

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC**

**CURSO DE DIREITO**

**ELOÍSA PAGANINI**

**O DISCURSO DA RESSOCIALIZAÇÃO DA PENA SOB O ENFOQUE  
DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

**CRICIÚMA, JULHO DE 2015**

**ELOÍSA PAGANINI**

**O DISCURSO DA RESSOCIALIZAÇÃO DA PENA SOB O ENFOQUE  
DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. MSc. Monica Ovinski de Camargo Cortina.

**CRICIÚMA, JULHO DE 2015**

**ELOÍSA PAGANINI**

**O DISCURSO DA RESSOCIALIZAÇÃO DA PENA SOB O ENFOQUE  
DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Criminologia.

Criciúma, 08 de julho de 2015.

**BANCA EXAMINADORA**

Prof<sup>a</sup>. MSc. Monica Ovinski de Camargo Cortina – UNESC – Orientadora

Prof. MSc. Jackson da Silva Leal – UNESC

Prof. MSc. Valter Cimolin – UNESC

**À minha família, com todo o meu amor.**

## AGRADECIMENTOS

Diante de todo o esforço para que o presente trabalho fosse concluído, não poderia deixar de mencionar o meu carinho por algumas pessoas que fizeram parte de toda a minha trajetória acadêmica e que de alguma forma, são especiais para mim.

O meu mais sincero agradecimento aos meus pais, Maria Julia e Delir, a quem eu devo tudo. Obrigada pelo apoio, amor e muita paciência para que eu pudesse realizar este sonho.

À minha irmã e amiga, Juliana, por ser o meu “espelho” e por me mostrar o verdadeiro significado da palavra amor.

À Lili, minha cadelinha que tanto gosto, pelas lambidinhas que amenizaram meu nervosismo.

Aos meus tios, Dadau, Dadai, Zé e Lilica pelo apoio incondicional e por me amarem tanto.

Ao meu namorado, Johnlee, pelo carinho e por sempre acreditar em mim.

Ao meu melhor amigo, Raíle, que desde o início da faculdade se tornou especial com seu “espírito revolucionário”, aceitando mudar o mundo comigo em um minuto.

Aos meus amigos Eduardo, Vitor, Gustavo e Bruno.

À minha orientadora Monica Ovinski de Camargo Cortina, por toda a atenção e carinho sem igual e minha banca Jackson da Silva Leal pelas aulas fantásticas de Direitos Humanos.

Ao professor Valter Cimolin, por fazer parte da banca, por fazer eu me encantar pelas aulas de Criminologia (me apaixonando pelo tema na 3ª fase) e pela ajuda na elaboração do meu projeto.

Aos professores que fizeram toda diferença na minha formação: Vladimir Luz, João Raphael, Janete Trichês, Rosangela Del Moro, Yduan de Oliveria, Márcia Piazza, Jean Gilnei Custódio (professor do estágio), Alisson Comin, Luiz Eduardo Conti, Alfredo Engelmann, Renise Zaniboni, Maurício Filó, Daniel Preve, Vladimir Trizotto, João Carlos, João Mello e Adriane.

À todos os colegas da turma II, que me “acolheram” desde que troquei de turma, em especial às queridas Alice, Bruna, Mariane, Laura e Tays (minha dupla) por sempre me incentivarem.

**[...] Os violadores que mais ferozmente violam a natureza e os direitos humanos jamais são presos. Eles têm as chaves das prisões [...] (GALEANO, 1999, p. 07).**

## RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo a verificação do conceito de ressocialização inserido na Lei de Execução Penal Brasileira, a partir de uma leitura da Criminologia Crítica. A escolha pelo tema se deu pelo alto índice de população carcerária apresentado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), revelando a insuficiência da Lei de Execução Penal Brasileira em efetuar o que dispõe. No andamento deste trabalho, utilizou-se do método de abordagem dedutivo, adotando o procedimento monográfico. As técnicas de pesquisa envolveram pesquisa documental-legal e bibliográfica. Os resultados obtidos apontaram que a Lei de Execução Penal Brasileira, o Código Penal e a Constituição da República Federativa de 1988 preveem a ressocialização como finalidade da pena, sem, no entanto, conceituá-la. A indefinição legal e doutrinária esconde a real função da pena ao mesmo tempo que reforça seu discurso em torno de sua legitimidade. Assim, verificou-se que o sistema prisional atua propagando funções que não declara (funções ocultas), mas mantém sua legitimidade através das teorias justificacionistas da pena, onde declara suas funções oficiais.

**Palavras-chave:** Ressocialização. Teorias justificacionistas. Criminologia Crítica.

## **ABSTRACT**

This study aimed to verify the concept of rehabilitation inserted into the Brazilian Penal Execution Law, from a reading of Critical Criminology. The choice of theme was due to the high rate of prison population presented by the National Penitentiary Department (DEPEN), revealing the failure of the Brazilian Penal Execution Law in effect what has. In the course of this work, we used the deductive method of approach, adopting the monographic procedure. The research techniques involved documentary-legal and bibliographic research. The results showed that the Brazilian Penal Execution Law, the Penal Code and the Federal Constitution of 1988 provide for the rehabilitation and purpose of punishment, without, however, conceptualize it. The legal and doctrinal vagueness hides the real function of the sentence while it strengthens his speech around their legitimacy. Thus, it was found that the prison system operates spreading functions that do not declare (hidden functions), but retains its legitimacy through justificacionistas theories of punishment, which declared their official duties.

**Keywords:** Resocialization. Justificacionistas theories. Critical Criminology.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
1 CONTEXTO HISTÓRICO DA PRISÃO .....	12
1.1 Breve histórico da prisão: da era dos suplícios ao cárcere como pena.....	12
1.2 Modelos de pedagogia prisional.....	17
1.3 A finalidade da prisão no contexto do surgimento do capitalismo.....	21
2 TEORIAS DA PENA E PODER DE PUNIR.....	28
2.1 Fundamentos do poder de punição estatal .....	28
2.2 Teorias justificacionistas .....	33
2.2.1 Teoria absoluta: retribuição .....	34
2.2.2 Teoria relativa: prevenção .....	37
2.3 Prevenção especial positiva (ressocialização): função reabilitadora da pena.....	40
2.4 Criminologia crítica e a crítica ao fundamento do poder de punir .....	43
2.5 Teoria Agnóstica da Pena.....	49
3 ANÁLISE DA COMPREENSÃO DA RESSOCIALIZAÇÃO NA LEGISLAÇÃO PENAL E NA PRÁTICA DO SISTEMA PENAL SOB O VIÉS DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA.....	52
3.1 Ressocialização para a doutrina penal .....	52
3.2 A prática do sistema prisional: dados sobre a atuação do sistema e seus efeitos na população prisional.....	58
3.3 Controle social: o discurso reabilitador como discurso de legitimidade do Sistema Penal.....	65
CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS.....	77

## INTRODUÇÃO

A Lei de Execução Penal Brasileira (Lei nº 7.210/84) dispõe em seus artigos 1º, 10 e 22 que o Estado deve garantir através da assistência social o retorno harmônico do apenado para a sociedade.

A sociedade em geral, espera por “justiça”, pela criação de mais prisões e leis mais severas, acreditando que o sistema prisional é efetivo e que a “solução” para a questão da criminalidade é a retirada da liberdade dos indivíduos que cometem crimes, em nome da “segurança pública”, da sociedade.

A mídia, por sua vez, detém um enorme poder de “convencimento” e alienação de uma parcela da população, onde inúmeras vezes apresenta dados sobre a criminalidade de forma sensacionalista e controladora, fazendo com que algumas pessoas acreditem que o sistema prisional realmente se preocupa e combate a criminalidade de forma correta, respeitando os direitos humanos e ressocializando-os.

Contudo, a Lei de Execução Penal Brasileira, o Código Penal e a Constituição da República Federativa de 1988, dispõem em seus textos legais, que a pena de prisão tem como função e objetivo, o reingresso do apenado de volta à sociedade de forma ressocializada, sem, contudo, conceituar ou explicar de que forma esta tarefa se dará.

Para tanto, o objetivo geral da monografia é pesquisar as consequências da (in)definição de ressocialização na Lei de Execução Penal Brasileira (Lei nº 7.210/1984) e quais os reflexos desse conceito na função da pena, sob o enfoque da Criminologia Crítica.

Para cumprir com o objetivo exposto, esta monografia se divide em três capítulos. No primeiro capítulo abordar-se-á o contexto histórico da prisão examinando desde o seu surgimento, com a era dos suplícios (onde a pena dava-se através do corpo) até o cárcere como prisão institucionalizada, apresentando os modelos de pedagogia prisional utilizados.

Em um segundo momento, o objetivo será examinar as teorias justificacionistas da pena e do poder de punir estatal, para conhecer o fundamento das teorias retributivas, que buscam retribuir o delito através de outro mal (que é a pena) e preventivas, dedicando-se à teoria especial positiva e a função reabilitadora

da pena. Enfim, apresentar-se-á a teoria agnóstica da pena e sua crítica em relação as teorias justificacionistas.

No terceiro e último capítulo será estudada a junção entre a prisão como instituto que se declara legítimo e o poder de punir do Estado, abordando qual o conceito de ressocialização para a doutrina penal. Serão também apresentados dados da atuação do sistema prisional e por fim, far-se-á uma crítica ao discurso oficial (declarado) do sistema carcerário.

No decorrer dessa pesquisa, utilizou-se do método de abordagem dedutivo. A pesquisa é do tipo teórica e qualitativa. As técnicas de pesquisa utilizadas foram documental-legal e bibliográfica.

A relevância do estudo do tema é a verificação da definição de ressocialização para a legislação penal, já que a mesma é uma finalidade declarada da pena e, por isso deveria influenciar toda a metodologia prisional, afetando diretamente a vida de pessoas submetidas à prisão, agentes e gestores prisionais.

## 1 CONTEXTO HISTÓRICO DA PRISÃO

O presente capítulo tem por objetivo expor o histórico da pena, desde a era dos suplícios até a prisão na sociedade moderna. Com isso, visa mostrar quais as formas de punição que existiram no decorrer dos séculos.

Inicialmente, no século XVIII, havia os castigos físicos (suplício) onde a pena era efetivada através do corpo do condenado. Após esse período, surge a prisão, havendo um “novo” direcionamento da punição, passando a restringir a alma dos encarcerados. Posteriormente, surge a necessidade de explorar o trabalho de quem estava ocupando tais estabelecimentos, dotado da ideia de caráter produtivo, o que na prática não ocorreu.

Sendo assim, o direito penal resta desigual e seletivo desde os primórdios até atualmente.

### 1.1 Breve histórico da prisão: da era dos suplícios ao cárcere como pena

Durante a história da humanidade a prisão passou por diversas transformações, devido a isso, para que se possa compreender o modelo do cárcere enquanto pena, faz-se necessário realizar um apanhado da sua trajetória, iniciando pela era dos suplícios.

Segundo Foucault, o suplício nada mais era que a aplicação de castigos físicos como forma de penalidade, ou seja, até o século XVIII havia a utilização do corpo enquanto parâmetro de proporcionalidade do sofrimento com a gravidade do crime cometido pela pessoa.

Muitas coisas entretanto são novas nessas técnicas. A escala, em primeiro lugar, do controle: não se trata de cuidar do corpo, em massa, grosso modo, como se fosse uma unidade indissociável, mas de trabalhá-lo detalhadamente; de exercer sobre ele uma coerção sem folga, de mantê-lo ao mesmo nível da mecânica (2013, p. 132-133).

Entretanto, é preciso que se compreenda este cenário que a Europa vivenciava nos séculos XVII e XVIII, a partir da associação com diversos momentos da história humana,

Desde a punição de escravos nos regimes escravocratas, existentes já na antiguidade egípcia; passando por processos de mutilação ou crucificação praticados tanto na época romana quanto na idade média; chegando, finalmente, a idade moderna, que se em fase inicial fazia uso de castigos corporais severos, mesmo após ter passado por uma moralização que pedia o abandono dessas práticas, sofre ainda com esse tipo de castigo (DIAS, 2007, p. 02).

Portanto, o suplício se configurava para Foucault (2013, p. 35) com base em três critérios, sendo eles a produção do sofrimento, a consolidação de um ritual, ou seja, de uma cerimônia de exposição do poder de punir do rei (poder político) em contraposição à insignificância do súdito, e por fim, ser através de pompa, aplaudido e ostentado por todos que o assistissem.

Todavia, a partir das transformações no contexto político, isto é, a partir do momento em que o suplício passa a ser encarado como um teatro macabro que não reparava nem impedia que o crime ocorresse, mas era visto como algo pior do que o próprio crime praticado, houve uma reconfiguração na ideia de punição (ROCHA, 2006, p. 35).

Pois bem, esse redirecionamento da punição é levantado por alguns autores de modo enfático, pois

Se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que, então, se exerce? A resposta dos teóricos – daqueles que abriram, por volta de 1780, o período que ainda não se encerrou – é simples, quase evidente [...]. Pois não é mais no corpo, é na alma (FOUCAULT, 2013, p. 21).

O mesmo autor destaca esta mudança a partir da passagem do antigo regime para o iluminismo, onde a prisão torna-se o método de punição mais comum, fazendo com que a alma, que para o referido autor é algo com voz e sem rosto, entidades intangíveis, onde a pena deve atuar de forma rígida sobre o “coração, o intelecto, a vontade, as disposições” (FOUCAULT, 2013, p. 21), se submetesse a dominação de um novo procedimento político.

Já Rusche e Kirchheimer (2004, p. 23) afirmam que os diversos sistemas penais estão ligados às fases de desenvolvimento da economia. Na Alta Idade Média, por exemplo, não havia espaço para um sistema punitivo do Estado. A indenização e a fiança foram as penas da Idade Média, porém, foram gradativamente substituídas pelo sistema de punição corporal e capital, que acabou abrindo portas para o aprisionamento, no século XVII.

Notava-se a diferença de classes sociais pelas diferenças nos valores da fiança, ou seja, a fiança era calculada conforme o “status” social do infrator e da parte ofendida. A classe subalterna não tinha propriedade, muito menos a fiança em moedas para pagar, então houve a substituição desse pagamento por castigos corporais, em que o aprisionamento era caracterizado como uma forma de castigo. Ainda neste sentido, na prática a fiança era reservada aos ricos enquanto o castigo corporal era a pena dos pobres (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 24-25).

Verifica-se então que a pena nesse “novo” cenário social voltou-se para a supressão de direito, no sentido de que se antes privilegiava a dor, os castigos, o sangue, a tortura, agora, a privação da liberdade humana se consolidava enquanto mecanismo mais eficaz para o impedimento de que o crime voltasse a ocorrer (ROCHA, 2006, p. 37).

Tal sistema, por sua vez, dará lugar, a partir do século XVII, ao predomínio da pena privativa de liberdade. Finalmente, a tendência de humanização das penas, que ganha força com o Iluminismo, perderá sua função com o advento da Revolução Industrial, que faz desaparecer a anterior penúria de mão-de-obra e constitui um exército industrial de reserva (ALVAREZ, 2007, p. 04).

Entretanto, não se pode ter uma visão ingênua dessa mudança de paradigma, como lembra Foucault (2013), embora os procedimentos empregados para punição física tenham reduzido a partir do surgimento das prisões, a violência à pessoa do condenado não foi extinta por completo. Ainda assim, no início do século XIX, o encarceramento além de privar a liberdade, ainda transformava os indivíduos,

Uma coisa, com efeito, é clara: a prisão não foi primeiro uma privação de liberdade a que se teria dado em seguida uma função técnica de correção; ela foi desde o início uma “detenção legal” encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação de liberdade permite fazer funcionar no sistema legal. Em suma, o encarceramento penal, desde o início do século XIX, recobriu ao mesmo tempo a privação de liberdade e a transformação técnica dos indivíduos (FOUCAULT, 2013, p. 219).

Dessa maneira, o discurso reproduzido era de que a aplicação das penas não deveria ser objeto de vinganças coletivas, pelo contrário, deveria ter como foco a justiça, a prevenção do crime e a recuperação do criminoso (BECCARIA, 2006, p. 43).

Como bem lembra Feitosa (2014),

Os meios de punição anteriormente utilizados como o açoite e a execução foram substituídos por instituições de correção, que consistiam na reforma dos autores de delito por meio do trabalho forçado, disciplina, castigo corporal e instrução religiosa, tendo estas instituições o objetivo não só de corrigir, mas igualmente o de prevenir o aumento da delinquência, desestimulando a prática de futuros ilícitos; ao tempo em que surge em todas as camadas sociais atitudes de protesto contra os suplícios, surgindo assim as primeiras correntes humanistas que visavam o desenvolvimento, sendo determinada a construção de casas de correção ou trabalho, estabelecendo-se uma relação entre a utilização de mão de obra dos reclusos e a prisão (FEITOSA, 2014).

O modelo produtivo até o século XVIII era a manufatura, entretanto, havia a concepção de que cada detento deveria aprender apenas uma modalidade de ofício, já que eles teriam uma “inteligência limitada”, fazendo com que isso economizasse tempo e dinheiro (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 58).

Como bem lembra Anitua (2008, p. 202), as condições de trabalho eram desumanas, sendo que o objetivo era satisfazer o interesse privado, sempre buscando aumentar o lucro, causando assim, um elevado número de injustiça social e de exploração da mão-de-obra dessa classe social trabalhadora.

A parte mais fragilizada da sociedade, como os pobres e mulheres prostitutas, no século XVII, “coincidentalmente”, lotaram a casa de correção, ocasionando a reprodução da ideologia de que a estes grupos sociais caberia a reeducação (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 57-58).

Percebe-se a prática desumana e desigual que vigorou nessa época, em que apenas as pessoas que não possuíam o poder (seja econômico ou político), eram vítimas de arbitrariedades do Estado, justamente porque este mesmo Estado opressor possuía o objetivo de controlar a vida dos encarcerados, aumentando seu lucro e selecionando seus condenados.

Essa situação desumana das condições de trabalho tinha ainda outra função, sendo que as casas de correção através de seus trabalhos pesados, têm um efeito de “prevenção geral” que significa uma ameaça, coberta de função intimidadora que naquela época era direcionada para os operários “livres”. Porque embora as condições de trabalho fossem precárias, ainda assim, era preferível ser “livre” e aceitar tais condições, do que ir para a casa de trabalho ou para a prisão (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 46-47).

[...] Porém, já desde o início, o segredo da workhouse ou da hasp-huis reside na interpretação, em termos ideais, da concepção burguesa da vida e da sociedade, na preparação dos homens – em particular, os pobres, os proletários – a aceitar uma disciplina que os transforme em dóceis instrumentos da exploração [...] (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 55).

É com base nisso que a punição entra no ideário das pessoas enquanto amedrontadora, mas esse processo se dá de forma velada, onde sua “eficácia é atribuída à sua fatalidade, não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro” (FOUCAULT, 2013, p. 39), ou seja, o mecanismo de poder vai transformando seu discurso.

