



GABRIELA CAROLINA GOMES SEGARRA

UTOPIA DA RESSOCIALIZAÇÃO DIANTE DA VITÓRIA
DAS MAZELAS CARCERÁRIAS:
um olhar voltado mais para a criminologia.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito
na Área de Especialização em Ciências Jurídico/ Menção Criminais.

Orientador: Doutor Manuel Costa Andrade

Coimbra/2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

GABRIELA CAROLINA GOMES SEGARRA

UTOPIA DA RESSOCIALIZAÇÃO DIANTE DA VITÓRIA DAS MAZELAS CARCERÁRIAS:

um olhar voltado mais para a criminologia.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos
em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico/
Menção Criminais.

Orientador: Doutor Manuel Costa Andrade

Coimbra/2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

AGRADECIMENTOS

Não é apenas um agradecimento, mas uma dedicatória para a minha inspiração de cada folha disposta nesse trabalho. Inspirações nem sempre são presenciais.

Agradeço e dedico essa dissertação à **Carlinhos Segarra** (assim gostava de ser chamado), **meu pai**, que antes de chegar à eternidade, deixou seus ensinamentos, sua humildade e sua ganância pela vitória. Moldou quem hoje sou.

Muito obrigada pelos ensinamentos, paciência e hospitalidade do meu orientador **Dr. Manuel Costa Andrade**. Além dos dogmas jurídicos, agradeço pelo carinho e afeto de cada aula.

Muchas gracias a mi directora de tesis, en período de Erasmus en Madrid, María del Carmen Armendáriz León, por su ayuda personal y jurídica. Muchas gracias por su cariño y sus abrazos que echo de menos todos los días.

Muito obrigada ao **Alexis Couto de Brito**, de quem sem o seu auxílio certamente meu rumo acadêmico teria trilhado caminhos diversos.

Muito obrigada à **minha família, minha mãe (Rute Segarra), e minha irmã, (Rafaela Segarra)**, que mesmo na ausência marcada pela distância, não deixaram de me apoiar e acreditar em mim.

Muito obrigada à minha família substitutiva que, sem exageros, iniciou nos melhores anos da minha vida. Brindamos nas Queimas das Fitas e vivemos cada lágrima antes da ansiedade da apresentação de um *paper*. **Maria Vaz, Matheus Caetano, Bruno Moura, Téo Galvão, Luiz Stefanuto, Luiz Victor, Rafael Ferreira, Renata Rodrigues, William Albuquerque**. Soa estranho seus nomes formais, já que entre família o que rege são os pseudoanônimos, aqueles que nós mesmos criamos.

Muito obrigada, em particular, dessa família, ao **Saulo Ramos Furquim**, com quem descobri o verdadeiro sentido de companheirismo. Sempre ao meu lado, sugeria a importância de cada bibliografia e a intensidade de cada frase. Seus ensinamentos e paciência vão além da esfera jurídica.

Muito obrigada aos meus **eternos amigos**, que estiverem sempre presentes, mesmo quando um oceano insistia em nos separar.

UTOPIA DA RESSOCIALIZAÇÃO DIANTE DA VITÓRIA DAS MAZELAS CARCERÁRIAS: um olhar voltado mais para a criminologia.

RESUMO

O presente trabalho traz um estudo sobre a difícil questão penitenciária e a ressocialização. Volta-se a pesquisa para aspectos amplos e globais, de dentro e fora dos muros carcerários. A análise inicial funda-se no histórico das penas, desde a Antiguidade até as penas chamadas humanitárias, as quais, pela carga semântica que carregam, deveriam ser a representatividade do fim das sanções atroz e brutais. Engloba-se também um breve estudo acerca da finalidade da pena. Realizada essa apreciação, enceta-se as críticas sobre a malha carcerária, de quão sádica e inumano ela se apresenta. Retoma-se o caráter de que as penas tidas como humanitárias não são aqui aplicadas, muito pelo contrário, permanece seu costume sádico, aplicadas através das masmorras do sistema carcerário. Não obstante o conhecimento de todas as mazelas do sistema prisional, permanece a intenção de punir em prol de maior segurança social, conforme os ditames de lei de ordem pregados pelos justificacionistas. Também é apresentada as correntes abolicionistas, minimalistas e garantistas, que em maior ou menor escala pregam pela desnecessidade do cárcere em massa para todos os crimes. Para tanto, aborda a ideia de que é muito difícil ressocializar um detento, quando seu tratamento, enquanto custodiado pelo Estado, foi de esquecimento e mazela. Não lhe é assegurado a dignidade pregada pelas Constituições pátrias nacionais e transnacionais. Não obstante esse sistema ser criado para todos, os verdadeiros moradores são socialmente escolhidos entre os pobres, negros e periféricos. Estudar a execução penal, tão pouco abordada, é compreender a necessidade de ressocializar; é estudar o conceito de ressocialização, seus graus, utilidade e função. Enfim, crer na ressocialização dos detentos e tornar-se cético quando se percebe que esse ideal é impossível diante da realidade sádica e cruel que é a malha carcerária.

Palavras chaves: Ressocialização; Execução Penal; Sistema Carcerário; Penas; Brutalidades.

UTOPIA DE LA RESOCIALIZACION ANTE LA VICTORIA DE LOS MALES DE LA PRISION: una mirada hacia la criminología.

RESUMEN

Este trabajo presenta un estudio sobre la difícil cuestión penitenciaria y la resocialización. Se vuelve la investigación hacia los aspectos amplios y globales, desde dentro y fuera de los muros de la prisión. El análisis inicial se basa en la historia de las penas, desde la Antigüedad hasta las penas llamadas humanitarias, las cuales por la carga semántica que llevan, deberían ser el representante del final de las sanciones atroces y brutales. Engloba, también, un breve estudio acerca de la finalidad de las penas. Hecha esta apreciación, se inician las críticas sobre las cárceles, de cómo son sádicas e inhumanas. Vuelve el carácter de que las sanciones llamadas humanitarias no se aplican aquí, sino todo lo contrario, siguen siendo sádicas, como aplicadas en las mazmorras del sistema penitenciario. No obstante, a pesar del conocimiento de todos los problemas del sistema penitenciario, permanece en la sociedad la intención de castigar en pro de una mayor seguridad social, conforme a los dictados de ley y orden predicado por los justificacionistas. También se presentan las corrientes de los abolicionistas, minimalistas y garantistas, que en mayor o menor medida predicán por la falta de necesidad de la cárcel en masa para todos los delitos. Teje, entonces, la idea de que es muy difícil resocializar a un detenido cuando durante su detención por parte del Estado, quedó en el olvido y en la enfermedad. No se garantiza a los detenidos, la dignidad, predicada por las Constituciones nacionales patrias y transnacionales. Sin embargo este sistema ha sido creado para todas las personas, los verdaderos habitantes son aquellos socialmente elegidos entre los pobres, negros y periféricos. Estudiar la ejecución penal, por lo que poco se ha discutido, es comprender la necesidad de resocializar; es estudiar el concepto de resocialización, sus grados, utilidad y función. En fin, creer en la resocialización de los detenidos y tornarse escéptico cuando se da cuenta de que este ideal es imposible ante la realidad sádica y cruel que supone la prisión.

Palabras clave: Resocialización; Ejecución Penal; Sistema Penitenciario; Penas; Brutalidades.

“Las utopías nacen solamente dentro de aquellas culturas donde se encuentra claramente diseñada una edad feliz que desapareció”.

María Zambrano

LISTA DE ABREVIATURAS

CEJ	Centro de Estudos Jurídicos
Coord.	Coordenação
Dir.	Direção
Ed.	Editora
EUA	Estados Unidos da América
Fac.	Faculdade
IBCCRIM	Instituto brasileiro de ciências criminais
ICPC	Instituto de Criminologia e Política Criminal
ITEC	Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais
MPRS	Ministério Público do Rio Grande do Sul
Org.	Organização
PUC – SP	Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
RBCCrim	Revista Brasileira de Ciências Criminais
RT	Revista dos Tribunais
S.A.	Sociedade Anônima
S.d.	Sem data
UC	Universidade de Coimbra
USP	Universidade de São Paulo

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	10
1. COMO CHEGAMOS AO DEFESADO SISTEMA CARCERÁRIO ATUAL?	15
1.1 DO DIREITO PENAL DO TERROR AO (denominado) HUMANITÁRIO	15
1.1.1. Do direito penal da antiguidade	15
1.1.2. Do direito penal medieval	17
1.1.3. Do direito penal (denominado) humanitário	19
1.1.3.1. Escola Positivista	23
1.2. NASCIMENTO DO SISTEMA CARCERÁRIO	27
1.2.1. Sistema Filadélfico ou Pensilvânico	29
1.2.2. Sistema de Auburn	32
1.2.3. Sistema Progressivo	34
1.2.4. Sistema reformatório	36

1.2.5. Teorias correlacionistas	
37	
2. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A CONTRIBUIÇÃO DA DOGMÁTICA DOS	
FINS	DAS
	PENAS
.....	40
2.1. TEORIA RETRIBUTIVA (OU TEORIA ABSOLUTA)	
41	
2.2. TEORIA PREVENTIVA (OU TEORIA RELATIVA)	
44	
2.2.1. Prevenção geral	
45	
2.2.2. Prevenção especial	
48	
2.2.2.1. Escola da Nova Defesa Social	
52	
3. OS INSUCESSOS DO CASTIGO E DO CÁRCERE	
56	
3.1. POR QUE PUNIR?	
57	
3.1.1. As respostas: dos abolicionistas aos justificacionistas	
61	
3.2. PUNIÇÃO A SERVIÇO DO BEM ESTAR SOCIAL: O GRANDE	
ENCARCERAMENTO COMO RESPOSTA AO PROBLEMA SOCIAL	
70	
3.2.1. Alguns paradigmas do cárcere	
74	
4. OS INSUCESSOS DA RESSOCIALIZAÇÃO E DA PENA	
79	

4.1. OS FAMOSOS “RES”: RESSOCIALIZAÇÃO, REINTEGRAÇÃO, REINSERÇÃO.....	79
4.1.1. O ceticismo da ressocialização	82
4.1.2. Os distintos programas de carácter ressocializador	84
4.2. OS VERDADEIROS HABITANTES DO SISTEMA	88
4.2.1. A “prisonalização” e “dessocialização” da subcultura carcerária	90
4.2.2. A deturpada relação do cárcere com a sociedade	95
4.3. A (DES) NECESSIDADE DA PENA DE PRISÃO	98
4.3.1. Questão penitenciária: a necessidade de um direito penitenciário	99
4.3.2. Seria a crise da pena de prisão?	102
4.3.2. Opção de resposta: penas alternativas à prisão	106
CONCLUSÃO	112
BIBLIOGRAFIA	118

INTRODUÇÃO

“Se os presídios podem ser equiparados ao labirinto da mitologia grega, onde o Rei Minos recebia, anualmente, seu tributo de sangue, poderíamos afirmar que o Restado cumpre aqui a função da terrível criatura – metade homem, metade touro. Primeiro, assegura que os presos experimentem o cárcere como privação absoluta. Amontoados como restos em corredores úmidos e fedorentos, os presos, em regra, experimentam a pena em galerias; onde estão, às vezes, mais de uma centena deles (...) Depois de trancafiá-los assim, expondo os mais frágeis a todo o tipo de violência física ou sexual, o Estado encarrega-se de submeter-lhes a uma noção de disciplina totalmente heterônoma procurando alcançar um controle interno equivalente à conduta de corpos dóceis. Incentiva, então, procedimento como a delação e oferece tratamento privilegiado aos internos que revelarem-se ‘úteis’ ao objetivo de alcançar a dominação sobre o conjunto da massa carcerária”¹.

Pesquisas apontam para um número surpreendente de mais de 10,2 milhões de pessoas mantidas em instituições pirosinhas em todo o mundo. Em abril de 2014, a África do Sul contava com 27,8% da sua população habitando as obstruídas grades carcerárias. Esses números se tornam irrisórios quando defrontamos com os norte americanos, os maiores encarceradores do mundo. Os Estados Unidos da América, em dezembro de 2011, já contavam com 716 (setecentos e dezesseis) indivíduos presos para cada 100.00 (cem mil) soltos, o que corresponde ao

¹ ROLIM, Marcos. *O labirinto, o minotauro e o fio de Ariadne, além do mito*. In ROLIM, Marcos. *Teses para uma esquerda humanista e outros textos*. Porto Alegre: Sulina. 1999. pp. 44-45.

extraordinário número de 2.239.751 (dois milhões e duzentos e trinta e nove mil e setecentos e cinquenta e um) encarcerados².

Já no Sul da América, temos o Brasil, com o título de país com maior população carcerária. Em dezembro de 2012, possuía 548.003 (quinhentos e quarenta e oito mil e três) pessoas “jogadas” na malha penitenciária, sendo que 195.036 (cento e noventa e cinco mil e trinta e seis) são indivíduos que sequer receberam condenação. Estão no sistema simplesmente pela possível e improvável inquietação social que podem causar, muitas das vezes, sem qualquer prova³.

Para os adeptos do realismo de direita, esses atemorizantes números significam a manutenção da paz e da ordem social, entretanto a realidade nos mostra ineficaz quando se nota que o fantasma da cadeia não é capaz de conter o número massivo da violência. Entre 2007 e 2011, o Brasil ocupava a sétima posição quanto as taxas de homicídios, com um surpreendente número de 27,4 homicídios para 100 (cem) mil habitantes⁴.

Mesmo com um notável aumento de detentos, este país chegou a ser considerado o Estado que mais comete homicídios no mundo. A cada 100 (cem) pessoas mortas no planeta, anualmente, 13 (treze) estão no Brasil. No ano de 2012, foi o responsável por 64.300 (sessenta e quatro mil e trezentos) homicídios. Seguido do Brasil encontra-se a Índia com 52.000 (cinquenta e duas mil) mortes, depois o México com 26.000 (vinte e seis mil), Colômbia ocupando a quarta posição com 20.000 (vinte mil) homicídios, Rússia e África do Sul dividem o quinto lugar com

² Dados extraídos de duas pesquisas: WALMSLEY, Roy. *World Prison Population List World*. In INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES. 2013. pp. 1-6; WALMSLEY, Roy. *Pre-Trial/Remand Imprisonment List*. In INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES. 2014. pp. 1-6

³ WALMSLEY, Roy. *Op. Cit.* 2013. pp. 1-6; WALMSLEY, Roy. *Op. Cit.* 2014. pp. 1-6 . Vera BATISTA relativiza o momento do grande encarceramento, explicando que “o importante é traduzir toda a confiabilidade social em punição”. Em dados estatísticos, a autora apresenta a realidade brasileira como algo catastrófico e visto com olhos vedados: “Se os Estados Unidos são os maiores carcereiros do mundo, o Brasil passou a ocupar um lugar importante: em 1994 (quando FHC [presidente do Brasil na época, chamado Fernando Henrique Cardoso] aprofunda o que Collor [antigo presidente] havia tentado) o Brasil tinha 110.000 prisioneiros. Em 2005, já eram 380.000 e hoje estamos com cerca de 500.000 presos e 600.000 nas *penas alternativas* (...) bairros e até cidades se transformaram em prisões, como é o caso de Hortolândia, em São Paulo”. BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan. 2011. pp. 100-101.

⁴ Ver tabela completa em WEISELFISZ, Julio Jacobo. *Homicídios e juventude no Brasil*. Brasília. 2013. pp. 67-68.

18.000 (dezoito mil); os Estados Unidos da América e Venezuela também dividem, a sexta, com 16.000 (dezesesseis mil)⁵.

Com esse nada honroso *ranking*, o chefe da mais alta Corte brasileira, Ricardo LEWANDOWSKI, pela primeira vez, falou de uma “Cultura do Encarceramento” durante seu discurso na inauguração do Projeto de Custódia no Estado de São Paulo, em 06 de fevereiro em 2015, destacando que o Brasil já conta com mais de 600 (seiscentos) mil presos, sendo 40% deles em situação provisória, enfatizando ainda, que a prisão não está ligada com a segurança pública.

Com esses dados, não se necessita de esforços para entender que o número de encarceramento de um país não tem relação com o número de crimes violentos. Esse quadro horrendo faz parte da “cultura do medo” disseminada pela sociedade, que ainda acredita que o desviante afastado do meio social é um passo para o fim da criminalidade. Infelizmente, a sociedade atual é excludente, encontrando nos atozes e desumanos sistema carcerário uma “desova” dos indesejados.

Essa catástrofe é relatada pelos professores FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, quando abordam a permanente influência do ultrapassado positivismo, chamando de “ideologia do tratamento”: “se não sobreviveram as teorias especificamente positivistas – as teses antropológicas - causais – a verdade é que muito ficou e muito perdura ainda da sua herança: não tanto no que toca aos parâmetros metodológicos, quanto no que respeita as linhas de força da sua ideologia político-criminal. Estamos a pensar sobretudo na chamada *ideologia do tratamento*, que de modo algum se pode considerar definitivamente superada e cujos perigos estão longe de se poderem considerar neutralizados⁶”.

Para esclarecer esses fenômenos, abordamos os castigos desde a Antiguidade até a Idade Moderna; o nascimento do sistema carcerário, sempre com fulcros capitalistas e voltados para o trabalho. Nessa fase – chamada de “capitalismo modernizado” -, o sistema carcerário é visto

⁵ Relatório completo em ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Global Status Report on Violence Prevention 2014*. In http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/status_report/2014/report/report/en. Último acesso em 04 de abril de 2014. Se levar em consideração o número de crimes e o número da população, Brasil ocupa a décima primeira posição nesse nada honroso *ranking* e o primeiro da lista fica a cargo de Honduras.

⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora. 2013. p. 18.

como “fábrica de homens (e não de mercadorias), com o objetivo de transformar o criminoso em proletário (sujeito obediente, habilitado ao trabalho na sociedade industrial, pela aprendizagem forçada da disciplina da fábrica)⁷”.

Em seguida, tece-se comentários sobre os fins da pena, entretanto, não se adentra profundamente no assunto, por se estar distante de uma dissertação de caráter essencialmente dogmático. Consigna-se que cientes dos defeitos de todas as teorias, os autores procuram equilibrar posições positivas de cada uma, combinando finalidades retributivas e preventivas da pena, ou como muitas vezes, apenas as preventivas. Miguel REALE JUNIOR corrobora com o tema, alegando “que não se pode tentar estabelecer uma exclusiva finalidade para a pena, pois diversas são as finalidades, de acordo com a perspectiva de quem olha e dos olhos de quem olha”⁸.

Pelo transcorrer histórico das penas, nota-se que esses fins estiveram sempre presentes desde a Antiguidade até aos ideais reformadores. Parece menos preocupante se ao olhar para a história, notar-se que se caminha no sentido de humanização das penas, saindo do suplício, das penas divinas e ao encontro das penas mais humanas. Entretanto, torna-se mais preocupante ao se olhar novamente para a mesma realidade e notar que as penas, denominadas humanas, estão apenas nos milhares de livros vendidos, enquanto na realidade continua-se com os mesmos vergonhosos fatos.

As penas desumanas, atrozes, sádicas e cruéis têm suas aplicações nos cárceres, de forma a tecer máculas eternas em todos os planos, até mesmo depois de já alcançada a liberdade. Concepción ARENAL, correcionalista destaque de seu tempo, deixou registro como este: “oito, dez, vinte, trinta anos de prisão: diz o legislador. Pensou bem o que disse? Talvez não. Acaso aplica ao tempo de cativo a medida de seu tempo em liberdade, e calcula, por horas que goza, a duração das de quem sofre (...) porque não há equivalência possível entre a liberdade e o cativo”⁹.

⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *As raízes do Crime: Um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense. 1984. p. 162.

⁸ REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, V, 1. São Paulo: Forense. 2004. p. 43.

⁹ ARENAL, Concepción. *Obras completas. Estudios penitenciarios*. Tomo V. Madrid: Librería de Victoriano Suárez. 1895b, vol II, pp. 230-231 (tradução nossa).

Nunca é exagero mencionar os ensinamentos de FOUCAULT. O filósofo é explícito em anunciar que as prisões formam os delinquentes, a saber: “o atestado que a prisão fracassa em reduzir crimes deve ser substituído pela hipótese de que a prisão conseguiu muito bem produzir a delinquência, tipo especificado, forma política ou economicamente menos perigosa de ilegalidade”¹⁰. Em outra obra, o filósofo aparenta nos dar uma conclusão sobre seu pensamento, quando menciona que “a partir do momento em que alguém entrava na prisão, ajustava-se um mecanismo que o tornava infame; e quando ele saía, não podia fazer nada diferente do que voltar a ser delinquente”¹¹.

E, então, seguimos o trabalho com a incansável busca: a ressocialização. Outrossim, a indagação de tratá-la como algo atingível e possível diante dos quadros normativos assegurados pela Carta Magna e em ordenamentos transconstitucionais; ou entender esse fato como utopia, inatingível frente à realidade mórbida e à criminalidade crescente.

Ademais, trava-se importantes e acirrados debates entre os representantes das correntes justificacionistas e abolicionistas, incluindo o intermédio dos minimalistas e garantistas, como tentativa de esclarecer os motivos para a aplicação do castigo em consonância a cada ideal.

Seja a ideologia que pretenda seguir, a malha carcerária é responsável por fenômenos como “prisionalização” e “dessocialização”, os quais caminham a passos contrários ao objeto da ressocialização. Dentro das prisões, o que rege são mandamentos e ordenamentos internos, os quais segui-los não é mostrar-se adaptado, mas sim uma questão de sobrevivência.

Mais arrepiante é saber que nossa história sempre foi marcada por estigmas do criminoso, como os exageros do utilitarismo de BENTHAM e o atavismo de LOMBROSO. Para os cárceres, já possuem os habitantes certos e determinados. A igualdade pregada pelos ordenamentos jurídicos nacionais e resoluções internacionais valem para muitos ramos, mas parece-nos que não para o sistema carcerário.

¹⁰ FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Tradução de Laura de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola. 1999. p. 130.

¹¹ FOUCAULT, Michel. *Estratégia, poder-saber*. Organização e seleção de artigos de Manoel Barros da Mota Tradução de Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2006. p. 163.

O presente trabalho não tem o condão de esgotar a matéria, especialmente pelas inúmeras peculiaridades e facetas que esse fascinante tema possui. Todavia, tem a intenção de trazer à baila discursos, polêmicas e entendimentos acerca da ressocialização e buscar um caminho viável para a sua aplicação, mesmo diante das mazelas das masmorras carcerárias.

Tem a pretensão de proporcionar calorosos debates sobre a visão reduzida da sociedade diante de um antigo detento. É simplista e positivista pensar que a realidade de um delito se encontra no delinquente. Aqui funda-se o principal erro: “concentrar a atenção exclusiva nas celas, esquecendo-se de fatores externos da criminalidade”¹².

1. COMO CHEGAMOS AO DEFASADO SISTEMA CARCERÁRIO ATUAL?

“Abra-se a História e veremos que as leis, embora sejam ou devam ser pactos de homens livres, a maior parte das vezes foram apenas instrumento das paixões de uma minoria, ou nasceram tão-só de uma fortuita e passageira necessidade; veremos que elas não são já ditadas por um frio observador da natureza humana que em um só ponto concentrasse os actos de uma multidão e os analisasse segundo este princípio: <<a máxima felicidade repartida pelo maior número>>”¹³.

1.1 DO DIREITO PENAL DO TERROR AO (denominado) HUMANITÁRIO

Nunca é demais lembrar que as penas atualmente consideradas “humanas”, não tiveram seu percurso histórico sempre com fulcros otimistas. O caminho percorrido para sua evolução é uma luta permanente e constante, no qual os termos *vingança privada*, *vingança pública* e *tendências humanitárias* fazem parte de todas as épocas.

¹² FERRI, Enrico. *Sociología Criminal*. Tomo II. Tradução para o espanhol por António Soto y Hernández. Madrid: Central Editorial de Góngora. 2004. pp 317-318 (tradução nossa).

¹³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian. 2007. p. 61.

Partindo da existência de diversas fases para concretização do Direito Penal, compreende-se que nenhuma das vinganças atuou com liberação total do caráter místico ou religioso da sanção penal, ao passo que não se reconheceu a responsabilidade penal do indivíduo. E tais ideias denominadas como humanitárias surgiram tardiamente, apenas com o Iluminismo.

1.1.1. Do direito penal da antiguidade¹⁴

Do ponto de vista histórico e cronológico, o período conhecido como Idade Antiga é indefinido quanto ao seu início, mas os historiadores determinam seu término com a queda do Império Romano do Ocidente em 476 da nossa Era¹⁵. Nessa época, o direito de algumas civilizações - mais do que em outras - eram voltados para a vingança divina e para as sanções penosas.

As penas aplicadas eram desumanas e realizadas em praça pública; utilizavam-se o próprio indivíduo para servir de exemplo. Nessa época, era normal a atribuição de penas como mutilamentos, enforcamentos, dentre outras formas de dor e suplício. Assim já explanava FOUCAULT, “as pessoas não só têm que saber, mas também ver com seus próprios olhos. Porque é necessário que tenham medo; mas também porque devem ser testemunhas e garantias da punição, e porque até certo ponto devem tomar parte nela”¹⁶.

Com o passar do tempo - ainda no contexto da Antiguidade -, as penas passaram a ter caráter retributivo – *let the punishment fit the crime* – conhecida como a Lei da Retaliação ou Lei de Talião¹⁷, consagrada no Código de Hamurabi e na Lei das XII Tábuas, importantes legados da época.

¹⁴ Sobre o Direito Penal da Antiguidade, cita o direito Egípcio, o direito cuneiforme, o direito hebraico, o direito grego antigo, o direito romano antigo, o direito hindu, o direito chinês, o direito japonês, o direito muçulmano, o direito assírio, o direito babilônico, o direito judaico. Vide GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003 e GONÇALVES, Pedro Correia. *A Pena privativa da Liberdade. Evolução Histórica e doutrinal*. Lisboa: Quid Juris sociedade editora. 2009.

¹⁵ GONÇALVES, Pedro Correia. *Op. cit.* 2009. p. 17.

¹⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Petrópolis: Editora Vozes. 2009. p. 57.

¹⁷ Como exemplo claro da adoção do Talião, na Bíblia observa-se: Livro do Êxodo – Cap21: 23 a 25: “Se houver dano grave, então pagará vida por vida, olho por olho, dente por dente, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe”.

O Código de Hamurabi foi o monumento mais importante da antiguidade antes de Roma. Hamurabi, rei da civilização da Babilônia, provavelmente em 1726 – 1686 antes de Cristo e, ao que indica a arqueologia, o texto foi redigido em 1694 a. C. Foi gravada em uma estela descoberta em Susa, em 1901 e atualmente encontra-se no Museu do Louvre, em Paris¹⁸. Por tal regimento, dispunha que os pobres e ricos deveriam ser julgados de forma distinta, aos ricos deveriam ser ponderados com maior severidade, haja vista que tiveram maiores oportunidades de acesso aos bens materiais e culturais¹⁹.

Resumindo a Lei de Talião tem a sua aplicação na Lei das XII Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*) e, segundo tradição lendária, foi redigida pelos plebeus, no momento em que o Estado Romano passava por tensões políticas, econômicas e sociais e buscava-se menor variação nos julgamentos entre patrícios e plebeus.

Por derradeiro, nesse período compreendido pela Idade Antiga, encontra-se a função do encarceramento como forma de assegurar a presença do acusado no julgamento. Já na Antiga Grécia e em Roma, era um meio de coagir o devedor a pagar o credor²⁰.

1.1.2. Do direito penal medieval

O período da Idade Média foi delimitado de acordo com eventos políticos. Para a maioria dos historiadores, a era está compreendida entre Século V (476 – queda do império Romano do Ocidente) ao século XV (1453 – tomada de Constantinopla)²¹ e ficou conhecida como *Direito Penal do Terror, Idade das Trevas, Uma longa Noite, Mil anos de escuridão*. Tais nomes se deram pelo tempo marcado entre as dolorosas e brutais penas corporais e aos cárceres insalubres e dizimadores.

¹⁸ GILISSEN, John. *Op. cit.* 2003. p. 61.

¹⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 77.

²⁰ GONÇALVES, Pedro Correia. *Op.cit.* 2009. p. 19.

²¹ A era medieval pode também ser dividida em períodos menores: Alta Idade Média (século V ao X) e Baixa Idade Média (século XI ao XV). Outra classificação comum é dividi-la em 3 (três) momentos: Idade Média Antiga (século V ao X), Idade Média Plena (século XI ao XII) e Idade Média Tardia (século XIV ao XV).

Embora faça jus a tais nomes, foi durante a Idade Média que se “assinalaram, paulatinamente, grandes progressos no que toca à visão da privação da liberdade como pena, bem como no que diz respeito ao melhoramento de vida dos encarcerados²²”.

Nesse diapasão, com o avançar dos tempos e à medida que a Igreja Católica consolidava o seu poder temporal, a Instituição passou a olhar com mais atenção para a necessidade de prestar assistência aos criminosos, visto que o crime seria um pecado atentatório às Leis Divinas e, assim, cabiam às Igrejas auxiliarem e orientarem os pecadores. Diante desse novo conceito, estabeleceram-se três meios: *Indulgentia Pascalis*²³; Direito ao Asilo dado pelas Igrejas; Direito de Mediação dos bispos aos juízes, principalmente quando esses eram condenados à pena de morte²⁴.

Não obstante, o início das ideias humanitárias da pena - como notável -, o período foi concretizado pela influência da Igreja e excessivo sofrimento físico ao apenado. À título exemplificativo, no período, o grande mérito do Direito Canônico era de consolidar a punição pública como a única justa e concreta em detrimento às práticas individualistas da vingança privada utilizadas pelo direito germânico²⁵.

Consigna-se que nesse lapso temporal a pena passou a ser concebida como vingança pública e não como vingança terrena baseada no ódio; a sanção tinha um olhar mais cristão, momento em que, com o Cristianismo, a agonia assume um significado de experiência espiritual e a pena tem a razão de ser pela dor que redime²⁶.

Diante dessa evolução no contexto histórico, as autoridades eclesiásticas, que em princípio desaprovavam a tortura, passaram a apoiá-la no momento em que ela é usada contra

²² GONÇALVES, Pedro Correia. *Op. cit.* 2009.p. 69.

²³ Datado em 367, por édito de Valentiniano I. Na *Indulgentia Pascalis*, os cárceres estavam abertos durante o período Pascal e alguns prisioneiros eram libertados.

²⁴ GONÇALVES, Pedro Correia. *Op.cit.* 2009. p. 71-73.

²⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão; JÚNIOR, Alceu Corrêa. *Teoria da pena – finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 31.

²⁶ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção. Existe um direito de castigar?* Tradução de Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 126.

hereges, de forma que, em 1480 o Papa formalmente aprovou a sua utilização nos processos inquisitórios²⁷.

Derradeiramente, nesse período histórico chamado de Idade Média até o final do século XVIII, pode-se dizer que as verdadeiras penas eram as de morte, corporais, infamantes e pecuniárias. O cárcere, por sua vez, diante da ausência de uma arquitetura, serve somente como lugar de custódia para garantir a presença do acusado em juízo ou como a espera pela execução da pena de morte.

Todavia, nem sempre foi essa a função dada às sanções penais, haja vista que, após a Revolução Francesa, a prisão passou a ser vista como verdadeira pena e mais humana. Diante dessa transformação das privações de liberdade de mera custódia à reação social substantiva cita-se quatro causas fundamentais: (i) política- criminal; (ii) penalógica; (iii) socioeconômica; (iv) ressurgimento da tradição canônica²⁸. E assim, tem-se o início da Idade Moderna.

1.1.3. Do direito penal (denominado) humanitário

O direito penal (denominado) humanitário é caracterizado a partir do século XVIII, o conhecido Século das Luzes. Foi um período marcado pelas ideias que pregavam o domínio da razão. Encontra-se como grandes influências para a época, os franceses François Arouet, VOLTAIRE, autor de “Cartas Filosóficas”; Charles de Secondat, Barão de MONTESQUIEU, autor de “O Espírito das Leis”; Jean Jacques ROUSSEAU, autor de “O contrato social”.

É importante observar que foi durante a Idade Média e Moderna que surgiram as mais altas curiosidades da criminologia. Foram nesses períodos, que autores, filósofos, pensadores, sociólogos, antropólogos, ou apenas curiosos, emergiram com teses precursoras e empregaram postulados que, século mais tarde, surgiria Cesare LOMBROSO, dando início a Escola Positivista, com sua ideia central do Atavismo.

²⁷ TASSE, Adel. El. *Teoria da pena – Pena Privativa de Liberdade e Medidas Complementares: um estudo critico à luz do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá Editora, 2009. p. 29.

²⁸ MIR PUIG, Carlos. *Derecho Penitenciario: el cumplimiento de la pena privativa de libertad*. Barcelona: Atelier libros jurídicos. 2011. p. 25.

Entre tantos pesquisadores, merece um especial destaque ao italiano Giovanni Battista DELLA PORTA que, em 1536, publicou sua obra *A Fisionomia Humana*, pela qual elenca quais indivíduos estão mais sujeitos à criminalidade. Sua investigação baseia-se na observação dos cadáveres de diversos criminosos para demonstrar a existência de conexões entre a aparência externa do indivíduo e as suas características psicológicas, as quais seriam o elo para a propensão à delinquência²⁹.

Tal ideário considera-se o antecessor para as teorias que vieram seguintes – as teorias fisionomistas -, com especial ênfase ao teólogo suíço Johan Casper LAVATER, autor de *Fragmentos Fisionômicos*, de 1775, e ao holandês Petrus CAMPER, os quais denunciaram o criminoso a partir de traços específicos da sua face, como a beleza ou a feiura³⁰.

Surgiu depois a Escola Frenológica, colocando em evidência Franz Joseph GALL, autor dos seis volumes de *Sur Le Fonctions du Cerveau*, entre 1791 e 1825. O alemão dedicou seu estudo a “craneoscopia”, que seria identificar o comportamento, a personalidade e as faculdades mentais e morais do delinquente com base na configuração exterior e nas medidas do seu crânio. Na linha da frenologia, menciona-se ainda, o francês LAUVERGNE, com a obra *Les forçats considérés sous l'er apport physique, moral et intellectuel, observés au Bagne de Toulouse*, em 1848 e o americano CALDWELL, com a obra *Elements os Phrenology*, em 1829³¹.

Sob a ótica da psiquiatria, encontram-se os legados de Philippe PINEL e Jean-Étienne ESQUIROL, que buscam a prática do crime nos impulsos irresistíveis, explicando, assim, as patologias mentais. Contribuíram, também, para o desenvolvimento de ideias mais humanitárias envolvendo tratamentos diferenciados entre os delinquentes e os enfermos mentais³².

Na história da criminologia encontra-se também a tese de Benedict-Augustin MOREL, na obra *Traité des Dégénérescences Physiques, Intellectuelles et Morales de L'espece Humaine*, de 1857, associando a criminalidade à degeneração, ou seja, a uma alteração do biótipo humano

²⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão, *Op. cit.* 2002. p. 78.

³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. *Op. Cit.*. 2013. p. 13; SHECAIRA, Sérgio Salomão, *Op. cit.* 2002. p. 78-79.

³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. *Op. cit.* 2013.p. 13; SHECAIRA, Sérgio Salomão, *Op. cit.* 2002. pp. 79-80.

³² SHECAIRA, Sérgio Salomão, *Op. cit.* 2002.p. 80.

transmitida por hereditariedade. Além disso, imputa ao crime uma espécie de inversão da seleção natural³³.

Dos evolucionistas, destaca-se Charles DARWIN, que foi influenciado por MALTHUS. Os legados de DARWIN podem ser sintetizados em três ideias: (i) o criminoso é um sujeito sem evolução, o que posteriormente será abordado pelas teses lombrosianas; (ii) o indivíduo recebe legado através de herança, ideia corroborada pelo positivismo, completa a tese afirmando que o comportamento humano é uma mera expressão ou exteriorização da sua natureza interna; (iii) o darwinismo desenha uma nova imagem do homem, como afirma FERRI: “O darwinista sabe e sente que o homem não é o rei da criação, como a terra não é o centro do universo; o darwinista sabe e sente e mostra que o homem não é mais que uma combinação transitória infinita da vida, mas uma combinação química que pode lançar raios de loucura e de criminalidade, que pode dar a irradiação da virtude, de piedade, de gênio, mas não pode ser mais que átomo de toda a universidade da vida³⁴”.

A partir do século XVIII, surgiu a obra do italiano Cesare BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas (Dei delitti e delle pene)*, em 1764, que deixou profundas marcas no cenário atual. Não é demais lembrar e, com o mesmo grau de acuidade, nos ingleses que também influenciaram a Escola Clássica³⁵: John HOWARD, com a obra *The State of the Prisons in England and Wales, with Preliminary Observations and an Account of Some Foreign Prisons, editado em 1777* e Jeremy BENTHAM, que escreveu *The Constitutional Code*, datado de 1830, juntos com BECCARIA formaram as principais ideias na seara político criminal da época³⁶.

O britânico John HOWARD foi considerado o primeiro com ideias reformadoras para as prisões. Ele denunciou as péssimas condições do sistema e propôs mudanças na educação

³³ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. *Op. cit.* 2013. pp. 13-14; SHECAIRA, Sérgio Salomão, *Op. cit.* 2002, p. 78-79.

³⁴ FERRI, Enrico. *Il dinamismo biológico del Darwinismo. En: Arringhe e Discorsi.* Milano: Dall'Oglio Ed. 1958, p. 351. Cfr. GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología.* Valencia: Tirant to Blanch, 2003, p. 372 (tradução nossa).

³⁵ Durante o século XVIII e a primeira metade do século XIX, foram desenvolvidas na Europa diversas teses sobre o crime e o direito penal no âmbito da filosofia político-liberal inspirada nos ideais racionalistas e humanistas trazidos pelo Iluminismo. Essa corrente de pensamento é conhecida como Escola Clássica, e pautava-se no questionamento acerca da irracionalidade das estruturas de controle e das leis, pressupondo, em contrapartida, a racionalidade e a inteligência do Homem. Afirmava-se que o principal objetivo da ciência criminal seria prevenir os abusos cometidos pelas autoridades. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. *Op. cit.* 2013. pp.7-8.

³⁶ CORREIA, Eduardo. *Op. cit.* 2008, p. 84.

religiosa, no trabalho regular organizado, nas condições alimentícias e de higiene humanas, no isolamento parcial para evitar o contágio moral, nas inspeções periódicas, entre outras diversas áreas³⁷.

O também britânico, Jeremy BENTHAM, com sua ideia utilitarista, defendia a separação dos reclusos por sexo, manutenção adequada da higiene e do vestuário dos detidos, fornecimento de uma alimentação adequada, aplicação rigorosa do regime disciplinar. Foi com BENTHAM que pela primeira vez falou-se da ideia de Panóptico, que seria a prisão em forma circular, na qual um observador central teria a visão de todos os detentos ao mesmo tempo (maior controle). Sem dúvidas, o Panóptico, não somente quanto as suas bases do regime penitenciário, mas também no tocante a influência arquitetônica, são autênticos precedentes das prisões radicais que hoje existem por todo o mundo³⁸.

Para o jurista inglês “dor e prazer polarizam o comportamento humano”. Assim, BENTHAM partia da ideia de que o delito deveria trazer mais consequências negativas do que positiva para o delinquente³⁹. Tinha a pretensão de “reformatar e corrigir os presos, para que quando saíssem em liberdade não constituíssem uma desgraça para o condenado e a sociedade”⁴⁰.

