



TIEMI SAITO

**O SISTEMA PUNITIVO E A CRISE DA IDEOLOGIA LEGITIMANTE DO CÁRCERE:
UM DISCURSO HISTÓRICO SOBRE REEDUCAÇÃO E REINserÇÃO**

**CURITIBA
2018**



TIEMI SAITO

**O SISTEMA PUNITIVO E A CRISE DA IDEOLOGIA LEGITIMANTE DO CÁRCERE:
UM DISCURSO HISTÓRICO SOBRE REEDUCAÇÃO E REINserÇÃO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de mestre em direito no Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* do Centro Universitário Internacional UNINTER, Linha de Pesquisa Teoria e História da Jurisdição.

Orientador: Prof. Dr. André Peixoto de Souza

**CURITIBA
2018**

S158s Saito, Tiemi

O sistema punitivo e a crise da ideologia legitimante do cárcere : um discurso histórico sobre reeducação e reinserção / Tiemi Saito. - Curitiba, 2018.

84 f. il. (algumas color.)

Orientador: Prof. Dr. André Peixoto de Souza
Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro
Universitário Internacional Uninter.

1.Direito penal. 2. Poder punitivo. 3. Criminologia.
4. Prisões. I. Título.

CDD 340

Catálogo na fonte: Vanda Fattori Dias - CRB-9/547

São as nossas prisões mentais que nos impedem de encontrar alternativas ao cárcere.

Alessandro Baratta

DEDICATÓRIA

Uma vez que a finalidade do presente trabalho é quebrar as correntes e as grades filosóficas que aprisionam materialmente milhares de pessoas longe das condições mínimas de vida, de dignidade humana, dedico-o a toda comunidade acadêmica e profissional que luta neste mesmo intento, a fim de reduzir as mazelas das desigualdades, buscando melhorar a vida de um, ainda que seja contra todos, de dar efetividade ao que chamamos de justiça, de tornar civilizada a sociedade que pensa estar evoluída o suficiente e, em contrapartida, continua enjaulando seres humanos para viver uma suposta segurança fundamentada no mito da igualdade perante a lei.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer primeiramente a Deus, que de uma forma maravilhosa sempre conduziu a minha vida, dando-me forças em todos os momentos que foram necessários. Gratidão ao meu pai, Ronaldo Shigueo Saito, que me ensinou a dar o meu melhor em tudo, pois aquilo que vale à pena exige dedicação e esforço. Gratidão à minha mãe, Darlene Aparecida Bandeira Armstrong, uma pessoa maravilhosa e batalhadora, que me ensinou a nunca desistir e lutar pelo que é justo e correto, que me orientou diversas vezes a buscar o equilíbrio. Especificamente no que se refere a esta longa caminhada que se chama mestrado, gostaria de agradecer a minha amiga, Profa. Dra. Caroline Cordeiro Viana e Silva, que ouviu alguns de meus primeiros comentários sobre ingressar na carreira acadêmica, e efetivamente abriu pra mim as portas da sala de aula; outro grande amigo a quem eu sou extremamente grata chama-se Amilton Bueno de Carvalho, àquele por quem tenho um enorme carinho e estima, que leu os primeiros esboços do que eu pretendia que fosse um projeto, que se tornou, por fim, a presente dissertação; ao meu grande amigo também Prof. Dr. Lucas Massimo, a quem tenho muito a agradecer por nos momentos finais e, logicamente, um dos mais importantes, ter dado total apoio. Agradeço especialmente ao meu orientador, - modo clichê: por sua dedicação, motivação e inspiração constantes - por todas as vezes que riscou e rabiscou “sem dó” as páginas dos meus textos com sua letra quase que indecifrável, pelas vezes que me disse “força!” e pelas vezes que me disse “precisa melhorar esta parte”, por ao final, me consolar dizendo que também já virou algumas horas, alguns dias acordado para concluir seu próprio mestrado. Só tenho a dizer: *muito obrigada* Prof. Dr. Andre Peixoto de Souza, aprendi muito nestes dois anos como sua orientanda, que serei eternamente. Gratidão à Profa. Debora Veneral e ao Prof. Silvano Alcantara, por confiarem em meu trabalho e permitirem mais este aperfeiçoamento acadêmico profissional. Agradeço aos meus irmãos Gabriel Mello e Anna Victória Armstrong Mello e a minha cunhada Sabina dos Santos Mello, por torcerem por mim e serem meu apoio sempre, colaborando com os afazeres domésticos e tudo que precisasse. A todos os amigos e amigas que de alguma forma fizeram parte desta caminhada. Alguns desde o sonho, desde o projeto, desde a entrevista e a cada passo, a cada novo desafio, ao assumir uma sala de aula e, finalmente, descobrir o que amo de todo coração *ensinar e aprender*, pois lecionar é isso! Se não fossem tod@s vocês, a vida não faria sentido, quem dirá cumpriria seu propósito. Gratidão a tod@s!!!

RESUMO

A presente pesquisa busca entender o desenvolvimento histórico do poder punitivo prisional, tendo em vista sua seletividade estrutural, bem como a crise da ideologia legitimante da pena privativa de liberdade, apontando para sua função oculta que sustenta o processo evolutivo do sistema capitalista e que se materializa, historicamente, na atuação da jurisdição penal. Para tanto, o trabalho se fundamenta na revisão bibliográfica pautada em clássicos da criminologia contemporânea perpassando também por bases da criminologia radical. Nesta ótica, será adotada uma abordagem dialética, e mais especificamente materialista histórica, para fundamentar a estrutura do texto na perspectiva de luta de classes, na medida em que essa contradição perpassa, também, no exercício jurisdicional como constituída por uma elite econômica. Em um primeiro momento, reflete-se sobre como se deu o exercício do poder jurisdicional punitivo na passagem do sistema feudal para o capitalista (séc. XVI), verificando quais as mudanças sensíveis entre um momento e outro, no que tange aos mecanismos de punição. Serão analisadas as teorias legitimantes da pena e seus contrapontos levantados pela criminologia crítica e pela criminologia radical ao evidenciarem a existência de discursos antagônicos (oficial e oculto). Posteriormente, será analisada a perda da legitimidade dos seus discursos jurídico-penais legitimantes e, especificamente, em relação aos dados de encarceramento em massa do Brasil. O último capítulo, por sua vez, tratará acerca do poder punitivo que é exercido de forma fragmentada por diversos agentes que compõem toda estrutura de funcionamento do sistema penal, mas, excepcionalmente, o jurisdicional, bem como da seletividade estrutural deste poder por meio do cárcere, apontando a marginalização do *inimigo* (classe social) e manutenção do sistema de mecanismo de acumulação capitalista. Assim, se colocará a necessidade de reflexão acerca do fim utópico do cárcere, seja o fim (finalidade) que não se concretiza de ressocialização e reeducação, seja ele o fim (extinção) no sentido abolicionista, a partir de critérios de factibilidade capazes de orientar, inclusive a atuação dos juízes penais.

Palavras-chave: Poder Punitivo. Criminologia Crítica. Seletividade.

ABSTRACT

The present research seeks to understand the historical development of punitive prison power, considering its structural selectivity, as well as the crisis of the legitimating ideology of the custodial sentence, pointing to its hidden function that supports the evolutionary process of the capitalist system. For this, the work is based on the bibliographical revision that is based on the classic of contemporary criminology also permeating the bases of radical criminology. In this perspective, we will adopt a dialectical, and more specifically a historical materialist approach to support the structure of the text from the perspective of class struggle. At first, it is reflected upon how punitive power was exercised in the passage from the feudalism to capitalism (16th century), verifying the sensible changes between one moment and another, regarding the mechanisms of punishment. The legitimating theories of punishment and its counterpoints raised by critical criminology and radical criminology will be analyzed by evidence of antagonistic discourses (official and occult). Subsequently, it will analyze the loss of the legitimacy of its legitimating legal-penal discourses specifically in relation to the data of Brazil's mass incarceration. The last chapter in sum will address the punitive power that is exercised in a fragmented way by various agents that make up all the penal system's functioning structure, as well as the structural selectivity of this power through imprisonment, pointing to the marginalization of the enemy (social class) and maintenance of the system of mechanism of capitalist accumulation. Thus, it is necessary to reflect on the utopian end of imprisonment, whether it is the end (resolution) that does not materialize of resocialization and reeducation, or is the end (dissolution) in the abolitionist sense, based on feasibility criteria.

Key words: Punitive Power. Radical Criminology. Selectivity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	p.1
1 REVISITANDO A CRIMINOLOGIA CRÍTICA	p.4
1.1 O Marco Teórico Materialista Histórico	p.5
1.2 A Recepção Criminológica Marxista no Brasil	p.13
1.3 A Criminologia Radical	p.23
2 CONCEITOS E LIMITES DA RESSOCIALIZAÇÃO	p.31
2.1 A Busca Pelas Penas Perdidas	p.31
2.2 Sentido e Alcance da Ressocialização no Brasil	p.37
3 CRISE DA LEGITIMAÇÃO DO CÁRCERE	p.47
3.1 Poderes Deslocados: qual poder?	p.49
3.2 Quem prender e por que prender?	p.56
3.3 Fim Utópico do Cárcere.....	p. 62
CONCLUSÃO	p.73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	p.79

INTRODUÇÃO

A pesquisa que ora se desenvolve tem como objeto a análise do exercício do poder punitivo por meio do cárcere desde o seu surgimento, ou seja, do período feudal até o presente momento, atuando como instrumento fundamental da garantia do sistema econômico vigente.

A metodologia que será utilizada no presente trabalho fundamenta-se na revisão bibliográfica pautada primeiramente em três clássicos da criminologia contemporânea que serão referências obrigatórias à pesquisa: a obra de Georg RUSCHE e Otto KIRCHHEIMER, a contribuição de Michel FOUCAULT e a tese econômico-política de Dario MELOSSI e Massimo PAVARINI.

Será necessário também revisitar as bases da criminologia crítica bem apontada por Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alessandro BARATTA, Juarez CIRINO DOS SANTOS, Luigi FERRAJOLI, Nilo BATISTA, Vera MALAGUTI BATISTA, Vera ANDRADE, Amilton BUENO DE CARVALHO, Salo de CARVALHO, André Peixoto de SOUZA, Fábio da Silva BOZZA, dentre outros que analisaram e construíram suas teses criminológicas para além das ideologias iluministas e ideologias igualitárias.

Nessa ótica, adotaremos uma abordagem dialética, e mais especificamente materialista histórica, para fundamentar a estrutura do texto na perspectiva de luta de classes, demonstrando que

o desenvolvimento dialético dos conceitos jurídicos fundamentais não apenas nos oferece a forma do direito em seu aspecto mais exposto e dissecado, mas, ainda, reflete o processo de desenvolvimento histórico real, que não é outra coisa senão o processo de desenvolvimento da sociedade burguesa. (PACHUKANIS, 2017, p. 76)

Entre o final do século XVIII e início do século XIX ocorreu uma grande redução do espetáculo punitivo, desvinculando, finalmente, a ideia de que a violência estivesse ligada ao exercício da justiça. Submerge, assim, no decorrer das décadas, o ritual do “corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal”, dando espaço ao cárcere. (FOUCAULT, 1982, p. 12)

Supera-se, assim, a era dos corpos dilacerados ou marcados publicamente, passando o foco central da incidência do poder punitivo a ser o tempo de vida livre restringido, como forma de repressão e exemplo negativo social em virtude da conduta criminalizada à qual o sujeito houvera incorrido.

Neste cenário, a prisão - que antes era apenas cautelar a fim de garantir que o sujeito não se evadisse até sua eventual sentença condenatória a ser executada sobre seu corpo físico - apresenta-se, na história das penas, como uma pena aparentemente mais humanizada e garantidora de um sistema econômico condizente com o princípio do paradigma moderno.

Tendo isso em conta, estrutura-se a presente pesquisa a partir de um primeiro capítulo, que abordará o momento histórico no qual a prisão passou a ser utilizada como pena principal do sistema de justiça criminal que garante a manutenção dos privilégios de uns contra outros, baseado na constante luta de classes. O primeiro capítulo buscará vislumbrar a perspectiva nua e crua da realidade, para além dos discursos que propõem e buscam sustentar o sistema carcerário. Por tal razão, é indispensável que o trabalho seja erigido sob o fundamento materialista histórico da criminologia crítica radical.

O segundo capítulo irá versar sobre os conceitos e limites da (res)socialização com base nos discursos oficiais e ocultos expostos pela criminologia radical. Certamente que aqui se aponta a primeira crítica ao sistema carcerário, qual seja, a impossibilidade de ressocializar aquele que nunca esteve socializado, mas que vivendo à margem da sociedade, foi intencionalmente selecionado pelo sistema de justiça criminal.

Será apresentado um panorama geral do fracasso do cárcere como instituição educadora e ressocializadora no Brasil, por meio de dados levantados pelo Departamento Penitenciário Nacional dos anos de 1990 a 2016, relatórios anuais (2015 – 2017) do Conselho Nacional do Ministério Público e, ainda, um raio-x da atual conjuntura carcerária brasileira do ano de 2018, extraída do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça. Todos estes dados têm a finalidade de demonstrar empiricamente a completa disfunção das prisões brasileiras no cumprimento de suas promessas ressocializadoras, uma vez que

contamos apenas com o aumento cada vez mais assustador da população prisional e que a taxa de ocupação de aproximadamente 166,04%.

O terceiro capítulo tem o condão de firmar os pontos já alinhavados sobre a deslegitimação que os fundamentos da prisão enfrentam diante da sua função eminentemente criminógena – para aquele que lá se encontra - e protecionista de bens e interesses de uma classe social predeterminada, bem como de incidência específica a uma classe subalterna e manutenção do poder de uma elite social dominante.

Será analisado o poder punitivo em suas formas fragmentadas de atuação por meio de agências reguladoras, judiciais, executoras e, ainda, contando com o auxílio da mídia popular punitiva. Toda essa teia criminológica como já fundamentado, incide diferencialmente sobre as estruturas sociais da sociedade desigual capitalista, assim, será possível compreender para que e para quem o direito penal serve, observando a incidência específica de suas normas a uma classe muito bem definida.

Por fim, apresenta-se a necessidade de reflexão sobre o real fim utópico do cárcere, ou seja, sua finalidade de existência diante de tudo que fora apresentado e que não se concretiza na realidade empírica social, em contraponto ao seu fim real utópico, sua extinção a ser estabelecida por meio de critérios de factibilidade e, assim, de políticas criminais a serem adotadas de forma mais humana para antes do cárcere, além dele e apesar dele.

1 REVISITANDO A CRIMINOLOGIA CRÍTICA

O primeiro passo da análise que irá se estruturar no decorrer da presente pesquisa é desmistificar as abstrações e os idealismos políticos, jurídicos, sociais e econômicos, refutando uma confiança cega em relação ao sistema de justiça penal e às narrativas justificantes de seu exercício punitivo. Afastando-se, portanto de meras conjecturas acerca das finalidades em razão das quais se construíram os muros do cárcere e sobre as quais ele se mantém. Isto por que a constituição do cárcere como um instrumento de controle, de repressão e estigmatização de uns em detrimento de outros, não aconteceu de forma linear no curso da história das penas, e tampouco se legitima por seus aparentes intentos de retribuição, prevenção, repressão, ressocialização e neutralização social.

Seu surgimento como pena mais humanizada, no curso histórico que apenas tinha as vinganças de sangue (privadas) e os suplícios (públicos) no outro extremo – das alternativas punitivas até então propostas –, aparentemente se apresentou como um grande avanço de condição em uma sociedade que se julgava civilizada. Contudo, a estratégia político-econômica engenhada ocultamente para tal intento –o encarceramento –, talvez seja mais voraz e tão “coisificadora” quanto.

A tradição teórica que se utilizou do materialismo histórico como fundamento metodológico para pensar (ou repensar) a criminologia, mediante expresso ataque (dialético) à criminologia tradicional ou positivista, remete a presente pesquisa à primeira metade do século XX, com os teóricos PASHUKANIS, BARATTA, RUSCHE e KIRCHHEIMER, MELOSSI e PAVARINI. A partir destes marcos, serão estabelecidas as principais diretrizes que influenciaram a origem histórica do cárcere e sua manutenção, proporcionando a base fundamental de todo o pensamento criminológico crítico posterior.

Diversas foram as teorias de justificação da pena que buscaram legitimar o exercício do poder punitivo – retribuição, repressão, reeducação, ressocialização, prevenção e neutralização - e diferente não poderia ser, uma vez que refletem a mutabilidade histórica de valores e parâmetros sociais de cada contexto. Contudo, partindo das premissas materialistas históricas, a criminologia crítica deslegitimou

cada uma de suas narrativas, demonstrando que seus discursos não se sustentam quando a análise da realidade empírica se impõe frente a eles.

A criminologia radical, por sua vez, parte da corrente crítica criminológica que expôs o constante intento e esforço da classe dominante em manter-se no poder ao longo da história, encontrando no cárcere força suficiente para atuar como instrumento principal desta manutenção e fazendo do sistema político econômico a razão oculta de sua existência. Neste sentido, a incidência seletiva do poder punitivo sobre a camada social marginalizada põe em xeque o mito do direito penal igualitário e traz à baila a antinomia existente entre os discursos oficiais e os discursos ocultos que justificam o sistema penal, demonstrando que

o fracasso histórico do sistema penal limita-se aos *objetivos ideológicos aparentes*, porque os *objetivos reais ocultos* do sistema punitivo representam êxito histórico absoluto desse aparelho de reprodução do poder econômico e político da sociedade capitalista. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 128).

O centro da crítica radical é a dupla reprodução promovida pelo sistema carcerário, seja ela a separação de classes – reproduzindo as desigualdades das relações sociais capitalistas – e, a reprodução de um setor de estigmatizados pela posição marginalizada e pela superestrutura penal. Por outro lado, indica que o sistema de justiça criminal, fundamenta-se precipuamente sob os alicerces do cárcere, que é por essência instrumento de garantia e manutenção do sistema político-econômico vigente, não alcançando empiricamente nenhum dos intentos que promete cumprir.

1.1O marco teórico materialista histórico

A pena pública substituiu a vingança privada, dando origem ao sistema penal durante o período medieval, que por sua vez, se apresentou como um verdadeiro ritual de poder – e se estende até hoje –, no qual o objeto do castigo imposto pelo soberano em razão do delito cometido – uma vez que este substituíra o “lugar da vítima” – recaia sobre o próprio corpo do condenado, o que projetava por si um efeito social de terror.

Neste sentido, ZAFFARONI explica que

Desde o século XIII, quando, definitivamente, deixou de ser um julgamento de partes com mediação da autoridade para converter-se em um exercício de poder no qual a autoridade suprimiu uma das partes (a vítima), e mais ainda, desde sua reformulação moderna a partir do século XVIII, o discurso jurídico-penal sempre se baseou em ficções e metáforas, ou seja, em elementos inventados ou trazidos de fora, sem nunca operar com dados concretos da realidade social. (ZAFFARONI, 2017, p. 48)

Isso se dava, pois “na vigência dos modelos punitivos do medievo, as massas criminalizadas nada possuíam além de seus corpos. Mas, ao mesmo tempo, o exercício da pena sobre o corpo do culpado por meio de mutilações, de esquartejamentos e da própria destruição física, não correspondia à pretensão de racionalização do sistema punitivo”, ou seja, nada mais era do que a mera “vingança”. (CARVALHO, 2013b, p. 54)

Diante desta perspectiva, pode-se dizer que a execução da pena quantificava o sofrimento do delinquente de forma a corresponder ao mal causado em virtude do cometimento do crime. Ou seja, o crime representava um desafio declarado ao poder do soberano e que deveria ser extinto pelo castigo da pena, expressando a absoluta vitória deste sobre o criminoso, o que impunha uma evidente política de terror para intimidação do povo e a manutenção de seu poder se fundamentava na produção do medo. (FOUCAULT, 1987, p. 33-61)

Sobre ritual punitivo que marcava deliberadamente os corpos por meio de suas execuções, pode-se ter como parâmetro o espetáculo repugnante que ocorreu em Berlim, no ano de 1800:

A mulher foi amarrada e rapidamente sufocada, e seus membros e pescoço foram quebrados por uma série de golpes com o carrinho de mão pesado empurrado pelo executor. De acordo com a prática habitual de manejo dos corpos foi então desamarrada e presa à roda, que foi colocada na horizontal em um poste vertical longo fixado no chão ao lado do andaime (...) e depois, foi cortada a sua cabeça e colocada em cima do poste. (EVANS, 1997, p. 194)

Assim sendo, a imposição dos castigos – pelourinho, mutilações, chicotadas públicas, enforcamentos, execuções, dilacerações, cozimento em óleo –

eram uma espécie de teatro de propaganda em que o condenado tinha que desempenhar seu papel como antagonista derrotado por quem exercia aquele (poder soberano), a ponto de ser esmagado na frente de um público impressionado que justamente sentia que lhe estava sendo ensinada uma lição importante da lei e da sua violação, do poder e da subordinação. (GENELHÚ. SCHEERER, 2017, p. 28)

Posteriormente, a sociedade feudal trouxe consigo a divisão do trabalho e a especialização de funções na produção manufatureira, diante do que, a perspectiva da punição precisou ser outra. Neste sentido, RUSCHE explica que o mercado de trabalho constitui a base fundamental e determinante que explica e define o sistema de justiça criminal, desde a instituição das penas corpóreas. Essa relação dialógica é apontada pela criminologia crítica, que desenvolve este conceito em duas hipóteses antagônicas, quais sejam:

a) se a força de trabalho é *insuficiente* para as necessidades do mercado, a punição assume a forma de trabalho forçado, com finalidades produtivas e preservativas da mão-de-obra; b) se a força de trabalho é *excedente* das necessidades do mercado, a punição assume a forma de penas corporais, com destruição ou extermínio da mão-de-obra: a abundância torna desnecessária a preservação. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 61-62)

Assim sendo, para “que surgisse a ideia da possibilidade de pagar pelo delito com a privação de uma quantidade predeterminada de liberdade abstrata, foi preciso que todas as formas concretas de riqueza social estivessem reduzidas à forma simples e abstrata – trabalho humano medido pelo tempo”. (PACHUKANIS, 2017, p. 177)

Isto, pois, por exemplo, durante o regime manufatureiro, o artesão poderia impor limites ao poder do capital, pois não havia como ser substituído, todavia na indústria, a máquina acarreta uma mudança qualitativa, ou seja, produz o trabalhador abstrato, substituível e à disposição do mercado.