No início do século XIX houve, portanto, grande insatisfação com o sistema carcerário,

A crítica ao sistema penitenciário, na primeira metade do século XIX (a prisão não é bastante punitiva: em suma, os detentos têm menos fome, menos frio e privações que muitos pobres ou operários), indica um postulado que jamais foi efetivamente levantado: é justo que o condenado sofra mais que os outros homens? A pena se dissocia totalmente de um complemento de dor física. Que seria então um castigo incorporeal? (FOUCAULT, 2013, p. 20).

Percebe-se que o monopólio do direito de punir, era concentrado nas mãos do Estado, e este que determinava a maneira como o sistema penal iria se desenvolver, visando sempre seus interesses políticos e econômicos.

O cenário do século XIX era de extremo terror e inquietações, onde os próprios ladrões, homicidas, vagabundos, indigentes, tinham suas mortes usadas como forma de contestação à estrutura vigente, sendo que este pavor ao invés de reprimir, gerava, um sentimento de injustiça generalizado (ROCHA, 2006, p. 38).

A transformação do direito de punir foi acompanhada então pelo desenvolvimento do Estado, que deixa de ser absoluto e se transforma em Estado de Direito, no qual os mecanismos constitucionais acabam obstaculizando o exercício arbitrário e ilegítimo do poder (BOBBIO, 1994, p. 19), ou seja, pode-se afirmar que o sistema punitivo irá se alterar dependendo do modelo de Estado que se tem.

O que se presume na teoria, é que a partir do surgimento do Estado de Direito haveria uma busca pela justiça, no sentido de que o poder não deveria ser exaltado como forma de vingança, já que o criminoso não seria um inimigo do



Estado, pelo contrário, sua punição deveria vir atrelada ao respeito pelos seus direitos dos homens (BECCARIA, 2006, p. 81).

Entretanto, o que se assistiu de forma intensa nas últimas décadas do século XX, foi um crescimento das taxas de encarceramento de forma arbitrária e controladora, onde o Estado utiliza de seu poder para selecionar e oprimir seus encarcerados, indo tal realidade de encontro com a ideia que se tinha do surgimento do Estado de Direito (VIANNA, 2010, p. 23).

Portanto, partindo desse breve histórico da prisão, é possível compreender que a utilização do cárcere como pena se constitui de uma maneira escolhida pelo Estado de preservar seu poder econômico e político, e conseqüentemente selecionar seus sujeitos.

A partir disso, passa-se a análise dos modelos de pedagogia prisional para que se torne mais claro, quais os métodos usados para controlar e dominar os condenados.

## **1.2 Modelos de pedagogia prisional**

Finda então a época do castigo diretamente ao corpo do preso como anteriormente abordado, buscou-se a conservação e economia do mesmo, iniciando assim uma nova técnica de disciplinamento, através da dominação, submissão e humilhação, estando bem distinto o grupo dos dominados (detentos) e dos dominadores (agentes penitenciários).

Houve na época clássica, a descoberta do corpo como um alvo do poder para manipular e fazer com que ele obedecesse às regras superiores para suas forças se multiplicarem (FOUCAULT, 2013, p. 58). Ou seja, é a partir do corpo dócil que se observa, se vigia e se domina.

Goffman (2007) ao abordar sobre o objetivo de analisar os condenados destaca que não é para orientar os presos ou inspecionar suas atividades, e sim apenas para vigiá-los.

Quando as pessoas se movimentam em conjuntos, podem ser supervisionadas por um pessoal, cuja atividade principal não é orientação ou inspeção periódica (tal como ocorre em muitas relações empregador-empregado), mas vigilância [...] (GOFFMAN, 2007, p. 18).

Foi Bentham quem desenvolveu a técnica de disciplina antes mesmo da Revolução Industrial, como aponta Anitua,

[...] Em segundo lugar, o disciplinarismo como técnica política de controle social. Esta intenção disciplinadora, como se demonstrou, já existia antes dessa época industrializada. Mas foi em plena Revolução Industrial que uma justificativa teórica seria proporcionada com base na utilidade pública entendida como felicidade (2008, p. 207).

Para Bentham, felicidade é o trabalho, o acúmulo de capital, sendo que para atingi-la, era preciso explorar a mão-de-obra dos encarcerados, disciplinando-os e impondo novas regras.

Esse poder de disciplina tem como objetivo o adestramento, ou seja, é um poder que adentra para conseguir retirar e apropriar-se ainda mais das forças do encarcerado. Ainda, associa a disciplina como uma forma de poder que domina a origem do sistema prisional (FOUCAULT, 2013, p. 164).

A disciplina resulta em corpos dóceis e submissos sendo muito fácil de serem manipulados e de suas forças serem extraídas, configurando um poder exercido de forma contínua e ininterrupta. São esses métodos que Foucault vai chamar de disciplina,

[...] O objeto, em seguida, do controle: não, ou não mais, os elementos significativos do comportamento ou a linguagem do corpo, mas a economia, a eficácia dos movimentos, sua organização interna; a coação se faz mais sobre as forças que sobre os sinais; a única cerimônia que realmente importa é a do exercício. A modalidade, enfim: implica numa coerção ininterrupta, constante [...]. Esses métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade, são o que podemos chamar as “disciplinas” (2013, p. 133).

Para melhor implementação dessa disciplina, Bentham desenha o panóptico (1791), acreditando ser o ideal para esse momento histórico, sendo uma forma econômica com a possibilidade de ser aplicado na época do capitalismo manufatureiro. Entretanto, o desenho dessa máquina disciplinar não saiu do papel, pois o Parlamento britânico impediu tal construção (ANITUA, 2008).

Máquina essa que o referido autor define como

Uma “máquina” – insisto no termo, pois este é um momento histórico em que um homem de gênio deveria criar máquinas para ser realmente

considerado genial – que permitia, com o mínimo de esforço, o melhor resultado. O máximo controle deveria unir a finalidade da pena com o menor gasto e os maiores benefícios para o indivíduo e para a comunidade no futuro [...] (ANITUA, 2008, p. 208).

O modelo de panóptico caracteriza-se por uma torre com janelas em vidro, que ficava bem no centro, onde o vigilante que ali ficasse, tinha o poder de visão e observava tudo que acontecia nas celas (anéis periféricos), sem jamais ser visto. Como pontua Anitua (2008, p. 209), Bentham afirmava que “quem está no anel periférico é totalmente visto sem ver jamais; na torre interior, vê-se tudo sem jamais ser visto”.

Foucault explica como na sociedade capitalista a prisão evolui de um aparelho marginal ao sistema punitivo a uma posição de centralidade como aparelho do controle social, em razão da necessidade da disciplina (métodos para impor uma relação de docilidade/ utilidade) da força de trabalho, promovida pela singularidade do panóptico [...] (ARGÜELLO, 2005, p. 14).

Esse poder é visível e inverificável, uma vez que é visível a torre para o detento e inverificável no tocante à incerteza do detento de estar ou não sendo vigiado (FOUCAULT, 2013). “Daí o efeito mais importante do panóptico: induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder” (FOUCAULT, 2013, p. 191).

Ainda nesse contexto, a estrutura do panóptico serve para modificar totalmente o “eu”, a identidade do condenado, fazendo com que ele seja treinado para se comportar de determinada forma imposta pelo poder superior,

[...] O panóptico pode ser utilizado como máquina de fazer experiências, modificar o comportamento, treinar ou retreinar os indivíduos. Experimentar remédios e verificar seus efeitos. Tentar diversas punições sobre os prisioneiros, segundo seus crimes e temperamento, e procurar as mais eficazes (FOUCAULT, 2013, p. 193).

Goffman (2007, p. 25) identifica a retirada de personalidade do encarcerado quando este vai para a prisão, onde recebe um número e um código, e a partir daí, é apenas “mais um”, para o sistema prisional. Isso é o que ele chama de processos de admissão, ou quiçá “arrumação” ou até “programação”, já que ao entrar, o indivíduo é despido de tudo que traz do mundo externo.

E ainda assim, na detenção o preso perde suas referências pessoais no momento em que é introduzido no cárcere, ou seja, perde qualquer tipo de cultura e hábitos, que são os símbolos exteriores da própria autonomia, como por exemplo, o vestuário e pertences pessoais (BARATTA, 2011, p. 184).

Contribuindo com tudo o que já foi dito, Goffman (2007) define esses estabelecimentos que priorizam a estrutura física do local como, por exemplo, as paredes altas da prisão, como instituições totais. E que essas são denominadas “fechadas” por criarem uma barreira entre o preso e o mundo externo.

As instituições totais de nossa sociedade podem ser, grosso modo, enumeradas em cinco agrupamentos. [...] Um terceiro tipo de instituição total é organizado para proteger a comunidade contra perigosos intencionais, e o bem-estar das pessoas assim isoladas não constitui o problema imediato: cadeias, penitenciárias, campos de prisioneiros de guerra, campos de concentração (GOFFMAN, 2007, p. 16-17).

Ainda, afirma que na sociedade contemporânea ocidental os cidadãos são ensinados a se relacionar a todo momento com diferentes pessoas e passar os momentos da vida em diferentes lugares, como por exemplo, dormir e trabalhar em locais distintos. Entretanto, o aspecto das ditas instituições totais pode ser caracterizado pela ruptura dessas barreiras que separam as esferas da vida humana, levando em consideração que todos os momentos serão realizados no mesmo lugar. Ainda assim, toda atividade será coletivamente realizada, visto que participarão de um grupo relativamente grande (GOFFMAN, 2007, p. 17-18).

Sob essa instituição, forma-se um trabalho sobre o corpo do preso, caracterizado como política das coerções, em que a dominação é baseada nos gestos e nos comportamentos. Em razão disso, a disciplina “produz” corpos “dóceis”, aumentando e ao mesmo tempo diminuindo as forças do corpo. O surgimento desse tipo de punição, a disciplina, foi uma descoberta paulatina, porém com diversas origens e locais distintos, como nos colégios e nos estabelecimentos hospitalares (FOUCAULT, 2013, p. 134).

Ainda assim, percebe-se que o objetivo central da punição em forma de encarceramento, deu-se pelo lucro que o Estado teria mantendo estas instituições em funcionamento,

De todas as motivações da nova ênfase no encarceramento como método de punição, a mais importante era o lucro, tanto no sentido restrito de fazer

produtiva a própria instituição quanto no sentido amplo de tornar todo o sistema penal parte do programa mercantilista do Estado (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 103).

Para Baratta (2011), o cárcere representa um processo seletivo, mas esse processo se inicia muito antes dessa instituição, estando presente nas discriminações sociais, sendo que ao invés de recuperar, acaba incentivando uma profissão criminosa.

O cárcere representa, em suma, a ponta do iceberg que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc. O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa (BARATTA, 2011, p. 167).

Foucault (2013, p. 233) reafirma que essas estruturas punitivas não têm apenas um lado negativo, mas apresentam também efeitos positivos e muito úteis que as sustentam. Nessa linha, para a legitimação do poder de punir do Estado, surgiram algumas teorias denominadas preventivas e retributivas, as quais procuram justificar a pena e que serão analisadas neste trabalho.

Em suma, as teorias preventivas buscam a prevenção de futuros delitos, em contraponto, as teorias retributivas têm como objetivo, retribuir o mal causado por consequência do delito, voltando-se para o passado (QUADROS, 1995, p. 07).

Tratar-se-á com mais ênfase sobre as teorias justificacionistas da pena no segundo capítulo do presente estudo.

Após esse histórico das fases da prisão, passa-se agora para análise da finalidade da prisão no contexto do capitalismo, em que a força de trabalho era muito valiosa e fácil de ser explorada.

### **1.3 A finalidade da prisão no contexto do surgimento do capitalismo**

Os métodos de punição começaram a mudar de forma gradual no final do século XVI. Surgiu então, a necessidade de explorar o trabalho de quem estava aprisionado, através da escravidão nas galés, deportação e trabalhos forçados (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 43).

Após todo esse histórico da prisão como pena, o sistema das penas permaneceu inerte com sua dúplici intenção de punição (punição corporal e fiança), salvo pela diferente aplicação da lei, em que se levava em consideração a classe social do condenado (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p 31).

Então a pena só se consolidou a partir do século XVIII, onde nos países da Europa surgiram as casas de correção, que eram casas de trabalho forçado em que os pobres, proletários e as mulheres prostitutas foram o alvo e eram disciplinados, sendo explorados. Pois eram eles que deveriam ser reeducados nos bons costumes da classe burguesa (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 55).

Rusche e Kirchheimer afirmam que os conflitos intensos entre os países hoje denominados Itália (norte), Toscana e da Alemanha (norte), foi o que marcou a transição ao capitalismo entre o século XIV e o século XV, que elevou o grau de severidade das leis criminais e o seu direcionamento, sempre voltado para as classes subalternas. “O sistema de penas, com seu regime duplo de punição corporal e fianças, permaneceu imutável, exceto, no entanto, pelas diferentes aplicações da lei, feitas de acordo com a classe social do condenado” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 31).

Todavia, no século XIX o confinamento foi dotado de um axioma, ou seja, surgiu a ideia de ocultar a justificativa real de que os condenados eram apenas excluídos (o que continuou acontecendo) e valorizar a produção dos confinados e a utilização de seus corpos, que eram transformados em matéria-prima. Então, a Revolução Industrial se caracteriza por um discurso produtivo e não somente de igualdade de uma nova prática de confinamento (ANITUA, 2008, p. 210).

Argüello (2005, p.17) ao citar Santos, afirma que é perfeitamente visível verificar a centralidade da prisão e da fábrica, juntamente com sua relação de dependência nas sociedades capitalistas contemporâneas, já que a prisão tem por finalidade a transformação do condenado (denominado sujeito real), em trabalhador (denominado sujeito ideal).

A partir do século XIX então, tenta-se deixar de lado a exclusão que o confinamento oferece (pois retira o indivíduo da sociedade e o isola), colocando em evidência a produção desses confinados, como sendo algo útil.

É desse momento histórico determinado, o da passagem ao capitalismo industrial, que provém a relação necessária entre cárcere e fábrica. O cárcere se faria fábrica ou ganharia a representação simbólica da fábrica. A

reestrutura arquitetônica que aqui se menciona serviria para produzir trabalho, visto como mercadoria ou como força de trabalho. [...] A prisão também seria vista como uma máquina, uma máquina de criar máquinas para que trabalhem com outras máquinas (ANITUA, 2008, p. 210-211).

Esse grupo atingido pela casa de correção não podia recusar trabalho, tendo um caráter de política social da época, que ensinava as pessoas a querer trabalhar através da disciplina, transformando os corpos em corpos dóceis. A lógica do Estado era simples: se não tinha propriedade, tinha a força de trabalho que o próprio Estado precisava.

Todas essas instituições apresentavam características semelhantes. Hospedavam em geral mendigos, ociosos e vagabundos, prostitutas, ladrões [...], jovens criminosos ou que deviam corrigir-se, loucos. [...] A razão imediata do sucesso da instituição foi sobretudo a sua capacidade de assegurar lucros [...]. Em geral, a finalidade da instituição era dupla: por um lado, havia uma tentativa puramente disciplinar e é este [...], o elemento que dará continuidade à instituição; por outro lado, a escassez de mão-de-obra na primeira metade do século XVII levava a enfatizar a necessidade de fornecer aos internos uma preparação profissional (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 57-58).

Nesta época em que as casas de correção se constituíam de centros de produção, era preciso manter a reprodução da força de trabalho nas prisões (ARGÜELLO, 2005, p. 13).

Logo, se verifica a distribuição desigual dos bens do sistema capitalista com base nas características pessoais, biológicas e sociais dos indivíduos, como por exemplo, homem, branco e proprietário. Assim, os efeitos da lei penal também são distribuídos dessa mesma forma desigual (LEAL, 2013, p. 209).

Ainda nesse sentido, o referido autor afirma que

[...] Alguns grupos de indivíduos (como mulheres, negros, camponeses, artesãos, ou os escravos e os proletários industriais) careciam dos pressupostos básicos de pertença ao mundo burguês (a propriedade), e, portanto, eram compreendidos como destituídos dos atributos de civilidade [...], e, assim, não fizeram parte do histórico contrato social. Essa classe de indivíduos, por ser desprovida dos atributos de pertença à sociedade burguesa, necessita de intervenção forçada do sistema, que oferece o cárcere e o trabalho forçado como processo de ensinamento da disciplina protestante e da filosofia liberal (LEAL, 2013, p. 210).

Rusch e Kirchheimer (2004, p. 84), falam sobre o público alvo dessa interferência do Estado, afirmando que as políticas públicas aos pobres e mendigos só pode ser entendida, se associada ao direito penal.

Como as necessidades econômicas básicas de uma sociedade produtora de mercadorias não determinam diretamente a criação de penas, ou seja, como os condenados não são mais usados para preencher as lacunas no mercado de trabalho, a escolha dos métodos fica bastante influenciada por interesses fiscais (RUSCH; KIRCHHEIMER, 2004, p. 21).

O sistema penal, como ficou claro no que foi exposto anteriormente, é desigual e seletivo (característica estrutural). Não possui o objetivo de punir todos os cidadãos que praticam delito igualmente, apenas alguns que estão na margem mais fragilizada da sociedade (QUADROS, 1995, p. 55).

Santos ao citar Melossi, afirma que a transformação do sistema penal proposta por Rusche e Kirchheimer representa um grande avanço da teoria criminológica radical,

[...] São as relações entre as classes sociais no mercado de trabalho que explicam a generalização da prisão como método de controle e disciplina das relações de produção (fábrica) e de distribuição (mercado) da sociedade capitalista, com o objetivo de formar um novo tipo humano, a força de trabalho necessária e adequada ao aparelho produtivo (SANTOS, 2008-a, p. 62-63).

Para Rusche e Kirchheimer (2004, p. 58), a prisão é uma instituição necessária no presente, assim como foi no passado. Ou seja, ela é necessária para que o sistema continue atuando com seu poder e gerando desigualdade social.

Schmidt, citado por Rusche e Kirchheimer (2004, p. 37) diz que com o número crescente de criminosos entre as classes menos favorecidas na Baixa Idade Média, essa justiça arbitrária produziu uma transformação na administração da justiça criminal.

Assim, até o século XV, a pena de morte era usada em casos extremos, porém, essas penas tornaram-se uma medida comum entre as sentenças dos juízes, e isso significou que ao longo do século XVI, houve um crescimento elevado no número de sentenças para pena de morte (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 47).



Neste sentido, a instituição carcerária no contexto das sociedades capitalistas modernas, possui características contínuas em face das diferenças e permite a criação de um modelo próprio (BARATTA, 2011, p 183).

A partir do século XVIII, em que a liberdade e o capital se tornaram os bens que o Estado burguês tutelava, o tempo livre que o condenado tinha, tornou-se quantificado conforme o tempo de privação de sua liberdade (LEAL, 2013, p. 211).

Embora toda a história do cárcere focar no trabalho como algo produtivo, é inegável que na prática isso não ocorreu. Conforme Melossi e Pavarini (2006, p. 211), “como atividade econômica, portanto, a hipótese penitenciária nunca foi “útil” e, nesse sentido, não seria correto falar do cárcere como manufatura ou do cárcere como fábrica (de mercadorias)”.