Não obstante a notável importância desses filósofos, nos ensina José de FARIA COSTA que “A progressiva humanização da pena deve-se, sobretudo, aos contributos de alguns pensadores iluministas europeus. Entre eles devemos destacar Cesare Beccaria, com a sua obra <<Dei Delitti e dele pena>> (1764), que é, como se sabe, uma obra seminal, não só da cultura jurídica, mas de todo o pensamento ocidente”⁴¹.

BECCARIA parte da ideia central do contrato social, “como o direito de punir, para ele só a necessidade e a utilidade podem justificar a pena; as desnecessárias, ainda que não

³⁷ GONÇALVES, Pedro Correia. *Op.cit.* 2009. pp. 98-99.

³⁸ GARRIDO GUZMAN, Luis. *Manual de Ciencia Penitenciaria*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas (Edersa). 1983, p. 94.

³⁹ GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Op. Cit.*, 2003, p. 353 (tradução nossa).

⁴⁰ GARRIDO GUZMAN, Luis. *Op. cit.* 1983. p. 93 (tradução nossa).

⁴¹ COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. Coimbra: Editora Coimbra. 2010. p. 18.

prejudiciais, são contra a justiça e a razão (...) A pena deve ser medida pelo quantum de sofrimento necessário para ser superior ao prazer da prática do crime”⁴².

Para o jurista, o contrato social seria o momento em que os indivíduos independentes e isolados se unem para formar uma sociedade e, em conjunto, decidem sacrificar porção da sua liberdade em troca de segurança pública e assim, ao invés de viverem em um constante estado de guerra, ou usufruírem de uma liberdade ameaçada pela incerteza, concedem uma parte desta em obediência ao contrato social, assegurando o exercício pacífico ao maior número de pessoas e com a máxima felicidade da porção de liberdade subjacente. A soma das liberdades sacrificadas por cada um em benefício próprio constituiria a soberania de uma nação, exercida e administrada legitimamente pelo soberano⁴³.

Diante desse contexto histórico, não é difícil notar que o exacerbado poder conferido a Deus no período medieval, gradativamente é passado ao povo, que deve se impor contra as atrocidades cometidas pelo Estado, quanto às penas criminais⁴⁴.

Dúvidas não restam sobre as reações do ideário iluminista sobre a execução das penas, sendo que nesse momento nasce e propaga forte reação contra as barbaridades das penas corporais, haja vista a sua substituição pelo sistema de prisão. O iluminismo dignificou a ideia de liberdade. A privação só teria sentido se ela ligasse a ideia de regeneração ou readaptação do delinquente à vida social⁴⁵.

Essa Escola Clássica que foi aberta com BECCARIA, teve sua influência predominante na Itália. E foi “com CARRARA e os mais ilustres representantes modernos da escola clássica, se encerrou o glorioso ciclo científico aberto por BECCARIA”. FERRI brilhantemente compara a economia com o direito criminal, apontando a importância de BECCARIA para o direito penal como sendo a mesma de Adam SMITH para a economia política. Ambos inauguraram gloriosas

⁴² CORREIA, Eduardo. *Op. cit.* 2008.p. 84.

⁴³ MUNCIE, John; MCLAUGHLIN, Eugene; LANGAN, Mary. *Criminological. Perspectives – A Reader*. Londres: Sage Publications. 1996. pp. 10-13.

⁴⁴ BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito Penal*. 1º Volume. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa. 1998. p. 214.

⁴⁵ Sua influência foi de tão grande monta, que teve consequência em momentos históricos como influenciar a ascensão das classes burguesas nas Revoluções Americana, de 1776, e Francesa, de 1764, possibilitando uma mudança nas concepções sobre a criminalidade e o sistema de justiça da época. VOLD, George B.;BERNARD, Thomas J.;SNIPES, Jeffrey B. *Theoretical Criminology*. Oxford University Press, New York, 1998. p. 16.

correntes científicas contra o empirismo da Idade Média. Levantaram a bandeira do individualismo. Na economia, com a livre concorrência e no direito penal preconizou a humanidade contra a tirania estatal⁴⁶.

1.1.3.1. Escola Positivista

Com todos esses precursores, surge no ano de 1876 – cerca um século depois do aparecimento do livro de BECCARIA -, a edição da obra *L'Uomo Delinquente* de Cesare LOMBROSO e a sua tese do atavismo, inaugurando a Escola Positivista Italiana, que representou um grande progresso para a criminologia, de modo que “fazia-se sentir no domínio das ciências do Homem a atracção da filosofia, da lógica e da metodologia próprias do positivismo, cujo êxito no domínio das ciências empíricas não parecia conhecer limites”⁴⁷.

Discípulos de LOMBROSO merecem destaque Raffaele GAROFALO (1852-1934) e Enrico FERRI (1856 – 1929). GAROFALO era extremamente conservador, criticava o sociologismo de FERRI e a teoria da criminalidade antropológica de LOMBROSO, mas partilhava com ambos a ideia do método empírico-indutivo e a superioridade da sociedade sobre o indivíduo.

Para ele, a sociedade conhecerá seus delinquentes a partir do momento que entender o que é o delito. Questiona se haveria a existência de um delito natural ou se existem atos que sempre serão considerados criminosos pela sociedade em todo tempo e lugar, explicando, desta forma, que se pensarmos na existência de crimes como homicídio por brutalidade ou homicídio com o escopo de roubo e parricídio, estamos considerando a transcendência do tempo e do espaço. Em contrapartida, há crimes que seriam entendidos como costumeiros e parte de uma cultura local; por exemplo, em tribos selvagens e bárbaras dos tempos remotos, matar alguém por roubo era considerado dentro da normalidade ao passo que as vítimas eram vistas como

⁴⁶ FERRI, Enrico. *Sociología Criminal*. Tomo I. Tradução para o espanhol por António Soto y Hernández. Madrid: Anacleto Ediciones y libros S.L. s/d. p. 5 e pp. 19-20 (tradução nossa).

⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. *Op. cit.* 2013.p. 11.

povos inimigos. Aduzia, por fim, que não há condutas universalmente classificadas e punidas como crime⁴⁸.

FERRI, por sua vez, na preliminar de seu livro “*Socialismo e criminalità*” (1883), declara sua intenção quanto ao estudo da sociologia, afirmando ser o delito - como todas as outras manifestações da patologia social - o resultado do presente sistema social, ou seja, a prevalência do socialismo burguês moderno, de forma que cabe a este sistema mudar radicalmente o estado dessa sociedade. Afirma, ainda, que nessa nova ordem de coisas cobiçadas pelo socialismo, a tendência é de desaparecimento do crime (de uma forma mais ou menos absoluta, de acordo com as diferentes escolas), e com ele, instituições relacionadas: prisões, polícia, tribunais⁴⁹. Ademais, o italiano “agrega à pena todo o sistema de meios preventivos de defesa social contra o crime, que assumem a forma e a denominação de *substitutivos penais*”⁵⁰.

Críticas não faltam ao sistema das penas até aqui atribuído. Na Escola Positivista, é importante tecer os argumentos contrários, que como notável, são muitos. A título exemplificativo citam-se dois:

(i) a evolução do estudo da criminologia demonstrou serem equívocas as ideias de *patologização* do fenômeno delituoso e subvalorização do entorno social como fator desencadeador da criminalidade, até mesmo porque os sujeitos que eram observados clinicamente pelos positivistas, eram aqueles “caídos na engrenagem judiciária e administrativa da justiça penal, sobretudo os clientes do cárcere e do manicômio judiciário, indivíduos selecionados daquele complexo sistema de filtros sucessivos que é o sistema penal⁵¹”;

(ii) O atavismo de LOMBROSO abre margem ao subjetivismo do Judiciário, o que causa uma grande insegurança jurídica. Isto porque, as conclusões apresentadas – que seriam a base para a condenação – são laudos formados pelos chamados *experts*, os quais examinavam as características biopsicológicas do indivíduo acusado da prática delituosa. Hodiernamente, esse

⁴⁸ GAROFALO, Raffaele. *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*. Tradução de Julio de Mattos. Lisboa: Livraria clássica editora, 1916, p. 26 a 28.

⁴⁹ FERRI, Enrico, *Socialismo e criminalità*, Roma – Torino – Firenze: Fratelli Bocca, Librar Di Sim, 1883, p. 09.

⁵⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à sociologia do Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014, p. 40.

⁵¹ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.* 2014, p. 40. No mesmo sentido, SHECAIRA, Sérgio Salomão, *Op. cit.* 2002, p. 129.

estudo biológico, baseado na estrutura corporal ou qualquer outro dado somático do acusado, deixou de ser utilizado, todavia não por completo, ainda tem valia quando se trata de patologias mentais⁵².

Não obstante as severas e corretas críticas não olvidamos em trazer à baila os legados que a Escola Positivista nos deixou, sendo certo de que o atavismo de LOMBROSO não é um episódio morto na história. A orientação patológica pregada pelos positivistas continuou com sua influência nos estudos posteriores, de modo que nos pensamentos criminológicos (no século XX), permaneceu a tendência em analisar a criminologia como a ciência destinada ao estudo das causas da criminalidade (paradigma etiológico)⁵³.

Ressalte-se que permanece conosco a intenção em acreditar que a aparência externa revela características psicológicas. A título de exemplo, vê-se que, nos filmes e na televisão, geralmente se escolhe um ator fisicamente atraente para interpretar o protagonista, e um não tão belo para incorporar o vilão. Há estudos, ainda, que sustentam que os acusados com melhor aparência tendem a receber sanções criminais mais benevolentes e serem tratados com menos rigor que os menos providos de beleza exterior. Apesar disto, não há atualmente qualquer evidência no sentido de que os traços físicos do indivíduo se relacionam com a possibilidade dele cometer ou não atos criminosos⁵⁴.

Como ensinam os criminólogos Hassemer e Muñoz Conde, na atualidade, as teorias biopsicológicas sobre a criminalidade tem de lutar contra três correntes:

- (i) a doutrina penal tradicional fundamentada na culpabilidade do autor do delito;
- (ii) à circunstância de não oferecerem soluções capazes de orientar a prevenção dos crimes. Com efeito, as explicações biopsicológicas sobre o crime não são aptas a formular alternativas para o funcionamento da justiça penal, e, de certo modo, apenas administram a delinquência, visto que pressupõem que esta decorre exclusivamente da natureza humana;

⁵² HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a La Criminología y a La Política criminal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 40-41.

⁵³ BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*. México: Siglo Veintiuno Editores, 1993, p. 22.

⁵⁴ VOLD, George B./BERNARD, Thomas J./SNIPES, Jeffrey B. *Op. cit.* 1998, pp. 50-51. Já há muitos séculos o Imperador Valério sentenciou que “quando se tem dúvida entre dois presumidos culpados, condena-se o mais feio”. GARCIA-PABLO DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luís Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.p. 136.

(iii) o desprestígio que sofrem essas teorias em muito resulta do fato delas terem influenciado a ideologia político-criminal dos regimes políticos totalitários, servindo de fundamento para a edição de leis racistas, baseadas na superioridade de uns indivíduos sobre outros, e também para as medidas de controle da periculosidade dos sujeitos que contavam com determinados defeitos genéticos ou patologias, como justificativa para serem apartados definitivamente da vida em sociedade, impedidos de se reproduzirem, ou mesmo eliminados⁵⁵.

Durante o século XIX, o cenário político intelectual do estudo do crime já não era o mesmo. Havia caído por terra as expectativas otimistas do Iluminismo quanto as reformas penais e penitenciárias, uma vez que as taxas de reincidências aumentaram e o estudo do crime passou a voltar-se para o delinquente⁵⁶.

De lá para cá nota-se a humanização das penas, mas, por óbvio, nem na ingenuidade há de se falar que as penalizações hoje existentes (no contexto mundial) são devidamente aplicadas e eficazes, nem mesmo após a 2ª Guerra Mundial, quando tiveram início as transformações profundas dos sistemas penais contemporâneos. Como exemplo dessa preocupação, em Genebra no ano de 1955 foi celebrado o primeiro congresso das Nações Unidas sobre prevenção de delito e tratamento dos delinquentes, firmando as regras mínimas para o tratamento dos reclusos⁵⁷.

1.2. NASCIMENTO DO SISTEMA CARCERÁRIO

Seguindo a ideia sangrenta da história das penas, delata FOUCAULT, “o suplício tornou-se rapidamente intolerável e revoltante. Visto da perspectiva do povo, onde ele revela a tirania, o excesso, a sede de vingança e o cruel prazer de punir”. Completa, o autor, ao afirmar acerca da duração das penas, que estas devem estar interligadas à economia. Sustenta que “os suplícios, em

⁵⁵ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, 2012, pp. 55-56.

⁵⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. *Op. Cit.* 2013.p. 10-11.

⁵⁷ TAMARIT SUMALLA, Josep- María; GARCÍA ALBERO, Ramón; SAPENA GRAU, Francisco; RODRÍGUEZ PUERTA, María- José. *Curso de derecho penitenciario*. Valencia: Tirant to Blanch. 2001. pp. 26-27. No entender de Elías Neuman, as Regras Mínimas para Tratamento dos Reclusos das Nações Unidas surgiu como busca de uma justificativa humanitária para o aprisionamento de seres humanos em campos de concentração no período marcado pela nova defesa social, aquele após a segunda guerra mundial e determinado pelo fim do nazismo. Na dicção de Elías Neuman: “*La idea de segregación se agrega la del tratamiento carcelario. La cárcel sirve, se dice, para recuperar seres humanos, lo que debe realizarse con todos los medios de alcance*”. NEUMAN, Elías. *El estado penal y la prisión-muerte*. Buenos Aires: Editorial Universidad. 2011. p. 145.

sua violência, corriam o risco de ter esse resultado: quanto mais grave o crime, menos longo era o seu castigo. A duração intervinha, sem dúvida, no antigo sistema das penas: dias de pelourinho, anos de banimento, horas passadas a expirar na roda. Mas era um tempo de prova, não de transformação concentrada”⁵⁸.

Momentos anteriores ao século XVIII foram marcados pelas penas brutais e desumanas. O encarceramento, por sua vez, tinha a função de manter o acusado sob custódia para a execução ou julgamento, de forma que o cárcere era um meio e não o fim da punição⁵⁹. Até mesmo na era do Iluminismo - período em que figuravam as ideias contra o arbítrio estatal -, as prisões continuaram esquecidas.

Nesse período havia os mais altos índices de descasos com os presos. As autoridades não tomavam as mínimas providências para manutenção das prisões e as oficinas de vigilância e segurança resultavam em negócio lucrativo. Os prisioneiros ricos tinham a possibilidade de comprar condições melhores, pagando por isso altos preços. Já os pobres, que eram a maioria dos encarcerados, vivenciavam as maiores barbáries e, às vezes, conseguiam alguma doação de sociedades cristãs, fundadas com esse propósito. Consigna-se que muitos desses já se encontravam na condição de encarcerados por não disporem de meios para o pagamento pecuniário⁶⁰.

Nesse mundo paralelo e atroz, a riqueza das palavras de FERRI não nos permite qualquer paráfrase. De forma concisa e única delata as barbáries da época: “A prisão celular não é humana, porque elimina o instinto social, já fortemente atrofiada nos criminosos, e porque se faz inevitável ante aos presos a loucura ou o desperdício”⁶¹.

Para alguns doutrinadores, como MELOSSI e PAVARINI, RUSCHE e KIRCHHEIMER, o nascimento e a evolução do sistema carcerário são explicados basicamente pelo meio economicista. Todavia, outra parte da doutrina, segundo GARCÍA VALDES, tem opinião contrária. Para ele, não parte do capitalismo, mas de forçar o arrependimento e a correção através

⁵⁸ FOUCAULT, Michel. *Op. cit.* 2009. p. 71 e 104.

⁵⁹ CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. *A prisão*. São Paulo: Publifolha, 2002. p. 21.

⁶⁰ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Tradução para o espanhol por Emilio García Méndez. Bogotá: Temis Librería. 1984. pp. 72-73.

⁶¹ FERRI, Enrico. *Op. Cit.* 2004.p. 317 (tradução nossa).

do próprio esforço, impulsionado pelo calvinismo e grupos puritanos anglo saxões. Afirma que o viés capitalista é secundário, haja vista que o trabalho penitenciário sempre existiu⁶².

No entanto, com viés capitalista ou não, a partir do século XX aumenta “a tendência médica no interior do discurso criminológico”. Por exemplo, as mulheres e os homossexuais passaram a ser estudados pela criminologia, a fim de comprovar a influência dos hormônios sobre o criminoso. Para essas, o ciclo menstrual ou o estado puerperal são causas que levam a manifestações criminosas, assim como a causa por ser homossexual, que é tratável com injeção de hormônios. Diante desse quadro, aos olhos dessa época, cabe afirmar que a prisão não é para os criminosos, mas para aqueles detentores de uma doença curável. Assim, “a endocrinologia teria vindo confirmar o que LOMBROSO intuía”⁶³.

Salienta aqui, um aspecto de suma importância: no ano de 1907, Gina LOMBROSO (filha de Cesare LOMBROSO) publicou uma nova versão da obra do seu genitor, relatando prisões e reformatórios que ainda aplicavam com êxito as teorias do atavismo. Além disso, trinta anos depois, nas tensões pré segunda guerra mundial, o criminólogo e antropólogo Ernest HOOTON de Harvard ainda não tinha deixado de lado os métodos lombrosianos para classificar os delinquentes⁶⁴.

Nessa época, que pelo lapso histórico, já houve o transcorrer das drásticas penas, bem como a repercussão negativa do uso do ser humano para servir de exemplo aos demais, muito já se falava em fim do Estado autoritário e mesmo assim - nesse retrocesso carcerário - teve outro

⁶² GARCÍA VALDES, Carlos. *Teoría de la pena*. Madrid: Tecnos. 1985, p. 77: “La idea del trabajo y del esfuerzo redentor del alma, por el sacrificado arrepentimiento del culpable, han irrumpido con fuerza en el terreno del Derecho Penal, y en unión de la contrita meditación solitaria dejan una estela que llegará, siglos después, hasta las tesis correccionalista de ROEDER (...) Ignorar lo mencionado conduce a hacer una historia de la prisión sin Derecho Penitenciario”. Sem ressalvas, vale mencionar a posição de RUSCHE e KIRCHHEIMER, em suas palavras: “La idea de explotar la fuerza de trabajo de los prisioneros, como contraria a la práctica de enriquecimiento personal de los guardianes, existía ya en el opus publicum antiguo, un método punitivo para las clases bajas que se mantuvo durante toda la época medieval. Los pueblos y ciudades pequeñas vieron en esa institución un sistema para utilizar los prisioneros, comparable a las galeras; transfiriendo a los convictos, al menor costo posible, a otros cuerpos de la administración, que los empleaban en trabajos forzados o en tareas de tipo militar. Pero el sistema moderno de prisión como método de explotación del trabajo e, igualmente importante en el período mercantilista, como forma de adiestramiento de la fuerza de trabajo de reserva, fue sin duda la consecuencia lógica de las casas de corrección.” RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Op. cit.* 1984. p. 73.

⁶³ RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan. 2003. pp. 39-40.

⁶⁴ HERMAN, Arthur. *La idea de decadencia en la historia occidental*. Barcelona: Editorial Andrés Bello. 1998. p. 155.

início de experiências com longas durações e péssimos resultados, sob uma ótica falida de ressocialização e reabilitação.

1.2.1. Sistema Filadélfico ou Pensilvânico

No ano de 1787 - final do século XVIII e início do século XIX - foi visto o nascimento dos primeiros presídios do sistema celular. Começou com o sistema Filadélfico, que surgiu na tentativa de resolver “o paradoxo: na medida em que aumentava a presença institucional como eixo da política de controle social, ao mesmo tempo, por razões objetivas ligadas ao processo econômico, diluíam-se as funções ressocializantes do trabalho obrigatório e produtivo”. Como resposta, o jovem Estados Unidos da América encontrou na política do controle social a saída para o impasse. Fundou-se, assim, a *Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prisons*, com caráter filantrópico⁶⁵.

Em 1776, sob o governo de Benjamim Franklin, foi dado início a construção de *Walnut Street Jail*, onde ficariam confinados os condenados a pena de prisão. O sistema então implantado tinha como base o isolamento dos presos, trabalhos forçados e total abstinência de bebida alcoólica. Como afirma BARNES, somente assim poderia salvar essas “criaturas infelizes”⁶⁶.

Esse sistema celular preconizava pela meditação e reza. Nota-se, aqui, a herança do Direito Canônico, vez que o condenado deveria ficar completamente isolado, sendo vedado contato com mundo exterior, mas era permitida a leitura da Bíblia, para que pudesse se arrepender do delito praticado e alcançar o perdão perante a sociedade e o Estado⁶⁷.

⁶⁵ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2010. pp. 186-187.

⁶⁶ BARNES, Harry Elmer. *The evolution of penology in Pennsylvania. A study in american social history*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company. 1927. pp. 90-91.

⁶⁷ TÉLLEZ AGUILERA, Abel. *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*. Madrid: Edisofer libros jurídicos. 1998, p. 60. TÉLLEZ AGUILERA compara esse sistema com *cárcere dele Murate* de Florence, em 1677 e com as prisões de *San Michele*, em Roma e Gante.

Walnut foi apenas o primogênito desse sistema celular. Posteriormente, e nos mesmos padrões surgiram outros: em 1796, em Newgate, no Estado de Nova Iorque; em 1804, em Chareston, Massachusetts e em Baltimore, Maryland; e em 1803, em Windsor, Vermont⁶⁸.

Já nesses primeiros sistemas é possível perceber a problemática de um incentivo salarial para o trabalho dos prisioneiros. Notam-se dois motivos para que os prisioneiros cooperem com o trabalho: a esperança de serem liberados da prisão antes do lapso temporal previsto devido ao bom trabalho e a esperança de alguma recompensa financeira⁶⁹.

Entretanto, em Filadélfia os prisioneiros executavam o trabalho forçado dentro de suas celas, o qual “podia ser de algum modo reeducativo, mas de nenhum modo rentável”, o que levou o governador de Nova Jersey a afirmar que o trabalho carcerário não representava benefícios, até mesmo ao contrário, convertia-se em uma alta carga para o Fisco⁷⁰.

Não obstante esse sistema ter sido eleito como o mais civilizado e humano pela *Board of Inspector*, em 1837, a realidade era outra: alta taxa de suicídios e de loucura. Assim, como afirma MELOSSI e PAVARINI, por considerações humanitárias e pela mudança no mercado de trabalho, ocasionou a crise definitiva do sistema de Filadélfia, no começo do século XIX, quando a América vivenciou uma crescente demanda de trabalho. O cárcere passou a ser visto como um “investimento improdutivo, uma vez que não se podia competir com a chamada produção livre, e, ao mesmo tempo, não educava os presos nas habilidades e capacidades profissionais que eram requeridas do operário moderno⁷¹”.

Deveras são as críticas quanto ao sistema de Filadélfia, mesmo assim, o regime ainda se manteve em vigor por bastante tempo. À título exemplificativo, em Portugal deixou de ser

⁶⁸ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Op. Cit.* 2010. p. 188. Lembra o autor que é importante consignar que, embora essa tenha sido o início da construção do modelo celular, seu ideário já havia sido construído, a lembrar do modelo panóptico do Bentham. Cita também o “Maison de force” na Bélgica. Ressalta a entrevista de Foucault à revista *Pro Justitia*, 1973, n. 3 e 4, p. 7 (tradução nossa), em que menciona: “O sonho de Bentham, o Panóptico, em que um único indivíduo poderia vigiar todos os demais, é, no fundo, o sonho, ou melhor, um dos sonhos da burguesia (porque ela tem muitos sonhos) ”.

⁶⁹ LEWIS, O.F. *The development of American prison and Prison Customs*. Nova Iorque: Published by the Prison Assocation of New York. 1922. pp. 30-31.

⁷⁰ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Op. cit.* 1984. p. 155 (tradução nossa).

⁷¹ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Op. cit.* 2010. pp. 189-190.

reconhecido apenas em 1913, após a promulgação de uma Lei (29 de janeiro de 1913), quando foi substituído pelo sistema de Auburn⁷².

Nesse período de ruínas do Sistema Filadélfico (*solitary confinement*) para o emergente sistema de Auburn, as prisões norte americanas receberam duas importantes visitas: Gustave de BEAUMONT e Alexis de TOCQUEVILLE, fazendo diversas anotações sobre aqueles cárceres, inclusive entrevistas com os detentos⁷³.

Para os magistrados franceses não faltaram críticas ao sistema, mas no geral tiveram boas impressões, afirmando que os detentos ao deixarem o cárcere teriam aprendido um modo honesto de se comportar e seriam mais sensatos⁷⁴. Entretanto, nas entrevistas com os internos é notável o estado de degradação e subordinação do ser institucionalizado⁷⁵.

Assim se verificou na conversa com o interno n. 00. Um homem de 38 (trinta e oito) anos que estava há apenas 3 (três) semanas na penitenciária e já se encontrava em total desespero, alegando que a solidão o mataria. Perguntado se encontrava consolo no trabalho, afirmou que sem trabalho seria pior, entretanto não é isso que o impede de ser infeliz, pois a sua alma estaria doente. Em seguida, ao entrar na cela do deprimido, os juristas notaram que enquanto trabalhava, chorava⁷⁶.

1.2.2. Sistema de Auburn

Como resposta dessa falta de mão de obra nos Estados Unidos da América surgiu o sistema de Auburn. Notou-se que o trabalho manual e isolado dentro de cada cela não era rentável para a economia estatal e, se esta queria competir com a empresa privada, teria que aumentar a produção. Instalaram, então, máquinas nas oficinas fora das celas, as quais, por esse

⁷² CORREIA, Eduardo. *Op. Cit.* 2008. p. 116. Ressalta o autor que embora o sistema ainda estivesse positivado no ordenamento jurídico, ele praticamente não era mais executado.

⁷³ Tais anotações e entrevistas encontram-se no apêndice da obra de Gustave de Beaumont e Alexis de Tocqueville (*On the penitentiary system in The United States and its application in France*. Tradução de Francis Lieber. Philadelphia: Carey, Lea & Blanchard. 1833) com o título de *Inquiry into the Penitentiary of Philadelphia*, pp. 187-198.

⁷⁴ BEAUMONT, G. de; TOCQUEVILLE, A. de. *Op. cit.*. 1833. p. 90.

⁷⁵ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Op. cit.* 2010. p. 239.

⁷⁶ BEAUMONT, G. de; TOCQUEVILLE, A. de. *Op. cit.*. 1833. pp. 197-198.

novo sistema carcerário, os detentos eram submetidos a trabalhos forçados, incipientes da industrialização e os cárceres novamente transformara-se em rentáveis⁷⁷.

No ano de 1820, o deputado Roberts VAUX respondeu às solicitações das autoridades de Nova Iorque como favorável às reformas prisionais. No ano seguinte, começaram as alterações e a instituição do Sistema de Auburn (na cidade de Nova Iorque), diferenciando do sistema de Filadélfia, vez que no primeiro o isolamento e o silêncio eram apenas noturnos e trabalho coletivo durante o dia⁷⁸. Todavia, as similaridades eram muitas. Em ambos, havia trabalho forçado (Em Filadélfia era individual e em Auburn coletivo) e predominava o *Silent System*.

Em 1821, tomou posse como Diretor de Auburn, Elan LYNDSEY, conhecido como uma pessoa dura e insensível. LYNDSEY administrava o presídio sob a égide de uma disciplina rígida, usava chicotes para punições e controle. O ideário desse sistema também parte da meditação, assim como o sistema Filadélfico⁷⁹.

Para TRINIDAD FERNÁNDEZ, os cárceres norte-americanos da época eram definidos pelas formas que adotavam seu trabalho interno para cobrir as necessidades da própria instituição. Entretanto, esse trabalho desapareceu e se converteu em um elemento residual quando os sindicatos rejeitaram a competência desleal dos salários e dos produtos que saíam das prisões. O cárcere passou a ser visto como uma empresa não produtiva e voltou a ser como dantes: um instrumento de intimidação e lugar de isolamento considerados perigosos⁸⁰.

⁷⁷ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Op. cit.* 1984. p. 155. De tamanha importância era o trabalho carcerário que a guerra de sucessão apenas conseguiu ser suprimida na sua demanda de vestimentas e sapatos devido ao aumento desse trabalho forçado dos detentos.

⁷⁸ BARNES, Harry Elmer. 1927. pp. 104-105. Nota que para TÉLLEZ AGUILERA esse sistema começou a funcionar em 1818. TÉLLEZ AGUILERA, Abel. *Op cit.*, 1998, p. 74.

⁷⁹ TÉLLEZ AGUILERA, Abel. *Op cit.*, 1998, p. 74.

⁸⁰ TRINIDAD FERNÁNDEZ, Pedro. *La defensa de la sociedad. Cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII a XX)*. Madrid: Alianza Editorial, 1991. pp. 124 e ss. De igual modo afirma BITENCOURT, que ainda relaciona tais casos com o fracasso de Auburn. Em suas palavras: “Uma das causas desse fracasso foi a pressão das associações sindicais que se opuseram ao desenvolvimento de um trabalho penitenciário. A produção nas prisões representava menores custos ou podia significar uma competição ao trabalho livre. Outro aspecto negativo do sistema auburniano – uma de suas características – foi o rigoroso regime disciplinar aplicado. A importância dada à disciplina deve-se, em parte ao fato de que o *silente system* acolhe, em seus pontos, estilo de vida militar. [...] se criticou, no sistema auburniano, a aplicação de castigos cruéis e excessivos. [...] No entanto, considerava-se justificável esse castigo porque se acreditava que propiciaria a recuperação do delinquente”. BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 187.

Em 1825, foi construída outra prisão em Nova Iorque nos mesmos moldes da Auburn, visto que com o aumento do número de reclusos esta já não albergava a todos. Assim, arquitetou-se a prisão de Sing Sing, com o mesmo diretor (LYNDS) e por consequência, o mesmo modelo rígido⁸¹.

O sistema de Auburn se implantou de forma generalizada nos Estados Unidos, mas foi de pouca incidência aos países europeus, visto que “na Europa se considerava que o sistema de Auburn era demasiado indulgente, em particular pelo feito de que os reclusos eram estimulados ao trabalho mais pela expectativa de privilégios e recompensa do que pela imposição de uma estrita disciplina”. E em 1817, foi implantada uma lei em Nova Iorque, concedendo aos reclusos condenados há mais de 5 (cinco) anos uma redução de até um quarto da pena em caso de bom comportamento⁸².

O sistema de Auburn mostrava-se rentável, visto que houve redução com os gastos com as prisões. Ele tinha como excedente financeiro, já em 1820, o valor de 25 (vinte e cinco) dólares e no ano de 1831, contava com o lucro de 1800 (um mil e oitocentos) dólares. Assim como ocorreu com as prisões de Wethersfiels e Baltimore⁸³.

Entretanto, nas últimas décadas do século XIX houve redução do trabalho carcerário. A principal causa para esse fato foi a oposição dos trabalhadores livres, que sempre estiveram presentes, mas nesse período foram estimulados pela desapareção progressiva das terras de colonização. Com o poder dessa classe nas decisões políticas, houve a abolição completa do trabalho dos detentos. Como consequência, houve piora das condições carcerárias, visto que os presos não podiam usar máquinas modernas e tão pouco vender seus produtos ao Estado⁸⁴.

Em 1929, a prisão de Auburn ruiu completamente em uma rebelião em que os detentos a destruíram. Brutalmente atearam fogo, arremessaram ácido no rosto de um oficial, quatro presos fugiram, seis alas ficaram destruídas, dois policiais foram baleados e outro ferido, dois presos

⁸¹ TÉLLEZ AGUILERA, Abel. *Op cit.*, 1998, p. 76.

⁸² RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Op. cit.* 1984. p. 157 (tradução nossa).

⁸³ BEAUMONT, G. de; TOCQUEVILLE, A. de. *On the penitentiary system in The United States and its application in France*. Tradução de Francis Lieber. Philadelphia: Carey, Lea & Blanchard. 1833. pp. 78-79.

⁸⁴ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Op. cit.* 1984. p. 157.

morreram e um ficou gravemente ferido. No entanto, mesmo ciente de todo esse quadro houve continuidade com as experiências humanas, ainda que provado o seu fracasso⁸⁵.

1.2.3. Sistema Progressivo

Não obstante a panaceia para conter a criminalidade, as reincidências estavam em contínuo aumento. Notou-se, então, que não era razoável manter os detentos por meses ou anos em uma vida monástica em “monstruosas colmeias humanas”⁸⁶. Pensou-se, em um novo modelo.

O sistema progressivo surgiu na Europa – notadamente, Inglaterra, Irlanda e Alemanha -, na segunda metade do século XIX, com o fulcro de um sistema mais dinâmico e orientado para uma finalidade reformadora ou corretiva. A ideia central seria a divisão de período total de reclusão em etapas, sendo que, progressivamente, era concedida mais liberdade, à medida em que o detento evoluísse favoravelmente a sua conduta, bem como o rendimento no trabalho⁸⁷.

Pelo sistema progressivo abriu-se a possibilidade de o recluso reincorporar-se à sociedade antes do prazo da sua condenação. Ensina BITENCOURT que “a meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, e, de outro, pretende que este regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade⁸⁸”.

O sistema progressivo era dividido em três fases: o recluso iniciaria seu itinerário penitenciário no isolamento absoluto, conforme os ditames do sistema de Filadélfia. Com o bom comportamento e dedicação ao trabalho, ele ganharia o direito do isolamento ser apenas noturno,

⁸⁵ VALOIS, Luis Carlos. *Conflito entre ressocialização e princípio da legalidade penal*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. São Paulo. 2012.p. 65.

⁸⁶ FERRI, Enrico. *Op. cit.* 2004. p. 315.

⁸⁷ TAMARIT SUMALLA, Josep- María; GARCÍA ALBERO, Ramón; SAPENA GRAU, Francisco; RODRÍGUEZ PUERTA, María- José. *Op. cit* 2001. p. 25. A obra enfatiza que esse sistema teve comportamentos diferentes nos diversos países em que foi implantado.

⁸⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op.cit.* 2012.p .189.

sendo que seus dias seriam dedicados ao trabalho comunitário (sistema auburniano). Por derradeiro, alcançaria a liberdade condicional, que seria o trabalho externo⁸⁹.

Percussor dessas ideias, Alexander MACONCHIE, capitão da Marinha, foi nomeado governador da ilha de Norfolk, próximo da Austrália. Já que esse local, era marcado pelas penas brutais e sangrentas. Em 1840, ele implementou o “sistema de marcas”, semelhante ao modelo progressivo e impôs uma disciplina muito mais efetiva⁹⁰.

O sistema de MACONCHIE foi implantado na Inglaterra quando a Comissão da Câmara dos Comuns propôs a abolição da deportação das colônias em 1837, por considerar fomentador da criminalidade, dispendioso e injusto provocando uma incessante massificação carcerária para o governo inglês, que não estava preparado para receber esse contingente de detentos. Para tentar aliviar a situação decidiu implantar o sistema progressivo⁹¹.

Na mesma época, o sistema é inserido na Irlanda com o diretor de presídios, Walter CROFTON. Todavia, nota-se uma variação nesse modelo consistente na inclusão de um período prévio à liberdade condicional, que seria o advento de um estabelecimento intermediário. Esse sistema irlandês teve influência em vários países como Itália, Noruega e Romênia⁹².

Um terceiro modelo – também inovador do sistema progressivo – é o da Alemanha com o diretor de presídio Georg Michael OBERMAYER, que, em 1842, aplicou a progressão atenuante da severidade da pena da prisão de Munique. O alemão criticava os modelos carcerários adotados pelos Estados Unidos⁹³.

⁸⁹ TÉLLEZ AGUILERA, Abel. *Op cit.*, 1998, p. 80.

⁹⁰ ANITUA, Gabriel Inácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Tradução por Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan. 2008. p.233. O autor acrescenta a ideia do prêmio, tratando as etapas da progressão como um prêmio merecido ao detento.

⁹¹ TÉLLEZ AGUILERA, Abel. *Op cit.*, 1998, p. 81. Ensina o autor que antes era aos Estados Unidos o lugar de deportação de delinquentes ingleses reincidentes, entretanto com a Guerra da Independência norte americana, passou então a pequena ilha australiana de Norfolk se transformado em “desterro penitenciário”.

⁹² CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal*, Tomo I. Parte General. Barcelona: Bosch Casa. 1945. p. 673. ROYO VILLANOVA destaca que essa fase extra implantada por CROFTON configura a terceira etapa do recluso. Aquela antes de atingir a liberdade condicional. O motivo para tanto seriam as dúvidas acerca dessa liberdade. ROYO VILLANOVA, Antonio. *Elementos de Derecho Administrativo*. Valladolid: Librería Santarén. 1946. p. 404.

⁹³ ANITUA, Gabriel Inácio. *Op. cit.* 2008. p.233.

1.2.4. Sistema reformador

Estreou nos Estados Unidos, na segunda metade do século XIX, como um movimento penitenciário preocupado com a reforma dos jovens delinquentes. O primeiro centro penitenciário do tipo “reformador” começou a funcionar em 1876, em Elmira e sob condição de ingresso tinha que ser jovens entre 16 a 30 anos com pena indeterminada. Esse modelo possui similaridade com o sistema progressivo, vez que é determinada uma classificação inicial aos detentos, mas é possível a progressão ou a regressão dependendo do seu comportamento⁹⁴.

É uma atitude pioneira com a pretensão de integrar e reintroduzir nas sociedades os jovens delinquentes, por meio de diversos tratamentos. Utilizavam métodos físicos, de instruções, de ensinamentos religiosos e trabalho. Esse novo sistema era uma escola de letras, com departamentos industriais e um centro militar⁹⁵.

Não obstante o ideário aqui apresentado se mostrar como um precursor aos moldes ressocializador, recebeu muitas críticas. O sistema reformatório possuía um regime disciplinar muito rígido e faltava um modelo arquitetônico adequado para ressocialização⁹⁶.

É de se notar que as negativas para a ressocialização não se pautavam apenas na falta de modelo arquitetônico ou na forma rígida do sistema carcerário, mas no modo como os presos eram tratados, assemelhando-se a feras selvagens. Não lhes dava condições para um posterior convívio externo, que favorecesse o caráter da ressocialização. A preocupação era apenas manter a aparência de um Estado forte e que estava sob o controle da criminalidade, provando tal “força” com a aplicação de terríveis consequências para os indivíduos que escolhessem o caminho do crime.

Adiantando o tema em questão (porque aqui se faz pertinente), a ressocialização para ter sucesso – como pretendem os críticos – é um fenômeno a ser trabalhado com muito tempo, rigor

⁹⁴ TAMARIT SUMALLA, Josep- María; GARCÍA ALBERO, Ramón; SAPENA GRAU, Francisco; RODRÍGUEZ PUERTA, María- José. *Op. cit* 2001. pp. 25-26.

⁹⁵ DORADO MONTERO, Pedro. *El Reformatorio de Elvira. Estudio de Derecho penal*. Madrid: La España Moderna S.A. 1900.p. 154.

⁹⁶ TAMARIT SUMALLA, Josep- María; GARCÍA ALBERO, Ramón; SAPENA GRAU, Francisco; RODRÍGUEZ PUERTA, María- José. *Op. cit* 2001. p. 26.

e disposição. Não é tratando os detentos que fizeram a opção pelo crime - por talvez não ter outra opção – como animais, que eles sairão como humanos⁹⁷.

1.2.5. Teorias correccionalistas

O sistema reformador tem um forte elo com os positivistas da teoria correccionalista, cujo fundador foi o filósofo germano Karl Christian KRAUSE. Não obstante os principais expositores da teoria serem o filósofo belga Heinrich AHRENS e o penalista alemão Karl RÖDER (*Comentatio na poena malun esse debeat*”), os principais seguidores encontram-se na Espanha, como Alfredo CALDERÓN, Concepción ARENAL, Rafael SALILLAS e Pedro DORADO MONTERO.

