia pela USP. Disponível em << <http://www.pco.org.br/nacional/toda-prisao-no-brasil-e-ilegal-porque-se-a-prisao-que-esta-na-lei-nao-existe-a-que-aplicamos-na-realidade-e-ilegal-/epbz,y.html>>>

V. KENT, apud, PAZ, **Las reformas del sistema penitenciário durante la II Republica** . 1978

ZAFFARONI, Eugenio Raul, **Manual de Direito Penal. Parte General**. 6º edição. Buenos Aires: Ediar, 1997.