Em suma, os séculos XVII e XVIII foram criando, gradativamente, a instituição que o Iluminismo e posteriormente os reformadores do século XIX chamariam de cárcere (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 58).

A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, por meio de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei definisse como a pena por excelência. No fim do século XVIII e princípio do XIX se dá a passagem a uma penalidade de detenção, é verdade; e era coisa nova (FOUCAULT, 2013, p. 217).

Rusche e Kirchheimer explicam a relação que existe entre o mercado de trabalho, o cárcere e o sistema punitivo. E essa relação entre empregado e criminalidade não acaba com todo o tema da marginalização, pois se sabe que o mercado de trabalho na sociedade capitalista se manifesta não apenas numa dimensão econômica, mas sim, política e econômica ao mesmo tempo, fazendo surgir o poder do Estado e seu status (BARATTA, 2011, p 189).

O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas os indivíduos não só circulam mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer sua ação; [...] Efetivamente, aquilo que faz com que um corpo, gestos, discursos e desejos sejam identificados e construídos enquanto indivíduos é um dos primeiros efeitos do poder (FOUCAULT, 2006, p. 183).

Como observa Baratta (2011), não é possível superar a questão da marginalização sem recair sobre a sociedade capitalista, que precisa ter o desemprego para manter-se.

A esperança de socializar, através do trabalho setores de marginalização criminal, se choca com a lógica da acumulação capitalista, que tem necessidade de manter em pé setores marginais do sistema e mecanismos de renda e parasitismo. Em suma, é impossível enfrentar o problema da marginalização criminal sem incidir na estrutura da sociedade capitalista, que tem necessidade de desempregados, que tem necessidade, por motivos ideológicos e econômicos, de uma marginalização criminal (BARATTA, 2011, p. 190).

A tese que Rusche e Kirchheimer defendem é a de que o sistema carcerário, na sociedade capitalista depende do desenvolvimento do mercado de trabalho, ou seja, a medida da população carcerária e o emprego dela como mão-de-obra, depende também do aumento ou não, da força de trabalho disponível no mercado. Não levando em conta a disciplina (de Foucault), que é fundamental para compreender a real função do sistema carcerário, que coincide com o surgimento do sistema capitalista (BARATTA, 2011, p. 192).

Ao mesmo tempo que havia a extensão dos mercados e o crescimento da demanda, exigiam também mais investimentos de capital, onde o trabalho tornou-se um bem escasso (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 47). Para os autores supramencionados, após todo o sofrimento que o condenado passava, ficava muito difícil para ele encontrar um novo emprego, logo, ele seria forçado a voltar para o crime. E é exatamente o que ocorre atualmente. Enfim, a falta de fornecimento da mão-de-obra e a baixa produção do trabalho, foi o que mais significou para uma mudança nas classes proprietárias, juntamente com o crescimento na demanda por equipamentos técnicos, que exigiam mais investimento de capital e o trabalho se tornava algo raro.

A população a partir do século XVIII, foi crescendo de forma descontrolada, e em razão disso, a população não conseguiu se manter no campo e os trabalhadores rurais acabaram migrando para as cidades, que atingiu seu ápice no início do século XIX. Levando em consideração que a introdução das máquinas a vapor resultou em muito desemprego (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 43).

Para Rusche e Kirchheimer (2004, p. 95), “as condições de encarceramento desafiam qualquer descrição. As autoridades usualmente não

previam nenhuma provisão para a manutenção dos presos, e o ofício de guarda era um negócio lucrativo até os fins do século XVIII”.

Para Von Hentig, há uma seletividade no sistema penal, mostrando que ele age como um terremoto artificial, onde destrói aqueles que as classes altas consideram inadequados para o convívio social (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 39).

Pois como visto nos tópicos anteriores, na prática, o castigo através do corpo era reservado para o pobres, já os ricos pagavam fiança e os pobres não tinham condições para tal pagamento (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 81).

Enfim, a crueldade não passa de um fenômeno social, que só pode ser entendido nas relações sociais dominantes num período específico (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 53).

Contudo, pode-se verificar as inúmeras ilegalidades dos sistemas punitivos de variadas épocas da história, com leis sendo aplicadas de forma arbitrária e desumana a certos grupos excluídos da sociedade.

Passa-se agora, para uma análise mais apurada das teorias justificacionistas da pena e do poder de punir do Estado.

## 2 TEORIAS DA PENA E PODER DE PUNIR

O presente capítulo tem por objetivo apresentar quais os reais fundamentos do poder de punir do Estado, esclarecendo as teorias justificacionistas (teoria da retribuição e teoria da prevenção – geral e especial) e por fim, faz-se uma crítica ao fundamento do poder de punição estatal através da criminologia crítica.

Inicialmente, busca-se esclarecer as teorias justificacionistas, que legitimam o poder de punição estatal, subdividindo-se em: teorias retributivas, preventivas e mistas. As retributivas visam retribuir ao autor do delito (através da pena) o mal causado, sendo que as preventivas buscam na própria pena prevenir que novos delitos ocorram. Posteriormente, dá-se ênfase a prevenção especial positiva, dedicando-se à função reabilitadora da pena.

Por fim, utiliza-se a criminologia crítica para fazer uma crítica ao fundamento do poder de punição estatal abordado anteriormente.

### 2.1 Fundamentos do poder de punição estatal

Nas sociedades primitivas, onde não havia a presença do Estado, os conflitos eram resolvidos pelos indivíduos, caracterizando a autodefesa ou a autotutela.

Desde muitos séculos, não só o Direito penal, senão a Filosofia, a Sociologia e inclusive a Moral e a Ética têm se ocupado de qual é a resposta que deve ser dada à pessoa que tenha cometido um delito, e se o delito, em geral, pode ser prevenido de algum modo, e, se não evitar totalmente sua comissão, pelo menos reduzi-la a limites suportáveis [...] (CONDE; HASSEMER, 2008, p. 169).

A característica diferenciada do poder punitivo é o que Zaffaroni (2007, p. 30) chama de confisco do conflito, ou seja, o poder público (senhor) apodera-se do lugar da vítima, submetendo-a a mera informação para os dados da criminalização.

O Estado intervindo na repressão, deveria respeitar os direitos humanos, mas ao invés disso, ele vai de encontro à lei, ofendendo o direito de todos os envolvidos no conflito, fazendo com que a vítima sofra uma revitimização (vitimização secundária), onde apesar de ter sido vítima de um delito, ainda precisa se expor durante todo um processo (CARVALHO, 2013, p. 227).

Por tratar de conflitos que envolvem lesões irreparáveis, a justiça penal foi moldada para a punição do autor do crime e, via de regra, não abrange os interesses da vítima. O modelo de justiça punitiva se distancia consideravelmente da justiça civil, porque não se prende à imperiosa necessidade de suprir ou minorar os danos que a(o) ofendida(o) sofreu [...] (CAMARGO, 2008, p. 31).

Camargo (2008, p. 32) deixa bem claro que ao final, a justiça penal não se importa em dirimir os danos que a vítima sofreu, estando voltada única e exclusivamente para a punição do autor do delito. O direito penal se ocupa da retribuição do mal causado pelo delito, juntamente com a vingança, sendo voltado para a punição do autor do fato, abandonando a vítima e suas pretensões.

Carvalho (2007, p. 09) acredita que a justiça penal distribui sofrimento e desigualdade material, além de expropriar o direito das partes envolvidas, em especial, a vítima. Barreto (1977, p. 366) afirma que quando o direito é violado, a vítima não tem outro interesse que não seja o desejo que o dano causado seja satisfeito, reconstituindo seu direito.

Camargo (2008, p. 26-27), afirma que finda a atuação da justiça punitiva, tem-se duas pessoas com seus direitos lesados. Uma por conta do crime (a vítima) e a outra por conta da pena aplicada através do direito penal (o autor do delito). Para a autora, na justiça penal há o que ela chama de negatividade de direitos, pois ambos (o crime e a pena) constituem supressão e violação.

[...] Prevalece o aparelho carcerário, com suas técnicas de coerção e seu poder exclusivo de gestão da pena – e não o projeto da “cidade punitiva”, com seus teatros de castigo: não é a requalificação do indivíduo como “sujeito de direitos”, mas a reconstituição do “sujeito obediente” (às ordens, às regras, à autoridade) da instituição carcerária, que se institucionaliza na moderna sociedade capitalista [...] (SANTOS, 2008-a, p. 77).

Segundo Zaffaroni (2007, p. 13), nas últimas décadas ocorreram transformações na política criminal, mais especificamente na esfera penal, onde os debates entre políticas de abolição e de redução do sistema penal acabaram passando ao debate da expansão do poder de punir estatal.

Atualmente, o Estado tem para si o papel de solucionar as demandas que até ele chegam, tendo o “dever” de decidi-las.

Sabe-se, então, a importância de discutir e buscar as origens e os fundamentos reais do poder de punição estatal, visualizando assim, na legislação se há algum dispositivo esclarecendo o motivo de punir.

O certo é que, desde o momento da confiscação da vítima, o poder público adquiriu uma enorme capacidade de decisão (não de solução) nos conflitos [...]. Para tal, exerce um constante poder de vigilância controladora sobre toda a sociedade e, em especial, sobre os que supõe ser, real ou potencialmente, daninhos para a hierarquização social (ZAFFARONI, 2007, p. 31).

Santos (2008-a, p. 64) refere-se a Foucault afirmando que ele é o autor que deve mostrar a mediação do sistema punitivo, como um domínio de forças dos corpos, extraíndo utilidades para a classe dominante, objetivando a economia.

[...] O sistema penal representa uma estratégia de poder, definida nas instituições jurídico-políticas do Estado, explicável como política das classes dominantes para produção permanente de uma “ideologia de submissão” em todos os vigiados, corrigidos e utilizados na produção material [...] (SANTOS, 2008-a, p. 64).

Carvalho ao citar Louk Hulsman, afirma que existiriam várias outras formas de resolução de conflitos além da punição,

[...] Existiriam, constata, inúmeras possibilidades de acertamento e de reações possíveis além da punição como, p. ex., a compensação, a mediação, a conciliação, a arbitragem, a terapia, a educação etc. A concentração do problema na coerção punitiva traduz falsas soluções, pois unilaterais e arbitrárias (2013, p. 253).

Percebe-se que tentar resolver o conflito na esfera penal não traz solução alguma, muito pelo contrário, traz uma falsa solução do problema, fazendo com que as pessoas acreditem neste sistema.

Partindo desse pressuposto, de que o sistema punitivo não é a única, e nem a melhor saída, o movimento abolicionista reúne autores que propagam diversas propostas para substituir o sistema penal por outros sistemas que não sejam punitivos para a resolução de conflitos (CARVALHO, 2007, p. 04).

Existe a indagação do “por que punir?” e juntamente com tal questionamento, existem duas teorias: as absolutas e as relativas, que procuram responder a pergunta acima, acreditando serem as únicas teorias habilitadas para trazer tal resposta (CARVALHO, 2007, p. 03).

No próximo tópico do presente estudo, serão analisadas algumas das teorias que, teoricamente, fundamentam o poder de punição estatal.

No início do século XX a Escola Positiva ofereceu alguns mecanismos para intervir no autor de crimes com o objetivo de estabilizar suas condutas. Sendo assim, apresentaram-se formas como o castigo, por exemplo, para extrair o delito do convívio em sociedade (CARVALHO, 2013, p. 348).

No entanto a ilusão de encontrar método de melhoramento da humanidade pela ciência criminal produziu, como efeito, a moralização dos castigos [...], com a gradual transformação do sujeito punibilizado em objeto de intervenção repressiva não muito distante dos suplícios medievais [...] (CARVALHO, 2013, p. 348).

Logo, pode-se fazer um paralelo entre o tratamento que os condenados recebem atualmente com a era dos suplícios, que ocorreu há muitos anos atrás, sendo que nestes dois períodos o encarcerado é comparado a um objeto, tendo sua personalidade totalmente suprimida.

Nas Constituições espanhola e italiana, não há a previsão do por quê? se pune. Na Espanha, a Constituição prega como função da pena, reeducar e reinserir o condenado novamente à sociedade, criando uma condição, limitando assim, seus direitos fundamentais (CARVALHO, 2013, p. 259-260).

Na Constituição brasileira, os princípios que versam sobre punição referem-se às formas de coação e os limites da punição

No ordenamento constitucional brasileiro, porém, os princípios relativos à punição referem exclusivamente formas de sanção e limites punitivos, ou seja, o constituinte, abdicando da resposta ao por que punir?, direciona os esforços para delimitar o como punir? [...] (CARVALHO, 2013, p. 260).

Logo, nas Constituições supracitadas, em especial na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, existem as funções que a pena deve alcançar (ressocialização, reinserção social, etc) e os meios para reduzir o sofrimento do condenado, sem mencionar em nenhum momento, o fundamento (qual o motivo?) do poder de punição estatal.

O legislador ocultou a resposta para a pergunta “por que punir?”, limitando-se em prever apenas o modo como se deve punir, ou seja, os meios que o Estado tem para punir.

Silva, et al (2015, p. 801) apontam a incapacidade do Estado de colocar em prática a finalidade da lei (ressocialização e reinserção do condenado), demonstrando que este modelo punitivo é falido.

[...] É possível verificar que sempre se reprimiu e controlou de modo diferente os iguais e os estranhos, os amigos e os inimigos. A discriminação no exercício do poder punitivo é uma constante derivada de sua seletividade estrutural (ZAFFARONI, 2007, p. 81).

Para Carvalho (2013, p. 248-249), as pessoas são induzidas a acreditar que a prisão realmente funciona, sem perceber que tal instituição é totalmente irracional, sendo um segredo para a sociedade. O autor afirma ainda que se este segredo fosse descoberto, isso faria com que o atual sistema prisional fosse destruído.

A singularidade exacerbada mascarada pelo processo de normatização e legitimação do sistema penal mencionada pelo autor diz respeito à reprodução das violências institucionais. Assim, se o discurso punitivo do século XX apresenta técnicas pedagógicas de ressocialização (vigilância) como advento humanizador face ao sistema de penas antecedente (suplício), Foucault demonstra como este novo mecanismo punitivo, próprio dos modelos de Estado intervencionista, intensifica o sofrimento e a violação aos direitos de personalidade do condenado (CARVALHO, 2013, p. 223).

Entretanto, o que Carvalho (2013, p. 254) propõe é a substituição desse sistema penal, pela justiça civil e administrativa, que ele chama de mecanismos mais informais e flexíveis, que conseqüentemente satisfariam as duas partes envolvidas no conflito (vítima e autor).

Ainda assim, Barreto (1977, p. 366-367) retira a questão do campo jurídico remetendo-a para o campo da política. O referido autor afirma que o conceito de pena não é um conceito jurídico e sim político. O defeito das teorias existentes, é que consideram a pena como uma consequência do direito, porém, o que se prova de fato, é que ela tem sido aplicada e executada muitas vezes, em nome da religião, que é algo totalmente alheio ao direito.

Ocorre que o Estado legitima o exercício da violência em desfavor do condenado, tendo como objetivo defender a “sociedade como um todo”, sob o fundamento de várias teorias.



Sendo assim, a legislação se ausentando no que diz respeito ao fundamento de punir e o Estado sendo incapaz de alcançar a finalidade que se propõe, surgem as teorias que buscam fundamentar/ legitimar a atuação do Estado na esfera penal.

Sabe-se, contudo, que o Estado utiliza das teorias justificacionistas como uma “arma”, legitimando seu poder desenfreado e arbitrário para defender os interesses de uma parcela mínima da sociedade.

Como observa Conde e Hassemer (2008, p. 169), durante muitos anos o direito penal ocupou-se de encontrar respostas válidas sobre o fundamento do poder de punir, as quais serão examinadas no próximo tópico.

A partir disso, passa-se a análise das teorias justificacionistas da pena, para que se tenha mais clareza sobre os fundamentos de punir.

## **2.2 Teorias justificacionistas**

As teorias justificacionistas da pena servem para legitimar o poder de punição por parte do Estado. Assim, para Quadros (1995, p. 06) “várias teorias surgiram visando justificar o estabelecimento das penas em geral, ou seja, para justificar o poder punitivo estatal.”

Roxin (2004, p. 15) questiona em que base de pressupostos se justifica a privação da liberdade de um grupo estigmatizado pela sociedade, por outro grupo ligado ao Estado. Ou seja, sob qual fundamento encontra-se a privação da liberdade de alguns, por meio do Estado?

Karam menciona que existem diversos instrumentos ideológicos utilizados na legitimação da pena. “Girando em torno de duas ideias básicas – a retribuição e a prevenção – as diversas tentativas de fundamentar e legitimar a pena produziram várias teorias, tradicionalmente classificadas como absolutas, relativas e mistas” (KARAM, 1993, p. 173).

As teorias existentes buscam justificar, ou seja, validar o poder que o Estado tem de punir aqueles que cometem delitos.

Silva, et al (2015, p. 802), explicam que as teorias legitimatórias da pena, são subdivididas em absolutas e relativas. As primeiras veem a pena como uma retribuição ao indivíduo que cometeu um delito e as segundas, consideram a pena

como um mecanismo de defesa para a sociedade, juntamente com a ideia de prevenir que outros crimes aconteçam.

Para melhor entendimento sobre a teoria retributiva e preventiva, optou-se por dividi-las em dois tópicos, apenas para fins didáticos.

### **2.2.1 Teoria absoluta: retribuição**

Para a teoria da retribuição, a pena significa um mal que é imposto ao indivíduo por ele ter cometido outro mal, que é o delito. A pena então, se reveste de um senso de justiça (QUADROS, 1995, p. 07).

Queiroz (2008, p. 22) afirma que as teorias absolutas (retribuição) justificam a pena tendo ou não uma finalidade de prevenção, sendo que a pena é justa quando for legítima, mesmo não sendo útil. Todavia, uma pena considerada útil, se não tem legitimidade, torna-se injusta.

Queiroz (2008, p. 23), ao citar a teoria de Kant – que fala sobre a retribuição moral – afirma que este concebe a pena como um fim em si mesmo, sem finalidade alguma, rejeitando fins políticos (prevenção geral ou especial), sendo que “a fundamentação é de ordem ética” (QUADROS, 1995, p. 07).

Bitencourt (2011, p. 101) menciona que para Kant aquele que não respeitar a lei, não tem o direito de cidadania, logo, é dever do soberano castigá-lo. Defende ainda que aquele que cometeu o delito deve ser castigado, pela razão de ter delinqüido, desconsiderando a utilidade da pena para o “réu” ou para a sociedade. Com isto, o autor nega qualquer função preventiva da pena.

Kant acredita que a prevenção geral vai contra a dignidade humana, já que defende que o ser humano nunca pode ser utilizado como meio para satisfazer o desejo de outra pessoa (ROXIN, 2004, p. 24).

Conde e Hassemer (2008, p. 174), afirmam que para Kant a teoria da prevenção reduz o indivíduo a mero objeto de direito das coisas.

