



UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
Faculdade de Direito e Relações Internacionais
Curso de Direito - FADIR

NATHALY CONCEIÇÃO MUNARINI OTERO

**A POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA: O CONTEXTO HISTÓRICO
DO SISTEMA PENAL E PRISIONAL À LUZ DAS TEORIAS
MODERNAS DA PENA**

Dourados - MS
2016

NATHALY CONCEIÇÃO MUNARINI OTERO

**A POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA: O CONTEXTO HISTÓRICO
DO SISTEMA PENAL E PRISIONAL À LUZ DAS TEORIAS
MODERNAS DA PENA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Universidade Federal da Grande Dourados, como pré-requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Me. Arthur Ramos do Nascimento.

**Dourados - MS
2016**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP).

O87p Otero, Nathaly Conceicao Munarini

A POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA : O CONTEXTO HISTÓRICO DO SISTEMA PENAL
E PRISIONAL À LUZ DAS TEORIAS MODERNAS DA PENA / Nathaly Conceicao Munarini Otero

-- Dourados: UFGD, 2016.

78f. : il. ; 30 cm.

Orientador: Arthur Ramos do Nascimento

Co-orientador: Marcelo da Silveira Campos

TCC (graduação em Direito) - Faculdade de Direito e Relações Internacionais, Universidade
Federal da Grande Dourados.

Inclui bibliografia

1. Política Criminal. 2. Pena. 3. Prisão. 4. Sistema Penal. 5. Execução Penal. I. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

©Direitos reservados. Permitido a reprodução parcial desde que citada a fonte.



ATA DE DEFESA DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos cinco dias do mês de Abril de 2016, compareceu para defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso, requisito obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito o (a) aluno (a) **Nathaiy Conceição Munarini Otero** tendo como título "*A Política Criminal Brasileira: O Contexto Histórico do Sistema Penal e Prisional à Luz das Teorias Modernas de Pena*".

Constituíram a Banca Examinadora os professores Me. Arthur Ramos do Nascimento (orientador), Dr. Marcelo da Silveira Campos (examinador) e o Dr. Hermes Moreira (examinador).

Após a apresentação e as observações dos membros da banca avaliadora, o trabalho foi considerado (a) aprovado.

Por nada mais terem a declarar, assinam a presente Ata.

Observações: A banca destaca a alta qualidade do trabalho apresentado

Assinaturas:


Arthur Ramos do Nascimento
Mestre – Orientador


Marcelo da Silveira Campos
Doutor – Examinador


Hermes Moreira
Doutor – Examinador

Para todos os marginalizados, os que adentraram na criminalidade sem que tivessem escolha, para os infratores e criminosos que se arrependeram e para aqueles que sofreram dentro de celas cheias e desumanas. Para os desalmados do suplício. Para os desalmados dos inúmeros presídios brasileiros. Para os que perderam não só sua liberdade, como também sua dignidade.

Liberte os condenados à morte, e não abandone os que são arrastados ao suplício. Você pode dizer que não tem nada com isso, mas Deus pesa os corações e o tomará conhecimento. Aquele que vigia sobre a sua vida sabe de tudo, e pagará a cada um conforme as obras que tiver feito.
- Provérbios 23, 24.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais, pela paciência que tiveram comigo durante todo o período em que realizei a pesquisa e leitura que deram base para a elaboração deste trabalho, sem vocês eu não teria os cafés e docinhos num intervalo ou outro, obrigada também pelas palavras de motivação.

Aos meus sobrinhos, Julia e Pedro, que sempre tinham um abraço e um sorriso de compreensão, por eu não poder brincar com eles enquanto estava escrevendo ou lendo.

Aos meus amigos, os de perto e os de longe, por entenderem a minha ausência, pelos incentivos, pelas frases carinhosas e pelos chocolates ou idas a algum lugar “rapidinho” só para conversar um pouquinho! Obrigada, meus amores.

À Marcelo Da Silveira Campos, um doutor em repassar conhecimento adquirido, grande professor que abriu a minha mente e norteou minha maneira de pensar, tornando-a mais objetiva, obrigada por esclarecer melhor as minhas embaralhadas ideias para o tema e pela base de materiais necessários, que foram extremamente importantes para as minhas pesquisas e leituras.

A Michael Foucault, que fora a grande inspiração para a construção do meu trabalho, sem dúvida uma mente brilhante e um crítico magnífico.

Sou grata especialmente a Arthur Ramos do Nascimento, um querido professor e orientador, que esteve presente sempre me auxiliando e ouvindo meu emaranhado de ideias que não se unificavam, mas que com seu auxílio, foram filtradas e colocadas detalhadamente em toda a estrutura deste trabalho. Agradeço imensamente ao seu toque sempre humano nas considerações e falas, sobretudo, nos seus pensamentos.

RESUMO

A política criminal brasileira se configura como uma política que não atende as demandas da sociedade. O sistema penal, apesar do seu desenvolvimento ao longo dos anos, ainda possui inúmeras falhas, que tangem tanto a legislação penal quanto ao sistema de execução das penas. As prisões, em sua maioria, estão precárias e não oferecem o mínimo de dignidade para com o detento, de modo que, ao longo de sua história e considerando todos os períodos estudados, ainda não atinge sua finalidade. As penas e sua função podem ser analisadas e explicadas a partir de um modo de pensar, que se forma por teorias, as denominadas teorias modernas da pena. O Poder Público bem como o Congresso Nacional, exercem um papel extremamente relevante em relação a este sistema penal e esta configuração elaborada, de modo que, ao criarem leis, acabam por aumentar o encarceramento, desencadeando uma série de fatores negativos. É possível perceber que a centralidade da aplicação das penas na prisão, utilizando este meio como única forma de aplicar sanção, não auxiliou para a diminuição da violência e sobretudo, aumentou consideravelmente o encarceramento. A prisão, saindo do centro da punição, dá abertura para uma proposta de alternativas penais, que visam aplicar medidas mais leves para crimes mais leves. Deste modo, o trabalho analisa e expõe a situação do sistema penal como um todo, o breve relato histórico das prisões e das penas, bem como a política criminal, que ainda necessita ser revista e reelaborada, sob a ótica de uma política mais humana e justa perante o sistema carcerário e suas mazelas.

Palavras-chave: Política Criminal. Pena. Prisão. Sistema Penal. Execução Penal.

ABSTRACT

Brazil's criminal policy is configured as a policy that does not meet the demands of society. The criminal justice system, despite its development over the years, still has many flaws that concern both the criminal law in the enforcement of penalties system. The arrests, mostly, are precarious and do not offer the minimum of dignity towards the detainee, so that, throughout its history and considering all periods, not yet achieves its purpose. Penalties and its function can be analyzed and explained from a way of thinking, which is formed by theories, the so-called modern theories of punishment. The Government and the National Congress, play an extremely important role in relation to this criminal justice system and this elaborate setup, so that by creating laws, end up increasing incarceration, setting off a series of negative factors. You can see that the centrality of the application of prison sentences, using this medium as the only way to apply sanctions, did not help to reduce violence and above all, greatly increased incarceration. The prison, leaving the center of punishment, gives opening for a proposed criminal alternatives, which are intended to implement lighter measures for lighter crimes. Thus, the paper analyzes and explains the situation of the penal system as a whole, the brief historical account of the arrests and penalties and criminal policy, which still need to be reviewed and reworked from the perspective of a more humane policy and just before the prison system and its ills.

Key-words: Criminal Policy. Feather. Prison. Penal system. Penal execution.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. SUPLÍCIO E SÚPLICA.....	15
2.1. CONTEXTUALIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL	15
2.1.1. História do sistema prisional	15
2.1.2. A Função da Pena.....	25
3. SISTEMA PENAL BRASILEIRO: ANÁLISES DA LEGISLAÇÃO	33
3.1 – TEORIAS MODERNAS DA PENA	34
3.1.1. A Racionalidade Penal Moderna.....	34
3.1.2. Direito Penal como <i>última ratio</i> – novas formas de punição.	47
3.2. O público como formador de opinião pública e o papel da população no sistema penal	50
4. A POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA - A LEI DE EXECUÇÕES PENAIS E A PRISÃO – O CONTEXTO A E IMPORTÂNCIA DAS ALTERNATIVAS PENAIS	56
4.1. CONTEXTO HISTÓRICO E POLÍTICO DA CRIAÇÃO DA LEP - exposição de motivos e principais aspectos da sua promulgação;	56
4.1.1. A Política Criminal Brasileira no contexto após 1984 e o estado de exceção - A criação de leis penais e o papel do Congresso neste contexto;.....	60
4.1.2. Alternativas Penais, o cenário legislativo e a criação da Lei de Alternativas Penais (Lei 9.714 de 1998) - A política de descentralização da prisão como única forma de punição – A tentativa de mudança do papel da pena.....	66
CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS.....	78

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo expor aos períodos do sistema penal e prisional, bem como analisar a pena e o modo como ela é empregada em cada um destes períodos, de modo que, seja possível nortear ou mesmo idealizar o cenário prisional para um cenário menos violento e com significativas melhoras.

No que consiste ao sistema de prisões e o papel histórico desta instituição, é possível identificar na primeira fase do trabalho, que ela não se configurava como as prisões de hoje, a reclusão, por assim dizer, não era a finalidade da punição, sobretudo em meados do século XVI até meados do século XVIII.

Durante este período, é possível afirmar que o suplício era a principal forma de punir os infratores e criminosos, de forma que, esta prática estava ligada a uma tortura imposta por carrascos, que mudavam de figura conforme os anos, mas que tinham a mesma finalidade para com o crime: expô-lo ao povo, impressionar os espectadores, de forma que, ocorria a céu aberto, em praças e cidadelas e masmorras.