O *despotismo da fábrica* determina a criação da ‘massa de trabalhadores’, a constituição do trabalho abstrato, a transformação da força de trabalho em mercadoria (trocada por seu preço de mercado) e a substituição da *coação física* (ainda necessária na manufatura) pela *fome* como instrumento de controle, que pacifica o animal mais feroz, ensina hábitos de decência, civilidade e obediência, exercendo a pressão mais silenciosa e mais eficaz. Em poucas palavras, o controle do trabalho é produzido pela lei, que *garante* a propriedade, *generaliza* o contrato de trabalho e *disciplina* o mercado, onde circula o trabalhador abstrato, esse sujeito ‘livre’ e ‘igual’ da

sociedade capitalista (Kinsey, 1979, p. 54-57 *apud* CIRINO DOS SANTOS, p. 103)

A abstração das relações econômicas e do próprio trabalho humano foi o que possibilitou que as “transformações econômicas da sociedade feudal, primeiro pela divisão do trabalho e especialização de funções na produção manufatureira, depois pela industrialização e formação da burguesia e do proletariado na produção capitalista” provocassem o efetivo abandono da ‘liturgia dos castigos’. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 73-74) Afinal, extinguir ou dilacerar a mão de obra, muitas vezes especializada, não fazia mais sentido, em virtude do próprio sistema econômico que ora se estabelecia.

Ou seja, a pena deixou de recair sobre o corpo do indivíduo e passou a suprimir seu tempo de vida, por meio da privação de liberdade, como pena por excelência. Fabio da Silva BOZZA explica o que ora vem sendo exposto com base na emblemática obra de RUSCHE e KIRCHHEIMER. Para ele, a lógica por trás dessa grande mudança encontrou fundamento

nas sociedades mercantilistas do século XVII, a mão de obra especializada, necessária para a produção manufatureira, era escassa. A consequência foi uma mudança nas relações de mercado, com o aumento dos salários e nível de vida dos trabalhadores. O sistema penal se adequou a essa situação: extingue as penas corporais, institui a pena de trabalho, e a prisão se torna a principal modalidade de punição. (BOZZA, 2013, p. 130)

Neste ínterim, que permeia a passagem do medievo à modernidade, “a função de expropriação da pena se materializa no sequestro do tempo, pois a capacidade de trabalho e a liberdade do culpado seriam os únicos objetos passíveis de conversão da dívida em um bem tangível” (CARVALHO, 2013b, p. 54).

Isto se dá, pois como bem fundamenta PACHUKANIS, neste momento o delito passa a ser “considerado uma variante particular de circulação, na qual a relação de troca, ou seja, contratual, é estabelecida *post factum*, ou seja, depois de uma ação arbitrária de uma das partes”, de modo que “a proporção entre o delito e a reparação se reduz à mesma proporção da troca”. (PACHUKANIS, 2017, p. 167)

Diante disso, o proletariado estaria trabalhando para o seu senhor devidamente inserido em suas funções, ou como reserva deste modelo manufatureiro, eventualmente escasso. Ou seja, a pena deixou de recair sobre o

corpo do indivíduo e passou-se a suprimir o tempo de vida do condenado, por meio da privação de liberdade, como pena por excelência não por ser apenas uma condição de castigo “mais humanizada”, mas por ser um verdadeiro instrumento de garantia do sistema econômico vigente.

O sistema penal protegeria por meio do cárcere o patrimônio do senhorio, o modelo de sistema econômico e até mesmo a manutenção do poder nas mãos da burguesia juntamente com a igreja católica, como bem aponta FERRAJOLI ao declarar que a “a prisão como pena em sentido próprio nasceu no seio das corporações monásticas, da Alta Idade Média, recebendo depois o apoio da Igreja católica (...), em razão da sua específica adequação às funções penitenciais e correccionalistas”. (FERRAJOLI, 2014, p. 359)

Assim sendo, a pena era vista também como um instrumento de manutenção da disciplina, da autoridade sacerdotal e militar e do domínio de classe, diante da qual, “a casta sacerdotal, que surge na qualidade de guardiã da ordem, perseguia, novamente, não apenas um ideal, mas também interesses materiais bastante substanciais, pois os bens do culpado eram confiscados em seu favor”. (PACHUKANIS, 2017, p. 170)

Por outro lado, com fundamento em estudos aprofundados a respeito da relação que se constitui entre cárcere e fábrica (MELOSSI. PAVARINI, 2010), é possível constatar que em virtude da expropriação dos meios de produção e expulsão do campo, nos séculos XV e XVI, muitos camponeses que se concentraram nos grandes centros urbanos não conseguiram se inserir ou se adaptar à nova disciplina de trabalho, dando origem a formação de massas desocupadas.

Este grande grupo de pessoas que forçadamente se encontrava desabrigada, desempregada, desocupada, converteu-se então em mendigos e ladrões, muitos não por opção, não porque assim quiseram, mas por imposição de uma estrutura econômica falida.

Resta claro, portanto, que os sistemas de políticas punitivas trazem impressos em si os interesses históricos da classe que o instituiu, na medida em que durante o feudalismo,

o senhor feudal condenava à execução alguns camponeses e cidadãos rebeldes contrários a sua dominação. Na Idade Média, era considerado infrator da lei todo aquele que queria exercer artesanato sem estar numa oficina; a burguesia capitalista, que mal acabara de nascer, declarou como crime o desejo dos trabalhadores de se unirem em associações. (PACHUKANIS, 2017, p. 172)

No século XVI, buscando reduzir o problema da exclusão social decorrente do capitalismo, foram criadas as chamadas *workhouses*: casas de trabalho forçado como método pedagógico para disciplinar e adequar os desviantes em prol do trabalho assalariado. O projeto apresentava duas exigências: exclusão de penas breves, pois não daria tempo para aprender suficientemente e; a exclusão de penas perpétuas, pois certamente geraria um desinteresse no referido aprendizado. (FOUCAULT, 1987, p. 107)

Importa observar que, se a prisão é considerada como pena equitativa, no sentido de uma sanção igualmente imposta a todos, em tese, sem distinção – levando-se em consideração que o tempo passa igualmente para todos, – aquele que se submete a ela e às condições nas quais esta será cumprida se diferem grandemente. Na medida em que o próprio capitalismo é desigual, a forma de punição por ele criada forja um rigor desigual destinado à disciplina.

E, desta forma,

ao fazer da reclusão pena por excelência, ela introduz processos de dominação característicos de um tipo particular de poder. Uma justiça que se diz 'igual', um aparelho judiciário que se pretende 'autônomo', mas que é investido pelas assimetrias das sujeições disciplinares, tal é a conjunção do nascimento da prisão, 'pena das sociedades civilizadas'. (FOUCAULT, 1987, p. 195)

Neste sentido, PACHUKANIS ressalta que “o verdadeiro sentido da ação punitiva do Estado de classe é possível, apenas, partindo de sua natureza antagonista”. (PACHUKANIS, 2017, p. 172) A forma “igual” do Direito nas sociedades de produção de mercadorias é inseparável de seu conteúdo desigual: regula relações entre sujeitos desiguais. Assim, “a forma igual significa, de fato, direito desigual para trabalho (duração e intensidade) e homens (capacidades e necessidades) desiguais, que somente podem ser iguais com um direito desigual”. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 94)

Em síntese, a pena de prisão constitui premissa do ideário capitalista de um só tratamento para toda espécie de crime, numa quantificação que apenas faz sentido pela medida burguesa de tempo-produção que se instaurou ao longo da história. Para a disciplina opressora que une cárcere e fábrica, MELOSSI e PAVARINI ao discorrerem sobre a passagem das *workhouses* – típicas do período mercantilista e de características marcadamente produtivas –, ao cárcere, cuja preocupação cada vez mais ideológica é “imprimir nos corpos e nas mentes das classes subalternas a marca a fogo da obediência disciplinada. Esse se torna o único objetivo da punição, a única preocupação dos seus idealizadores e administradores.” (MELOSSI. PAVARINI, 2014, p. 127)

Verifica-se assim, um movimento constante da classe dominante, detentora do poder econômico, proprietária de bens e riquezas, em afastar quaisquer riscos aos seus patrimônios. Separar os “bons” dos “maus”, a ponto de “a pena privativa de liberdade ser considerada como caracteristicamente burguesa. (FERRAJOLI, 2014, p. 359)

Destarte, a doutrina é incisiva ao apontar como objetivo principal do cárcere a reafirmação da ordem social burguesa – fazendo a distinção nítida entre o mundo dos proprietários e dos não proprietários –, que deve educar, ou até mesmo reeducar o criminoso – não proprietário – a ser um proletariado não perigoso socialmente, ou seja, que não seja proprietário, mas que não ameace à propriedade alheia. (MELOSSI. PAVARINI, 2010)

Todo esse conjunto de relações, que principia e exterioriza o poder dominante da burguesia ao estipular o sistema punitivo – a fim de manter os seus próprios privilégios – nada mais é do que a práxis da luta de classes observada desde a teoria do reconhecimento hegeliano até os textos mais panfletários de MARX e ANGELS.

Neste sentido, Vera MALAGUTI BATISTA sustenta que a colaboração marxista para a análise criminológica crítica foi capaz de desvelar “a aparência legitimadora da norma jurídica sobre os modos e as lutas que se produzem nas relações sociais de classe”. Passando-se a compreender, portanto, que “o discurso criminológico surge historicamente como uma ciência burguesa nascida com o

processo de acumulação do capital para ordenar e disciplinar o contingente humano que vai produzir a mais-valia”. (MALAGUTI BATISTA, 2011, p. 80)

No que se refere à dinâmica gerada pela oposição das classes sociais, os estudos filosóficos desenvolvidos por Karl MARX (1818-1883) indicaram que a existência de conflitos no processo histórico fundamenta-se na repartição desigual do controle pela produção dos bens materiais.

Em outros termos, a contínua luta de classes é decorrente não apenas da condição de que uns possuem o controle da produção e outros serem dele privados, mas da tentativa de manutenção e perpetuação da posição hegemônica da classe dominante que confronta com os esforços constantes da classe dominada de se emancipar.

Essa relação se estende em todos os âmbitos sociais, numa “luta ‘total’”, onde “todos os meios, desde o poder econômico até a ideologia, eram utilizados. Pelo que, em última instância, todas as manifestações da história do homem se explicariam por esta tensão fundamental gerada pela forma de organizar a produção”. (HESPANHA, 2012, p. 488)

Por essas razões, para o materialismo histórico, tanto o conteúdo como o caráter do exercício do poder punitivo, ambos constituem um verdadeiro instrumento de defesa da dominação de classe, pois “sua forma, surge como elemento da superestrutura jurídica, integrando a ordem jurídica como um de seus ramos”, de forma que “delito e pena são o que são, ou seja, adquirem natureza jurídica no solo das operações de transação. Enquanto essa forma se conserva, a luta de classes se realiza como jurisdição”. (PACHUKANIS, 2017, p. 173)

É preciso repensar o direito sob uma análise crítica, tendo por base a noção de que não se está a aplicar a letra da “lei geral e abstrata” a uma sociedade igualitária; entendendo a complexidade das relações não com base no discurso oficial que busca legitimar as instituições, em específico, o cárcere, mas conhecendo e reconhecendo a existência de um discurso oculto, fundamentada na manutenção do domínio de uns em detrimento de outros; tendo em mente que se está diante de uma realidade social completamente antagônica, fragmentada em classes e castas, na qual aqueles que pouco têm, nada têm.

1.2 A recepção criminológica crítica

A existência e manutenção do sistema penal deve se justificar por alguma razão. Afinal, por que punir? Qual o sentido e o fim da pena? O discurso jurídico-penal se constrói e reconstrói ao longo da história das penas cada vez que é deslegitimado: Pagar pelo crime cometido, repreender, reeducar, ressocializar, consertar, tornar dócil o delinquente para a convivência em sociedade ou restabelecer a ordem jurídica e a confiança na lei penal.

A grande questão é que há um abismo entre as teorias justificantes da pena – que trabalham no âmbito do “dever ser” – e as funções exercidas pelas agências punitivas – que, por sua vez, atuam na realidade letal do “ser” nos sistemas penais concretos – e é sobre esta profunda discrepância que criminologia crítica se debruça.

A primeira teoria que buscou justificar a imposição da pena sob àqueles que transgredissem a lei surgiu no contexto iluminista de contrato social, foi a tipologia absoluta da pena, ou retributivista. Para ela, a pena possuía finalidade autônoma, desvinculada de qualquer razão social, pois o crime representava a mera quebra do contrato social e sua consequência jurídica seria a pena (suplício), como indenização pelo mal praticado.

Sobre o assunto, Salo de CARVALHO afirma que “a relação entre crime e pena se estabelece a partir de uma noção de dívida, e a lógica obrigacional fixa a necessidade da reparação do dano em razão do inadimplemento (descumprimento das regras sociais)”. (CARVALHO, 2013b, p. 53)

Três correntes filosóficas merecem especial destaque desta doutrina, quais sejam a de KANT, HEGEL e LESH. De maneira sintética, o retributivismo kantiano sustenta que a lei penal é um “imperativo categórico que deve ser respeitado sob quaisquer condições” e, neste sentido, não haveria qualquer justificativa para o seu não cumprimento. Portanto, a pena criminal “teria como exclusivo objetivo a imposição de um mal decorrente da violação do dever jurídico, encontrando neste mal (violação do direito) sua devida proporção e a sua própria justificação”, de modo que esta devesse ser compreendida apenas como absoluta retribuição à

culpabilidade do agente, o que a torna, em tese, proporcional ao dano provocado. (CARVALHO, 2013b, p. 55)

Para KANT a pena é vista como o castigo necessário proveniente de uma exigência ética irrenunciável da execução de determinada conduta reprovável socialmente que merece igual consequência sancionatória do Estado. (BOZZA, 2013, p. 18)

Afastando-se do modelo kantiano fundamentado na retribuição ética e moral, HEGEL canaliza suas fundamentações à esfera jurídica e sustenta que a pena teria a finalidade do restabelecimento do estado de Direito e que, diante do método dialético, o crime constituiria uma negação do próprio direito e “a pena, como resposta a esse mal, seria a negação da negação do direito” (BOZZA, 2013, p. 21).

A dialética de HEGEL se alicerça considerando que o delito,

Como evento que é, a violação do direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, mas contém a negação. A manifestação dessa negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ele consigo mesmo mediante a supressão da violação do direito. (HEGEL, 1997, p. 87)

Logo, para o retributivismo hegeliano a pena seria “justificada pela necessidade de recomposição do direito violado. A violência da pena corresponderia àquela violência perpetrada contra o ordenamento jurídico” (CARVALHO, 2013b, p. 55) e, assim, cumpriria um papel restaurador da ordem ou retributivo do dano na exata proporção da negação do direito. (BOZZA, 2013, p. 21)

Heiko H. LESH, por sua vez, com base na sociologia de Niklas LUHMANN, sustenta que a pena deve servir para reestabilizar as expectativas normativas, pois uma vez violado o direito, por meio do crime, pois a sociedade precisa voltar a crer na sua eficiência e proteção. (BOZZA, 2013, p. 21)

Os modelos de retribuição consideram que aquele que causou determinado mal à sociedade deva sofrer o mesmo mal – medida de proporcionalidade –, de maneira que a sua fundamentação se solidificou principalmente por três razões, quais sejam o psiquismo popular, a forte influência religiosa e o contrato social. (BOZZA, 2013, p. 9)

A construção da dogmática jurídico-penal, especialmente no que tange à teoria do delito, foi fortemente influenciada pelo retributivismo, uma vez que esta teoria constituiu o critério da proporcionalidade do dano causado, estabelecendo uma relação “justa” entre crime e castigo e, portanto, impondo limite ao poder punitivo estatal.

Por outro lado, é importante destacar o posicionamento de SÁNCHEZ RUBIO ao considerar a crença na suposta existência de um nexos de causalidade essencial entre culpa e castigo uma redução arcaica que tende a “naturalizar e normalizar a pena como sanção por excelência, tornando-a evidente, inquestionável e evitando possibilidades não punitivas de resposta às situações problemáticas”. (SÁNCHEZ RUBIO *apud* CARVALHO, 2013b, p. 59)

Para além do ponto de vista normativo-filosófico exposto acima, ZAFFARONI redireciona a crítica ao retributivismo para o aspecto empírico, sustentando que “tanto a função de garantidor externo do imperativo categórico (KANT) quanto a de reafirmação do direito (HEGEL) são funções que não podem ser respondidas devido à ausência de evidências fáticas”. (ZAFFARONI *apud* CARVALHO, 2013b, p. 59)

Em meados da década de 1970, torna-se evidente o desgaste das teorias retributivistas em virtude da ausência de finalidade, uma vez que se a função do direito penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos. (CARVALHO, 2013, p. 57-58) Isso, porque, primeiro, o direito penal sempre chega atrasado, pois é incapaz de impedir a ocorrência do fato criminoso e, por outro lado, a pena prospera apenas no sentido de o Estado tomar para si a vingança da vítima. O que expressa, de maneira geral, que a pena diante da teoria absoluta da pena está constantemente atrelada a um fim, ora o de uma falsa reparação do dano, mas sempre o de vingança.

Rompendo com o pensamento retributivista, BECCARIA desenvolve uma teoria da pena baseada em critérios utilitaristas, cuja finalidade pode ser equacionada na máxima de proporcionar “a máxima felicidade ao maior número possível de pessoas”, no sentido de que “é melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior

bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar”. (BECCARIA, 1959, p. 193 *apud* CARVALHO, 2013b, p. 63)

Esta perspectiva concedeu à pena uma função intimidatória, que estaria necessariamente atrelada à atuação político-criminal do Legislativo, bem como condicionada também à eficácia do Judiciário e do Executivo, pois a aplicação inequívoca da pena é o que garantiria seu caráter simbólico.

Assim sendo, ZAFFARONI classificou os modelos de prevenção geral da pena em duas funções: a primeira, na qual se pretende que “o valor positivo da criminalização atue sobre os que não delinquiram”, que constituem as chamadas teorias da prevenção geral, que por sua vez se subdividem em negativas (dissuasórias) e positivas (reforçadoras); Enquanto que a teoria preventiva especial formaliza a segunda vertente, diante da qual o referido valor atua sobre os que delinquiram, subdividindo-se em negativa (neutralizante) e positiva (que reproduzem um valor positivo na pessoa – ressocializar, reeducar, reinserir, etc.). (CARVALHO, 2013b, p. 61)

Em outras palavras, as teorias de prevenção geral buscam, tendo a pena criminal como exemplo, inibir a prática de crimes daqueles que não cometeram delitos de duas formas, primeiramente sendo utilizada como meio de desestimular potenciais delinquentes (prevenção geral negativa), ou de modo a reforçar a confiança da população no ordenamento jurídico (prevenção geral positiva).

A prevenção especial, por sua vez, destina-se àqueles que cometeram delitos e também se fraciona em duas vertentes: a primeira, neutralizando o delinquente para que durante o cumprimento da pena não possa/consiga cometer novos delitos (prevenção especial negativa) e por outro lado, que seja, por meio da pena ressocializado, reeducado, reinserido, etc. (prevenção especial positiva).

Para a prevenção geral negativa, a finalidade da pena não pode ser a correção do delinquente, pois o Estado não é tutor e nem tampouco garantidor de ética, moralidade e cultura, mas sim protetor dos bens jurídicos da sociedade civil. Por esta razão, FEUERBACH defende que cumpre ao Estado, por meio de suas instituições políticas e jurídicas criar condições que impeçam o indivíduo – membro desta sociedade civil organizada –, submetido à vontade comum representada pelas

leis, de provocar lesões aos direitos de outrem. (FEUERBACH, 1972, p. 104-106 *apud* CARVALHO, 2013b, p. 64)

A crítica que se faz neste ponto é que a teoria estabelece para a condição humana idealizações simplificadoras de determinismo para a dogmática penal. E, ainda, a possibilidade da extensão das hipóteses incriminadoras e aumento de penas em razão da adoção da perspectiva intimidatória.

Ademais, pode-se dizer que empiricamente, não há relação causal entre o aumento de penas e a diminuição dos crimes ou entre a descriminalização e o aumento da criminalidade, o que põe em xeque a eficácia dos discursos de coação psicológica. Diante disto, constata-se que “os sistemas de prevenção geral negativa partem de uma ilusão panpenalista que confunde os efeitos da ética social com os do direito penal”, de modo que “legitima as agências de punitividade a utilizar o sujeito criminalizado como um simples objeto de exemplaridade”. (CARVALHO, 2013b, p. 71)

Ancorada na ideia iluminista do livre-arbítrio, a lógica punitiva desta teoria parte do pressuposto de que, tendo conhecimento das consequências negativas de sua conduta, o possível autor do delito realizaria antes de cometê-lo, um cálculo racional, ponderando os custos e benefícios do ato ilícito para então decidir por realizá-lo ou não. Contudo, preocupado com a preservação da liberdade individual em relação aos abusos dos poderes, especialmente em sociedades marcadamente desiguais, MARAT antecipa vários aspectos da criminologia radical do século XX no que se refere à formulação de um modelo sociológico estruturado no dissenso. Para ele, a sanção apenas seria justa quando o Estado assume suas responsabilidades no sentido de reduzir eficazmente as diferenças sociais.

Neste sentido, sustenta que “a sociedade não tem o direito de punir aqueles que violam suas leis, se não tiver se organizado de modo a cumprir as suas próprias obrigações em relação a todos os seus membros”. Isso por que “quem rouba para viver, desde que não possa agir de outra maneira, não faz mais do que exercer os seus direitos” (MARAT *apud* CARVALHO, 2013b, p. 74)

A prevenção especial positiva, por sua vez, acompanha a sobreposição da forma de atuação do Estado intervencionista ao Estado liberal, redimensionando o

modelo de justificação da pena e inaugurando a perspectiva punitiva centrada no indivíduo.

Esta teoria substitui a ideia de pena retributiva ou dissuasiva pela perspectiva preventiva especial de “pena-tratamento”, de modo que o sistema punitivo intervencionista (*welfare*) buscou naquele momento a análise reconstrutiva da personalidade do criminoso e das condições que influenciaram ou impulsionaram a delinquir.

Dentro desta noção, tem-se claro dois efeitos principais no campo da teoria da pena e do delito:

Primeiro, a *culpabilidade*, ancorada no livre-arbítrio (fundamento material), é substituída pela *periculosidade*, entendida como a potência individual que se transforma em ato delitivo; segundo, a *pena*, anteriormente concebida como *retribuição da culpabilidade* (ou prevenção geral negativa), é reprogramada como *terapêutica* voltada à *correção dos déficits individuais* que determinam ou potencializam a prática do crime. (CARVALHO, 2013b, p. 77)

Em síntese, como o foco central do correccionalismo penal é o indivíduo mal socializado ou inadaptado, sua forma de atuação se dá por meio da análise etiológica e do estabelecimento de tratamento correccional.