Já Hegel citado por Queiroz (2008, p. 24-26) – defende a retribuição jurídica –, afirma que a pena resulta de uma exigência da razão e que toda coação violenta é injusta, pois vai de encontro à liberdade individual. Sua conhecida fórmula dialética, diz que a pena é uma negação da negação do direito, significando que o crime é, nas palavras de Roxin (2004, p. 17), “aniquilado, negado, expiado pelo sofrimento da pena que, desse modo, restabelece o direito lesado.” Conde e

Hassemer (2008, p. 174) afirmam que para Hegel, as teorias relativas não respeitam a honra e a dignidade do homem.

Bitencourt (2011, p. 104) afirma que para a teoria de Hegel, a pena tem sua justificativa na necessidade de estabelecer novamente o valor da vontade geral.

A pena, para esta teoria, tem como objetivo realizar a justiça e o “fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto” (BITENCOURT, 2011, p. 100).

Para Kant (2008, p. 174), o chefe de Estado detém o direito de punir, provocando dor ao cidadão que cometeu um delito e essa punição deve ser imposta, sem beneficiar ninguém, sendo que o chefe não é punível

A punição imposta por um tribunal (poena forensis) [...] jamais pode ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade civil. Precisa sempre ser a ele infligida somente porque ele cometeu um crime, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direito a coisas: sua personalidade inata o protege disso, ainda que possa ser condenado à perda de sua personalidade civil. Ele deve previamente ter sido considerado punível antes que se possa de qualquer maneira pensar em extrair de sua punição alguma coisa útil para ele mesmo ou seus concidadãos [...] (KANT, 2008, p. 174-175).

As teorias retributivas têm como objetivo retribuir o mal feito, através da pena, estando voltada para o passado, como uma forma de “compensar” o mal feito,

[...] A teoria retributiva só pretende que o ato injusto cometido por um sujeito, culpável do mesmo, seja retribuído através do mal que constitui a pena. Existe também, uma variante subjetiva da teoria retributiva que considera que a pena deve ser também para o autor do delito uma forma de expiação, entendida como uma espécie de penitência que deve cumprir o condenado para purgar (expiar) seu ato injusto e sua culpabilidade pela conduta praticada (CONDE; HASSEMER, 2008, p. 171).

Nesta teoria há uma variante subjetiva, considerando que a pena deve ser uma espécie de penitência, cabendo ao indivíduo que praticou o delito, expurgar seu ato ilícito.

Queiroz (2008, p. 29) tece algumas críticas em relação às teorias absolutas, dentre elas está a incompreensão de “pagar” um mal cometido (um delito) acrescentando outro mal (a pena). Na mesma linha, Quadros (1995, p. 08) afirma

que esta teoria fracassa ao instigar o impulso de vingança humana, pois de forma compensadora, retribui o mal, aplicando outro.

Logo, as críticas dos autores mencionados constataam que acaba prevalecendo uma “cultura de vingança”, já que, se cometeu um mal será punido com outro mal. Este é o objetivo de tal teoria.

Quadros (1995, p. 07-08) faz comentários sobre a teoria absoluta, afirmando que

Esta teoria não esclarece em que momentos se deve aplicar uma pena, pois está fundamentada na compensação da culpa humana e é exatamente aí que demonstra um de seus fracassos, pois sabemos muito bem que muitas vezes as pessoas sentem-se culpadas frente a determinadas atitudes dirigidas a outras pessoas, mas que nem sempre tais atitudes são puníveis. Como se pode identificar, então, o momento da aplicação da pena retributiva baseada na culpa, se existem condutas humanas que refletem a culpa e que não são passíveis de punição?

Roxin (2004, p. 16), afirma que para a teoria da retribuição, o sentido da pena

[...] Assenta em que a culpabilidade do autor seja compensada mediante a imposição de um mal penal. A justificação de tal procedimento não se depreende, para esta teoria, de quaisquer fins a alcançar com a pena, mas apenas da realização de uma ideia: a justiça. A pena não serve, pois, para nada, contendo um fim em si mesma. Tem que existir para que a justiça impere [...].

Menciona ainda que cada um de nós sente-se culpado perante outras pessoas, mas não somos punidos por isso, logo, não se pode esperar que o Estado retribua através da pena, toda a culpa. A ideia de retribuir vai de encontro com o ato de fé, sendo um procedimento ligado à vingança humana e negar isto é exercer um ato de fé, que respeitando nossa Constituição, não pode ser imposto a ninguém, não sendo válido para fundamentação (ROXIN, 2004, p. 17-19).

Ainda nesta linha, sobre teoria da retribuição Roxin (2004, p. 18) explica que

Assim se explica também a sua utilização, que perdurou sem qualquer alteração constitucional desde o absolutismo até hoje, e que revela sob este ponto de vista não apenas uma debilidade teórica mas também um perigo prático.

Resta claro que as teorias absolutas não têm um fundamento apropriado, já que buscam impor um mal sob outro praticado, sem nenhuma perspectiva em relação ao apenado.

### **2.2.2 Teoria relativa: prevenção**

Em contraponto às teorias absolutas, as teorias relativas (preventivas), dividem-se em geral e especial, (conhecidas também como utilitárias), e veem a pena como finalidade de prevenir que novos delitos aconteçam.

As teorias preventivas, têm como objetivo prevenir a prática de um delito. “Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, somente porque delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõe para que não volte a delinquir” (BITENCOURT, 2011, p. 106).

Andrade (1994, p. 286) menciona que as teorias relativas (prevenção geral e especial) foram sobrepostas às teorias absolutas, tendo como objetivo sanar o déficit deixado pela teoria da retribuição (absoluta) em relação à função de legitimar o poder punitivo estatal.

A teoria da prevenção, subdivide-se em prevenção geral e especial.

A teoria da prevenção geral negativa tem por finalidade da pena segundo Feuerbach, citado por Queiroz (2008, p. 35), prevenir os crimes através da coação psicológica difundida sobre toda a sociedade, de modo com que as pessoas sintam receio das leis penais e automaticamente, não cometam crimes. Para Feuerbach, a solução para a criminalidade encontra-se no direito penal (BITENCOURT, 2001, p. 107).

Na prevenção geral, a pena é destinada para a sociedade como um todo. Neste caso, a pena cumpre a finalidade de impedir que os indivíduos pratiquem novos crimes, através da coação psicológica, utilizando-se da lei penal para intimidar, fundamenta Rico, citado por Quadros (1995, p. 09).

Tal teoria reveste-se de um caráter intimidador, que visa ser aplicado em uma pessoa, para que o restante da sociedade se abstenha de praticar qualquer ato contrário à lei.

Contudo, Queiroz (2008, p. 37) levanta a questão da justificação da punição de um perante os outros, para que toda a sociedade se abstenha da prática

ilícita. Logo, para ele, não parece ser justo que se imponha o mal a alguém para que assim, outras pessoas não cometam delitos.

Todavia, nos nossos dias, a concepção da prevenção geral não perdeu de modo algum a sua importância. Se na exposição de motivos do nosso projecto de Código Penal de 1962 se pode ler sobre a <força moderadora dos costumes> da pena, e se, como sucedeu recentemente, o legislador aumentou de modo drástico as penas para a embriaguez ao volante e outros crimes de trânsito, é porque por detrás está sempre presente a ideia de que com a ajuda do Código Penal se pode motivar a generalidade da população a comportar-se de acordo com as leis, ou seja, uma consideração de natureza claramente preventivo-geral (ROXIN, 2004, p. 23).

Roxin (2004, p. 24) afirma ainda que as penas cruéis ocorridas nos séculos passados (pena sobre o corpo e pena de morte), como o suplício ou o esquartejamento, não conseguiram efetivar a diminuição da criminalidade.

A teoria da prevenção geral positiva tem o propósito de introduzir na consciência da sociedade o respeito por certos valores, promovendo assim a integração social (QUEIROZ, 2008, p. 38).

A teoria da prevenção especial, que será abordada com maior atenção no próximo tópico, defende que a intervenção penal deve evitar que os condenados voltem a cometer algo ilícito, evitando assim a reincidência por meio da ressocialização do apenado (QUEIROZ, 2008, p. 53).

Welzel e Jakobs são autores que se destacam defendendo tal teoria.

Para Welzel, citado por Queiroz (2008, p. 39-41-42) o objetivo do direito é a proteção do carácter ético-social e dos valores de consciência. Entretanto, Queiroz afirma que não se pode esperar que o direito penal seja capaz de introduzir valores ético-sociais nos cidadãos, atuando de forma pedagógica.

Há, sem dúvida, uma diferença fundamental entre a teoria retributiva e as teorias preventivas que aqui interessa ressaltar: só as teorias preventivas da pena admitem a ideia de que o Direito penal tem que se ocupar sistemática e conscientemente de dar uma solução eficaz ao problema da criminalidade. Pelo contrário, a teoria retributiva (também chamada de “absoluta”) não pretende um fim real, esgota-se em si mesma e não se preocupa com a menor das consequências que a pena possa ter tanto para o condenado como para os demais cidadãos [...] (CONDE; HASSEMER, 2008, p. 173).

Para Jakobs citado por Queiroz (2008, p. 44- 47) a lei penal é algo funcional, ou seja, uma estabilização das expectativas sociais. Porém, como observa Queiroz, o Estado, detentor do “jus puniendi”, pode escolher outros meios que sejam “equivalentes funcionais”, que não a pena.

Barreto (1977, p. 363) menciona que as teorias que estudam o direito de punir estatal, cometem uma falta. Falta de procurar o fundamento racional da pena, sem observar o crime.

As teorias da pena surgiram em razão da necessidade teórica e filosófica de se racionalizar o exercício do poder punitivo, que remete à própria legitimidade do Estado, de maneira a justificar a exclusão da vítima na persecução penal e a prática de uma violência contra o indivíduo que pratica uma infração penal [...] (SILVA, et al, 2015, p. 802).

As teorias preventivas têm como objetivo evitar a prática de delitos futuros, tendo uma dupla variante, como ensina Conde e Hassemer,

Uma “Preventiva Especial”, que dirige sua atenção ao delinquente concreto, esperando que a pena tenha um efeito “ressocializador” ou, pelo menos, de “inocuidade”. Outra “Preventiva Geral”, que se dirige à generalidade dos cidadãos, esperando que a ameaça de uma pena e, em seu caso, a imposição e execução da mesma sirvam, por um lado, para intimidar os delinquentes potenciais [...] e, por outro lado, para robustecer a consciência jurídica dos cidadãos e sua confiança e fé no Direito [...] (CONDE; HASSEMER, 2008, p. 170-171).

Essa dupla variante pode ser entendida como a “preventiva especial”, que espera que a pena tenha um efeito ressocializador e harmônico. E a “preventiva geral”, que espera da pena um efeito intimidador, para que ela sirva de “exemplo” aos demais, abstendo-se assim, da prática de qualquer crime, como ocorria na era dos suplícios.

Baratta (2015, p. 01) lembra sobre o momento de transição do discurso sobre a prisão, passando da ideia de ressociação para a incapacitação,

[...] A crise do Welfare State, que se espalhou em todo o mundo ocidental entre os anos 70 e 80, suprimiu boa parte da base material dos recursos econômicos destinados a sustentar uma política prisional de ressociação efetiva. Portanto, hoje assistimos em muitos países, e, sobretudo nos Estados Unidos, uma mudança do discurso oficial sobre a prisão: de prevenção especial positiva (ressociação) para prevenção especial negativa (neutralização, incapacitação) (BARATTA, 2015, p. 01).

Por fim, existe também a teoria unificadora, que combina as três teorias, a saber: a retribuição, a prevenção especial e a prevenção geral. A teoria unificadora observa que existem pontos aceitáveis em cada teoria supramencionada. Contudo, a tentativa de anular os defeitos advindos de tais teorias, tem grande chance de fracassar, já que a soma de todas elas, destrói sua lógica (ROXIN, 2004, p. 26).

A impossibilidade de cognição da pena como vingança (teoria absolutista kantiana) ou de sua comprovação empírico-científico como exato meio compensatório do delito (teoria absolutista hegeliana); a ausência de comprovação quanto a retração da reincidência e o desrespeito com a autonomia volitiva do condenado em querer ser “corrigido” (teoria relativista especial); assim como a imagem do homem como um meio para alcançar objetivos e a perda do caráter proporcional na dosimetria da pena (teoria relativista geral) fazem das Teorias Justificantes da pena meros discursos desprovidos de qualquer razão (SOARES, 2015, p. 11).

Para Bitencourt (2011, p. 108), nem as teorias preventivas nem as retributivas conseguem explicar quais são os comportamentos em que o Estado tem legitimidade para intimidar.

Visto isto, percebe-se que as teorias da pena são incapazes de explicar o motivo pelo qual se pune, demonstrando lacunas, existindo até hoje apenas para legitimar o poder violento do Estado.

Passa-se então, a uma análise mais profunda da teoria da prevenção especial positiva e sua função reabilitadora.

### **2.3 Prevenção especial positiva (ressocialização): função reabilitadora da pena**

A teoria da prevenção especial busca transformar o homem criminoso em uma nova pessoa, prevenindo que ocorram novas práticas criminosas, evitando então, a reincidência (QUEIROZ, 2008, p. 53).

Em sua versão mais radical, a teoria da prevenção especial pretende a substituição da justiça penal por uma “medicina social”, cuja missão é o saneamento social, seja pela aplicação de medidas terapêuticas, visando ao tratamento do delinquente, tornando-o, por assim dizer, dócil, seja pela sua segregação, provisória ou definitiva, seja, ainda, submetendo-o a um tratamento ressocializador que anule as tendências criminosas (QUEIROZ, 2008, p. 53).



Foi Liszt, citado por Queiroz (2008, p. 55), quem universalizou tal teoria, afirmando que a finalidade da pena era prevenir futuros crimes, sendo que para os delinquentes ocasionais, eles receberiam advertência (já que não precisavam de correção). Para os que precisavam de correção, a solução seria ressocializá-los com educação durante toda a execução. Já para o delinquente que não tinha correção (incurável), a solução seria torná-lo inofensivo por um tempo indeterminado.

A teoria da prevenção especial individual aduz, em sua vertente positiva, que a finalidade última das sanções penais, bem em sua forma de penas propriamente ditas, bem nas medidas de segurança e reabilitação, deve ser a reinserção social ou a ressocialização do delinquente, evitando desta forma que, uma vez cumprida sua pena, volte a delinquir. Há também uma versão puramente negativa desta teoria, segundo a qual a pena deve pretender a inocuidade (incapacitação) do delinquente [...] (CONDE; HASSEMER, 2008, p. 179).

Para Liszt então, a função da pena era incidir sobre a personalidade do criminoso, para evitar futuros delitos, tendo como função proteger os bens jurídicos.

Para Roxin (2004, p. 20), a teoria da prevenção especial, não tem como finalidade o passado tentando retribuí-lo, mas tem como objetivo a prevenção de novos delitos. Podendo ocorrer de três maneiras: por meio da correção (hoje conhecida como ressocialização), da intimidação, e para aqueles que não são nem corrigíveis nem intimidáveis, a solução seria torná-los inofensivos.

Para Rico, citado por Quadros (1995, p. 08), a pena para a teoria da prevenção especial, direciona-se para o indivíduo que praticou o ato ilícito, sendo caracterizada como um mecanismo adequado para evitar que a pessoa pratique o crime novamente.

A teoria da prevenção especial teve influência na Constituição da Espanha, onde declarou que as penas seriam dotadas de um caráter ressocializador. A Lei de Execução Penal Brasileira (Lei nº 7.210/ 84), em seu artigo 1º, estipula que a execução tem por objetivo a integração social do condenado (QUEIROZ, 2008, p. 56).

Roxin (2004, p. 20-21-22) afirma que tal teoria defende a ideia de um direito penal preventivo, mas que não fornece uma justificativa válida para as medidas estatais necessárias para a sua efetivação. O referido autor aponta que outra dificuldade de tal teoria (que justifica, como já mencionado, a pena na prevenção de novos delitos por parte do autor) seria a de punir os crimes que não

serão repetidos, ou seja, se não houver chance de repetir o delito, como seria a condenação do autor? Ninguém retiraria do indivíduo os resultados da impunidade.

Ainda assim, exemplifica

Consiste ela no fato de que, nos crimes mais graves, não teria de impor-se uma pena caso não existisse perigo de repetição. O exemplo mais contundente é constituído, neste momento, pelos assassinos dos campos de concentração, alguns dos quais mataram cruelmente, por motivos sádicos, inúmeras pessoas inocentes. Tais assassinos vivem hoje, na sua maioria, discreta e socialmente integrados, não necessitando portanto de <<ressocialização>> alguma; nem tão-pouco existe da sua parte o perigo de uma reincidência ante o qual deveriam ser intimados e protegidos. Deverão eles, então, permanecer impunes? [...] (ROXIN, 2004, p. 21-22).

Queiroz (2008, p. 57), exemplifica o fracasso da teoria da prevenção especial, mostrando que um cidadão que furtou algo e é reincidente, poderia ser submetido a uma longa pena, se fosse considerado perigoso. Já o cidadão que é homicida ocasional, poderia ter uma pena razoável, em razão de sua não-perigosidade. Finaliza afirmando, que para tal teoria, o que importa é o autor e não o fato em si mesmo. O que é um equívoco, já que nem todos os condenados necessitam e desejam a ressocialização. Ainda mais, “é evidente também que legitima a arbitrária seletividade do sistema penal, pois em geral os chamados criminosos do colarinho branco não necessitam de ressocialização, especialmente criminosos do poder” (QUEIROZ, 2008, p. 57).

Já que para esta teoria importa mais o autor do delito e não o fato, os criminosos de colarinho branco ficariam sem pena alguma, já que não apresentariam um “perigo” para a sociedade, conseqüentemente, não haveria ressocialização para eles.

Durante a execução da pena, visualiza-se o caráter ressocializante do tipo preventivo especial, ou seja, a aplicação da pena de uma forma que esta sirva para reinserir o condenado na sociedade, evitando que ele seja reincidente (CONDE; HASSEMER, 2008, p. 172).

Todas as teorias estudadas vêm com um prévio conceito de crime, conceito este chamado de absoluto, pois atualmente o crime é construído, mudando no tempo e no espaço, perdendo este conceito absoluto (QUEIROZ, 2008, p. 31).

Enfim, nenhuma das teorias estudadas é capaz de fundamentar de fato, o direito de punir do Estado, caracterizando-se de meros discursos vazios reproduzidos para legitimar a punição estatal. Como ensina Roxin (2004, p. 23) “[...]”

permanece em aberto a questão de saber face a que comportamentos possui o Estado a faculdade de intimidar [...].”

Após o esboço das teorias que procuram justificar a pena imposta através do Estado, passa-se a análise da crítica ao fundamento do poder de punir do Estado.

## **2.4 Criminologia crítica e a crítica ao fundamento do poder de punir**

Barreto (1977, p. 350), conceitua direito de punir como um conceito científico, “[...] isto é, uma fórmula, uma espécie de notação algébrica, por meio da qual a ciência designa o fato geral e quase cotidiano da imposição de penas aos criminosos, aos que perturbam e ofendem, por seus atos, a ordem social [...].”