A principal crítica a este período, abordada na primeira fase deste trabalho, foi a forma como os indivíduos que cometiam delitos eram tratados, bem como a violenta repressão física que sofriam, que o levavam, na maioria das vezes, a morte. Pode-se afirmar que o período dos suplícios tinha como finalidade a morte do supliciado, bem como a divulgação do horror, de modo que a pena aplicada neste supliciado era mais dolorosa do que o resultado que este causara na vítima.

Diante desta ideia de aplicar uma dor igual ou maior do que a dor causada pelo indivíduo em sua vítima é importante salientar que o sistema penal e prisional caminhou durante séculos baseado nesta ideia, de modo que apesar de o sistema de penas ter alterado sua roupagem, o cerne das punições estavam baseadas neste viés de pensamento.

Considerando as reformas pela qual o sistema penal passou, algumas delas tiveram uma significativa contribuição para que este cenário de suplícios fosse alterado, surgiam novos tipos de crime, sobretudo a ascensão do poder econômico, os crimes de furto e roubo aumentaram consideravelmente, e foi preciso alterar o sistema de punição

para que pudesse haver uma dosagem das penas, de forma que a pena de morte perderia espaço, visto que, os delitos tinham menor potencial ofensivo.

Após a segunda metade do século XVIII, é possível dizer que as mazelas do século anterior deixaram marcas, o papel do público se afirmava como parte do sistema punitivo, de modo que o poder público de cada época tomava a opinião pública, muitas vezes como um fator decisivo para aplicar penas.

Importante fora a contribuição de Michael Foucault nesta fase do trabalho, de modo que para que se possa compreender a segunda fase do mesmo, é importante compreender como toda a evolução do sistema penal e prisional se deu. A análise das aplicações da pena neste período em específico, leva a compreender que ela deveria ser melhor analisada e que sua função fosse melhor especificada.

Deste modo, na segunda fase do trabalho, foi possível analisar esta pena e tudo o que a comporta, sua função e seus objetivos. É nesta fase que o trabalho do professor e doutor Álvaro Pires foi explorado, de modo que, sua contribuição se deu num modo de pensar a pena, denominado Racionalidade Penal Moderna, que se forma por algumas teorias, por assim dizer, específicas e que explicam o funcionamento da aplicação das sanções.

As teorias que dão base para esse modo de pensar a pena se destringem em três direções: dissuasão, retribuição e denunciação.

De modo que, a dissuasão pode ser identificada no sistema punitivo incriminador, de forma que para cada conduta delitiva existe uma norma penal de comportamento incriminadora, delimitada por um tipo penal, que é aplicada através de uma sanção aflitiva, no indivíduo que cometera o crime.

A teoria da retribuição se dá pela ideia de que para cada ação criminosa cometida, haverá uma reação, sanção imposta. De maneira que, esta sanção será negativa, proporcional ao mal cometido pela ação delituosa.

Em complementariedade a estas duas primeiras teorias, Álvaro identifica que uma das funções da pena é a da denunciação, que literalmente denuncia a conduta delitiva, tendo esta como principal finalidade.

É dentro deste modo de pensar a pena, que foi possível identificar o direito penal como *última ratio*, que consiste na ideia deste direito como última instância a se recorrer, de modo que a punição penal não seja a primeira solução para a resolução de um conflito, recorrendo-se apenas quando as outras áreas do Direito (administrativa, civil, trabalhista, etc.) não puderem resolver o problema.

A racionalidade penal moderna também trata do papel do público como componente da política criminal, a opinião da população como um todo se torna um fator importante para o cenário do sistema penal. Aqui, o público que antes era um espectador dos suplícios, passa a ser um componente importante para a tomada de medidas e decisões do poder público, referentes ao sistema penal.

Caminhando para a terceira fase do trabalho, é possível considerar que a tríade formada pelo sistema político – opinião pública – sistema penal, deu base para a transformação da legislação penal e as reformas que ocorreram postumamente.

Para que se possa compreender as alterações e reformas do sistema penal, é possível considerar o período histórico como um todo, de modo que, foi possível dividir os momentos antes da criação da Lei de Execução Penal - de 11 de julho de 1984, e o momento após esta criação.

De forma que, o cenário político que antecedeu a criação da LEP era o período da ditadura militar, caracterizado por duras repressões e violência, que influenciou a criação de leis penais duras e um sistema carcerário desumano e violento.

Após a criação da LEP, foi possível afirmar que o preso fora reconhecido como sujeito de direitos, de modo que este reconhecimento se dava pelo princípio da jurisdicionalização da execução da pena.

Apesar dos bons ânimos terem circunstanciado a criação da LEP, no decorrer dos anos que se passaram, a sua efetividade, bem como sua eficácia não atendeu aos anseios do sistema penal, de modo que o controle da criminalidade estava defasado, e a população clamava por uma segurança pública mais efetiva, levando em conta o aumento considerável da violência.

É diante deste complexo cenário e conflituosa situação, que o sistema político precisou tomar medidas emergenciais, por assim dizer, de modo que a criação e o endurecimento de leis concernentes ao sistema penal foram uma destas medidas, criando um Estado de exceção.

Neste sentido, o presente trabalho trouxe análises a respeito da Política Criminal após 1984, sobretudo nos anos 90, e o papel do Congresso Nacional, que neste contexto é de extrema importância para a compreensão e entendimento do sistema penal, que se demonstrava incapaz de resolver os inúmeros conflitos e problemas da sociedade referentes a segurança pública, bem como do sistema carcerário como um todo.

Uma série de leis foram criadas com inúmeras motivações diferentes, bem como objetivos diferentes, que atendiam a públicos específicos. Desse modo, o resultado da criação da maioria delas, foi o aumento da população carcerária, pois com a criação de novos tipos penais, condutas que antes não eram consideradas criminosas, passaram a ser, assim como o endurecimento penal para aquelas que já eram tipificadas na legislação penal.

Desta forma, com este aumento carcerário e esta situação agravada de violência que assombrava a população como um todo, a Política Criminal, sobretudo o Congresso Nacional neste período, acabava por não discutir a criação das leis, não compreendendo o papel destas no meio penal, e na relação que elas tinham com o aumento desta criminalidade, apenas criando-as e pintando um cenário de segurança pública que na verdade, não existira.

Neste sentido, foi possível perceber que a prisão não era e nem estava sendo a solução para os inúmeros problemas que o sistema penal enfrentava, de modo que a criação de novos tipos penais incriminadores ou mesmo o endurecimento de penas já existentes acabaram por aumentar o índice de criminalidade e a população carcerária.

Por esta razão, para vias de conclusão deste trabalho, a fase final foi de expor a criação de Alternativas Penais que ocorreram sobretudo nos anos 90, tendo como principal lei a ser tratada a Lei de Alternativas Penais - Lei 9.714 de 1998.

A ideia de alternativas penais era principalmente tentar retirar a prisão do centro das punições, de forma que os crimes com menor potencial ofensivo e menor impacto social, pudessem receber outras sanções que não a pena de reclusão.

Destarte, após as devidas considerações sobre o tema, pode-se dizer que apesar de o objetivo final não ser o de excluir a prisão como meio de aplicar sanções, é possível considerar outros meios de aplicação destas mesmas, no que consiste a crimes com penas mais leves.

Para análise dos dados levantados durante a pesquisa se utilizou do método dialético reflexivo, método esse que possibilitou analisar pontuações e ponderações dos autores consultados. Como ferramentas de pesquisa se utilizou da consulta bibliográfica de livros, artigos acadêmicos, trabalhos acadêmicos, legislação e documentos oficiais em versões impressas e online (acervo de internet) que tivesse temática e contribuições para a construção da pesquisa.

2. SUPLÍCIO E SÚPLICA

2.1.CONTEXTUALIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL

A presente análise tem como objetivo fazer uma análise a respeito do sistema prisional brasileiro, bem como a história da aplicação das penas no sistema penal e a função que esta exerce na conduta do preso. O tema é de salutar importância para o atual contexto nacional em que a desinformação sobre o sistema prisional, a função do Direito Penal e a construção (e a reafirmação) de discursos de ódio tendem a gerar uma lógica de violência em face de grupos marginalizados (como é o caso da população carcerária).

Cabe destacar e conhecer o desenvolvimento histórico das penas e de sua aplicabilidade e o papel do carrasco, sendo este, ora um instrumento do Estado, ora um reflexo da sociedade opressora que se manteve durante os séculos e momentos históricos, e existe até nos dias de hoje.

2.1.1. História do sistema prisional

O conceito de prisão segundo Michel Foucault é o de que “prisão é uma pena [...] encarceramento pedido pela lei, [...] prisões, em todos os departamentos, uma casa de correção.” (2013, p.111).

As prisões, segundo Evandro Lins e Silva, (início do século XVIII) eram “bastidores do cenário final onde os acusados morriam atezados, fustigados, esquartejados, enforcados, queimados, no meio de um espetáculo e de uma liturgia.” (LINS; SILVA, 2012, p. 1).

O direito penal e o sistema de punições desenvolveram-se ao longo dos anos, de modo que os conceitos que norteavam as condutas como delituosas ou não, foram alterados ao longo dos tempos, respeitando todo o processo histórico, de modo que:

Entendemos também que o crime (e qualquer infração penal) não faz parte da natureza, e assim como os direitos humanos, é histórica, e também é um fenômeno político-social, e mesmo que, nos primórdios da humanidade, o direito penal tenha tido inspiração nas leis da

natureza, sua criação é humana, haja vista que foram e são os grupos sociais os quais (direta ou indiretamente) definem o que é “certo” ou “errado” fazer, mesmo diante das regras da natureza ou da organização do grupo social. (PUHL; SILVA, 2011, p.119).