A criminologia crítica deflagrou o processo de deslegitimação do modelo correccionalista em razão da “estrutura do paradigma etiológico, seus discursos configuradores e suas práticas decorrentes”, dividindo-se especificamente em dois planos, primeiramente sob o ponto de vista jurídico-normativo e, também, sob a perspectiva empírica de suas disfunções. (CARVALHO, 2013b, p. 81-82)

A grande discussão que se instaura diante da perspectiva jurídico-normativa correccional é a de que seus postulados legitimaram práticas autoritárias para o exercício do poder punitivo no interior das instituições totais que colidem diretamente com os preceitos constitucionais.

No que se refere à análise das instituições prisionais, a criminologia crítica fundamenta seus argumentos com base na obra de referência “Pena e Estrutura Social” (RUSCHE. KIRCHHEIMER, 1939, p. 100), diante da qual “os autores, após identificarem no sistema mercantilista produzido e elaborado pelo Iluminismo a funcionalidade do sistema carcerário para neutralizar os considerados indesejáveis, apontam sua virtude na regulamentação do mercado de trabalho nas sociedades

capitalistas e na contenção dos dissidentes políticos” (CARVALHO, 2013b, p. 80-81), constituindo um verdadeiro instrumento degradante do ser humano em razão da manutenção do sistema capitalista.

A segunda crítica é erigida sobre a incapacidade do *welfarismo* penal e do cárcere preservar minimamente os direitos humanos de seus perseguidos e condenados, além de não cumprir seu prometido intento ressocializador.

A partir de observações empíricas acerca do funcionamento do sistema punitivo, verificam-se “os efeitos deteriorantes e mortificadores da prisionalização, notadamente o da fixação de papéis que induzem desempenhos de acordo com estereótipos que ressignificam a identidade criminosa e retroalimentam a violência”, por meio da classificação dos delinquentes, da medição da periculosidade e do grau de ressocialização. (CARVALHO, 2013b, p. 81- 82)

Neste sentido, o delinquente seria categorizado diante das tipologias por meio de características “físicas e psíquicas, propensão do delito (periculosidade) e gravidade do crime cometido”. (CARVALHO, 2013b, p. 82) Essa individualização seria o primeiro passo para estabelecer a anamnese do criminoso, que por sua vez constitui – diante do modelo correcionista – diretriz central para sinalizar seu grau de periculosidade, que seria diagnosticado por meio de laudos e pareceres criminológicos.

Em síntese, “individualizado cientificamente segundo a sua patologia e definida a extensão da potência delitiva, a intervenção penal (meio) se projeta sobre o condenado (objeto) como terapêutica reconstrutora (fim)”. (CARVALHO, 2013b, p. 82) Contudo, o padrão das técnicas de classificação delinquencial possibilitou a personificação do “criminoso ideal” com base em conteúdos moralistas segregadores e racistas – rótulos e estigmas –, resgatando a perspectiva lombrosiana novamente à execução punitiva.

Partindo de uma perspectiva teórico-normativa, a classificação delinquencial deu ensejo ao chamado “Direito Penal do Autor” que, por sua vez, fomentou práticas inquisitórias com a redução progressiva do controle jurisdicional e das garantias processuais penais executórias, pois “os processos de criminalização e de punição não são direcionados às consequências de um fato previamente proibido como

lesão de um bem jurídico tutelado, mas são voltadas à conversão da identidade e ao julgamento moral do criminoso”. (CARVALHO, 2013b, p. 86-87)

Pode-se dizer, portanto, que na melhor das opções, este modelo penal funciona com base em uma legalidade atenuada, ou seja, fundamentado em tipificações elásticas e indeterminadas que possibilitam analogia *in malam partem*, e, na pior hipótese, dando espaço a doutrinas antiformalistas que constituiriam base teórica de ordenamentos penais totalitários. E, neste sentido, “a recorrência de juízos baseados em categorias abertas como periculosidade e personalidade delitiva amplia de forma superlativa os níveis de decisionismo judicial, situação que legitima práticas características de sistemas inquisitórios”. (CARVALHO, 2013b, p. 90)

Diante dos elevados números do encarceramento, bem como das violações aos direitos humanos, evidenciou-se a falibilidade das teorias justificantes da pena provenientes da primeira e segunda modernidade penal, que deram ensejo principalmente na academia, ao surgimento de tendências abolicionistas.

Como contrapartida à crise de legitimidade das penas, houve a necessidade de revitalização das grandes narrativas nos discursos contemporâneos de justificação da pena. Contudo, a constituição destes novos modelos se baseou na renovação ou readequação dos antigos, seguindo, portanto, o padrão e a tradição dos fundamentos iluministas já rechaçados.

Surge assim, em resposta ao exercício do poder punitivo ilimitado decorrente do correccionalismo penal, a teoria justificante da pena pelo justo merecimento, evidenciando a necessidade do estabelecimento de limites quantitativos e qualitativos do poder de punir por meio de “critérios precisos, homogêneos e equânimes de aplicação das sanções” com fundamento na censura ao dano causado. (CARVALHO, 2013b, p. 98)

Para tanto, o funcionamento do modelo neorretributivista fundamentou-se em mecanismos de orientação (*guidelines*) por meio da previsão legal de sanções a fim de reduzir a discricionariedade e possibilitar o controle da atividade jurisdicional, tornando a aplicação judicial (*senttencing*) da pena proporcional quantitativa (tempo) e qualitativamente (espécie) à gravidade do crime cometido e conforme a reprovabilidade da conduta. (CARVALHO, 2013b, p. 98-100)

Este sistema propõe que atividade punitiva se dê dentro dos parâmetros de legalidade, anterioridade, culpabilidade, proporcionalidade e, principalmente, tendo como fulcro principal um direito penal do fato e não do autor.

Entretanto, uma vez que este discurso jurídico penal mantém suas raízes firmadas no retributivismo, ainda que se busque a proporcionalidade da pena, a imposição do sofrimento dela decorrente novamente não tem qualquer finalidade utilitária, mas apenas a de reprovação do autor pela lesão causada.

Salo de Carvalho explica que a crise do correccionalismo deflagrou o cenário teórico de fragmentação decorrente da proliferação de discursos híbridos e o reposicionamento de perspectivas já desgastadas que, por sua vez, projetou a crise dos próprios paradigmas nas ciências criminais e abriu alas ao populismo punitivo com o consequente grande encarceramento. (CARVALHO, 2013b, p. 102)

Sobre o assunto, PAVARINI sustenta que “a nova penologia se desenvolve a partir da pulverização da cultura repressiva nas falas da população, difundida pelos meios de comunicação e incorporada por importantes teóricos da comunidade acadêmica”, ou seja, a edificação do punitivismo surge de uma cultura populista onde a pena se legitima a partir do senso comum. (PAVARINI, 2009, p. 264)

O novo discurso gerencialista inspirado nos regimes de tolerância zero foi gestado nos Estados Unidos, na década de 90, tendo como base normativa a institucionalização do *three-strikes*¹ nos regramentos penais norte-americanos que, prestigiando as instituições carcerárias, apelou à ideia de controle e gestão dos riscos sociais gerados por determinadas pessoas.

Segundo GARLAND, “uma das características desta nova penologia é que o discurso criminológico torna-se mais estatístico, mais atuarial, inclusive mais preocupado em agregar grupos e populações, reduzindo o interesse no indivíduo como caso clínico” (GARLAND, 2004, p. 55). Esta nova relação se fundamenta não mais por uma “patologia individual”, mas sim diante de uma lógica econômica

¹ “As *Three-Strikes Laws* foram adotadas nos Estados Unidos ao longo da década de 1990(...). Trata-se da transposição de uma conhecida regra do *baseball*: se a pessoa for condenada por três crimes graves receberá pena de prisão perpétua, sem possibilidade de liberdade condicional”. Contudo, em alguns estados, as três condenações passaram a ser sobre delitos graves ou não, o que resultou na aplicação da regra para delitos de pequeno potencial ofensivo, incluindo cheques sem fundos, furto de automóveis, produtos de lojas, cigarros e no mais extremo, furto de uma pizza. (CARVALHO, 2013b, p. 103)

estabelecida por um cálculo racional valorativo entre o ônus da pena e o bônus do crime.

Para esta corrente, o criminoso seria uma espécie de “consumidor oportunista”, cujo agir delitivo estaria pautado em um cálculo racional entre o bônus proveniente de sua conduta violadora da norma e o ônus da possibilidade da pena e, assim, “a alta probabilidade de prisão, em consequência, diminuiria as taxas de criminalidade”. (CARVALHO, 2013b, p. 105) E neste sentido, torna-se necessário identificar os potenciais infratores ou criminosos profissionais, pois são eminentemente “grupos de risco” e neutralizá-los.

Como corrente máxima desta lógica, JAKOBS propõe a intervenção de um direito penal bélico sobre aqueles que demonstrem uma periculosidade social, sendo – para ele – legítima a intervenção penal desde os atos preparatórios da conduta e até mesmo a supressão das garantias processuais do acusado. (JAKOBS, 2013)

Dentro desta lógica, “a política criminal é convertida em uma função instrumental de identificação dos riscos sociais; a pena é potencializada como ferramenta de neutralização ou eliminação de dissidentes” (CARVALHO, 2013b, p. 112) e, desta forma, a racionalidade punitiva do estado não encontra limites para a suposta eficiência repressiva.

Todos os discursos supracitados atuam em uma pretensa fundamentação e instrumentalização da resposta punitiva, constituindo o fundamento declarado da finalidade da pena que, por outro lado, diante da análise estatística e criminológica, são um fracasso notório considerando que a pena não inibe o crime, não restaura o direito ou a confiança no ordenamento jurídico e, tampouco reeduca ou ressocializa o “delinquente”.

A grande questão que se implica neste contexto, é de que a aparente incompatibilidade teórica das narrativas legitimantes e relegitimantes da pena frente a realidade social é sanada apenas pela utilidade política destes discursos ao atingir deliberadamente apenas uma classe de indesejáveis, pobres, miseráveis e de caráter incorrigível.

Desfaz-se, diante da incidência específica do controle penal, o mito de que o direito penal é um direito igualitário. A sua tendência é privilegiar os interesses das classes dominantes na proteção jurídica de bens específicos, imunizar o processo

de criminalização de comportamentos sociais típicos dos indivíduos pertencentes a tais classes e, finalmente, direcionar o processo de criminalização às formas de desvio de conduta típicas das classes subalternas.

Por tais razões é que a criminologia crítica sustenta que as promessas inatingíveis ditadas pelo Estado são as oficiais, enquanto que o discurso oculto que motiva a manutenção do cárcere é um sucesso implacável, como bem fundamenta BOZZA, referenciando FOUCAULT e RUSCHE e KIRCHHEIMER:

A prisão garante a existência das sociedades de classes e das desigualdades sociais. O objetivo oculto/real da prisão é manter as desigualdades sociais. Assim, pode-se dizer que o fracasso da prisão se limita aos seus objetivos aparentes, porque, em relação aos seus objetivos ocultos, ela é um sucesso, um retumbante êxito histórico, pois vem mantendo a desigualdade social, a exploração, a opressão da classe capitalista sobre os assalariados. (BOZZA, 2013, p. 156)

Nesta mesma vertente, bem acentua JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, ao declarar que “o fracasso histórico do sistema penal se limita aos *objetivos ideológicos aparentes*, porque os *objetivos reais ocultos* do sistema punitivo representam êxito histórico absoluto desse aparelho de reprodução do poder econômico e político da sociedade capitalista.” (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 128)

Assim, apesar de tudo, de toda a crítica ao aparato construído para justificar legalmente a pena, há de se enxergar que, socialmente, a pena privativa de liberdade ainda vigora como mero instrumento da contínua luta de classes.

1.3 Criminologia Radical

O trabalho desenvolvido pela criminologia crítica se estruturou principalmente rumo à análise do processo de criminalização, tendo-o como um dos maiores entraves teóricos e práticos das sociedades capitalistas por se tratar de instrumento que, diante da relação antagônica entre a classe dominante e a classe subalterna, torna-se garantidor da manutenção de interesses políticos e econômicos específicos da primeira (classe) em detrimento da outra. No que se refere a este constante conflito, Alessandro BARATTA explica que

Enquanto a classe dominante está interessada na contenção do desvio em limites que não prejudiquem a funcionalidade do sistema econômico-social e os próprios interesses e, por consequência, na manutenção da própria hegemonia no processo seletivo de definição e perseguição da criminalidade, as classes subalternas, ao contrário, estão interessadas em uma luta radical contra os comportamentos socialmente negativos, isto é, na superação das condições próprias do sistema socioeconômico capitalista. (BARATTA, 2013, p. 198)

Isso se explica, pois “o paradigma etiológico que cultiva o mito da conexão causal é superado, já que a criminalidade não é ontológica, mas atribuída por um processo de dupla seleção: dos bens protegidos e dos comportamentos dos indivíduos entre todos os que realizam infrações”. (MALAGUTI BATISTA, 2011, p. 89)

Além desta seletividade apontada por Vera MALAGUTI BATISTA, no que se refere aos bens jurídicos cuja proteção incumbe ao sistema penal perseguir e executar e, por outro lado, a seleção do comportamento dos indivíduos, a criminologia radical aprofunda suas análises sobre a seleção da massa sobre a qual é direcionada a atuação do poder punitivo, que se dá primeiramente no momento da definição legal do que constitui ou não uma conduta delitiva.

Ou seja, o crime constitui fato complexo e qualificado, não sendo por si, mas sendo porque assim foi definido. É em razão disto que a criminologia radical, apontada por Juarez CIRINO DOS SANTOS sustenta que “o crime é o que a lei, ou a justiça criminal, determina como crime, excluindo comportamentos não definidos legalmente como crimes, por mais danosos que sejam, ou comportamentos que, apesar de definidos como crimes, não são processados nem reprimidos pela justiça criminal”. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 11)

Esta premissa se dá como resultado do que a corrente declara se tratar de uma criminalização primária, em que a previsão legislativa penal é direcionada principalmente aos delitos patrimoniais próprios da classe média e baixa, demonstrando, em um segundo ponto, no que concerne à criminalização secundária que a realidade convencional é constituída por diversos delitos que sequer são denunciados, investigados, processados e condenados, tais como “a fixação monopolista de preços, evasão de impostos, corrupção governamental, poluição do meio ambiente, fraudes ao consumidor, e todas as formas de abuso de poder

econômico e político, que não aparecem nas estatísticas criminais”. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 11) Até porque a grande maioria deles se dá às escuras e/ou passam impunes por conveniência do poder político e econômico.

Neste sentido, o rol de delitos seria estabelecido diante de um processo legislativo que afirma constituir uma norma penal abstrata e de alcance (im)parcial a uma sociedade (nada) igualitária. Na realidade, pelo contrário, trata-se de uma gama de delitos marginais positivados, definidos por uma elite que busca proteger seus bens e interesses por meio da manutenção do sistema penal estratificado. Pode-se dizer, portanto, que

a produção de normas penais promove uma simultânea seleção de tipos legais e de indivíduos estigmatizáveis: a estrutura de interesses protegidos (elites de poder econômico e político) e as condutas ofensivas desses interesses pré-selecionam os sujeitos estigmatizáveis. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 45)

Em outras palavras, é correto afirmar que a criminalidade constitui “um bem negativo, distribuído desigualmente conforme a hierarquia de interesses fixada no sistema socioeconômico, conforme a desigualdade social”, (BARATTA, 2013) que se comprova diante das estatísticas indicativas de que além de mais de 80% dos delitos perseguidos, são crimes contra o patrimônio, de modo que

nos países de capitalismo avançado, a grande maioria da população carcerária é de extração proletária, em particular, de setores do subproletariado e, portanto, das zonas sociais já socialmente marginalizadas como exército de reserva pelo sistema de produção capitalista. (BARATTA, 2013, p. 198)

Resultado prático é que o direito penal se destina, desde a origem de sua existência, à proteção dos interesses político-econômicos dos poderosos, dos proprietários, donos de meios de produção, da classe que “não comete crimes”. Esses, sim, recebem proteção estatal e “merecem” estar protegidos dos subalternos que possam vir a delinquir contra o seu patrimônio e em desfavor dos seus privilégios.

O que significa dizer, como aponta Juarez CIRINO DOS SANTOS, ao citar CHAMBLISS e LYRA FILHO, que diferentemente da abordagem crítica criminológica,

a questão aparentemente neutra e incontroversa da definição legal de crime – ou da atuação da justiça criminal indicaria, nas estatísticas criminais -, como base do trabalho teórico da criminologia tradicional, um conteúdo ideológico nítido, que condiciona e deforma toda a teoria e pesquisa, reduzida à descoberta das causas do comportamento criminoso. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 11)

Este desfalque nos índices de criminalidade é causado pelo que a doutrina aponta como *cifra negra* do crime, que constitui a diferença entre a demanda delitiva que vem a conhecimento oficial da justiça criminal – por investigação, processo ou condenação criminal – e a realidade de crimes que ocorrem, às escuras, sem sequer denúncia às vezes; bem como pela *cifra dourada*, que reflete a criminalidade do ‘colarinho branco’ que é cometida em prejuízo da coletividade e dos cidadãos e em proveito das oligarquias econômico-financeiras. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 13) E, por estas razões, o crime se torna conceito oscilante diante da sociedade que se apresenta, configurando-se apenas diante da incidência seletiva de investigações e condenações criminais, e não como reflexo de uma realidade criminal.

Tal fenômeno denuncia o mito do direito penal igualitário, demonstrando que sua consequência política criminal apresenta uma dupla função ideológica, na qual

a *proteção geral* de bens e interesses existe, realmente, como *proteção parcial*, que privilegia os interesses estruturais das classes dominantes; a *igualdade legal*, no sentido de igual posição em face da lei, ou de iguais chances de criminalização, existe, realmente, como *desigualdade penal*: os processos de criminalização dependem da posição social do autor e independem da gravidade do crime ou do dano social (BARATTA, 1978, p. 10)

Demonstra-se, assim, o caráter fragmentário do direito penal, caracterizado pela incidência específica das normas incriminadoras sobre determinadas condutas, que disfarça uma proteção majoritária de interesses de classes e grupos sociais detentoras do poder econômico e político, normas estas que variam desde a sua tipificação até as variações de natureza – multa, detenção e reclusão – e intensidade – tempo.

Diante desta estrutura estratificada e desigual, a corrente da criminologia radical evidencia que “a lei se destina à proteção dos interesses dos poderosos,

enquanto a política e a prisão são garantias violentas de uma ordem social injusta”, reproduzindo a realidade e aprofundando a desigualdade. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 28)

Assim sendo, historicamente, pode-se verificar que enquanto no século XV, em que a mão de obra era abundante, o sistema penal direcionava-se contra as massas empobrecidas, por meio de execuções físicas, mutilações e açoitamentos, diante do mercantilismo, a mão de obra passa a ser engrenagem de funcionamento da prisão, transformando os métodos punitivos.

O sistema punitivo refletia tanto as necessidades do mercado, que neste período foram constituídos crimes de vadiagem e duas penas fundamentais foram reinventadas neste momento histórico, quais sejam, o de galés, que constitui remar a força nas grandes explorações mercantis, e o de degredo, que nada mais é do que povoar as terras.

As casas de correção que surgiram no século XVII e começaram a ser lucrativas no intento de adestrar trabalhadores desqualificados sem custo de mão de obra praticamente, constituindo-se assim, a perspectiva que se tem de prisão moderna. Como observado nas discussões legitimantes da pena, o pensamento jurídico liberal buscou impor uma proporcionalidade entre o delito e a pena, enquanto que o utilitarismo econômico direcionou seus argumentos jurídico penais à proteção de bens jurídicos tutelados, em especial a propriedade, pois se trata de interesses da burguesia.

A Revolução Industrial transformou a base do sistema em razão da fase de acumulação de capital, pois tendo como premissa a necessidade intensa de mão e obra e a miséria da classe trabalhadora, o capitalismo gera um exército industrial reserva, em razão do qual o próprio mercado se encarrega da opressão que possibilita o surgimento da indústria e da expansão da mais-valia.

Já no século XX, o trabalho na prisão perderia seu valor econômico, o que influenciou o Estado a atuar por outros mecanismos como técnicas de vigilância, controle informal, liberdades condicionadas, dentre outras. A ampliação do poder punitivo foi analisada por Foucault, ao desvendar a microfísica do poder, ou seja, desmitificar o poder exercido como estratégia nas instituições disciplinares.

Como bem analisa Vera MALAGUTI BATISTA, para FOUCAULT, a ideia de defesa da sociedade estaria pautada nas “disciplinas como fórmulas gerais de dominação presentes no controle formal e também no informal”, demandando “métodos de controle minucioso das operações do corpo: é o conceito de *mais-valia*”, que vai fundar o biopoder. (MALAGUTI BATISTA, 2011, p. 95)

Muito embora tenham sido construídos vários discursos que buscaram justificar o cárcere no decorrer dos contextos históricos, torna-se possível afirmar que a razão que o fundamenta efetivamente é apenas uma: a separação de classes. Em virtude disto, a doutrina crítica aponta que “a política criminal é convertida em uma função instrumental de identificação dos *riscos sociais*; a pena é potencializada como ferramenta de neutralização ou eliminação dos dissidentes”. (CARVALHO, 2013, p. 112)

O controle social seletivo de classe que exerce a prisão denota a existência de discursos oficiais, apresentados como narrativas legitimantes e relegitimantes do cárcere enquanto que, por outro lado, esconde um discurso oculto, que se firma na história das penas desde o surgimento das relações mercantilistas e do sistema capitalista, pois é o cárcere fruto e garantidor destes.