Baratta (2011, p. 162) afirma que o direito penal é considerado como um sistema ativo de funções, em que o autor distingue em três mecanismos: produção de normas, aplicação das normas e a execução de tais normas. Realizou-se uma série de pesquisas empíricas, as quais resultaram na crítica do direito penal. Tal crítica se dirige ao mito que o direito penal emprega, ou seja, o de ser um direito igual. Essa crítica demonstra que o direito penal é um direito desigual por excelência.

Em primeiro lugar, a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, e especialmente o cárcere, é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade. Incidindo negativamente sobretudo no status social dos indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos, ela age de modo a impedir sua ascensão social (BARATTA, 2011, p. 166).

Barreto (1977, p. 360-361) menciona que os criminalistas que buscam explicar o direito de punir, ou seja, o fundamento jurídico da pena, estão cometendo um erro.

[...] Porquanto a vindita não é um sistema; não é, como a defesa direta ou indireta, e as demais fórmulas explicativas ideadas pelas teorias absolutas, relativas e mistas, um modo de conceber e julgar, de acordo com esta ou aquela doutrina abstrata, o instituto da pena; a vindita é a pena mesma, considerada em sua origem de fato, em sua gênese histórica, desde os primeiros esboços de organização social [...] (BARRETO, 1977, p. 360-361).

Baratta (2011, p. 197) afirma que se identificaram no processo de criminalização os maiores teóricos e práticos da relação de desigualdade da sociedade capitalista (nosso modelo econômico), tendo como objetivo estender o campo do direito penal, à crítica do direito desigual. Barreto (1977, p. 252) defende que o direito de punir se torna uma necessidade que é imposta à sociedade, por força do seu próprio desenvolvimento.

Construir uma teoria materialista do desvio, do comportamento não aceito pela sociedade (considerado negativo), da criminalização e a elaboração de uma política criminal alternativa das classes subalternas, ensina Baratta,

Estas são as principais tarefas que incumbem aos representantes da criminologia crítica, que partem de um enfoque materialista e estão convencidos de que só uma análise radical dos mecanismos e das funções reais do sistema penal, na sociedade tardo-capitalista, pode permitir uma estratégia autônoma e alternativa no setor do controle social do desvio, ou seja, uma “política criminal” das classes atualmente subordinadas [...] (2011, p. 197).

Alerta-se também para o tipo de pessoa que compõe a classe subalterna. Segundo Baratta (2011, p. 198), as estatísticas mostram que nos locais onde o sistema capitalista é mais avançado, a maioria dos encarcerados são de setores do subproletariado, ou seja, das zonas marginalizadas.

Zaffaroni (2001, p. 226) afirma que a quantidade de indivíduos presos é maior que o número que o sistema mata em época de guerra.

Já nos Estados Unidos, o aprisionamento em média, é cinco vezes maior que a Europa. Este aumento, está ligado a uma mudança da política repressiva e das estratégias de controle, do que propriamente à criminalidade (GIORGI, 2006, p. 94-95).

Por outro lado, a criminologia liberal mostra através de suas pesquisas, que o crime se distribui igualmente por todas as camadas sociais, tendo como exemplo, a cifra oculta e a criminalidade do colarinho branco. Entretanto, a classe social dominante acaba ficando imune de punições, diferentemente da classe socialmente perseguida (BARATTA, 2011, p. 198).

Por outro lado, o sistema das imunidades e da criminalização seletiva incide em medida correspondente sobre o estado das relações de poder entre as classes, de modo a oferecer um salvo-conduto mais ou menos amplo para as práticas ilegais dos grupos dominantes, no ataque aos interesses e aos

direitos das classes subalternas, ou de nações mais fracas [...] (BARATTA, 2011, p. 198-199).

Baratta (2011, p. 199) propõe a compreensão da função histórica e atual do sistema penal em relação à reprodução de desigualdades sociais. Tal exercício requer a superação da visibilidade sociológica da desigualdade, incidindo na lógica da desigualdade em si, que reside, nas palavras de Baratta “na estrutura das relações sociais de produção, na sociedade tardo-capitalista, para apreender a lei invisível, mas efetiva, à qual estas relações obedecem: a lei do valor.”

Conforme Barreto,

O que é verdade do direito em geral, acentua-se com maior peso quanto do direito de punir, cujo “processus” histórico tem sido mais rápido e mais cheio de transformações, trazendo contudo ainda hoje na face sinais evidentes de sua origem bárbara e traços que recordam a sua velha mãe: a necessidade brutal e intransigente (1977, p. 358).

Anitua (2008, p. 658), menciona que Chambliss foi um dos primeiros criminólogos críticos norte-americanos. Chambliss iniciou seu estudo analisando o surgimento de alguns delitos em confronto com a necessidade do mercado de trabalho da época. Logo, constatou que a lei (que era em desfavor dos pobres na Europa absolutista) era modificada dependendo das necessidades econômicas e de trabalho (mão-de-obra). Em sua pesquisa, Chambliss vislumbrou que a sociedade capitalista produz um alto número de criminalidade.

Schwendinger citado por Anitua (2008, p. 662), em sua pesquisa, verificou que a criminologia crítica deveria estar distante do conceito legal de delito, já que tais conceitos são elaborados por pessoas tidas como “poderosas”.

O desvelamento da problemática geral ou sistêmica presente na questão criminal já havia atribuído à sociologia anterior uma certa intenção de abandonar a noção de criminologia e uma reflexão sobre a “sociologia do desvio” (ANITUA, 2008, p. 688).

Ainda neste cenário Anitua (2008, p. 588), afirma que surgiu um movimento denominado criminologia da reação social (teoria do etiquetamento – Labelling Approach), onde o objeto de estudo de tal criminologia mudou de questão, deixou de ser o “delinquente” e começou a incidir nas instituições que ministram a delinquência.

Ou seja, “ficaria claro, com ele, que a maneira pela qual as sociedades e suas instituições reagem diante de um fato é mais determinante para defini-lo como delitivo ou desviado do que a própria natureza do fato [...]” (ANITUA, 2008, p. 588).

Este enfoque, chamado de rotulação tem como fundamento a atribuição de algumas características a certos indivíduos, que serão retirados do convívio social e “colocados” na delinquência (ANITUA, 2008, p. 589).

Enfim, após as diversas teorias que buscam justificar o direito penal, em seus diversos fundamentos, elas tendem para o mesmo lado no que diz respeito à necessidade de normas penais para controlar a criminalidade. Contudo, existem teorias que surgiram recentemente, sob diversos argumentos (moral, político, etc), contra a força punitiva, recusando a legitimação do Estado em impor o castigo. São as chamadas teorias deslegitimadoras, sendo o abolicionismo penal e o minimalismo radical duas de suas referências (QUEIROZ, 2008, p. 83-84).

Em resumo, o objetivo do abolicionismo e do minimalismo é o sistema penal como um todo, onde se concentra o poder punitivo do Estado. O abolicionismo não significa única e exclusivamente a abolição das instituições formais de controle, mas sim abolir a cultura punitiva que existe, começando pela linguagem e conteúdo das classes que são estigmatizadas. Já o minimalismo, busca um limite da violência punitiva através da redução do sistema penal juntamente com a criação alternativa dos problemas sociais (ANDRADE, 2015, p. 172-174).

Já Conde e Hassemer (2008, p. 281) afirmam que o abolicionismo penal em sua versão mais radical busca a erradicação total do direito penal e de todas as instituições dele derivadas (polícias, juízes, funcionários da prisão, etc) e que este pensamento é consequência das teorias do etiquetamento e das ideias da criminologia crítica. A ideia do abolicionismo é a de que todo o sistema penal é um problema social, que ao invés de solucionar outros problemas, acaba por criar mais conflitos e por essa razão esse sistema deve ser abolido (QUEIROZ, 2008, p. 86).

Para Conde e Hassemer (2008, p. 283), as propostas abolicionistas foram atendidas parcialmente, estando presentes (em grande ou pouca intensidade) em diversos países. Citam que uma dessas propostas é a abolição da pena de morte, que ainda persiste em alguns países, mas que depois da Segunda Guerra Mundial ela foi gradativamente abolida.

Tal vertente abolicionista acredita que o sistema penal não é capaz de prevenir o delito através da imposição da pena. A reincidência deixa isso bem claro,

verificando que a função preventiva não ocorre e que a prevenção geral serve apenas para legitimar o discurso penal (CONDE; HASSEMER, 2008, p. 87).

Igual objeção se faz à prevenção especial ou ressocialização, porquanto a pena de prisão, a espinha dorsal dos sistemas penais contemporâneos, ao confinar o infrator num ambiente antinatural (artificial), que é a prisão, longe de ressocializar, dessocializa, perverte, estigmatiza, indelevelmente (CONDE; HASSEMER, 2008, p. 88).

Já a ideia de minimalismo radical observa o direito penal como um subsistema desigual e seletivo, não sendo capaz de realizar as funções que declara. Todavia, tal tese sustenta que a supressão desse sistema seria impossível, sem uma mudança social (QUEIROZ).

Essa contração do sistema operar-se-á principalmente por meio da descriminalização de condutas para cuja repressão seja inadequada a intervenção do sistema penal, seja pelos custos sociais que dela resultam, seja pela ineficácia dessa intervenção, seja, ainda, pela possibilidade de se poder submeter a controles mais apropriados, jurídicos (civil, administrativo, processual) ou não, como educação, assistência social, intervenções comunitárias, etc [...] (2008, p. 99).

Barreto relaciona a sociedade como um sistema de forças e o estado de equilíbrio que ela procura é um estado de direito, ou seja,

Todo sistema de forças vai atrás de um estado de equilíbrio; a sociedade é também um sistema de forças, e o estado de equilíbrio que ela procura, é justamente um estado de direito, para cuja consecução ela vive em contínua guerra defensiva, empregando meios e manejando armas, que não são sempre forjadas segundo os rigorosos princípios humanitários, porém que devem ser sempre eficazes. Entre estas armas está a pena (1977, p. 368).

Baratta (2011, p. 206) informa que falar em superar o direito penal, não significa de maneira alguma, negar a existência de outras formas de controle social (formas alternativas).

Baratta (2011, p. 206-207) ao diferenciar a sociedade com o modelo econômico capitalista da socialista, chega numa conclusão, afirmando que substituir o direito penal por algo melhor que ele só é possível quando se substitui a sociedade por uma melhor.

[...] Quanto mais uma sociedade é desigual, tanto mais ela tem necessidade de um sistema de controle social do desvio de tipo repressivo, como o que é

realizado através do aparato penal do direito burguês. Se o direito penal é instrumento precípua de produção e de reprodução de relações de desigualdade, de conservação da escala social vertical e das relações de subordinação e de exploração do homem pelo homem, então não devemos hesitar em declarar o modelo da sociedade socialista como o modelo de uma sociedade que pode prescindir cada vez mais do direito penal e do Cárcere (BARATTA, 2011, p. 206-207).

Conde e Hassemer (2008, p. 282) afirmam que seria mais fácil e tranquilo solucionar os problemas com o diálogo, através de negociações longe da coação externa ou ainda, que as normas impostas fossem respeitadas por todos, porém, isso não é possível na atual sociedade, que é conflituosa.

Santos afirma que o sistema penal possui dois objetivos que reproduz, quais sejam,

Os objetivos reais do aparelho penal consistem numa dupla reprodução: reprodução da criminalidade pelo recorte de formas de criminalidade das classes e grupos sociais inferiorizados (com exclusão da criminalidade das classes e grupos sociais dominantes) e reprodução das relações sociais, porque a repressão daquela criminalidade funciona como “tática de submissão ao poder” empregada pelas classes dominantes (2008-a, p. 81-82).

O sistema penal atua de forma seletiva e seleciona com base em estereótipos induzidos pela mídia, reforçando as relações de desigualdade, sendo um sistema desigual (CONDE; HASSEMER, 2008, p. 90-91).

Percebe-se o quão seletivo e desigual é o sistema penal, sempre agindo de forma repressiva quando deveria agir de forma preventiva (evitando conflitos).

Argumenta-se que todo o sistema penal gira em torno da ideia de culpabilidade individual (pessoal), desprezando por completo o ambiente ou o sistema social em que se insere. Culpam-se os indivíduos; ignoram-se os sistemas, as estruturas sociais [...] (CONDE; HASSEMER, 2008, p. 96).

Logo, verifica-se que o sistema penal é um subsistema que reproduz desigualdades materiais, cujo sofrimento é imposto de forma seletiva e inútil, a determinada camada social (CONDE; HASSEMER, 2008, p. 98).

A classe social predominante é quem impõe o sofrimento de forma rígida e seletiva às classes sociais menos favorecidas, visando sempre seus interesses em detrimento dos demais.



Para Baratta, (2011, p. 86) a política criminal adequada, é aquela que pretende uma mudança social e de poder, uma política que busque diminuir as desigualdades, destacando que dos mecanismos de política criminal, em especial o direito penal, é o mais impróprio.

É natural, portanto, que sob uma influência comum ambos os movimentos convirjam no essencial em seus pressupostos e críticas ao sistema de justiça penal; coincidem, por motivos vários [...], quanto à deslegitimação dessa instância formal de controle social, seja por que não cumpre as funções declaradas que lhe são tradicionalmente assinaladas, seja porque cumpre funções latentes que o deslegitimam e, por consequência, legitimam a sua supressão. Por isso, são movimentos deslegitimadores do sistema penal: tanto o abolicionismo quanto o minimalismo têm o sistema penal como um subsistema funcional de reprodução material e ideológica (legitimação) do sistema social global, é dizer, das relações de poder e da propriedade existentes. Consideram, em conclusão, o sistema penal um sistema estruturalmente seletivo, criminógeno e ineficaz (QUEIROZ, 2008, p. 85).

Entende-se que além da existência das teorias que buscam legitimar o sistema penal, existem as teorias deslegitimadoras que são contra a autoridade e a cultura punitiva, não aceitando com que o Estado mantenha o monopólio do castigo e da violência.

Após o esboço das teorias justificacionistas da pena juntamente com uma breve pincelada sobre a criminologia crítica e fazendo uma crítica ao poder de punição estatal, passa-se agora para análise da teoria agnóstica da pena.

## **2.5 Teoria Agnóstica da Pena**

A teoria agnóstica da pena pretende não dar legitimidade para as doutrinas oficiais e declaradas (teorias justificacionistas da pena), sem negar o direito de punir (SOARES, 2015, p. 09-11). Ainda, considera-se a teoria mais apta para solucionar as questões: “por que punir?” e “para que punir?”.

Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar, citados por Soares (2015, p. 09) dizem que dispensam as teorias justificacionistas da pena, tendo como objetivo a reconstrução do direito penal com a finalidade de diminuir a violência.

Santos (2008-b, p. 472) afirma que o que fundamenta a construção da teoria agnóstica, é a existência do estado de polícia e estado de direito, de forma pacífica.

A teoria agnóstica da pena, ao reputar como ilegítimas as bases oficiais que justificam juridicamente a sanção penal, tem como objetivo precípuo a realização de uma contenção máxima do poder punitivo pela maximização do estado democrático de direito, possibilitando, ao entender a pena como fonte eminentemente política, a realização de políticas criminais voltadas ao humanismo democrático (SOARES, 2015, p. 10).

Soares (2015, p. 10) afirma que através de tal teoria, busca-se uma reorientação teleológica do direito e do processo penal, sendo fundada na não aceitação dos discursos oficiais declarados pelas teorias da pena, na reorganização do conceito de pena, passando do conceito jurídico para o político.

Carvalho (2007, p. 26) afirma que ao abandonar todas as teorias estudadas até aqui (teorias justificacionistas da pena), dá-se o primeiro passo para adotar a teoria agnóstica da pena (redução de danos penais).

Permite, finalmente, ao operador preocupado em minimizar os danos do sistema punitivo, atuar ciente da institucionalização deteriorante do cárcere, voltando sua ação a neutralizar ao máximo o efeito da prisionalização e a vulnerabilidade do indivíduo submetido ao sistema executivo [...] (CARVALHO, 2007, p. 26).

Para Júnior e Rosa a teoria agnóstica da pena serve para acabar com os discursos do justificacionismo, em especial o mito da ressocialização. “Afiml, será possível cogitar em alguma medida a vocação para ressocializar através da pena privativa de liberdade, quando ela é na verdade um exercício de poder voltado para a dor e capacitado para o extermínio?” (2015, p. 02).

Para tal teoria, a punição tem sua fundamentação na vontade política do Estado, não existindo qualquer finalidade jurídica para a punição, tendo o direito, o papel de limitar a política, restringindo as punições ao máximo possível e garantindo ao condenado o direito de ser punido apenas pelo Estado que detém o “jus puniendi” (SOARES, 2015, p. 12).

A teoria agnóstica da pena acredita que a pena é um direito do condenado em ser punido apenas pelo Estado e não por outras pessoas,

Por derradeiro, impõe salientar que a Teoria Agnóstica da Pena propicia o entendimento de que, em sendo o Estado moderno fundamentado no contrato social, decorrente da disponibilidade das parcelas de autonomia

dos indivíduos a ele pertencente, a pena passa a ser entendida, não só como garantia da pessoa de ser punida somente pelo Estado, como também a possibilidade de uma política criminal voltada para a máxima redução possível na aplicação da sanção penal, posto que ninguém doaria parcela de sua autonomia para ser punido com a maior repressão possível (SOARES, 2015, p. 12).

Ainda nesta linha Carvalho (2007, p. 13-14) afirma que não é possível esquecer que uma das principais conquistas da modernidade foi estipular que só o Estado detém o monopólio do direito de punir, pois o indivíduo renunciou do seu direito de resolver os conflitos, conferindo à terceiro (Estado), que atua como seu substituto.

Para Amaral (2015, p. 06-08) a teoria agnóstica surge a partir da insuficiência e do fracasso das teorias positivas que pretendem atribuir à pena alguma função. O papel do direito seria impor limite à política e assim como na guerra, teria o dever de preservar e salvar vidas.

Para Júnior e Rosa (2015, p. 02) a teoria estudada pode contribuir muito para a redução de danos, diminuindo a dor provocada pelas práticas violentas do sistema penal.

Contudo, verificam-se os reais fundamentos do poder de punir por parte do Estado, amparados pelas teorias justificacionistas da pena, que ao final, nada mais são do que discursos vazios e legitimadores da violência estatal.

As teorias justificantes da pena puderam ser vistas sob outro viés, observando que cada uma delas incorpora um discurso falso, não surgindo efeito algum na prática, servindo apenas para ratificar o poder repressivo do Estado.

Passa-se agora para a análise da definição de ressocialização para os penalistas, bem como, quais as definições inseridas nos códigos e na lei.

### **3 ANÁLISE DA COMPREENSÃO DA RESSOCIALIZAÇÃO NA LEGISLAÇÃO PENAL E NA PRÁTICA DO SISTEMA PENAL SOB O VIÉS DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

O presente capítulo tem por objetivo verificar o conceito de ressocialização para os penalistas, bem como para a Lei de Execução Penal Brasileira (Lei nº 7.210/84), para o Código Penal e Constituição da República Federativa do Brasil. Posteriormente, a partir da análise da Criminologia Crítica, serão apresentados dados da atuação do sistema prisional no Brasil, através de um estudo sobre o discurso da recuperação dos condenados por meio da ressocialização. Por fim, será analisado o discurso reabilitador enquanto expressão dominante na sociedade e sua contradição acerca da realidade do sistema prisional brasileiro.