A prática do suplício, tratada de forma extensa e muito bem explicada na obra de Michel Foucault (2013, p.35), relata os horrores cometidos com os delinquentes da época. Sem nenhuma piedade, o castigo imposto à esses homens criminosos era sanguinário e desumano.

O suplício é uma técnica e não deve ser equiparado aos extremos de uma raiva sem lei. Uma pena, para ser um suplício, deve obedecer a três critérios principais: em primeiro lugar, produzir uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar; a morte é um suplício na medida em que ela não é simplesmente privação do direito de viver, mas a ocasião e o termo final de uma graduação calculada de sofrimentos: desde a decapitação – que reduz todos os sofrimentos a um só gesto e num só instante: o grau de suplício – até o esquartejamento que os leva quase ao infinito, por meio do enforcamento, da fogueira e da roda, na qual se agoniza muito tempo: a morte-suplício é a arte de reter a vida no sofrimento, subdividindo-se em “mil mortes” e obtendo, antes de cessar a existência, *the most exquisite agonies* (grifos do autor).

Em sua obra de 1975, *Vigiar e Punir*, Foucault trata das penas aplicadas em alguns países do continente europeu, sobretudo na França e na Inglaterra. O início desta incrível obra, traz a execução de um homem, o famoso caso de Damiens, condenado em março de 1757, onde narra de forma clara e concisa cada momento da tortura e morte do parricida:

[Damien fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras [em seguida], na dita carroça, na Praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas e suas cinzas lançadas ao vento.

Todas as condenações eram executadas por carrascos designados pelas autoridades do local, cidade ou região da época. Ainda constante na obra mencionada, os carrascos eram de início, a figura mais temida, tanto pelo condenado, quanto pelo povo, que assistia aos suplícios.

A prática do suplício perdurou durante longos anos, e consistia em torturar, aterrorizar, cortar em partes os membros do supliciado, fazer agonizá-lo, bem como deixá-lo, por vezes, dias em sofrimento, tudo isso em público, como forma de que o povo assistisse, temesse e pensasse muitas vezes antes de cometer crimes. O suplício em seu cerne, não tinha o objetivo de estabelecer a justiça, mas sim, de reativar um poder até então implícito, como informa o mencionado autor.

Só na segunda metade do século XVIII e início do século XIX, é que a prática do suplício foi sendo deixada de lado, levando em conta motivos relevantes, desde a desnecessidade da encenação do crime apenas como representação do horror, até a selvageria empregada na represália, que eram muitas vezes, infinitamente piores que o próprio delito, como afirma Foucault:

O suplício de exposição do condenado foi mantido na França até 1831, apesar das críticas violentas, a prática é finalmente abolida em abril de 1848. Quanto às cadeias que arrastavam os condenados a serviços forçados através de toda a França, até Brest e Toulon, foram substituídas em 1837 por decentes carruagens celulares, pintadas de preto. A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo o que pudesse implicar de espetáculo desde então terá então um cunho negativo; e como as funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um “fecho” ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes, fazendo o carrasco se parecer com o criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração. (2013, p.14)

A questão da punição na época dos suplícios tinha como objetivo passar a ideia do efeito que um crime tem, em tese, sua consequência. Todo o cenário de horror e selvageria preparado e demonstrado em praça pública, fazia com que a população não pensasse de fato no crime, mas no que ele literalmente representava.

Essa ideia de executar à pena a um delincente e fazer com que ele tivesse que encenar o que de fato aconteceu, o crime em si, tornava a execução meramente uma repetição do delito, e tinha a finalidade de aumentar o sentimento de violência de todo o povo. “A execução pública é vista então como uma fornalha em que se acende a violência”. (FOUCAULT, 2013, p.14).

De certa forma, após a abolição do suplício¹, em princípios do século XIX (período compreendido entre 1830 e 1848). O processo de abolição ocorreu de maneira lenta, sobretudo na França e na Inglaterra, porém, a punição vai mudando de sentido, por assim dizer, ela se torna uma parte velada do processo. Ela deixa de ser o foco, deixa, sobretudo, de ser visível à todos, tornando-se abstrata. Como Michel Foucault (2013, p.14) afirma, “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; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens.”

Neste contexto da prisão e da sua história nada agradável, outro autor vem tratar do tema também de maneira muito completa e específica, Cesare Beccaria, em sua obra *Dos delitos e das penas*, datada do ano de 1764.

Para Beccaria o poder de prender estava relacionado a uma ideia distorcida de organização, entendida como uma proteção restrita à quem interessasse ao juiz:

Outorga-se, em geral, aos magistrados encarregados de fazer as leis, um direito contrário ao fim da sociedade, que é a segurança pessoal; refiro-me ao direito de prender discricionariamente os cidadãos, de tirar a liberdade ao inimigo sob pretextos frívolos, e, por conseguinte de deixar livres os que eles protegem, mau grado todos os indícios do delito.(BECCARIA, 2015, p.30)

A crítica do autor ao sistema prisional estava relativamente ligada à injustiça da aplicação das penas, bem como a questão da força e do poder envolvidas nesta aplicação:

O sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a ideia da força e do poder, em lugar da justiça; é porque se lançam, indistintamente, na mesma masmorra, o inocente suspeito e o criminoso convicto; é porque a prisão, entre nós, é antes um suplício que um meio de deter um acusado; é porque, finalmente, as forças que defendem externamente o trono e os direitos da nação estão separadas das que mantêm as leis no interior, quando deveriam estar estreitamente unidas. (2015, p.31).

Beccaria acreditava - e sem saber detectava o procedimento inquisitorial aplicado até hoje em alguns países² - que a tortura imposta ao acusado para arrancar

¹ Esclarece-se que a abolição do suplício não se deu de forma unânime, mas foi acontecendo de forma paulatina em diversos países. Para uma análise mais detalhada sobre o suplício e as torturas sugere-se a leitura de “O suplício do corpo e a destruição do eu: sensibilidades diante da tortura na história recente do Brasil”, dissertação de mestrado de Nelson de Azevedo Paes Barreto (2010), especialmente o seu primeiro capítulo.

² Como uma análise mais objetiva do procedimento inquisitorial fugiria da temática do presente trabalho, merecendo, inclusive uma análise monográfica própria, para um aprofundamento do assunto,

confissões, fazê-lo se contradizer, descobrir cúmplices ou imputá-lo outros crimes que não o que ele havia cometido, era o principal problema, e considerava-o uma barbárie de fato.

A crítica não só dele, mas também como de Foucault, era a de que o homem não poderia ser punido sem antes ter sido considerado culpado, antes da sentença do juiz, juiz este, que agia arbitrariamente sob o aparato da força, do poder.

Retornando ao trabalho de Foucault, é possível identificar, após a primeira metade do século XVIII, uma reforma penal, uma mudança nos parâmetros de punição, por assim dizer, e como o próprio autor definiu em sua obra (2013, p.19) “penetramos na época da sobriedade punitiva”.

É claro que o processo de abolição do suplício não foi célere, toda uma contextualização da época se faz necessária e a reforma penal não ocorreu da noite para o dia.

Primeiro, as transformações não se fazem em conjunto com um único processo. Houve atrasos. Paradoxalmente, a Inglaterra foi um dos países mais reacionários ao cancelamento dos suplícios: talvez por causa da função de modelo que a instituição do júri, o processo público e o respeito ao *habeas corpus* aviam dado à sua justiça criminal; principalmente, sem dúvida, porque ela não quis diminuir o rigor de suas leis penais no decorrer dos grandes distúrbios sociais do período 1780 – 1820. (FOUCAULT, 2013, p.19) (*grifos do autor*)

Neste cenário de lentas transformações, é importante ressaltar alguns pontos que norteiam a reforma: a prática da tortura continuou, de maneira que ficou difícil e ainda é, desenraizar a ideia de que é preciso agir com violência para se conseguir a “verdade”. Outro ponto importante, é a pena de morte e a morte como finalidade de uma punição, que originou-se no início do século XIX. Esta questão da pena de morte foi um marco tão profundo na história das prisões, que até hoje ela se configura como um obstáculo para o sistema penal, diria até, um retrocesso, que teve seu início há séculos atrás e parece que de lá nunca quis sair de fato.

Em relação a esta mudança na forma de punição e no objeto a ser punido, Foucault novamente delineia de maneira objetiva e eficaz, que

o poder sobre o corpo, por outro lado, deixou de existir totalmente até meados do século XIX. Sem dúvida, a pena não mais se centralizava no suplício como técnica de sofrimento; tomou como objeto a perda de um bem ou de um direito (2013, p.20).

sugere-se a leitura do artigo “A inquisição e o sistema inquisitório” de Felipe Martins Pinto (2010, p.189-206).

O autor aduz, ainda neste sentido, sobre o cenário a ser formado no século XIX:

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 incorporal? (FOULCAULT, 2013, p. 20).

Chega-se então, no momento que pode ser definido como “mudança de objetivo”, no qual o corpo não mais se torna o objeto principal da punição. Tal mudança deu-se no início do século XIX. A pena não recai mais somente sobre ele, a severidade do procedimento é diminuída, de forma geral, mais suavizada. Tal mudança não foi tão bem definida quanto como nas palavras de Mably, citado por Foucault, “que o castigo, se assim posso exprimir, fira mais a alma do que o corpo” (2013, p.21).

Relacionado a este momento, assim define Foucault:

Momento importante. O corpo e o sangue, velhos partidários do fausto punitivo, são substituídos. Novo personagem entra em cena, mascarado. Terminada uma tragédia, começa a comédia, com sombrias silhuetas, vozes sem rosto, entidades impalpáveis o aparato da justiça punitiva tem que se ater, agora, a esta nova realidade, realidade incorpórea. (2013, p.21).