Isso se dá, pois como bem fundamenta Juarez CIRINO DOS SANTOS,

A burguesia e classe trabalhadora são as forças históricas que definem os polos dialéticos da controvérsia teórica sobre o conceito de crime, uma questão científica decidida nas lutas sociais pela hegemonia ideológica e política da formação sócio econômica capitalista. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 49)

Neste sentido, Juarez CIRINO DOS SANTOS afirma que o objetivo oculto do cárcere seria instituir uma ameaça constante contra as classes sociais, objeto de exploração econômica e de dominação política, perpetuando o terror e a cultura do medo. Ele esclarece que:

Esse objetivo é disfarçado pelas ‘mistificações positivistas’ do tratamento penitenciário, da reabilitação pessoal ou da ressocialização, pseudo-cientificismo que esconde o rigor punitivo e, de fato, aumenta o castigo, mediante técnicas de isolamento, privação sensorial ou administração de drogas psicotrópicas. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 28-29)

É por tal razão que o sistema carcerário é o mote sobre o qual se desenvolvem as críticas radicais ao sistema de justiça criminal, diante de sua dupla reprodução de desigualdades das relações sociais típicas do sistema capitalista. Primeiramente, pela garantia da separação dos trabalhadores dos meios de reprodução e, em segundo plano, em virtude da manutenção e reprodução de uma massa estigmatizada socialmente. Estes últimos, por sua vez, formam um exército industrial de reserva, “qualificado negativamente em dois sentidos: pela posição estrutural de marginalizado social (fora do mercado de trabalho) e pela imposição superestrutural de sanções estigmatizantes (dentro do sistema penal)”. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 46)

Na medida em que o preço a ser pago para manutenção do aparato penal não é baixo, e que ele não serve para melhorar as pessoas, e na medida em que todos esses custos são caros para o Estado — e ele arca com eles sem mudar de estratégia, com o aval do senso comum da sociedade —, é porque a prisão seria — ao menos sob o ponto de vista do discurso punitivista — aparentemente funcional em algum sentido; e o sentido é que, sopesando todo o custo econômico e humano da prisão, ela, no final das contas cumpre com o seu objetivo-mor: a pena de prisão se tornou um elemento fundamental na credulidade da opinião pública em seus efeitos, encaixa-se devidamente nas instituições estabelecidas e nas tradições sociais, que apregoam a liberdade ao mesmo tempo em que valorizam a segurança (liberdade mitigada pelo amor à vigilância).

Em síntese, os custos são altos e, portanto, a pena não seria exitosa nem funcional — seria, no exato sentido do termo, disfuncional. Mas não se pode olvidar o objetivo de segregação. Ainda que não costumeiramente expressa no discurso penal oficial, a pena cumpre com a *neutralização* do indivíduo. Assim, como assinala Vera MALAGUTI BATISTA, “o aparente fracasso dos sonhos corretivos penitenciários esconde seu principal objetivo: a organização das transgressões das leis numa tática geral de sujeições”, diante da qual “a justiça criminal e o poder punitivo se transformam em um instrumento para o controle diferencial para as ilegalidades populares”. (MALAGUTI BATISTA, 2011, p. 96)

Ou seja, é possível verificar que os discursos oficiais quando minuciosamente analisados camuflam interesses ocultos, manobras políticas e

econômicas, teorizações jurídicas e ‘histórias inverídicas’, contadas pelos vencedores e, neste sentido, buscar-se-á constatar as incongruências.

Pode-se dizer que dentre os movimentos realizados, dois deles tornaram-se fundamentais, quais sejam “o deslocamento do autor para as condições objetivas, estruturais e funcionais, e o segundo, o deslocamento das causas para os mecanismos de construção da realidade social”. (MALAGUTI BATISTA, 2011, p. 89) Assim, o crime passou a ser visto não como uma patologia individual, mas como fruto das condições sociais, econômicas, culturais e da aprendizagem.

Neste sentido, a criminologia radical debruçou-se especificamente sobre o cárcere, compreendendo-o como instrumento principal do sistema penal que sustenta e mantém a reprodução das desigualdades sociais, garantindo a separação da classe trabalhadora e daquela que detém os meios de produção. Além do que, reproduz o setor de estigmatizados sociais ao recrutar um exército industrial de reserva qualificado negativamente em razão da posição de marginalizado – quando fora do mercado de trabalho – ou pela imposição das sanções penais – engolido pelo sistema penal. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 46)

Apenas uma análise radical dos mecanismos e das reais funções do sistema de (in) justiça criminal, na sociedade capitalista pode possibilitar uma política criminal das classes atualmente subordinadas.

2 CONCEITOS E LIMITES DA RESSOCIALIZAÇÃO

A ressocialização constitui o fundamento principal do modelo de prevenção especial positiva, que surgiu em meados do século XX e, teoricamente, perdurou até o final da década de 1970 (CARVALHO, 2013, p. 75). Por mais que o discurso jurídico-penal já tenha sido redesenhado para manter-se vigente na sustentação do sistema penal, a crença nas promessas deste discurso jurídico-penal é uma das razões pelas quais o cárcere ainda se mantém incólume.

Se o objetivo do direito penal é manter sob controle os índices de criminalidade, isolando e “reabilitando” o sujeito encarcerado, — o que por si já é um contrassenso — é certo afirmar que o discurso não se sustenta frente às estatísticas de reabilitação e de reincidência.

Assim sendo, o presente capítulo analisará os principais pontos trabalhados por Eugenio Raúl ZAFFARONI ao demonstrar a completa perda da racionalidade dos discursos justificantes do sistema penal, em especial da pena de prisão e, por conseguinte, da sua legitimidade. Esse autor sugere que a colisão entre os discursos político-jurídicos penais justifica o cárcere frente às análises criminológicas críticas que os denunciam como falidos com base em dados reais de violência, tortura, crueldade, sofrimento, estigmatização, seletividade estrutural, etc.

Tendo os fundamentos supracitados como parâmetro, será realizada uma análise dos dados carcerários brasileiros, apontando a completa impossibilidade de se atingir os fins prometidos pelos discursos oficiais. Ainda neste ponto, cabe tecer uma breve análise a respeito da ADPF 347 MC/DF de 2015, que declarou estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental no que se refere ao sistema carcerário.

2.1 A busca pelas penas perdidas

Estudando mais a fundo os discursos jurídico-penais que buscam legitimar teoricamente a existência e manutenção do cárcere, especificamente na América Latina, ZAFFARONI propôs a deslegitimação da pena de prisão. Para ele,

esta função – deslegitimante – decorre dos próprios fatos que permeiam a aplicação da pena privativa de liberdade, quais sejam a crueldade, a tortura, o sofrimento, a morte e a dose de violência do aprisionamento periférico, que é quantitativa e qualitativamente diferenciada, como condição histórica concreta da formação social e econômica.

Neste sentido, pode-se dizer que seu trabalho se desenvolve sobre a perspectiva de que

na América Latina a deslegitimação da prisão é fática, ou seja, advém dos próprios fatos, e o fato empírico mais deslegitimante das prisões latino-americanas, incluindo a prisão brasileira, é a crueldade, a tortura e a morte e a dose de violência do aprisionamento periférico é quantitativamente maior e qualitativamente diferenciada em relação ao centro capitalista, o que tem a ver com as condições históricas concretas da nossa formação social e econômica. (ANDRADE, 2016, p. 790)

Ou seja, a incidência desta fúria punitiva recai diferenciadamente sobre a marginalidade social, constituindo o que ZAFFARONI chama de realismo jurídico penal marginal, além de todas as violações a dignidade da pessoa humana, as condições minimamente dignas de existência para o detento, todo sofrimento a ele infligido e que atinge também a sua família e a sociedade como um todo;

Isso se dá, pois por um lado o discurso jurídico penal busca justificar-se sob o manto da segurança pública, tendo como argumentos já desgastados o da repressão, prevenção, neutralização; por outro lado, o exercício do poder prisional de todos os sistemas penais está fundamentado estruturalmente na seletividade, reprodução da violência – que causa mais mortes do que a totalidade dos homicídios dolosos–, na elevada gama de condutas lesivas, corrupção institucionalizada, concentração do poder, verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias.

Neste sentido ele sustenta que a realidade dos sistemas penais latino-americanos “jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais”. (ZAFFARONI, 2017, p. 15)

Diante desta evidente quebra de racionalidade, é que se sustenta a perda da legitimidade do exercício do poder punitivo por meio de seus órgãos no que se refere ao cárcere. Ademais, deve-se considerar que a ausência de legitimidade

decorrente de um discurso vazio, que não pode ser suprida pela legalidade almejada por meio de normas penais cada vez mais rígidas, amplas e abstratas.

Fica, portanto, a cargo do poder legislativo estabelecer “enormes esferas de exercício arbitrário do poder de sequestro e estigmatização, de inspeção, controle, buscas irregulares”. Os órgãos executores, por sua vez, agirão no sentido de selecionar os sujeitos sobre os quais tais normas incidem, que serão por fim, julgados e condenados judicialmente. Por tais razões,

o verdadeiro e real poder do sistema penal não é o poder repressor que tem a mediação do órgão judicial. O poder não é mera repressão (...); pelo contrário, seu exercício mais importante é positivo, configurador, sendo a repressão punitiva apenas um limite ao exercício do poder. (ZAFFARONI, 2017, p. 22)

Desta forma, verifica-se que é o exercício do poder de cada um destes órgãos (legislativo, executores e judiciário) que viabiliza a seletividade estrutural do sistema penal e seu funcionamento perfeito a fim de garantir desta forma a estabilidade econômica do sistema vigente.

A fundamentação teórica que sustentou a deslegitimação dos sistemas penais e o desprestígio desenvolvido em relação aos discursos jurídicos-penais é resultado de um longo processo de revelação de dados reais que desmistificaram as ficções e metáforas constituídas no sentido de uma sociedade organicista.

Tendo como pano de fundo o materialismo histórico, as correntes críticas da criminologia assumiram importante papel para deslegitimar o sistema penal, demonstrando o invariável exercício do poder punitivo no sentido de manutenção das posições das classes sociais e do atual sistema econômico.

Neste sentido, apresenta-se a polêmica formulada por PACHUKANIS ao definir o direito como “uma forma capitalista” burguesa e, por conseguinte, desqualificar a autoridade do direito jurídico em face do proletariado. Para o jurista soviético, o direito penal não pode e não deve ser entendido como apenas uma construção racional, uma vez que é fruto mistificado “de regras técnicas sociais”. Neste sentido, ele mesmo sustenta:

A jurisdição criminal do Estado burguês é o terror de classe organizado que apenas em certo grau diferencia-se das assim chamadas medidas excepcionais aplicadas no momento da guerra civil (...). Assim as chamadas

teorias do direito penal, que deduzem os princípios da política penal dos interesses da sociedade como um todo, estão praticando, consciente ou inconscientemente, uma deformação da realidade (...). Qualquer sistema historicamente dado de políticas punitivas traz impresso em si os interesses de classe daquela classe que o realizou. (PACHUKANIS, 2017, p. 172)

Para ele, os dados reais que demonstram uma considerável verticalização social são decorrentes de uma luta armada pela concentração de poder. (ZAFFARONI, 2017, p. 54) Esta relação incide-se diretamente no sistema penal, tornando a pena uma medida capitalista de manutenção do poder nas mãos de uma classe específica, em detrimento de outra, sob a qual incidem verticalmente as medidas punitivas.

Já a teoria crítica da sociedade proveniente da Escola de Frankfurt teve como precursora a obra de RUSSELL e KIRCHHEIMER a qual sustentava que “os castigos variam segundo o sistema de produção a que correspondem: que recaem sobre os pobres, reduzindo mais ainda suas já miseráveis condições de subsistência”. (ZAFFARONI, 2017, p. 56)

Cuida-se, ainda, de demonstrar que a eficácia intimidante dos castigos depende da situação do mercado, ou seja, “à abundância de oferta corresponderia maior crueldade nos castigos, pois em caso de diminuição de oferta, operar-se-ia um maior aproveitamento da mão de obra inclusive prisional”. (ZAFFARONI, 2017, p. 56) O que indica que a respeito do discurso jurídico penal, a pretendida função manifesta da prisão e da pena, são falsas, pois na realidade, estão voltadas à manutenção do sistema de produção a partir da exploração do proletariado, mantendo-o em sua miserabilidade e dependência do sistema.

Apontando a crise do direito penal como um sinal da crise do próprio capitalismo, uma vez que os discursos jurídico-penais são o “desenvolvimento e a forma como atua a sociedade capitalista”, QUINNEY indica “a existência de uma política econômica do direito penal com custos astronômicos que recaem sobre a população excedente” (ZAFFARONI, 2017, p. 57) indicando, por sua vez, a verticalização do poder punitivo. Ademais, diante de sua compreensão, o fim do sistema penal apenas se tornaria possível com o fim do capitalismo, em razão da crise de legitimidade de seu poder.

A deslegitimação do sistema penal é também apontada por Alessandro BARATTA ao reclamar uma ciência que vá além da mera descrição da desigualdade

jurídica no campo penal, mas que compreenda a função penal como reprodutora das relações sociais que geram a desigualdade, partindo da premissa de que estas relações não se baseiam apenas na distribuição desigual de bens e valores, mas nas próprias relações de produção.

Assim, os detentores de propriedades e dos meios de produção garantem a proteção de seus bens e sua posição político-econômica graças ao sistema penal, mantendo os pobres e despossuídos em seus miseráveis lugares à marginalidade social.

Para ZAFFARONI, a função deslegitimante mais importante e irreversível do discurso jurídico-penal é realizada pelo interacionismo simbólico, cuja tese central define-se em razão de que tornamo-nos aquilo que os outros veem em nós, de maneira que a prisão cumpre, portanto, uma função reprodutora: “a pessoa rotulada como delinquente assume, finalmente, o papel que lhe é consignado”. (ZAFFARONI, 2017, p. 60) Assim sendo, as investigações interacionistas e fenomenológicas evidenciaram uma criminologia etiológica diante da qual a estigmatização que recai sobre o sujeito objeto do exercício do poder punitivo torna-o também objeto do processo de produção e reprodução do delinquente com base na teoria da rotulação.

Neste ínterim, faz-se essencial para análise de ZAFFARONI a contribuição de FOUCAULT erigida sobre a crítica do saber e sua íntima vinculação com o poder. Esta relação, transformada pela revolução mercantil, sustenta que “a verdade passa a ser estabelecida pelo poder de um terceiro ‘acima’ das partes” e, considerando o delito um dano ao soberano, surgem as denominadas “instituições de sequestro”, quais sejam a prisão, o asilo, o manicômio, o hospital, a escola.

Na medida em que cada uma dessas instituições gera seu próprio saber, é este saber que dá amparo ao seu “micropoder”. Esta relação é o que possibilita que as instituições de sequestro exerçam suas funções militarizantes e verticalizantes, não havendo distinção entre o que seja ‘infra’ ou ‘superestatal’, ou seja, sem um controle efetivo, sem um limite real.

Finalmente a corrente que mais se aproximou do realismo marginal de ZAFFARONI partiu do descrédito das teorias do desenvolvimento que prometiam a extensão do progresso capitalista e bem-estar às regiões marginais frente ao não cumprimento de suas promessas e, pelo contrário, detendo-se bruscamente o

crescimento econômico e caído o produto bruto em relação a estas regiões. Frente a esta realidade, se fundamentou a teoria do paradigma da dependência, por meio da qual se sustenta que os fenômenos não são análogos aos centrais, mas, sim, deles derivados.

Em outras palavras, em virtude dos problemas estruturais – e não meramente conjunturais – demonstrados no desenvolvimento social, é possível constatar que

o capitalismo central parece ser ‘centrípeto’, acentuando-se cada vez mais, por um lado, a distância tecnológica entre o centro e as regiões marginais e, por outro, o contraste entre o esbanjamento de nossas classes médias e o endividamento de toda a região entre a desproteção da produção nacional” (ZAFFARONI, 2017, p. 64)

É dentro desta perspectiva que ZAFFARONI indica que o controle social exercido na região latino-americana - como resultado da transculturação promovida primeiramente pela revolução mercantil, pela revolução industrial e pela revolução tecnocientífica - representa uma dominação e exploração ilimitada que imputa seus efeitos especialmente sobre a região marginal em decorrência de sua condição de subdesenvolvimento, mantendo, assim, sua respectiva inferioridade.

Em que pese as fundamentações deslegitimantes apresentadas em relação aos argumentos tradicionais de repressão e prevenção, o sistema penal se mantém operante com fundamento no discurso jurídico-penal relegitimante sistêmico, que não se diferencia, em sua essência, da concepção organicista.

Dentro da concepção sistêmica, “o discurso jurídico penal seria o regulador do ‘contrato social’ frente às condutas ‘desviadas’, impondo-se autoritariamente de maneira que

a pena deixa de perseguir fins preventivo-gerais (admite-se que não evita que outros cometam delitos, mas isso não interessa), nem especiais (também se admite que não evita que o autor cometa novos delitos, e tampouco isso importa) tendo apenas o objetivo de garantir o consenso, isto é, de contribuir para o equilíbrio do sistema. (ZAFFARONI, 2017, p. 86-87)

Verifica-se, nestes termos, que o discurso sistêmico admite a falsidade do discurso tradicional em face dos dados reais deslegitimantes do exercício do poder punitivo, entretanto, expõe como necessário, ou seja, “dos males o menor” que

assim seja por ser funcional para a manutenção do “sistema social”. (ZAFFARONI, 2017, p. 87)

Contudo, é importante ressaltar que o sistema penal deve ser analisado a partir da perspectiva da realidade de sua destrutividade em ação e potência, uma vez que

a história das penas é mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos. Isso se for levando em consideração que o delito costuma ser uma violência ocasional, às vezes impulsiva ou necessária, enquanto que a violência imposta pelas penas é programada, consciente, organizada, por muitos, pelo Estado, pela estrutura, contra um. (FERRAJOLI, 2014, p. 355)

E, portanto, assumir que a prisão não cumpre a função erigida por seu discurso oficial de existência é admitir o seu efetivo fracasso — deslegitimado — é reconhecer sua crise irreversível e estabelecer como meta inadiável a necessidade da busca por uma nova resposta à criminalidade.

Afinal, o sistema penal “deve ser lido não como arma de ataque, e sim como conjunto de garantias, pensando principalmente na parte mais fraca das relações processuais penais, que é o réu”. (DIMOULIS, 2016, p. 9.) Não deve ser, portanto, utilizado como arma para o fortalecimento do poder repressivo, mas sim, como conjunto de procedimentos e garantias de direitos fundamentais de todas as pessoas.

2.2 Sentido e Alcance da Ressocialização no Brasil

Na perspectiva do discurso jurídico-penal que justifica e fundamenta o sistema penal e a aplicação de suas penas, dentre elas a sua principal, qual seja a pena de prisão, perpassamos por fundamentos de teses retributivas, repressivas, preventivas (gerais e especiais) e por fim, buscando relegitimar o sistema, neutralizantes.

Contudo, ainda que seja amplamente disseminado que a pena de prisão busca repreender, reeducar, ressocializar, consertar, neutralizar, ou seja, tornar dócil e submetido ao trabalho o delinquente para retornar à convivência em sociedade,

sabe-se que tais intentos não passam de paradigmas fictícios do discurso jurídico-penal autoritário, completamente alienado da vida real.

Para demonstrar a falibilidade do sistema prisional brasileiro e a inocorrência de qualquer ressocialização, basta que vejamos a perspectiva do encarceramento que foi levantada pelo Departamento Penitenciário Nacional, diante do qual a população prisional brasileira aumentou oito vezes entre 1990 e 2016, conforme o Gráfico 1 a seguir:

Gráfico 1. Expansão da população prisional brasileira (números absolutos em milhares, 1990-2016)



(Fonte: INFOPEN, 2016, p. 9)

Em que pese o aumento exponencial do número de encarcerados até o final de 2016 ter atingido a terceira posição dos países com maior população prisional mundial, contando com 726 mil pessoas, a capacidade do sistema prisional, por sua vez era de 367.217 vagas em todo o país, o que corresponde a um déficit de 359.058 vagas. (INFOPEN, 2016, p. 20-21)

A grande questão é que, ainda que o encarceramento em massa tenha superlotado os presídios brasileiros, não houve redução dos índices de violência, mas sim o seu aumento, ou seja, não houve qualquer impacto positivo no sentido de ressocialização, pois

o modelo de encarceramento que praticamos, infelizmente, alimenta um ciclo de violências que se projeta para toda a sociedade, reforçado por uma ambiência degradante em estabelecimentos que pouco ou minimamente estimulam qualquer proposta de transformação daqueles que ali estão. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017)

Ainda que a prisão reforce a criminalidade pela convivência com outros agentes, ou que sua violência institucional intramuros, física e psicológica, tenha efeitos devastadores com profundezas desconhecidas do grande público, seu fracasso por um lado é, por outro, um êxito, no sentido de poder retribuir, incapacitar e excluir criminosos como sendo algo “socialmente justo” – pela perspectiva sistêmica e punitiva.

Neste sentido a perspectiva crítica se posiciona ao identificar a ineficácia dos princípios e discursos jurídico-penais da ideologia punitiva – de correção, trabalho, educação penitenciária, modulação da pena, controle técnico da correção, etc. – declarando que a prisão “não reduz a criminalidade, provoca a reincidência, fabrica delinquentes e favorece a organização de criminosos”; de modo que “o ‘poder penitenciário’ se caracteriza por uma ‘eficácia invertida’, através da produção da reincidência criminal, e pelo ‘isomorfismo reformista’, com a reproposição do mesmo projeto fracassado em cada constatação histórica do seu fracasso”. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 81)

Em 2015, as mazelas do sistema carcerário brasileiro tornaram-se parte da pauta de análise pelo Supremo Tribunal Federal na qual, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347), se discutiu a configuração do “estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental”.

O estado de coisas inconstitucional² se fundamentou na “violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades”. (STF, 2015) Ademais, foi objeto de análise também para sanar as lesões sofridas pelos presos – seja por ação ou omissão estatal – a adoção de medidas e providências estruturais.