#### **3.1 Ressocialização para a doutrina penal**

Conceituar ressocialização não é tarefa fácil entre os penalistas, já que em suas obras predomina os procedimentos formais que o apenado deve cumprir, passando pela sentença e execução desta. Entretanto, pouco se discute a maneira pela qual essa pessoa será reinserida novamente na sociedade.

Segundo Bitencourt (2011, p. 123), a principal preocupação dos profissionais que integram o sistema penal brasileiro (juízes, promotores, agentes prisionais) diz respeito a aplicação da teoria, dos princípios e da prisão em si, sem no entanto, dar a atenção devida para as fases posteriores, ou seja, a execução da pena.

Por outro lado, para Mirabete (2002, p. 60), o sistema penitenciário adota como sua principal finalidade a reeducação do apenado, transformando-se inclusive em um ambiente de tratamento, uma vez que se aproxima da intervenção médica e psicológica. Nas palavras do autor o objetivo desse tratamento

É fazer do preso ou internado uma pessoa com a intenção e a capacidade de viver respeitando a lei penal [...]. Nas Regras Mínimas para o tratamento do preso da ONU, prevê-se que o tratamento dos condenados a uma pena privativa de liberdade deve ter por objetivo, [...], inculcar-lhes a vontade de viver na observação da lei, sustentando-se do produto de seu trabalho, e criar nessas pessoas a aptidão para esse mister (2002, p. 60).

A ressocialização nesse caso, se daria através de uma mudança do pensamento da pessoa submetida à prisão, a qual seria de certa forma imposta ou estimulada pelo Estado. O objetivo seria que a pessoa mudasse sua forma de pensar, não por vontade própria, mas pela imposição da pena. O apenado seria encaminhado para respeitar a lei do Estado e para que desenvolvesse uma aptidão para o trabalho, ou seja, existe nessa concepção uma relação entre a obediência e a recompensa, que de certa forma se exteriorizaria por meio de uma ocupação laboral.

Indo ao encontro a esse entendimento de Mirabete (2002), Prado defende que o trabalho além de ser uma obrigação do condenado a pena privativa de liberdade, conforme dispõe o próprio artigo 31 da Lei de Execução Penal Brasileira, é ainda uma atividade que possui como finalidade a educação e produção, possibilitando ao apenado o retorno para a sociedade com alguma capacidade prática, pois sua jornada de trabalho interno é entre seis e oito horas, havendo descanso aos domingos e feriados.

Isso porque o trabalho prisional para Mirabete (2002, p. 98) acaba formando profissionais com competência técnica, de modo que ao saírem da prisão estes apenados continuem a trabalhar de maneira honesta e responsável, impossibilitando com isso, o retorno deles à prisão (reincidência).

Entretanto, não se aponta as dificuldades que um apenado ao sair da prisão enfrenta, tanto em questões sociais quanto laborais, ou seja, a possibilidade deste indivíduo conseguir um emprego tendo tal antecedente é muito menor do que qualquer outra pessoa que jamais encarou a realidade do sistema prisional.

Muita semelhança se encontra com os séculos passados, onde o sistema penitenciário tinha o poder de disciplinar e retirar a força de trabalho dos condenados, sendo que nas sociedades contemporâneas o que ocorre é uma busca da utilização deste preso para servir o sistema sob a máscara do “trabalho ressocializador”.

Para Costa e Junior,

Se o objetivo da execução é propiciar condições para a integração social do condenado, deverá o Estado ofertar-lhe oportunidades de ressocialização. Note-se, porém: o Estado democrático não pode impor ao condenado os valores predominantes na sociedade, mas apenas propô-los ao recluso. E este terá o direito de refutá-los, se entender o caso [...]. Antes de cuidar da recuperação do condenado, faz-se mister saber se ele a aceita, mesmo

porque, em a rejeitando, impossível será a terapia de readaptação social (2011, p. 219).

Para estes autores então, a ressocialização deve ser proporcionada pelo próprio Estado, entretanto, este deve se preocupar com a opinião e vontade do apenado no sentido de que se este não tiver a intenção de um dia vir a se reintegrar a sociedade como as demais pessoas, o Estado não poderá obrigá-lo a tal ressocialização.

No entanto, Mirabete discorda de Costa e Junior (2011) pois para ele a ressocialização deve constituir finalidade basilar do sistema penal brasileiro, pois

é evidente que os presos devem ter direito aos serviços que a possibilitem, serviços de assistência que, para isso, devem ser-lhes obrigatoriamente oferecidos, como dever do Estado. É manifesta a importância de se promover e facilitar a reinserção social do condenado, respeitadas suas particularidades de personalidade, não só com a remoção dos obstáculos criados pela privação da liberdade, como também com a utilização, tanto quanto seja possível, de todos os meios que possam auxiliar nessa tarefa [...] (2002, p. 61).

Antes de uma opção para o apenado, as estratégias de ressocialização propostas pelo Estado se configurariam como um direito, devendo ser usufruído de modo que traga contribuições para sua reinserção posterior na sociedade.

Marcão, citando Pimentel afirma que

[...] A pena aplicada com maior frequência é a de prisão, e, ingressando no meio carcerário, o sentenciado se adapta, paulatinamente, aos padrões da prisão. [...] Portanto, longe de estar sendo ressocializado para a vida livre, está, na verdade, sendo socializado para viver na prisão. [...] Assim, um observador desprevenido pode supor que um preso de bom comportamento é um homem regenerado, quando o que se dá é algo inteiramente diverso: trata-se apenas de um homem prisonizado (2001, p. 04).

Para este autor, portanto, a ressocialização induz que o apenado, apesar de todas as dificuldades que passa no interior da prisão, deve ainda ser uma pessoa disciplinada, organizada, com bom comportamento, reproduzindo a ideia de que ao sair terá uma vida completamente diferente daqui levava antes, o que na maioria das vezes não acontece.

Bitencourt afirma que a finalidade da pena não é somente a ressocialização, logo:

[...] Não se pode atribuir às disciplinas penais a responsabilidade exclusiva de conseguir a completa ressocialização do delinquente, ignorando a existência de outros programas e meios de controle social de que o Estado e a sociedade devem dispor com objetivo ressocializador, como são a família, a escola, a Igreja, etc [...] (2011, p. 143).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLVIII prevê que a pena privativa de liberdade será cumprida em estabelecimentos distintos, conforme a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. E no inciso XLIX, assegurou aos condenados o respeito à integridade física e moral, juntamente com o artigo 38 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 2015a; 2015c).

De acordo com a Lei de Execução Penal Brasileira (Lei nº 7.210/84) o objetivo da execução é assegurar ao condenado sua integração, ou seja, reinseri-lo de volta à sociedade, de forma harmônica (Art. 1º) (BRASIL, 2015d).

Nesse sentido, Marcão (2001, p. 03) menciona que tal lei possui uma dualidade de objetivos, ou seja, ela adotou a teoria mista (eclética), onde a natureza retributiva da pena aplicada busca a humanização e não somente a prevenção. Afirma ainda que a execução tem por objetivo punir e também humanizar.

Por outro lado, Batista (2001, p. 113) afirma que perante o artigo 1º desta lei (desde 1985), adota-se a teoria da prevenção especial, ou seja, buscando a reeducação do apenado. Já o artigo 10 da Lei de Execução Penal Brasileira estabelece que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade” (BRASIL, 2015d).

Ainda assim, o artigo 22 da Lei de Execução Penal Brasileira afirma que a “assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade” (BRASIL, 2015d).

Segundo o dispositivo acima, os condenados criminalmente têm o direito de serem auxiliados para o retorno à liberdade, já que essa foi retirada do indivíduo quando se tornou parte do sistema prisional.

Mirabete (2002, p. 62) ao analisar a Lei de Execução Penal Brasileira afirma que a prestação de assistência ao liberado, é uma atividade complementar à atividade desenvolvida dentro da instituição prisional. Caso contrário (se essa atividade complementar não for efetiva) a sociedade pode anular os resultados

obtidos (pelo encarcerado) pelas tarefas realizadas no estabelecimento (tarefas essas, que têm como objetivo reeducá-lo e reinseri-lo socialmente).

Para o referido autor então, existem atividades efetivas, realizadas dentro das instituições penitenciárias, tendo como objetivo ressocializar o encarcerado e que após sua saída, deve ter um trabalho complementar, ou seja, um “acompanhamento” por parte da sociedade, para que se mantenha o que foi proposto e atingido dentro dessas instituições totais. Contudo, Mirabete (2002) não menciona qual o meio utilizado para se alcançar o que ele define como “ressocialização” e nem quais são essas atividades desenvolvidas dentro da instituição.

Nota-se que todos os fundamentos, sejam eles através das teorias justificacionistas da pena, sejam pela profissionalização dos detentos dentro dos estabelecimentos prisionais, o que se tem na realidade, são discursos de legitimação do sistema punitivo, onde o próprio sistema acaba sendo visto como válido e reconhecido como “necessário” através do seu “discurso oficial” (ressocializar), onde “discurso” se assemelha a uma ideologia que se pretende alcançar (mas que não alcança) e que é disseminada para toda a sociedade como o objetivo primordial do sistema prisional.

Enfim, a ideia das teorias justificacionistas abordadas no capítulo anterior, vêm ao encontro do que os penalistas afirmam ser um “sistema prisional legítimo”, pois é com base naquelas teorias, que eles propõem diversas finalidades para a pena de prisão, entre elas, a ressocialização.

Percebe-se que vários autores reconhecem que a Lei de Execução Penal Brasileira tem como finalidade a ressocialização e reinserção do condenado à sociedade, contudo, nem a referida lei, nem os próprios autores conseguem definir de forma unânime qual o método ou o instrumento efetivo para alcançar tal objetivo, “pairando no ar” o termo “ressocialização” dentro da lei, demonstrando um conceito vazio, que não apresenta os meios para atingi-la.

Em termos internacionais, o Pacto de San José da Costa Rica propõe em seu artigo 5º, inciso VI, que “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados” (BRASIL, 2015b).



No entanto, tal dispositivo menciona que a finalidade da pena é a reforma dos condenados, bem como sua readaptação social, entretanto deixa de lado a maneira pela qual essa ressocialização se dará na sociedade.

Molina e Gomes (2002, p. 472-473) levantam a questão de como realizar o processo de aproximação do condenado com os modelos sociais, apresentando dois sentidos: o funcional (caracterizado pela adaptação do apenado à sociedade) ou algo que mude a personalidade do condenado (caracterizado pela correção).

Gomes e Mazzuoli (2009, p. 44-45), afirmam que na teoria, a fase da execução tem como finalidade a função da prevenção especial positiva, que como estudado no segundo capítulo do presente trabalho, é proporcionar meios para ressocializar o apenado. Entretanto, na prática em geral, predomina a função da prevenção negativa da inocuidade, onde o recluso é colocado e esquecido dentro da prisão, sem nenhum tipo de assistência.

Os mencionados autores, no entanto, não definem o que é ressocialização, limitando-se apenas, em estudar as teorias da pena.

Junqueira e Vanzolini discordam que a pena seja necessariamente um mal, “ousamos criticar a tradicional concepção de que a pena deve ser necessariamente um mal, um dano” (2014, p. 466). Afirmam ainda que a pena deve ser algo bom tanto para o condenado quanto para a sociedade, caso contrário “[...] se a imposição do mal da pena gera um ciclo de violência e serve como fator criminógeno, o que é perceptível nos altíssimos índices de reincidência, outra solução deve ser pensada” (2014, p. 466).

Souza citando Damásio de Jesus (2009, p. 23), afirma que “a adoção do sistema misto [...] fez perdurar a ideia de retribuição como medida necessária para a reprovação do crime. Outro aspecto salientado pelo autor é que esta deve ser suficiente para prevenir o delito”.

Logo, o referido autor defende a possibilidade de retribuição do mal causado, pois esta serve para que as pessoas se abstenham da prática de delitos (teoria da retribuição).

Barros afirma que a pena possui três finalidades, a de retribuir, a de prevenir e a de reeducar. Em relação à finalidade reeducativa, menciona que esta é aplicada apenas no momento da execução. “Nesse momento, o escopo da pena é a ressocialização do condenado, isto é, reeducá-lo para que, no futuro, possa

reingressar ao convívio social, prevenindo, assim, a prática de novos crimes” (2009, p. 454).

Barros acredita que a ressocialização irá impedir os condenados a praticarem crimes no futuro (teoria da prevenção especial), contudo, não traz nenhuma sugestão de como atingi-la.

Greco (2004, p. 542) acredita que “[...] as penas [...] tinham uma natureza aflitiva, ou seja, o corpo do delinquente pagava pelo mal que ele praticara. Era torturado, açoitado, crucificado, esquartejado [...]”. Entretanto, para este autor, a pena de prisão pode ser considerada um avanço/ evolução na história das penas, já que antes havia torturas e violência.

No entanto, como visto no primeiro capítulo do presente trabalho, as prisões surgiram com um viés capitalista de exploração da mão-de-obra e que havia (e há) sim, violência nestas instituições.

Nota-se que as leis trazem como função da pena a ressocialização, mas não se preocupam em conceituá-la. Ainda assim, os autores defendem que é dever do Estado efetivar tal função, porém, não apresentam um conceito explicativo e alguns acreditam ainda que o trabalho teria a função de ressocializar o condenado. No entanto, não apresentam que tipo de trabalho seria apropriado para esse fim, e nem como instrumentalizar tal tarefa.

Enfim, os tratados, códigos e manuais de direito penal não apresentam um conceito de ressocialização ou até mesmo como alcançá-la, apenas reproduzem as teorias justificacionistas da pena, legitimando assim, o poder imoderado do Estado. Diante do exposto, passa-se para a análise prática do sistema penal e seus efeitos na população prisional, para ao final retomar a questão da ressocialização.

### **3.2 A prática do sistema prisional: dados sobre a atuação do sistema e seus efeitos na população prisional**

Busca-se agora capítulo verificar a relação entre os discursos feitos pelos penalistas com os dados apresentados pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen), referente ao sistema penitenciário nacional (nos anos de 2008 à 2013) referente à população carcerária, cor de pele, estabelecimentos penais e grau de escolaridade .

Segundo o relatório do ano de 2012 da Conectas (2015), instituição não governamental internacional<sup>1</sup>,

O Brasil possui hoje a quarta maior população carcerária do mundo e a terceira maior taxa de encarceramento. Desde 2005, a taxa de encarceramento aumentou 35% e o país conta com um contingente de mais de meio milhão de presos. Entre 2001 a 2012, a população carcerária do Estado de São Paulo, onde se concentra 40% dos presos do país, dobrou [...] (2015).

Souza (2009, p. 39) lembra que a prisão no contexto moderno é vista como um mecanismo de controle social formal utilizada pelo Estado (que detém o poder de punir), sendo a prisão uma instituição para atingir determinados objetivos.

Khaled Júnior afirma que no Brasil, o Presídio Central de Porto Alegre é o exemplo mais claro de degradação humana em que os condenados estão expostos. Apresenta ainda, dados que apontam que no final do ano de 2013, havia 4,5 mil indivíduos presos na instituição que tinha capacidade para abrigar cerca de 1,6 mil.

O termo superlotação parece tímido para descrever a situação dos presos. Por isso a provocação: Holocausto nosso de cada dia, uma tragédia com a qual todos os governos do Rio Grande do Sul foram criminalmente coniventes nas últimas décadas (2014, p. 50).

Resta clara a superocupação do presídio central de Porto Alegre no final do ano de 2013, onde havia um número superior ao que a instituição carcerária podia abrigar, causando, entre diversos fatores, a falta de higiene, onde as doenças são transmitidas mais facilmente.

Segundo informações de outra instituição internacional de proteção dos Direitos Humanos, a *Human Rights Watch*<sup>2</sup>, muitas prisões e cadeias de todo o Brasil apresentam problemas de superlotação e violência. O número de

---

<sup>1</sup> A missão da Conectas, conforme consta em seu *site* é: "[...] promover a efetivação dos direitos humanos e do Estado Democrático de Direito, no Sul Global - África, América Latina e Ásia. Desde janeiro de 2006, Conectas tem status consultivo junto à Organização das Nações Unidas (ONU) e, desde maio de 2009, dispõe de status de observador na Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos." (CONNECTAS, 2015).

<sup>2</sup> A *Human Rights Watch* "[...] é uma das organizações independentes mais importantes do mundo dedicada à defesa e à proteção dos direitos humanos. Ao focar a atenção internacional nos locais onde existem violações dos direitos humanos, damos voz às vítimas e promovemos a responsabilização dos perpetradores dos crimes. Ao realizar pesquisas rigorosas e objetivas e atividades estratégicas de advocacy, contribuimos para pressão internacional e chamamos a atenção para os diversos custos dos abusos aos direitos humanos. A Human Rights Watch trabalha intensamente há mais de 30 anos para estabelecer as bases legais e morais para trazer mais justiça e segurança para as pessoas em todo o mundo." (HUMAN RIGHTS WATCH, 2015).

encarceramento do país de acordo com o InfoPen, subiu 45% entre os anos de 2006 e 2013. Além do encarceramento em massa, a tortura é um problema permanente nos centros de detenção e nas delegacias de polícia.

Entre janeiro de 2012 e junho de 2014, a Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos recebeu 5.431 denúncias de tortura e de tratamento cruel, desumano ou degradante (cerca de 181 denúncias por mês) de todo o país por meio do Disque Direitos Humanos [...] (2015).

Diante disso, analisar-se-á algumas tabelas referentes a situação do sistema penitenciário brasileiro em âmbito nacional.

Tabela 01 – Índice de **população carcerária** nos períodos de dezembro de 2008 à junho de 2013.

POPULAÇÃO CARCERÁRIA EM TERRITÓRIO NACIONAL		
	Dezembro de 2008	Junho de 2013
População Carcerária	451.219	574.027
Número de Habitantes	189.612.814	190.732.694
População Carcerária por 100.000 habitantes	238,10	300,96
Número de Vagas	296.428	317.733

Fonte: Departamento Penitenciário Nacional, 2015.

Percebe-se que em âmbito nacional, no ano de 2008 tinham 451.219 presos para somente 296.428 vagas, apresentando um déficit carcerário de 154.791 quanto aos indivíduos presos, revelando uma desproporção entre a população carcerária existente no Brasil e o número de vagas ofertadas.

Já no ano de 2013 esse déficit carcerário chegou a 256.294 pessoas nos estabelecimentos prisionais, ou seja, em vez de diminuir, ele cresceu, mostrando que o Sistema Penal tem prendido muitas pessoas, mas não tem provido nem ao menos vagas para elas ocuparem nos estabelecimentos prisionais.

Além do mais, observa-se o aumento da população carcerária do ano de 2008 para 2013, sendo em torno de 122.808 e o número de vagas aumentou para apenas 21.305.