RÖDER, com sua “teoria correccional”⁹⁸, pretendia evitar o injusto exterior e interior, ou seja, quando o agente manifestasse sua vontade contrária ao direito, o Estado já deveria interferir para tentar uma reforma do agente, que não seria uma mera conduta exterior com a aplicação da lei, mas uma reforma interior suficientemente provada e duradoura. Dessa forma, previa um caráter de compensação da pena, que serviria para desencorajar o delinquente e uma satisfação adequada ao ofensor. Todavia, ele denomina esse quadro como consequência secundária e que derivam da aplicação da pena como medida corretiva⁹⁹.

O jurista não defende as prisões desumanas, perpétuas, longas ou temporárias. Afirma, para tanto, que esse tipo de cárcere de nada ajuda a melhorar o detento, pelo contrário, em muitos

⁹⁷ Nesse sentido, FERRI, Enrico. *Op. cit.* 2004. pp 317-318: “*Porque el error de los penitenciaristas está precisamente en concentrar su atención exclusiva en la celda, olvidando los factores externos de la criminalidad.*”

⁹⁸ A teoria correccionalista é o que mais se assemelha ao ideal ressocializador. Até mesmo do nome que Röder deu a sua teoria é possível verificar tal fato: “o nome alemão é *Besserungstheorie*, que pode traduzir-se por teoria da emenda, ou da reforma do criminoso. – Aqui traduzimos teoria correccional, porque o sentido técnico desta palavra em nosso direito positivo, ainda que limitado a certas penas, nulo e vazio (e até contraditório) na prática, diz fundamentalmente que a pena se considera como condição para o melhoramento do delinquente” RIOS, Francisco Giner de los. Advertencia del traductor. In: *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1876. p. 236.

⁹⁹ HERNÁNDEZ, Héctor H. (dir.); TALE, Camilo; DIP, Ricardo; Bonastre, Gerardo; Martini, Siro de. *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*. Buenos Aires: *Cathedra Jurídica*. 2010. p. 65 – 66.

indivíduos pioram seus comportamentos morais dentro do sistema carcerário¹⁰⁰. Interessante pensar que RÖDER, no final do século XIX, já apontava estes erros tão notáveis das prisões, embora essa questão seja pauta de discursos políticos e sociais até hoje.

RÖDER também defendia o caráter temporal da pena, afirmando que não poderia ser fixada com rígida invariabilidade. Os delitos mais leves deveriam ser punidos com multas, pois é um meio mais eficaz para esse tipo de correção, deixando as prisões apenas para os delitos com certa gravidade¹⁰¹.

Todos os pensadores correccionalistas da época foram de grande contribuição para a teoria e considerados progressistas. DORADO MONTERO, por exemplo, foi denunciado pelos seus alunos ao bispado de Salamanca por doutrina contrária à religião e teve sua tese considerada como herege¹⁰².

Foi com Concepción ARENAL o auge dessa época, com sua ideia de que a pena tem sempre que ser correccional, caso contrário, seria injusta. Há casos em que o meio social é um elemento que contribui para a delinquência. Assim, cabe a sociedade ajudar para a melhoria desse infrator. Ainda há casos em que a sociedade é boa e a ação delitiva tem sua causa total no indivíduo delinquente, entretanto, de forma igual o meio social deve lhe fazer o bem. Por exemplo, um hospital não pode negar assistência a um enfermo com vícios¹⁰³.

A jurista espanhola distanciou-se do precursor RÖDER ao rejeitar que correção advém exclusivamente dos fins das penas – tese principal do jurista germânico. Para RÖDER, não há pessoas incorrigíveis, de forma contrária expõe ARENAL. Defender o livre arbítrio e liberdade moral do homem, de forma que “não há causa determinante para o mal sem o concurso da

¹⁰⁰ RÖDER, Karl David August. *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena, en sus interiores contradicciones*. Tradução para o espanhol por Francisco Giner de los Rios. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislacion. 1870. pp. 126-127. Cabe mencionar os ensinamentos de Lola ANIYAR DE CASTRO: “a fome de confinar parece agigantar-se, e luta com denodo para encher as prisões. É uma Hidra de mil cabeças: corta uma aparecem não duas, como no Segundo Trabalho de Hércules, mas cem” ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Matar com a prisão, paraíso legal e o inferno carcerário: os estabelecimentos “concordes, seguros e capazes*. In: *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan. 2010. p. 92.

¹⁰¹ RÖDER, Karl David August. *Op. cit.* 1870. p. 127.

¹⁰² RABATÉ, Jean Claude. *1900 em Salamanca*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca. 1997. p. 206.

¹⁰³ ARENAL, Concepción. *Obras completas. Estudios penitenciarios*. Tomo V. Madrid: Librería de Victoriano Suárez. 1895. pp. 260-261.

vontade do homem, mas pode haver causa predisposta, e a tentação de cometê-lo pode encontrar o freio do estímulo, segundo o tempo e o lugar em que se vive ¹⁰⁴”.

Já naquela época, os correccionalistas tentavam humanizar as penas que ainda abrasavam como suplício, torturas, brutalidades. Entretanto, esses incansáveis debates se perduram nos dias atuais e a única certeza é de que com os sistemas carcerários atrozes do cotidiano torna-se impossível a aplicação de qualquer teoria ressocializadora e reintegradora. Na prática, nos locais em que o sistema se mostra pelas barbaridades, o indivíduo entra no cárcere porque delinuiu, vive dele – à custa estatal – e sai com ideologias piores. Quando entrou era apenas um delinquente, quando sai é um delinquente com espírito de raiva e vingança.

2. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A CONTRIBUIÇÃO DA DOGMÁTICA DOS FINS DAS PENAS

“Pode-se dizer, sem exageros, que a questão dos fins das penas constitui, no fundo, a questão do destino do direito penal e, na plena acepção do termo, do seu paradigma”¹⁰⁵.

De antemão, faz-se pertinente uma crítica sobre o assunto, que de forma peculiar foi ressaltada por Luís Carlos VALOIS. Muitos são os manuscritos com inúmeras páginas sobre as penas e suas funções, que ganharam fama e venderam incontável doutrina. De outra banda,

¹⁰⁴ ARENAL, Concepción. *Op. cit.* 1895. P. 162. Cfr. HERNÁNDEZ, Héctor H. (dir.); TALE, Camilo; DIP, Ricardo; Bonastre, Gerardo; Martini, Siro de. *Op. cit.* 2010. p. 67 (tradução nossa).

¹⁰⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 66.

encontraram aqueles autores mais preocupados com a vida real e a verdadeira aplicação de penas. Esses gastam seu tempo para tentar a melhor estrutura aos detentos, recolocando-os de um lugar para outro para que possam com dignidade ter uma noite de sono; ou, remanejando a escassa alimentação, para que todos possam desfrutá-las, devido a falta de verbas para os marginalizados sociais¹⁰⁶.

Mesmo para esses estudiosos preocupados com uma pena privativa de liberdade mais digna (como assim logrou em chamar a sanção aplicada àqueles que tem sua liberdade e dignidade presas nas mãos estatais) é de difícil êxito a solução. Nas palavras de FOUCAULT, “E se, em pouco mais de um século, o clima de obriedade se transformou, não desapareceu. Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E, entretanto, não “vemos” o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”¹⁰⁷. É contra essa “detestável solução” da vida real do cárcere, que se funda a busca pelos pesquisadores.

O título “Breves comentários sobre a contribuição da dogmática dos fins das penas” surgiu da apreciação do fato de que não tem como abordar o tema da ressocialização sem mencionar os fins das penas, mesmo sabendo que muito já foi questionado e posicionado sobre o esse assunto. Todavia, também é notável que essa matéria é muito velha e cansativa, ou mesmo fatigante, como menciona Hegel em um manuscrito originário de um curso de verão¹⁰⁸.

Mesmo os autores que entendem a necessidade da continuação desse estudo, corroboram com o tom penoso de abordá-lo. Nesse grupo, encontra-se FIGUEIREDO DIAS, “O problema dos fins (rectius, das finalidades) da pena criminal é tão velho quanto a própria história do direito penal e tem sido discutido, vivamente e sem soluções de continuidade, pela filosofia (tanto pela filosofia geral, como pela filosofia do direito), pela doutrina do Estado e pela ciência conjunta do direito penal. A razão de um tal interesse e da sua persistência ao longo dos tempos esta em que, à sombra do problema dos fins das penas, é no fundo toda a teoria penal que se discute e, com

¹⁰⁶ VALOIS, Luis Carlos. *Op. cit.* 2012. p. 77.

¹⁰⁷ FOUCAULT, Michel. *Op. cit.* 2009. p. 218.

¹⁰⁸ “Este castigo já não consiste em pagar subjetivamente com a vingança: transforma-se numa reconciliação do direito consigo mesmo, como universal e como lei válida para o próprio criminoso e protegendo-o a ele tanto como aos outros: em pena. A vingança é um direito em si, mas não uma forma de direito – *estou fatigado* - a vingança é por sua vez uma ofensa, e assim, sucessivamente, até o infinito; a pena, essa, reconcilia”. HEGEL, G. W. F. *A sociedade civil burguesa*. Lisboa: Editorial Estampa. 1979. p. 49 (ênfase nossa).

particular incidência, as questões fulcrais de legitimação, fundamentação e função da intervenção penal estatal. Neste sentido se pode dizer que a questão dos fins das penas constitui a questão do destino do direito penal e do seu paradigma”¹⁰⁹.

Não deixando de lado essa pesquisa e sua importância, entendemos como Anabela RODRIGUES, estudar os fins das penas é ter autoridade para fomentar sobre a sua justificação¹¹⁰. Tal assertiva se mostra presente na contraposição, tal como hoje é apresentada: teoria retributiva ou absoluta, de um lado; preventiva ou relativa, de outro. A segunda ainda se mostra pelo caráter geral (direcionadas às sociedades) e caráter especial (direcionadas ao indivíduo infrator). Ambas com menções positivas e negativas. Como posição de alguns juristas, a ressocialização é a mais relevante ou mesmo a única finalidade na execução penal.

2.1. TEORIA RETRIBUTIVA (OU TEORIA ABSOLUTA)

De acordo com a frase latina de Sêneca *res absoluta ab effectu*, a teoria retributiva foi elaborada a partir do idealismo dos alemães Immanuel KANT e Georg HEGEL¹¹¹, que se traduz na aplicação de um mal correspondente ao mal praticado, imposta por imperativos morais, lógicos, dialéticos, estéticos, religiosos ou sociais. A retribuição baseia-se na ideia de “quem

¹⁰⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra. 2007. pp. 43-44.

¹¹⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida concreta da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*. Coimbra: Editora Coimbra, 1994. p. 151. Sobre a importância de estudar os fins das penas: OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Ángel Nuñez; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 191.

¹¹¹ No entender de JAKOBS, importante fazer breve distinção entre as teorias de KANT e HEGEL. Para KANT, o conteúdo da pena é o talião. A função da pena consiste na realização da justiça. HEGEL, por seu turno, considerava o crime como restabelecimento do Direito, apresenta uma configuração para a teoria absoluta que pouco se difere da teoria da prevenção geral positiva aqui representada. JAKOBS, Günther. *Derecho penal – parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução para o espanhol por Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas. S.A., 1995. pp. 21-23. Nesse entender, KANT afirma que “a lei de punição é um imperativo categórico”. KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro. 2003. p. 175. Já HEGEL na sua obra *Princípios de Filosofia do Direito* (Tradução de Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores. 1990) afirma que a sanção penal é capaz de restabelecer o ordenamento jurídico. Assim, “o delito é uma violência contra o direito, a pena é uma violência que anula aquela primeira violência; é, assim, a negação do direito representado pelo delito (segundo a regra, a negação é a sua afirmação)”. QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal*. São Paulo: RT. 2005. p. 21.

procede mal deve pagar esse mal como é justo, e é justo que sofra um mal igual ao crime que praticou”¹¹².

Para os adeptos dessa doutrina, a essência da pena reside na retribuição, expiação, reparação ou compensação do mal do crime e nela se esgota. Não se preocupa com a finalidade manifesta da sanção¹¹³. Em breve síntese, cabe uma distinção: a expiação consiste no desenvolvimento moral causado pela aplicação da pena, causando um sentimento de arrependimento ao infrator; já o caráter retributivo significa que para a efetiva Justiça a pena deve ser proporcional ao injusto culpável¹¹⁴.

Antes de adentrarmos às críticas desse sistema (que são muitas), cabe consignar que o retribucionismo também deixou alguns bons legados: a sua maior virtude é a ideia da proporcionalidade das penas, além de ter elegido a culpabilidade como princípio absoluto da aplicação penal, resguardando a dignidade humana¹¹⁵.

Não obstante suas boas heranças ao Direito Penal, “a sobrevivência histórica da pena retributiva – a mais antiga e, de certo modo, a mais popular função atribuída à pena criminal – parece inexplicável: a pena como expiação de culpabilidade lembra suplícios e fogueiras medievais, concebidos para purificar a alma do condenado; a pena como compensação de culpabilidade atualiza o impulso de vingança do ser humano, tão velho como o mundo”¹¹⁶.

Diante de tal teoria, sustentou Claus ROXIN durante o Colóquio realizado em abril de 1973, em Santiago do Chile, pelo Instituto de Ciências Criminais, que é “irracional e incompatível com a democracia a compensação do injusto pela pena retributiva, pois só uma

¹¹² CORREIA, Eduardo. *Op. cit.* 2008. p. 41. Como é possível notar, pela teoria absoluta não há uma preocupação com o futuro, apenas com o passado. Isso é o que faz uma das diferenças com a teoria relativa. CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista. 2002. p. 40.

¹¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.* 2007. p. 45.

¹¹⁴ MOLINA BLÁZQUEZ, M. C. (Coord); ARMENDÁRIZ LEÓN, C.; BELTRÁNN NÚÑEZ, A.; GÓMES LANZ, J.; OBREGÓN GARCÍA, A. *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*. Barcelona: Bosch. 2005. p. 23.

¹¹⁵ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Op. cit.* 2005. p. 23.

¹¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: Parte Geral*. Curitiba: ICPC/ Lumen Juris. 2007. p. 456.

<<suposição metafísica>> pode sustentar a afirmação de que um mal (o fato punível) possa ser anulado pelo fato de que se agregue um segundo mal (a pena)”¹¹⁷.

Neste diapasão - e não injusto - surgem as críticas ao modelo retributivo. A primeira delas relaciona-se justamente na dificuldade em se estabelecer o *quantum* a ser punido. A teoria retributiva não estipula quais pressupostos da culpa humana que autoriza o Estado a castigar. Não estabelece uma conduta a ser punida e inserida nos ordenamentos penais¹¹⁸.

Ainda sobre a negativa dessa teoria, tece a crítica que o formalismo relacionado à ética não leva em consideração o indivíduo em convivência social, vez que tem como intenção a justiça, mas pouco se importa com o ser humano¹¹⁹. Assim, não é demais citar o caráter medieval e metafísico dessa teoria, vez que visa a expiação dos “pecados” justifica a pena em razões supra humanas¹²⁰.

Corroborando com os argumentos negativos já expostos, ROXIN apresenta uma terceira objeção, na qual relaciona a vingança humana – já trazida pelos remotos – e o ato de fé. Para o jurista, pagar um mal cometido com o sofrer de outro mal, que é a pena, é um conceito claro de vingança humana e tudo isso apenas seria concebível por um ato de fé, que em consoante a sua Constituição pátria não pode ser imposta a ninguém e não é válido como fundamentação da pena¹²¹.

Com efeito, os adeptos às teorias absolutas têm se aproximado de uma posição mais funcional da retribuição, haja vista a representatividade dos princípios norteadores de um direito penal útil na esfera retributiva da pena, visando os conflitos de interesses sociais e do indivíduo

¹¹⁷ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. p. 106.

¹¹⁸ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos Luis Natcheradetz, Ana Isabel de Figueiredo e Maria Fernanda Palma. Lisboa: Vega, 1986. p. 17.

¹¹⁹ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Ángel Nuñez; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Op.cit.* 2011.p. 197.

¹²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: RT. 1999. p. 92. Vale consignar que a Igreja Católica é um exemplo de Instituição a adotar essa teoria, como se nota no VI Congresso Internacional de Direito Penal, no qual, por meio do Papa Pio XII, sustentou: “*Mais le Juge suprême, dans son jugement final, applique uniquement le principe de la rétribution. Celui-ci doit donc certes posséder une valeur que n’est pas négligeable.*” Tradução livre: Mais o Juiz Supremo, no julgamento final, aplica unicamente o princípio da retribuição. Este deve ter um valor que não é desprezível. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte Geral*. Tradução para o espanhol por Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares. 2002 p. 76.

¹²¹ ROXIN, Claus. *Op. cit.* 1986. p. 19.

infrator. Esses preceitos não podem se encaixar as teorias retributivas puras, mas mistas, que incluem retribuição como meio de realização de objetivos secundários de prevenção geral e especial¹²².

Muito embora haja poucos argumentos com tendências a aceitar tal teoria – ou parte dela – é imperioso notar que a teoria retributiva apresenta mais pontos negativos e não adeptos. A crítica tece no sentido de que a maioria do injusto cometido recebe como sanção o castigo. Assim, trata a coação jurídica como meio do Estado para manter a convivência pacífica e segura. Ademais, as teorias absolutas nunca reconhecem o delinquente como um necessitado de ajuda, apenas preocupa-se com a proteção da sociedade, imputando-lhes a pena necessária¹²³.

2.2. TEORIAS PREVENTIVAS (OU TEORIAS RELATIVAS)

As teorias preventivas são claramente uma oposição à teoria retributiva. Elas são marcadas pelo brocardo *res relata ad affectum* e encontram-se divididas em especial e geral; em ambas apresentam as correntes positivas e negativas. Sendo possível notar que essas são as que mais se assemelham à atualidade, isso ocorre por serem finalistas, isto é, *nemo prudens punit quia peccatum est sed de peccetur* (nenhuma pessoa racional aplica uma pena pelos pecados do passado, senão para que não se volte a cometê-los no futuro)¹²⁴.

Exatamente nesse ponto – da finalidade – encontra a divergência entre as teorias absolutas e relativas. Para as últimas, também reconhecem que, por sua essência, a pena é um

¹²² Anabela RODRIGUES salienta que não obstante a finalidade preventiva das penas retributivas, essa teoria tem por base a culpa e o limite da pena, mostrando-se eminentemente retributiva. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Op. cit.* 1994. p. 932. Para José de FARIA COSTA, tais teorias são denominadas *neo-retributivas*. Acredita, o jurista, que é por meio da retribuição que se realizam a responsabilidade e a igualdade material. Assim, a pena tem sentido e finalidade ético jurídico retributivos. A pena não seria um mal, mas um bem indisponível, com a natureza de um direito humano fundamental. COSTA, José de Faria. *Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena*. In Linhas de Direito Penal e Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora. 2005. pp. 232-233.

¹²³ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Op. cit.* 2002. pp. 76-77. Na mesma toada pensa DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.* 2007 pp. 48-49: “Uma pena retributiva esgota o seu sentido no mal que faz sofrer ao delinquente como compensação ou expiação do mal do crime; nesta medida é uma doutrina puramente **social-negativa**, que acaba por se revelar não só estranha, mas no fundo inimiga de qualquer tentativa de socialização do delinquente e de restauração da paz jurídica da comunidade afectada pelo crime; inimiga, em suma, de qualquer actuação preventiva e, assim, da pretensão de controlo e domínio do fenómeno da criminalidade”. (grifo do autor)

¹²⁴ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.* 1989. p. 151.

mal. Todavia, cabe ao direito penal o dever de cuidar de uma causa efetiva desse mal, isto é, por meio dos fins, que devem ser certos e determinados¹²⁵.

É imperioso transcrever as palavras da jurista Anabela RODRIGUES, om a explicação dos motivos para o nascimento dessa outra teoria, a saber, “atribuição à pena desta finalidade de prevenção está associada à secularização do direito penal. Superada a legitimação teológica e metafísica do *ius puniendi*, a pena perdeu, em grande parte, a sua função de cunho retributivo. O direito de punir passa a justificar-se à luz da necessidade – uma *amarga necessidade*, como já foi dito – e a pena ganha uma finalidade não escatológica, mas terrena, dirigida à prevenção do cometimento de outros crimes (prevenção geral e especial)”¹²⁶.

2.2.1. Prevenção geral

A doutrina da prevenção geral tem sua origem principalmente nos filósofos gregos clássicos e jusnaturalistas (a citar, PROTÁGORAS, PLATÃO, GRÓCIO, HOBBS, que anteciparam autores como BECCARIA e BENTHAM), mas foi firmada apenas a partir do Iluminismo¹²⁷. Essa teoria assume uma dupla perspectiva: negativa (ou de intimidação) e positiva (ou de integração)¹²⁸.

A formulação mais conhecida das teorias da prevenção geral negativa se deve a PAUL JOHANN ANSELM v. FEUERBACH (1775- 1833) com a teoria da coação psicológica. Encontra na norma penal a finalidade de intimidar o sujeito para que se comporte, evitando a realização do delito. A eficácia da lei funda-se na ameaça (psicológica) do prazer em cometer o delito¹²⁹.

¹²⁵ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal – parte general*. Tradução para o espanhol por Jorge Boffil Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1994. p 87.

¹²⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária. Estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão, projecto de proposta de lei de execução das penas e medidas privativas de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora. 2002. p. 30-31.

¹²⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Op. cit.* 2007. p. 129.

¹²⁸ Apenas à título de curiosidade, a expressão “integração” foi utilizada pela primeira vez por Claus ROXIN.

¹²⁹ Nas palavras de FEUERBACH: “*el fin de infligir la pena está en la motivación de eficacia de la amenaza legal, en hasta qué punto sin ella esta amenaza carecería de contenido (sería ineficaz). Como la ley debe intimidar a todos los ciudadanos, aunque, sin embargo, la ejecución debe otórgale eficacia a la ley, el fin mediato (fin último) de la aplicación de la pena es asimismo la mera intimidación de la pena es asimismo la mera intimidación*”

BECCARIA afirma que a real intimidação não é a pena em sua quantidade, mas a certeza da punição. Assim, nota-se que a criminologia clássica proporcionou uma justificação de caráter geral para o uso da punição como forma de controle e dissuasão do crime - teoria da prevenção geral negativa -, e como essa ideia sempre embasou os sistemas legais em matéria penal; as autoridades da época foram bastante receptivas às lições dos classicistas. Além disso, a população também via vantagens em contribuir para a longevidade do princípio do contrato social, à medida que seria melhor para todos uma sociedade pacífica e alheia a constantes conflitos individuais¹³⁰.

O utilitarismo de BENTHAM também faz jus a essa teoria. Para o britânico, o mau da pena não deve ser simplesmente um acidente, deve ser analisado como algo querido, haja vista que tem como finalidade a prevenção. Nesse diapasão é onde surge a preocupação do modo de execução da pena e sua eficácia. Como consequência, a construção do sistema celular Panóptico¹³¹.

Sem nos olvidar, enquadra aqui na teoria da prevenção geral o jurista Luigi FERRAJOLI, que afirma ser esta doutrina a “razão de ser primordial, se não diretamente das penas, se das proibições penais, que estão dirigidas a tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos contra as agressões por parte de outros associados”¹³².

de los ciudadanos por la ley.” FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução para o espanhol de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. 1989. p. 60. De igual modo é a dicção de Claus ROXIN: “*Todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad, en la medida en que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción. Este impulso social puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa que a su hecho a de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la satisfacción de su impulso al hecho*”. ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Tradução para o espanhol por Diego-M. Luzón Peña; Miguel Díaz e García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas. 2003. p. 90.

¹³⁰ VOLD, George B.; BERNARD, Thomas J.; SNIPES, Jeffrey B. *Op. cit.*, 1998. pp.22-23.

¹³¹ BENTHAM, Jeremy. *As recompensas em matéria penal*. Tradução de Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel. 2007. passim. Nesse diapasão, seguem as palavras de GARCÍA- PABLOS DE MOLINA: “*Aunque BENTHAM clamó por la proporcionalidad de las penas, denunciando una legislación arcaica y brutal, como la inglesa de su tiempo, y a pesar de sus afanes reformistas, de su preocupación por la situación real de los reclusos y la corrección efectiva de los mismos su concepción del castigo se halla fuertemente inspirada por la idea de prevención general, de intimidación, llegando a sugerir, incluso, una suerte de ley del talión simbólica que pretende exacerbar la apariencia externa de la pena, su valor ritual e impacto en la comunidad.*”. GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Op. cit.* 2003, p. 353.

¹³² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Tradução para o espanhol por Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta. 1995. p. 334 (tradução nossa). Para FERRAJOLI o direito penal assume uma dupla função

Por outro lado, fala-se em prevenção geral positiva, que pode ser compreendida em restabelecimento da confiança da sociedade no ordenamento jurídico vigente, de forma a reparar e prevenir os efeitos negativos da violação da norma, os quais refutam na estabilidade do sistema e na integração social¹³³.

Essa teoria surge para afastar tudo quanto já exposto pela temática – a intimidação, a ressocialização, a neutralização do criminoso – criando algo mais abstrato e simbólico. Entretanto, essa excessiva funcionalidade e a grande discricionariedade são onde fundam o defeito dessa teoria: “a impossibilidade de sua averiguação empírica”, ou seja, a sua impossibilidade de comprovação¹³⁴.

De igual modo não tem como comprovar que a aplicação de uma pena a um indivíduo causaria intimidação em outros membros da sociedade, como é o ideário da teoria da prevenção geral negativa. Concordamos com BOTTKE, que o sucesso da finalidade das penas fica na dependência de variáveis objetivas e subjetivas¹³⁵.

Mais uma crítica – entre muitas outras -, é de se notar que essa forma de aplicabilidade do direito penal torna a usar o ser humano como instrumento para cumprir determinados fins, qual seja, a intimidação dos outros indivíduos, a fim de que esses se abstenham de cometer novos crimes. Instaura-se, assim, o terror penal, ao elevar a pena a cargo de intervenção punitiva extrema,¹³⁶ esquecendo por completo do que já dizia Kant quanto a dignidade humana “olha ao

preventiva: prevenção geral dos delitos, propriamente dita (marca o limite mínimo da pena) e prevenção geral das penas arbitrárias ou desproporcionais (marca o limite máximo da pena).

¹³³ BARATTA, Alessandro. *Integración- prevención: Una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. In Revista Doctrina Penal, ano 8, nº 29, Buenos Aires. 1985. p. 11. Faz imperiosas as palavras de Figueiredo Dias acerca da prevenção geral positiva “como forma de que o Estado se serve para manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico-penal; como instrumento por excelência destinado a revelar perante a comunidade a inquebrantabilidade da ordem jurídica, apesar de todas as violações que tenham lugar e a reforçar, por esta via, os padrões de comportamento adequado às normas”. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.* 2007. p. 51.

¹³⁴ GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*. Rio de Janeiro: Revan. 2007. pp. 304-305.

¹³⁵ BOTTKE, Wilfried. *La actual discusión sobre las finalidades de la pena*. In SILVA SANCHÉZ, Jesús-María (Ed). *Política criminal y nuevo Derecho Penal*. Livro em homenagem a Clau Roxin. Barcelona: Bosch. 1997. p. 56.

¹³⁶ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Ángel Nuñez; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Op.cit.* 2011. p. 203.

útil, esquecendo o justo, com o que fica aberta a possibilidade de ela se transformar em instrumento de puro terror”¹³⁷.

2.2.2. Prevenção especial

Diferenciando da prevenção geral, que tem como foco de estudo a sociedade, a teoria da prevenção especial dirige-se ao indivíduo delinquente em concreto, adquirindo suma importância no momento da execução da pena. Todavia, assim como a prevenção geral, a doutrina da prevenção especial, com entrada em vigor na segunda metade do século XIX¹³⁸, também apresenta duas vertentes: positiva e negativa, mostradas em seu ideário de “castigar menos, mas castigar melhor”, de forma a almejar a correção para os corrigíveis (positivo) e eliminação para os não corrigíveis (negativo)¹³⁹.

Encontra em seu principal precursor, VON LISZT, as ideias proliferadas na Conferência de Marburgo em 1822¹⁴⁰. A pena não deveria simplesmente retribuir o fato passado, mas

¹³⁷ CORREIA, Eduardo. *Op. cit.* 2008. p. 49. O autor consigna, também, a dificuldade em encontrar o *quantum* de sofrimento faz-se necessário para causar tal intimidação. Ademais, da obra de FEIJOO SANCHEZ é possível verificar outras inúmeras objeções, que o jurista divide em perspectiva valorativa axiológica, incompatibilidade com o direito positivo, empíricas ou criminológicas, político-criminais e dogmáticas e conceituais. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Op. cit.* 2007. p. 142 pp. 142-165. Não obstante as deveras e merecidas críticas, “Todavia, nos nossos dias, a concepção da prevenção geral não perdeu de modo algum a sua importância. Se na exposição de motivos do nosso projecto de Código Penal de 1962 de pode-se ler sobre << força moderadora dos costumes >> da pena, e se, como sucedeu recentemente, o legislador aumentou de modo drástico as penas para a embriaguez ao volante e outros crimes de tráfego, é porque por detrás está sempre presente a ideia de que com a ajuda do Código Penal se pode motivar a generalidade da população a comportar-se de acordo com as leis, ou seja, uma consideração de natureza claramente preventivo-geral.” ROXIN, Claus. *Op. cit.* 1986. p. 23.

¹³⁸ Para a maioria, essa teoria tem início na segunda metade do século XIX. Contudo, FIGUEIREDO DIAS apresenta um pensamento divergente. Para o jurista, o momento de entrada da teoria especial no que tange o direito penal português veio com a escola correccionalista, que é anterior a essa data mencionada. Afirma que essas escolas “convergiam na ideia de que todo homem é por sua natureza, susceptível de ser corrigido, pelo que a pena se deve, antes de tudo, propor operar a correção do delinquente como única (e melhor) forma de evitar que ele, no futuro, continue a cometer crimes”. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.* 1999, p. 104.

¹³⁹ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?* Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales. S.A. 2005. p.191.

¹⁴⁰ Luis JIMÉNEZ DE ASÚA demonstrou o entendimento de Von Liszt no capítulo “*Corsi e ricorsi*”: *La vuelta de von Liszt* da obra *La idea de fin en el derecho penal* do jurista Franz von Liszt. “*Cuando von Liszt lanza su Programa de Marburgo, la idea dominante era que la pena había de ser retributiva y que la justicia de la pena radicaba en su naturaleza ética. No lo cre así el gran maestro que, desde Marburgo, anuncia las nuevas doctrinas. La ética – a su entender – no justifica ni fundamenta la pena. Sólo el fin puede justificarla y la pena justa será la que mejor proteja los bienes jurídicos. Para von Liszt, la pena justa es la pena necesaria. No se crea que por ello se abandonarán los fines de prevención general, ya que llega a demostrar lo absurdo de contraponer el quia peccatum est y el ne peccetur, es decir, que niega la antítesis ente represión y prevención, puesto que la concibe como ‘pena defensa’. La pena, concluye, es prevención actuada a través de la represión*”. LISZT, Franz Von. *La idea de fin en el derecho penal*. Universidad Nacional Autónoma de México. Universidad de Valparaíso de Chile. México. 1994. p. 42-43. Salienta o entendimento do jurista acerca da pena: “*La pena no es, no debe ser,*

prevenir novos delitos, “corrigindo, consoante classificação que se faz dos criminosos, o corrigível, intimidando o intimidável e, finalmente, neutralizando ou tornando inofensivos, mediante a pena de privação de liberdade, os que não são corrigíveis nem intimidáveis”¹⁴¹.

Iniciando com a prevenção especial de caráter negativo, tem como principal objetivo evitar que o indivíduo cometa delitos e, se já cometeu, que ele não volte a delinquir. Parte da ideia de que o indivíduo que cometeu um delito é portador de desvios mentais e precisa de correção. O estudo deixa de ser o crime em si, passa a ser o homem delinquente. E a pena é medida de acordo com a necessidade de evitar novos delitos¹⁴².

Sem maiores delongas, é impreterível tecer algumas veracidades. O indivíduo quando se encontra segregado no sistema carcerário deixa de cometer delitos na sociedade (pelo menos na teoria, pois sabemos que muitos crimes têm suas ordens demandadas por líderes de dentro da prisão). Entretanto, se esse é o objetivo da teoria da prevenção especial negativa, pode-se dizer que obteve êxito.

Todavia, um dia esses criminosos sairão desses confinamentos e com outras lições aprendidas também com muito êxito. É de dentro das prisões que os infratores aprendem outros tipos de delitos, aqueles típicos do interior do sistema carcerário, como elenca BOZZA: “uso de entorpecentes, lesões corporais em pessoas de gangues rivais, pequenas fraudes para que agentes penitenciários permitam maior flexibilidade no sistema de disciplina, etc.”¹⁴³.

Contudo, para conter os crimes daqueles que se apresentam como “corrigíveis”, ou seja, aqueles que tiveram uma socialização defeituosa, fala-se em uma correção por meio de uma reeducação e reinserção social¹⁴⁴. Surge, aqui, a prevenção especial de caráter positivo. Nesse

una lesión individual, “doble mal” o “sufrimiento” causado con el propósito de “mal por mal”, en el vil supuesto de que la ética humana deba inspirarse en esta brutal infra-humana ley del mundo, de que ésta se ala “ley de nuestra naturaliza”. El elemento sensible de la pena es medio, no fin y el sufrimiento penal la consecuencia, no el propósito. Se sufre la pena; no se sufre – necesariamente – por la pena”. LIZST, Fran Von. A pena, in Revista IOB – Direito Penal e Processual Penal, vol. 7, ano VI, n. 37, abril-maio 2006. p. 88-89.

¹⁴¹ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Op. cit.* .2002. p. 113.

¹⁴² BOZZA, Fábio da Silva. *Teorias da pena. Do discurso jurídico à crítica criminológica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2013. pp. 37-38.

¹⁴³ BOZZA, Fábio da Silva. *Op. cit.* 2013. p. 41.

¹⁴⁴ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Op. cit.* 2005. p.194.

âmbito entra em cena o ideal ressocializador “ou talvez melhor: a inserção social, a socialização, porque pode tratar-se de alguém que foi desde sempre um dessocializado”¹⁴⁵.

HASSEMER alega ser incumbência da sociedade a socialização defeituosa. Em sua dicção, “o êxito da socialização é a melhor segurança para a sociedade diante do antigo delinquente; através de uma execução penal ressocializadora intensa, nos custos e no aspecto pessoal, a sociedade pagaria uma parte da culpa que tem carregado consigo pela socialização defeituosa dos indivíduos delinquentes”¹⁴⁶. E se o projeto ressocializador fracassa, utiliza-se da prevenção especial negativa, ou seja, o membro “doente” da sociedade deve ser neutralizado. Nessas situações cabem medidas radicais como pena de morte ou prisão perpétua¹⁴⁷.

Nessa parte do trabalho em apreço será dada uma abordagem sucinta sobre o tema, deixando os acirrados debates como matéria a ser discutida mais a frente. Entretanto, salienta-se de antemão que aqui fecha o quadro histórico de como se deu o surgimento da ressocialização, que para o momento de crescente criminalidade, é “a via mais equilibrada e simultaneamente mais eficaz de garantir a segurança”¹⁴⁸.

A prevenção especial positiva como fim da pena começou nos tempos do Iluminismo, ainda que dividindo espaço com as teorias retribucionistas em momentos do século XIX. Entretanto, no final do mencionado período, volta a emergir com máxima força na forma de algumas correntes, a citar com o correlacionismo na Espanha, a direção moderna de VON LISZT na Alemanha e o positivismo na Itália¹⁴⁹.

Contudo, foi durante os anos sessenta e início dos anos setenta que encontrou o apogeu dessas ideias socializadoras no pensamento político-criminal. O projeto neo-clássico americano

¹⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.* 2007. p. 55.

¹⁴⁶ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Febirs Editor. 2005. p. 374.

¹⁴⁷ BOZZA, Fábio da Silva. *Op. cit.* 2013. p. 40.

¹⁴⁸ PEREIRA, Luís de Miranda. *Seguros ou não? O efeito psicológico da pena in* Revista Portuguesa de ciência criminal. Ano 6, janeiro-março 1996. p. 467. *A priori* não podia deixar de citar a dicção de COSTA ANDRADE ao mencionar a Constituição da República Portuguesa: “Para além de apontar a prevenção como único fim legítimo das penas, é seguramente à prevenção especial de ressocialização que a Constituição da República reserva o primado. Mais: pode mesmo dizer-se que a Constituição erige a ressocialização em imperativo ou obrigação do Estado”. ANDRADE, Manuel Costa. *Constituição e Direito Penal (na perspectiva da Lei Básica de Macau)*. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. Número 13. Ano VI. 2002. p. 414.

¹⁴⁹ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Op. cit.* 2005. p.194.

mais representativo foi apresentado em 1976 por VON HIRSCH com o título de *Doing Justice: the choice of punishments*. Afirma Anabela RODRIGUES que “nele se afasta expressamente a socialização como fim da pena, substituindo-a pelo conceito de <<justos méritos>>, definido, quanto ao conteúdo, pela referência a uma dupla escala de punição típica, prevista pelo legislador com base na gravidade da ofensa e na prognose de reincidência do agente”¹⁵⁰. Assim, a década de setenta foi marcada pelo período em que a socialização perdeu seu apogeu diante da política criminal.

Nesse período foi de grande repercussão a obra de Robert MARTISON que relativizou um discurso negativo quanto à socialização. Em seu trabalho *What Works? Questions and answers about Prison Reform*, de 1974, afirmou que no âmbito carcerário tudo está mal, de nada serve. Além disso, enfatizou que os tratamentos carcerários não conduzem a nada. De modo que ter um indivíduo privado de sua liberdade não é um efeito positivo¹⁵¹.

Entretanto, foi durante a década de oitenta que a rejeição ao modelo socializador foi mais aguçada¹⁵². Todavia, as mudanças não foram as desejadas, a criminalidade permaneceu em alto índice, as tensões internas ao sistema penitenciário aumentaram, as prisões cada vez mais marcadas pelas superlotações e o sistema judiciário tornou-se mais moroso¹⁵³.

Nos últimos tempos, nítido que a política de justa punição não foi o melhor modelo a ser adotado, retornaram de forma acentuada os estudos quanto ao renascimento da ressocialização, até mesmo naqueles países que brutalmente lutaram contra tal modelo. Essa renovação do pensamento socializador condensa-se em três proposições: “o respeito pela liberdade de consciência do recluso, a realização positiva dos direitos fundamentais do recluso e a obrigação constitucional de intervenção social do Estado”¹⁵⁴.

¹⁵⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Op. cit.* 2002. p. 37.

¹⁵¹ MARTINSON, Robert. *What Works? Questions and Answers About Prison Reform in Criminal Justice*. In AA.VV., *The Public Interest*, n. 35. Nova Iorque: National Affairs Inc., 1974, pp. 48-50.

¹⁵² Os apogeu das ideias contra a socialização instalaram-se nos Estados Unidos da América e na Grã-Bretanha. Entretanto, nota-se que mesmo após a publicação dos trabalhos de Martinson (1974) e de Lipton *et alii* (1975) com as conclusões negativas quanto a ressocialização, muitos diretores penitenciários desses países não abandonaram os modelos de socialização.

¹⁵³ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Op. Cit.* 2002. p. 39.

¹⁵⁴ *Ibidem.* p. 53.