Começava então, uma fase na qual não se via mais somente o crime, era preciso analisar as próprias condições mentais do criminoso, quem ele era, e que de fato sua alma definia-o, e não somente o seu crime. Foi preciso:

“dar aos mecanismos da punição legal um poder justificável não mais simplesmente sobre as infrações, mas sobre os indivíduos; não mais sobre o que eles fizeram, mas sobre aquilo que eles são, serão ou possam ser.” (FOUCAULT, 2013, p. 23).

Com isso, iniciou-se algo que difere do julgamento, na verdade, no próprio julgamento foram implementadas novas maneiras de avaliação, o que modificou suas regras de elaboração.

Um ponto importante desta mudança, foi a identificação da loucura como exclusão de culpabilidade e punibilidade, claramente explicado por Michel Foucault:

A possibilidade de invocar a loucura excluía, pois, a qualificação de um ato como crime: na alegação de o autor ter ficado louco, não era a gravidade de seu gesto que se modificava, nem a sua pena que devia ser atenuada: mas o próprio crime desaparecia. Impossível pois, declarar alguém ao mesmo tempo culpado e louco. (FOUCAULT, 2013, p. 20).

Porém, deve-se considerar que os criminosos reconhecidos em sua loucura, apesar de não serem punidos, deveriam ser devidamente tratados, enclausurados, sim, porém não severamente punidos. Desta maneira:

Levou os juízes a julgar coisa bem diversa do que crimes: foram levados em suas sentenças a fazer coisa diferente de julgar; e o poder de julgar foi, em parte, transferido a instâncias que não são as dos juízes da infração.” (FOUCAULT, 2013, p.25).

Diante desta definição de alguns aspectos da mudança, é possível detectar que no século XIX, ocorreu a racionalização da pena, termo este, que pode ser minimamente conceituado pela fórmula: “tempo do sofrimento” + “a gravidade do crime”.

Ainda sobre a evolução destas mudanças, um instituto muito importante para o procedimento dos julgamentos e para a execução das penas teve seu devido valor reconhecido, ainda que duvidoso, é o da confissão.

A confissão, obtida obscuramente, bem como sob a prática da tortura, de nada valia, mas durante muito tempo ficou caracterizada como parte do processo. A validade deste instituto se legitimava através do interrogatório, momento em que o juiz se dirigia ao acusado e fazia perguntas à respeito do crime, e este, sob pressão, muitas vezes, confessava. Apesar do suplício ter sido parcialmente superado, as ressalvas em relação ao interrogatório eram nítidas:

O interrogatório é um meio perigoso de chegar ao conhecimento da verdade; por isso os juízes não devem recorrer a ela sem refletir. Nada é mais equívoco. Há culpados que têm firmeza suficiente para esconder um crime verdadeiro...; e outros, inocentes, a quem a força dos tormentos fez confessar crimes que não eram culpados. (FOUCAULT, 2013, p. 41).

Ainda neste sentido, Beccaria aduz:

Direi ainda que é monstruoso e absurdo exigir que um homem seja acusador de si mesmo, e procurar fazer nascer a verdade pelos tormentos, como se essa verdade residisse nos músculos e nas fibras do infeliz! A lei que autoriza a tortura é uma lei que diz: “Homens, resisti à dor. A natureza vos deu um amor invencível ao vosso ser, e o direito inalienável de vos defenderdes; mas, eu quero criar em vós um sentimento inteiramente contrário; quero inspirar-vos um ódio de vós mesmos; ordeno-vos que vos tomeis vossos próprios acusadores e digais enfim a verdade ao meio das torturas que vos quebrarão os ossos e vos dilaceração os músculos...” (2015, p. 42)

Nesta acepção, a confissão tornou-se quase que procedimento obrigatório perante os acusados, inocente e culpado confundiam-se, inclusive o segundo parecia ter “mais sorte” que o primeiro:

Resulta ainda do uso das torturas uma consequência bastante notável: é que o inocente se acha numa posição pior que a do culpado. Com efeito, o inocente submetido à questão tem tudo contra si: ou será condenado, se confessar o crime que não cometeu, ou será absolvido, mas depois de sofrer tormentos que não cometeu. O culpado, ao contrário, tem por si um conjunto favorável: será absolvido se suportar a tortura com firmeza, e evitará os suplícios de que foi ameaçado, sofrendo uma pena muito mais leve. Assim, o inocente tem tudo que perder, o culpado só pode ganhar.(2015, p.44)

O fato de ser um suspeito já declarava que, neste homem, era possível detectar culpabilidade. A má fé era presumida, de maneira que um inocente não pode ser considerado suspeito, uma vez que esta qualidade está relacionada a uma pessoa de caráter duvidoso.

Para Michel Foucault (2013, p.43):

o suspeito enquanto tal, merecia sempre um certo castigo; não se podia ser inocentemente objeto de suspeita. A suspeita implicava, ao mesmo tempo, da parte do juiz um elemento de demonstração, da parte do acusado a prova de uma certa culpa, e da parte da punição uma forma limitada de pena. Um suspeito que continuasse suspeito não estava inocentado por isso, mas era parcialmente punido.

Nota-se que a inocência é quase uma lenda. É fácil perceber que a necessidade em condenar norteava a justiça criminal da época. O interrogatório era temido e a forma de inquisição com que ele era elaborado e desenvolvido, acabava por condenar todos os acusados.

Durante anos, até mesmo séculos, essa forma de se obter “a verdade” do acusado, independentemente de sua inocência ou culpa, prevaleceu. Casado à isso, tinha-se a ideia de que a sentença do condenado era praticamente a reprodução do próprio crime, a execução pública das penas, segundo Foucault, continham vários aspectos específicos.

O primeiro deles era de que o próprio condenado tornava-se o “arauto” da sua própria condenação, seu papel, neste aspecto, era de torna-la real, proclamá-la, de maneira que atestasse que o cometimento do seu crime.

[...] passeio pelas ruas, cartaz que lhe é pendurado nas costas, no peito ou na cabeça para lembrar a sentença; paradas em vários cruzamentos, leitura do documento de condenação, confissão pública à porta das igrejas, durante o qual o condenado reconhece solenemente o crime: Descalço, de camisola, levando uma tocha, de joelhos, dizer e declarar que com maldade, horripelmente, horripelmente, traidoramente e com intenção pré meditada, ele havia cometido o crime destestável [sic]. (FOUCAULT, 2013, p. 44).

Outro aspecto era o de que a confissão poderia acontecer mais de uma vez. O condenado poderia passar por toda a humilhação mais de uma vez se fosse da vontade da justiça criminal. Ele era forçado a confessar, mas tinha que parecer espontâneo. O suplício dele para o povo deveria significar um momento de verdade, na qual o próprio condenado a proclama.

No que diz respeito ao tribunal, ele poderia mesmo decidir, depois do horrendo espetáculo da condenação, que o condenado passasse por uma nova tortura, com o intuito de arrancar deste, eventuais cúmplices. Ou seja, seria mais viável para o condenado, que entregasse seus parceiros e cúmplices logo na primeira execução pública de sua pena, poupando-o de um novo sofrimento. Se é que poupar seu sofrimento era algo possível de alguma forma.

Considerava-se então, um suplício verdadeiro, quando o mesmo tinha por função proclamar a verdade, através do próprio criminoso. “Um suplício bem-sucedido justifica a justiça, na medida em que publica a verdade do crime no próprio corpo do supliciado.” (Foucault, 2013, p.45).

Este aspecto trata da condenação do apenado como se fosse uma cerimônia, onde dela participava os atores componentes do crime.

O terceiro aspecto trata da execução penal acontecer no próprio local onde o crime fora cometido. Chama-se isto de suplício simbólico. A execução da pena é praticamente um teatro, na qual o condenado deve fazer com que todos vejam e que ele mesmo se lembre da natureza do crime.

Um relato datado do século XVIII e reproduzido na obra *Vigiar e Punir*, de Foucault, traz consigo uma sentença, que mais parecia uma peça teatral, com todo o horror devidamente empregado:

Uma criada de Cambrai, que matara sua senhora, é condenada a ser levada ao lugar do suplício numa carroça “usada para retirar as imundícies em todas as encruzilhadas”; lá haverá uma forca a cujo pé será colocada a mesma poltrona onde estava sentada a senhora Leleu, sua patroa, quando foi assassinada; e sendo colocada lá, o executor da alta justiça lhe cortará a mão direita e em sua presença a jogará no fogo, e lhe dará imediatamente depois quatro facadas com a faca utilizada por ela para assassinar a senhora Leleu, a primeira e a segunda na cabeça, a terceira no antebraço esquerdo, e a quarta no peito; feito o que, será pendurada e estrangulada na dita forca até à morte; e depois de duas horas seu cadáver será retirado, e a cabeça separada ao pé da dita forca sobre o dito cadafalso, com a mesma faca que ela utilizou para assassinar sua senhora, e a cabeça exposta sobre uma figura de vinte pés fora da porta da dita Cambrai, junto ao caminho que leva a Douai, e o resto do corpo posto num saco, e

enterrado perto do dito poste, a dez pés de profundidade. (FOUCAULT, 2013, p.46)

Por fim, o quarto aspecto trata o sofrimento do suplício como uma preparação para um sofrimento maior, na qual a alma do culpado irá sofrer. Segundo Foucault (2013, p.46) “o suplício é o teatro do inferno”. O suplício tem como objetivo antecipar as penas do além. Ele prepara o terreno do horror sofrido no castigo da Terra, para continua-lo após a morte.