Tabela 02 – Índice de **etnia/ cor de pele** nos períodos de dezembro de 2008 à junho de 2013.

COR/ ETNIA EM TERRITÓRIO NACIONAL		
	Dezembro de 2008	Junho de 2013
Branca	147.438	176.137
Negra	66.535	86.311
Parda	150.625	221.404
Amarela	2.733	2.755
Indígena	511	763

Fonte: Departamento Penitenciário Nacional, 2015.

Nota-se que do ano de 2008 para 2013 o número de pessoas brancas aumentou 28.699, já a negra aumentou 19.776 e o que mais chamou atenção foi a população parda, onde houve um aumento significativo de 70.779 pessoas entre os mencionados anos. Conforme Khaled Júnior o povo brasileiro tem o racismo impregnado na identidade e historicamente o Brasil é um país tendencioso para o sacrifício. “O que em alguma medida é confirmado pelo nosso próprio sistema penitenciário: o perfil social e ético da população carcerária brasileira é amplamente conhecido [...]” (2014, p. 45).

Percebe-se que o sistema penal (nos dois anos) atinge em grau maior a população parda, onde se verificou o maior aumento dessa classe em detrimento das demais.

Andrade lembra que a parcela mais atingida pelo sistema penal é uma minoria, sendo que o status social do indivíduo é o fator determinante para que ele seja ou não punido, ou seja, atua sob pessoas e não sob as condutas.

A equação minoria (dos baixos estratos sociais ou pobres) regularmente criminalizada x maioria (dos estratos sociais médio e alto) regularmente imune ou impune, na qual vimos sinteticamente traduzindo a seletividade, indica também que a impunidade não é uma disfunção do sistema, mas sua regra de funcionamento. [...] Pois impunidade e criminalização são orientados pela seleção desigual de pessoas de acordo com seu status social e não pela incriminação igualitária de condutas. O sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais que contra certas condutas legalmente definidas como crime e acende suas luzes sobre “quem” em detrimento do “que” (2006, p. 03).

Interessante mencionar, que conforme apresenta a instituição *Human Rights Watch*, os agentes da segurança pública que cometem algum tipo de abuso contra os presos raramente são levados à justiça. “Em uma notável exceção, um total de 73 policiais foram condenados por homicídio em 2013 e 2014 por sua participação no massacre de 111 detentos na prisão de Carandiru em 1992, no estado de São Paulo” (2015).

Tabela 03 – Índice de **estabelecimentos prisionais** nos períodos de dezembro de 2008 à junho de 2013.

ESTABELECEMENTOS PENAIS EM TERRITÓRIO NACIONAL		
	Dezembro de 2008	de Junho de 2013
Quantidade de Estabelecimentos Penais	1.712	1.482
Penitenciárias	429	470
Colônias Agrícolas, Indústrias	46	73
Casas de Albergados	46	65
Cadeias Públicas	1.165	826
Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico	26	32
Patronato	X	16

Fonte: Departamento Penitenciário Nacional, 2015.

Em relação aos estabelecimentos penais, em geral, houve uma redução de 230 estabelecimentos do ano de 2008 para 2013. Já o indicador “penitenciária”, revelou um aumento de 41 estabelecimentos penitenciários de um ano para o outro; e as cadeias públicas (presídios) apresentaram uma redução de 339 presídios entre os anos observados.

Entretanto, em ambos os anos, havia mais cadeias públicas do que penitenciárias (vide tabela acima).

Tabela 04 – Índice de **escolaridade** nos períodos de dezembro de 2008 à junho de 2013.

ESCOLARIDADE EM TERRITÓRIO NACIONAL		
	Dezembro de 2008	Junho de 2013
Analfabeto	28.432	27.468
Alfabetizado	47.004	65.567
Ensino Fundamental Incompleto	172.926	236.519
Ensino Fundamental Completo	49.262	64.879
Ensino Médio Incompleto	41.701	59.043
Ensino Médio Completo	28.972	41.311
Ensino Superior Incompleto	3.718	4.314
Ensino Superior Completo	1.705	2.153
Ensino acima de Superior Completo	68	119
Não Informado	19.991	23.199

Fonte: Departamento Penitenciário Nacional, 2015.

Em relação à escolaridade dos apenados no ano de 2008, pode-se ver que o item “ensino fundamental incompleto” disparou comparado com os outros itens, chegando a 172.926 presos. Em 2013, o mesmo item subiu numa média de 63.593 presos, totalizando o número de 236.519 apenados com escolaridade apenas até o ensino fundamental incompleto.

Baratta afirma que a maioria dos presos decorre de grupos sociais excluídos da sociedade por mecanismos de mercado, que regulam o mundo todo. Logo,

A reintegração na sociedade do sentenciado significa, portanto, antes de tudo, corrigir as condições de exclusão social, desses setores, para que conduzi-los a uma vida pós-penitenciária não signifique, simplesmente, como quase sempre acontece, o regresso à reincidência criminal, ou à marginalização secundária e, a partir daí, uma vez mais, volta à prisão (2015, p. 03).

Enfim, percebe-se que do ano de 2008 para 2013 em âmbito nacional, os indicadores estudados, em sua grande maioria, obtiveram um aumento significativo, pondo em “cheque” as teorias justificacionistas da pena, juntamente com o entendimento de ressocialização para os penalistas, revelando, então, uma insuficiência do sistema penal, em reduzir a criminalidade com os mecanismos que possui atualmente.

Logo, se há a ressocialização e se a mesma está sendo cumprida/efetiva, como explicar o demasiado aumento apresentado pelos dados? Contudo, se não há vagas suficientes para abrigar todos os presos como demonstrado, em que condições se pode propor alguma medida ressocializadora (se é que tal medida existe)?

Os dados por si só, revelam que o objetivo, ou seja, a finalidade basilar da legislação de Execução Penal Brasileira não está correspondendo com a realidade das instituições carcerárias.

Como bem observa Baratta (2015, p. 03), o sistema prisional deve oferecer vários benefícios para o apenado, como instrução profissional, assistência médica e psicológica, etc., para lhes oferecer uma oportunidade de reintegração. Adorno citado por Souza (2009, p. 34) afirma que os estabelecimentos prisionais sempre apresentaram condições precárias como superlotação, violência e arbitrariedades.



Além das condições criminógenas das prisões, o fator da “reincidência” tem sido atribuído ao condenado. Entretanto, o que não se percebe é que é impossível alguém ingressar na prisão e não sair de lá pior do que entrou. O índice da reincidência, por si só é insuficiente, tendo em vista que a recaída do delinquente conta com outros fatores que não apenas a prisão, entre eles, os fatores pessoais e sociais (BITENCOURT, 2011, p. 125-127).

Para Thompson (2002, p. 08) a reincidência é a confirmação mais clara de que a prisão falhou no seu objetivo, em especial, o de recuperação e intimidação.

Percebe-se que o Estado visa retirar sua culpa (pelo fracasso do sistema penitenciário) frente ao condenado, afirmando que este volta a delinquir por vontade própria, ignorando totalmente o fato de que ninguém entra no sistema penitenciário e sai melhor.

Enfim, como observado nos quatro indicadores (população carcerária, cor de pele, estabelecimentos penais e grau de escolaridade) dos anos de 2008 e 2013, os dados revelam uma proporção assustadora de déficit carcerário em âmbito nacional. Após a constatação dos dados sobre a prática do sistema prisional, passa-se agora para a análise do discurso reabilitador como discurso empregado pelo sistema penal e seus defensores, juntamente com as funções não declaradas do sistema penal.

### **3.3 Controle social: o discurso reabilitador como discurso de legitimidade do Sistema Penal**

Diante do contexto de tudo que foi exposto, vê-se que o sistema penal utiliza um discurso reabilitador que nem ele mesmo – através do Código Penal e da Lei de Execução Penal Brasileira – consegue definir a abrangência, seus instrumentos, suas metas e, muito menos, seus resultados. Além disso, os penalistas reproduzem este discurso como válido e efetivamente praticado através das teorias justificacionistas da pena. Contudo, os dados apresentados no tópico anterior, demonstram que o sistema penal atinge com maior ênfase uma parcela específica da sociedade, ou seja, uma parcela com escolaridade baixa (tanto em âmbito nacional como estadual), tendo apenas o ensino fundamental incompleto.

Busca-se neste último ponto, verificar a atuação desigual e seletiva do sistema prisional brasileiro, desde suas origens (como visto anteriormente) até os dias de hoje.

Para Khaled Júnior e Rosa (2015, p. 01) é comum que os penalistas abordem o problema do pensamento jurídico-penal através de uma perspectiva de legitimação. Além do mais, afirmam que este tipo de pensamento deve ser erradicado, a partir da teoria agnóstica da pena e que tem por objetivo (como abordado no último tópico do capítulo anterior) a redução de danos penais, ou seja, a contenção da violência.

Trata-se de uma estrutura de pensamento putrefata e que deve ser posta abaixo sem misericórdia, o que pode ser feito sem grande dificuldade a partir de uma conexão com a teoria agnóstica da pena, proposta por Zaffaroni. Ele define a pena como um exercício de poder. Confessa desconhecer sua função e, logo, abdica de qualquer resposta justificacionista ao “por que punir?”. Com isso Zaffaroni procura legitimar e ampliar o poder jurídico, visando a contenção do poder punitivo e reconduzindo a questão da pena ao âmbito político (2015, p. 01).

O mesmo autor afirma que a razão do castigo foi discutida ao longo dos séculos por vários autores, como estudado no primeiro capítulo do presente trabalho, e lembra que as teorias justificacionistas da pena que pretendem dar uma resposta ao “por que punir?”, têm como finalidade única a legitimação da pena.

O sentido do castigo foi discutido ao longo dos séculos por inúmeros autores e representa um debate que precede o surgimento do próprio direito penal moderno, que incrivelmente não conseguiu superar os limites discursivos do justificacionismo até hoje: todas as teorias que respondem positivamente ao “por que punir?” têm como finalidade última a legitimação da pena, que conforma verdadeiro objeto de fetiche dos penalistas (2015, p. 01).

Guimarães lembra que a pena desde o seu surgimento nunca foi um mecanismo positivo para a sociedade, muito pelo contrário, todas as funções declaradas atribuídas a ela fracassaram,

Historicamente a pena privativa de liberdade se configura como um instituto que nunca serviu a nenhum propósito que auxiliasse no engrandecimento da humanidade, muito pelo contrário, todos os fins a ela atribuídos de maneira declarada, no sentido de melhoria do homem ou da sociedade, sempre fracassaram, restando, isto sim, as funções ocultas, que ao longo

de toda sua existência têm cumprido um papel fundamental e imprescindível para manutenção opressiva das assimetrias sociais (2006, p. 224).

Quadros afirma que as teorias justificacionistas da pena mencionadas no capítulo anterior, na prática fracassam, tendo em vista seu objetivo de justificar o poder punitivo do Estado,

[...] Principalmente porque a pena, em relação aos seus objetivos declarados em lei (intimidação e ressocialização), não consegue cumpri-los. Dessa forma, o quadro existente pode ser considerado ilusório, pois apresenta uma segurança que não existe e uma credibilidade no sistema jurídico penal que está cada vez mais debilitada (1995, p. 12).

Percebe-se que as teorias estudadas no segundo capítulo do presente trabalho, com exceção da teoria agnóstica da pena, servem para legitimar o discurso oficial do sistema, que é o discurso de ressocialização. Entretanto, na prática, a reinserção do apenado à sociedade ocorre de forma genérica e indefinida, sendo que as teorias justificacionistas, são apenas um meio, uma base para a legitimidade do sistema penal.

Braga (2014, p. 344-345) menciona que o Brasil nunca alcançou a reabilitação, mas está até hoje recorrendo a esta função como princípio da execução penal, pois existe uma finalidade em manter tal discurso, mesmo sem a concreta realização.

Nota-se que é interessante para todo o sistema que se mantenha o discurso da ressocialização em voga, mesmo estando notório que tal finalidade jamais será alcançada com as instituições contemporâneas.

Khaled Júnior menciona que o sistema prisional brasileiro retrata um cenário de verdadeira barbárie, se aprofundando cada vez mais nas últimas décadas. “Sem dúvida, se existe algo que se aproxima do título de Holocausto penitenciário, certamente é a estrutura punitiva brasileira” (2014, p. 44).

Andrade (2006, p. 01) lembra que o próprio sistema penal constrói a criminalidade, ou seja, o próprio sistema sabe exatamente o que será criminalizado e quem serão as vítimas do sistema penal, através do processo de criminalização, que começa na definição legal de crime pelo poder legislativo e na seleção dos indivíduos que serão rotulados e estigmatizados como “criminosos”.

Com efeito, sabe-se hoje que desde o ponto de vista das definições legais, a criminalidade se manifesta como o comportamento da maioria das pessoas na sociedade, e em todos os estratos sociais, antes que o comportamento de uma minoria perigosa da população, mas a criminalização é, com regularidade, desigual ou seletivamente distribuída; ou seja, o sistema penal criminaliza e está estruturalmente preparado para criminalizar apenas uma minoria de pessoas e pertencentes aos mais baixos estratos sociais (2006, p. 03).

Confirmando o entendimento de Andrade, pode-se observar através dos dados apresentados no tópico anterior, que tal seleção de indivíduos ocorre de maneira muito clara, incidindo nas camadas sociais mais baixas.

Batista afirma que numa sociedade dividida em classes, o direito penal protege as relações/ interesses sociais escolhidos pela sociedade dominante. “Efeitos sociais não declarados da pena também configuram, nessas sociedades, uma espécie de “missão secreta” do direito penal” (2001, p. 116).

Para Santos (2008-a, p. 121) a tática da criminologia radical para o sistema prisional é a abolição da prisão, já que suas funções reais são de garantir a exploração capitalista (através da relação de produção), juntamente com o fracasso da ideologia penitenciária (a de controle da criminalidade e correção do apenado), o que justifica seu verdadeiro objetivo, qual seja, a permanência da prisão interessa apenas para as classes dominantes.

[...] O objetivo estratégico de abolição da prisão requer mediações políticas táticas, como a extensão das medidas alternativas da pena e a abertura do cárcere para a sociedade. [...] A abertura do cárcere para a sociedade limita as consequências de marginalização e desarticulação política promovidas pelo sistema carcerário, possibilitando a reintegração do condenado em sua classe – e, portanto, na sociedade de classes –, pela ação coordenada de associações de presos e de organizações dos trabalhadores, como partidos políticos [...], associações de bairros, etc., transferindo o processo de ressocialização da prisão (Estado) para a comunidade (2006, p. 121-122).

Baratta lembra que é necessário que haja comunicação entre a prisão e a sociedade, afirmando que a instituição carcerária se isola do restante social, isolamento este, simbolizado pelos muros e grades. Se essa barreira não for destruída (ainda que simbolicamente) a possibilidade de ressocializar o apenado será mínima. Ou seja, “não se pode segregar pessoas e, ao mesmo tempo, pretender a sua reintegração” (2015, p. 03).

Os muros da prisão representam uma barreira violenta que separa a sociedade de uma parte de seus próprios problemas e conflitos. Reintegração social (do condenado) significa, antes da modificação do seu mundo de isolamento, a transformação da sociedade que necessita reassumir sua parte de responsabilidade dos problemas e conflitos em que se encontra “segregada” na prisão (2015, p. 03).

Não só o Estado deve tutelar o condenado, mas a sociedade civil também tem este compromisso, haja vista que é responsável pelo seu retorno à vida social. Além do mais, a sociedade também é responsável pelas condições que a prisão se encontra atualmente.

Baratta afirma que a realidade da prisão está muito distante do que é realmente necessário para cumprir os objetivos da ressocialização e “os estudos dos efeitos da cadeia na vida criminal (atestam o alto índice de reincidência) têm invalidado amplamente a hipótese da ressocialização do delinquente através da prisão” (2015, p. 01).

O referido autor menciona que um dos problemas da ressocialização, é que a prisão não é capaz de produzir resultados positivos e úteis para o encarcerado e que ao contrário, acaba impondo condições negativas a ele. Contudo, afirma que a reintegração do sentenciado à sociedade não deve ser abandonada, precisando ser reinterpretada e reconstruída (2015, p. 02).

Braga fala um pouco sobre as ideologias “res”, afirmando que,

O termo reintegração social é utilizado por parte da imprensa, dos gestores públicos e da academia, como sinônimo de ressocialização, reeducação, reabilitação, recuperação etc. Porém, em um sentido estrito [...], ele é empregado justamente para fazer frente às chamadas ideologias “res”, segundo as quais o indivíduo é objeto de intervenção penal; cabendo ao sistema penitenciário modificar o modo de ser do apenado e a este readequar seus valores e atitudes como condição para que seja aceito pela sociedade [...] (2014, p. 349-350).

Júnior e Rosa (2015, p. 05) questionam como evitar a reincidência, já que o “tratamento” recebido pelos encarcerados é apenas a neutralização, como fazer com que a prisão não dessocialize e estigmatize se é o que ela realmente faz? Enfim, para os autores, são questões que as ideologias “res” não conseguem responder.

Khaled Júnior afirma que o direito penal está cada vez mais banalizado, fazendo com que todos acreditem que é a melhor solução para qualquer mal.

Enquanto isso, o Estado se exime de investimentos sociais tão necessários e esperados.

[...] Para os excluídos sequer se prevê exploração, mas gestão da pobreza: é contra eles que o sistema penal preferencialmente atua. O explorado ainda está integrado, ainda que sob o signo da dominação, ao sistema capitalista. O excluído está fora e por isso deve ser isolado e neutralizado. Dessa forma, o problema social deve ser “resolvido” com aparato policial [...] (2014, p. 50).

Ocorre que o Estado não atua em investimentos sociais (políticas públicas, por exemplo), deixando apenas o sistema penal atuar nos conflitos criminais e, além disso, legitima seu discurso “ressocializador” através das teorias justificacionistas, fazendo com que boa parcela da sociedade acredite neste instituto.

Para Bianchi (2012, p. 40-41) o Estado não oferece as condições mínimas de cumprimento da pena de privação de liberdade, logo, prevenção e ressocialização não devem fazer parte da finalidade do sistema prisional. Acrescenta ainda que o Estado não disponibiliza instrumentos palpáveis, reais e possíveis para enfrentar tal questão.

A prisão está longe de ser associada a algum tratamento “humano”, pois se sabe que ela aniquila, anula e destrói aquele que faz parte do sistema.

Thompson (2002, p. 12) afirma que treinar cidadãos para a vida em liberdade prendendo-os, é a mesma coisa que preparar-se para uma corrida, deitado na cama. O referido autor faz tal comparação, para mostrar que é impossível atingir uma finalidade/ objetivo aplicando o inverso.

Karam menciona que a prisão atualmente produz

[...] Um setor de marginalização social e tem importantes funções na manutenção e reprodução da formação social capitalista [...]. A prisão tem, hoje, entre suas funções reais, o fornecimento de mão-de-obra para as atividades ligadas à circulação ilegal do capital, mão-de-obra cujo recrutamento se faz, preferencialmente, entre a população criminalizada, impedida de exercer qualquer trabalho honesto, pelos mecanismos de rejeição, produzidos e incentivados pelas próprias agências do sistema penal (1993, p. 184-185).