De fato, a época contemporânea é marcada pelo otimismo e confiança do Direito Penal, ao passo que caracteriza o forte pessimismo sobre a eficiência das instituições penais. Esse quadro começou a se emergir no final dos anos 60 do século XX, quando o método de repressão ao crime – as prisões – apresentava-se como método irracional e contraproducente. Durante a maior parte do século XX, a ressocialização foi o termo predominante no sistema penal. Hoje encontra-se em crise e, de forma incansável, busca-se nova filosofia. Todavia, não se trata de um problema meramente científico ou acadêmico, mas também das raízes da política penal, da história e da sociologia da sanção penal, de modo que se coloca em dúvida o verdadeiro fundamento do que se considera axioma do Direito Penal¹⁵⁵.

Diante desse quadro, a finalidade preventiva especial encontra guarida em muitos ordenamentos. À título exemplificativo, Regras de Tóquio, que são as regras mínimas para adoção de medidas alternativas à pena privativa de liberdade, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução 45/11, de 14 de dezembro de 1990 e Pacto de San José da Costa Rica.

2.2.2.1. Escola da Nova Defesa Social¹⁵⁶

O conteúdo ideológico da Escola da Nova Defesa Social está integrado pela confluência de alguns fatores como o positivismo criminológico e o neoclassicismo do século XX. Teve seu surgimento marcado após a Segunda Guerra Mundial, momento em que contou com o aparecimento de aspirações humanistas e movimentos inovadores e revolucionários que

¹⁵⁵ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Op. cit.* 2005. pp. 123-124. As deveras críticas do sistema carcerário foram muito bem demarcadas por diversos autores, mas pelo brilhantismo, citamos Michel FOULCAULT, na sua obra *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Nessa época – década de 60 – a criminologia crítica influenciou várias correntes do pensamento criminal, como diz Nilo BATISTA: “quando se olhava para o futuro, o prognóstico comum apostava na redução do sistema penal, do qual cumpria subtrair o maior número possível de conflitos. “Descriminalização”, “desjudicialização” e “despenalização” eram expressões que pulavam nas publicações especializadas dos anos setenta, ao lado de “ultima ratio”, “direito penal mínimo”, “abolicionismo” e tantas outras apontadas para a mesma direção”. BATISTA, Nilo. *Só Carolina não viu – Violência Doméstica e Políticas Criminais no Brasil*. In *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. x.

¹⁵⁶ Como explica VALOIS, “o nome Escola da Nova Defesa Social foi dado para fazer contraste com a Escola Positivista de Lombroso, Ferri e Garófalo, porque, como vimos, os italianos defendiam a aplicação da pena em nome da defesa social. O estudo do criminoso, a recuperação, eram necessários em benefício da sociedade, em defesa da qual não se mediria esforços”. VALOIS, Luis Carlos. *Op. cit.* 2012. p. 80.

romperam com as antigas concepções do Direito Penal. Dentre essas manifestações nota-se um dos mais significativos que foi a Escola em estudo¹⁵⁷.

O movimento que foi encabeçado por Franz VON LISZT, Adolphe PRINS e Gerard VAN HAMEL, tem como expoentes o professor italiano de Gênova, Filippo GRAMÁTICA e o magistrado francês, Marc ANCEL. Essa Escola cresceu vertiginosamente e aderiu inúmeros adeptos. Em 1949 nasceu a Sociedade Internacional de Defesa Social. Em 1954, no Congresso de Anvers, foi aprovado o Programa Mínimo. Anos depois, 1971, teve o Congresso de Paris, que seguiu em 1976 com o Congresso de Caracas e 1981 o Congresso de Tessalônica. Em 1985, a Assembleia Geral da Sociedade em Milão, onde manteve o Programa Mínimo¹⁵⁸.

A Escola veio para quebrar com os paradigmas carcerários anteriores e foi marcada pelo estigma de “não repressão”, desvinculando, assim, das ideias retribucionistas. A pena, por sua vez, tem que ter uma finalidade de devolver o delinquente para a sociedade de forma livre e consciente. Não cabe à sanção penal o caráter de sofrimento ao infrator. Fala-se, aqui, de ressocialização e, para seu êxito, cabe ao magistrado não restringir somente a lei positiva, deve-se avaliar os elementos subjetivos da personalidade do autor¹⁵⁹.

GRAMÁTICA criou em 1947 a Sociedade Internacional para a Defesa Social¹⁶⁰ com as bases da Escola Moderna dos precursores, a denominada Associação Internacional Criminalística e depois, Associação Internacional de Direito Penal. O italiano era o mais radical dessa Escola, partidário do abolicionismo e substituição de delito por fato antissocial¹⁶¹.

Para GRAMÁTICA, o sistema de defesa social não é compatível com o Direito Punitivo. Afirma que não é necessário excluir todo o caráter de sofrimento das medidas tidas como

¹⁵⁷ DÍAZ, Gerardo Landrove. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Editorial Tecnos. 2005. p. 23.

¹⁵⁸ GOMES NETO, Pedro Rates. *A prisão e o sistema penitenciário. Uma visão histórica*. Canoas: Ulbra. 2000. p. 40. O autor completa com a ideia da evolução da nova ordem social (chama de “Neodefensismo Social”) afirmando que “surgiu também o movimento de Política Criminal Alternativa ou Nova Criminologia, subdividindo-se em Criminologia Crítica, Criminologia Radical, Criminologia da Reação Social e Economia Política do Direito”.

¹⁵⁹ DÍAZ, Gerardo Landrove. *Op. cit.* 2005. pp. 23-24. Interessante o ponto de vista do jurista ao afirmar que a Escola da Nova Defesa Social não causou tanto impacto no Direito Penal como pretendido, pois suas ideias já foram base de outros estudos.

¹⁶⁰ Em 2014 contava com o espanhol Luís Arroyo Zapatero como presidente dessa Associação. Faz parte também ilustres nomes como o brasileiro Sérgio Salomão Shecaira.

¹⁶¹ GRAMÁTICA, Filippo. *Principios de defensa social*. Tradução para o espanhol por Jesus Muñoz y Muñoz de Prado e Luís Zapata Aparício. Madrid: Editorial Montecorvo S.A. 1974.p. 95.

“defesas sociais”, mas deve ser individualizada. Assim, nota-se um critério peculiar de aplicação, que é “sempre em relação ao conhecimento e às exigências particulares de cada indivíduo submetido a medida de defesa social”¹⁶². Completa sua ideia afirmando que o Estado não tem o direito de castigar, apenas de devolver os indivíduos sociais. Para tanto pretende a substituição das penas por medidas preventivas, educativas e curativas. Ao mesmo passo que tem a pretensão de acabar com os chamados comportamentos antissociais, que ao seu modo, seriam atitudes como pobreza, a venda de bebidas alcoólicas ou o aumento brusco da natalidade¹⁶³.

A ideia de ressocialização foi ganhando espaço, muito embora com caráter mais radical, marcada pela perda de direitos, e subjetiva, ao deixar à mercê dos julgadores o conceito amplo de antissocial e de medidas preventivas adequadas a serem aplicadas. Mesmo assim, não tiramos o mérito do incipiente ideal ressocializador, que deixou legados para as críticas, bem como para sua continuidade.

Marc ANCEL, menos radical que GRAMÁTICA, seguiu com o seu ideário - excluindo os exageros -, entretanto não corroborava com o abolicionismo do Direito Penal, mas também defendia a ressocialização. ANCEL manteve com a primazia da teoria da prevenção especial, mas em uma corrente menos radical. Defende o princípio da culpabilidade e da responsabilidade do homem¹⁶⁴. Como desejava o criador, “uma confiança no destino do homem, uma proteção do ser humano, uma reação contra a repressão cega, uma preocupação de humanizar as instituições penais e de assegurar a recuperação social daquele que se tenha desviado para a delinquência”¹⁶⁵.

Derradeiramente, não é novidade que as prisões não regeneram, nem reintegram. Elas corrompem e destroem o delinquente, aniquilam a sua saúde, tirando-lhes a personalidade. Não ressocializam e apenas oneram os Estados que tratam esse arrepiante quadro com descaso. Contudo, sabe-se que muito ainda tem para mencionar sobre esse tema, mas com essa visão resumida e simplista é o que basta para a continuação da análise do trabalho em apreço, vez que

¹⁶² GRAMÁTICA, Filippo. *Op.cit.* 1974.p. 99 (tradução nossa).

¹⁶³ MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio. *Sanción penal y política criminal. Confrontación con la nueva defensa social.* Madrid: Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros. 1977. p. 101.

¹⁶⁴ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Op. cit.* 2005. p. 207.

¹⁶⁵ SILVA, Evandro Lins e. *De Beccaria a Filippo Gramática. Sistema Penal para o Terceiro Milênio. Atos do Colóquio Marc Ancel.* Organização de João Marcello de Araújo Júnior. Rio Janeiro. 1991. p. 31.

agora é possível uma visualização contextual de onde se encontra a nossa matéria, tanto na história da evolução das penas quanto no seu fim.

3. OS INSUCESSOS DO CASTIGO E DO CÁRCERE

“A prisão, essa região mais sombria do aparelho de justiça, é o local onde o poder de punir, que não ousa mais se exercer com o rosto descoberto,

organiza silenciosamente um campo de objetividade em que o castigo poderá funcionar em plena luz como terapêutica e a sentença se inscrever entre os discursos do saber. Compreende-se que a justiça tenha adotado tão facilmente uma prisão que não fora, entretanto, filha de seus pensamentos. Ela lhe era agradecida por isso”¹⁶⁶.

Não concordamos plenamente com os abolicionistas que consideram possível uma sociedade sem sanções penais. Também não concordamos com punição em massa, sistemas carcerários lotados, injustiças e reincidência. Concordamos com doutrinadores – entre tantos outros - como FALCÓN Y TELLA (Maria José Falcón y Tella e Fernando Falcón y Tella) e COSTA ANDRADE. Os primeiros afirmam a necessidade da sanção penal, mas colocam a sua importância como a *ultima ratio*, ou seja, a pena é aplicada na falha dos demais modos de ordenação. Surge como meio para proteção da sociedade e a ordem social¹⁶⁷.

Já o professor COSTA ANDRADE vai mais além. O jurista menciona *a priori* a dignidade penal, alegando que esta “assegura eficácia ao mandamento constitucional de que só os bens jurídicos de eminente e superior dignidade devem gozar de proteção penal”. Completa a afirmação, corroborando com o já mencionado *ultima ratio* do direito penal, entretanto adiciona um caráter de subsidiariedade da carência da tutela penal. Entende que a intervenção penal só deve existir quando se “revelar idónea, porque eficaz na proteção dos bens jurídicos e seja, para além disso, necessária”. Por “necessária” alega ser quando não há outro meio menos gravoso para a liberdade, no que diz respeito a proteção dos bens jurídicos¹⁶⁸.

¹⁶⁶ FOUCAULT, Michel. *Op. cit.* 2009. p. 242.

¹⁶⁷ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Op. cit.* 2005. p. 121.

¹⁶⁸ ANDRADE, Manuel Costa. *Op. cit.* 2002. p. 210. Completa o autor: “Deve ainda precisar que a dignidade penal e a carência de tutela penal – bem como os princípios em que elas se traduzem, a saber: danosidade social, proporcionalidade, subsidiariedade e fragmentariedade – valem hoje, na generalidade das ordens jurídicas, nomeadamente na portuguesa, como imperativos constitucionais que o legislador ordinário deve respeitar na feitura das leis incriminatórias. É o que claramente resulta do disposto no n. 2 do artigo 18º da Constituição da República Portuguesa: ‘A lei só pode restringir os direitos, liberdade e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos’. Por causa disso, não poderá fugir à censura e à sanção da inconstitucionalidade a lei que frontalmente os viole”.

Mencionamos também os ensinamentos de CARBONELL MATEU, quando afirma que para entrar na esfera do direito penal o bem jurídico necessita ser digno de tutela penal e conter um elevado consenso em sua valoração. Por consenso, entende a relevância constitucional. O direito penal só deve atuar quando não for possível a tutela do bem jurídico de forma menos custosa para a liberdade¹⁶⁹.

Nesse quadro, tem-se - para o século XXI - como o fundamento da punição e consequente ingresso ao sistema carcerário, aquilo que o Estado tem feito desde o seu início: castigar e excluir. Entretanto, a motivação que os desviantes encontram para cometer o delito está bem documentada no trabalho de BECKER: “algumas pessoas se transformam em delinquentes não porque suas motivações básicas são diferentes, mas porque seus custos e benefícios são diferentes”¹⁷⁰.

3.1. POR QUE PUNIR?

Nesse diapasão, mantém-se a questão que não é nossa: por que castigar? FERRAJOLI define essa pergunta em outras duas: por que existe a pena (o castigo)? e por que deve existir a pena (o dever de castigar)? Uma plausível resposta para a primeira indagação surge no sentido de adequar a pena a um problema científico, isto é, admite resposta como verdadeira ou falsa. Tal fato traduz problemas de ordem histórica ou sociológica. Já para a segunda, o problema seria mais filosófico, que admite respostas de caráter ético-político, remetendo às prescrições normativas (justas ou injustas, aceitáveis ou inaceitáveis). Seria um dever ser (jurídico) da pena, ou seja, o direito de punir¹⁷¹.

¹⁶⁹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Valência: Tirant lo Blanch. 1995.p. 202

¹⁷⁰ BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: Na Economic Approach*. In BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (Ed) *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. Nova Iorque: Columbia University Press. 1974. p. 09. (tradução nossa).

¹⁷¹ O jurista relaciona a pergunta “por que castigar?” com o vício metodológico, alegando que em muitas vezes a resposta para a indagação consiste na confusão da função ou motivação com o fim da pena do ser (de fato ou de direito) e com o dever ser (axiológico). “*En esta confusión incurren ante todo cuantos producen o sostienen doctrinas filosóficas de la justificación presentándolas como <<teorías de la pena>>. De este modo hablan, a propósito de los discursos acerca de los fines de la pena (...)*”. FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* 1995. pp. 321-322.

Tendo em conta essas perguntas, entende-se o motivo do estudo da pena em dois campos: o da criminologia e o do direito penal. Pelo primeiro, resguarda a reflexão sobre o fenômeno empírico da punição; pelo segundo, é onde se encaixa o real estudo do dever jurídico da pena. Foi nessa perspectiva que foi desenvolvida a criminologia crítica, exatamente como uma crítica do direito penal (“nos países ocidentais de linhagem jurídica romano-germânica”)¹⁷². Vera BATISTA, adepta à criminologia, sintetiza essa divergência apontando a advertência de ZAFFARONI aos juristas: “a pena não pode ser pensada no ‘dever ser’, mas sim na realidade letal dos nossos sistemas penais concretos”¹⁷³.

Encaixando essa filosofia ao mundo real nos defrontamos com um problema visível que seria o grande encarceramento e a sua desumanização, os quais evitam qualquer espécie de ressocialização ou de aprendizado benigno, cabendo à dogmática (teoria do direito penal) a “responsabilidade ética e social, ou seja, que não se exima do real, não fique alheia aos efeitos genocidas que os seus modelos de legitimação produzem”¹⁷⁴.

¹⁷² CARVALHO, Salo de. *Sobre as possibilidades de uma penologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento*. In Revista Polis e Psique. Volume 3 (3). 2013. pp. 145-146. Nota que em países que predominam a *common law* foi desenvolvida tradições distintas da criminologia.

¹⁷³ BATISTA, Vera Malaguti. *Op. Cit.* 2011. p. 91. Importante transcrição de ZAFFARONI sobre o tema: “As leis expressam através de palavras, mas o fazem em um mundo onde ocorrem fenômenos físicos, sociais, culturais, econômicos, políticos, etc., em permanente mudança, em uma realidade que flui continuamente, protagonizada por pessoas que interagem e se comportam conforme certos conteúdos psicológicos. Todas estas coisas são reais e sucedem deste modo e não de outro, e as leis devem ser interpretadas neste mundo e não em outro que não existe. O impossível é neste mundo, tanto por razões sociais como físicas. Se é impossível caminhar na água, igualmente é ressocializar o preso”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar. 2006. p. 77 (tradução nossa).

¹⁷⁴ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* 2013b. p 147. Exatamente nesse ponto, funda-se o ideal da penologia. Nesse sentido, o termo penologia surgiu na obra de Lieber, *A popular essay on subjects of penal law and uninterrupted solitary confinement*. Entretanto, Jimenez de Asua na sua obra *Tratado de Derecho Penal* fala do surgimento numa carta privada em 1834. De igual modo, GARRIDO GUZMAN em *Manual de ciência penitenciária*. No entanto em 1845, na obra *Bruchstücke über Gegenstände der Strafkunde bes. über das Ermitenssystem*, Liber já expunha acerca da importância da penologia ou de uma disciplina de direito penitenciário. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Op. cit.* 2002. p. 19. Em termos mais modernos, citamos Salo de CARVALHO: “Assim, ao pressupor como superada a indagação sobre a (i) legitimidade do Estado em impor sanções, a dogmática penal, por meio da penologia, constrói os discursos de legitimação da sanção criminal de forma a propor um fundamento racional ao ato de coação política e, em decorrência, habilitar o exercício do controle social realizado pelos Poderes constituídos”. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 43. Após tal conceito, o autor se indaga: “por que punir?”. Notamos que aqui faz necessário um conceito da penologia e assim, recorremos à obra de Armida Bergamini MIOTTO: “A penologia é uma ciência de caráter não normativo que estuda a pena em suas vertentes teóricas (história e evolução), legislativa (comunicação concreta), legislativa (espécies, cominação abstrata e circunstâncias modificadoras), judiciária (cominação concreta), penitenciária (execução). *Curso de direito penitenciário*. São Paulo: Saraiva. 1975. p. 38. Com uma ressalva de que a penologia se associa mais a criminologia e não se confunde com o Direito Penitenciário. A

A fim de evitar generalizações, sabemos que as mazelas das prisões não é um problema recorrente apenas em países de terceiro mundo. Suas dificuldades abarcam até mesmo aqueles em que o sistema trata os desviantes em conformidade às regras de humanidade. Na Suécia, por exemplo, os guardas sequer utilizam de armas para manter a segurança, quase não se ouve falar em ataques a homossexuais. Os prisioneiros são resguardados em quartos individuais. Aqueles condenados a penas inferiores a um ano têm direito a prisão aberta, sem muros, mantêm seu trabalho e possuem regalias como espaço para sauna, natação, praticar golfe e esquiagem¹⁷⁵. Pensando assim, qual o malefício desse sistema carcerário?

Todavia, até mesmo aqueles que não contam com problemas como superlotação, violências ou morte de detentos dentro das prisões, apresentam outros enigmas a superar. Na Suécia, com esse modelo, que aos olhos de outros países se encaixaria como o sistema perfeito, também enfrentam dificuldades. O sistema pode estar no caminho certo, mas junto com esse caminho é necessária conscientização popular. Os índices de reincidências suecos são altíssimos, pois uma vez fora da prisão, o indivíduo é sempre estigmatizado como “ex-detento” e enfrenta problemas do cotidiano, como alugar um apartamento e arrumar um emprego. E, mais uma vez, a ressocialização deixa de ser concluída com sucesso¹⁷⁶.

Assim, o que nos resta notar é que após tantos estudos sobre as finalidades das penas (teoria retributiva, preventiva geral e especial, mista) e qual seria a sua melhor aplicação - notável a exclusão das formas de não punição -, estamos visivelmente diante de uma crise da finalidade da pena. A saída encontrada por alguns ordenamentos seria deixá-la mais rígida, entretanto é visível que essa aparente solução não causa os impactos pretendidos. Hodiernamente, procura-se uma justificação positiva para a pena, mas então como explicar o alto índice de encarceramento contemporâneo, até mesmo onde o castigo não é um martírio?

Não obstante a divergência acerca de qual seria a melhor aplicação para a finalidade das penas, temos de levar em consideração que a ideia de punir – nas suas diferentes manifestações - sempre esteve presente. Na Antiguidade e Idade Média falamos de uma punição por meio da

primeira corrente aborda os aspectos naturalístico e a segunda, os aspectos jurídicos da pena. BRITO, Alexis Couto de. *Execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 60.

¹⁷⁵ THOMPSON, Augusto. *A Questão penitenciária*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2002. pp. 132-133.

¹⁷⁶ *Ibidem*. p. 136.

vingança divina. Todavia, somente após a Idade Moderna com a ideia de contrato social, é que surge o direito de punir do Estado.

As reformas penais do século XVIII, dizem respeito a “constituir uma nova economia e uma nova tecnologia do poder de punir (...) supõe-se que o cidadão tenha aceito de uma vez por todas, com as leis da sociedade, também aquela que poderá puni-lo. O criminoso aparece então como um ser juridicamente paradoxal. Ele rompeu o pacto, é inimigo da sociedade inteira, mas participa da punição que se exerce sobre ele”¹⁷⁷.

Sob essa ótica não é difícil perceber que o *ius puniendi* estatal é totalmente aceito pela sociedade. O que não é aceito é o desvio, que rompe com a ordem e o equilíbrio social, que - em tese - seria o estado normal de uma sociedade. As sanções passam a serem vistas como necessárias para restabelecerem o consenso e a harmonia, pouco importando, se é necessária a justa retribuição ou a coação psicológica¹⁷⁸.

Reformulada a questão para um caráter da criminologia crítica, encontra-se em BARATTA os seguintes princípios para a punibilidade estatal: (a) a legitimidade estatal em punir a criminalidade, representando a massa da sociedade que pretende a punição do comportamento desviante; (b) o bem e o mal, pelo qual a sociedade é um bem e o desvio criminal é o mal. “O delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social”; (c) a culpabilidade, que trata o delito como algo reprovável é contrária às normas presentes na sociedade; (d) a finalidade ou a prevenção, que diz respeito a função ressocializadora da pena. A pena não é apenas punitiva, mas também retributiva; (e) a igualdade, traduzida na forma de que a reação penal é igual para todos; (f) o interesse social e do delito natural, vez que “os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos”¹⁷⁹.

Sem embargos, se analisar-se sob uma visão marxista do caso, compreender-se-á que esse mesmo Estado punitivo é o causador dos desvios. Entendendo a sociedade como uma comunidade harmônica e que os desvios são minoritários e podem ser repreendidos com normas

¹⁷⁷ FOUCAULT, Michel. *Op. cit.* 2009. p. 86.

¹⁷⁸ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* 2013b. pp. 145-146. 2013. p 153. PAVARINI sintetiza em 3 itens o que diz respeito as relações entre indivíduo e autoridade, lei e sociedade: (i) a lei reflete a vontade coletiva; (ii) a lei é igual para todos; (iii) a violação da lei penal é ato de uma minoria. PAVARINI, Massimo. *Control y Dominación*. Tradução de Ignacio Munagorri Madrid: Siglo XXI.2002. p. 95.

¹⁷⁹ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.* 2014, p. 42

penais e punições, estar-se-á diante de uma desigualdade social, política e econômica e, claro, a disputa pelo poder. Nessa linha de raciocínio, os delitos não seriam episódios isolados, seriam mais do que isso, a disputa da classe não dominante com a classe dominante de poder. Esse seria o ideário de MARX E ENGELS: “a história de toda a sociedade até agora existe é a história de luta de classes”¹⁸⁰.

3.1.1. As respostas: dos abolicionistas aos justificacionistas

Dentre as respostas negativas para a pergunta “por que punir?” e de modo contrário aos estudos da pena e as suas formas de punibilidade, encontramos os abolicionistas, que negam a interferência estatal de forma incriminadora, com a convicção de que o fato social, denominado “crime” seria plausível de solução mais adequada para a vítima, para o agente e para a comunidade¹⁸¹.

A ideia abolicionista teve sua fundamental aparição nos países em que a tendência predominante era o ideário ressocializador, tais como Estados Unidos da América, Holanda, Escandinávia. Essa nova corrente surgiu, à época, como uma reação ao fracasso da ressocialização¹⁸².

Tem-se como precursores do abolicionismo autores como Thomas MATHIESEN com tendência marxista, Michel FOUCAULT intitulado de estruturalista, Louk HULSMAN com

¹⁸⁰ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. Tradução de José Barata-Moura, Lisboa: Edições Avantes. 1975. Para os marxistas, os desvios são causas de conflitos socioeconômicos. O crime é produto de classes antagônicas (classe dominante e classe subalternas), cabendo aos representantes da criminologia crítica “construir uma teoria materialista (econômico-política) do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, e elaborar as linhas de uma política criminal alternativa, de uma política das classes subalternas no setor do desvio: estas são as principais tarefas que incubem aos representantes da criminologia crítica”. BARATTA, Alessandro. *Op. cit.* 2014, p. 197. Do mesmo modo, Claudia SANTOS: “A radicalização da criminologia crítica com o surgimento da criminologia marxista estreita os vínculos com o pensamento abolicionista. Na obra porventura mais representativa desta corrente criminológica – *The New Criminology For a Social Theory of Deviance*, de Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young – é já clara a ideia de que o essencial é questionar as estruturas econômicas e políticas que favorecem a subsistência das desigualdades sociais”. SANTOS, Claudia Cruz. *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê? Para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora. 2014 . p. 66.

¹⁸¹ SANTOS, Claudia Cruz. *Op. cit.* 2014. p. 61. Interessante notar que o conceito de abolicionismo aqui conferido pela doutrinadora é aquele sob viés da Justiça Restaurativa, conforme obra publicada como tese de seu doutorado pela Universidade de Coimbra.

¹⁸² SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch. 1992. p. 18

perspectiva fenomenológica e Nils CHRISTIE, na concepção fenomenológica-historicista, os quais notadamente apresentam distinções entre seus ideais¹⁸³. Entretanto, como congruência da ideologia, esses doutrinadores fundaram grupos de ação ou de pressão contra o sistema penal e levaram adiante movimentos com pessoas que possuem experiência prática no campo criminal¹⁸⁴.

Inicia-se com a exposição dos pensamentos de Thomas MATHIESEN, considerado o estrategista do abolicionismo; não é a toa que ele é representado pelas suas tendências marxistas. Para o abolicionista, o sistema penal está vinculado com a estrutura capitalista, de modo que, radicalmente, almeja a abolição de todas as estruturas repressivas da sociedade e não apenas do capitalismo¹⁸⁵. Para ele, não basta apenas a abolição do cárcere, deve-se extinguir todas as

¹⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar. 1998. p. 103. Estamos aqui falando dos abolicionistas em sentido amplo, e entendemos como sendo “quando, não somente uma parte do sistema de justiça penal, mas o sistema em seu conjunto é considerado como um problema social em si mesmo e, portanto, a abolição de todo sistema aparece como única solução adequada para este problema”. DE FOLTER, Rolf. *Sobre la fundamentación Metodológica del Enfoque Abolicionista del Sistema de Justicia Penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault*. In SCHEERER, HULSMAN, STRINERT; CHRISTIE; DE FOLTER, Mathiesen. *Abolisionismo Penal*. Tradução de Mariano Alberto Ciafardini y Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar. 1989. p. 58. Entretanto, tem também o abolicionismo radical, marcado por Max STIRNER, cuja ideologia é o desvalor das regras, mostra-se partidário às rebeliões e transgressões, o que não deve ser prevenida, julgada ou castigada. As menos radicais não se opõem ao controle social, mas às penas e ao Direito Penal. FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Op. cit.* 2005. p. 124. Para Elena LARRAURI, os abolicionistas radicais rejeitam toda forma de castigo, optando por soluções como a terapêutica. Os moderados são contrários a prisão, mas a favor de outros modos de castigos. Os abolicionistas em sentido amplo são aqueles que entendem outras formas de respostas ao crime que não seja o castigo. LARRAURI, Elena. *Abolicionismo del derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista*. In *Poder y Control*, 3, Barcelona: PPU. 1987. p. 95 e ss. FERRAJOLI considera abolicionista “somente aquelas doutrinas axiológicas que impugnam como ilegítimo o direito penal, (...) não são abolicionistas, mas exatamente substitucionistas, aquelas doutrinas criminológicas, as vezes libertárias e humanitárias em sua intenção, mas convergentes na prática com o correccionalismo positivista, que sob a direção do programa de abolição da pena propõem em sua realidade a substituição da forma penal da relação punitiva por tratamentos pedagógicos ou terapêuticos do tipo informal, mas sempre institucional ou coercitivo e não meramente social”. FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* 1995. p. 248 (tradução nossa). Entretanto, Claudia SANTOS equilibra esse impasse afirmando que “todo abolicionismo é radical”. SANTOS, Claudia Cruz. *Op. cit.* 2014. p. 71.

¹⁸⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Minimalismos, abolicionismos e eficienticismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão*. Revista Sequencia, n. 52, julho 2006. p. 166 FOUCAULT fundou o Grupo de Informação sobre os cárceres (*Groupe d' Information sur les Prisons*); HULSMAN iniciou a Liga Coorhhert, a qual, entre outras ações, apresentava todos os anos um pressuposto alternativo para o Ministério da Justiça; MATHIESEN fundou o KROM (1969) norueguês, abreviatura de *Norsk forening for Kriminal Reform* (Associação Norueguesa para a Reforma Penal) e seus contrapontos escandinavos são o KRUM (Suécia, 1966) e o KRIM (Dinamarca e Finlândia, 1967) organizações que, sob amparo dos projetos abolicionistas, declaram como objetivo estratégico a abolição do sistema carcerário. Existem também na Inglaterra (RAP - Radicais Alternativas à Prisão) e encontram defensores inclusive nos Estados Unidos da América. DE FOLTER, Rolf. *Op. cit.* 1989, p. 59; SCHEERER, Sebastian. *Hacia el abolicionismo*. In SCHEERER; HULSMAN; STEINERT; CHRISTIE; DE FOLTER, Mathiesen. *Abolicionismo Penal*. Tradução de Mariano Alberto Ciafardini e Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar. 1989. p. 20.

¹⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.* 1998. p. 104.

propostas substitutivas, visto que essas “se poderiam transformar facilmente em novas estruturas carcerárias com funções similares aos próprios cárceres”¹⁸⁶.

MATHIESEN apresenta duas teses que reduziria de forma drástica os detentos dentro do sistema carcerário: (i) políticas-sociais, visto que o crime contra o patrimônio está em evidência dentro das prisões. As ações sociais teriam o condão de reduzir os problemas relacionados à pobreza e ao desemprego¹⁸⁷; (ii) descriminalização das drogas, pois nesse ponto é onde está o epicentro do crime organizado, de modo que neutralizaria o mercado ilegal, reduzindo a quantidade de crime¹⁸⁸.

Outro abolicionista, assim considerado, é Michel FOUCAULT, o mais incerto quanto à adequação nesse rol. Entretanto, devido à compatibilidade de ideias, ZAFFARONI é categórico ao afirmar que embora não seja abolicionista como os demais, FOUCAULT faz parte desse quadro¹⁸⁹. Ademais, o enfoque que o doutrinador apresenta gera mudanças radicais na criminologia crítica, deixando fortes legados para o desenvolvimento das demais ideias abolicionistas¹⁹⁰.

Uma das ideias de FOUCAULT que o encaixaria nos moldes abolicionistas é a sua intenção de romper com o sistema punitivo. Para ele não há uma instituição ou um sujeito detentor de poder. Em seus dizeres: “onde há poder ele se exerce. Ninguém é, propriamente falando, seu titular; e, no entanto, ele sempre se exerce em determinada direção, com uns de um lado e outros do outro; não se sabe ao certo quem o detém; mas se sabe quem não o possui”¹⁹¹.

Por outro lado, é inquestionável a presença de HULSMAN como expoente do abolicionismo com várias frases impactantes. Transcrevemos apenas uma que o coloca nessa

¹⁸⁶ MATHIESEN, Thomas. *La política del abolicionismo* In SCHEERER, HULSMAN, STRINERT; CHRISTIE; DE FOLTER, Mathiesen. *Op. cit.* 1989. p. 110 (tradução nossa).

¹⁸⁷ MATHIESEN, Thomas. *A caminho do século XXI*. In PASSETI, Edson & SILVA, Roberto Dias. *Op. cit.* 1997. p. 277: “a guerra contra o crime deveria tornar-se uma guerra contra a pobreza”.

¹⁸⁸ As duas formas são apresentadas em CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. São Paulo: Saraiva 2013. p 249.

¹⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.* 1998. p. 106.

¹⁹⁰ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* 2013a. p. 246.

¹⁹¹ FOUCAULT, Michel; DELEUZE, Gilles. *Os intelectuais e o poder: conversa de Michel Foucault e Gilles Deleuze*. Tradução de Roberto Machado. In: *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal. 1986. p. 75.

corrente: “o sistema penal é especialmente concebido para fazer o mal”¹⁹². O autor afirma que a interferência da justiça penal é um evento raro e excepcional. Expõe que a maioria dos conflitos são lidados fora da esfera penal; analisa dessa forma ao lembrar das cifras negras¹⁹³. Para HULSMAN não existe crime ou delito, apenas situações problemáticas e, ainda, categoricamente alega que chamar um fato de crime limita-se ao estilo punitivo do direito penal e exclui automaticamente as outras formas de soluções, como a mediação, conciliação, arbitragem, terapia¹⁹⁴.

Como HULSMAN, para Nils CHRISTIE, o crime no sentido ontológico da palavra não existe, “existem somente atos, aos quais frequentemente são atribuídos diferentes significados em cenários sociais diferentes”¹⁹⁵. O abolicionista parte da ideia de que a pena é encarregada pelo sofrimento e pela dor¹⁹⁶.

Ao analisar os pensamentos de CHRISTIE, enfaticamente é mencionada a sua concordância com o ideário abolicionista, mas o autor afirma que “não posso seguir os abolicionistas até o fim”, vez que levada ao extremo, tal posição é capaz de sofrer graves problemas. Entre eles, o fato de alguns ofensores não conseguirem manter um diálogo com a vítima e, como consequência, não chegarem a um acordo sem a intervenção da justiça penal (um tribunal imparcial). Outro fator seria a deterioração dos processos de reconciliação, caso em que também pode ser necessária a devolução do processo ao Magistrado¹⁹⁷.

¹⁹² HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas. O sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam. 1993. p. 88. ZAFFARONI explica o pensamento de HULSMAN: “*Hulsman, después de una evolución radicalizante de su pensamiento, llegó a la conclusión de que el sistema penal es un problema en sí mismo y, ante su creciente inutilidad para resolver conflictos, resulta preferible abolirlo en su totalidad, como sistema represivo*”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op.cit.* 1998. p. 103.

¹⁹³ “Digo ‘lidados’ de propósito, porque não devemos cometer o erro de pensar que o que não é *in acto* não está *in mundo*. O fato de não sabermos que se ‘lidou’ com alguma coisa não significa que não se ‘lidou’ com ela”. HULSMAN, Louk. *Temas e Conceitos numa Abordagem Abolicionista da Justiça Criminal*. In PASSETI, Edson & SILVA, Roberto Dias. *Conversações Abolicionistas: uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitivista*. São Paulo: IBCCRIM/PEPG Ciências Sociais PUC-SP. 1997. pp. 203-204.

¹⁹⁴ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* 2013a. p 253. Acerca de tais medidas a Professora Claudia SANTOS afirma que “o pensamento de HULSMAN merece referência especial, sobretudo na medida em que muitas das suas afirmações sobre o conflito criminal parecem manter plena actualidade na teoria restaurativa”. SANTOS, Claudia Cruz. *Op. cit.* 2014. p. 67.

¹⁹⁵ CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan. 2011. p. 20.

¹⁹⁶ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* 2013a. p 250.

¹⁹⁷ CHRISTIE, Nils. *Op. cit.* 2011. pp. 124- 125. CHRISTIE era favorável a inserção da vítima no processo, “*la compensación de la víctima es una solución sumamente obvia que ha usado la mayoría de la gente del mundo en*

Nesse ponto, salienta-se que há outras correntes com muitos pontos de convergência com o abolicionismo e com ele se confunde. Os abolicionistas negam a legitimidade do sistema penal e colocam a solução dos conflitos à instâncias ou mecanismos informais. Por outro lado, o direito penal mínimo (ou minimalismo), muito conhecido na obra do italiano Alessandro BARATTA, também nega a legitimidade plena do sistema penal, mas propõe uma alternativa mínima que considera necessário como um mal menor¹⁹⁸.

Neste diapasão, Nils CHRISTIE pode ser considerado tanto um abolicionista quanto um minimalista. Em uma entrevista para o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), o autor reconhece que em alguns casos deve ter intervenção da força estatal, mas assegura que essas hipóteses devem ser restringidas ao máximo, de forma que não deslegitima as desvantagens das prisões¹⁹⁹.

Na obra de Nils CHRISTIE, traduzida para o Português com o nome *Uma razoável quantidade de crime*, André NASCIMENTO, autor da “apresentação à edição brasileira” categoricamente afirma que Nils CHRISTIE “se autoproclama minimalista” e salienta que o presente livro sinaliza a transição de CHRISTIE do abolicionista para o minimalismo, pelo fato

la mayoría de las situaciones”. CHRISTIE, Nils. *Los Limites del Dolor*. Tradução de Mariluz Caso. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica. 1984. p. 128.

¹⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. Cit.* 1998. p. 94; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Op. cit.* julho 2006. p. 168, afirma que além de BARATTA, o argentino Eugenio Raúl ZAFFARONI e o italiano Luigi FERRAJOLI também fazem parte dessa corrente do minimalismo. Nas palavras de BARATTA: “Nós sabemos que substituir o direito penal por qualquer coisa melhor somente poderá acontecer quando substituirmos a nossa sociedade por uma sociedade melhor, mas não devemos perder de vista que uma política criminal alternativa e a luta ideológica e cultural que a acompanha devem desenvolver-se com vistas à transição para uma sociedade que não tenha necessidade do direito penal burguês, e devem realizar, no entanto, na fase de transição, todas as conquistas possíveis para a reapropriação, por parte da sociedade, de um poder alienado, para o desenvolvimento de formas alternativas de autogestão da sociedade, também no campo do controle do desvio”. BARATTA, Alessandro. *Op. cit.* 2014, p. 207.

¹⁹⁹ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FONSECA, André Isola. *Conversa com um abolicionista minimalista* – Nils Christie. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 21, ano 6, jan/mar-1998, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 13-21.p. 16. “Meu primeiro, e talvez, mais importante ponto é que os abolicionistas estão corretos em seu posicionamento de buscar a solução dos conflitos em outro campo que não o direito penal. A maioria dos casos deveria ser resolvida por meio de diálogo entre as partes, por intermédio do Juízo Cível, com base na reparação do dano. Esta deveria ser a principal solução para os conflitos, mas resta, ainda, um pequeno problema, que deveria ser mantido tão pequeno quanto possível. Nesses casos, talvez, é que devêssemos utilizar o poder estatal, através do encarceramento”.

de “admitir o modelo punitivo de solução dos conflitos como *último recurso*, mas que de qualquer forma, trata-se de um recurso utilizável”²⁰⁰.

Das críticas do abolicionismo surge o garantismo, corrente italiana que surgiu durante as décadas de 1960 e 1970. Para ZAITCH e ZAGARDUY, o garantismo nasceu do marxismo da nova esquerda e da ideologia anti-institucionalista²⁰¹. Tido por FERRAJOLI, como modelo ideal, não só como Estado liberal, mas também como Estado social, ou seja, protetor dos direitos individuais e difusos²⁰².

É denominado pela sigla SG e a expõe em dez axiomas, que se dividem em garantias penais e processuais penais, com fulcro de limitar o arbítrio punitivo do Estado. Desse modo, são as garantias penais: (i) princípio da retributividade; (ii) princípio da legalidade; (iii) princípio da necessidade ou economia do direito penal; (iv) princípio da lesividade ou ofensividade do ato; (v) materialidade ou exterioridade da ação; (vi) princípio da culpabilidade ou responsabilidade penal. As garantias processuais penais são: (vii) princípio da jurisdiccionarietà; (viii) princípio acusatório ou da separação do juiz e acusação; (ix) princípio do ônus da prova ou da verificação; (x) princípio do contraditório²⁰³.