Desta forma, aduz Foucault (2013, p. 47) “o ciclo está fechado: da tortura à execução, o corpo produziu e reproduziu a verdade do crime.”

Se até então o condenado parecia ser a estrela principal do suplício, à partir de agora o povo passou a ser o principal personagem dele.

Nas cerimônias do suplício, o personagem principal é o povo, cuja presença real e imediata é requerida para sua realização. Um suplício que tivesse sido conhecido, mas cujo desenrolar houvesse sido secreto, não teria sentido. Procurava-se dar o exemplo não só suscitando a consciência de que a menor infração corria sério risco de punição; mas provocando um efeito de terror pelo espetáculo do poder tripudiando sobre o culpado. (FOUCAULT, 2013, p.56)

O povo era convocado para ser espectador, muito embora acabava por participar muitas vezes da execução, atirando pedras e outros objetos aos condenados, xingando-os, blasfemando-os, fazendo parte do horror de maneira ativa. O povo assistia às exposições, as forcas e aos cadafalsos.

Ocorre que num certo momento, a revolta e o ódio que despertara o povo nestas execuções, não mais eram direcionadas ao condenado, ao culpado, mas sim, aos seus próprios executores. De tanto ter participado do horror e do intenso contato com a execução das penas, as pessoas começaram a se colocar no lugar do criminoso, levando em consideração que não estava, literalmente, muito longe de tal situação.

Ora é nesse ponto que o povo, atraído a um espetáculo feito para aterrorizá-lo, pode precipitar sua recusa do poder punitivo, e às vezes sua revolta. Impedir uma execução que se considera injusta, arrancar um condenado às mãos do carrasco, obter à força seu perdão, eventualmente perseguir e assaltar os executores, de qualquer maneira maldizer os juízes e fazer tumulto contra a sentença, isso tudo faz parte das práticas populares que contrariam, perturbam e desorganizam muitas vezes o ritual dos suplícios. (FOUCAULT, 2013, p.58).

Com isso, o cenário dos crimes, bem como suas punições e a realização do suplício sofreram alterações, foram se encaixando à medida que modificavam a forma

de punição. Quais penas deveriam ser impostas? À quem, elas deveriam realmente ser impostas?

A prática do suplício, ao tornar-se praticamente intolerável na segunda metade do século XVIII, demonstrou que era preciso punir de uma maneira diferente. Foucault (2013, p. 71) acreditava em “eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida no povo por intermédio do supliciado e do carrasco.”

2.1.2. A Função da Pena

A pena era um meio pela qual um criminoso ou delinquente, pudesse sofrer consequências à respeito de seus atos. Ela era um instituto que assegurava uma punição muitas vezes injusta ao criminoso. A pena não visava apenas uma correção ao indivíduo, mas que nele fosse projetado todo um horror, um castigo desumano.

Michel Foucault (2013), bem como Beccaria (2015), observaram o papel da pena, num primeiro momento, meramente como um meio simplesmente de castigo. Depois da mudança da figura do suplício, a preocupação à respeito da punição é tratada claramente no início da segunda parte da obra de Foucault (2013, p.71)

que as penas sejam moderadas e proporcionais aos delitos, que a de morte só seja imputada contra os culpados e assassinos, e sejam abolidos os suplícios que revoltam a humanidade.

Para entender a evolução do conceito de pena é preciso contextualizá-la. Na Idade Antiga, período compreendido entre 4000 a.C a 476 d.C, a principal característica da pena era a sua forma de execução. Neste período, que foi desde o desenvolvimento da escrita até a queda do Império Romano do Ocidente, formaram-se os primeiros Estados organizados com certo grau de nacionalidade, bem como a origem de algumas religiões, entre elas o cristianismo, o budismo, o confucionismo e o judaísmo (CALDEIRA, 2009, p. 259-260).

Nesta época a punição era uma reação coletiva contra as ações antissociais. Os grupos sociais e religiosos presente na época, e ludibriados com a nova ideia de organização estatal, pretendiam defender aqueles que não tivessem sido contaminados.

Desta forma, a pena possuía uma dupla finalidade: (a) eliminar aquele que se tornara um inimigo da comunidade e dos seus Deuses e forças mágicas, (b) evitar o

contágio pela mácula de que contaminara o agente e as reações vingadoras dos seres sobrenaturais.(CALDEIRA, 2009, p. 260).

Aqui já se começa a ter uma ideia de que a melhor forma de punir um indivíduo criminoso, era o de excluí-lo totalmente da sociedade que estava limpa, imune. Essa ideia de estar sujo e de que pudesse contaminar aos outros, nasceu justamente com o advento da ideia de grupos organizados, uma vez que o indivíduo perdia a proteção do grupo no qual estava inicialmente inserido. De maneira que:

Aplicava-se então, a sanção como fruto da liberação do grupo social da ira dos deuses em face da infração cometida, quando a reprimenda consistia , como regra, na expulsão do agente da comunidade, expondo-o à própria sorte. Acreditava-se nas forças sobrenaturais que, por vezes, não passavam de fenômenos da natureza – razão pela qual, quando a punição era concretizada, imaginava o povo primitivo que poderia acalmar os deuses. Por outro lado, caso não houvesse sanção, acreditava-se que a ira dos deuses atingiria a todo o grupo. (CALDEIRA, 2009, p. 260)

Já na Idade Média (476 d.C a 1453 d.C), período que foi caracterizado por marcos políticos, seu início tem como marco a desintegração do Império Romano do Ocidente e término com o fim do Império Romano do Oriente, com a Queda da Constantinopla.

A principal característica deste período foi o surgimento da ideia de cárcere, de penitenciária. A ideia de corrigir o infrator começa a ser afluída, e a punição pública começa a se consolidar como única forma justa e correta.

Surge então, a privação da liberdade como pena: a prisão eclesiástica, que tinha por finalidade fazer com que o recluso meditasse, refletisse e se arrependesse da infração cometida. Cárcere como penitência e meditação, originando a palavra “penitenciária”. Esta foi a grande contribuição deste período da história para a teoria da pena. (CALDEIRA, 2009, p.264)

Adentrando na Idade Moderna (1453 – 1789; século XV – XVIII), que teve seu término com a Revolução Francesa. O quadro político europeu do século dezesseis é marcado pelo advento da monarquia absoluta. A união entre os primeiros comerciantes da Idade Média e os reis indolentes propiciou a retomada do poder por parte destes, dando origem ao despotismo característico da Idade Moderna (SILVA, 2009, p.266).

Entretanto o período da Idade Moderna, pode ser considerado um período de transição. O Estado passou a punir como forma de segregação social.

O Estado, neste novo cenário, passou a ser livremente comandado pela figura do monarca, detentor absoluto do poder político. Tal poder desconhecia quaisquer vínculos e limites e se caracterizava por impor

uma barbárie repressiva, que assolava súditos carentes de direitos e garantias em níveis mínimos. A punição exercida pelo Estado não observava limitação de qualquer tipo, uma vez que assentada na onipotência do poder real, que propriamente concretizava a idéia de Estado (*L'Etat c'est moi*). É possível falar em uma utilização irracional do poder político, que se fazia presente na sociedade através de um exercício indiscriminado e cruel da punição. Não havia sequer necessidade de se justificar a aspereza das punições bem como as condutas puníveis. Fazê-lo seria o mesmo que questionar a própria soberania do rei. Identificando-se o monarca como soberano máximo, num contexto de ânimos submissos oriundos do feudalismo, era inimaginável qualquer crítica ao modo de agir da realeza enquanto liderança política e religiosa. (SILVA, 2009, np.)

Por ser um período extremamente importante para a compreensão da aplicação das penas, bem como da organização das prisões, é relevante ressaltarmos que, a época moderna pode ser considerada exatamente como uma época de “revolução social”, cuja base consiste na substituição do modo de produção capitalista (CALDEIRA, 2009, p. 265).

A pena desenvolve seus traços de ressocialização, na constante busca da melhora e bem estar do criminoso. Supera-se a ideia de que, para a justiça criminal, o delincente não era mais do que a individualidade abstrata e anônima; não se levava em consideração que por debaixo das equações e fórmulas, se julgavam realidades vivas, seres humanos, cujo futuro moral e social era o resultado de um problema por resolver (CALDEIRA, 2009, p. 266).

Porém é necessária certa cautela em relação a este período. Um complexo período, por assim dizer. Voltando à obra de Michel Foucault, em *Vigiar e Punir*, na segunda parte, ocorre uma explicação mais detalhada à respeito da mudança na aplicabilidade da pena.

Retornando à ideia de racionalização da pena é nítido que é neste momento histórico de fins do século dezessete e início do século dezoito, floresce um pensamento filosófico voltado para a reflexão acerca dos fins e fundamentos da pena, ensejando mudanças profundas nos sistemas penais da Europa (SILVA, 2009, np.).

Empreenderam-se na tarefa de racionalização do direito penal jusfilósofos como Beccaria, Bentham e Brissot, através da reformulação teórica da lei penal, sendo que uma das principais reformas produzidas foi a ideia de que o crime não devia guardar relação com a infração moral (SILVA, 2009, np.)

Foucault adentra-se no fato de que os crimes mais horrendos sofrem uma considerável diminuição, o objeto do crime vai sendo alterado, os roubos e os crimes contra a propriedade parecem prevalecer neste período.