O sistema penal produz e incentiva os instrumentos para o encarcerado ser rejeitado pela sociedade, dificultando assim, o futuro do mesmo em sua forma profissional, pessoal e social, tendo por consequência a reincidência, retornando para o sistema penal.

Khaled Júnior (2014, p. 51-52-55) afirma que não é possível justificar a pena sob o argumento da teoria da prevenção especial positiva, tendo em vista que o sistema prisional vai ao encontro do holocausto. Contudo, tal teoria deve ser lembrada, visto que a Lei de Execução Penal Brasileira estabelece expressamente, um ideal ressocializador em seus artigos. O autor afirma ainda não ser exagero mencionar que a teoria da prevenção especial positiva está, na prática, convertendo-se em prevenção especial negativa, já que está voltada para a inocuização dos apenados, deixando de lado o caráter ressocializador.

O mencionado autor, afirma que aqueles que saíram do sistema penitenciário apenas sobreviveram e isso não demonstra em sentido algum a capacidade da pena em acrescentar algo positivo. Nas palavras de Khaled Júnior, “a prisão não ressocializa. Ela dessocializa. Ela não integra, mas segrega” (2014, p. 54).

Braga (2014, p. 354-355) conclui que a pena privativa de liberdade não colabora para que o apenado seja mais autônomo e integrado. E afirma que se a sociedade não tem condições de recusar as prisões de hoje, é inconcebível reforçar a falácia das ideologias “ressocialização e reeducação”.

Para a autora, se a sociedade aceita as prisões atualmente no estado em que se encontram, é inadmissível utilizar as “falsas” ideologias de reeducar, ressocializar e reinserir o condenado de volta à sociedade para legitimar tal instituição, pois tais ideologias não passam de uma forma de legitimação do poder punitivo do Estado.

Quadros constata que quando os juízes expedem sentenças fundamentando a reabilitação social dos condenados, eles estão inserindo um termo vazio e indefinido, pois

[...] Com base nas constatações anteriores de que a legislação não define o termo reabilitação, podemos comprovar que eles não têm uma definição a respeito do assunto, e nem poderiam, pois a fonte na qual se baseiam não lhes oferece qualquer explicação (1995, p. 39).

Contudo, fica evidente que os juízes, em especial, das varas criminais do Sul brasileiro (que foram o enfoque da pesquisa de Quadros) não possuem a definição do conceito de reabilitação, mas mesmo assim, expedem sentenças voltadas para a função que o sistema penal lhes oferece, sendo que a

desconhecem. Logo, a indefinição de reabilitação integra a lógica de funcionamento do sistema penal (QUADROS, 1995, p. 51-68).

Karam (1993, p. 206), afirma que aqueles que são selecionados pelo sistema penal, obedecem a uma regra da sociedade capitalista, ou seja, da desigual distribuição de propriedade. E já que se trata de um atributo negativo, os escolhidos para serem estigmatizados são, de preferência, os membros de classes desprovidas de acúmulo de capital, que a autora chama de “os membros das classes subalternas”, fato este que é claro no Brasil, sendo muito fácil de ser vislumbrado, pois é só observar o perfil das pessoas que lotam os estabelecimentos prisionais.

Toda essa seletividade se opera já desde a elaboração das leis, ou seja, desde o momento em que se define o que será considerado crime e o momento de sua aplicação e execução, no qual serão designados os criminosos (QUADROS, 1995, p. 56).

O sistema penal cumprindo funções que não declara, precisa encobri-las para legitimar seu modo de agir. As teorias da pena são algumas estratégias que buscam ocultar a realidade do sistema (QUADROS, 1995, p. 60). O sistema penal não traz um conceito ou um meio nos códigos e nas leis estudadas para atingir a ressocialização, aplicando funções que não declara, mas que são efetivamente cumpridas.

Enfim, fica claro que a prisão não cumpre as funções que declara em todas as teorias apresentadas (combater a criminalidade através da ressocialização), mas cumpre de forma muito eficaz funções latentes e reais, conforme aponta Quadros,

Fica claro que o sistema penal apresenta funções declaradas, que se caracterizam pelo combate à criminalidade e defesa da sociedade, mas que não são cumpridas e, portanto, sua eficácia passa a ser considerada apenas simbólica e legitimadora. Este mesmo sistema, no entanto, cumpre outras funções não declaradas (latentes – reais), que se caracterizam pela produção e reprodução das desigualdades sociais (1995, p. 59).

Batista (2001, p. 113) afirma que ao lado das funções aparentes da pena, atualmente muito tem se falado nas funções ocultas ou não declaradas que a pena apresenta.



Andrade menciona que o sistema penal é caracterizado por uma eficácia invertida, pois apresenta funções inversas às que declara, produzindo assim, relações de desigualdade e de poder

O controle penal se caracteriza por uma eficácia instrumental invertida à qual uma eficácia simbólica confere sustentação; ou seja, enquanto suas funções declaradas ou promessas apresentam uma eficácia meramente simbólica porque não são e não podem ser cumpridas, ele cumpre, latentemente, outras funções reais, não apenas diversas, mas inversas às socialmente úteis declaradas por seu discurso oficial (legal, dogmático, criminológico e político criminal) que incidem negativamente na existência dos indivíduos e da sociedade, e contribuem para reproduzir as relações desiguais de propriedade e poder. Tal discurso que constitui, a sua vez, a ideologia penal dominante e legitimadora de seu funcionamento invertido (2006, p. 04).

Diante de tudo que foi exposto, Quadros (1995, p. 66) afirma que a prisão não é capaz de reabilitar ninguém já que sua função primordial não é esta, muito pelo contrário, sua função é a fabricação de delinquentes, gerando reincidência. O sistema prisional não combate a criminalidade, ele a administra de forma seletiva e desigual para a manutenção de todo o seu sistema punitivo.

Schneider (2012, p. 36) considera que a sociedade é formada por diversos valores e visões de mundo, sendo que a ressocialização apresenta ao condenado uma cultura dominante, ferindo a autonomia individual. Ainda questiona como ressocializar alguém, que quando sair da prisão retornará aos meios sociais semelhantes aqueles ao cometimento do delito.

Andrade (2006, p. 07-08) afirma que o sistema penal estigmatizante (através da prisão) ao invés de diminuir a criminalidade reinserindo o apenado à sociedade, acaba produzindo carreiras criminosas. Nesta perspectiva, a referida autora menciona que o sistema penal como um todo e especialmente a pena, são reprodutores da violência estrutural.

Quadros (1995, p. 67) lembra que a instituição prisional através da pena, não pode ser considerada falida ou fracassada, já que ela cumpre as funções não declaradas (reais e latentes), cumprindo também, a seletividade social. Afirma que ao contrário de uma instituição fracassada, pode-se dizer que ela é bem sucedida em (re) produzir a delinquência.

A função latente e real do sistema não é, portanto, combater e eliminar a criminalidade e proteger os bens jurídicos para gerar segurança na social e

individual mas, ao invés, construir seletivamente a criminalidade e reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, gênero, raça) (ANDRADE, 2006, p. 07).

Júnior e Rosa (2006, p. 06) afirmam que partindo do pressuposto das reais condições do sistema prisional no Brasil, precisa-se romper com o correccionalismo planejado pela Lei de Execução Penal Brasileira, levando assim, o problema da pena ao campo constitucional, abandonando os justificacionismos que dão base à violência nas práticas punitivas.

Pensar em práticas punitivas respeitosas dos direitos fundamentais dos apenados e conducentes a reduzir danos e situar os níveis de dor intencional provocados pela pena dentro de patamares legais. A pena não pode ser mais do que a lei diz eu ela deve ser. Qualquer nível de dor experimentado para além das restrições normativamente impostas é ilegal (2015, p. 05).

O referido autor ainda menciona que precisa projetar um discurso de redução de danos para além do mito da ressocialização, ou seja, promover um discurso de contenção ao invés de legitimação.

Como visto anteriormente, a teoria agnóstica da pena propõe um sistema penitenciário menos violento (através da redução de danos penais), acreditando que se observados e respeitados os requisitos que a Lei de Execução Penal Brasileira impõe, certamente o sistema prisional não será tão violento e brutal como é.

Logo, fica claro que em uma sociedade dividida em classes sociais, as elites dominantes escolhem exatamente o que definir como crime, e também quem serão as vítimas do sistema penal, como abordado no segundo tópico do presente capítulo.

Ainda assim, definem o discurso para a sociedade acreditar que o sistema é válido e ele o é. Porém, não é válido para aquilo que se espera dele, mas é totalmente útil para aquilo que se propõe, ou seja, criminalização seletiva e desigual de certas classes sociais, de forma violenta e arbitrária.

## CONCLUSÃO

A Lei de Execução Penal Brasileira, o Código Penal e a Constituição da República Federativa de 1988 silenciando-se em relação ao que vem a ser ressocialização, contribuem para a tentativa de legitimidade do sistema penal, enquanto função declarada e para a manutenção das funções que são efetivamente cumpridas, apesar de ocultas.

O objetivo geral desta monografia foi concluído e os resultados apontam que essa indefinição do conceito de ressocialização, tanto nas leis como nos manuais de direito penal, deve-se ao fato da lógica de funcionamento do sistema penal, ou seja, para a sua legitimação. Ao declarar a ressocialização como objetivo da pena de prisão, o sistema penal atende ao propósito de cumprir com uma suposta finalidade social. Ao não esclarecer como alcançar essa finalidade, a ressocialização se constrói como um discurso, que na prática causa consequências irreparáveis à vida do condenado, que entra para o sistema penal e consolida sua exclusão social.

No primeiro capítulo observou-se que a utilização do cárcere como pena constitui uma forma escolhida pelo Estado (detentor do poder de punir) para conservar seu poder político e econômico, já que a prisão gerava um alto lucro e mantê-las (selecionando suas vítimas) era muito interessante para todo o Estado.

No segundo capítulo compreendeu-se que o Estado – através da justiça penal – atua em nome da vítima, contudo, não se importa em diminuir os danos que ela sofreu, importando-se apenas em induzir a sociedade a acreditar no instituto “prisão”, como sendo algo funcional. Ainda assim, verificou-se que as teorias que buscam justificar a pena, apenas legitimam o poder arbitrário e violento do Estado, não obtendo, na prática, resultado positivo.

Os resultados obtidos no segundo capítulo apontam para o fato de que nenhuma das teorias justificacionistas da pena conseguem fundamentar o direito de punir do Estado. A partir dos estudos construídos em torno da chamada teoria agnóstica da pena observou-se que importa aplicar os mecanismos de contenção da violência explícita, praticada pelo Sistema Penal e, ao mesmo tempo, promover o respeito aos direitos garantidos em lei.

No terceiro capítulo constatou-se que os penalistas e as leis penais não conseguem (e nem buscam) conceituar de forma unânime o que é “ressocialização”, pois essa indefinição faz parte da estrutura desse sistema. Além do mais, cumpre ressaltar que através dos dados obtidos pelo InfoPen, o sistema prisional é desigual e seletivo, pois atinge uma parcela pequena da sociedade.

O discurso oficial do sistema penal (funções que ele declara) possui um caráter ressocializador em relação à pena, contudo, a real função do sistema penal (funções não declaradas ou ocultas) é (re) produzir e manter as relações de desigualdade. O sistema prisional como um todo, não pode ser considerado falido ou arruinado, pois é muito útil para aquilo que se propõe, ou seja, seletividade e desigualdade dos condenados, onde o cárcere ao invés de conter ou reduzir a criminalidade, a incentiva cada vez mais, estigmatizando e controlando uma parcela da sociedade.

Ainda assim, para a teoria agnóstica da pena, deve-se reestruturar a forma de ressocialização do apenado, para que se atinja o fim desejado (reinseri-lo à sociedade) sem, contudo, ferir seus direitos. Ou seja, esta teoria propõe observar os requisitos instituídos na Lei de Execução Penal Brasileira, para conter a violência arbitrária do Estado, respeitando assim, os direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>  
Acesso em: 04 mar. 2015a.

\_\_\_\_\_. Convenção americana de direitos humanos. Institui o **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>

Acesso em: 04 mar. 2015b.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 2.848, de 07 de setembro de 1940**. Institui o Código Penal.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em: 04 mar. 2015c.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução penal.

Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>> Acesso em: 04 mar. 2015d.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (**DEPEN**).

Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/anexos-sistema-prisional/total-brasil-junho-2013.pdf>> Acesso em: 11 maio 2015e.

ALVAREZ, Marcos César. **O debate acerca da punição na teoria social:** algumas reflexões teóricas e metodológicas no âmbito da Sociologia Histórica. Associação Nacional de História. 2007. Disponível em: <<http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S24.0813.pdf>>

Acesso em: 06 de out. 2014.

AMARAL, Augusto Jobim do. **Ensaio sobre uma teoria agnóstica da pena:**

fronteiras entre o político e o direito penal. Disponível em:

<[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/augusto\\_jobim\\_do\\_amaral.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/augusto_jobim_do_amaral.pdf)> Acesso em: 11 mar. 2015.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A construção social da criminalidade pelo sistema de controle penal.** 2006. Disponível em:

<<http://www.eliobragacalhau.com.br/a-construcao-social-da-criminalidade-pelo-sistema-de-controle-penal/>> Acesso em: 26 maio 2015.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática e sistema penal**: em busca da segurança jurídica prometida. 1994. nº 501 f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos, abolucionismos e eficienticismo**: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15205/13830>> Acesso em: 04 mar. 2015.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ARGÜELLO, Katie. **Do Estado social ao Estado penal**: invertendo o discurso da ordem. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf>> Acesso em: 06 de out. 2014.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARATTA, Alessandro. **Ressocialização ou controle social**: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado. Disponível em: <[http://www.juareztavares.com/textos/baratta\\_ressocializacao.pdf](http://www.juareztavares.com/textos/baratta_ressocializacao.pdf)> Acesso em: 18 fev. 2015.

BARRETO, Tobias. **Estudos de filosofia**. 1977. Disponível em: <[http://www.cdpb.org.br/estudos\\_tobias\\_partes\\_1\\_e\\_2.pdf](http://www.cdpb.org.br/estudos_tobias_partes_1_e_2.pdf)> Acesso em: 05 mar. 2015.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Reintegração social e as funções da pena na contemporaneidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. v. 22, nº 107, p. 339-356, abr. 2014.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BIANCHI, Luciano Passos. **A inefetividade da função ressocializadora da pena de prisão no sistema carcerário brasileiro**. (Monografia). Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

CAMARGO, M. O. Justiça penal e violência contra as mulheres na perspectiva da Convenção de Belém do Pará e da Lei Maria da Penha: reflexões sobre um modelo aproximado de justiça no contexto das medidas protetivas. In CUSTÓDIO, André Viana; CAMARGO, Mônica Ovinski de. (Org.). **Estudos contemporâneos de direitos fundamentais: visões interdisciplinares**. Curitiba: Multidéia, 2008. p. 21-52.

CARVALHO, Salo de. **Anti manual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo. In CARVALHO, Salo de. (Org.). **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 03-28.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Conectas: **Direitos Humanos**. Disponível em:  
<<http://conectas.org/relatorio/2012/pt/justica.asp>> Acesso em: 27 maio 2015.

DIAS, Caio Gonçalves. Do castigo real ao império do tráfico: um suplício contemporâneo? **Revista Acadêmica Multidisciplinar**. Maringá- Paraná. nº 11, p. 01-07, dez/ jan/ fev/ mar, 2007. Disponível em:  
<<http://www.urutagua.uem.br/011/11dias.pdf> > Acesso em: 08 out. 2014.

FEITOSA, Priscila Macêdo. **História e evolução da pena de prisão**. Disponível em <[www.webartigos.com/artigos/historia-e-evolucao-da-pena-de-prisao/77602/](http://www.webartigos.com/artigos/historia-e-evolucao-da-pena-de-prisao/77602/)>. Acesso em: 19 out. 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: pacto de san José da costa rica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista: do que se oculta(va) ao que se declara**. (Tese). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2006.

JUNQUEIRA Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUNIOR, Paulo José da Costa; COSTA, Fernando José da. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

JÚNIOR, Salah H. Khaled. Os níveis de dor intencional e o holocausto nosso de cada dia: renúncia aos discursos de justificação da pena e ao mito da ressocialização. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo. v. 14, nº 84, p. 38-63, mar. 2014.

JÚNIOR, Salah H. Khaled; ROSA, Alexandre Moraes da. **Direito penal mofado: a lenda conveniente da ressocialização**. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/07/17/direito-penal-mofado-lenda-conveniente-da-ressocializacao/>> Acesso em: 11 maio 2015.



KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói: Luam, 1993.

LEAL, Jackson da Silva. A política social e a política criminal na governabilidade moderna – 10 anos de governo do PT. **Revista Praia Vermelha**. Rio de Janeiro. v. 23, nº 1, p. 197-227, jan/ jun, 2013. Disponível em: <<http://praiavermelha.ess.ufrj.br/wp-content/uploads/2014/07/Leal.pdf>> Acesso em: 19 de out. 2014.

MARCÃO, Renato Flávio. **Lei de execução penal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal: comentários à Lei nº 7.210/84**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOLINA, Antonio García Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao código penal: doutrina; causuística; conexões lógicas com vários ramos do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUADROS, Angela de. **A (in)definição da reabilitação social do condenado na reforma penal brasileira de 1984: “o olhar da magistratura sulista”**. 1995. nº 87 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1995.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROCHA, Alexandre Pereira. **O Estado e o direito de punir: a superlotação no sistema penitenciário brasileiro. O caso do Distrito Federal**. 2006. nº 194 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 2004.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. Curitiba: Lumen Juris, 2008-a.

\_\_\_\_\_. **Direito penal: parte geral**. Curitiba: Lumen Juris, 2008-b.

SILVA, Jose de Ribamar da. **Prisão: ressocializar para não reincidir**. (Monografia). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2003.

SILVA, Margarida Bittencourt; MARTINS, Leonardo Pereira; SANTOS, Nivaldo dos; NETO, Helenisa Maria Gomes de Oliveira. **Estado democrático de direito e legitimidade do direito de punir**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31579-36029-1-PB.pdf>> Acesso em: 04 mar. 2015.

SOUZA, Juarez Giacobbo de. **Ressocialização prisional: a contradição entre o discurso e a prática institucional**. (Monografia). Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2009.

SCHNEIDER, Nathalia Beduhn. **Um estudo sobre a crise do sistema penal: sua busca por legitimidade**. (Monografia). Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012.

SOARES, Gleison dos Santos. **Teoria agnóstica da pena: por uma justificação legítima da sanção criminal**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14623](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14623)> Acesso em: 11 mar. 2015.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VIANNA, Giselle Sakamoto Souza. **Disciplina, direito e subjetivação: uma análise de punição e estrutura social, vigiar e punir e cárcere e fábrica**. 2010. n<sup>o</sup> 172 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

WATCH, Human Rights. Disponível em: <<http://www.hrw.org/pt/world-report/2015/country-chapters/132001>> Acesso em: 31 maio 2015.