De fato, enquanto o garantismo, por meio de sua cadeia esculpida por FERRAJOLI - nas perguntas de como proibir, julgar e punir - mostra-se favorável à punição, em uma perspectiva de direito penal mínimo, diferencia-se dos abolicionistas por esses evidenciarem não serem adeptos

²⁰⁰ CHRISTIE, Nils. *Op. cit.* 2011. pp. 10-11. Nas palavras de CHRISTIE: “Espero que minha argumentação, até aqui, tenha deixado claro que o abolicionismo, em sua forma pura, não é uma posição alcançável (...) Nessa situação, o que mais me toca pode ser chamado de *minimalismo*”. CHRISTIE, Nils. *Op. cit.* 2011. p. 131.

²⁰¹ ZAITCH, D. SAGARDUY, R. *La criminología Crítica y la construcción del delito: entre la dispersión epistemológica y los compromisos políticos*. In *Delito y Sociedad*. Revista de Ciencias Sociales, n. 2, Buenos Aires, 1992. p. 43.

²⁰² RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La cuestión carcelaria: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009. v. 1. p. 44.

²⁰³ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* 1995. pp. 93-98. O autor ainda afirma que o garantismo consiste “na tutela dos direitos fundamentais: os quais — da vida à liberdade pessoal, das liberdades civis e políticas às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos — representam os valores, os bens e os interesses, materiais e pré-políticos, que fundam e justificam a existência daqueles ‘artifícios’ — como os chamou Hobbes — que são o Direito e o Estado, cujo desfrute por parte de todos constitui a base substancial da democracia”. *Ibidem*. p. 29 (tradução nossa).

a interferência de qualquer artefato penal, seja pelo seu fundamento ético político, seja pelas vantagens, que se relativizadas são pequenas comparadas às suas consequências²⁰⁴.

O minimalismo, por sua vez, é o ponto de intersecção entre garantismo e abolicionismo, vez que encontramos nas ideias do minimalismo algumas políticas de descriminalização, despenalização, conceitos contrários aos cárceres e adeptos aos substitutivos penais. O minimalismo não pode ser considerado garantista, no entanto almejam das ideias dessa corrente, ao passo que defendem também ideários abolicionistas²⁰⁵. O garantismo não tem ambição de teorias deslegitimante da pena. Ele critica a expansão punitiva do poder estatal, mas não deixa de justificar o sistema penal²⁰⁶.

Por óbvio, as teses aqui apresentadas são apenas aquelas que os fundam na corrente (abolicionista, minimalista e garantista). Deveras são seus ideais e deveras são suas importâncias para o que vieram depois. Alguns mais e outros menos radicais, mas todos deixaram seus legados para o repensar sobre a criminologia e o direito penal; sobre o que seria crime e quem seriam os delinquentes. Seus legados se perduram nas correntes da vitimologia, da Justiça Restaurativa, da ressocialização, das penas alternativas à prisão e demais formas de interferência estatal menor (ou inexistente) do sistema penal.

De outro lado, embora não concordemos, não olvidamos da direita punitiva, aquela sob a forma de justificar a aplicação plena do castigo como punição, que no brocardo “lei e ordem” de

²⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*. 1995. pp. 247-248. “O garantismo tem a ideia de direitos humanos como tema central, do ‘imperialismo dos direitos humanos’ de HOBBSBAWN à militância de esquerda contra violências do Estado. Tendo a justiça como trincheira, retomam-se alguns postulados liberais, radicalizando na direção do uso alternativo de direitos, da produção de novos direitos e na lenda fundacional do iluminismo, o *estado democrático de direito*”. BATISTA, Vera Malaguti. *Op. cit.*. 2011. p. 105.

²⁰⁵ CARVALHO, Salo de. *Criminología Crítica: dimensiones, significados y perspectivas actuales*. In Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales. Ano VI, n. 11. Janeiro-Junho 2014. p. 107. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*.1998. pp. 110-111: “É inquestionável, ao nosso juízo, que o direito penal mínimo é uma proposta que deve ser apoiada por todos que deslegitimam o sistema penal, mas não como meta insuperável, mas como passo ao transito desde o abolicionismo”. (tradução nossa). CHRISTIE, Nils. *Op. cit.*. 2011. p. 131: “Ele [o minimalismo] está próximo do abolicionismo, mas aceita que, em certos casos, a pena é inevitável. Tanto abolicionistas quanto minimalistas têm como ponto de partida atos indesejáveis, e não crimes. Ambos se perguntam como se pode lidar com tais atos. Compensar o ofendido, estabelecer uma comissão para a verdade, ajudar o ofensor a pedir perdão? O minimalismo proporciona alternativas (...) O minimalismo afasta a visão rígida da pena como obrigação absoluta, mas obriga a motivar a escolha pela pena ou pela impunidade”.

²⁰⁶ BATISTA, Vera Malaguti. *Op. cit.*. 2011. p. 106. Nesse conceito, Vera BATISTA menciona o estudo de Gabriel ANITUA.

DAHRENDORF²⁰⁷ tinha a intenção de acabar com todos os delinquentes. Para tanto, a receita era simples: abandonar as grandes teorias e regressar ao básico entendido por todos, o bem e o mal. Esse movimento recebeu o nome de “criminologia da vida cotidiana”²⁰⁸.

O norte americano James Q. WILSON foi um grande intelectual favorável a essa corrente. Com ideias conservadoras, membro do Partido Republicano e da *Rand Corporation*, seu trabalho vinculava às funções repressivas do governo republicano. Sua obra, *Pensando sobre o delito*²⁰⁹, de 1975, mostra a necessidade de reforçar a noção de lei e ordem, ademais, representa um marco crítico à criminologia crítica. Além dessa suma importância, a obra considerava que a política não estava sendo eficiente e não cumpria com suas tarefas de forma cabal, sendo, então, também responsável pelo grande encarceramento nos Estados Unidos da América. Na década de 1980, época denominada de “realismo ideológico” ou “realismo de direita”. Para WILSON, os delinquentes reincidentes poderiam ser punidos até mesmo com pena de morte²¹⁰.

Ernest VAN DEN HAAG, também foi um idealizador desse movimento. Em sua obra *Castigando os delinquentes*²¹¹, também de 1975, mostrou-se cético à ressocialização. Acreditava que era mais fácil convencer do que reabilitar. O autor dividia os considerados delinquentes em três classificações: os maus, os inocentes e os calculadores. Com esse cálculo utilitarista, afirmava que os maus tinham que ser separados, os inocentes protegidos e os calculadores deveriam ser convencidos da inconveniência de delinquir, através da lógica custo- benefício²¹².

²⁰⁷ DAHRENDORF defendia que as instituições reforçariam e recuperariam a sua credibilidade com uma aplicação estrita das leis penais. A ideia de que o direito não é eficaz e pode conduzir a anomia é entendida pelo autor como “situação social pela qual as normas que regulam o comportamento das pessoas perderam sua validade”. A falta de sanção é demonstrada pelo autor em quatro situações: (i) nas situações de impunidade, quando não se investiga, não se considera importante um delito, como ocorre em casos especialmente de fraude fiscal; (ii) ao afirmar que os jovens tem sanções abrandadas; (iii) algumas zonas físicas (metro, por exemplo) e institucionais (colégios, por exemplo) estão a margem do processo normal da lei e ordem; (iv) menciona os distúrbios massivos, vinculados a atos desportivos e de manifestações, que são distintos as revoluções. Esses comportamentos ferem o contrato social. DAHRENDORF, Ralf. *Ley y orden*. Tradução para o espanhol de Luis María Díez-Picazo. Madrid: Civitas. 1994. pp. 40 e 53-54 (tradução nossa).

²⁰⁸ ANITUA, Gabriel Inácio. *Op. cit.* 2008. p. 779.

²⁰⁹ WILSON, James Q. *Thinking About Crime*. Nova York: Basic, Books Inc. Publishers. 1975. WILSON era assessor do presidente Ronald REAGAN e mais tarde ficou famoso pela sua teoria da janela quebrada, junto com KEELING.

²¹⁰ MAISONNAVE, Germán Aller. *Paradigmas de la criminología contemporánea*. In Revista de Derecho Penal y Criminología. n. 5. 2011. p. 183; ANITUA, Gabriel Inácio. *Op. cit.* 2008 p. 780.

²¹¹ VAN DEN HAAG, Ernest. *Punishing Criminals*. New York: Basic Books. 1975.

²¹² ANITUA, Gabriel Inácio. *Op. cit.* 2008. p. 781; BATISTA, Vera Malaguti. *Op. cit.* 2011. p. 103.

Por óbvio, temos como adorador dessa corrente o germânico JAKOBS com seu entendimento de que o delito é uma ruptura com a fidelidade ao direito. Assim, esses atos desviantes devem ser prevenidos, não com a finalidade de prevenir um delito futuro qualquer, mas com a “erosão da configuração normativa da sociedade”. A razão da punição não está vinculada apenas à maldade do feito, mas à manutenção de uma determinada configuração social e a confiança nas instituições públicas²¹³.

Com o “realismo de direita” volta em cena o caráter retributivo da pena: a cada “mal” (leia-se crime) é justificado com um castigo do Estado. Entretanto, esse “mal” é cada vez mais subjetivo e sensível. Como consequência, temos à época a queda da ideia ressocializadora, o considerável aumento do número de encarcerados e a aplicação sem limite da pena privativa de liberdade.

Essa postura política mais intervencionista e antidemocrática foi estabelecida no final dos anos 1970 e é denominado por diferentes expressões pelos teóricos contemporâneos. Apenas para exemplificar, colocamos nessa lista, a “modernidade tardia” para Anthony GIDDENS, em GIDDENS, BECK e LASCH (1995), “modernidade reflexiva” para Ulrich BECK e “modernidade líquida” para Zigmunt BAUMAN (2001). Todos concordam com o retrocesso em que vivemos marcado pelo aumento das políticas penais e redução das políticas sociais.

A corrente que contrapõe ao movimento “realismo de direita” foi o “realismo de esquerda”, que contava como precursores Jock YOUNG e John LEA, em sua obra *What is to be done about law and order?* Para eles, o crime tem que ser analisado frente a várias perspectivas criminológicas (causas do delito, controle social exercido pela comunidade e instituições e sobre aspecto vitimológico). Assim, sugerem mudanças com resultados a longo prazo, tal como, a reestruturação policial, tornando o corpo militar mais democrático e com maior contato com a comunidade, restaura-se, assim, a confiança social²¹⁴.

²¹³ JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*. Tradução para o espanhol de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998. p. 16 (tradução nossa).

²¹⁴ YOUNG, Jock; LEA, Jhon. *¿Qué hacer con la ley y el orden?* Tradução de Marta B. Gil e Mariano A. Ciagardini. Buenos Aires: Editores del Puerto. 2001. pp. 16-18. Para os autores “o delito é a ponta do iceberg. É um problema real em si mesmo, mas é também um símbolo de um problema muito maior”. *Ibidem*, p. 89 (tradução nossa).

Não obstante concordar com muitas ideias abolicionistas, tais como o fato das prisões serem o verdadeiro mal e causadores do processo de dessocialização, fica-se com a crítica desse sistema²¹⁵ e abdica-se esse trabalho de adotar uma postura abolicionista. Toma-se a postura pela existência do cárcere e a incansável busca de um sistema mais humano, visto que o atual é contraditório aos ditames constitucionais, os quais visam a ilegalidade das prisões cruéis. Corroboram-se também, com algumas ideias do “realismo de esquerda”, vez que o crime não pode ser uma matéria estudada à parte, ele tem que ser relativizado com outras questões sociais e culturais. Assim, não se deixa jamais de apoiar o ideal ressocializador. O delinquente como intitulado pela sociedade pode conviver e ser qualquer um de nós²¹⁶.

Derradeiramente, salienta-se que não se pretende ser generalista. Apresenta-se a política criminal contemporânea, conforme apontado por Gabriel ANITUA, ou seja, em três grandes linhas: (i) “lei e ordem”, onde se enquadra a direita punitiva; (ii) direito penal mínimo; (iii) abolicionismo penal²¹⁷. Entretanto, muitas vezes esses “discursos sobre a questão criminal”, como denominado por ZAFFARONI, se mesclam e se confundem. Não é só a direita que clama pela lei e ordem, bem como não é só no centro que se mostra favorável ao direito penal mínimo, tampouco apenas a esquerda enseja o abolicionismo. Importante ter em mente que viver em um mundo de gigante diversidade cultural, social, econômica e educacional, não se pode apostar em uma única postura para todas as realidades. O importante é sempre equalizar²¹⁸.

3.2. PUNIÇÃO A SERVIÇO DO BEM ESTAR SOCIAL: ENCARCERAMENTO COMO RESPOSTA AO PROBLEMA SOCIAL

²¹⁵ Várias são as críticas, apontaremos as de HASSEMER e MUÑOZ CONDE que afirmam ser o abolicionismo uma meta utópica, no pior sentido da palavra. Alegam que está “alheia à realidade”, vez que não levam em conta o delito e sua reação, que estão “encorados no mais profundo de nossa experiência cotidiana”. HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. *Op. cit.* 1989. p. 32.

²¹⁶ “A descoberta de delinquentes que, apesar de o serem, preservam a integridade da sua imagem de respeitabilidade, continuam a liderar a sociedade e a simbolizar os seus valores e virtudes, tem valido à perspectiva interacionista como reforço da tese de que delinquente é, afinal e apenas, quem a sociedade estigmatiza como tal”. ANDRADE, Manuel Costa. *O novo Código Penal e a Moderna Criminologia. In Jornadas de Direito Criminal I.* Lisboa: CEJ. 1983. p. 198.

²¹⁷ ANITUA, Gabriel Inácio. *Op. cit.* 2008. *passim*.

²¹⁸ BATISTA, Vera Malaguti. *Op. cit.* 2011. p. 101.

A punição é um dever estatal para conter manifestações criminais capazes de vulgarizar o bem estar social. Tudo em prol da segurança. No entendimento hodierno, para que a sociedade possa viver conforme seus ditames de ordem, os denominados criminosos devem ter suas ações desviantes contidas dentro dos atroz sistemas carcerários, pois somente assim a população pode viver sua liberdade de forma plena. A malha judiciária recai apenas sobre a excepcionalidade, como afirma HULSMAN (entre muitos outros doutrinadores) e não se ousa discordar²¹⁹.

Como resposta a esse quadro não hipotético, encontra-se no cárcere a solução do problema social. Afastar os desviantes do convívio público é uma aritmética em sentido progressivo, pois a solução mais fácil e mais aceita seria “jogar” os criminosos dentro das prisões para que elas o “curassem”. Sob esse prisma, o sistema carcerário é visto em três aspectos: (i) como a certeza do direito, (ii) uma luta pela certeza da pena e (iii) a aplicação da pena como retribuição²²⁰.

Estudos realizados já nos finais da década de 70, apuraram que a repressão penal por meio do sistema de justiça não é capaz de controlar os crimes violentos. Também concluiu que o encarceramento “acelera a carreira criminal (...). Por fim, e nada animador, concluem esses estudos que não é possível prever crimes futuros com o fundamento de crimes anteriores”. Aliás, muitos desses crimes formam as cifras negras, que sequer são detectadas pelo sistema policial²²¹.

Entretanto, esquecendo as pesquisas, parece que a sociedade revive – ou nunca deixou de viver – a política da “tolerância zero, instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda”²²². Por tal política, o aumento do encarceramento é fato certo e

²¹⁹ “Todos os princípios ou valores sobre os quais o sistema se apoia (a igualdade dos cidadãos, a segurança, o direito à justiça, etc.) são radicalmente deturpados, na medida em que só se aplicam àquele número ínfimo de situações que são os casos registrados”. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat. *Op.cit.* 1993. p. 66.

²²⁰ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Op. cit.* 2010. p. 259. Nils CHRISTIE alega que vivemos em uma sociedade que é fácil ter uma conduta entendida como crime, assim “o tamanho da população carcerária, em qualquer sociedade, é também o resultado da história de cada país”. CHRISTIE, Nils. *Op. cit.* 2011. p. 85.

²²¹ ROCHA, João Luís de Moraes. *Perigosidade, violência: da reinserção à incapacitação*. In Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 12. N. 2. Abril- Junho de 2002. p. 266.

²²² WACQUANT. Lôic. *As prisões da Miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar. 2011. p. 38. Em outra obra o autor define a tolerância zero como sendo a política em que “qualquer pessoa surpreendida mendigando ou andando sem rumo na cidade, ouvindo rádio muito alto no carro, jogando fora garrafas vazias ou grafitando a via pública, ou ainda transgredindo a mais simples norma municipal, devia ser automaticamente

notório, vez que a força policial está de prontidão para prevenir qualquer atitude suspeita. Entretanto, nota-se que ampliou os sentidos para “atitude suspeita”, o simples fato de ouvir música em um volume acima do tolerável ou não ter condições de subsistência e precisar mendigar, são atitudes desaprovadas e tratadas como desviantes, que deveriam imediatamente ser retirados do meio social e “atirados” atrás das grades.

Não se retira do Estado de Nova Iorque o precursor dessa política – com James WILSON, o idealizador do “realismo de direita”, e George KELLING²²³ -, mas recorda-se que ela foi dissipada para muitos cantos. Em 1998, no México repercutem esses dogmas com a “Cruzada nacional contra o crime”. No mesmo ano, Argentina acata esses ideais e ainda transforma complexos industriais abandonados em centros de detenção. Em 1999, com o governador de Brasília, Joaquim Roriz, é a vez do Brasil, que mediante a contratação de 800 policiais civis e militares, adota essa política. Do lado europeu, em 1988, França proclama a “tolerância zero”. Itália em 1997. Entre outros países que também adotaram a política, entre eles, Inglaterra, África do Sul, Nova Zelândia, Canadá²²⁴. BATISTA alega que “a política de tolerância zero já é página virada em Nova York e recebeu profundas e oportunas críticas da criminologia em geral, mas ainda rende boas consultorias abaixo do Equador”²²⁵.

detida e imediatamente atirada atrás das grades”. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan. 2003, p. 429. YOUNG conceitua a tolerância zero em seis premissas, sendo elas: “(i) diminuição da tolerância para com os crimes e desvios; (ii) uso de medidas punitivas algo drástico para alcançar este objetivo; (iii) retorno a níveis passados percebidos de respeitabilidade, ordem e civilidade; (iv) consciência da continuidade existente entre incivildades e crime, considerando tanto pequenas infrações correlatas à qualidade de vida quanto crimes graves como problemas; (v) a crença de que existe uma relação entre criminalidade e incivildade, no sentido de que a incivildade não verificada abre, de várias maneiras, espaço para o crime; (vi) o texto chave repetidamente mencionado como inspiração desta abordagem é o artigo clássico de 1982 na *Atlantic Monthly*, intitulado *Broken Windows: the police and neighborhood safety*”. YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução de Renato Aguiar. Ed. Revan. Rio de Janeiro, 2002, p. 183.

²²³ Os autores publicaram um artigo denominado *Broken Windows* (janelas quebradas) na revista *Atlantic Monthly*. A teoria foi embasada na experiência do psicólogo Philip ZIMBARDO, o qual deixou dois veículos iguais em diferentes lugares, um em Bronx (um bairro popular) e outro em Palo Alto (um bairro com pessoas mais endinheiradas e predominantemente de cor branca). No primeiro, o automóvel foi de imediato destruído e suas peças furtadas. No segundo, esse fato ocorreu apenas após o veículo ter sido propositalmente deteriorado pelo pesquisador. WILSON, James Q; KELLING, George. *Broken Windows. The Police and Neighborhood Safety*, In AA.VV., *Atlantic Monthly*, n. 3, vol. 249, março de 1982, pp. 29-38. No ano de 1996, KELLING junto com Catharine COLES lançou o livro *Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities*, com explicações mais amplas e conhecidas da teoria, demonstrando que as pequenas desordens que não são tratadas com a devida atenção governamental seriam a causa de maiores problemas.

²²⁴ Dados de WACQUANT. Loïc. *Op. cit.* 2011. p. 39-42.

²²⁵ BATISTA, Vera Malaguti. *Op. cit.* 2011. p. 103

Óbvio que uma política marcada pelos excessos punitivos, com penas desumanas, uma marca de retrocesso a momentos antidemocráticos e um Direito Penal com Estado Máximo não poderia ter obtido êxito. Assim, diversos foram os problemas. ROXIN alerta para a falta de preocupação com a reabilitação. Afirma o jurista que o imposto pela teoria é a punição pela punição. O homem novamente é usado como objeto de demonstração, ou seja, pune o desordeiro para ensinar o que é a ordem²²⁶.

Não obstante as péssimas consequências da política da “tolerância zero”, que serviu para aumentar a desconfiança e a descrença da população naqueles que tem o dever de zelar pela sua segurança, não devemos fechar os olhos para entrar em um mundo imaginário e acreditar que isso é um passado. Hodiernamente, pode-se não deter o indivíduo com o argumento de se tratar de um pobre, mas retira-o da sociedade por outras circunstâncias de também pequena monta, como as prisões de camelôs e “flanelinhas”, que são serviços muito utilizados pela população (a mesma população que aplaude a sua prisão).

Ademais, na órbita da criminalidade cultural, temos o *funkeiro*, o *rapper*, o *grafiteiro*²²⁷. Tudo isso, pelo entender que “se um criminoso pequeno não é punido, o criminoso maior se sentirá seguro para atuar na região da desordem. Quando uma janela está quebrada e ninguém conserta, é sinal de que ninguém liga para o local; logo, outras janelas serão quebradas”²²⁸.

Entendida como salvaguarda da segurança pública como primórdio da política criminal, fica interdita qualquer possibilidade de conter a criminalidade sem ser pelo sistema punitivo. Corta-se, desde logo, e causa pavor e medo, a probabilidade de ingerência de medidas alternativas embasadas em outros meios que não a neutralização dos desviantes. Assim, nos

²²⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. Tradução para o espanhol por Diego-M. Luzón Peña; Miguel Díaz e García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas. 1997.p. 176 e ss.

²²⁷ Mais sobre o assunto, é esclarecedora a dissertação de mestrado do autor Saulo FURQUIM sobre criminologia cultural, apresentada à Universidade de Coimbra. FURQUIM, Saulo Ramos. *A criminologia cultural e a criminalização das culturas periféricas: discurso sobre o crime, multiculturalismo, cultura e tédio*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de Coimbra. Faculdade de Direito. Coimbra. 2014.

²²⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward. *Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro?* Revista de Estudos Criminais, ITEC. Ano 3, nº 11, Porto Alegre. 2003. p. 24.

relata Salo de CARVALHO, “os fundamentos do punitivismo não são fundamentados e os seus pressupostos são neutralizados”²²⁹.

Esse fato também é bem acentuado quando se trata dos países europeus, visto que ao se apoiar no aparato judiciário e penitenciário para conter os casos de insegurança social, também apresentam como consequência um aumento rápido e contínuo no número de encarceramento²³⁰.

Os cárceres atingiram um papel fundamental para a sociedade, mas com efeito negativo e segregador. As prisões sobrevivem hoje como um ambiente atroz que reduz os riscos sociais, com níveis sub humanos de vigilância para que nada saia do seu devido lugar de “lei e ordem”. A finalidade do sistema carcerário do século XXI é castigar e excluir.

E as sociedades modernas requerem soluções coletivas e desejam a sua participação nelas. Assim, confiam nos cárceres e almejam um maior número deles, pois acreditam que, desse modo, as leis estão sendo cumpridas. Todos aqueles direitos já conquistados – pena mínima, processo legal, maioria penal – são, aqui, demonstrados como desejo de abdicação, pois acreditam que a segurança, que tanto os atemorizam, somente será alcançada com cada vez mais “moradores” nas prisões e essas com períodos sempre mais prolongados, sem contar na presença de agentes políticos mais fortes. Desse modo, olvida-se dos malefícios e das inseguranças do sistema carcerário e legitima-se o encarceramento como uma resposta aos problemas sociais.

3.2.1. Alguns paradigmas do cárcere

Não se discorda do teor capitalista na evolução do cárcere. Analisando com as devidas parcimônias o abolicionista marxista Thomas MATHIESEN, verifica-se que o cárcere é o divisor das sociedades entre produtivas e improdutivas. Para o autor, até o ano de 1974, o cárcere tinha quatro funções: (i) função purgatória; (ii) função consuntiva de poder; (iii) função de distração; (iv) função simbólica. Entretanto, passados mais de quinze anos desde essa análise, afirma o abolicionista que seu estudo não sofreu mudanças, apenas achou por bem adicionar uma quinta

²²⁹ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* 2014b. p. 139.

²³⁰ WACQUANT. Löic. *Op. cit.* 2011. p. 110.

função, que seria a função executiva: “o cárcere e o encarceramento, é o tipo de sanção mais visível em nossa sociedade. Em outros tempos, o castigo mais observável era o corporal”²³¹.

Nota-se a veracidade dessa indagação quando se verifica que a aplicação da sanção teve seu ápice de forma diferente em distintos momentos. Hodiernamente, o que está em pauta é a questão do pânico das classes que estão no poder para evitar a organização das classes dominadas. Muda-se o *status* de livre para encarcerado, aos ébrios, aos mendigos, às prostitutas, aos drogados, aos curandeiros, aos homossexuais, aos rufiões, entre tantos outros, que não cometeram delito, mas são estigmatizados pelo Estado do perigo (sem delito)²³². De forma a colocar sempre em prática a forma de castigo atual mais comum, qual seja, o encarceramento.

Verifica-se no ocidente, que a neutralização dos indivíduos, nos conformes ditos da prevenção especial negativa da pena, teve seu apogeu no período da história capitalista, mais notadamente entre o final da Revolução Industrial (por volta de 1860) e final da Segunda Guerra Mundial (1945), com um intermediário de crise do capitalismo com o *crash* da bolsa de valores norte americana, ora com predominância dos grupos dissidentes e ora com predominância dos políticos que não pertenciam a categoria, mas sempre produzindo a exclusão social²³³.

Diante desses períodos sangrentos – para o pensamento da época de certos grupos – era certo e justo que produzisse um Direito Penal que suprimisse os limites da intervenção punitiva do Estado, tratando com desrespeito os direitos, o que era a tatuagem dos governos totalitários, a citar o extremado fascismo e nazismo. Nesse ínterim, adveio o descontentamento e o clamor de cessar as mortes, momento em que se consagra na Europa uma nova política de controle social, o chamado *welfare state* (Estado de bem estar social), que brota da transição do abstencionismo penal ao intervencionismo estatal, a fim de garantir qualidade de vida. Sem contar no peculiar

²³¹ MATHIESEN, Thomas. *Juicio a la prision. Una evaluación crítica*. Tradução de Amanda Zamuner. Buenos Aires: Ediar. 2003. pp. 224-225 (tradução nossa).

²³² ZAFFARONI, Raul Eugenio; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro W.; ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 577: “(...) um confuso conjunto de todos os comportamentos que não correspondiam à vertical disciplina policial da sociedade industrial, traduzível na livre punição do mero portador dos signos do estereótipo. Esse foi o fundamento do estado perigoso sem delito, por meio do qual se pretendia apenar os desocupados, mendigos, ébrios, consumidores de drogas, prostitutas, homossexuais, jogadores, rufiões, gigolôs, adivinhos, magos, curandeiros, religiosos não-convencionais, etc., sem que cometessem qualquer delito, em função de sua pretenda periculosidade pré delitual”.

²³³ GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. *Op. cit.* 2007. p. 208.

interesse em manter níveis razoáveis de existência para todos, com a justificativa de atenuar a vulnerabilidade que o período do totalitarismo tinha deixado²³⁴.

Seguindo os pensamentos de BAUMAN, “o estado de bem estar foi, originalmente, concebido como um instrumento manejado pelo estado a fim de reabilitar os temporariamente inaptos e estimular os que estavam aptos a se empenharem mais”. Assegurava a todos – inclusive aos desempregados – segurança, saúde e todos os direitos sociais, que “não era concebido como uma caridade, mas como um direito do cidadão, não como o fornecimento de donativos individuais, mas como uma forma de seguro coletivo”²³⁵.

Nas linhas do Estado social é nítida a produção caótica de leis, regulamentos, práticas políticas e burocracias, de forma que aumentaram as políticas sociais para conter o crime antes mesmo de acontecer. A maior atenção era voltada aos bairros mais difíceis, aos drogados, ao abandono escolar. Assim, há de convir que não era fácil contestar um discurso com fins tão humanitários e nobres, como a salvaguarda da segurança e a recuperação do homem transgressor ao meio social.

Entretanto, para os críticos do sistema – que não são poucos -, citamos Friedrich VON HAEYK²³⁶, que alude a própria concepção de *welfare state*, afirmando não ter sentido preciso. Para o autor, o conceito serve para qualquer tipo de organização estatal preocupada com a manutenção da lei e ordem, de forma que as propostas estão embasadas nas funções coercitivas do Estado, esquecendo-se do primado da liberdade²³⁷.

²³⁴ BERGALLI, Roberto. *Crítica a la criminología. Hacia una teoría crítica del control social en América Latina*. Bogotá: Editorial Temis. 1982. pp- 6.7 François OST já prevendo essa mudança relata “é, pois, como Estado protector que o Estado moderno se identifica. No século XIX, esta proteção assumirá a forma minimalista da garantia generalizada da sobrevivência, com o Estado liberal a deixar à esfera privada a gestão das condições materiais de existências. No século XX, em compensação, as missões do Estado alargam-se, na medida em que ele toma cargo, para além da simples sobrevivência, a garantia de certa qualidade de vida: fala-se então de Estado-providência ou de Estado social”. OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Piaget. 1999. p. 336.

²³⁵ BAUMAN, Zygmunt. *O Mal- Estar da Pós Modernidade*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar. 1998. p. 51

²³⁶ A título de curiosidade, em 1974 Gunnar MYRDAL, defensor do *welfare state*, e Friedrich VON HAEYK, defensor do Estado Mínimo, dividiram o prêmio Nobel.

²³⁷ VON HAEYK, Friedrich. *The meaning of welfare state*. In CASTLES, Francis S; CHRISTOPHER, Pierson. *The Welfare state reader*. Cambridge: Polity Press. 2000. p. 90.

Recordamos que PAVARINI e BARATTA também tecem inúmeras críticas acerca do *welfare state*. Para eles, o estado de bem estar social não resolveu o principal problema do desequilíbrio estrutural entre a população marginalizada e a população ativa²³⁸. Como relata BARATTA “somente uma sociedade que resolva, pelo menos em certo grau, os próprios conflitos e que supere a violência estrutural, pode afrontar com êxito o problema da violência individual e do delito. Somente superando a violência estrutural na sociedade, pode-se superar a violência institucional do cárcere”²³⁹.

Com toda essa ideologia, chega-se a acreditar em uma melhora para o problema social e uma maior atenção àqueles que se encontram na esfera de marginalização, reais ocupantes do sistema carcerário. Entretanto as mudanças foram apenas no discurso legitimador da pena, olvidando-se das estruturas sociais para as quais se dirigem tais sanções. Na configuração do capitalismo globalizado tal e como se mostra no século XXI, “as prisões não desempenham as mesmas funções que lhe eram atribuídas no modelo penal *welfare*. Significa dizer que os espaços prisionais e o sentido da punição não podem ser interpretados essencialmente como dispositivos de disciplina²⁴⁰”.

Na década de setenta, diante da necessidade de diminuir gastos públicos, acentuou-se uma crise fiscal do Estado de bem estar Social. Houve queda no nível de consumo e, assim, foi um momento oportuno para eclosão de ideologias de ultradireita e antidemocrática, que

²³⁸ PAVARINI trata desse desequilíbrio afirmando que emerge em forma cada vez mais dramática, produzindo uma contínua redução da população ativa frente a um universo crescente de excluídos de produção que almejam melhora nos serviços sociais. PAVARINI, Massimo. *Op. Cit.* 2002. p. 80. O autor critica o estado de bem estar social, alegando que ele tem o objetivo de reduzir o conflito social por meio de uma organização de trabalho, que seria alcançada pela “realização de objetivos intermediários: de um lado, a redução da desigualdade econômica por meio de uma política de redistribuição de renda e aplicação de serviços sociais, por outro pelo isolamento, segregação das classes e dos setores sociais inúteis, enquanto excluídos da produção e portanto potenciais geradores de conflitos sociais (...) Em efeito, se a concentração capitalista de tipo monopolista e oligopolista tendem necessariamente privilegiar o fator capital sobre o trabalho, chegamos a uma progressiva restrição de mercado de trabalho. Ou seja, terá cada vez mais sujeitos excluídos do mundo da produção. Cada vez mais marginais”. *Ibidem*. pp. 73-74 (tradução nossa)

²³⁹ BARATTA, Alessandro. *Resocialización o control social – por un concepto crítico de reintegración social del condenado*. In ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. (Org.) *Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Revan. 1991. p. 263 (tradução nossa)

²⁴⁰ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* 2014b. p. 137.

aproveitaram do ensejo para atribuir a responsabilidade do fenômeno “aos governos de centro e mais ou menos democráticos²⁴¹”, momento em que vem à tona teorias como a *Broken Windows*.

Contudo, o retributivismo voltou à tona, junto com as críticas da ressocialização e do modelo de bem estar social, vez que esse manteve a principal violência: a violência estrutural, que se quer foi posta em discussão pelo *welfare state*, como problema a ser combatido, já que “diminuindo as diferenças de classes e, conseqüentemente, todos os tipos de violência que daí derivam”²⁴². A política assegurava direitos sociais a todos, mas não no mesmo patamar em que os ingressava à máquina capitalista²⁴³.

Não obstante as críticas tecidas pelo estado do bem estar, nas décadas anteriores aos anos de 1970, havia um controle do crime fundamentado em pensamentos criminológicos e com a forte tendência de tratamentos correcionais. As respostas positivas para as taxas de criminalidade que se mantinham estáveis seriam a reinserção social do recluso, as penas alternativas à prisão e a restrição do poder estatal. Nesse sistema “de bem estar do pós guerra, a prisão era vista como uma instituição problemática, necessária como último recurso, porém contraproducente e desorientada com relação aos objetivos correcionais”²⁴⁴.

²⁴¹ ZAFFARRONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 311.

²⁴² GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. *Op. cit.* 2007. p. 214.

²⁴³ CERVINI alega que o programa de *welfare state* tem como uma das propostas a incorporação da população na sociedade de consumo. “Trata-se, então, de disciplinar o sujeito no mercado, não somente como produtor, mas também e, principalmente, como consumidor. Isto faz com que o controle social se dirija a quem não responde às pautas marcadas de consumo e produção, ou seja, aos chamados ‘dissidentes ocidentais’, dentre os quais, as seitas autossuficientes, os grupos *hippies*, as comunidades de volta à natureza, algumas comunidades imigrantes como os turnos na Alemanha, os drogados que concentram o consumo numa única mercadoria, etc; em suma, o controle social atingirá um tipo especial de marginal: aquele que embora seja membro da sociedade de um país, não consegue penetrar na intimidade de suas estruturas devido ao fato de não compartilhar as pautas de consumo e produção inerentes ao Estado de Bem-Estar”. CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. Tradução de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT. 1995. p. 31.

²⁴⁴ GARLAND, David. *A cultura do controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan. 2008. p. 59.

4. OS INSUCESSOS DA RESSOCIALIZAÇÃO E DA PENA

“Para punir um homem retributivamente é preciso injuriá-lo. Para reformá-lo, é preciso melhorá-lo. E os homens não são melhoráveis através de injúrias”²⁴⁵.

A partir de uma simples leitura do ordenamento penal denota-se a presença constante da dicção “pena”. A carga semântica dessa nomenclatura já traz consigo a legitimidade da prisão, como se a pena privativa de liberdade fosse a única possível e existente. Ora, basta uma leitura mais minuciosa da parte geral do ordenamento penal, para retirar das mentes esse misticismo e abranger esse rol das chamadas “penas”.

Certamente as prisões são o grande tabu para a sociedade, não obstante o conhecimento de que o sistema carcerário é um fracasso e de que ele não é capaz de responder aos anseios de uma política pública adequada. É difícil – exceto para os abolicionistas – pensar em uma sociedade sem prisões. As penas alternativas e as penas restritivas de direito continuam sendo meras condutas inseridas na seara legislativa, todavia sem muita aplicabilidade, ou até mesmo ocupantes de poucas páginas dos livros jurídicos. A grande preocupação é com a manutenção de funcionamento das engrenagens carcerárias e pouco se importa se o detento sobreviverá, sairá ressocializado ou continuará marginalizado.

²⁴⁵ SYKES, Gresham M. *The Society of Captives*. New Jersey: Princeton University Press. 1972. p. 9 (tradução nossa)

4.1. OS FAMOSOS “RES”: RESSOCIALIZAÇÃO, REINTEGRAÇÃO, REINSERÇÃO

Aposta-se naquele ideal ressocializador que respeite as garantias do detento. Qualquer outro modelo não passará de teorias a serem vendidas, todavia sem eficácia, apenas como símbolo de um retrocesso ao mundo atroz vivenciado antes do século XVIII.

Na tentativa de desmitificar as diferenças de conceito para o nosso tema central: a ressocialização; encontram-se no plano axiológico algumas distinções, algumas mais sucintas que outras. Entretanto, no uso cotidiano, essas diferenças parecem ser raras, quando não inexistente ou usadas de forma equivocada com efeito degradante, até mesmo por aqueles investidos de sua toga.

Encontram-se inúmeros julgados que utilizam do termo “ressocialização” com o intuito de justificar o aumento da pena ou como fundamento para um regime prisional fechado. Apenas a título de exemplo, cita-se parte da ementa: “o melhor regime prisional seria, em se cuidando de roubo circunstanciado, o fechado, uma vez que as particularidades do caso em apreço denotam a necessidade de serem adotadas medidas mais rígidas de controle do processo de ressocialização do réu, não apenas para assegurar a tranquilidade e a segurança do corpo social diante do crescente aumento da criminalidade violenta, como para não colocar em risco o próprio processo de recuperação do sentenciado”²⁴⁶.

Não diferente é o que a pesquisa aponta nos Acórdãos Português, a saber: “Esta pena, superior a 3 anos, é impeditiva da suspensão da execução da pena, nos termos do n. 1 do art. 50 do CP; mas, mesmo que a mesma fosse inferior, a mera censura do facto e a ameaça da prisão não são, neste caso, suficientes nem adequadas às finalidades da punição, exigindo-se que a ressocialização do arguido passe pelo cumprimento de pena de prisão”²⁴⁷.

Em termos amplos e gerais “a ressocialização implica um processo de ‘aprendizagem’ e de ‘interiorização’ de valores que se percebem e aceitam como tais por parte da sociedade e do

²⁴⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 8ª Câmara de Direito Criminal. Apelação n. 3001070-03.2013.8.26.0145. Relator Desembargador Grassi Neto. Data do Julgamento: 05 de março de 2015.

²⁴⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. 3ª Secção. Processo n. 482/2008. Relatora Conselheira Maria Lúcia Amaral. Data de Julgamento: 24 de setembro de 2008.

indivíduo. Tem, pois, um fundamento moral e valorativo (axiológico), além de um mecanismo particular de aprendizagem e asseguramento (pedagógico)”²⁴⁸.

Acerca das nomenclaturas – “tratamento, ressocialização, reabilitação (e outros similares)” – Alvino de SÁ nos remete a uma relação de poder entre as instâncias formais de controle, técnicos e os detentos, pela qual os delinquentes são tidos como objetos ajustáveis às normas e valores sociais. Os programas ressocializadores erroneamente são centrados na pessoa do delinquente, como se esse fosse a “raiz de todo o mal. Ocorre que o crime, na maioria das vezes, é a expressão de uma relação de antagonismo entre o criminoso e a sociedade”. Assim, os programas de ressocialização devem ser baseados nessa relação: criminoso com a sociedade²⁴⁹.