Em síntese, o Partido Socialista e Liberdade (PSOL) fundamentou seu requerimento em razão da superlotação dos presídios e das condições degradantes

² O ‘estado de coisas inconstitucional’ pode ser compreendido como uma técnica ou mecanismo jurídico por meio do qual a Corte Constitucional reconhece e declara um “quadro insuportável de violação de direitos fundamentais, decorrentes de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar sua situação inconstitucional”. (CAMPOS, 2015)

do sistema prisional, que tornam as prisões “verdadeiros infernos dantescos”, chamando a atenção da Corte para

Celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violação sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho. (PEREIRA, 2017)

Da análise do instrumento, o relator, após terem sido verificadas as preliminares e entendida como cabível a ação, entendeu que de fato, ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no que se refere à dignidade, higidez física e integridade psíquica em decorrência das condições do sistema prisional brasileiro. Neste sentido, teriam sido transgredidos diversos dispositivos constitucionais como o art. 1º, inc. III, art. 5º, inc. III, XLII, XLVIII, LXXIV e art. 6º; normas internacionais de proteção aos direitos dos presos, dentre elas o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos e; ainda, normas infraconstitucionais como a Lei de Execuções Penais e a Lei Complementar nº 79/1994, que criou a FUNPEN. (STF, 2015)

A medida liminar³ foi deferida parcialmente, em um primeiro momento, para determinar que decretações ou manutenções de prisão provisórias deveriam ser

³Postulava-se o deferimento de liminar para que fosse determinado aos juízes e tribunais: a) que lançassem, em casos de decretação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não se aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319 do CPP; b) que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizassem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão; c) que considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) que estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) que viessem a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; e f) que se abatesse da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal. Requeria-se, finalmente, que fosse determinado: g) ao CNJ que

motivadas expressamente; que as audiências de custódia fossem realizadas em até 90 dias; que fosse viabilizado o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas, a partir da prisão; que a situação carcerária dramática fosse levada em consideração no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o curso do processo de execução penal; que fossem estabelecidas, sempre que possível, penas alternativas à prisão, pois o cumprimento desta tem estado em condições muito mais severas do que as admitidas pelo ordenamento jurídico pátrio; que o Conselho Nacional de Justiça coordenasse mutirões carcerários a fim de viabilizar a imediata revisão de todos os processos de execução penal que estivessem em curso no Brasil e que se tratassem de pena privativa de liberdade. (STF, 2015)

Contudo, muito embora se tenha comparado as prisões brasileiras às “masmorras medievais” e admitido que “a circunstância de a reclusão” vem sendo “sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo”, pois tem se apresentado como cruéis e degradantes, foi “indeferido o pedido de abrandamento dos requisitos temporais e abatimento do tempo de prisão em razão de condições desumanas do sistema carcerário”, sob o frágil argumento de que “a disciplina legal a respeito dessa questão não poderia ser flexibilizada em abstrato”. (STF, 2015) E, posteriormente, diversos outros pedidos de extrema relevância foram indeferidos, rejeitados e julgados como prejudicados.⁴

Não sendo mais possível sustentar o fictício discurso de que a prisão exerce na sociedade a função de ressocializar e reeducar àquele que delinuiu, o Supremo Tribunal Federal muito embora tenha “lavado suas mãos” no que se refere a algumas das medidas que poderia ter deferido, declarou que

Os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentariam o aumento da criminalidade, pois transformariam pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública estaria nas altas taxas de reincidência. E o reincidente passaria a cometer crimes ainda mais graves. Consignou

coordenasse mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no País, que envolvessem a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”; e h) à União que liberasse as verbas do Fundo Penitenciário Nacional – Funpen, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.” — v. Informativos 796 e 797. (ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015)

⁴ O Colegiado deferiu o item “b” e “h”; indeferiu os itens “a”, “c”, “d” e “e”; rejeitou o pedido da alínea “f”; julgou o pleito prejudicado em relação à alínea “g”. (vide ref. 9)

que a situação seria assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social. (STF, 2015)

Registrou, ainda, que os três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – em todas as esferas são responsáveis pela situação atual, de modo que há problemas de formulação e implementação de políticas públicas, bem como de interpretação e aplicação da lei penal. Ademais, teria também como responsável a coordenação institucional no que tange à falta de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias que ocasionam a iminente falha estrutural ofensa aos direitos humanos e fundamentais, bem como perpetuação e agravamento destas violações.

No que se refere à atuação do poder público em relação a políticas criminais adotadas no Brasil, como bem fundamenta Juarez CIRINO DOS SANTOS, infelizmente, não se leva em consideração programas oficiais como políticas públicas de emprego, salário digno, escolarização, moradia, saúde, dentre outros, capazes de alterar ou reduzir as condições adversas da população marginalizada- definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade. Assim, o que deveria ser política criminal do Estado se dá, na prática, como simples política penal legislativa fundamentada basicamente na “definição de crimes, [na] aplicação de penas e [na] execução penal, como níveis sucessivos da política penal do Estado, que representam a única resposta oficial para a questão criminal”. (CIRINO DOS SANTOS, 2007, p. 453)

Aparentemente a Corte deu dois passos à frente e três para trás, haja vista reconhecer que as condições prisionais são precárias, que o tratamento das pessoas que estão sob a custódia do estado é degradante, ultrajante e indigno, que lhes são negados quaisquer direitos à existência mínima segura e salubre; Por outro lado, contrariamente às argumentações expostas, negou-se a considerar que o tempo na prisão nestas condições é punição que extrapola a razoabilidade da pena, tornando-a inconstitucional.

O Conselho Nacional do Ministério Público, por sua vez, emitiu relatórios anuais sobre capacidade e ocupação do cárcere por meio do “Sistema Prisional em Números”, diante dos quais temos as perspectivas abaixo (Tabelas 1, 2 e 3):

Tabela 1. Capacidade e ocupação do cárcere no Brasil (2015)

País	Região	Capacidade	Ocupação	Taxa de Ocupação
BRASIL	CENTRO-OESTE	34.747	93.727	269,74%
	NORDESTE	63.753	107.668	168,88%
	NORTE	30.466	45.447	149,17%
	SUDESTE	217.054	365.317	168,31%
	SUL	56.121	71.021	126,55%
	Total	402.141	683.180	169,89%

(Fonte: CNPM, 2018)

Tabela 2. Capacidade e ocupação do cárcere no Brasil (2016)

País	Região	Capacidade	Ocupação	Taxa de Ocupação
BRASIL	CENTRO-OESTE	34.079	64.642	189,68%
	NORDESTE	64.412	110.633	171,76%
	NORTE	31.255	49.086	157,05%
	SUDESTE	225.384	369.542	163,96%
	SUL	58.347	75.094	128,70%
	Total	413.477	668.997	161,80%

(Fonte: CNPM, 2018)

Tabela 3. Capacidade e ocupação do cárcere no Brasil (2017)

País	Região	Capacidade	Ocupação	Taxa de Ocupação
BRASIL	CENTRO-OESTE	34.358	67.220	195,65%
	NORDESTE	66.293	104.352	157,41%
	NORTE	32.821	66.409	202,34%
	SUDESTE	229.520	386.238	168,28%
	SUL	58.756	77.766	132,35%
	Total	421.748	701.985	166,45%

(Fonte: CNPM, 2018)

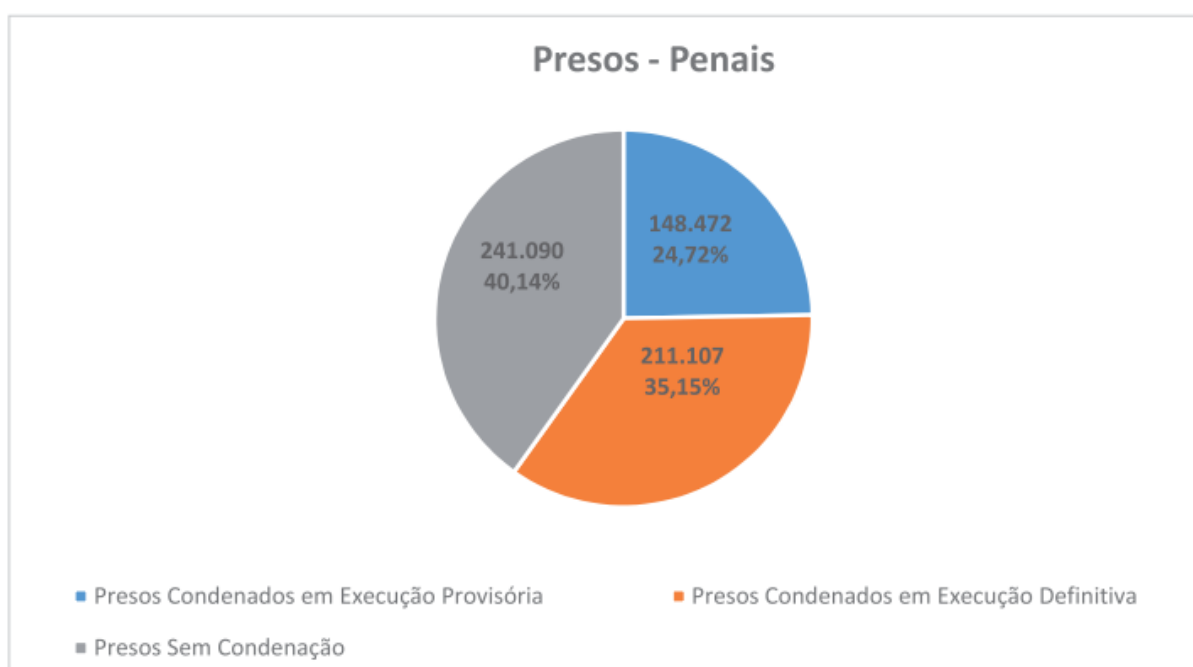
No que se refere ao ano de 2015 (Tabela 1), verifica-se que a capacidade prisional era para 204.141 pessoas e, contudo, o sistema era ocupado por 683.180 pessoas, o que correspondia a uma taxa de ocupação de 169,89%. Já em 2016 (Tabela 2), a capacidade carcerária era para 413.477, enquanto que o número de pessoas que as ocupavam era de 668.997, perfazendo uma taxa de 161,80% de ocupação. Em relação ao ano de 2017(Tabela 3), com base nos dados levantados pelo mesmo sistema, a capacidade carcerária era de 421.748 e contava com a ocupação de 701.985, o que correspondeu a uma taxa de ocupação de 166,45%.

Por outro lado, de acordo com o relatório emitido pelo “Banco Nacional de Monitoramento de Prisões” emitido pelo Conselho Nacional de Justiça, em 6 de agosto de 2018, foram cadastradas 602.217 pessoas privadas de liberdade no sistema. Contudo, a pesquisa fez a ressalva de que os estados do Rio Grande do

Sul e de São Paulo não lograram êxito em concluir a alimentação dos dados necessários a tempo da publicação. (CNJ, 2018)

Com base nos relatórios apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, contudo, temos a proporção de aproximadamente 40% dos presos “sem condenação” e, ainda 24% de presos em condição de execução provisória (cf. Gráfico 2). Neste sentido, o quadro de superlotação prisional poderia ser facilmente solucionado, se este fosse efetivamente o interesse do poder público.

Gráfico 2 – Situação dos presos brasileiros em 2018.



(Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2018)

Porém, além dos índices carcerários demonstrarem uma constante de aproximadamente 166,04% de taxa de ocupação dos presídios nos últimos 4 anos, o relatório emitido pelo Infopen do ano de 2016 demonstrou que apenas cerca de 12% dos presídios dispõem de atividades educacionais (cf. Tabela 4). Este quadro, por sua vez também causa espanto, haja vista que um dos discursos jurídico-penais que buscam justificar o cárcere é o da reeducação e re inserção.

Tabela 4. Indicadores da pretensa ressocialização da população carcerária brasileira (atividades educacionais)

UF	Pessoas em atividades de ensino escolar		Pessoas em atividades educacionais complementares		% total de pessoas presas em atividades educacionais
	N	%	N	%	
AC	226	4%	0	0%	4%
AL	367	6%	0	0%	6%
AM	907	9%	50	0%	9%
AP	49	2%	0	0%	2%
BA	2.296	18%	168	1%	20%
CE	1.701	7%	0	0%	7%
DF	1.600	11%	22	0%	11%
ES	3.660	19%	817	4%	23%
GO	506	3%	23	0%	3%
MA	887	12%	95	1%	13%
MG	8.060	13%	1.838	3%	15%
MS	1.239	7%	32	0%	7%
MT	1.316	13%	111	1%	14%
PA	1.259	9%	0	0%	9%
PB	1.089	10%	0	0%	10%
PE	5.062	15%	12	0%	15%
PI	382	9%	50	1%	11%
PR	5.723	14%	2.316	6%	19%
RJ	NI	NI	NI	NI	NI
RN	87	1%	48	1%	2%
RO	976	9%	191	2%	11%
RR	330	14%	0	0%	14%
RS	2.185	6%	158	0%	7%
SC	1.945	9%	839	4%	13%
SE	240	5%	15	0%	5%
SP	19.092	8%	5.706	2%	10%
TO	458	13%	407	12%	25%
Brasil	61.642	10%	12.898	2%	12%

(Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Infopen, junho/2016)

Nesta mesma toada, o levantamento da Infopen (2016) demonstrou que apenas 15% das pessoas privadas de liberdade estão em atividades laborais, conforme se verifica na Tabela 5 abaixo:

Tabela 5. Indicadores da pretensa ressocialização da população carcerária brasileira (atividades laborais)

UF	Pessoas trabalhando	% de pessoas trabalhando
AC	462	9%
AL	669	10%
AM	1.291	13%
AP	591	22%
BA	1.409	11%
CE	1.045	5%
DF	2.388	16%
ES	1.760	9%
GO	1.821	11%
MA	1.008	13%
MG	18.889	30%
MS	4.607	25%
MT	1.994	19%
PA	1.637	12%
PB	716	6%
PE	2.677	8%
PI	564	14%
PR	5.777	14%
RJ	NI	NI
RN	89	1%
RO	1.864	17%
RR	196	8%
RS	7.947	24%
SC	3.577	17%
SE	474	9%
SP	31.756	13%
TO	711	21%
Brasil	95.919	15%

(Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, junho/2016)

Contudo, mesmo diante das medidas adotadas pelo poder público a fim de regularizar o estado de coisas inconstitucional, verifica-se que a ideia de impor ao criminoso o “pagamento” pelo descumprimento do contrato social com o mal que cometera ou tentar reestabelecer a ordem jurídica e a confiança na lei penal por meio da execução de pena seletiva sobre uma classe determinada, tem apenas aumentado cada vez mais a população carcerária, bem como os índices de criminalidade.

A questão é: se tais finalidades não se cumprem, como, então, e para que, a pena de cárcere se mantém? Afinal, se manter o crime sob controle é o objetivo do direito penal, reduzindo a criminalidade e reabilitando o indivíduo, a estatística não

se mostrou até o momento favorável ao discurso justificante da pena, em específico, do cárcere.

3 CRISE DA LEGITIMAÇÃO DO CÁRCERE

O discurso oficial que busca legitimar a pena, e, em específico, o cárcere, apresenta evidentes incoerências, falhas ou discrepâncias ao atuar como fator criminógeno e, não pedagógico, como declarado. Invariavelmente, o que se tenta é adaptar a pena, a fim de que a legitime em todos os seus aspectos – declarados e não apenas os ocultos – mesmo que seja à força.

Sendo, portanto, incapaz de realizar seus fins declarados de ressocializar e reeducar o dissidente, a pena de prisão encontra finalmente o pico da sua crise e procura funções ou utilidades secundárias para sua existência, a fim de relegitimá-la. As funções do sistema prisional estão no plano discursivo de uma maneira e, no plano fático, de outra, de forma que a função latente e real

do sistema penal não é [como se afirma,] combater e reduzir a criminalidade, protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao invés, construí-la seletiva e estigmatizantemente, e neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, de gênero, de raça). (ANDRADE, 2012, p. 136)

A perspectiva de proteção à classe dominante permanece vigente no atual cenário econômico político, pois diante do sistema capitalista aquele que não consegue nele se inserir ou se manter, seja como empreendedor, seja como trabalhador, é lançado automaticamente nas malhas do sistema penal. Como bem sustenta André Peixoto de SOUZA ao diagnosticar o sistema capitalista como o responsável pela organização de um sistema penal que captura os excluídos (aqueles que não interessam ao sistema capitalista) a fim de proteger a propriedade privada de todos aqueles que pertencem ao sistema capitalista. (SOUZA, 2016).

Para tanto, o poder punitivo é fragmentado e atuante desde a criminalização de condutas, a investigação delitiva, o processamento e a condenação judicial, sua execução e a rotulação que todo este ciclo gera, e que dá início a ele novamente, ao estigmatizar e rotular o delinquente.

Contudo, além de o poder punitivo ser exercido de forma fragmentada e sua incidência ocorrer especificamente sobre uma classe predeterminada, as razões que

o justificam não se cumprem na realidade, de modo que as consequências do insucesso das suas ficções legitimantes podem ser averiguadas diante dos dados de encarceramento do Brasil dentre os anos de 1990 a 2018.

Neste mesmo sentido, Amilton BUENO DE CARVALHO provoca repetidamente em suas obras a colisão de todas e quaisquer teorias da pena que visem justificar, legitimar e relegitimar o cárcere por meio de apenas um critério: a realidade.

A existência do cárcere não logrou ter sustentação racional até hoje: todas as suas promessas legitimadoras são destruídas pela realidade (...) que demonstra ser ele destinado à vingança e não inibe o crime, ao contrário: é fator criminógeno ante o pioramento do cidadão que para lá é destinado. (BUENO DE CARVALHO, 2013, p. 100)

Tal constatação não é novidade. É, infelizmente, um fato já declarado por FOUCAULT ao afirmar que “conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil”. (FOUCAULT, 1987) Assim, assumir que a prisão não cumpre a função erigida por seu discurso oficial de existência é admitir o fracasso dos discursos que a sustentam do que decorre, por conseguinte, a sua deslegitimidade empírica irremediável.

Contudo, não basta perceber que o fim utópico ao qual o cárcere se destina, jamais se cumprirá, por uma incongruência eminente e contraditória, é preciso, portanto, traçar o utópico fim das jaulas humanas medievais. Mas este fim (extinção) do cárcere deve ser a busca final, uma vez que diante dos critérios de factibilidade, é preciso adotar primeiramente o chamado minimalismo penal.

Neste sentido, coloca-se o abolicionismo do sistema penal como fim utópico para sua verdadeira extinção. Contudo, como tal medida não é possível, algumas estratégias de política criminal merecem atenção, dando-se destaque especial a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, proferida dia 22 de novembro de 2018, que proibiu o ingresso de mais presos no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, localizado no Rio de Janeiro e conhecido como Complexo Penitenciário de Bangu e, ainda, estabeleceu que cada dia de pena cumprida no referido estabelecimento, deverá contar como dois dias na contagem do período cumprido.

3.1 Poderes deslocados: qual poder?

A violência que é empregada para garantir o exercício do poder punitivo - a fim de sustentar sua realidade letal - é inversamente proporcional ao nível de deslegitimação que o discurso jurídico-penal apresente. Ou seja, uma vez deslegitimada a narrativa que fundamenta sua existência e sua manutenção, a consequente relegitimação se fará principalmente pelo exercício da força.

Neste sentido, o cárcere se transformou na principal ferramenta para reafirmar o poder de punir do Estado e sob o qual gira todo aparato penal, sendo, portanto, resultado direto do exercício do poder punitivo como instrumento de verticalização social cuja finalidade é “proporcionar a organização econômica, social e militar dominante”. (ZAFFARONI, 2007)

Pode-se dizer que o poder punitivo é fracionado, ou atua mediante o empenho de seus “micropoderes”, dependendo da atuação de diversos agentes para o seu efetivo exercício (do poder punitivo). Contudo, a criminologia crítica indica que de forma geral, o “sistema punitivo concentra-se no processo de criminalização, destacando os mecanismos de produção e de aplicação de normas penais e de execução das penas criminais”, (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 45) o qual é propagado e incentivado pelos meios de comunicação de massa.

Portanto, este sistema inicia-se pela atuação do poder legislativo – composto, em regra, por uma elite social -, ao criminalizar um vasto rol de condutas – principalmente ações típicas da classe subalterna, marginalizada – a fim possibilitar a seleção dos delinquentes pelas agências de execução, saciar ao anseio punitivo de segurança nacional, por meio do qual, inclusive, possa angariar votos e garantir sua estabilidade política; a produção legislativa gerada pelo parlamento responde ao anseio punitivo popular, que, por sua vez, é encenado e declarado pelos meios de comunicação de massa, que têm a finalidade de propagar campanhas de ‘lei e ordem’, manter uma ilusão social sobre a realidade sendo favorável ao poder das agências penais e criar um estereótipo do criminoso que se concretizará pela própria previsão dos tipos penais e pela posterior perseguição policial; selecionado o delinquente, este passa a responder perante as agências

judiciais que atuam de modo a corresponder a toda falta de segurança social por meio da condenação, em geral, à pena de prisão.

Verifica-se que a origem de todo o exercício do poder punitivo não é bem definida, mas pode-se dizer que “o verdadeiro exercício de poder de um sistema penal não é o negativo ou repressivo, mas, ao contrário, o positivo ou configurador” (ZAFFARONI, 2017, p. 125), de forma que a repressão punitiva seria apenas um limite ao exercício do poder. Ou seja, exercido por meio das funções legislativas ou incriminadoras midiáticas, que rotulam, estigmatizam e são os verdadeiros responsáveis pela criminalização primária.

Neste sentido, pode-se dizer que

levando-se em conta a programação legal, deve-se concluir que o poder configurador ou positivo do sistema penal (o que cumpre a função de disciplinarismo verticalizante) é exercido à margem da legalidade, de forma arbitrariamente seletiva, porque a própria lei assim o planifica e porque o órgão legislativo deixa fora do discurso jurídico-penal amplíssimos âmbitos de controle social punitivo. (ZAFFARONI, 2017, p. 25)

Para tanto, os meios de comunicação de massa funcionam como os principais aparelhos de propaganda do sistema penal exercendo a função de verdadeiras ‘fábricas da realidade’, conforme preconiza o teorema de Thomas, segundo o qual se os indivíduos definem as situações como reais, são reais as suas consequências. Isso se dá, pois sua exposição atua diretamente no plano psicológico da sociedade, tendo poderes de definir o delinquente, reforçar o poder punitivo e o controle social e criar a necessidade de um “herói” para proteger a sociedade de uma realidade fantasiada.

A encenação midiática se dá pelo mero intento de lucratividade em correspondência ao anseio popular punitivista, sem, contudo responsabilizar-se pela propagação do medo – criando uma realidade social violenta –, pela rotulação de delinquentes – seguindo padrões de uma criminologia etiológica –, e pela criminalização seletiva marginalizada – reforçando as desigualdades sociais existentes.

A nova gestão da ‘lei e ordem’ transforma a luta contra o crime em um titilante teatro burocrático midiático que, simultaneamente, sacia e alimenta os fantasmas da ordem do eleitorado, reafirma a autoridade do Estado através de sua linguagem e de sua mímica viris, e erige a prisão como

último baluarte contra as desordens, que irrompendo de seus porões, são vistas como capazes de ameaçar os próprios fundamentos da sociedade. (WACQUANT, 2015, p. 11)

É por esta razão que ZAFFARONI sustenta que “os aparelhos de propaganda dos sistemas penais latino-americanos (...) são hoje elementos indispensáveis para o exercício e poder de todo sistema penal” e atuam em dois níveis, o transnacionalizado e o que corresponde às conjunturas nacionais. (ZAFFARONI, 2017, p. 127-128)

O primeiro nível viabiliza a introdução do modelo penal como um instrumento de solução heroica aos conflitos sociais por meio das mais famosas e divertidas séries policiais, filmes, documentários e afins. A partir destes padrões fictícios, baseados em uma criminologia etiológica, uma realidade criminal marginal e uma incidência violentamente seletiva, a realidade do sistema penal é encenada em favor do reforço do poder e do controle social verticalizado e militarizado de toda a sociedade.