Desde o fim do século XVII, com efeito, nota-se uma diminuição considerável dos crimes de sangue e, de um modo geral, das agressões físicas; os delitos contra a propriedade parecem prevalecer sobre os crimes violentos: o roubo e a vigarice sobre os assassinatos, os ferimentos e golpes; a delinquência limitada e “hábil”; os criminosos do século XVII são “homens prostrados, mal alimentados, levados pelos impulsos e pela cólera, criminosos de verão”; os do XVIII, “velhacos, espertos, matreiros que calculam”, criminalidade de “marginais”; modifica-se enfim a organização interna da delinquência: os grandes bandos de malfeitores (assaltantes formados em pequenas unidades, tropas de contrabandistas que faziam fogo contra os agentes do Fisco, soldados licenciados ou desertores que vagabundeiam) tendem a se dissociar; mais bem caçados, sem dúvida, obrigados a se fazer menores para passar despercebidos – não mais que um punhado de homens, muitas vezes – contentam-se com operações mais furtivas, com menor demonstração de forças e menores riscos de massacres. (FOUCAULT, 2013, p.73)

Deu-se início, após o longo período de suplício, de controle de impulsos violentos, a sociedade precisava manter-se preservada de si mesma. Dar o exemplo de como um crime não compensava ficou em segundo plano. A população havia crescido consideravelmente e crescia também seu poder econômico.

Esse aumento populacional estava diretamente proporcional ao crescimento econômico. A relação deste crescimento populacional e econômico com a mudança de objeto do crime, está no fato de que, elevou-se, de maneira geral, o nível de vida, as riquezas e as propriedades foram progressivamente aumentadas. As pessoas começaram a aumentar a qualidade de vida, aumentando a necessidade de obter meios que as beneficiassem pra isso.

Desta feita, os bens materiais e de direito, tornaram-se o novo alvo do crime. E conseqüentemente, a necessidade de segurança aumentou consideravelmente, pois agora era preciso proteger os bens dos delinquentes. Agora os criminosos tinham um novo alvo.

A justiça no decorrer do século XVIII tornou-se mais dura, ela se torna mais lenta, mais pesada, mais severa com o roubo, cuja frequência relativa aumentou, e contra o qual toma agora ares burgueses de justiça de classe. (FOUCAULT, 2013, p.74).

Com toda certeza, a divisão de classes contribuiu para que estes números de crimes contra o patrimônio e bens das pessoas aumentasse. Foucault (2013, p. 75) acredita, neste sentido, que “a miséria do povo e a corrupção dos costumes multiplicaram os crimes e os culpados.”.

O autor ainda aduz:

Na verdade, a passagem de uma criminalidade de sangue para uma criminalidade de fraude faz parte de todo um mecanismo complexo, onde figuram o desenvolvimento da produção, o aumento das riquezas, uma valorização jurídica e moral maior das relações de propriedade, métodos de vigilância mais rigorosos, um policiamento mais estreito da população, técnicas mais bem ajustadas de descoberta, de captura, de informação: o deslocamento das práticas ilegais e correlato de uma extensão e de um afinamento de práticas punitivas. (2013, p. 75)

Contudo, é importante salientar que, apesar desta mudança de objeto do crime, não podemos confundir isto com uma diminuição na aplicação das penas. A ideia de que a pena estava relacionada ao sofrimento do preso, proporcionalmente ao tempo em que ficava recluso, ainda era, e ainda é, o que norteia a aplicabilidade das punições, essa ideia de racionalidade penal, é uma das principais características do sistema penal da história das penas.

Bem por isso, que os crimes mais graves, hediondos por assim dizer, continuavam a receber uma punição à altura ou muitas vezes mais pesada que o próprio crime, os suplícios, ainda que em menor quantidade, era uma prática de punição utilizado³.

Neste sentido, a lógica da punição se dava de maneira que

quando se eleva o limiar da passagem para os crimes mais violentos também aumenta a intolerância aos delitos econômicos, os controles ficam mais rígidos, as intervenções penais se antecipam mais e se tornam mais numerosas. (FOUCAULT, 2013, p. 76).

Outra crítica perspicaz que Foucault vem trazer em sua obra, é a de que a justiça parecia estar sendo uma forma de comércio e a aplicação das penas seria um ganho:

Realmente, o que os reformadores atacam na justiça tradicional, antes de estabelecer os princípios de uma nova penalidade, é mesmo o excesso de castigo, mas um excesso que está ainda mais ligado a uma irregularidade que a um abuso do poder de punir[...] poder este que está desnaturado de três maneiras, por uma apropriação privada: vendem-se os ofícios do juiz, transmitem-se por herança; têm valor comercial e a justiça feita é, por isso, onerosa, por uma confusão entre

³ Uma análise da legislação penal brasileira será objeto do item quatro do presente trabalho monográfico.

dois tipos de poder: o que presta justiça e formula uma sentença aplicando a lei e o que faz a própria lei. (FOUCAULT, 2013, p.76).

Caracterizou-se, portanto, durante muito tempo, uma justiça irregular que se dava ao luxo de julgar e administrar um sistema penal que se tornou um sistema cheio de arbitrariedades. Sistema que se dividia em inúmeras instâncias, policiais, tributárias, administrativas.

Esse poder que os magistrados e outros funcionários da justiça, por assim dizer, obtinham, era se dúvida nenhuma o principal problema da época.

Poder excessivo dado à “gente do rei”, não só em relação aos acusados, mas também aos outros magistrados; poder excessivo enfim exercido pelo rei, pois ele pode suspender o curso da justiça, modificar suas decisões, cassar os magistrados, revogá-los ou exilá-los, substituí-los por juízes por comissão real. (FOUCAULT, 2013, p.77).

Tudo isso passava uma ideia de instabilidade, a segurança e a punição, ora almejadas pela população, acabaram virando produtos. Criou-se a ideia de um sistema econômico judiciário – penal.

O verdadeiro objetivo da reforma, e isso desde suas formulações mais gerais, não é tanto fundar um novo direito de punir de princípios mais equitativos; mas estabelecer uma nova “economia” do poder de castigar, assegurar uma melhor distribuição dele, fazer com que não fique concentrado demais em alguns pontos privilegiados, nem partilhando demais entre instâncias que se opõem; que seja repartido em circuitos homogêneos que possam ser exercidos em toda parte, de maneira contínua e até o mais fino grão do corpo social.(FOUCAULT, 2013, p.78

Com o aumento considerável da riqueza da população, as aquisições de propriedade e a crescente economia, a mudança do alvo dos crimes se intensifica na medida em que os delitos são cometidos. As penas então, dessa maneira, precisam estar diretamente ligadas a estes delitos.

Mas na segunda metade do século XVIII o processo tende a se inverter. Primeiro com o aumento geral da riqueza, mas também com o grande crescimento demográfico, o alvo principal da ilegalidade popular tende a ser não mais em primeira linha os direitos, mas os bens: a pilhagem, o roubo, tendem a substituir o contrabando e a luta armada contra os agentes do fisco.(FOUCAULT, 2013, p.81).

É portanto necessário controlar e codificar todas essas práticas ilícitas. É preciso que as infrações sejam bem definidas e punidas com segurança, que nessa massa de irregularidades toleradas e sancionadas de maneira descontínua com ostentação sem igual seja determinado o que é infração intolerável, e que lhe seja infligido um castigo de que ela não poderá escapar. (FOUCAULT, 2013, p. 83).

A ilegalidade dos bens foi separada da ilegalidade dos direitos. Divisão que corresponde a uma oposição de classes, pois, de um lado, a ilegalidade mais acessível às classes populares será a dos bens – transferência violenta das propriedades; de outro a burguesia, então se reservará a ilegalidade dos direitos: a possibilidade de desviar seus próprios regulamentos e suas próprias leis; de fazer funcionar todo um imenso setor de da circulação econômica por um jogo que se desenrola nas margens da legislação – margens previstas por seus silêncios, ou liberadas por uma tolerância de fato.(FOUCAULT, 2013, p.84).

Neste cenário um aspecto relevante deve ser considerado, em suma, o que antes da reforma preocupava, eram os suplícios e a aplicação horrenda das penas, durante ela o que se tornou preocupante e o que se fazia necessário estar alerta era que, o nascimento desta reforma deu-se pela luta contra o superpoder do soberano e a luta contra as ilegalidades conquistadas e toleradas.

Caminhando para uma evolução desta reforma penal, é importante destacar que apesar das ilegalidades, irregularidades do meio judiciário e das instâncias que se formaram, a ideia de punição teve sua necessária mudança, evolução, alteração. A abolição quase total do suplício demonstrava que até mesmo um governo e um legislativo corrupto, por assim dizer, também notava a necessidade de alterar a aplicabilidade das penas⁴.

Porém, ainda que o suplício tivesse quase que todo, superado, e o alvo do crime tivesse sido alterado, é impossível fechar os olhos para essa nova aparência da justiça. Essa função econômica do judiciário deixou inúmeras sequelas nos sistema penal europeu, bem como naqueles em que nele se inspiravam (e ainda se inspiram).

Neste sentido, Foucault (2013, p.86) novamente delineia quais passos seriam necessários para não se perder nesta falha da reforma, para que qualquer evolução até então, não se perdesse, não se regenerasse:

Descolar o objetivo e mudar sua escala. Definir novas táticas para atingir um alvo que agora é mais tênue, mas também mais largamente difuso no corpo social. Encontrar novas técnicas às quais ajustar as punições e cujos efeitos adaptar. Colocar novos princípios para regularizar, afinar, universalizar a arte de castigar. Homogeneizar seu exercício. Diminuir seu custo econômico e político aumentando sua eficácia e multiplicando seus circuitos. Em resumo, construir uma nova economia e uma nova tecnologia do poder de punir: tais são sem dúvida as razões de ser essenciais da reforma penal do século XVIII.