A metodologia usada por BARATTA, em substituição aos termos relativos a tratamento penitenciário, utiliza do termo reintegração social para “designar o objeto a ser perseguido no trabalho de assistência aos presos e facilitar-lhes o reingresso na sociedade (...) todo um processo de abertura do cárcere e de tornar o cárcere cada vez menos cárcere, no qual a sociedade tem um compromisso, um papel ativo e fundamental”²⁵⁰.

Anabela RODRIGUES ao entrar nos termos axiológicos das palavras, afirma que “o termo ‘socialização’ (...) – que alguns autores preferem substituir por ‘integração’ – procede da psicologia social, tendo recebido a sua utilização um forte incentivo quando a psicanálise e a antropologia vieram demonstrar que também as normas de comportamento e os sistemas normativos sociais se ‘aprendem’ e ‘assumem’ através de certos mecanismos de interiorização”²⁵¹.

Deveras são as polêmicas quanto a nomenclatura, quando na realidade todos os conceitos são utilizados para descrever um mesmo termo: ressocialização. Como ZAFFARONI, também nos tornamos céticos quanto à existência de função do cárcere. Em suas palavras: “Sabemos que

²⁴⁸ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Op. Cit.* 1979. p. 542 (tradução nossa).

²⁴⁹ SÁ, Alvino Augusto de. *Algumas Ponderações Acerca da Reintegração Social dos Condenados à Pena Privativa de Liberdade*. In Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco. Vol. 5, n. 11. Janeiro-Junho de 2000. pp. 59-63. Nesse sentido, “na resposta ao crime devem, por isso, privilegiar-se as medidas terapêuticas capazes de des-condicionar o delinquente do comportamento criminoso e re-condicioná-lo em formas de conduta socialmente desejadas ou toleradas”. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. *Op. cit.* 2013. p. 216.

²⁵⁰ *Ibidem*. Igual polêmica se afirma quando se tenta distingui as expressões “regeneração” e “reinserção social”. Vide RODRIGUES, Anabela Miranda. *Op. Cit.* Julho - dezembro 1982. pp. 82-83.

²⁵¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Op. Cit.* 1982. p. 28.

a execução penal não socializa nem cumpre nenhuma das funções “re” que se lhe inventaram (“re” – socialização, personalização, individualização, educação, inserção, etc.), que tudo isso é mentira e que pretender ensinar um homem a viver em sociedade mediante o cárcere é, como disse Carlos Alberto Elbert, algo tão absurdo como pretender treinar alguém para jogar futebol dentro de um elevador”²⁵².

4.1.1. O ceticismo na ressocialização

Várias são as causas e as descrenças no sistema ressocializador. Uma delas seria aquela relacionada ao relativo fracasso das penas privativas de liberdades, que de antemão alerta-se que não deve ser usada como causa contrária a prevenção especial, pois descartá-la “não é o caminho político – criminalmente correto”. O apropriado, como nos assegura o jurista alemão, ROXIN, seria a incansável busca pelas “alternativas à pena de prisão e outras medidas sociais que favoreçam a ressocialização, ou que pelo menos não a comprometam”²⁵³.

Seria ingenuidade apontar a ressocialização como um modelo ideal adotado por toda a doutrina. Há doutrinadores – que não são poucos – que tecem suas críticas, as quais devem ser entendidas com cautelas e utilizadas, não com o fim de obstruir as ideias ressocializadoras, mas com o intuito de questionar e corrigi-las para que um dia sejam sanados todos os aspectos negativos sobre a ressocialização.

HASSEMER, muito embora partidário da teoria da prevenção especial, ressalta dois problemas da ressocialização, sendo um normativo e um empírico. Como normativo afirma que a ressocialização seria uma intervenção muito brusca na vida do detento, com ataques não apenas corpóreos, mas também psíquicos. Já o empírico, refere-se ao ceticismo das verdadeiras consequências da ressocialização, deixando margens a perguntas do tipo: “O que se entende por cura ou ressocialização?”²⁵⁴.

²⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raul. *El sistema penal en los países de América Latina*. In ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de (Org.) *Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Angel*. Rio de Janeiro: Revan. 1991. p. 223 (tradução nossa).

²⁵³ ROXIN, Claus. *Transformaciones de la teoría de los fines de la pena*. In *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin*. Córdoba: Marcos Lerner Editora. 2001. p. 216 (tradução nossa).

²⁵⁴ HASSEMER, Winfried. *A que metas pode a pena estatal visar?* In *Justitia*. Vol. 48, n. 131. São Paulo. Abril-junho de 1986. p. 29.

Para além dessas críticas, tem-se também a crise do Estado de bem estar Social e o consequente corte de gastos públicos, que causou um desencanto ao sistema ressocializador. Como exemplo, nos anos sessenta e setenta, nunca foram implantados na Alemanha estabelecimentos de terapia social, como previsto na reforma penal daquele país²⁵⁵.

A crítica quanto ao ideal ressocializador vai além da criminologia. Autores como HULSMANN, BARATTA, Juarez Cirino dos SANTOS e Raúl ZAFFARONI, abordaram diversas análises que insurgem contra a própria existência do Direito Penal. Para eles, o discurso e a prática do sistema penal correm em sentidos opostos, tornando um instituto de aumento da criminalidade e longe do seu possível ideal de redução dos delitos. Ademais, o que reina é a seletividade “ao escolher a clientela e causando sofrimentos desnecessários”²⁵⁶.

Entre as críticas abordadas pelos autores, tece-se mais uma no que diz respeito aos delitos, haja vista que eles não são uma realidade já pré-existente ao direito, mas criada pelo Estado. Muitas vezes o fato que se tornou taxa de criminalidade por vontade do Estado sequer foi parte de estudo prévio de política criminal para apontar a necessidade de tutelar esse bem jurídico. Dessa forma, ocorrem casos em que hoje são punidos drasticamente com sanções graves, entretanto, se amanhã o Direito Penal resolver retirar a previsão criminal de tal conduta, ele deixará de ser crime ofensivo à sociedade. Em outras palavras, enquanto considerado crime, o indivíduo tinha sua liberdade restrita e passava pelo processo de ressocialização e depois de, a mesma atitude, não ser mais um fato ilícito, morre a necessidade da ressocialização. O conceito de pessoa ressocializada (ou não) muda de acordo com a vontade do Direito Penal e não ontologicamente²⁵⁷.

Dessa forma, corrobora-se com Salo de CARVALHO quando aborda o garantismo de FERRAJOLI, que se apresenta descrente do grau máximo de ressocialização, aquele que a função reeducativa impõe ruptura na unidade do processo penal. Afirma o professor que “considerar uma pena como instrumento curativo ou reeducativo, pressupondo ser o delito uma patologia individual ou social, representa assunção e identificação da natureza com o direito”. Completa seu pensamento alegando que “as concepções penalógicas nas quais há simetria entre

²⁵⁵ SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas. 2001. p. 145, nota 348.

²⁵⁶ BOZZA, Fábio da Silva. *Op. cit.* 2013. p. 152.

²⁵⁷ BOZZA, Fábio da Silva. *Op. cit.* 2013. P. 152.

direito e natureza (teorias da defesa social) e direito e moral (teoria da emenda) são as mais antiliberais e antigarantistas teorias já concebidas”²⁵⁸.

FERRAJOLI trata do assunto com muito ceticismo. Para ele, a teoria da prevenção especial é contestável. Nesse ponto, uma primeira e elementar objeção é de que se relaciona a pena carcerária como a única sanção - entre o abrangente rol - ligada à função reeducadora, que por conseguinte não pode ser assumida como critério de justificação da pena em geral. Ademais, é categórico ao afirmar que esse fim pedagógico ou ressocializante não é realizável. Para ele, a pena não é corrigível e o cárcere é um lugar de educação voltada a vida criminosa e incitação ao crime²⁵⁹.

Concorda-se com o jurista italiano ao mencionar as dificuldades dos sistemas prisionais, bem como os efeitos negativos que esses causam a vida dos detentos. As grades das prisões são as verdadeiras divisas entre o socialmente aceito e o socialmente repudiado e é a partir desse crucial problema o ponto de partida para analisar as demais dificuldades. Não é de estranhar que o ex-detento, uma vez adquirida a liberdade, não queira mais lembrar sobre os momentos de tortura que sofreu dentro da malha carcerária. Não queira recordar que legalmente passou fome, dormiu com sentimento de frustração, medo e pavor. Certamente esse também é um fator que dificulta a sua ressocialização.

Para além, disso conta-se com a precariedade dos altos custos disponíveis para sistema penitenciário, pois é nítida a necessidade de centros de reabilitação social, métodos de observação e tratamentos psiquiatras, psicólogo e psicoterapeutas²⁶⁰. Como afirma ZAFFARONI e PIERANGELI a solução mais viável seria reduzir o número de prisioneiros, assim possibilitaria o emprego dos recursos para a melhoria de todo o restante do sistema²⁶¹.

²⁵⁸ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001. p. 155.

²⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*. 1995. pp. 271.

²⁶⁰ Nesse caso específico MUÑOZ CONDE discorre sobre a *Ley General Penitenciaria* da Espanha. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Fundación Universitaria de Jerez: Jerez. 1985. p. 108.

²⁶¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.* 2011. p. 686. Corroborando com o assunto: “Infelizmente, nos orçamentos públicos, o financiamento dos sistemas penitenciários não é considerado necessidade prioritária, salvo quando acabam de ocorrer graves motins carcerários”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* 1993. p. 182.

4.1.2. Os distintos programas de caráter ressocializador

Parece-nos aqui ser impreterível tecer alguns comentários sobre os diferentes graus de ressocialização, já que muito do ceticismo refere-se ao programa máximo, aquela cuja intervenção é extremada. De antemão, consigna-se o repúdio por essa concepção. Entre os argumentos que serão expostos, o programa máximo trata a ressocialização como a única finalidade da prevenção especial. Por tal medida, a pena passa a ser vista como um “bem”, ou seja, um tratamento para melhoria social do delinquente²⁶².

Assim, o programa máximo de ressocialização seria aquele que incorpora as normas jurídicas criminais no tratamento realizado para adaptação social dos indivíduos. Seria uma socialização no controle máximo de comportamento; primeiro por meio de controles externos e depois por um processo gradual de interiorização das normas. Analisando dessa forma, leva-se a crer que “o crime surge como um *déficit* de *socialização* que se analisa num conflito com as normas e estruturas da sociedade, e o delinquente aparece como um indivíduo que falhou no processo de aprendizagem e socialização devido a fatos que intercederam na sua normal evolução”²⁶³.

Muito embora rechaçado pela maioria dos doutrinadores, ainda há aqueles que idolatram o programa máximo de ressocialização, como exemplo, cita-se Oswaldo MARQUES. Para o jurista, deve ser implantando o programa máximo com seus devidos limites do Estado Democrático de Direito. Analisa, ainda, que o programa mínimo não é adequado para a

²⁶² CERVINI, Raúl. *Os processos de Descriminalização*. Tradução de Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangeli e Maria Alice Leonardi. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 39. Anabela RODRIGUES alerta para que as novas resistências ao renascimento da ressocialização não reduzem ao seu ceticismo ainda presente no que tange a sua eficácia, mas “do medo de que ela ressuscite uma filosofia penal baseada em poderes discriminatórios alargados a forma, natureza e duração da pena de prisão, o que acontecer, atentaria, de maneira insuportável e injustificada, contra as liberdades e os direitos dos reclusos”. Ademais, completa a autora afirmando que não se sabe ao certo até que ponto os resultados negativos da avaliação contribuíram para o declínio do ideal ressocializador, mas sabe-se que uma parcela da culpa se encontra em certos países (“notadamente, a Holanda e os países escandinavos”) que a ressocialização aparece combinada às penas de prisões com prazo indeterminado. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Op. Cit.* 2002. p. 43. Acerca da crítica da redução das garantias penais e processuais, na concepção da pena tida como um “bem” para o apenado, vide ZAFFARONI, Raul Eugenio; BATISTA, Nilo; SLKAR, Alejandro W.; ALAGIA, Alejandro. *Op. Cit.* 2003. pp. 126-127.

²⁶³ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Op. Cit.* 1982. pp. 28-29. Sobre a socialização defeituosa, rever as notas de rodapé 146. O jurista brasileiro Gustavo JUNQUEIRA afirma que o programa máximo da ressocialização está relacionado com a intimidação e cura. De outro lado, o mínimo está atrelado a ideia de fornecimento de condições para a não reincidência. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri: Manole, 2004.p. 80.

prevenção especial da criminalidade, visto que a execução penal seria a via para educação ética do indivíduo²⁶⁴.

Diante do radicalismo do programa máximo, a ressocialização é repelida por muitos autores, tendo em conta a notável incompatibilidade com um regime democrático e pluralista. Com efeito, novamente concorda-se com Anabela RODRIGUES quando nos alega que a privação de liberdade está longe de ser o meio mais adequado para se alcançar a ressocialização ou a compensação da falta da socialização não realizada quando criança, no homem já adulto²⁶⁵.

Em semelhante teor, interessante o raciocínio de SILVA SANCHEZ ao citar o caso específico da Suécia. Ensina o jurista, que aquele país adota como ideal da finalidade da pena o preventivo-geral. Para ele, a pena é um mal com o que se ameaça, e não um bem com propriedades terapêuticas para o delinquente. Assim, fica fácil entender a necessidade de mínima intervenção do Direito Penal (máxima restrição). Completa o autor com sua teoria de que, se adotada a prevenção geral como fundamento principal da intervenção penal, a severidade da pena não seria o decisivo para sua eficácia intimidante, mas sim os elementos, tais como a certeza da sanção²⁶⁶.

Por outro lado, tem-se o programa mínimo que seria a identificação do indivíduo com a ordem jurídica, buscando a sua não reincidência. Não obstante o posicionamento do professor FIGUEIREDO DIAS a favor da ressocialização, ele alega que “mesmo nesta acepção, porém, o pensamento da prevenção especial não se pode assumir como finalidade única ou mesmo primordial da pena. Fosse assim e teria então de se concluir que a pena deveria durar por todo o tempo em que ainda persistisse a perigosidade social do delinquente, em que a sua socialização não tivesse sido lograda (uma pena, por conseguinte, de duração absolutamente indeterminada)”²⁶⁷.

²⁶⁴ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. pp. 154 e ss.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 29.

²⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. *Op. cit.* 1992. p. 39.

²⁶⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.* 1999. p. 106. Apontamos que Portugal coaduna com o programa mínimo ao prever no Decreto Lei 48/95, que traz alterações no Código Penal que “aos magistrados e do Ministério Público caberá, pois, um papel decisivo na implementação da filosofia que anima o Código porquanto é no momento da concretização da pena que os desideratos de prevenção geral e especial e de reintegração ganham pleno sentido”.

Com efeito, apoia-se o programa mínimo de ressocialização. O Estado não deve estabelecer as atitudes dos indivíduos, deve apenas lhes proporcionar condutas que os levariam ao correto, segundo os moldes jurídicos criminais, oferecendo-lhes meios para voltar ao convívio social. Frisa-se: oferecer e não impor, de forma que a não aceitação do tratamento ressocializador pelo apenado não lhe causaria nenhum prejuízo. Por fim, qualquer interferência estaria limitando a liberdade e é dessa imposição que nos posicionamos contrária²⁶⁸.

Todavia, não fechamos os olhos para imaginar uma terra perfeita, com a aplicação ampla e sem restrições do programa mínimo de ressocialização, onde concedem-se as possibilidades de reintegração social e o sujeito acata se bem lhe entender e se não quiser, nada lhe ocorre. Francisco MUÑOZ CONDE, ao analisar a Lei Geral Penitenciária alemã, mostra outra realidade: não obstante programas voluntários de tratamento ressocializador, o que se enquadraria perfeitamente no modelo de programa mínimo, a Lei prevê sanções aos apenados no caso de não cumprimento dos ideais²⁶⁹. No entanto, esse não é um exemplo isolado; nada diferente ocorre com a Lei penitenciária espanhola²⁷⁰.

Para além de todas essas críticas, consigna-se que a ideia da teoria da prevenção especial nem sempre teve o mesmo carácter ao longo da história das finalidades das penas. Ela contou com imprescindíveis alterações no que relaciona sua atuação com o Estado Democrático de Direito, o qual passou por considerável aumento. Vale recordar que essa polémica já foi palco de outras correntes, destaca-se a Nova Defesa Social de MARC ANCEL, na França; na Alemanha com as ideias de VON LISZT e a famosa Conferência de Marburgo; na Espanha com a Escola Correccionalista, sendo Concepción ARENAL o grande marco naquele país. Entretanto, não se

²⁶⁸ Nesse sentido regem as lições de BETTIOL: “o homem tem a liberdade de fazer o bem, mas é também livre para se orientar no sentido do mal, sujeitando-se a sofrer as consequências do mal perpetrado. Ninguém pode obrigar o homem ao bem porque nesse caso a ação perderia o seu mais precioso significado moral. Ninguém está autorizado a penetrar no íntimo da consciência humana para procurar imprimir-lhe uma certa orientação. O sacrário a consciência é inviolável e nem o facto de ter sido condenado, pode autorizar o Estado (um não valor), a estabelecer leis que possam valer para a consciência de um valor, como sempre, em qualquer situação e em qualquer caso, o homem continua a ser. (...) o Estado não pode impor a virtude. Ele apenas pode, ou melhor, deve criar as condições para o homem poder levar uma vida virtuosa, de modo que o indivíduo, se quiser, possa aproveitar-se dela (...)” BETTIOL, Giuseppe. *O mito da reeducação*. In Revista de Criminologia e Direito Penal, vol. 01, n. 6. Julho- setembro de 1964. pp. 10-11.

²⁶⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito*. In Doctrina Penal. Buenos Aires: Depalma, n. 5-8, 1979. pp. 637-638.

²⁷⁰ RIVACOBAY Y RIVACOBAY, Manuel de. *Función y aplicación de la pena*. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 146.

retira de VON LISZT sua importância que tece comentários, inclusive nos dias de hoje, abarcando uma ideia de “retorno a Von Liszt”²⁷¹.

É esse Estado Social e Democrático de Direito que tem o dever de limitar o ideal da ressocialização, vez que a ingerência na esfera pessoal, além de ser exceção, tem que ser devidamente fundamentada e apresentada a sua real necessidade. Dessa forma, o termo ressocialização deve ser submetido a uma “rigorosa filtragem conceitual, para, a partir daí, elaborar juízos críticos sobre a sua validade”²⁷².

4.2. OS VERDADEIROS HABITANTES DO SISTEMA

As prisões são verdadeiras geradoras de disparidades. A igualdade pregada pelos ordenamentos jurídicos nacionais e resoluções internacionais valem para muitos ramos, mas parece-nos que não para o sistema carcerário. Prender “vagabundos”, ociosos e pobres sempre foi comum e isso não é uma invenção do século XXI. Do mesmo modo que pessoas idôneas estão intimamente relacionadas com aquelas que, talvez por uma sorte do destino, são bem avantajadas financeiramente ou detentoras de um trabalho. Tudo isso já era discurso, por exemplo, da Ordenação de João, o Bom, promulgada em fevereiro de 1351²⁷³.

Até mesmo no já alcançado Iluminismo, o contrato social teve caráter distinto da proclamada igualdade a todos. Foi, sobretudo, um *pactum ad excludendum*. Como afirma BARATTA, “um pacto entre uma minoria de iguais, que excluiu da cidadania todos os que são

²⁷¹ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona: Bosch. 1976. p. 70.

²⁷² RODRIGUES, Anabela Miranda. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, 1999. p. 99.

²⁷³ “É ordenado que, toda feitura de tal gente ociosa ou jogadores de dados, ou cantadores de rua ou vagabundos ou mendicantes, de qualquer estado ou condição que seja, tendo ofício ou não, homens e mulheres que sejamãos de corpos e membros, se prontifiquem a fazer alguma tarefa de labor, com que possam a vida ganhar, ou evacuem a cidade de Paris, e as outras do dito Prebostado e Viscondado, dentro de três dias a contar deste pregão. E, se após os ditos três dias aí forem encontrados ociosos, ou jogando dados, ou mendigando, serão presos e levados “a prisão a pão, e assim mantidos pelo espaço de quatro dias; e quando tiverem sido libertados da dita prisão, caso sejam encontrados ociosos ou sem bens com que possam manter a vida, ou sem aval de pessoa idônea, sem fraude, para quem façam trabalhos ou prestem serviço, serão postos no pelourinho; e a terça vez serão assinalados na testa com ferro em brasa, e banidos dos ditos lugares”. DUBY, G. *A Europa na Idade Média*. São Paulo: Livraria Martins Fontes. 1988. p. 115.

distintos: um pacto entre proprietários brancos, homens e adultos para excluir e dominar indivíduos pertencentes a outras etnias, mulheres, crianças e pobres”²⁷⁴.

Profundo admirador de Charles DARWIN e representante do liberalismo clássico, Hebert SPENCER relaciona o funcionamento de um fígado com a cidade de Manchester. Para o filósofo, os fracos, denominados a época como os débeis, imprudentes, incapazes, pobres seriam superados pelos mais aptos²⁷⁵.

Nossa história sempre foi marcada por estigmas do criminoso, como os exageros do utilitarismo de BENTHAM e o atavismo de LOMBROSO. Entretanto, entre os sinais de preconceito, nota-se uma realidade, senão vejamos os ensinamentos do precursor da escola positivista: “para finalizar, direi que a origem impura da justiça pode servir para nos explicar a desigualdade com que ela se distribui, de povos a povos, e, coisa pior, de classes a classes. Sabe-se que, enquanto o *parquet* em sua cadeira declama a justiça eterna, igual para todos, o pobre não obtém realmente justiça, senão por exceção e como que por caridade. O rico, ao contrário, dispõe de meios numerosos para escapar, ou ao menos para obter um castigo mais suave”²⁷⁶.

Diferente dos positivistas italianos, Concepción ARENAL, que de uma forma ou de outra criticou todos os estabelecimentos prisionais. Dizia que nenhum estava de acordo com as ideias do correccionalismo. Já naquela época, eram tão nítidas as mazelas carcerárias, que se voltar-se para todas as apreciações realizadas na história, notar-se-á que nossa crítica atual não tem nada de hodierna. Em suas decepções com as prisões, ARENAL afirmava “que não se pode fazer próprio para a sociedade o homem, senão por intermédio da sociedade”²⁷⁷.

Não é demais recordar a Política da Tolerância Zero e concluir que a história não deixa dúvida de quem sempre foram os verdadeiros habitantes do sistema carcerário. Só nos resta abusar da conclusão de BARATTA: “as maiores chances de ser selecionado para fazer parte da ‘população criminosa’ aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social

²⁷⁴ BARATTA, Alessandro. *Ética e pós modernidade*. In *Ética na comunicação*. Ester Kosovski (org). Rio de Janeiro: Mauad. 1995. p. 124.

²⁷⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. Cit.* 2014. p. 82.

²⁷⁶ LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Tradução de MARISTELA Bleggi Tomasini e Oscar Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz. 2001. p. 123.

²⁷⁷ ARENAL, Concepción. *Op. Cit.* 1895b, vol II, p. 79.

(subproletariado e grupos marginais)”²⁷⁸. Outrossim, com certo tom de veracidade e com grande constrangimento à civilização, na introdução da obra de WACQUANT traduzida para a língua portuguesa, as prisões são tratadas com expressões como “verdadeira ditadura sobre os pobres” ou “campo de concentração para pobres”²⁷⁹.

Contudo, as classes sociais mais elevadas são nitidamente excluídas do sistema carcerário. Longe de ser verdade que esse seletivo grupo não cometa crimes, são bem ativos no que se refere a crimes como corrupção, abuso de autoridade, fraudes, desvios de verbas, sonegação fiscal entre inúmeros outros delitos. Entretanto, por diversos fatores conseguem manipular a máquina repressora e manter suas condutas na impunidade, tornando apenas números das “cifras negras”. Numa comparação chula, “são como aquele avião ‘invisível’ americano: existe, voa, tem um preço altíssimo, mas os radares não conseguem percebê-lo”²⁸⁰.

O cárcere é um meio de seletividade social²⁸¹. A sua função de instituir estigmas faz com que ele atue nas classes menos favorecidas, aniquilando qualquer forma de ascensão social. Se considerarmos a sociedade capitalista, torna-se visível que o crime patrimonial está em evidência, e se o indivíduo que já foi condenado por ter roubado ou furtado, dificilmente será reinserido de novo no sistema social, pois agora além da marca de “roubador”, carrega a cicatriz de “ex-detento”. Assim, formam as altas taxas de reincidência e funda-se o fracasso da ressocialização²⁸².

²⁷⁸ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.* 2014, p. 165.

²⁷⁹ WACQUANT. Lóic. *Op. Cit.* 2011. pp. 11-12. O autor usa a expressão “campo de concentração de pobres” para mencionar as condições precárias das prisões brasileiras. Ademais, na obra de Vivian STEM. (*Setenced to die? The Problem of TB in Prisons in Eastern Europe and Central Asia*. International Centre for Prison Studies. Londres: King`s College. 1999), a autora menciona que na Rússia, os sistemas carcerários são verdadeiras câmeras de horror.

²⁸⁰ ALMEIDA, Gevan. *Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004. p. 99.

²⁸¹ ZAFARONI E PIERANGELI utilizam o termo “justiça seletiva”, como razão para tal nomenclatura, “porque por ela serão atingidos os indivíduos pertencentes aos setores sociais menos favorecidos e os de quociente intelectual mais baixo, isto é, os menos aptos para competição que a sociedade impõe”. ZAFFARRONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.* 2011. p. 676.

²⁸² Interessante os apontamentos de BARATTA acerca do tema: “As estatísticas indicam que, nos países de capitalismo avançado, a grande maioria da população carcerária é de extração proletária (...) e portanto das zonas sociais já socialmente marginalizadas como exército de reserva pelo sistema de produção capitalista. Por outro lado, 80% dos delitos perseguidos nestes países são delitos contra a propriedade. Estes delitos constituem reações individuais e não políticas às contradições típicas do sistema de distribuição da riqueza e das gratificações sociais próprias da sociedade capitalista”. BARATTA, Alessandro. *Op. cit.* 2014, p. 198.

4.2.1. A “prisonalização” e “dessocialização” da subcultura carcerária²⁸³

Além de marginalizados, os presos não são tratados como sujeito de direito, inclusive, em não raros casos, possuem seu direito de voto suprimido, até mesmo pelos países ditos democráticos. A democracia vem do sufrágio universal, momento em que é depositada a vontade do povo, o seu desejo e as aspirações para uma melhora. Mas, então, se esse direito não é concedido aos detentos, significa dizer que além de legalmente marginalizá-los, acredita-se que os presos estão de acordo com toda a situação em que se encontram e não possuem vontade, desejo e aspirações? Ou simplesmente isso faz parte do processo de marginalização? Retirando dos detentos o seu direito de participar ativamente da democracia, apenas dificulta a sua readaptação ao meio social, quando retomada a sua liberdade²⁸⁴.

Trata-se aqui de um paradoxo. De um lado, com efeitos de intimidação, a sociedade insere o indivíduo dentro do sistema carcerário, para que lá eles possam aprender ou relembrar das regras de adaptação social. De outro, saca-lhes sua personalidade, restringe seus direitos, aprimora seus ensinamentos sobre a criminalidade e as verdadeiras regras de convivência em um mundo brutal e desumano. Cria-se, assim, um processo reverso do esperado: a “dessocialização” de uma subcultura carcerária²⁸⁵.

O bom preso seria aquele adaptado aos regimentos do sistema carcerário, ao mesmo tempo, que se distancia da realidade e das normas enquanto livres. Dentro da prisão os códigos são outros. Não estamos falando apenas das constantes vigilâncias e falta de intimidade, mas

²⁸³ Não temos como foco desse trabalho a pesquisa sobre o conceito das culturas e subculturas. Entretanto, apresentamos uma descrição para a continuidade do assunto. Para tanto, buscamos na célebre obra de Figueiredo DIAS e COSTA ANDRADE. Por cultura em termos sociológicos, “entende-se, pois, a todos os modelos colectivos de acção, indetectáveis nas palavras e na conduta dos membros de uma dada comunidade, dinamicamente transmitidos de geração para geração e dotados de certa durabilidade”. Por subcultura, a ideia “implica a existência de padrões normativos opostos ou, pelo menos, divergentes dos que presidem à cultura dominante”. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. *Op. cit.* 2013. pp. 290-291.

²⁸⁴ A Constituição do Brasil muito embora afirma ser Democrática de Direito (artigo 1º) e que todo poder emana do povo, sendo exercido por meio de representantes eleitos (artigo 1º, parágrafo único). Outrossim, “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos” (artigo 14), cai em contradição, quando afirma que esse “todos”, não é assim tão amplo. “Artigo 15: É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”. Não diferente, acontece com as Constituições da Argentina, do México, da Noruega, Luxemburgo, Rússia, Uruguai, entre outros. De forma diferente, encontramos na Constituição Espanhola no artigo 23 combinado com o artigo 25, 2, que é seguida pelas Constituições da Suíça, Bulgária, Panamá, Bolívia, Porto Rico, Costa Rica e outros.

²⁸⁵ Nesse sentido, também RODRIGUES, Anabela Miranda. *Op. Cit.* 2002. p. 159.

também das próprias leis que reinam entre os detentos. Aceitar esse novo ordenamento é simplesmente a necessidade de manter-se vivo. Hipocrisia acreditar que o bom preso é aquele que a ressocialização obteve êxito. Analisando a situação friamente entende-se que “o detento não está sendo ressocializado para a vida livre está, na verdade, sendo socializado para viver na prisão”²⁸⁶.

Ao revés de ressocialização, as prisões são suscetíveis do fenômeno de “prisionalização”. Termo que surgiu em capítulos da obra *The Prison Community*, do autor norte americano Donald CLEMMER, ex-diretor do Departamento Penitenciário do Distrito do Governo de Columbia. Em uma interessante comparação: “assim como usamos o termo americanização para descrever o maior ou o menor grau de interação dos imigrantes com o estilo de vida da América, pode-se usar o termo prisionalização para indicar adoção em maior ou menor grau do modo de pensar, hábitos, costumes e regras gerais das penitenciárias²⁸⁷”.

Com tais ensinamentos do precursor nota-se que na realidade o que ocorre nos presídios seria esse processo de prisionalização, ou seja, uma assimilação da cultura prisional, em seus aspectos formais e informais de toda a estrutura penitenciária (normas e relações sociais). Entretanto, tal fenômeno não atinge apenas aos detentos, mas também todo o grupo da administração, diretores, psicólogos, guardas²⁸⁸. Todos instruem-se de novas normas a serem regidas; na aprendizagem dos detentos estão o conformismo e o oportunismo, e na relação desses com os representantes da organização institucional encontram atitudes como hostilidade, desconfiança e submissão sem consentimento²⁸⁹.

Uma vez dentro da prisão, o sujeito torna-se dependente dela para todas as suas necessidades, desde vestuário a alimento. A instituição passa a reger seus tempos livres, horário para ver o sol e o horário para se enclausurar. Passa a ser sujeito de humilhação, degradação, depressão e todas as formas de ser posto no mais baixo grau de civilidade. Alvino de SÁ tece um

²⁸⁶ PIMENTEL, Manuel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1983. p. 158.

²⁸⁷ CLEMMER, Donald. *Prison Community*. Nova Iorque: Holt, Rinehart and Winston. 1958. p. 299 (tradução nossa). Mais acerca do tema “prisionalização”: para BARATTA há dois pontos a ser examinado: (i) o da “desaculturação”, que seria o processo de desadaptação com a vida em liberdade, com o seu afastamento progressivo dos valores do mundo externo; (ii) “aculturação” ou “prisionalização”, que seria a assunção de atitudes, modelos e valores do sistema carcerário. BARATTA, Alessandro. *Op. cit.* 2014, pp. 184 - 185.

²⁸⁸ THOMPSON, Augusto. *Op. Cit.* 2002. p. 26.

²⁸⁹ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.* 2014, p. 186.

resumo sobre as consequências da prisionalização, “perda da identidade e aquisição de nova identidade; sentimento de inferioridade; empobrecimento psíquico; infantilização, regressão”²⁹⁰.

Já GOFFMAN, prefere usar o termo “ajustamento” para mencionar essa relação entre o detento e o cárcere. Para termos metodológicos, ele divide em dois tipos: (i) primário, que seria o “bom preso”, como já mencionado, aquele que se adequa e respeita as normas da prisão²⁹¹; (ii) secundário, aquele que rompe com as práticas de regras oficiais, cujo objetivo seria a “satisfação proibida, ou obter-se por meios proibidos, as satisfações permitidas”²⁹².

O problema embora bastante discutido, parece não sofrer repercussão no mundo prático. Sabe-se que está errado, que esse não é um modelo de ressocialização. Entretanto, a inércia domina as instituições e as mudanças aparentam-se longe de serem concretizadas. Enquanto isso o tema é tratado para além do mundo jurídico; na literatura, na filosofia, na música, na psicologia, na psiquiatria, na sociologia, entre tantos outros ramos²⁹³.

Diário de um detento é o nome de uma música escrita pelo ex-presidiário Josemir José Fernandes Prado e, como de costume, sempre se utilizam de alcunhas, então o músico ficou conhecido como Jocenir. Além de abordar o deprimente episódio, que ficou conhecido no Brasil pelo “massacre do Carandiru”, ocorrido em 2 de outubro de 1992, ocasião em que foram mortos o número assombroso de 111 (cento e onze) detentos²⁹⁴, também trata da marginalização dos presos, de como eles são facilmente esquecidos pelos próprios Magistrados que os ordenou que

²⁹⁰ SÁ, Alvin August de. *Criminologia clínica e Psicologia Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 115.

²⁹¹ CLEMMER chama esse processo de acomodação. CLEMMER, Donald. *Op. Cit.* 1958. p. 86.

²⁹² GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva. 1974. p. 54. Mais sobre o tema, BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *A identidade do preso e as leis do cárcere*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. São Paulo. 2008. pp. 68-69.

²⁹³ Por exemplo, O professor de sociologia WACQUANT em sua obra traduzida para o português como *A prisão da miséria* é muito explícito ao abordar esse problema. Inclusive um dos tópicos da obra inicia com o nome “Precários, estrangeiros, drogados: os ‘clientes’ privilegiados das prisões europeias”. WACQUANT. Lóic. *Op. Cit.* 2011. p. 109.

²⁹⁴ O “massacre do Carandiru” foi comandado pelo Coronel Ubiratan que, de início foi acusado pelas mortes, entretanto inocentado. Anos mais tarde, o Coronel foi vítima de homicídio. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. ÓRGÃO ESPECIAL. Apelação Criminal 9182875-77.2003.8.26.0000. Relator Desembargador Walter de Almeida Guilherme. Data de Julgamento: 15 de janeiro de 2006.

ali permanecessem. Afastados do mundo real e na incerteza de sobreviver o dia de amanhã, a presença periódica de um juiz de execução não passa de um anseio²⁹⁵.

No romance autobiográfico de Henri CHARRIÈRE, a personagem que leva o apelido de Papillon, um francês, faz juras de inocência. Condenado à prisão perpétua e enviado ao cárcere situado em Guiana Francesa, na prisão conhecida como “a ilha do Diabo”, pelo nome já é possível entender de que se trata de um lugar nada aprazível. Era uma espécie de purgatório, que os homens pagavam por seus delitos sofrendo degradações e brutalidades. Papillon representa um preso contrário ao modo que mandam as prisões, não se mostra aculturado por ela e nem adaptado às regras do sistema e, por inúmeras vezes, tenta a fuga. Ao final, reflete que o caminho da podridão não lhe deixou marcas degradantes. Sobretudo, porque, acreditava que nunca se adaptou a ele²⁹⁶.

O filósofo FOUCAULT trata esse sistema carcerário como “instituição de sequestro”, vez que são verdadeiros controladores do tempo, do corpo e do saber dos detentos. É como ele afirma: “a inclusão por exclusão”²⁹⁷. Tal sistema contribui incisivamente para a formação de uma verticalização corporativa da sociedade. ZAFFARONI chama esse quadro de “tecnocolonialismo”, que seria o “fortalecimento dos vínculos neo-colonialistas em versão mais genocida”²⁹⁸.

Essa grande “máquina deteriorante”²⁹⁹ na verdade é uma fábrica de reincidentes. Os presos são meramente um uniforme, normalmente de cor neutra. O símbolo máximo da personalidade, que seria o nome, se torna apenas um número. Não apenas seu corpo, mas sua mentalidade também está aprisionada. Aliás não só a do detento, de todos os funcionários, entre muitos, carcereiros, guardas, vigilantes, diretores, médicos, psicólogos. Todos convivem em uma

²⁹⁵ Trechos transcritos da música: “Será que Deus ouviu minha oração?/ Será que o juiz aceitou a apelação?/ Mando um recado lá pro meu irmão:/Se tiver usando droga, tá ruim na minha mão (...) O relógio da cadeia anda em câmara lenta. Ratatá (simulação de barulho de tiros), mais um metrô vai passar. Com gente de bem, apressada, católica. Lendo jornal, satisfeita, hipócrita. Com raiva por dentro, a caminho do Centro. Olhando para cá, curiosos, é lógico. Não, não é não, não é zoológico. Minha vida não tem valor quanto seu celular, seu computador (...) Quem mata mais ladrão ganha medalha de prêmio!/ O ser humano é descartável no Brasil” A banda RACIONAIS RCs foi quem reproduziu a canção.

²⁹⁶ CHARRIÈRE, Henri. *Papillon: O homem que fugiu do Inferno*. Tradução de Mario Varela Soares. São Paulo: Bertrand Brasil. 2013.

²⁹⁷ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora. 1996. pp. 114-122.

²⁹⁸ ZAFFARONI, *Op. Cit.* 1998, p. 136 (tradução nossa).

²⁹⁹ Nomenclatura de ZAFFARONI, *Op. Cit.* 1998, p. 139.

panela de pressão de constante desconfiança e sempre esperando o momento em que esta explode e quando isso acontecer, como resultados teremos mais mortes e mais danos psíquicos.

Assim, como cobrar dos detentos um aprendizado positivo e sua reinserção social? Sendo que na realidade, durante o período em que foi mantido sob custódia estatal, a única atitude que aprendeu foi a submissão, o desprezo, a aguda desigualdade social e a sua manutenção à margem dos excluídos, só que dessa vez até direitos pregados como universais, também lhes são banidos. A subcultura carcerária e a reinserção social estão em mundos totalmente diferentes, enquanto persistir o processo de “prisionalização” e “dessocialização”. GOFFMAN em poucas palavras transcreve todo esse processo: “sempre que se impõem mundos, criam-se submundos”³⁰⁰.

Ficamos por fim com a ideologia de BARATTA, que reconhece a utopia ressocializadora e mostra-se preocupado com o fato de que isso possa significar reforço das funções retributiva e neutralizadoras da pena. O jurista não abandona o fato das prisões serem um mal, ao passo que desiste de um projeto humanizador para o cárcere. Para ele, “a reintegração social do condenado não se pode conseguir através da pena carcerária, mas apenas dela, ou seja, buscando fazer menos negativas as condições que a vida em cárcere implica, em relação com essa finalidade. Do ponto de vista de uma integração social do autor de um delito, a melhor cárcere é, sem dúvida, a que não existe”³⁰¹.