Já no que se refere ao nível das conjunturas nacionais, os meios de comunicação de massa geram a ilusão de eficácia do sistema e desencadeiam campanhas de ‘lei e ordem’, que tratam de inverter a realidade social, difundir fotografias e adiantar-se às sentenças com qualificações pejorativas ao investigado, interferindo e confundindo a produção de provas e, muitas vezes influenciando o convencimento daqueles que poderão participar do conselho de sentença do júri, proferindo investigação jornalística superficial sobre casos complexos, declarando que a punição é pouca, que é preciso criminalizar, punir, condenar, encarcerar e por outro lado, glorificam ‘justiceiros’ – ainda que em detrimento do próprio sistema de garantias constitucionais, princípios processuais penais, direitos humanos e fundamentais. (ZAFFARONI, 2017, p. 129)

A mídia trabalha, portanto, no sentido de fabricar os “estereótipos do criminoso”, enquanto que o sistema penal, por sua vez, “atua sempre seletivamente e seleciona de acordo com os estereótipos fabricados pelos meios de comunicação de massa” (ZAFFARONI, 2017, p. 130). Destarte, as pessoas selecionadas terminam correspondendo automaticamente aos papéis que lhes são impostos e, por consequência, assumindo-os como pessoais, de forma que “a carga estigmática

não é provocada pela condenação formal, mas pelo simples contato com o sistema penal”. (ZAFFARONI, 2017, p. 134)

Além da função de estereotipar indivíduos previamente definidos pelo sistema penal, a mídia enaltece a violência – estatal (policial) –, estimulando condutas agressivas, violações a direitos humanos, aclamando pela efetividade dos discursos de “lei e ordem” e “tolerância zero”; a mídia cria, para tanto, uma realidade que muitas vezes não existe, mas que a partir da sua projeção, torna aparentemente real a ilusão de que é necessária mais punição, mais criminalização, mais condenações, mais aprisionamentos, mais e mais violência como resposta à criminalidade.

O apelo midiático forma a opinião pública e, por outro lado, reclama do legislativo, do judiciário e das agências executivas uma resposta violenta à violência criminal que a sociedade enfrenta nas ruas, seja tipificando novas condutas marginais, seja condenando os já estigmatizados pela mídia ou, seja pela polícia, perseguindo os rotulados. Assim, todo “este conjunto contribui para conservar um sistema simbólico ‘fechado’, cujas consequências mais notórias são a reprodução e o fortalecimento da verticalização corporativa da sociedade”. (ZAFFARONI, 2017, p. 132)

Correspondendo aos reclames punitivos midiáticos e populares – ou seja, seus próprios eleitores – o Poder Legislativo, – dentro da noção apresentada pela criminologia radical de que o crime não é crime por si, mas porque o tipificaram como tal, – passa a criminalizar um rol delitivo cada vez mais extenso, cada vez mais inchado e repleto de condutas de cunho administrativo, moral ou simplesmente indenizatório (cível), cujo conflito poderia ser resolvido em outras esferas. Contudo, se agisse o legislativo na contramão destas proposições, no mínimo duas consequências óbvias seriam possíveis, primeiramente, o descontentamento de alguns de seus eleitores - da parcela que desconhece a toxidade do discurso punitivo – em razão da resposta negativa aos seus insaciáveis desejos de vingança, punição e castigo; ademais, limitaria a atuação seletiva dos demais poderes (em julgar e perseguir os indesejáveis) a fim de garantir o “enjaulamento” dos marginalizados, a limpeza das ruas, retirando os pobres, “flanelinhas” e mendigos, o

cumprimento lento e degradante da pena junto ao cárcere e, se possível o seu não retorno à sociedade.

Neste sentido, Amilton BUENO DE CARVALHO aponta as consequências violentas decorrentes da apologia que se faz sobre a relação “lei-prisão” como “resposta sadia” à criminalidade, demonstrando que na realidade, o excesso de leis se destina à “cominação abstrata, à redução das garantias processuais e à diminuição dos direitos do apenado durante a execução penal” (BUENO DE CARVALHO, 2013, p. 43), por meio do

aumento acentuado das penas, criação irracional de tipos novos, penas severas em agressão a proporcionalidade entre crime-castigo, crimes mais graves punidos com penas mais leves de que crimes menos agressivos, o endurecimento do sistema fica cada vez mais presente, a pena passa a ser mero castigo e retribuição (leia-se: vingança organizada); cada vez mais é imposto obrigatoriamente o cumprimento de pena em regime fechado, com transformação seguida de crimes em hediondos: tudo apontando para um futuro em que a hediondez será a regra; a prisão provisória cada vez mais banalizada; redução dos poderes do juiz ao fixar a pena e o regime em que ela será cumprida. (BUENO DE CARVALHO, 2013, p. 44)

Pode-se dizer que existe uma incongruência notável em se buscar reprimir a “criminalidade incontrolada” – sendo que, uma imensa quantidade de condutas sociais, dentre elas cíveis, administrativas, morais ou éticas, são tipificadas como delitivas – criminalizando e reprimindo cada vez mais por meio de leis cruéis. E, neste sentido, “por mais que a realidade demonstre o contrário (dane-se, pois, a realidade), a crença de que leis cruéis derrotarão a criminalidade (real ou imaginária) continua vencedora, espetacularmente vencedora.” (BUENO DE CARVALHO, 2013, p. 43)

A criminalização secundária, por sua vez, se dá por meio da atuação daqueles que

municipados com um poder discricionário (conveniência e oportunidade = adequação ao interesse público), autoexecutório (dispensa pedidos de permissão), e coercitivo (impõe a sua vontade sob pena de prisão), os policiais, que são os agentes diretamente responsáveis pela implementação das prisões, encontram-se legitimados para atuar dentro dos limites legais. Ocorre que a legalidade tem sido palco para as maiores injustiças. (GENELHÚ. SCHEERER, 2017, p. 229)

Dentro desta dinâmica, a polícia atua com completa discricionariedade, escolhendo aqueles sobre os quais exercer seu poder, realizando abordagens, fazendo revistas, prendendo em flagrante delito, tudo “dentro dos limites da lei”, que por sua vez são bem amplos – talvez, propositalmente. Este mero cumprimento do dever legal dentro dos parâmetros etiológicos já definidos estabelece e seleciona os inimigos sociais, decidindo, inclusive sobre o seu destino sendo que o magistrado, por sua vez, nas raras vezes em que é convocado, o é apenas para homologar (dar seu aval – à versão do policial – já rascunhada, forjada – que foi o responsável pela diligência. “Na prática, a autonomia do policial é superior à do magistrado, à do promotor de justiça e à do delegado”. (GENELHÚ. SCHEERER, 2017, p. 219)

Ademais, quando em virtude de alguma crise legitimante de seu poder, por reforma legal ou posicionamento jurisprudencial, as agências não judiciais, como a polícia, notam a ameaça a seu poder,

imediatamente o aparelho de propaganda do sistema penal – os meios de comunicação de massa – lançam uma campanha de ‘lei e ordem’, cujo objetivo não é outro senão atemorizar a população e provocar um protesto público para pressionar as agências políticas ou judiciais e assim deter a ameaça a seu poder. (ZAFFARONI, 2017, p. 126)

Esta mesma política de “lei e ordem” e “tolerância zero” apregoada pela mídia e, por conseguinte, pelo anseio punitivo popular, incide também sobre a atividade jurisdicional que, a fim de corresponder a estes anseios conta com um modelo processual penal que faça vigorar o panóptico inquisitório medieval, dirigido à realização da panpenalização. Para tanto,

ao juiz é possível a iniciativa probatória (magistrado atuando de ofício); profunda desigualdade entre acusação e defesa (o simbólico da localização das partes, na sala das audiências, tudo demonstra, gerando a relação incestuosa entre julgador e acusação); a coleta da prova dirigida à extração da verdade máxima, ou seja, a qualquer curso, ao ponto de justificar eventual tortura, mediante a validação de elementos coligidos no inquérito policial, onde as garantias clássicas da defesa são esquecidas; apropriação indevida de institutos de outros ramos do direito, permitindo-se condenações com base em meros indícios e presunções. (BUENO DE CARVALHO, 2013, p. 44)

Contudo, é importante lembrar que diferentemente dos parlamentares, a legitimidade do magistrado não está vinculada à vontade da maioria e este é o

fundamento pelo qual não é eleito e tem para sua atuação as garantias constitucionais da magistratura, devendo atuar de forma desvinculada ao senso comum popular ou midiático sobre os casos que estejam sob a sua alçada.

Logicamente que, em virtude do exercício do poder punitivo ser fragmentário, cada aplicador – seja ele um policial, um agente penitenciário, diretor de presídio, delegado, promotor de justiça, magistrado, um político importante, um empresário influente agindo por representação - que atua no processo de criminalização (primária e secundária), o faz de acordo com as suas próprias convicções, ou seja, alguns possuem uma aderência maior ao Estado policial e, na outra ponta, outros (uma minoria) seguem ao menos a razão constitucional do exercício da sua parcela de poder. Contudo, o resultado final torna-se sempre pasteurizado, resumindo-se ao provável aprisionamento de alguém, o que evidencia que, “apesar de fragmentário, ele não é subsidiário”. (GENELHÚ. SCHEERER, 2017, p. 209)

Por tais razões, o poder punitivo está sempre sujeito à arbitrariedade, condição diante da qual se torna possível se concretizar a seletividade, o tratamento desigual e até mesmo a injustiça para não desagradar tantas preferências e decepcionar a grande massa punitivista e, por outro lado, “como o Estado punitivo deseja permanecer no poder, ele frequentemente amplifica a histeria febril para assustar as pessoas e apresentar a prisão como único fetiche que conseguirá atender aos nossos desejos monótonos de expiação” (GENELHÚ. SCHEERER, 2017, p. 198)

O funcionamento da grande engrenagem por meio da qual o poder punitivo, fundamentado no cárcere – com seus defeitos e inutilidades –, ainda permanece vigente só é possível, pois aqueles que administram a prisão são os mesmos que a divulgam como útil e adequada, que são os mesmos também que se beneficiam de toda a sua contradição. Afinal, eles

produzem criminosos e desconformes (mal educados, hereges, imorais e amorais, etc.) e edificam uma prisão para recebê-los, a título de superconcentrar neles os seus esforços estatais e que dizem ser voltados para a sua melhora, sem a qual a sociedade se esclerosará. Imediatamente elas e seus associados midiáticos divulgam para o público sádico que a prisão resolverá a questão não só da criminalidade, mas do ensino, da religiosidade, da moral, etc. (GENELHÚ. SCHEERER, 2017, p. 271)

O cárcere constitui o principal instrumento de exercício do poder punitivo, diante do qual todos os seus agentes atuam discricionariamente voltados a um fim comum, qual seja, estigmatizar, rotular, investigar, perseguir, processar, condenar, aprisionar os indesejáveis.

3.2 Quem prender e por que prender?

Muito embora os discursos jurídico-penais que buscam justificar a existência do cárcere tenham como fundamento de legitimidade a premissa de que a norma incriminadora é geral e abstrata, pautada na igualdade de todos os seus destinatários perante a lei, esta narrativa não se confirma quando confrontada com os processos de criminalização e aprisionamento, pela incidência específica do poder punitivo sobre uma determinada classe social. Isto ocorre, pois o sistema penal – que se sustenta sobre a pena de prisão – reflete a desigualdade de seu sistema econômico para o qual foi criado e o qual busca constantemente garantir a manutenção.

Para tanto, ao sistema de (in)justiça criminal apenas cumpre se utilizar dos

métodos punitivos concretos, e cada estrutura social descobre e reproduz, coloca em prática, o(s) método(s) punitivo(s) adequado(s) às suas forças produtivas e às suas relações de produção, porque a função dos métodos punitivos é precisamente coconstituir e reproduzir a estrutura social que lhe corresponde: daí a noção funcional existente entre pena e estrutura social. (ANDRADE, 2016. p. 75)

Ou seja, não se trata apenas de uma deliberação casual do Estado ou do Soberano no decorrer das mutações históricas que cada sociedade enfrentou, a questão é que “o sistema penal tornou-se território sagrado da nova ordem socioeconômica, atualizando a reflexão de RUSCHE: sobram braços e corpos no mercado de trabalho, aumentam os controles violentos sobre a vida dos pobres”. (MALAGUTI BATISTA, 2011, p. 100)

Os estudos históricos acerca da incidência verticalizada e específica do poder punitivo, principalmente sobre determinada classe social, indicam que a taxa

de criminalidade está intimamente ligada à estabilidade econômica e político-social. É nesse sentido que RUSCHE e KIRCHHEIMER assinalam que:

O período de estabilização trouxe uma queda da criminalidade para o nível do pré-guerra, e a política penal mostrou uma tendência pronunciada de suavização. A crise trouxe uma nova onda de criminalidade em 1932 e uma ligeira severidade nas penas. A conclusão é inegável. Uma vez mais, vemos que a taxa de criminalidade não é afetada pela política penal, mas está intimamente dependente do desenvolvimento econômico. (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004, p. 273)

Em virtudes destas premissas estruturais e da incidência seletiva do sistema penal em razão de funções econômicas, Loïc WACQUANT afirma que “a prisão simboliza divisões materiais e materializa relações de poder simbólico; sua operação reúne desigualdade e identidade, funde dominação e significação, e conecta as paixões e os interesses que perpassam e agitam a sociedade”. (WACQUANT, 2015, p. 16)

A seletividade estrutural basilar sobre a qual incide fortemente o poder punitivo desde os primórdios evidencia-se no decorrer dos contextos históricos, os quais giram em torno da passagem do medievo para a modernidade, apresentando de maneira latente o conflito de classes em problemáticas sociais que necessitam se aprimorar, desde o campo cultural até o campo jurídico e político.

Como bem fundamenta Ricardo GENELHÚ e Sebastian SCHEERER, de modo geral, pode-se dizer que o sistema penal é dividido em duas classes de pessoas, a primeira é composta por pessoas influentes, resistentes e invulneráveis que provavelmente jamais serão encarceradas, até por que, o cárcere funciona a seu favor, – o que não significa dizer que não cometam crimes, mas que por alguma razão não são selecionadas pelo sistema –, enquanto que a segunda classe constituída de pessoas dominadas, resignadas e vulneráveis, “(pessoas sem papel, invisíveis sociais, traficantes de droga, afrodescendentes, desprovidos de renda, etc.), que podem ser encarceradas a qualquer momento e independente de um motivo”. (GENELHÚ. SCHEERER, 2017, p. 207)

Para Amilton BUENO DE CARVALHO, a seleção dos indesejados se dá por meio de três momentos distintos. No primeiro, em razão da tipificação dos crimes em abstrato – cuja extensão de delitos é extensa e seu foco se concentra em crimes marginais –, posteriormente em virtude do estabelecimento das penas

correspondentes aos delitos – em um grande número de restrição de liberdade – e, por fim, mediante a perseguição direta, objetiva, tanto pelo inquérito policial – que escolhe e persegue o delinquente –, quanto pelo processamento, condenação e cumprimento prisional. “Neste espetáculo (...), lá no cárcere são encontradas, em espetacular maioria, pessoas (...) maravilhosamente bem selecionadas pelo sistema: jovens, pobres, pretos, analfabetos, moradores da periferia, do sexo masculino”. (BUENO DE CARVALHO, 2013, p. 130)

Por sua vez, sustenta Alessandro BARATTA, que a criminalidade não seria mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos ou indivíduos, mas se revela como um status atribuído e direcionado a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção:

em primeiro lugar, a seleção de bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é (...) um ‘bem negativo’, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos. (BARATTA, 2011, p. 161)

Pela perspectiva de BARATTA, a verticalização do poder punitivo se dá primeiramente pela seleção dos bens a serem protegidos pelo direito penal e, como consequência, pela criminalização das condutas ofensivas a tais bens, definindo automaticamente os indivíduos a serem estigmatizados desigualmente.

No que se refere à definição de crimes, cumpre lembrar que eles são constituídos em prol das necessidades e interesses das classes hegemônicas nas relações de produção/circulação econômica, e do poder político das sociedades capitalistas, voltados assim à proteção específica de bens jurídicos específicos. (CIRINO DOS SANTOS, 2017)

A definição privilegiada da elite no que se refere ao rol de condutas tipificadas como crime, bem como o terror da perseguição da classe que os comete, é evidenciado por PACHUKANIS ao sustentar que a jurisdição criminal do Estado burguês apenas em certo grau se diferencia das chamadas medidas excepcionais aplicadas à guerra.

Assim as chamadas teorias do direito penal, que deduzem os princípios da política penal dos interesses da sociedade como um todo, estão praticando, consciente ou inconscientemente, uma deformação da realidade (...). Qualquer sistema historicamente dado de políticas punitivas traz impresso em si os interesses de classe daquela classe que o realizou. (PACHUKANIS, 2017, p. 172)

A sua tendência, é, portanto, privilegiar os interesses das classes dominantes – que os definem e estabelecem o quantum da pena – na proteção jurídica de bens específicos, imunizar o processo de criminalização de comportamentos sociais típicos dos indivíduos pertencentes a tais classes e, finalmente, direcionar o processo de criminalização às formas de desvio de conduta típicas das classes subalternas. De modo que

a prisão ocupa um lugar central na construção seletiva do criminoso porque a ela compete a função de perpetuar a estigmatização dos indivíduos selecionados, rotulados e aprisionados como criminosos pelo sistema penal (“marginalização secundária”, manutenção da escala vertical hierárquica da sociedade), no baixo *status* social e na posição de inferiorização racial do qual provêm, (“marginalização primária), cocriando as condições subjetivas para o seu eterno retorno à prisão (“carreiras criminais”, “desvio secundário”), na linguagem do sistema, “reincidência”. A prisão é o rosto empírico mais fidedigno e mais dramático da teoria criminológica crítica. (ANDRADE, 2016, p. 76)

Em outras palavras, a prisão torna o processo de criminalização cíclico ao não cumprir suas promessas de ressocialização e marcar – não mais o corpo, mas a alma da – sua clientela com o estigma de criminoso, indigno e não merecedor de qualquer piedade ou chance de retorno à sociedade ainda que já tenha cumprido a pena que lhe foi imputada. Isso, pois o cárcere nada mais é do que um verdadeiro espaço

que serve para confinar, à força, uma população legalmente estigmatizada, no interior da qual esta população desenvolve instituições, uma cultura e uma identidade desonrada que lhe são específicas. A prisão, portanto, é composta pelos mesmos quatro elementos fundamentais que conformam um gueto – estigma, coerção, confinamento físico, paralelismo e isolamento organizacionais – e isso ocorre por objetivos similares. (WACQUANT, 2015, p. 346)

E neste sentido, ao tipificar condutas específicas de uma determinada classe social, como bem fundamenta DIMOULIS, o direito penal inventa o criminoso. O desenha e constrói desde a tipificação de condutas ao definir modelos de etiqueta

comportamentais desviados, partindo-se da premissa da criminologia etiológica. (DIMOULIS, 2016)

Assim, o ciclo de criminalização seletiva do sistema penal carcerário vigente no modelo econômico capitalista constrói o criminoso, o rotula, o seleciona, o persegue, o condena, o aprisiona, o estigmatiza, o despersonaliza, finalmente liberta, para que não sabendo mais conviver livremente, retorne para sua carreira criminal e continue o ciclo que lhe foi imposto, ensinado, imputado desde o primeiro contato com as amarras das teias penais. Mas isto, pouco importa – para a sociedade punitiva –, pois faz parte do controle dos riscos manter os subordinados, pobres, sem patrimônio, sem bens, sem dignidade, malquistos, indesejados. Isso, porque “não nos permitimos aniquilá-los fisicamente, então reservamos para eles um local menos indigno (a morte aos poucos): o cárcere”, (BUENO DE CARVALHO, 2013, p. 129) bem longe dos bons, ricos, poderosos, influentes e dignos. E vai além daquele que é para o cárcere lançado, atinge seus amigos, familiares e toda sua descendência.

Contudo, não é apenas a proteção de bens jurídicos específicos, interesses e privilégios de uma classe econômica dominante que racionalizam a existência real do cárcere, mas no plano mais baixo da escalada social, o encarceramento “serve para neutralizar e estocar fisicamente as frações excedentes da classe operária, notadamente os membros despossuídos dos grupos estigmatizados que insistem em se manter ‘em rebelião aberta contra seu ambiente social’”. (WACQUANT, 2015, p. 16)

Reforça-se, assim, a função desigual do sistema penal efetivamente no cárcere, ou seja, ao nível da “execução penal”, que conclui a dinâmica de “repressão seletiva de marginalizados do mercado de trabalho e, portanto, sujeitos sem utilidade real para expandir o capital nas relações de produção/distribuição material da vida social”. (CIRINO DOS SANTOS, 2017, p. 457)

Não se pode ignorar o fato que mesmo sendo definidas como crimes, determinadas condutas não são investigadas e processadas, nem tampouco reprimidas pela justiça criminal ou torna-se fundamento para aplicação da pena de prisão. Isto se dá não por falta de previsão legal, mas em virtude do que Juarez CIRINO DOS SANTOS aponta como sendo o “nível da aplicação de penas”, que

constitui uma evidente “estigmatização seletiva de indivíduos excluídos das relações de produção e de poder político na formação social”. (CIRINO DOS SANTOS, 2017, p. 457)

Neste sentido, é possível constatar que, efetivamente, o exercício do poder punitivo por meio da “a arbitrariedade e a seletividade da prisão demonstram que o seu conceito não é jurídico, mas sim político e econômico”. (GENELHÚ. SCHEERER, 2017, p. 254) E é em virtude desta natureza discriminatória decorrente do sistema econômico desigual da sociedade hodierna, que “os tentáculos penais atingem a essência do estereótipo do criminoso, qual seja: pessoa pobre; negra; originária de regiões mais frágeis economicamente; desviada dos padrões da fabricada normalidade social.” (BIZZOTTO, 2015, p. 37)

É preciso se pôr em pauta a crítica científica à ineficácia dos princípios da ideologia punitiva consubstanciada na correção, no trabalho forçado, educação penitenciária, modulação da pena, controle técnico e pedagógico da correção, dentre outros, uma vez que

a seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício do poder de todos os sistemas penais. (ZAFFARONI, 1991, p. 15)

A sociedade, como um todo, tem que começar a compreender as relações que se dão por trás das cortinas do teatro medieval que é o cárcere, perceber que aquele que foi preso talvez não teve uma série de serviços e condições mínimas de sobrevivência, mas que ao cumprir sua pena, vai retornar à sociedade e, quando voltar, apenas possui duas possibilidades – que não dependem só dele - ser efetivamente (re)ssocializado – pois, talvez nunca tenha sido socializado – ou, retomar a “carreira delitiva”. Afinal, mais do que culpáveis (...) “o Estado e a sociedade são os grandes responsáveis pela falta de oportunidades subtraídas daquele que será arremessado em um lugar claustrofóbico com a finalidade de que se (re) socialize. (GENELHÚ, SCHEERER, 2017, p. 172)

É neste sentido que, para DUSSEL, a coação do Estado transforma-se em violência ao perder a sua legitimidade; isso ocorre quando “vítimas de um sistema formal vigente não podem viver ou foram excluídos violenta e discursivamente de tal

sistema". (DUSSEL, 2000, p. 546) Esta crise de legitimidade significa, portanto, a crise da reprodução da vida (a miséria dos dominados e excluídos), tornando-se intolerável e insustentável, diante do que se espera uma verdadeira "tomada de consciência" quanto aos sistemas dominantemente opressores, que causam morte e exclusão social.