A pena portanto, recebe um caráter econômico, que segue uma racionalização. “Essa racionalidade ‘econômica’ é que deve medir a pena e prescrever

⁴ Uma crítica contextualizada do assunto se fará no capítulo final do presente trabalho.

as técnicas ajustadas. ‘Humanidade’ é o nome respeitoso dado a essa economia e a seus cálculos minuciosos. Em matéria de pena o mínimo é ordenado pela humanidade e aconselhado pela política.” (FOUCAULT, 2013, p.88).

Essa ideia de proporção penal a título de calcular a quantidade de punição em relação a intensidade do dano, não tinha um modelo a ser seguido, apenas dava indícios de um modelo a ser elaborado. Não se poderia afirmar com objetividade o dano que um crime causava na sociedade, bem como na vítima em si. O objetivo fora justamente este. A pena era determinada neste sentido.

O prejuízo que um crime traz ao corpo social é a desordem que introduz nele: o escândalo que suscita, o exemplo que dá, a incitação a recommençar se não é punido, a possibilidade de generalização que traz consigo. Para ser sutil, o castigo deve ter como objetivo as consequências do crime, entendidas como a série de desordens que este é capaz de abrir [...] a proporção entre a pena e a qualidade do delito é determinada pela influência que o pacto violado tem sobre a ordem social.(FOUCAULT, 2013, p. 89).

Essa nova ótica à respeito do crime, é o primeiro indício de ressocialização, na medida em que, a punição, antes somente com o intuito de castigar, começa a ter uma nova cara. Era preciso que tão somente o criminoso não praticasse novamente o delito, bem como a sociedade pudesse aprender indiretamente com ele. “Calcular a pena em função não do crime, mas de sua possível repetição. Visar não à ofensa passada, mas a desordem futura.” (FOUCAULT, 2013, p.89)

Em linhas gerais, o grande passo da reforma foi caminhar para a ideia de que o crime não era apenas formado por um só fator, ou mesmo, que ele seguia somente a lógica de que: um criminoso comete um delito e precisa ser punido por isso. A sua complexidade e as inúmeras indagações e preocupações a seu respeito fizeram com que ele fosse repensado.

Mas o que começa a se esboçar agora é uma modulação que se refere ao próprio infrator, à sua natureza, a seu modo de vida e de pensar, a seu passado, à qualidade” e não mais à intenção de sua vontade. Percebe-se, mas como um lugar ainda deixado vazio, o local onde na prática penal, o saber psicológico virá substituir a jurisprudência casuística.(FOUCAULT, 2013, p. 95).

A história do sistema prisional e das punições é embasada por atrocidades, sobretudo até a primeira metade do século XVIII. Ocorre que, mesmo depois deste período, foi possível identificar resquícios de tortura, o suplício foi abolido, mas o ódio instigado na população enraizou-se nela. Mudaram-se as figuras da punição e dos

juízos, mas a incitação à violência e a vontade de “fazer justiça” continua até hoje.

Devemos considerar a evolução das aplicações das penas, o modo como foram executadas, o objeto dos crimes, como forma de alterar a maneira de lidar com a própria punição, isto faz parte de uma construção de um sistema penal complexo, cheio de obscuridades.

Entretanto, é possível notar que dentre todos os estudiosos do sistema prisional, sobretudo sobre as aplicações das penas, a vontade inerente de todos eles, era a de desqualificar a pena, de encontrar uma outra maneira que pudesse alterar o cenário da criminalidade. No cerne de todas as críticas aos sistemas prisionais e as penas, está uma luta constante contra eles.

Evandro Lins e Silva, em seu artigo *De Beccaria a Filippo Gramatica*, aduz à respeito da função da pena e sua aplicabilidade:

De todas as considerações feitas chegamos à iniludível conclusão de que o encarceramento do homem não o melhora, nem o aperfeiçoa, nem corrige a falha cometida, nem o limpa de culpa para o retorno à vida da sociedade que ele perturbou com sua conduta delituosa. (2012, p. 20)

Desta feita, a execução da pena, sobretudo no Brasil, passou por transformações, na qual todo o sistema penal moldou-se para que pudesse tratar do assunto. É sabido, porém, que apesar de o preso e a penalidade ter mudado de rosto, “hoje, não se ignora que a prisão não regenera nem ressocializa ninguém; perverte, corrompe, deforma avilta, embrutece, é uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas onde se diploma o profissional do crime.” (SILVA, 2012, p.14)

Para que se possa compreender todo o funcionamento do sistema penal, é importante pensa-lo, analisa-lo e destrincha-lo em partes, no quais se compreenda a pena e sua função.

Neste sentido, avançar-me-ei, no próximo capítulo, num estudo aprofundado de uma das teorias de se pensar a pena, denominada, *racionalidade penal moderna*.

3. SISTEMA PENAL BRASILEIRO: ANÁLISES DA LEGISLAÇÃO

3.1 – TEORIAS MODERNAS DA PENA

A compreensão do sistema penal de um país necessariamente envolve a análise da legislação desse país e a forma como esse sistema compreende o crime e a figura do criminoso. Trata-se de compreender a racionalidade penal⁵. Aqui destacar a função do Direito Penal como *ultima ratio* para solução de conflitos (e a nova visão da punição como meio de ressocialização e não de vingança) e suas bases teóricas. Aqui também se destaca a importância de se identificar e desconstruir o discurso de ódio levantado pela grande massa populacional que reproduz uma visão do encarcerado (criminoso) como um inimigo desprovido de Direitos.

3.1.1. A Racionalidade Penal Moderna

Para que se possa compreender o sistema penal moderno, por assim dizer, é preciso continuar a análise, iniciada no capítulo anterior, utilizando-se de um modo de pensamento, determinado como Racionalidade Penal.

A Racionalidade Penal Moderna consiste em um modo de pensar sobre o sistema penal ocidental. Este termo foi criado por Álvaro Pires, doutor em Criminologia pela *Université de Montréal*. Atualmente leciona no curso de Ciências Sociais da Universidade de Ottawa, no Canadá, trabalhado em seu artigo “A Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos” (2004).

Segundo Álvaro Pires:

Trata-se de um sistema de pensamento ligado a um conjunto de práticas institucionais jurídicas que se designa como “justiça penal” ou “criminal”, constituído por uma rede de sentidos com unidade própria no plano do saber e que liga estreitamente fatos e valores, o que lhe confere um aspecto normativo. Esse sistema de pensamento, que aqui denominarei como “racionalidade penal”, produz um *ponto de vista* (grifos do autor) que contribui para construir um subsistema jurídico específico, o sistema penal moderno, e para justificar a forma específica que ele assume (2004, p. 40).

⁵ A segunda fase da pesquisa, que se substanciou na construção do presente capítulo da monografia, se propõe a considerar a teoria do sistema penal. A análise específica da legislação do sistema penal brasileiro se fará no capítulo seguinte. A organização dos capítulos (primeiro a análise histórica, a análise da racionalidade do sistema penal – no presente capítulo – e a legislação no capítulo de conclusão) se justifica por uma escolha metodológica e didática de possibilitar ao leitor uma compreensão gradual e concatenada da História das Penas e das Prisões permitindo, também, uma visão crítica do contexto atual brasileiro.

Para que se possa melhor compreender o conceito de Racionalidade Penal Moderna, é preciso entender que este conceito comporta dois sentidos:

Num sentido teórico e formal, indica simplesmente um sistema de pensamento que se identifica como relativo à justiça criminal e assim se autodistingue dos outros sistemas, mas que para ser relativamente autônomo não precisa se distinguir ponto por ponto, da mesma maneira que os seres humanos são distintos tendo vários pontos em comum (fisiológicos por exemplo). Num sentido empírico e descritivo, designa uma forma concreta de racionalidade que se atualizou num determinado momento histórico (PIRES, 2004, p. 40).

Esta forma de pensamento sobre o sistema penal, se constituiu no Ocidente, a partir da segunda metade do século XVIII e é importante ressaltar, que este sistema não é determinado apenas pelas transformações na sociedade, mas também, pelo próprio pensamento da justiça penal, “na medida em que se constitui como um subsistema do sistema jurídico, no âmbito de um processo em que o direito se diferencia no interior do direito”(PIRES, 2004, p.40).

O período em questão e os dos séculos seguintes retratam as mudanças que o sistema penal, bem como a estrutura normativa, física e funcional da prisão passaram. Como aduz Foucault à respeito do modelo disciplinar de correção:

Mas as disciplinas se tornaram no decorrer dos séculos XVII e XVIII fórmulas gerais de dominação. Diferentes da escravidão, pois se fundamentam numa relação de apropriação dos corpos e até a elegância da disciplina dispensar essa relação custosa e violenta obtendo efeitos de utilidade pelo menos igualmente grandes (FOUCAULT, 2013, p.133).

O principal ponto da Racionalidade Penal Moderna é trazer a tona uma nova maneira de analisar, pensar o sistema penal, de maneira que, ele influencia demasiadamente a nossa maneira de enxergar as coisas, desde como se dá a punição (tipos penais identificados na lei), até a forma de aplicação das sanções.

Um dos efeitos da racionalidade penal moderna será o de neutralizar a estrutura normativa inicialmente eleita pelo sistema penal. É quando tentamos pensar o sistema penal *de outra forma* (grifos do autor) que tomamos consciência da colonização que ele exerce sobre a nossa maneira de ver as coisas (PIRES, 2004, p. 41).

No sistema penal atual, para cada crime cometido, há uma pena correspondente, de maneira que, esta pena deve estar regulamentada pelo aparato legal, relacionada com cada tipo penal existente.