4.2.2 A deturpada relação do cárcere com a sociedade

Ilusão crer que o fim do cumprimento da pena é sinônimo da liberdade atingida com a saída do cárcere. Cumprido o determinado pela Justiça, entra em cena a eterna sanção social e, como já nos ensinava CARNELUTTI: “quem pecou está perdido. Cristo perdoa, mas os homens não”³⁰². Com essa paráfrase religiosa, entendemos que a principal pena é aquela imposta pela

³⁰⁰ GOFFMAN, Erving. *Op. Cit.* 1974. p. 246. A obra original do autor leva o título de *Asylums*, que originou das prisões sequestro de FOULCAULT.

³⁰¹ BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam*. Buenos Aires: Editorial B de F. 2006. p. 379 (tradução nossa).

³⁰² CARNELUTTI, Francesco. *La misérias do processo penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea. 1959. p. 126 (tradução nossa).

sociedade; uma relação muito nítida entre quem exclui (sociedade) e quem é o excluído (presos e ex-presos). Os estigmas de um “ex-detento”, parecem serem máculas eternas e irrenunciáveis.

Ao notar as altíssimas altas taxas de reincidência, que chegam à margem de 70% (setenta por cento)³⁰³, não se deixa outra conclusão, a não ser que o sistema carcerário falhou desde a sua inauguração. Entretanto, esse nada honroso título de fracasso não deve ser dirigido apenas às prisões; o mundo em liberdade também não permite a estabilidade dos já estigmatizados e, mesmo na tentativa de conceder oportunidades para a efetiva concretização da ressocialização, o que reina é a exclusão social.

Também não se diz que esse fator é recente ou mesmo descoberto apenas depois da criminologia crítica. LOMBROSO, BENTHAM, CLIFFORD SHAW, entre tantos pesquisadores já apontavam para a possibilidade da contribuição das prisões para a criminalidade. LOMBROSO, por exemplo, afirmava que os criminosos habituais, assim se tornaram, por forte influência das condições prisionais e o contato dos detentos com os demais³⁰⁴.

A partir dos anos 60, surge um novo estudo, a teoria *labeling approach*³⁰⁵, que muda esse enfoque; passa do criminoso para as instâncias formais de controle. Entre seus diversos legados, foca-se naquele denominado de delinquência secundária, que seria a delinquência desencadeada pela força dos estigmas. Quando a sociedade decide que uma pessoa não faz jus a certa confiança, deposita nela atitudes desagradáveis, que demonstram a sua impulsão de rejeição e humilhação³⁰⁶.

Assim essa pessoa passa a agir conforme a sociedade espera que ela aja, ademais, ela passa a organizar sua vida a partir do estigma imposto, causando-lhe mudança na forma de ver e

³⁰³ Dados tirados de THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: entes políticos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007. p. 99. A estatística de 70% refere-se aos Estados Unidos da América, Suécia e Brasil, muito embora o último a pesquisa não seja confiável.

³⁰⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. Cit.* 2014. p. 254.

³⁰⁵ Traduzida com vários nomes, entre eles, teoria do etiquetamento, da rotulação social, interacionista, da reação social.

³⁰⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. Cit.* 2014. p. 255.

de ser visto³⁰⁷. Nesse ínterim, explica BARATTA, quando comenta acerca das instituições de ensino como sistema que contribui para a seleção, discriminação e distância social³⁰⁸.

Nessa sociedade, cada vez mais levada pelo individualismo e “descartes” de pessoas indesejáveis; sociedade que deseja a neutralização de seus semelhantes e os condena sumariamente, faz com que se leve em consideração o fato de não ser o delinquente que necessita ser ressocializado, mas sim a sociedade punitiva que tem que ser transformada³⁰⁹.

Nessa confusão perguntam-se os professores lusitanos: “Como poderiam os criminólogos propor auxiliar a defesa da sociedade contra o crime, se o seu propósito último é defender o Homem contra este tipo de sociedade?”³¹⁰. Relativizando tal hipótese, entende-se que essa posição deve servir de parâmetros e limites para a ressocialização. Medidas a serem dirigidas não apenas ao condenado, mas também lhe fornecendo condições para sua não reincidência, quando posto em liberdade.

As penas dos detentos não acabam na rigidez do Judiciário, vão além até mesmo do estigma social. Em muitos casos, os condenados sofrem com a solidão da sua família. Filhos também carregam a tatuagem de seu progenitor ser um preso, com toda a carga semântica negativa que tal palavra possa conter. Outrossim, muito normal as esposas, de início, aturarem o sol e a chuva das intermináveis filas, serem maltratadas e tidas como delinquentes simplesmente por visitarem seus maridos. Com tantas moléstias, é comum que as visitas se reduzam. O

³⁰⁷ GOFFMAN define estigma como “a situação de impossibilidade de um indivíduo obter aceitação social plena”. GOFFMAN, Erving. *Estigma*. Tradução de Sandra Mestra da Cunha. Rio de Janeiro: LTC. 1988. p. 07.

³⁰⁸ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.* 2014, pp. 171-175.

³⁰⁹ Somos tão ousados quanto Anabela RODRIGUES em afirmar que o que necessita é a mudança na sociedade e não no delinquente. Afirma ainda a lusitana que “a sociedade – criminógena – pode ser um de entre os fatores relevantes na explicação do fenômeno criminal. Mas já não consegue deixar de ser irreal a esperança de que uma alteração das estruturas sociais permita acabar com o crime, pois que, se este é um produto da sociedade e não do indivíduo, cada tipo de sociedade produzirá a sua espécie de delinquência”. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Op. Cit.* 1982. p. 26.

³¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. *Op. cit.* 2013. p. 61. De igual modo questiona MUÑOZ CONDE: “¿qué sentido tiene entonces hablar de resocialización del delincuente en una sociedad que produce ella misma delincuencia? ¿No habría antes que cambiar la sociedad? Hablar de resocialización del delincuente sólo tiene sentido cuando la sociedad en la que se quiere reintegrarlo es una sociedad con un orden social y jurídico justos? Cuando no es este el caso ¿qué sentido tiene hablar de resocialización? ¿no habría que empezar por resocializar a la sociedad?” MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Fundación Universitaria de Jerez: Jerez. 1985. p. 96.

casamento acabe e as máculas permaneçam. Entretanto, essa é apenas mais uma junção das degradações, que dificultam a tentativa de ressocialização³¹¹.

O que adianta, em uma remota hipótese, todos os cárceres serem como os da Suécia? Entendendo que é a sociedade quem produz a marginalização, por meio de seus estigmas de preconceito e exclusão, não fica difícil compreender que antes de modificar a malha carcerária, de fazer planos de inclusão social para aqueles tido como excluídos, é necessário atingir a “raiz do mecanismo”, ou seja, a sociedade que exclui. A ressocialização para ser completa não deve ser feita apenas no indivíduo, mas na sociedade toda. Esse seria o meio de não perpetuar com a indesejável pena³¹².

4.3. A (DES) NECESSIDADE DA PENA DE PRISÃO

A crise do cárcere, assim como a crise da ressocialização, são pautas para o ceticismo, conforme afirma o jurista brasileiro BITENCOURT³¹³, em 1994 e o professor espanhol GARCÍA – PABLOS DE MOLINA³¹⁴, em 1988. Passar-se-iam inúmeras folhas citando renomada doutrina sobre o assunto, mas basta corroborar. É muito difícil ressocializar um indivíduo que sofreu uma pena e as suas amargas consequências; muito provável que ele guarde sentimentos de raiva e ódio do aparelho estatal, o mesmo que o colocou nessa posição e o tratou com todas as mazelas.

A crise também é do Direito Penal, uma vez que é a raiz das contradições internas, e muito serve para aumentar as diferenças entre ricos e pobres, para defender os interesses de alguns e marginalizar outros, através de castigos a quem “se atreve a questionar a ordem social e jurídica dominante”³¹⁵.

³¹¹ Nesse sentido, TRINDADE, Lourival Almeida. *A ressocialização... Uma (dis)função da pena de prisão*. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 2002. p. 53.

³¹² Conforme BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.* 2014. pp. 186-187.

³¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *A crise da pena privativa de liberdade*. In Revista MPRS, n. 31. Porto Alegre. 1993. pp. 199-201.

³¹⁴ GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Régimen abierto y ejecución penal*. In Revista Estudios Penitenciarios. n. 240. Madrid. 1988. p. 41.

³¹⁵ MUÑOZ CONDE, Franciscos. *La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito*. In Cuaderno de Política Criminal. n. 7. Bogotá. 1979. p. 93 (tradução nossa).

A pena privativa de liberdade se tornou a principal sanção e passou a ser usada sem restrições. Entretanto, ela está longe de alcançar as finalidades preventiva e retributiva, sendo apenas um meio de castigo cruel e desumano. Dessa forma, o jurista do garantismo, FERRAJOLI, se mostra otimista com o futuro dessa pena. Para ele, o direito penal é plausível de reforma, pela qual a longo prazo culminaria na supressão integral das penas privativas de liberdades e a curto e médio prazo, uma drástica redução do seu tempo de duração legal, começando pela abolição das barbáries que seriam a pena perpétua³¹⁶.

Contudo, mesmo sabendo dos males desse sistema, a predominância é da “cultura do medo”³¹⁷, como ensina GARLAND, e das reformas penais e processuais penais, que a passos cada vez mais largos colocam as prisões mais distantes da ressocialização. Como por exemplo, com presídios de segurança máxima, que certamente vem às nossas mentes a *Pelican Bay*, edificada em 1989 nos Estados Unidos da América, na Califórnia, a qual apenas foi precursora das novas safras de presídios “super protetores” construídos por outros países e com isso, a renúncia de qualquer projeto ressocializador³¹⁸.

Com esse modelo repressor mais fulgente e com poder de controle nitidamente mais representativo, BAUMAN convida a outra análise, inicia chamando o *Pelican Bay* de “*super high tech* versão do Panóptico”. Assim tece a sua crítica, informando que esse modelo carcerário se distancia daquele de BENTHAM, que tinha como fundamento as “*house of correction*”, ou seja, o preso seria reinserido aos padrões sociais por meio de seu trabalho. Entretanto, diante da

³¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*. 1995. p. 410.

³¹⁷ GARLAND, David. *Op. Cit.* 2008. pp. 53-54. Na prisão “Pelican Bay”, o tempo é gasto “em celas desprovidas de janelas, construídas em sólidos blocos de concretos e em aço inoxidável. Eles não trabalham nas prisões, eles não tem acesso a recreação, eles não se misturam com outros presos”. Além disso, são incomunicáveis, sem contato até com os guardas. BAUMAN, Zygmunt. *Social uses of law and orden*. In GARLAND, David; SPARKS, Richard. *Criminology and social theory*. Nova Iorque: Oxford University Press. 2000. p. 28 (tradução nossa).

³¹⁸ No Brasil conta-se com o RDD (Regime Disciplinar Diferenciado) que também surgiu nos moldes de presídio “super protetor”. Sua motivação foi para evitar as ações de facções criminosas, como o Comando Vermelho no Rio de Janeiro e o Primeiro Comando da Capital (PCC) em São Paulo. Está regulamentado pela Lei 10792 de 1º de dezembro de 2013, a qual trouxe alterações na Lei de Execuções Criminais (Lei 7210/84). Para o seu advento, o texto constitucional, menciona que ingressará nesse sistema, os presos que “apresentem alto risco a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” (art. 52, §1º da LEP). Por tal modelo penitenciário, os detentos são mantidos em celas individuais pelo período de 22 horas, sem permissão de qualquer contato com o mundo externo, a não ser a possibilidade de visitas semanais de prazo máximo 2 horas. Além de inúmeras polêmicas sobre sua inconstitucionalidade - que não é a pretensão desse trabalho - nos resta tecer e corroborar com as conclusões de Salo de CARVALHO, ao dizer que o RDD “manifesta o sentimento dos Poderes Públicos com práticas arbitrárias, regularmente toleradas nas penitenciárias nacionais”. CARVALHO, Salo. *Tântalo no divã (novas críticas ‘as reformas no sistema punitivo brasileiro)*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 50. 2004.

nova configuração econômica que se defronta, assinalada pela falta de emprego e sobra de mão de obra, nem sempre há meios para que os detentos tenham um trabalho (dentro ou fora das prisões). E por tal motivo, embora enfaticamente sob maior controle, a *Pelican Bay* e as demais prisões não têm o condão de reformá-los, distanciando da função de vigilância onipresente que pregava o Panóptico³¹⁹.

4.3.1. Questão penitenciária: a necessidade de um direito penitenciário

Inúmeras foram as oportunidades de posicionamento a favor da ressocialização. Coloca – se agora esse ideal dentro do processo penal e fica-se com o entendimento da Professora Anabela RODRIGUES, “que o «coração e o eixo» da reforma penal e de uma correcta política- criminal se encontram, em grande medida, na questão penitenciária”³²⁰.

Abandonada a sala de audiência parece-nos que esgota o papel do Direito Penal e começa a preocupação da execução da pena, que é de suma importância na prática e deve ser encarada como a mais relevante para o condenado. Afinal, é quem sofre a sanção. É nesse período que se deve evitar a *dessocialização* e a *estigmatização* do recluso.

Nota-se o quão importante é essa fase, que, corriqueiramente, não é aprofundada em seu estudo, sequer é uma disciplina isolada (em alguns países), pela qual possa ser minuciosamente examinada em todos seus aspectos como deveria ser, haja vista seu conjunto de regras de caráter administrativo, penal e processual penal de formas independentes. Essa matéria com nome de direito penitenciário (ou direito de execução penal), também se difere do ramo da criminologia,

³¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Op. Cit.* 2000. pp. 28-29. Mais sobre o assunto: “É evidente que a globalização apresenta repercussões na estrutura e no alcance da delinquência. (...) um mundo global é um mundo altamente móvel e instável, a ponto de novos setores da população serem vistos como ameaça da ordem social. E também é a globalização que inspira o sistema penitenciário, em especial ao propor ao modelo de penitenciária californiana de *Pelican Bay*, onde os reclusos estão praticamente isolados sem ter nada a fazer e nem ninguém para se comunicar. Ficaram longe as *Houses of Correction* em que o trabalho era utilizada para disciplinar os presos. A técnica na era da globalização, que soa como um *slogam* seria a imobilidade”. GIL VILLA. Fernando. *La delincuencia e su circunstancia. Sociología del crimen y la desviación*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2004. p. 120 (tradução nossa).

³²⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Op. Cit.*. 2002. p. 08.

vez que ela possui uma dimensão empírica, se ocupando em estudar as causas do delito, do delinquent, da vítima e do controle social do comportamento desviado³²¹.

A título exemplificativo, na realidade brasileira, essa matéria ainda está atrelada a dogmática do Direito Penal. A desconsideração pelo termo “direito penitenciário” é tão acentuada que é encontrada como sinônimo de “Direito Tributário” no Dicionário Jurídico Brasileiro da Editora Del Rey³²². Entretanto, a autonomia do seu estudo é anunciada na obra de Arminda Bergamini MIOTTO e acatada seu ideal por diversos outros autores³²³. Aliás, é a expressão dos constituintes brasileiros, a notar o artigo 24, I, da Constituição Federal Brasileira de 1988: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico”.

Quadro semelhante é o consagrado pelo ordenamento português, muito embora seja um dos países pioneiros a dispor de leis relativas à execução penal e medidas de segurança privativa de liberdade³²⁴.

Diferente realidade é apresentada na Espanha, onde a disciplina de direito penitenciário é consolidada, sob o conceito de ser “um conjunto de normas jurídicas reguladoras da execução das penas e medidas privativas de liberdade”³²⁵. Acerca da nomenclatura apresentam-se divergências entre os países, sendo que no ordenamento francês é adotada como ciência penitenciária. A Alemanha menciona em um direito de execução penal.

Sabe-se que a polêmica acerca da denominação “direito penitenciário” rende inúmeros discursos. ZAFFARONI e Nilo BATISTA (et. al.) entendem que esse termo não é recomendável,

³²¹ MIR PUIG, Carlos. *Op. cit.* 2011. p. 19. Entretanto, o autor afirma a existência de doutrina que assemelha o Direito Penitenciário à criminologia.

³²² SANTOS, Washington dos. *Dicionário jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey. 2001. p. 82.

³²³ MIOTTO, Arminda Bergamini. *Temas Penitenciários*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

³²⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Op. Cit.* 2002. p. 10. Em matéria legislativa se posiciona a autora: “Esta centralidade foi confirmada na revisão do Código Penal de 1955, quando, ao encontro do que se verifica em legislações penais próximas da nossa, se optou por proceder à enunciação das finalidades da execução da pena de prisão (n. 1 do artigo 43º), numa formulação em tudo correspondente à que constava do artigo 2º, n. 1 e 2, do Decreto Lei n. 265/79, de 1 de Agosto”.

³²⁵ MIR PUIG, Carlos. *Op. cit.* 2011. pp. 19-20 (tradução nossa). Acerca da disciplina autônoma de Direito Penitenciário nos planos de estudo das Faculdades espanholas, nos informa TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria; GARCÍA ALBERO, Ramón; SAPENA GRAU, Francisco; RODRÍGUEZ PUERTA, María- José. *Op. cit* 2001. p.13; ALONSO RODRIGUEZ, António. *Lecciones de derecho penitenciario. Adaptadas a la normativa legal vigente*, Granada: Comares. 1997. p. XXIII. Na Itália é confirmada por Massimo PAVARINI no Prológo da obra de RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La carcel en el sistema penal*. Barcelona: Bosch. 1996.

“pois parece reduzir à pena de prisão e, além disso, remonta às penitencias religiosas da Idade Média”³²⁶. Entretanto, não se corrobora com esse entendimento e insiste-se na existência da matéria de direito penitenciário, cuja preocupação primordial é com o direito do condenado dentro do sistema carcerário. Não se enxergam malefícios e nem termos pejorativos na existência de um direito inerente à pena de prisão, apenas vê-se a oportunidade de estudar o cumprimento da sanção em consonância aos preceitos legais, protegendo o condenado em favor de seus direitos.

O direito de execução penal remete a um direito mais burocrático – de cartório ou da secretaria do juízo – do que um real estudo sobre o encarceramento³²⁷. Ao termo direito penitenciário, parece uma maior atenção jurídica e científica da vida do condenado dentro do cárcere e essa é a real preocupação.

Todavia, sendo a nomenclatura como direito penitenciário ou direito de execução penal, tem-se alcançado um lugar importante e ao mesmo nível das outras fases jurídicas, “superando uma situação insustentável, tanto na bibliografia quanto na formação acadêmica do jurista”³²⁸. Enfatiza-se, assim, a necessidade de priorizar esse ramo que muitas vezes é esquecido frente às inacabadas indagações acerca da dogmática relativa à teoria geral da infração e o fatigado estudo das finalidades da pena.

4.3.2. Seria a crise da pena de prisão?

Embora descobertos todos os malefícios da prisão, na história do sistema carcerário ela nunca foi encaminhada para uma ideia abolicionista. Pelo contrário, a partir do século XIX, a

³²⁶ ZAFFARONI, Raul Eugenio; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro W.; ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 296.

³²⁷ Corrobora com esse entendimento VALOIS, Luis Carlos. *Op. cit.* 2012. p. 113. Ademais, salientamos que também alguns autores brasileiros questionam a nomenclatura entre direito penitenciário ou Direito da Execução Criminal. Nesse sentido, MESQUITA JUNIOR, Sidio Rosa. *Manual de execução penal*. São Paulo: Atlas. 2003. p. 20.

³²⁸ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.* 1989. p. 133. De igual modo afirma o jurista brasileiro: “Em verdade, o caminho correto seria o da integração dos diversos ramos da ciência penal. O Direito Penal, Processual e a Execução são estudados quase que independentemente, o que causa um prejuízo em termos de aplicação dos conceitos e até mesmo de colaboração para a feitura de novos textos legais”. BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 60.

pena de prisão se converteu em principal resposta penalógica. Acreditava-se que esse seria o meio para a ressocialização do delinquente. Esse otimismo inicial, pelo qual a prisão seria a forma mais idônea para realizar todas as finalidades da pena desapareceu e, sabe-se que hoje, o que predomina é o pessimismo do que é possível conseguir com o sistema carcerário. As negativas e o desânimo com as prisões são tantas que se colocaria em uma posição afirmativa de que a prisão estaria em crise, bem como sua impossibilidade de algum efeito positivo sobre o apenado, seja ele absoluto ou relativo³²⁹.

Não obstante todas as experiências humanas com o sistema carcerário e os resultados negativos, ainda é o meio de punição mais utilizado, “a ideia de penitenciária como aparato disciplinar se impõe, enquanto hipótese emergente, em termos quase definitivos como resultado da análise aqui conduzida sobre a estrutura organizativa dos cárceres norte americanos na metade do século XIX”³³⁰.

O tratamento aplicado nos cárceres é de duvidosa eficácia, vez que a reabilitação parece ser incompatível com o encarceramento, levando-se a crer que a prisão é uma verdadeira fábrica de delinquentes. Assim, já não choca quando a Professora Lola ANIYAR DE CASTRO mostra sua pesquisa concluindo que nos regimes abertos as taxas de reincidências exibem com menor significância³³¹. Ademais, as cifras mágicas de BERTRAND alertam que “aqueles que não reincidiram após a prisão é porque não reincidiria sem ela, da mesma forma que muitos dos que sofreram uma recaída fizeram somente por terem passado pela prisão”³³².

A prisão, embora com diferentes auge de acordo com o estado político e social vivenciado pela época, sem dúvida, já perdeu sua função de mecanismo de reforma ou reabilitação, sendo ícone de neutralização que satisfaz as exigências populares, que clamam pela segurança pública e penas mais severas. Para GARLAND, as prisões passaram por mudanças, já foram chamadas de penitenciária, de reformatórios e recentemente de estabelecimento

³²⁹BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993. p. 130. Nesse sentido, vale as reflexões de PAVARINI: “Se a instituição manicomial se justifica por seus fins terapêuticos e a carcerária por sua finalidade ressocializadora, se demonstra que a primeira não cura e a segunda não reeduca. Em segundo lugar se evidencia a natureza estigmatizante e/ou protetora de desviante da instituição total”. PAVARINI, Massimo. *Op. Cit.* 2002. p. 83 (tradução nossa).

³³⁰MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Op. cit.* 2010. p. 259.

³³¹ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Nota para um sistema penitenciário alternativo*. Curitiba: Juruá. 1990.

³³²GIACCOIA, Gilberto; HAMMERSHIMIDT. *Op. Cit.* 2012. p. 103 (tradução nossa).

correcional. Entretanto, “finalmente viu suas ambições reduzidas ao terreno da neutralização e da punição retributiva”. Continua o autor que “ela deixou de ser uma instituição desacreditada e decadente para se tornar um maciço e aparentemente indispensável pilar da ordem social contemporânea”³³³.

A mudança significativa fica apenas para o plano ideológico. Durante os anos do Estado de bem estar social, a prisão era vista como uma instituição falida, suportada apenas aos seres humanos que apresentavam fortes sintomas de agressividade e periculosidade, seria, então, o último recurso para a manutenção da ordem e do controle social. Sem embargo, o discurso que se enfrenta hodiernamente é dominado pelo sentimento de raiva e vingança e para que os indivíduos com sua liberdade ameaçada sejam vistos como pessoas não dotadas de sentimentos odiosos, cria-se um imaginário de que as prisões são os melhores paradeiros para os desviantes. Amplia-se o rol de desviantes a cada nova e inusitada situação³³⁴.

Mais uma vez, consigna-se os ensinamentos de GARLAND, “nos dois lados do Atlântico, sentenças condenatórias, direitos das vítimas, leis de vigilância comunitária, policiamento privado, políticas de “lei e ordem” e uma enfática crença de que a prisão funciona se tornaram lugares comuns no cenário do controle do crime (...). Mas o aspecto mais estarrecedor destas políticas criminais é que qualquer uma delas surpreenderia (ou talvez até mesmo chocaria) um historiador que, há alguns anos, observasse este cenário”³³⁵.

Entretanto, seria a crise da pena de prisão? Pode-se falar em crise do ideal de ressocialização, mas limitar esse ideal a pena de prisão é um tanto abrangente. A ressocialização seria o objetivo de uma política social que obteve êxito, a cumplicidade entre a relação do

³³³ GARLAND, David. *Op. Cit.* 2008. pp. 59-60.

³³⁴ Em maio de 2011 uma atriz brasileira Carolina Dieckmann teve trinta e seis fotos íntimas copiadas de seu computador pessoal e divulgadas na Internet. Por tal situação, o Congresso brasileiro promulgou a Lei 12.737/2012, que culminou com alterações no Código Penal, tipificando delitos cibernéticos.: “Os delitos previstos na Lei Carolina Dieckmann são: 1) Art. 154-A - Invasão de dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa; 2) Art. 266 - Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública - Pena - detenção, de um a três anos, e multa; 3) Art. 298 - Falsificação de documento particular/cartão - Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa”. Em um Estado Democrático de Direito em que o Direito Penal deve ser usado como *ultima ratio*, implantando leis pessoais, apenas coloca o aparelho repressor contra a sociedade, controlando suas vidas e aumentando as repressões.

³³⁵ GARLAND, David. *Op cit.* 2008. p. 41.

cárcere e a sociedade; e o desígnio de real aproveitamento do período de reclusão na vida do detento. Saber que este tempo não foi apenas uma aniquilação de sua liberdade.

BITENCOURT evidencia para uma crise da prisão “não como algo derivado de sua essência, mas como resultado da deficiente atenção que a sociedade e, principalmente, os governantes têm dispensado ao problema penitenciário”³³⁶. Como consequência, torna comum as incensadas rebeliões, tentativas de fugas e demonstrações de revoltas, enfim, os motins penitenciários, os quais “são a prova mais evidente da crise que a pena privativa de liberdade enfrenta”³³⁷.

Respeita-se todas as opiniões e, em diferentes óticas, nota-se que a prisão foi criada exatamente para o ideal proposto, de forma que não se corrobora com uma possível crise do sistema carcerário, tão pouco da pena privativa de liberdade. A prisão, como forma de execução de pena, cumpre sua finalidade de segregação, marginalização, ilegalidade e de subcultura. Entre altos e baixos do ideal de ressocialização, a verdade é que não se ressocializa em um ambiente rodeado de descaso e tratamentos humilhantes. As máculas dessa pena são as verdadeiras razões para o seu fracasso e essas nunca deixaram de existir.

Hipocrisia acreditar que esse tema é novo e que agora é o momento certo para sua discussão. “Palavras por palavras, de um século a outro, as mesmas proposições fundamentais se repetem. E são dadas a cada vez como a formulação enfim obtida, enfim aceita de uma reforma até então sempre fracassada. Poder-se-ia ter tomado as mesmas frases ou quase as mesmas de outros períodos “fecundos” da reforma: o fim do século XIX, e o “movimento da defesa social”; ou ainda os anos mais recentes, com as revoltas dos detentos”³³⁸.

Para se apoiar que hoje a pena de prisão estaria em crise, dever-se-ia mencionar o período em que ela esteve em sucesso e isso nunca foi momento histórico presente. As verdadeiras

³³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* 1993. p. 132. De igual modo Salo de CARVALHO também menciona a “crise da execução da pena”, quando fala sobre as instituições penitenciárias, afirmando ser “um subproduto trágico característico das instituições totais, qual seja, a disfunção da atividade e a lesão constante dos direitos dos presos, estabelecendo o que conhecemos hoje como crise da execução da pena”. CARVALHO, Salo de. *Op. Cit.* 2001. p. 182.

³³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* 1993. p. 183. O jurista menciona os motins carcerários na França (1972-1974), na Itália (1972), no Brasil (“massacre do Carandiru” – 1992), nos Estados Unidos da América (prisão de Folson, em 1970), na Espanha (1977-1978).

³³⁸ FOUCAULT, Michel. *Op. cit.* 2013. p. 257.

técnicas penitenciárias sempre foram o seu constante rigor e nunca o seu efeito corretivo. Os únicos índices presentes nas malhas carcerárias é de que elas não diminuem as taxas de criminalidades, apenas provocam reincidência, são fábricas de delinquentes (diretamente e indiretamente, vez que as famílias do detento também são engrenadas no mundo da miséria) e favorecem organizações criminosas³³⁹.

Sob esse prisma, no radicalismo de Stanley COHEN³⁴⁰, a única solução para essa caótica situação seria a extinção das prisões como estabelecimento de cumprimento de pena. Entretanto, entendemos que abolir o cárcere não seria a resposta mais plausível. Enquanto se mantiver a mesma estrutura social e a mesma relação de poder, a malha carcerária sempre estará presente, pode não ser com o nome de prisão, mas em forma de estabelecimento com efeito de segregação. Não se confia em tratamentos melhores para aqueles que a sociedade sempre o rejeitou e tem os piores sentimentos de desprezo. Qualquer seja o outro estabelecimento, o apenado continuará a ser visto como objeto de execução da pena e não como sujeito de direito.

Basear-se em seus malefícios e por assim resolver o problema por meio de sua dissolução, definitivamente não seria o melhor e mais viável. Seria como um retrocesso ao mundo atroz do retribucionismo e das teorias absolutas. Uma melhora desse sistema seria limitado a apenas aos drásticos casos em que não há outra resposta possível; este sim seria um grande passo para o futuro³⁴¹. Entretanto, esgotamos este trabalho sem apresentar possíveis soluções para a redução da prisão e isso guardou-se para o último tópico.

4.3.2. Opção de resposta: penas alternativas à prisão

³³⁹ São formulações feitas por FOUCAULT ao mencionar que em todo o transcurso histórico das prisões esses dados sempre estiveram presentes. Para ser mais exato, o filósofo nos informa que que “a crítica da prisão e de seus métodos aparece muito cedo, nesses mesmos anos de 1920-1945”. Continua o autor: “a prisão é um duplo erro econômico: diretamente pelo curso intrínseco de sua organização e indiretamente pelo custo da delinquência que ela não reprime”. FOUCAULT, Michel. *Op. cit.* 2013. pp. 251-255.

³⁴⁰ COHEN, Stanley. *Um escenario para el sistema penitenciário futuro*. In *Nuevo Pensamiento Penal*. año 4. Argentina. 1975. p. 413.

³⁴¹ Nesse sentido: “Validamente só é possível pleitear que ela seja reservada exclusivamente para os casos em que não houver, no momento, outra solução. Cumpre tirar urgentemente da prisão os delinquentes não perigosos e assegurar, aos que lá ficarem que sejam tratados como seres humanos, com todos os direitos que não foram atingidos pela perda da liberdade”. FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. *Direitos dos presos*. Rio de Janeiro: Forense. 1980. pp. 14-15.

O problema das penas privativas de liberdade é o próprio sistema carcerário e as suas mazelas: superlotação, alimentação inadequada, descaso, transmissão de doenças, maus tratamentos de saúde, falta de orçamento, despreparo, mau estado de instalação, ociosidade, privação de relações sexuais. Todos esses fatores levam a expor as prisões como verdadeiros castigos desumanos, chegando ao ponto de castigos cruéis - como chibatadas - serem pedidas pelos detentos, como troca das penas de prisões. Indagado um detento, a sua resposta foi a favor das chibatadas, pois “as costas doeriam alguns dias, mas tudo estaria terminado, o que leva à conclusão de que o cárcere é mais cruel que a chibatada, na opinião abalizada dos próprios donos das costas”³⁴².

Mais cruel ainda é pensar que existem alternativas para esse horrendo contexto. Por políticas alternativas, entende-se a necessidade pela busca de substitutivos penais para os crimes tidos como menos graves, aqueles que muitas vezes os ordenamentos já preveem punições com pena restritivas de direito, entretanto, na prática, apresentam uma realidade distinta, são sentenciados com penas de privação de liberdade. Sem embargo, não se almeja o fim das penas privativas de liberdades, apenas acredita-se que esta deve ser usada com a máxima cautela e restrição, em prol das penas alternativas.

Procuram-se “fórmulas que superem a execução clássica da pena privativa de liberdade, sem a necessidade de que esta desapareça do catálogo penal, buscando, por um lado, novas formas de cumprimentos, mais modernas e humanitárias, e potenciando a presença de substitutivos penais. Pressuposto iniludível para alcançar estes objetivos é a recondução da pena privativa de liberdade ao lugar cabal que lhe corresponde dentro do sistema penal, isto é, ser o último recurso punitivo, a *ultima ratio*, com a que o Estado deve relacionar ante ao delito, pelas condutas carentes de gravidades não deveriam estar sancionadas com este tipo de pena, propugnando pela desapareição das penas privativas de curta duração”³⁴³.

O jurista alemão, HASSEMER, mais uma vez expõe suas ideias, afirmando que “os partidários de um direito penal ressocializador colocam-se em segundo plano; eles defendem, de maneira compreensível, muito pouco os efeitos salutares da pena privativa de liberdade, e

³⁴² RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. *Paradoxos da Pena*. In Revista dos Tribunais. n. 651. V. 79. São Paulo. Janeiro de 1990. p. 382.

³⁴³ TÉLLEZ AGUILERA, Abel. *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*. Madrid: Edisofer libros jurídicos, 2005. pp. 44-45 (tradução nossa).

chamam muito mais a atenção para o fato de que a ideia de ressocialização está sujeita a limites ou que pode e deve ser desenvolvida até que se torne menos um encargo e mais um auxílio real aos presos. Em geral se está de acordo com o fato de que é preciso procurar por alternativas às penas privativas de liberdades”³⁴⁴.

Acerca dessa alternativa a prisão, RIVERA BEIRAS parece certo ao se posicionar que essa discussão deve ser mais profunda do que da forma como tradicionalmente se apresenta. Para o jurista, as penas alternativas devem ser aplicadas em lugar do cárcere e não junto a ele, haja vista que as opções que se tem de penas alternativas, na essência, não abrem mão do caráter privativo e que, ao lado do sistema prisional, ratificam a funcionalidade da punição penal e nada agregam à compreensão dos conflitos sociais de base³⁴⁵.

Em termo legislativo, aponta-se que a tendência das penas alternativas é uma intenção da União Europeia. Isso torna nítido quando se analisa a Resolução 76/10 de 9 de março, pela qual apela aos Estados Membros que revejam as suas constituições a fim de eliminar obstáculos para aplicação das medidas alternativas. Ademais, a sua adoção pela Organizações das Nações Unidas mostra-se nítido com a Regra de Tóquio (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não-privativas de Liberdade) em 14 de dezembro de 1990.

No Brasil, muito embora as buscas legislativas³⁴⁶ de “humanizar as penas” com a aplicação de medidas alternativas a pena privativa de liberdade, ainda é uma atitude vista com descrença pela sociedade diante da necessidade populacional em “segurança pública”. A opinião pública propaga a utópica ideia de que endurecimento das penas significa mais segurança³⁴⁷.

³⁴⁴ HASSEMER, Winfried. *Op. Cit.* 2005. p. 378.

³⁴⁵ RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Lineamientos garantistas para una transformación radical y reduccionista de la cárcel (una visión desde España)*. Delito y sociedad. In Revista de Ciencias Socias. n. 14. v. 9. 2000. p. 24.

³⁴⁶ Como exemplo de medidas legislativas temos: (i) Lei 9714 de 25 de novembro de 1998, que regulou as penas restritivas de direito, afirmando serem elas “autônomas e substituem as privativas de liberdade”; (ii) Novo modelo de Justiça Penal com a Lei dos Juizados Especiais Criminais – Lei 9.099/95 – para crimes de pequena ofensividade.

³⁴⁷ A título exemplificativo, cita-se um trecho de um julgado, em que mais uma vez há uma confusão com o termo “ressocialização”. Acredita-se fielmente que o ser humano é ressocializado por meio do sistema carcerário e isso seria a motivação para não aplicação das penas alternativas. A saber: “tanto a alteração do regime inicial semi-aberto, quanto a permuta por medidas alternativas não se mostram aconselháveis, nem suficientes para a repressão do crime e ressocialização do condenado”. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4ª REGIÃO. 8ª Turma. Apelação Criminal n. 2007.7005003222-4. Relator Desembargador José Paulo Baltazar Junior. Data do Julgamento: 02 de abril de 2008.

É nítido que em nenhuma oportunidade a prisão é a melhor solução. Entretanto, em se tratando de delito de pequena ofensividade essa nitidez torna-se mais perceptível. Já explanado nesse trabalho que o sistema carcerário é uma verdadeira escola para o crime. Nesse ínterim, a busca por alternativas deveria ser incansável.

Sobre pequena criminalidade, cita-se os *shoplifters*, expressão na língua inglesa para expressar os famosos furtadores de loja. Não se retira a sua importância e muito menos que esse tipo de desvio vem sendo mais comum e atingindo cifras significativas. Entretanto, investigações comprovam que os *shoplifters* são pessoas que muitas vezes cometeram somente esse desvio e nunca foram agentes de outros crimes. Mesmo assim, são pessoas consideradas perigosas e punidas até mesmo com pena de prisão, esquecendo-se de que se trata de criminalidade pequena e plausível de aplicação de penas alternativas ou até mesmo de descriminalização como defendem FIGUREIRO DIAS e COSTA ANDRADE³⁴⁸.

De uma forma ou de outra, as penas alternativas vêm ganhando espaço, mas esse é outro problema, haja vista que elas não estão sendo usadas para a diminuição da população carcerária, mas como verdadeira alternativa às prisões. Aqueles beneficiários do direito da pena alternativa já seriam aqueles cujas sentenças não recebem punição com a pena de prisão, dada a pré-

³⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. *Op. cit.* 2013. p. 432. Apenas a título exemplificativo dessa barbárie, no Brasil uma mulher (Angélica Aparecida Souza, 19 anos) foi condenada pelo crime de roubo, por subtrair um pote de manteiga de um supermercado na cidade de São Paulo. Embora sem antecedentes criminais, foi presa em flagrante e permaneceu no sistema carcerário por 128 dias, quando então teve a liberdade provisória, após quatro pedidos do seu advogado. Foram apontados como motivos para a manutenção da prisão a gravidade do delito e a intranquilidade causada na sociedade paulistana com a reiteração de práticas assemelhadas. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 23ª Vara Criminal de São Paulo. Processo n. 583.50.2005.092802-4. Magistrado César Augusto Andrade de Lastro. Data de julgamento: 10 de novembro de 2006.

existência de outros institutos, tais como o *sursis* processual³⁴⁹, que por si só já a evitaria as grades³⁵⁰.

Essa é a tendência a partir do final dos anos oitenta e início dos anos noventa. Cai por terra a tese otimista de que as penas alternativas à prisão poderiam ajudar o problema das superlotações carcerárias e todas as suas mazelas. Entretanto, o seu uso ficou guardado para os delinquentes menores e não para aqueles que estavam na iminência de receber uma sentença de prisão³⁵¹. Os constantes desvios de sua finalidade fazem com que aumente a descrença nessa modalidade de pena.

Sem embargo, inicia-se esse trabalho com os assombrosos números da população nos sistemas carcerários e nisso não se equivoca: as penas privativas de liberdades estão em constantes e desenfreados uso. O advento das penas alternativas não logrou em substituir as penas atroz e desumanas das prisões, não obstante serem elas as verdadeiras sanções que se espera de um mundo evoluído.

Durante os anos de 1960 até 1975, a demografia penitenciária dos Estados Unidos da América esteve em decréscimo. Nessa época, debatiam-se temas como desencarceramento e penas alternativas, reservando as prisões apenas aos infratores de crimes realmente graves. Entretanto, sob a custódia da política da tolerância zero, não mantiveram o mesmo quadro, muito pelo contrário, tornando-se o maior encarcerador. “Se fosse uma cidade, o sistema carcerário norte-americano seria hoje a quarta maior metrópole do país”³⁵².