Ora, é preciso repensar o sistema punitivo, desmistificando sua atuação (nada) igualitária, demonstrando que a finalidade que pretende legitimá-lo não é a que o mantém vigente e que o fim da sua história, é requisito essencial para a vida humana digna, para uma verdadeira civilidade.

3.3 Fim Utópico do Cárcere

Diante de tudo que fora anteriormente exposto, resta evidente a destrutividade em ação e em potência que o exercício do poder punitivo possui tendo o cárcere como seu instrumento principal, instrumento este que na realidade prática – seja ela central ou marginal – não traz benefícios empíricos, mas apenas discursos fictícios que diante de um ciclo de estigmatização, criminalização e encarceramento, mantém as engrenagens de seu sistema em perfeito funcionamento.

Neste sentido, como bem observa Amilton BUENO DE CARVALHO, muito embora o atual cenário brasileiro apresente uma intensa "*cólera punitivista*" diante da qual se sustenta a criminalização de um rol cada vez mais aberto e extenso de condutas sociais como resposta inócua à insegurança social e incredibilidade do sistema penal, tem-se observado que as prisões ainda que superlotadas não diminuem a taxa de criminalidade; que a detenção não inibe a reincidência, mas a provoca. Ou seja, o cárcere, por si, favorece a organização indireta de um "meio de delinquentes", solidários entre si, hierarquizados e prontos para quaisquer cumplicidades futuras. (BUENO DE CARVALHO, 2013, p. 100)

Assim sendo, diante da análise aprofundada sobre as razões políticas e econômicas que deram origem ao sistema de justiça criminal – que tem a prisão

como pena principal – e que o mantém, pode-se dizer que se trata de um instituto falido, demasiadamente violento, pejorativo, degradante e miserável.

O cárcere não logrou êxito no que se refere aos discursos jurídico-penais apresentados para legitimá-lo, mas apenas atingiu sucesso no que se refere à manutenção de uma dinâmica social de luta de classes diante da qual aqueles que possuem a propriedade dos meios de produção em suas mãos são os mesmos que definem os delitos – principalmente como condutas típicas dos marginalizados – e, por outro lado, raramente são chamados a responder por suas condutas na esfera criminal.

Após as mais profundas análises descritas pela criminologia crítica e radical, tendo estas sido ratificadas pela tese de ZAFFARONI ao deslegitimar o sistema penal frente às realidades empíricas, o caminho se estreita em direção a uma questão ética essencial que se impõe:

pode-se escolher a vida – e desvalorizar o seu aniquilamento (do sistema penal) – ou pode-se escolher a valorização do sistema (com o consequente negativismo ou indiferença pelo aniquilamento da vida humana), mas também pode-se escolher não pensar e, em semelhante alienação covarde, cair no desprezível otimismo irresponsável.” (ZAFFARONI, 2017, p. 158)

O otimismo irresponsável, (terceira opção) a que se refere ZAFFARONI, sequer busca analisar as funções do cárcere, as relações existentes por trás de suas engrenagens, simplesmente por acreditar que jamais será por ele requisitado. Ou seja, “as poucas vezes em que as pessoas raciocinam sobre a prisão e o seu funcionamento elas o fazem de maneira não atuarial” sem, contudo, se dar conta de que “tamanho desinteresse pela questão prisional tem sido um dos gatilhos para que ela funcione cada vez mais autonomamente e com ainda mais discricionariedade. Se dela não discordamos é porque estamos satisfeitos com seu trabalho”. (GENELHÚ. SCHEERER, 2017, p. 287)

A escolha pela valorização do sistema, por sua vez, encontra fundamento no *fim* (finalidade oficial) *utópico do cárcere*, qual seja de garantir a ordem, reduzir a criminalidade, ressocializar, reeducar e neutralizar o delinquente. Contudo, tais fins não se cumpriram em toda a história das penas e jamais se cumprirão uma vez que a existência do sistema econômico capitalista alimenta-se do encarceramento da massa excedente.

Por outro lado, sabendo que a prisão além de não trazer benefício algum, é em sua essência violenta e degradante, – razão pela qual não condiz com as finalidades erigidas por seu discurso jurídico-penal declarado, não condiz com uma sociedade justa e solidária e, não consegue sustentar a bondade dos atos apregoada por Enrique DUSSEL. E, – tem, portanto, como *fim (finalidade oculta) do cárcere* a manutenção do poder de uma classe hegemônica bem definida pelas relações de mercado em detrimento da outra, ainda que custe a violência ou o esmagamento dos dominados.

Diante disso, adota-se a primeira alternativa de ZAFFARONI, na escolha da luta pela vida humana digna, desvalorizando o aniquilamento do sistema, em razão da qual a presente prospecção parte do estabelecimento de critérios de factibilidade para que o *fim (extinção)* utópico do cárcere possa ser trilhado, tornando-o quiçá possivelmente fático tão breve quanto seja possível.

Para tanto, é importante estabelecer como ponto de partida que a prisão “como todos os outros métodos punitivos, é um método histórico e contingente, e, portanto, não é um método ontológico” (ANDRADE, 2016, p. 75), de modo que o aumento da insatisfação e de consciência crítica constitui os primeiros passos para que a coação legal punitiva perca efetivamente sua legitimidade e desmorone-se moralmente, criando-se assim a necessidade da ação em prol da ética da libertação dos povos.

Posicionando-se contrariamente ao sistema vigente, torna-se necessária a proposição de uma nova legitimidade por meio de critérios de verdade, validade e factibilidade críticos e intersubjetivos, de modo que

a práxis de libertação como tática e estratégia, como realização de uma factibilidade ético-crítica, caminha sempre sobre o fio da navalha: entre o anarquismo antiinstitucionalista e o reformismo integracionista. Por isso se deverão ter muito claros o critério e o princípio geral da práxis de libertação em referência às mediações para cumprir fins estratégicos enquadrados dentro dos princípios gerais prévios, ético e formal discursivo, como vimos, a fim de que, com factibilidade ético-crítico, se possa negar efetivamente as causas da negação da vítima, como luta desconstrutiva que exige meios proporcionados àqueles contra os quais se trava a luta. (DUSSEL, 2000, p. 558).

Assim sendo, a luta desconstrutiva do cárcere, de suas desigualdades e violências, impõe-se como medida ética e necessária para a libertação dos povos,

em busca de uma verdadeira civilização humanizada. A proposição de uma mudança real da situação prisional em direção à sua abolição deve partir, portanto, de critérios de factibilidade.

Nesta corrente, é importante se estabelecer que

La política, como arte de lo posible, entra en la conciencia actual a partir del momento en el cual el hombre empieza a modelar la sociedad según proyectos de una sociedad por hacer. Si bien ya antes se percibe el problema de lo posible en relación a la política, este se presenta como problema central en cuanto se empieza a modelar la sociedad según criterios derivados de algunas leyes sociales, cuya consideración permite proyectar una sociedad futura y pensarla en función de un ordenamiento adecuado y humano de tales relaciones sociales. (HINKELAMMERT, 1984, p. 11)

Portanto, o primeiro passo para se pensar em uma solução para o caos prisional que está instaurado, é refletir a respeito da projeção da sociedade que está por vir. Caso os rumos que se tem tomado, como se viu desde 1990 até 2018, se prolonguem por mais tempo, qual o resultado social que se pode esperar? Ao estabelecer um ideal, ainda que aparentemente utópico, criticando o que é “impossível” é que se pode definir o que é possível, ou seja, sem utopia, não há conhecimento da realidade.

Neste sentido, pode-se dizer que o aparente “problema da utopia” faz parte do processo da práxis do conhecimento diante do qual se vislumbra o impossível e se projeta o possível, pois

La razón y la voluntad puras – es decir, la razón y la voluntad que prescinden de todo lo que se refiere a su factibilidad –, buscando la mejor realidad concebible, siempre conciben lo imposible, no importa a partir de qué criterios definan esta mejor realidad concebible. La definición y la concepción de lo imposible. Sujetando lo imposible al criterio de la factibilidad, resulta lo posible. (HINKELAMMERT, 1984, p. 24)

No caso, busca-se o definitivo fim do encarceramento de seres humanos, o “abolicionismo radical do sistema penal, ou seja, sua radical substituição por outras instâncias de solução dos conflitos”. (ZAFFARONI, 2017, p. 97) Este é o fim (*extinção*) utópico que se propõe ao cárcere, afinal, como bem fundamenta Hulsman, o sistema penal é “um problema em si mesmo e, diante de sua crescente inutilidade na solução de conflitos, torna-se preferível aboli-lo totalmente como

sistema repressivo” principalmente por três razões: “é um sistema que causa sofrimentos desnecessários que são distribuídos socialmente de modo injusto; não apresenta efeito positivo sobre as pessoas envolvidas no conflito; e é sumamente difícil de ser mantido sob controle”. (ZAFFARONI, 2017, p. 98)

MATHIESEN, por sua vez, “vincula a existência do sistema penal à estrutura produtiva capitalista”, buscando a abolição não apenas do sistema penal, como de todas as estruturas repressivas da sociedade. Enquanto que Nils CHRISTIE “destaca expressamente a destrutividade das relações comunitárias do sistema penal, seu caráter dissolvente das relações de horizontalidade e os consequentes perigos e danos da verticalização corporativa”. (ZAFFARONI, 2017, p. 101)

Todas estas ponderações encontram fundamento no materialismo histórico e possuem bases teóricas sólidas para serem efetivadas, contudo, partindo de critérios de factibilidade, não se concretizam. É necessário, portanto, o enfrentamento de estratégias de uma política criminal coerente, medidas de descriminalização e despenalização, consumando-se a política de substitutivos penais em um movimento paulatino e seguro da prisão para a sociedade.

Neste sentido, Vera MALAGUTI BATISTA (2011, p. 114) afirma que a criminologia “abolicionista, aquela que conhece a história do sistema penal (seu fracasso aparente e suas silentes vitórias), foi fértil em produzir projetos coletivos de redução de danos do poder punitivo em seu ápice, mas não conseguiu romper as barreiras” da governamentalidade do capitalismo contemporâneo. Razão pela qual, se propõem medidas de um direito penal mínimo como pautas para os desafios atuais.

Arquitetada por Luigi FERRAJOLI (2002) e Alessandro BARATTA (2013), o direito penal mínimo (minimalismo penal ou contração penal) “a exemplo do abolicionismo, nega a legitimidade do sistema penal, tal como hoje funciona, mas propõe uma alternativa mínima que considera como um mal menos necessário” como único meio de evitar danos maiores (vingança ilimitada) (ZAFFARONI, 2017, p. 89 e 95); visa promover a proteção aos direitos fundamentais diante do Estado Democrático de Direito, fazendo uso de critérios de racionalidade para limitar a intervenção do poder punitivo do Estado, utilizando-se deste apenas e tão somente como *ultima ratio* efetivamente.

É importante ressaltar que para ZAFFARONI, “o direito penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça”. (ZAFFARONI, 2017, p. 106)

Neste viés, Alessandro BARATTA faz algumas indicações estratégicas voltadas para a elaboração e o desenvolvimento de uma “política criminal das classes subalternas” (BARATTA, 2013, p. 200), que é tratada por ZAFFARONI como “resposta político-criminal a partir do realismo marginal”, buscando “reduzir o exercício do poder do sistema penal a fim de substituí-lo por formas efetivas de solução de conflitos”. (ZAFFARONI, 2017, p. 174)

Pontualmente, é importante esclarecer que política penal não se confunde com política criminal. A primeira pode ser utilizada como resposta à questão criminal no que tange ao exercício do poder punitivo do Estado, por meio da lei penal, sua aplicação, a execução das penas e medidas de segurança, por exemplo. Enquanto que a política criminal pode ser compreendida como a política de transformação social e institucional.

Neste sentido, Alessandro BARATTA indica a necessidade de que a política criminal a ser adotada possa partir de uma teoria que reconheça a ligação existente entre a questão penal e as contradições estruturais que se exprimem sobre o plano das relações sociais de distribuição e produção. Sendo necessário, portanto, adoção de “uma política criminal alternativa coerente com a própria base teórica (...) em vista da transformação radical e da superação das relações sociais de produção capitalistas”. (BARATTA, 2013, p. 201)

O Estado deveria adotar políticas que atuassem diretamente na raiz dos problemas sociais, tais como as relacionadas à saúde, educação, trabalho, moradia, acesso à justiça, etc., do que políticas penais de criminalização e penalização. Seria necessário valorizar os meios alternativos de controle sem, contudo, fazer deles uma extensão do direito penal, retornando ao sistema repressivo tradicional.

Ademais, se deveria promover a contração máxima do sistema punitivo principalmente pelo estreitamento da legislação penal a fim de reduzir ao máximo seus tipos penais que atualmente no Brasil gira em torno de 1688 crimes, o que

torna quase humanamente impossível não incorrer em nenhum delito ou conhecer a todos eles. (BARATTA, 2013, p. 202)

A proposta cirúrgica de GENELHÚ e SCHEERER consiste em reduzir os tipos penais a “todos dolosos e consumados mediante o uso de violência”, sendo eles: “a) homicídio; b) lesão corporal grave; c) maus tratos; d) roubo; e) latrocínio; f) sequestro mediante extorsão; g) estupro; h) tortura (prevista na legislação extravagante) e mais um ou outro” (GENELHÚ. SCHEERER, 2017, p. 292), realocando todas as demais condutas delitivas aos outros ramos do direito. Infelizmente, a atual conjuntura da sociedade não permite ainda este tipo de medida “tão extrema”, basta recordar das diversas discussões que foram enfrentadas junto ao Supremo Tribunal Federal há pouco por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, referente à descriminalização do aborto.

Contudo, o ideal é que aos poucos os crimes sejam absorvidos como ilícitos por outras formas de controle legal não estigmatizantes, que se dão no âmbito de outros ramos do direito, tais como direito civil, quando se tratasse, por exemplo, no caso de crimes patrimoniais sem violência contra a pessoa, como o furto, poderiam ser tratados como ilícitos civis passíveis de reparação do dano (indenização); os crimes de trânsito poderiam ser classificados apenas como ilícitos administrativos; os crimes cometidos em razão das relações de trabalho seriam julgados pelo direito trabalhista como ilícitos trabalhistas; e assim, sucessivamente.

Ademais, não menos importante é a substituição das sanções penais por formas de controles não estigmatizantes, não encarceradoras, tais como o

alargamento do sistema de medidas alternativas, pela ampliação das formas de suspensão condicional da pena e de liberdade condicional, pela introdução de formas de execução da pena detentiva em regime de semiliberdade, pela experimentação corajosa e a extensão do regime das permissões, por uma reavaliação em todos os sentidos do trabalho carcerário. (BARATTA, 2013, p. 203)

Partindo do projeto coletivo de redução dos danos do poder punitivo, dentro de uma proposta minimalista penal, Vera MALAGUTI BATISTA propõe a abertura dos muros das prisões “para sua comunicação com o mundo, seus amores, suas famílias, seus amigos” (MALAGUTI BATISTA, 2011, p, 115), que para Alessandro BARATTA, deverá se dar “mediante a colaboração das entidades locais e, mais

ainda, mediante a colaboração dos presos e das suas associações com organizações do movimento operário” (BARATTA, 2013, p. 203), buscando limitar as consequências que o cárcere tem sobre a divisão artificial da classe.

Tendo falhadas todas as tentativas supracitadas de limitação do exercício do poder punitivo, ainda como desafio de uma política criminal alternativa, Alessandro BARATTA sustenta que diante da perspectiva de um direito penal desigual, deve-se promover “uma reforma do processo, da organização judiciária, da polícia, com a finalidade de democratizar estes setores do aparato punitivo do Estado, para contrastar, também de tal modo, os fatores da criminalização seletiva que operam nestes níveis institucionais”. (BARATTA, 2013, p. 203) Esta medida se impõe como necessária, pois não apenas os aparatos de política penal devem ser reformados, mas também a consciência de todos aqueles que fazem parte da extensão do exercício do poder punitivo e cumprem suas funções pautadas em seus maiores preconceitos de base criminológica e etiológica. É preciso apresentar a criminologia crítica e radical para que haja uma verdadeira redução da seletividade estrutural por meio da atuação dos agentes do Estado, ainda que as medidas antecessoras não possam ser implantadas.

Seguindo esta vertente, deve-se mencionar o movimento crítico do direito alternativo cuja finalidade é conter a intervenção penal do Estado em relação aos direitos e garantias fundamentais, principalmente em defesa do mais débil, seja ele a vítima, num primeiro momento, seja ele o acusado, réu e/ou condenado durante e após a persecução penal. Afinal, é sobre essa constante “dança de posições de fragilidade” que “as garantias expressam os direitos fundamentais dos cidadãos contra o poderio estatal das engrenagens punitivas, resguardando-se os marginalizados frente às pessoas que compõem as majorias socialmente integradas”. (BIZZATTO, 2015, p. 25)

A corrente do direito alternativo teve origem na magistratura democrática italiana, no final da década de 60 (ANDRADE, 2016, p. 71). Esta vertente atingiu também a magistratura brasileira do Rio Grande do Sul, entre 1980 e 1990, que, pautado no materialismo histórico, trouxe a dignidade da pessoa humana ao centro das discussões teóricas e dogmáticas, voltando-se a uma aplicabilidade da lei penal

que vise assegurar a todo cidadão de classe média e baixa, o acesso efetivo ao direito, imunizando-se as imposições legislativas da burguesia.

Neste sentido, Amilton BUENO DE CARVALHO sustenta que o direito alternativo conduz à “atuação jurídica comprometida com a busca da vida com dignidade para todos, ambicionando emancipação popular com abertura de espaços democráticos, tornando-se instrumento de defesa/libertação contra a dominação imposta”. (BUENO DE CARVALHO, 2003, p. 89) Desmistificou, portanto, a igualdade apregoada pelo positivismo jurídico, indicando que inexistente neutralidade do Estado tanto na produção do direito quanto na sua aplicação, mas que o direito assume um papel político e é utilizado como instrumento de um aparelho de dominação que trabalha a favor do poder que o criou.

Uma das principais táticas apontadas por ZAFFARONI para o intento que aqui se constrói é “introduzir um discurso diferente e não violento nas fábricas reprodutoras da ideologia do sistema penal”, partindo da premissa de criar uma realidade e colher os reais resultados dela. Desta forma, o principal veículo de propagação do crime deveria ser contido, qual sejam os meios de comunicação de massa. (ZAFFARONI, 2017, p. 175)

Para ele, os materiais de diversão (séries, filmes, etc.) deveriam contar com “exigência de papéis menos violentos – ‘não psicóticos, nem paternalistas’ – para os operadores dos sistemas penais, podendo proteger-se este material como se faz com qualquer outro produto da indústria nacional”. (ZAFFARONI, 2017, p. 175) Por outro lado, as notícias televisivas deveriam ser previamente submetidas a um controle técnico a fim de evitar a difusão de mensagens reprodutoras ou instigadoras públicas de violências, de uso de armas, consumo de tóxicos, condutas suicidas ou atos delitivos em geral. Primeiramente, porque essas metamensagens têm o condão de reproduzirem-se na realidade e, em um segundo plano, formam o convencimento punitivista popular.

Sobre a narrativa de que tal medida seria lesiva à liberdade de expressão, ZAFFARONI argumenta que

O amplo direito à informação não é limitado quando não se impede a circulação das notícias, mas quando se proíbe de inventar fatos violentos não ocorridos, mostrar pela televisão cadáveres despedaçados, explorar a dor alheia surpreendendo declarações de vítimas desoladas e

desconcertadas, violar a privacidade de vítimas humildes e outros recursos semelhantes (...), isto é a propagação de mensagens irresponsáveis que constituem uma deslealdade comercial com o simples objetivo de obter audiência. (ZAFFARONI, 2017, p. 176)

Neste aspecto, vale citar o programa Uruguaio “Estrategia por la vida y la convivencia” que foi criado em 2012, que buscando a redução da criminalidade conta com diversas ações e, dentre elas, a ponderação sobre a atuação dos meios de comunicação de massa televisivos. Fundamenta-se na justificativa de que este não é um problema apenas quantitativo, como também qualitativo, na medida em que a televisão não apenas “reflete a realidade como também pode ampliá-la e multiplicá-la, ao gerar imagens e informações” que ainda que despretensiosamente, acaba “exaltando a violência e estimulando condutas agressivas”. (VEIGA DIAS, 2016)

Como resultado prático da proibição dos programas televisivos policialescos, o Uruguai zerou as mortes por tráfico de drogas. Isto porque “o efeito devastador que eles (veículos televisivos de comunicação de massa) produzem ao fabricar estereótipos e ao remarcar estigmas é impressionante, embora no mau sentido”. (GENELHÚ. SCHEERER, 2017, p. 278-279)

Uma medida que tem funcionado em diversos países é a chamada *numerus clausus*, que significa número fechado, diante da qual o sistema prisional trabalha com base na sua própria capacidade receptiva. Deste modo, só se pode receber mais um dentro do cárcere se nele houver vaga disponível e, caso não haja, a entrada daquele que fora selecionado por último acarreta a liberação compulsória de outro.