³⁴⁹ Assim conceitua-se o *sursis* processual: “O *sursis*, como é conhecida a suspensão condicional da execução da pena, nasceu do projeto de lei do senador francês Bérenger, mas antes que fosse aprovado e aplicado na França, em 1891, suas ideias serviram de inspiração para o Ministro da Justiça da Bélgica Jules Le June, e por iniciativa foi aprovada a Lei de 31 de maio de 1888”. Continua o autor ao mencionar a aplicação no instituto no Brasil: “Aos crimes previstos no Código Penal e na legislação especial, o art. 77 permite que a execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, possa ser suspensa, por dois a quatro anos, preceito que é repetido pelo art. 156 da LEP. O *sursis* é considerado pela doutrina moderna como um direito subjetivo do réu, e sempre que for condenado a uma pena inferior ou igual a dois anos, será obrigatório ao juiz conceder àquele a suspensão da execução da pena”. BRITO, Alexis Couto de. *Op. Cit.* 2013. p. 322.

³⁵⁰ INSTITUTO LATINO AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE (ILANUD/BRASIL). *Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas*. Relatório final de pesquisa. 2006. p. 16

³⁵¹ MATHEWS, Roger. *Pagando el tiempo: Una introducción a la sociología del encarcelamiento*. Barcelona: Bellaterra, 2003. p. 197.

³⁵² WACQUANT. Lööc. *Op. Cit.* 2011. p. 89.

Entre o imenso rol de penas alternativas a prisão, a prestação de serviço à comunidade é o que seduz na doutrina. Essa é uma pena em sentido amplo que leva o indivíduo infrator a pensar sobre o cometimento do delito, sobre as circunstâncias que o levaram a praticar tal delito e também a aceitação da sociedade, que não o encara como um ex-presidiário perigoso, mas como um ser humano que está tendo a oportunidade de rever seus atos. “Tal reflexão facilita o propósito pessoal de ressocializar-se, fator indispensável no aperfeiçoamento do ser humano”³⁵³.

Derradeiramente, abusa-se da doutrina da Professora ANABELA RODRIGUES, que já nos anos 1982 abordava o tema ressocialização e com otimismo a lusitana analisou que “o cumprimento de uma pena privativa de liberdade ocupa cada vez mais – como última *ratio* – um segundo plano entre os instrumentos que o direito penal tem ao seu dispor, sendo aquela pena unicamente a espinha dorsal de um sistema de reações para a delinquência mais grave. Do lugar central que porventura ainda ocupe, como panaceia generalizada face à criminalidade – o que, manifestamente, a nossa atual lei penal repudia (art. 71) -, deve passar a uma posição marginal deixando amplo campo à discussão centrada em saber qual a melhor política alternativa e substitutiva”³⁵⁴.

³⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas*. São Paulo: Saraiva. 1999. p. 137.

³⁵⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Reinserção Social*. In Revista de Direito Penal e Criminologia. Rio de Janeiro: Editora Forense. Julho - dezembro 1982.p. 46.

CONCLUSÃO

“A prisão é uma máquina de infligir dor para certos comportamentos entre certas classes sociais e também entre os resistentes de cada ordem social, como diria Rosa del Olmo. Com isto, temos de dizer adeus às ilusões *re*, tão presentes no discurso das equipes encarregadas de ‘humanizar’ os sistemas penais. É toda essa multidão de sociólogos, psicólogos, assistentes sociais, pedagogos e que tais que insistem em trabalhar a ilusão de uma prisão feliz e funcional de onde os reeducandos sairiam melhor do que entraram. Para eles todos, transmitimos a advertência de Zaffaroni aos juristas: a pena não pode ser pensada no ‘dever ser’, mas sim na realidade letal dos nossos sistemas penais concretos. A verdadeira relação entre cárcere e sociedade, diria o sábio Baratta, é entre quem exclui e quem é excluído, ou melhor dizendo, entre quem tem o poder de criminalizar e quem está sujeito à criminalização.

Esse processo segue depois da prisão em mil modos visíveis e invisíveis”³⁵⁵.

Compreende-se agora, os motivos de milhares de livros e ortodoxa doutrina sobre a dogmática jurídica, hermenêutica e a aplicação pura e simples da lei positivada. Tão pouco se fala da realidade da execução penal, da vida do cotidiano do detento, de como eles são facilmente olvidados e excluídos. São marginalizados em consonância aos ordenamentos sociais. E pior, são escolhidos de acordo com a política da sociedade e não em harmonia com essa mesma legislação que os excluiu.

Este trabalho não se baseou em apenas dicções de opúsculos, foi-se além. Para a elaboração mais concreta e certa de cada capítulo houve uma incansável jornada de entrevistas e visitas nas masmorras do judiciário. É chocante o choro contido, as marcas físicas e psíquicas, o sentimento de abandono e o anseio de acolhimento. E o cheiro? Sim, as prisões têm cheiro de podridão, uma essência inexplicável que não é encontrado em nenhum outro ambiente.

Muitos se auto proclamam culpados, mas culpado do quê? De uma sociedade que não lhe permitiu outra oportunidade? Da necessidade de obter meios para sobreviver? É biológico que todos precisam alimentar-se e agasalhar-se, entretanto, como sobreviver se já nasceram excluídos e nem tiveram a chance de frequentar uma escola ou um convívio diferente daquele que conhecem? Como resposta a esse problema social, surge o grande encarceramento.

Cada vez mais tem-se a inserção das políticas penais, ordenamentos mais rígidos, fatos que passaram para a lista dos ilícitos, sem sequer com uma política social antecedente para verificar a real necessidade de mais um delito no rol já tão abrangente. Como consequência: indivíduos – já determinadamente excluídos - “jogados” nas grades das prisões, aquelas que “as pessoas não sabem quão irracionais são (...). As pessoas são levadas a acreditar que as prisões funcionam. A irracionalidade verdadeira da prisão é um dos segredos melhor guardados em

³⁵⁵ BATISTA, Vera Malaguti. *Op. cit.* 2011. p. 91.

nossa sociedade. Se o segredo fosse revelado, destruiria as raízes do sistema atual e implicaria o começo de sua ruína”³⁵⁶.

Essa posição nem de longe é exclusiva dos abolicionistas, é uma ideia já consagrada na mente de diversas correntes, a ver FARIA COSTA: “todos sabemos, até o mais desatento dos cidadãos no que se refere à *res publica* o percebe, que a pena de prisão é uma instituição que se apresenta, nos dias de hoje e já de há muito tempo, talvez desde sempre, incapaz de responder aos anseios mais profundos da política criminal que envolve a aplicação e a execução da pena privativa de liberdade (a chamada *pena de prisão*). Ela é criminógena, dificilmente ressocializa e, por consequência, também de forma muito escassa cumpre os desideratos da chamada prevenção especial”³⁵⁷.

Os enormes muros que rodeiam as prisões, as dezenas de polícias que fazem suas guaritas em torno dessas masmorras, nada mais representam que um desespero. Desespero dos habitantes do sistema, da sociedade e das pessoas por ela englobada. Todos passam a ser regidos por regras e símbolos que apenas a eles pertencem. A identidade perde espaço frente a um número e um uniforme. Até mesmo o corte de cabelo, o modo como costuma fazer a barba, que são anseios intrínsecos de cada personalidade, são retirados sem lhes questionar.

Não precisa ir muito mais longe para saber que tudo está errado. Que todo esse aparato só é necessário em uma sociedade irracional, que tem a necessidade de depositar seus medos diários em pessoas que nasceram para serem superadas. “Tão DARWIN” pensar desse modo, mas é assim que vivemos: uma sociedade desigual e sem grandes oportunidades daquele que já sobreveio da marginalização a chegar a uma posição de sucesso.

Entretanto, mesmo com todas as mazelas do sistema carcerário – seletividade social, formação de uma subcultura carcerária, superlotação, alimentação inadequada, descaso, transmissão de doenças, maus tratamentos de saúde, falta de orçamento, despreparo, mau estado de instalação, ociosidade, privação de relações sexuais – as prisões são uma amarga necessidade.

³⁵⁶ MATHIESEN, Thomas. *Op. cit.*. 1997.p. 277. BATISTA, Vera Malaguti. *Op. cit.*. 2011. p. 91.

³⁵⁷ COSTA, José de Faria. *Um olhar doloroso sobre o direito penal (ou o encontro inescapável do homo dolens, enquanto corpo-próprio, com o direito penal), Mal, Símbolo e Justiça* (Actas das Jornadas Internacionais realizadas em Coimbra nos dias 8 e 9 de dezembro de 2000), Faculdade de Letras, Coimbra: Almedina. 2001. p. 42.

Esse é o molde do Projeto Alternativo Alemão, a saber, “a pena é uma amarga necessidade de uma comunidade de seres imperfeitos como são os homens”³⁵⁸. Todavia, abusa-se da crença positiva de SILVA SANCHÉZ e, com ele, corrobora-se o desejo de que o direito penal caminhe para sua restrição progressiva e cada vez com atuação mais mínima.

Com essa visão não é de estranhar que as novas recomendações para a criminologia moderna se preocupam com os aspectos biológicos, psicológicos e sociais do detento, como uma tentativa de atenuar ou mesmo de corrigir os efeitos negativos que a prisão lhe causa, cita-se como exemplo as *Nouvelles Orientations du Régime Pénitentiaire*, consagradas na data de 21 a 25 de maio de 1999, na cidade de Lisboa, durante a Conferência da Fundação Internacional Penal e Penitenciária.

Não sejamos levianos em acreditar que diante de Projetos e Resoluções, o problema esteja resolvido e a sede da sociedade em maior segurança é saciada diante das descobertas dos males carcerários. Aos olhos simplistas da sociedade é imprescindível o afastamento dos desviantes de seu centro de convívio, pouco importando se são as prisões o seu verdadeiro paradeiro e se lá é apenas um quadrado de “descartes” daqueles que ela declara como indesejável.

Nesse ínterim, FERRAJOLI lembra: “toda luta em defesa dos direitos violados ou insatisfeitos é uma luta de resistência”³⁵⁹. Tendo em vista que a malha carcerária é uma constante ilegalidade³⁶⁰, deve-se ter em mente que a luta deve ser também constante, a fim de controlar essa brusca via coercitiva e construir uma sociedade mais justa e igualitária, cessando as

³⁵⁸ BALADO, Manuel; GARCÍA REGUEIRO, J. Antonio (Dir.). *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*. Barcelona: Centro Internacional de Estudios Políticos, Bosh, 1998. p. 14 (tradução nossa).

³⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* 1995. pp. 945 (tradução nossa). De igual modo, RIVERA BEIRAS: “*De todo cuanto se ha dicho y, asimismo, de las opiniones que han sido transcritas, puede afirmarse la validez – y la necesidad – de sostener una lucha por la ‘revaluación’ de los derechos fundamentales de los reclusos, alentados por el ejercicio de un derecho de resistencia. Ello supone atender a la experiencia desarrollada por otros movimientos sociales, que han protagonizado luchas de resistencia encaminadas al reconocimiento de mayores cuotas de derechos fundamentales*”. RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Op. Cit.*, 2009. v. 1. p. 494.

³⁶⁰ A título de exemplo dessa ilegalidade, a Constituição Federal Brasileira clama em seu artigo 5º, inciso III que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

barreiras ideológicas que dificultam, impedem ou impossibilitam as oportunidades de ascensão dos detentos ou dos ex-detentos³⁶¹.

Nesse ponto, enseja outra consequência da ideologia das prisões – e como não poderia ser diferente, consequência trágica. Um ex-detento para sempre está maculado como um antigo morador do sistema carcerário, entretanto tal marca não se refere ao momento em que legalmente sentiu fome, sede e medo. Essa mácula faz com que, no mundo externo, não tenha a oportunidade de refazer sua vida, apenas de ser cada vez mais marginalizado. Não lhe é dada a chance de um emprego digno e, em sua identificação, constam seus anos anteriores de masmorras. Por essas medidas, continua lhe sendo tirado o direito de ter uma vida justa e igualitária.

Sem embargos, passaram-se séculos e já foi consagrado o entendimento de que as prisões formam mais delinquentes do que os reintegram ao meio social. Até mesmo os cárceres habitáveis trazem de volta seus moradores e não conseguem enfrentar os problemas da reincidência. A melhora da humanidade não está apenas no sistema penal, mas também na forma de acolhimento social diante de um antigo habitante das prisões. Precisamos rever muitos conceitos estigmatizados para se poder falar em ressocialização, que seria a solução plausível para muitas dessas questões. Não resta outra opção, a não ser concordar quando MATHIESEN afirma que “os principais componentes da ideologia da reabilitação mudaram muito pouco desde o século XVII até nossos dias. As ideias de reabilitação vigentes hoje são as mesmas que prevaleciam quando a prisão foi inventada”³⁶².

O fanatismo dos livros jurídicos esclarece os pormenores de como se colocam e como se tiram pessoas das prisões, mas não ocupam suas páginas para dizer de como é desumana e de como o detento entra e sai de seus muros. Estudar a execução penal é crer na ressocialização dos detentos e tornar-se cético quando se percebe que esse ideal é impossível diante da realidade sádica e cruel que é a malha carcerária.

Diante de todo quadro exposto é certo que ainda resta uma pergunta de difícil resposta: teria, então, um modelo ideal? Sem olvidar de todos os pensamentos já desvendados, aqueles

³⁶¹ GIACOIA, Gilberto; HAMMERSHIMIDT. *Op. Cit.* 2012. p. 108.

³⁶² MATHIESEN, Thomas. *Op. Cit.* 2003. p. 67 (tradução nossa)

prós e contras ao encarceramento, corrobora-se com SANZ MULAS e adota-se para um possível modelo ideal aquele cuja intervenção estatal é dada como mínima e mantém o máximo possível as garantias individuais, tais como a liberdade³⁶³.

A partir de uma simples leitura do ordenamento penal denota-se a presença constante da dicção “pena”. A carga semântica dessa nomenclatura já traz consigo a legitimidade da prisão, como se a pena privativa de liberdade fosse a única possível e existente. Ora, basta uma leitura mais minuciosa da parte geral do ordenamento penal, para retirar esse misticismo e abranger esse rol das chamadas “penas”.

Certamente, as prisões são o grande tabu para a sociedade, não obstante o conhecimento de que o sistema carcerário é um fracasso e de que ele não é capaz de responder aos anseios de uma política pública adequada. É difícil – exceto para os abolicionistas – pensar em uma sociedade sem prisões. As penas alternativas e as penas restritivas de direito continuam sendo meras condutas inseridas na seara legislativa, todavia sem muita aplicabilidade, ou até mesmo ocupantes de poucas páginas dos livros jurídicos. A grande preocupação é com a manutenção de funcionamento das engrenagens carcerárias e pouco importa se o detento sobreviverá, sairá ressocializado ou continuará marginalizado.

Não cabe falar em crise das prisões, pois seu fracasso data do seu nascimento. Seu verdadeiro objetivo é exercido com êxito nos processos de “dessocialização” e “desprisionalização” e no constante e desenfreado afastamento do intento ressocializador. Afinal, todas as oportunidades ressocializadoras lhes são quitadas a partir do momento em que faz seu ingresso no sistema carcerário, sendo culpado ou inocente. Isso não importa para a sociedade.

³⁶³ SANZ MULAS, Nieves. *Penas alternativas a la prisión: hacia un Derecho Penal sin fronteras*. Madrid: Colex, 2000. p. 90.

BIBLIOGRAFIA

ALBERGARIA, Jason. *Comentários à lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide. 1987.

ALMEIDA, Gevan. *Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

ALONSO RODRIGUEZ, António. *Lecciones de derecho penitenciario. Adaptadas a la normativa legal vigente*, Granada: Comares. 1997.

ANDRADE, Manuel Costa. *Constituição e Direito Penal (na perspectiva da Lei Básica de Macau)*. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. Número 13. Ano VI. 2002.

_____. *O novo Código Penal e a Moderna Criminologia*. In Jornadas de Direito Criminal I. Lisboa: CEJ. 1983.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Minimalismos, abolicionismos e eficienticismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão*. Revista Sequencia, n. 52, julho 2006. p. 166.

ANITUA, Gabriel Inácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan. 2008.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Nota para um sistema penitenciário alternativo*. Curitiba: Juruá. 1990.

_____. *Matar com a prisão, paraíso legal e o inferno carcerário: os estabelecimentos “concordes, seguros e capazes*. In: Depois do grande encarceramento. Rio de Janeiro: Revan. 2010.

ARENAL, Concepción. *Obras completas. Estudios penitenciarios*. Tomo V. Madrid: Librería de Victoriano Suárez. 1895.

_____. *Obras completas. Estudios penitenciarios*. Tomo V. Madrid: Librería de Victoriano Suárez. 1895b, vol II.

BALADO, Manuel; GARCÍA REGUEIRO, J. Antonio (Dir.). *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*. Barcelona: Centro Internacional de Estudios Políticos: Bosh, 1998.

BARATTA, Alessandro. *Integración- prevención: Una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. In Revista Doctrina Penal, ano 8, nº 29, Buenos Aires. 1985.

_____. *Resocialización o control social – por un concepto crítico de reintegración social del condenado*. In ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. (Org.) *Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Revan. 1991

_____. *Ética e pós modernidade*. In *Ética na comunicação*. Ester Kosovski (org). Rio de Janeiro: Mauad. 1995.

_____. *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam*. Buenos Aires: Editorial B de F. 2006.

_____. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à sociologia do Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.

BARNES, Harry Elmer. *The evolution of penology in Pennsylvania. A study in american social history*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company. 1927.

BATISTA, Nilo. *Só Carolina não viu – Violência Doméstica e Políticas Criminais no Brasil*. In *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan. 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *O Mal- Estar da Pós Modernidade*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar. 1998.

_____. *Social uses of law and orden*. In GARLAND, David; SPARKS, Richard. *Criminology and social theory*. Nova Iorque: Oxford University Press. 2000.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian. 2007.

BEAUMONT, G. de; TOCQUEVILLE, A. de. *On the penitentiary system in The United States and its application in France*. Tradução de Francis Lieber. Philadelphia: Carey, Lea & Blanchard. 1833.

- BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: Na Economic Approach*. In BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (Ed) *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. Nova Iorque: Columbia University Press. 1974.
- BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito Penal*. 1º volume. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa. 1998.
- BENTHAM, Jeremy. *As recompensas em matéria penal*. Tradução de Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel. 2007.
- BERGALLI, Roberto. *Crítica a la criminología. Hacia una teoría crítica del control social en América Latina*. Bogotá: Editorial Temis. 1982.
- BETTIOL, Giuseppe. *O mito da reeducação*. In *Revista de Criminologia e Direito Penal*, vol. 01, n. 6. Julho- setembro de 1964.
- BÍBLIA SAGRADA. Livro do Êxodo. Capítulo 21: 23 a 25.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.
- _____. *A crise da pena privativa de liberdade*. In *Revista MPRS*, n. 31. Porto Alegre. 1994.
- _____. *Novas penas alternativas*. São Paulo: Saraiva. 1999.
- _____. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.
- BOTTKE, Wilfried. *La actual discusión sobre las finalidades de la pena*. In SILVA SANCHÉZ, Jesús-María (Ed). *Política criminal y nuevo Derecho Penal*. Livro em homenagem a Claus Roxin. Barcelona: Bosch. 1997.

- BOZZA, Fábio da Silva. *Teorias da pena. Do discurso jurídico à crítica criminológica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2013.
- BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *A identidade do preso e as leis do cárcere*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. São Paulo. 2008.
- BRITO, Alexis Couto de. *Execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista. 2002.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Valência: Tirant lo Blanch. 1995.
- CARNELUTTI, Francesco. *La misérias do processo penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea. 1959.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.
- _____. *Tântalo no divã (novas críticas 'as reformas no sistema punitivo brasileiro)*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 50. 2004.
- _____. *Antimanual de Criminologia*. São Paulo: Saraiva. 2013a.
- _____. *Sobre as possibilidades de uma penologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento*. In Revista Polis e Psique. Volume 3 (3). 2013b.
- _____. *Criminología Crítica: dimensiones, significados y perspectivas actuales*. In Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales. Año VI, n. 11. Janeiro-Junho 2014a.
- _____. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2014b.
- CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. *A prisão*. São Paulo: Publifolha, 2002.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. Tradução de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT. 1995.

_____. *Os processos de Descriminalização*. Tradução de Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangeli e Maria Alice Leonardi. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

CHARRIÈRE, Henri. *Papillon: O homem que fugiu do Inferno*. Tradução de Mario Varela Soares. São Paulo: Bertrand Brasil. 2013.

CHRISTIE, Nils. *Los Limites del Dolor*. Tradução para o espanhol por Mariluz Caso. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica. 1984.

_____. *Uma razoável quantidade de crime*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan. 2011.

CLEMMER, Donald. *Prision Community*. Nova Iorque: Holt, Rinehart and Winston. 1958.

COHEN, Stanley. *Un escenario para el sistema penitenciario futuro*. In *Nuevo Pensamiento Penal*. año 4. Argentina. 1975.

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal. Vol. I*. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2008.

COSTA, José de Faria. *Um olhar doloroso sobre o direito penal (ou o encontro inescapável do homo dolens, enquanto corpo-próprio, com o direito penal), Mal, Símbolo e Justiça* (Actas das Jornadas Internacionais realizadas em Coimbra nos dias 8 e 9 de dezembro de 2000), Faculdade de Letras, Coimbra: Almedina. 2001.

_____. *Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena*. In *Linhas de Direito Penal e Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora. 2005.

_____. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. Coimbra: Editora Coimbra. 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward. *Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro?* Revista de Estudos Criminais, ITEC. Ano 3, nº 11, Porto Alegre. 2003.

CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal*, Tomo I. Parte General. Barcelona: Bosch Casa. 1945.

DAHRENDORF, Ralf. *Ley y orden*. Tradução para o espanhol de Luís María Díez-Picazo. Madrid: Civitas. 1994.

DE FOLTER, Rolf. *Sobre la fundamentación Metodológica del Enfoque Abolicionista del Sistema de Justicia Penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault*. In SCHEERER, HULSMAN, STRINERT; CHRISTIE; DE FOLTER, Mathiesen. *Abolitionismo Penal*. Tradução para o espanhol por Mariano Alberto Ciafardini y Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar. 1989.

DÍAZ, Gerardo Landrove. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Editorial Tecnos. 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: RT. 1999.

_____. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

_____. *Direito Penal - Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra. 2007.

_____; ANDRADE, Manuel Costa. *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora. 2013.

DORADO MONTERO, Pedro. *El Reformatório de Elvira. Estudio de Derecho penal*. Madrid: La España Moderna S.A. 1900.

DUBY, G. *A Europa na Idade Média*. São Paulo: Livraria Martins Fontes. 1988.

FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?* Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales. S.A. 2005.

_____. *Fundamento e finalidade da sanção. Existe um direito de castigar?* Tradução de Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y Prevención General*. Buenos Aires: B de F Ltda. 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Tradução para o espanhol por Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta. 1995.
- FERRI, Enrico. *Il dinamismo biológico du Darwim, en: Arringhe e Discorsi*. Milano: Dall'Oglio Ed. 1958.
- _____. *Socialismo e criminalità*, Roma – Torino – Firenze: Fratelli Bocca, Librar Di Sim, 1883.
- _____. *Sociología Criminal*. Tomo I. Tradução para o espanhol por Antonio Soto y Hernández. Madrid: Anacleto Ediciones y libros S.L. s/d.
- _____. *Sociología Criminal*. Tomo II. Tradução para o espanhol por Antonio Soto y Hernández. Madrid: Central Editorial de Góngora. 2004.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução para o espanhol por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. 1989.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora. 1996.
- _____. *A ordem do discurso*. Tradução de Laura de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola. 1999.
- _____. *Estratégia, poder-saber*. Organização e seleção de artigos de Manoel Barros da Mota Tradução de Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2006.
- _____. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Petrópolis: Editora Vozes. 2009 e 2013.
- _____; DELEUZE, Gilles. *Os intelectuais e o poder: conversa de Michel Foucault e Gilles Deleuze*. Tradução de Roberto Machado. In: *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal. 1986.

- FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. *Direitos dos presos*. Rio de Janeiro: Forense. 1980.
- FURQUIM, Saulo Ramos. *A criminologia cultural e a criminalização das culturas periféricas: discurso sobre o crime, multiculturalismo, cultura e tédio*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de Coimbra. Faculdade de Direito. Coimbra. 2014.
- GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, Antonio. *La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito e eufemismo*. In Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. 32, fac. 3, setembro – dezembro/ 1979.
- _____. *Régimen abierto y ejecución penal*. In Revista Estudios Penitenciarios. n. 240. Madrid. 1988.
- _____; GOMES, Luís Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.
- _____. *Tratado de Criminología*. Valencia: Tirant to Blanch, 2003.
- GARCÍA VALDES, Carlos. *Teoría de la pena*. Madrid: Tecnos. 1985.
- GARLAND, David. *A cultura do controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan. 2008.
- GAROFALO, Raffaele. *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*. Tradução de Julio de Mattos. Lisboa: Livraria clássica editora, 1916.
- GARRIDO GUZMÁN, Luís. *Manual de Ciencia Penitenciaria*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas (Edersa). 1983.
- GIACOIA, Gilberto; HAMMERSHIMIDT. *La cárcel: la experiencia histórica bajo las perspectivas criminológicas*. Lisboa: Editorial Juruá, 2012.
- GIL VILLA. Fernando. *La delincuencia e su circunstancia. Sociología del crimen y la desviación*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2004.

- GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva. 1974.
- _____. *Estigma*. Tradução de Sandra Mestra da Cunha. Rio de Janeiro: LTC. 1988.
- GOMES NETO, Pedro Rates. *A prisão e o sistema penitenciário. Uma visão histórica*. Canoas: Ulbra. 2000.
- GONÇALVES, Pedro Correia. *A Pena privativa da Liberdade. Evolução Histórica e doutrinal*. Lisboa: Quid Juris sociedade editora. 2009.
- GRAMÁTICA, Filippo. *Princípios de defesa social*. Tradução para o espanhol por Jesus Muñoz y Muñoz de Prado e Luis Zapata Aparício. Madrid: Editorial Montecorvo S.A. 1974.
- GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*. Rio de Janeiro: Revan. 2007.
- HASSEMER, Winfried. *A que metas pode a pena estatal visar? In Justitia*. Vol. 48, n. 131. São Paulo. Abril-junho de 1986.
- _____. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Febirs Editor. 2005.
- _____; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a La Criminología y a La Política criminal*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 1989 e 2012.
- HEGEL, G. W. F. *A sociedade civil burguesa*. Lisboa: Editorial Estampa. 1979.
- _____. *Princípios de Filosofia do Direito*. Tradução de Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores. 1990.
- HERMAN, Arthur. *La idea de decadencia en la historia occidental*. Barcelona: Editorial Andrés Bello. 1998.

- HERNÁNDEZ, Héctor H. (dir.); TALE, Camilo; DIP, Ricardo; Bonastre, Gerardo; Martini, Siro de. *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica. 2010.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas. O sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam. 1993.
- _____. *Temas e Conceitos numa Abordagem Abolicionista da Justiça Criminal*. In PASSETI, Edson & SILVA, Roberto Dias. *Conversações Abolicionistas: uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitivista*. São Paulo: IBCCRIM/PEPG Ciências Sociais PUC-SP. 1997.
- INSTITUTO LATINO AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE (ILANUD/BRASIL). *Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas*. Relatório final de pesquisa. 2006.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal – parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução para o espanhol por Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas. S.A., 1995.
- _____. *Sobre la teoría de la pena*. Tradução para o espanhol de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte Geral*. Tradução para o espanhol por Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares. 2002.
- JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri: Manole, 2004.
- KANT, Imanuel. *Metafísica dos Costumes*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro. 2003.
- KUHENE, Mauricio. *Lei de Execução Anotada*. Curitiba: Juruá. 2008.
- LARRAURI, Elena. *Abolicionismo del derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista*. In *Poder y Control*, 3, Barcelona: PPU. 1987.
- LEWIS, O.F. *The development of American prison and Prison Customs*. Nova Iorque: Published by the Prison Assocation of New York. 1922.

LIZST, Fran Von. *La idea de fin en el derecho penal*. Universidad Nacional Autónoma de México. Universidad de Valparaíso de Chile. México. 1994.

_____. *A pena*, in Revista IOB – Direito Penal e Processual Penal, vol. 7, ano VI, n. 37, abril-maio 2006.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Tradução de MARISTELA Bleggi Tomasini e Oscar Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz. 2001.

MAISONNAVE, Germán Aller. *Paradigmas de la criminología contemporánea*. In Revista de Derecho Penal y Criminología. n. 5. 2011.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MARTINSON, Robert. *What Works? Questions and Answers About Prison Reform in Criminal Justice*. In AA.VV., *The Public Interest*, n. 35. Nova Iorque: National Affairs Inc., 1974.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. Tradução de José Barata-Moura, Lisboa: Edições Avantes. 1975.

MATHEWS, Roger. *Pagando el tiempo: Una introducción a la sociología del encarcelamiento*. Barcelona: Bellaterra, 2003.

MATHIESEN, Thomas. *La política del abolicionismo*. In SCHEERER, HULSMAN, STRINERT; CHRISTIE; DE FOLTER, Mathiesen. *Abolicionismo Penal*. Tradução para o espanhol por Mariano Alberto Ciafardini y Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar. 1989.

_____. A caminho do século XXI. In PASSETI, Edson & SILVA, Roberto Dias. *Conversações Abolicionistas: uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitivista*. São Paulo: IBCCRIM/PEPG Ciências Sociais PUC-SP. 1997.

_____. *Juicio a la prisión. Una evaluación crítica*. Tradução para o espanhol por Amanda Zamuner. Buenos Aires: Ediar. 2003.

- MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal – parte general*. Tradução para o espanhol por Jorge Boffil Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1994.
- MELOSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- MESQUITA JUNIOR, Sidio Rosa. *Manual de execução penal*. São Paulo: Atlas. 2003.
- MIOTTO, Armida Bergamini. *Curso de direito penitenciário*. São Paulo: Saraiva. 1975.
- MIR PUIG, Carlos. *Derecho penitenciario: el cumplimiento de la pena privativa de libertad*. Barcelona: Atelier libros jurídicos. 2011.
- MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona: Bosch. 1976.
- MOLINA BLÁZQUEZ, M. C. (Coord); ARMENDÁRIZ LEÓN, C.; BELTRÁNN NÚÑEZ, A.; GÓMES LANZ, J; OBREGÓN GARCÍA, A. *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*. Barcelona: Bosch. 2005.
- MUNCIE, John; MCLAUGHLIN, Eugene; LANGAN, Mary. *Criminological Perspectives – A Reader*. Londres: Sage Publications. 1996.
- MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio. *Sanción penal y política criminal. Confrontación con la nueva defensa social*. Madrid: Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros. 1977.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito*. In *Doctrina Penal*. Buenos Aires: Depalma, n. 5-8, 1979.
- _____. *La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito*. In *Cuaderno de Política Criminal*. n. 7. Bogotá. 1979.
- _____. *Derecho Penal y Control Social*. Fundación Universitaria de Jerez: Jerez. 1985.
- NEUMAN, Elías. *El estado penal y la prisión-muerte*. Buenos Aires: Editorial Universidad. 2011.

- OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Ángel Nuñez; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FONSECA, André Isola. *Conversa com um abolicionista minimalista – Nils Christie*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 21, ano 6, jan/mar-1998, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Global Status Report on Violence Prevention 2014*. In http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/status_report/2014/report/report/en/. Último acesso em 04 de abril de 2014.
- OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira Lisboa: Piaget. 1999.
- PAVARINI, Massimo. *Control y Dominación*. Tradução de Ignacio Munagorri Madrid: Siglo XXI.2002.
- PEREIRA, Luís de Miranda. *Seguros ou não? O efeito psicológico da pena* in Revista Portuguesa de ciência criminal. Ano 6, janeiro-março 1996.
- PIMENTEL, Manuel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1983.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal*. São Paulo: RT. 2005.
- RABATÉ, Jean Claude. *1900 em Salamanca*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca. 1997.
- REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, V, 1. São Paulo: Forense. 2004
- RIOS, Francisco Giner de los. *Advertencia del traductor*. In: Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1876.
- RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel de. *Función y aplicación de la pena*. Buenos Aires: Depalma, 1993.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La cárcel en el sistema penal*. Barcelona: Bosch. 1996.

_____. *Lineamientos garantistas para una transformación radical y reduccionista de la cárcel (una visión desde España)*. Delito y sociedad. In *Revista de Ciencias Sociales*. n. 14. v. 9. 2000.

_____. *La cuestión carcelaria: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009. v. 1.

ROCHA, João Luís de Moraes. *Perigosidade, violência: da reinserção à incapacitação*. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 12. N. 2. Abril- Junho de 2002.

RÖDER, Karl David August. *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena, en sus interiores contradicciones*. Tradução para o espanhol por Francisco Giner de los Rios. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación. 1870.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Reinserção Social*. In *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Rio de Janeiro: Editora Forense. Julho - dezembro 1982.

_____. *A determinação da medida concreta da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*. Coimbra: Editora Coimbra, 1994.

_____. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, 1999.

_____. *Novo olhar sobre a questão penitenciária. Estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão, projecto de proposta de lei de execução das penas e medidas privativas de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora. 2002.

RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. *Paradoxos da Pena*. In *Revista dos Tribunais*. n. 651. V. 79. São Paulo. Janeiro de 1990.

ROLIM, Marcos. *O labirinto, o minotauro e o fio de Ariadne, além do mito*. In ROLIM, Marcos. *Teses para uma esquerda humanista e outros textos*. Porto Alegre: Sulina. 1999.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natcheradetz, Ana Isabel de Figueiredo e Maria Fernanda Palma. Lisboa: Vega, 1986.

_____. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delicto. Tradução para o espanhol por Diego-M. Luzón Peña; Miguel Díaz e García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas. 1997 e 2003.

_____. *Transformaciones de la teoría de los fines de la pena*. In Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin. Córdoba: Marcos Lerner Editora. 2001.

ROYO VILLANOVA, Antonio. *Elementos de Derecho Administrativo*. Valladolid: Librería Santarén. 1946.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Tradução para o espanhol por Emilio García Méndez. Bogotá: Temis Librería. 1984.

SÁ, Alvino Augusto de. *Algumas Ponderações Acerca da Reintegração Social dos Condenados à Pena Privativa de Liberdade*. In Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco. Vol. 5, n. 11. Janeiro-Junho de 2000.

_____. *Criminologia clínica e Psicologia Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

SANTOS, Claudia Cruz. *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê? Para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora. 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *As raízes do Crime: Um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense. 1984.

_____. *Direito Penal: Parte Geral*. Curitiba: ICPC/ Lumen Juris. 2007.

SANTOS, Washington dos. *Dicionário jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey. 2001.

SANZ MULAS, Nieves. *Penas alternativas a la prisión: hacia un Derecho Penal sin fronteras*. Madrid: Colex, 2000.

SCHEERER, Sebastian. *Hacia el abolicionismo*. In SCHEERER; HULMAN; STEINERT; CHRISTIE; DE FOLTER, Mathiesen. *Abolicionismo Penal*. Tradução para o espanhol por Mariano Alberto Ciafardini e Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar. 1989.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 e 2014.

_____; JÚNIOR, Alceu Corrêa. *Teoria da pena – finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

SILVA, Evandro Lins e. *De Beccaria a Filippo Gramática. Sistema Penal para o Terceiro Milênio. Atos do Colóquio Marc Ancel*. Organização de João Marcello de Araújo Júnior. Rio Janeiro. 1991.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. *Aproximación al derecho penal contemporâneo*. Barcelona: Bosch. 1992.

_____. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas. 2001.

STEM, Vivian. *Setenced to die? The Problem of TB in Prisons in Eastern Europe and Central Asia*. International Centre for Prison Studies. Londres: King`s College. 1999.

TAMARIT SUMALLA, Josep- María; GARCÍA ALBERO, Ramón; SAPENA GRAU, Francsico; RODRÍGUEZ PUERTA, María- José. *Curso de derecho penitenciario*. Valencia: Tirant to Blanch. 2001.

TASSE, Adel El. *Teoria da pena – Pena Privativa de Liberdade e Medidas Complementares: um estudo crítico à luz do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel. *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*. Madrid: Edisofer libros jurídicos. 1998.

_____. *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*. Madrid: Edisofer libros jurídicos, 2005.

- THOMPSON, Augusto. *A Questão penitenciária*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2002.
- _____. *Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: entes políticos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. 3ª Secção. Processo n. 482/2008. Relatora Conselheira Maria Lúcia Amaral. Data de Julgamento 24 de setembro de 2008.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. ÓRGÃO ESPECIAL. Apelação Criminal 9182875-77.2003.8.26.0000. Relator Desembargador Walter de Almeida Guilherme. Data de Julgamento: 15 de janeiro de 2006.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 8ª Câmara de Direito Criminal. Apelação n. 3001070-03.2013.8.26.0145. Relator Desembargador Grassi Neto. Data do Julgamento: 05 de março de 2015.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 23ª Vara Criminal de São Paulo. Processo n. 583.50.2005.092802-4. Magistrado César Augusto Andrade de Lastro. Data de julgamento: 10 de novembro de 2006.
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4ª REGIÃO. 8ª Turma. Apelação Criminal n. 2007.7005003222-4. Relator Desembargador José Paulo Baltazar Junior. Data do Julgamento: 02 de abril de 2008.
- TRINIDAD FERNÁNDEZ, Pedro. *La defensa de la sociedad. Cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII a XX)*. Madrid: Alianza Editorial, 1991.
- TRINDADE, Lourival Almeida. *A ressocialização... Uma (dis)função da pena de prisão*. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 2002.
- WACQUANT. Löic. *As prisões da Miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar. 2011.
- _____. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan. 2003 e 2007.

- WALMSLEY, Roy. *World Prison Population List World*. In INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES. 2013.
- WALMSLEY, Roy. *Pre-Trial/Remand Imprisonment List*. In INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES. 2014.
- WEISELFISZ, Julio Jacobo. *Homicídios e juventude no Brasil*. Brasília. 2013.
- WILSON, James Q. *Thinking About Crime*. Nova York: Basic, Books Inc. Publishers. 1975.
- _____; KELLING, George. *Broken Windows. The Police and Neighborhood Safety*, In AA.VV., Atlantic Monthly, n. 3, vol. 249, março de 1982.
- VAN DEN HAAG, Ernest. *Punishing Criminals*. New York: Basic Books. 1975.
- VON HAEYK, Friedrich. *The meaning of welfare state*. In CASTLES, Francis S; CHRISTOPHER, Pierson. *The Welfare state reader*. Cambridge: Polity Press. 2000.
- VALOIS, Luis Carlos. *Conflito entre ressocialização e princípio da legalidade penal*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. São Paulo. 2012.
- VOLD, George B.;BERNARD, Thomas J.;SNIPES, Jeffrey B. *Theoretical Criminology*. Oxford University Press, New York, 1998.
- YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução de Renato Aguiar. Ed. Revan. Rio de Janeiro. 2002.
- _____; LEA, Jhon. *¿Qué hacer con la ley y el orden?* Tradução para o espanhol por Marta B. Gil e Mariano A. Ciagardini. Buenos Aires: Editores del Puerto. 2001.
- ZAFFARONI, Raul Eugenio. *El sistema penal en los países de América Latina*. In ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de (Org.) *Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Angel*. Rio de Janeiro: Revan. 1991.
- _____. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar.1998.

_____; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro W.; ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar. 2006.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

ZAITCH, D. SAGARDUY, R. *La criminología Crítica y la construcción del delito: entre la dispersión epistemológica y los compromisos políticos*. In *Delito y Sociedad*. Revista de Ciencias Sociales, n. 2, Buenos Aires, 1992.