Esta é uma das principais ferramentas que vai de encontro com o atual cenário brasileiro de uma taxa de ocupação carcerária de aproximadamente 166% e, neste sentido, “a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil a proibir a entrada de novos presos no IPPSC (Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho), uma das 25 unidades prisionais do Complexo Penitenciário de Gericinó, em Bangu”. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2018)

Ao visitar o referido presídio, em 2016, a Corte constatou que muito embora as instalações comportassem até 1699 detentos, contava com 3454 internos, o que atualmente já possui quase mil a mais. Por tal razão, determinou também a redução

das penas dos presos que lá estão, sendo que cada dia de cumprimento deveria ser computado como dois, exceto aos presos condenados por crimes contra a vida, integridade física ou crimes sexuais.

Muito embora as recomendações da Corte Interamericana de Direitos Humanos não tenham sobre o Brasil força jurisdicional, certamente que suas determinações ensejam algum tipo de resposta das autoridades nacionais, assim como foi o caso da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06). Verifica-se, contudo, dois caminhos para que as decisões da Corte sejam colocadas em prática, a primeira, dependeria de um decreto presidencial, condição pouco provável no atual cenário político e; por outro lado, poderia o juiz da vara de execuções penais proibir novas entradas no presídio com base no texto editado pela Corte Interamericana ou apenas com fundamentos constitucionais e o próprio ordenamento jurídico pátrio – exercício do direito alternativo.

Diante das mais complexas reflexões sobre as medidas que podem ser adotadas para o fim utópico do cárcere, “nada é mais distópico que as promessas que a prisão não cumpre. E nada é mais real que o rastro de sofrimento que ela tem deixado, inclusive naqueles que estão supostamente distantes dela”. (GENELHÚ. SCHEERER, 2017, p. 302)

Ademais, como bem fundamenta o filósofo Mokiti Okada sobre todo maquinário punitivista e o cárcere em relação ao ser humano,

embora se continue criando leis, polícia, tribunais e prisões para impedir a ocorrência de crimes, tudo isso é como construir jaulas e cercas de ferro, a fim de nos proteger do perigo dos animais ferozes. Dessa forma, os criminosos não estão sendo tratados como seres humanos, mas como animais. E haverá maior infelicidade para alguém do que terminar a vida rebaixada à condição de animal (...)? (MOKITI OKADA, 1953)

Em síntese, a prisão jamais poderá cumprir seus intentos reformadores, garantidores da ordem e construtores de uma sociedade civilizada, justa e ética, pois dentre tantas disfunções, contradições e injustiças, as cicatrizes de sua violenta estigmatização jamais se apagam na vida daqueles que foram de vítimas de suas mazelas – até mesmo de seus descendentes – que foram tratados como animais para que se humanizassem. Isso precisa acabar. Seu fim precisa ser concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Superando o cenário de horror produzido pelas penas corporais, os suplícios, as penas de morte por enforcamento, roda, cadeira elétrica, e as mais diversas formas típicas do período medieval de retribuir publicamente pelos delitos cometidos, como instrumento de justiça e ordem pelo contrato social infringido, surge, na história das penas, o cárcere.

Em virtude da divisão do trabalho e especialização das funções na produção manufatureira típica da sociedade capitalista, a fim de garantir mão de obra de reserva e evitar dilacerar os corpos, tornando-os improdutivos, a restrição da liberdade tornou-se medida necessária. Em outros termos, não podendo mais o castigo recair sobre os corpos dos delinquentes, passou a sequestrar seu tempo de vida nas prisões.

Em razão da grande concentração de massas desocupadas que foram expulsas do campo para os centros urbanos, em meados dos séculos XV e XVI, criaram-se casas de trabalho forçado como se a condição de miserabilidade dessas pessoas fosse uma escolha pessoal ou tendência a mendicância e não uma imposição decorrente da estrutura falida que os primeiros passos do capitalismo já vinham trilhando.

Muito embora pautado no ideário de um único tratamento para toda a espécie de crime, o cárcere se impõe como verdadeira marca de obediência e disciplina, cuja medida de tempo e produção projeta o rigor desigual das estruturas do capitalismo, garantindo a manutenção dos privilégios da classe burguesa.

Para manter-se vigente, o sistema penal buscou legitimidade nas mais variadas narrativas jurídico-penais, que por sua vez foram sendo superadas ao longo das alterações de valores e princípios que cada momento histórico apresentou. A primeira teoria que buscou justificar a pena foi a retributivista, diante da qual a pena nada mais era do que uma dívida a ser paga pela quebra de contrato, o contrato social.

As correntes do pensamento utilitaristas ensejam a substituição desta teoria absoluta da pena (retributiva) por sua evidente falta de finalidade que não a mera vingança. Passou-se a projetar para a pena um caráter simbólico, uma função

intimidatória diante dos novos modelos de prevenção geral da pena, que se subdividia em duas a geral e a especial.

A prevenção geral da pena tem a função de desestimular as pessoas que não delinquiram a cometerem crimes e, por outro lado, reforçar a confiança da sociedade no texto legal e em seu cumprimento. Enquanto que a previsão especial atua diretamente sobre aquele que delinuiu, seja retirando-o da sociedade para que não mais cometa crimes, seja ressocializando-o, reeducando-o e reinserindo-o à sociedade.

Em síntese, nenhuma das teorias, até mesmo as remodeladas – que nas suas essências, continuam iguais - que buscam responder à simples questão do: "por que e para que punir?", justificam a imposição da pena de prisão, pelo contrário, seus resultados empíricos demonstram seu completo fracasso, pois não previnem, não reeducam, não impedem que crimes sejam cometidos dentro ou fora das prisões e não ressocializam.

Contudo, a criminologia crítica demonstra que o olhar atento às estruturas sociais encontra nos vestígios da história o sucesso dos discursos ocultos da existência do cárcere quanto à proteção dos interesses político-econômicos da classe burguesa. De modo que a política criminal foi convertida em mero instrumento de separação de classes, onde a pena é utilizada como ferramenta de neutralização ou eliminação dos indesejáveis.

A tese de ZAFFARONI propôs, diante das evidentes disfunções maquinadas pelo sistema prisional, a sua deslegitimidade, uma vez que ao invés de ressocializar, estigmatiza; ao invés de prevenir, possibilita um contato mais direto com a criminalidade; ao invés de retribuir o mal causado, vai muito além dele, pois violenta, tortura, afeta seus descendentes e, ainda; seleciona a dedo quais serão os sujeitos a participar de todo este processo de despersonalização marginal.

Diante da análise dos dados apontados durante a pesquisa, foi possível verificar que entre o ano de 1900 e 2016 o encarceramento aumentou cerca de oito vezes mais, chegando à taxa de encarceramento de aproximadamente 166% nos três últimos anos. Esta situação caótica e desumana foi pauta do Supremo Tribunal Federal que reconheceu sobre o caso estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental.

O julgamento da ADPF 347, em 2015, impôs ao poder público – poder legislativo, poder executivo e poder judiciário – a responsabilidade pela condição de masmorras medievais que os presídios brasileiros se encontram, assumindo que além de não servirem para a ressocialização dos presos, os cárceres fomentam o aumento da criminalidade em razão da violação sistemática aos direitos humanos.

Contudo, ainda assim as prisões continuam abarrotadas de corpos, os índices carcerários continuam apresentando uma contingência desumana, as condições de aprisionamento violam direitos mínimos de dignidade, no que se refere à alimentação, saúde e higiene. Mas a onda punitiva não para. O exercício do poder punitivo continua latente, engolindo os excluídos do sistema capitalista, garantindo a concentração dos meios de produção nas mãos da classe dominante e mantendo os despossuídos longe das propriedades e dos interesses da elite.

Para tanto, o poder punitivo é exercido de forma fragmentada por meio da atuação de diversos agentes, concentrando-se todos no processo de dupla criminalização, que consiste na definição legal dos delitos e aplicação da lei por meio do seu longo processo que vai desde a investigação penal até a execução das penas imputadas.

A criminologia crítica já sustentou que a criminalização parte da tipificação de um extenso rol de condutas sociais que busca proteger especialmente os bens jurídicos da elite que os define, possibilitando a seleção dos delinquentes pela polícia. Esta, por sua vez, tem um gama de apenas 1688 delitos para imputar àqueles que escolherem. Ou seja, quantidade de condutas delitivas é extensa a ponto de permitir às autoridades policiais pinçar os que serão por ela perseguidos.

A investigação e processamento das condutas criminosas também realizam a seleção dos malquistos, o que dá ensejo às chamadas cifras ocultas do crime, que é a diferença entre os delitos efetivamente investigados, processados e condenados e aqueles que não chegaram a ser objeto de incidência do poder punitivo, por razões das mais diversas possíveis, dentre elas, as de cunho político ou econômico.

Por fim, o terceiro ponto que fundamenta a incidência seletiva é a execução penal em si, o encaminhamento do condenado ao cárcere, ao invés de tantas outras medidas alternativas. E todo este processo de seleção, criminalização

e estigmatização é antecipado e reforçado pelos meios de comunicação de massa ao criar realidades, rotular sujeitos e os lançar no sistema penal como cumprimento simples de profecia.

Para que seja possível compreender a dinâmica que se encerra nos processos incidência seletiva do poder punitivo, importa destacar a existência clara de dois grupos de pessoas. O primeiro, formado pelos grandes empresários, parlamentares, investidores, proprietários de grandes fortunas, pessoas influentes e que provavelmente jamais serão encarcerados. O segundo grupo é formado por todo o resto da sociedade, ou seja, a grande maioria, de pessoas trabalhadoras, vulneráveis, com baixa renda, invisíveis à sociedade, os afrodescendentes, os marginalizados – muito embora poucos tenham ciência e reconhecimento desta divisão.

Como o primeiro grupo é o que compõe os grandes cargos empresariais, influentes, investidores e, inclusive, da administração pública como chefes do poder executivo e parlamentares, é esta elite que define os rumos da política criminal, os bens jurídicos penalmente protegidos, os tipos penais, a condução investigativa, processual e executória, reafirmando ainda – por meio da influência midiática – a ilusória necessidade de uma atuação cada vez mais abrangente e firme no sentido de criminalização e penalização por meio do cárcere.

Diante de todo exposto, resta claro que o fim (finalidade declarada) utópico do cárcere jamais se cumprirá, até porque, confronta a sua real finalidade de manutenção do poder da classe economicamente favorecida, em detrimento dos seus subalternos, pois é a prisão que mantém o funcionamento das relações estratificadas de capital.

É necessária maturidade científica para assumir que o sistema de justiça criminal fracassou no que se refere ao seu discurso oficial de ressocialização e reeducação. Admitir que de igualitário, ele não tem nada. Admitir que a fria letra da lei atinge apenas os que não são “amigos do rei”. É preciso mais do que nunca a consciência da crise carcerária, tanto com base na inconsistência do discurso, quanto fundamentada nas condições fáticas e desumanas que lá se propagam.

É preciso olhar para a história por trás das cortinas do discurso oficial, que se transmutou ao longo dos anos tentando esconder suas rachaduras e escancarar

as janelas quebradas desde muito antes de terem sido (im)postas. E neste sentido, não resta alternativa que não seja a de lutar pelo fim (extinção) utópico do cárcere como medida única de libertação dos povos, de civilização, do fim de torturas, tratamentos degradantes e reafirmação violenta das desigualdades sociais.

Contudo, não se vislumbra possibilidade fática de um abolicionismo imediato, de modo cirúrgico como propõem GENELHÚ e SCHEERER, razão pela qual se recomenda a adoção do minimalismo penal como caminho factível para a extinção definitiva do poder prisional.

Destaca-se neste sentido, que a política criminal deveria ter como base as contradições estruturais decorrentes das relações de distribuição e produção de capital a fim de adotar políticas preventivas relacionadas à redução da desigualdade social, à saúde, à educação, dentre outras, e não meramente repressivas.

Ademais, ainda que contra a corrente punitivista, os parlamentares deveriam se empenhar em tornar os crimes de natureza patrimonial, indenizáveis, de perigo abstrato, de natureza tentada, por exemplo, em ilícitos a serem julgados nas suas respectivas áreas de aderência (civil, administrativa, tributária, trabalhista, etc.), que não a *ultima ratio* do sistema penal. Nesta mesma corrente, a alteração legislativa poderia substituir as sanções penais por formas de controle não estigmatizantes como o aprisionamento.

Outra medida que se impõe como necessária e factível é a conscientização acerca das premissas apresentadas pela criminologia crítica radical no que tange a constante luta de classes, aos discursos jurídico-penais legitimantes da pena (declarado e oculto) e a seletividade violenta do poder punitivo, não apenas do público acadêmico, mas também daqueles que compõem a estrutura do poder punitivo e da própria população. Esta conscientização pode motivar aqueles que atuam direta ou indiretamente junto às agências punitivas a fim de promover o uso do direito alternativo como forma de assegurar aos mais vulneráveis proteção às garantias de dignidade da pessoa humana.

O Brasil pode também importar a estratégia adotada pelo Uruguai em 2012, que reduziu a zero as mortes por tráfico de entorpecentes ao proibir a exibição de programas televisivos policialescos por entender que estes têm a prerrogativa de ampliar e multiplicar a realidade, ou até mesmo criar uma nova realidade a partir de

imagens e informações distorcidas, exaltando a violência e estimulando atitudes agressivas.

De acordo com a segunda lei de Newton, dois corpos não podem ocupar o mesmo lugar no mesmo espaço e ao mesmo tempo. Esta é uma das maiores premissas lógicas da física. Contudo, aparentemente os juristas e o poder público brasileiro têm certa dificuldade nesta compreensão primária a ponto de encarcerar em torno de 602.217 pessoas em aproximadamente 421.748 vagas em seus presídios. Neste sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil a proibir a entrada de novos presos em uma de suas unidades prisionais no Rio de Janeiro.

A estratégia de *númerus clausus* é simples: o sistema prisional deve trabalhar com base na sua capacidade carcerária, ou seja, dentro do limite de vagas disponíveis. Neste sentido, para que haja o aprisionamento de um condenado, deve haver vaga disponível para ele. Caso não haja, outro(s) detento(s) terá(ão) que ser(em) colocado(s) em liberdade para que o novo condenado possa ingressar no sistema.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos inovou ao estabelecer que em virtude das graves violações à dignidade da pessoa humana, cada dia de cumprimento de pena deveria ser computado como dois para os detentos não condenados por crimes contra a vida, integridade física ou sexuais.

Em busca da efetiva deslegitimação e extinção do cárcere como instrumento de controle social que garante privilégios de uns em detrimento de outros, a discussão acerca da matéria deve ser ventilada até que seu fim “utópico” se torne possível e assim, concreto. É preciso difundir a importância de políticas criminais alternativas que possam ser adotadas, como a estratégia de *númerus clausus*, a contagem em dobro dos dias de cumprimento de pena para delitos não violentos e culposos (por exemplo), requerer das autoridades legislativas que limitem o poder punitivo por meio da restrição do rol de condutas tipificadas como crime, da despenalização destes delitos, da promoção de políticas preventivas e não repressivas pautadas na violência e no medo, incentivar o uso do direito alternativo em todas as funções do exercício do poder punitivo.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFIA

- ALAGIA, Alejandro. **Fazer Sofrer** – Imagens do homem e da sociedade no direito penal. Trad. por Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2018.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan / ICC, 2012.
- _____. **Amilton Bueno de Carvalho no Movimento Direito Alternativo: Contributo Epistemológico, Criminológico e Político para a Brasilidade Democrática**. In: Para Além do Direito Alternativo e do Garantismo Jurídico: Ensaios críticos em homenagem a Amilton Bueno de Carvalho. Diego de Carvalho, Gabriela de Carvalho, Renata Almeida da Costa, Salo de Carvalho (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: Causas e Alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BIZZOTTO, Alexandre. **A Mão Invisível do Medo e o Pensamento Criminal Libertário**. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.
- BOZZA, Fabio da Silva. **Teorias da Pena: Do Discurso Jurídico à Crítica Criminológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN** — Junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 08/09/2017.
- BUENO DE CARVALHO, Amilton. **Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- _____. **Direito Penal a Marteladas (Algo sobre Nietzsche e o Direito)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. In: Revista Consultor Jurídico, 1 de setembro de 2015^a. Disponível em: <[HTTPS://goo.gl/RA2oKb](https://goo.gl/RA2oKb)>. Acessado em: 30 de janeiro de 2017.

CARRANZA, Elías. **Sistemas penitenciarios y alternativas a La prisión en América Latina y el Caribe**. Buenos Aires: Depalma, 1992.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013a.

_____. **Penas e medidas de Segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013b.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia de libertação**. Trad. de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

_____. **Criminologia da reação social**. Trad. por Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 3. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008.

_____. **30 anos de Vigiar e Punir**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 14, n. 58, (Jan/Fev. 2006).

_____. **Direito Penal. Parte Geral**. 4. ed. Florianópolis: Conceito, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cidadania nos Presídios**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>> Acesso em: 07/07/2017.

_____. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões 2.0**. Cadastro Nacional de Presos. Brasília, 2018. Disponível em: <<file:///C:/Users/walmart/Desktop/Relatório%202018%20CNJ.pdf>>. Acessado em 17/11/2018.

DIAS, Rebeca Fernandes. **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DIETER, Maurício Stegemann. **O Programa de Política Criminal Brasileiro: Funções Declaradas e Reais**. Contribuições de Claus Offe para fundamentação da Crítica Criminológica à Teoria Jurídica das Penas. Revista Eletrônica do CEJUR, Curitiba – PR. a. 2. V. 1., n. 1, ago./dez. 2007. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/cejur/article/viewFile/16744/11131>>. Acessado em 16/07/2017.

- DIMOULIS, Dimitri. **Direito Penal Constitucional: Garantismo na Perspectiva do Pragmatismo Jurídico-Político**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.
- DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. São Paulo: Saraiva, 1980.
- DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e exclusão**. Petrólis: Editora Vozes, 2000.
- EVANS, Richard. **Rituals of retribution: capital, punishment in Germany, 1600-1987**. Harmondsworth: Penguin, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. rev. São Paulo: RT, 2002.
- FOLHA DE SÃO PAULO. **Corte de Direitos Humanos recomenda proibir novos presos em presídio de Bangu, no Rio**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/12/corte-de-direitos-humanos-recomenda-proibir-novos-presos-em-presidio-de-bangu-no-rio.shtml>>. Acessado em: 04/01/2019.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**. 27. ed. Trad. por Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1987.
- _____. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. por Roberto Cabral de Meio Machado e Eduardo Jardim Morais. 4. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2013.
- FREUD, Sigmund. **O Mal-estar na Civilização**. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.
- GARLAND, David. **Penal Modernism and Postmodernism**. In: *Punishment and Social Control*. New York: Aldine de Gruyter, 2004.
- GENELHÚ, Ricardo. SCHEERER, Sebastian. **Manifesto para Abolir as Prisões**. Rio de Janeiro: Revan, 2017.
- GOMES NETO, Pedro Rates. **A Prisão e o Sistema Penitenciário: uma visão histórica**. Canoas: ULBRA, 2000.
- HEGEL, Georg Wilhelm Fridrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HERKENHOFF, João Baptista. **Crime: tratamento sem prisão: relato da experiência de uma justiça criminal alternativa**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1987.

- HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Européia**. Síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012.
- HIMKELAMMERT, Franz. **Crítica a la razón utópica**. San José da Costa Rica: Editorial DEI, 1984.
- INFOPEN, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: atualização - Junho de 2016**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública: 2017.
- KANT, Immanuel. **Doutrina do Direito**. Trad. por Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MALAGUTI BATISTA, Vera. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- MARX, Karl. **Contribuição à Crítica da Economia Política**. Trad. por Maria Helena Barreiro Alves. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Ed. 2. São Paulo: Boitempo, 2010.
- _____. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Trad. por Jesus Ramanieri. São Paulo: Boitempo, 2010.
- MARX, Karl; e ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. Trad. por Rubens Enderle, Nélcio Schneider e Luciano Cavini Martorano. Ed. 1. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.
- _____. **Manifesto Comunista**. Trad. Álvaro Pina. Ed. 1. São Paulo: Boitempo, 2007.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica: As Origens do Sistema Penitenciário (Séculos XVI-XIX)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- OKADA, Mokiti. **Alicerce do Paraíso**. Vol. 1. São Paulo: Fundação M. O. A., 2018.
- PACHUKANIS, Evguiéni Bronislavovich. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Trad. por Paula Vaz de Almeida. Rev. Por Alysson Leandro Mascaro, Pedro Mavoglio. São Paulo: Boitempo, 2017.
- PAVARINI, Massimo. **El Grotresco de La Penologia Contemporánea**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 81. São Paulo, 2009.
- _____. GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. **O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos Direitos Humanos no Sistema Prisional Brasileiro**. Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos. vl. 5. n. 1. p. 167-190, jan./jun., 2017. Disponível em: <<https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/472/206>>. Acessado em: 15 de dezembro de 2018.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SOUZA, André Peixoto de. **Direito Penal e marxismo: “desenhando”...** Canal Ciências Criminais, 11 de janeiro de 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/direito-penal-e-marxismo-desenhando/>>. Acessado em: 10/11/2016.

_____. **Punição e Estrutura Social**. Canal Ciências Criminais, 28 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/punicao-estrutura-social/>>. Acessado em: 16/01/2017.

_____. **Presídios**. Canal Ciências Criminais, 16 de janeiro de 2017. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/presidios/>>. Acessado em: 20/01/2017.

VASCONCELLOS, Gilberto Felisberto. **O Príncipe da Moeda**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1997.

VEIGA DIAS, Felipe da. **Punitivismo Midiático nos Programas Policialescos e a Regulação da Comunicação no Brasil com base nos Direitos de Crianças e Adolescentes: Ensinaamentos Uruguaios com a Estratégia por la Vida y la Convivência**. In: Criminologias e política criminal II. Org. CONPEDI. Coord. Florencio Macedo Maggi, Gabriel Antinolfi Divan. Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/37p0p60l/ows72J6ya7hn4Yl0.pdf>>. Acessado em: 20/12/2018.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Trad. por Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **Punir os pobres**. Trad. por Sérgio Lamarão. 3ª Ed. rev. e ampl. 2º reimp. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

WEZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. 11. Ed. Trad. por Juan Bustos Ramírez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **Em Busca das Penas Perdidas:** A Perda da Legitimidade do Sistema Penal. 5. ed. (1991) Trad. por Vânia Romano Pedrosa. 5ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I.** Rio de Janeiro: Revan, 2003.