A partir da idéia de crime e pena como um todo necessário, indissociável e identitário, onde para cada conduta incriminada há uma pena correspondente (obrigatória ou permitida/autorizada), a

estrutura fundamental das normas penais desenvolveu-se de forma dúplice (em normas de conduta e pena), com a tipologia básica das penas de morte, prisão e multa, e predominância da pena afliativa, precipuamente a prisão. (CRIME, 2004[?], p.19)

É possível observar na lei penal, de acordo Pires, que “a norma de comportamento é frequentemente formulada sob a forma de uma estrutura normativa telescópica do seguinte tipo: Aquele que faz x pode ou deve ser punido com y ” (2004, p.41).

Neste sentido, ele aduz que esta estrutura é telescópica, pois coloca por cima uma ideia de sanção que permite ou obriga a pena indicada de uma norma de comportamento, fazer ou não fazer isso ou aquilo, obrigatoriamente,

Tal construção é portanto o resultado de uma junção de dois níveis distintos de normas: de primeiro grau, referentes ao comportamento, e de segundo grau, relativas às normas de sanção. Podemos dizer desde já que nessa estrutura telescópica adquirem particular visibilidade três tipos de penas (normas de segundo grau): a morte (ou um castigo corporal), a prisão e a multa. É a pena *afliativa* (grifos do autor) – muito particularmente a prisão – que assumirá o lugar dominante no auto – retrato identitário do sistema penal (ÁLVARO, 2004, p. 41).

A junção ou combinação, por assim dizer, entre esta estrutura normativa telescópica essa forma de pensar que valoriza a pena afliativa, ressalta a ideia de que a norma comportamental e a pena afliativa foram um único bloco, algo inseparável que gera uma série de problemas.

A respeito do primeiro problema identificado por Pires (2004, p.41), pode se dizer que ele “consiste que o crime (norma de comportamento) será definido pela pena tanto no direito como no saber jurídico, e muitas vezes das ciências sociais”. Assim

No direito, essa maneira de definir o crime produzirá uma imediata dogmatização da relação crime/ pena (afliativa). Assim, Von Feurbach dirá de maneira lapidar, entre a descrição e o dogma: “Não há crime sem pena”. No plano da reflexão teórica, tanto o saber jurídico como as ciências sociais definirão o crime (e até mesmo o sistema penal) pela presença exclusiva da pena (afliativa), o que implicará uma compreensão simultânea das normas de comportamento e de sanção: uma não pode ser pensada sem a outra. Tal forma de definição pode ser qualificada como uma sinédoque, aquela figura de linguagem que consiste e definir o todo (o crime ou o sistema penal) pela parte (a pena).

Esta ideia leva a crer que o fato de sempre ser associado o sistema penal e o crime com a ideia de pena afliativa, de maneira que haja uma dependência entre estes, na qual os dois primeiros utilizam do segundo para sua efetividade, é a regra geral, de

forma que “suscitará a ontologização da estrutura normativa do direito penal moderno” (PIRES, 2004).

O segundo problema identificado por Pires (2004), seria o de que, em relação ao trabalho do legislador e do juiz, no que consiste a escolha da sanção, passaria a ideia de que isso é algo muito fácil de ser feito, “tender-se-á a crer que eles devem privilegiar a escolha da pena afliativa, particularmente a de prisão, de modo que ela aparecerá como resposta evidente.”

O terceiro problema que é gerado por essa valorização da pena afliativa, por assim dizer, “se verifica no plano filosófico: a combinação entre crime e pena afliativa engendrará uma formidável ilusão de *necessidade e identidade* quanto à natureza dessa associação” (PIRES, 2004, p.42) (grifos do autor).

Partindo desta estrutura telescópica, que a Racionalidade Penal Moderna se divide (ou mesmo, se sustenta) em três funções, ou mesmo, três teorias, por assim dizer, as quais fundamentam este pensamento sobre o sistema penal e foram assim, identificadas e tratadas nos trabalhos de inúmeros autores, sobretudo, no de Álvaro Pires (2004).

As três funções da pena, por assim dizer são: a da Dissuasão, a da Retribuição, e por fim, a da Denúnciação.

No que consiste ao aspecto da Denúnciação, pode se dizer que, o controle do crime, da criminalidade por assim dizer, se faz por meio do sistema de incriminação da conduta delitiva. Este sistema de punição (aplicação de sanção), se dá por meio de que toda pena afliativa. Ou seja, para cada conduta (negativa) delitiva, existe uma sanção penal reprovativa, que pune. Desta forma, para cada tipo penal incriminador, a norma reguladora, existirá uma pena afliativa, uma sanção imposta pelo Estado.

Em primeiro lugar, supõe-se que as normas de comportamento e sanção são igualmente obrigatórias, quando na verdade é possível conceber a norma de comportamento (“não matar”) como a única realmente imprescindível. Com efeito, é frequente atribuir-se às normas a propriedade de um dever - ser. Não podemos discutir aqui a distinção entre ser e dever - ser, mas basta-nos lembrar com Kelsen que se toda norma estatui um dever - ser, essa palavra engloba todas as funções normativas possíveis: comandar, habilitar, permitir, anular (PIRES, 2004, p. 42).

Para que haja uma melhor compreensão desta ideia de dissuasão tratada por Álvaro (2004), pode-se dizer que, se considerarmos as normas de comportamento, denominadas de primeiro grau (não fazer isso ou fazer obrigatoriamente aquilo

conjuntamente com as normas de segundo grau, referentes as normas de sanção (a pena aflictiva), a estrutura telescópica da lei penal adquire duas funções: “faça ou não faça x” (função de comando obrigatório) pode ou não ser sancionado, e se sancionado, desta ou daquela forma (função de autorização, dirigida sobretudo às autoridades)” (PIRES, 2004).

O efeito da dissuasão sobre o indivíduo que comete um crime, seguindo a lógica descrita por Álvaro (2004), se daria de maneira que, o mesmo pensaria, ou deveria pensar, de forma diferente antes de cometer um delito, pois, prevendo que para aquele ato, sofrerá uma norma de comportamento e uma norma de sanção, talvez a conduta não valha tanto a pena assim.

Segundo Cesare Beccaria, o momento histórico em questão (século XVIII), começava a pensar na pena de forma que:

Eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico que logo tornou a mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Esses meios foram as penas, estabelecidas contra os infratores das leis. [...] Esses meios tiveram de ser sensíveis, porque a experiência fez ver o quanto a maioria está longe de adotar os princípios estáveis de conduta. Nota-se, em todas as partes do mundo físico e moral, um princípio universal de dissolução, cuja ação só pode ser obstada nos seus efeitos sobre a sociedade, por meios que impressionam imediatamente os sentidos e que se fixam nos espíritos, para contrabalançar, por impressões vivas, a força das paixões particulares, quase sempre opostas ao bem geral. Qualquer outro meio seria insuficiente (BECCARIA, 2015, p.24).

Num sentido de complementariedade à Dissuasão, a função de Retribuição detectada por Pires (2004) se constitui como uma ideia de que para a ação criminosa cometida, haverá uma reação (sanção) imposta. De maneira que, esta sanção será negativa, proporcional ao mal cometido pela ação delituosa.

Desta forma aduz Álvaro:

Em segundo lugar, estabiliza-se a suposição de que a sanção que afirma a norma o direito penal deve ser estritamente negativa, de modo que entre o crime e a sanção deve haver uma identidade de natureza: uma vez que o crime é visto como um mal (de ação), a pena também deve ser concebida como um mal (de reação), buscando direta e intencionalmente produzir um mal para “apagar” o primeiro mal ou para efeito de dissuasão (PIRES, 2004, p. 42).

Ainda neste sentido:

Para que o castigo produza o efeito que dele se deve esperar, basta que o mal que causa ultrapasse o bem que o culpado retirou do crime. Devem contar-se ainda como parte do castigo os terrores que

precedem a execução e a perda das vantagens que o crime devia produzir (BECCARIA, 2013, p. 54).

Essa relação natural entre a natureza do delito e a natureza da punição pode ser considerada o viés que rege o sistema penal em toda sua história. Até meados do século XVIII, era possível identificar que o sofrimento causado pelo agente criminoso na vítima, seja ela uma pessoa ou o Estado, no que tange os crimes contra o patrimônio e os cofres públicos, deveria ser sentido em igual peso e de igual medida, por ele próprio.

Tem que haver relações exatas entre a natureza do delito e a natureza da punição; aquele que foi feroz em seu crime sofrerá dores físicas; aquele que tiver sido preguiçoso será obrigado a um trabalho penoso; aquele que foi abjeto sofrerá uma pena de infâmia (FOUCAULT, 2013, p. 102).

Essa ideia de retribuir ao criminoso o que ele causou, ultrapassou os séculos e por isso faz parte de uma racionalidade penal *moderna*, pois é inegável que a base do sistema penal nos dias atuais, segue a risca esta função da pena, seja por acreditar que é a melhor maneira de obter a justiça, ou seja pelo fato de que, como a execução penal se dá por meio de uma fórmula na qual o tempo em reclusão está diretamente proporcional ao crime cometido, tendo como resultado a sanção penal tipificada na norma, a lei estabelece e o sentenciado cumpre, isto acaba sendo um mecanismo inquestionável, com mudanças escassas.

Ainda no século XVIII, voltando a ideia já citada de que o sistema penal é um sub sistema do judiciário, a ideia de aflição se configura cada vez mais como um único meio de impor sanção, concomitante à norma de comportamento.

A partir do século XVIII o sistema penal projeta um auto retrato identitário essencialmente punitivo, em que o procedimento penal hostil, autoritário e acompanhado de sanções aflitivas é considerado o melhor meio de defesa contra o crime, só convém uma pena que produza sofrimento. Esse núcleo identitário dominante da racionalidade penal moderna foi reproduzido incondicionalmente pelas teorias da pena aflitiva (da dissuasão e retribuição), que, valorizando tão somente os meios penais negativos, excluem as sanções de reparação pecuniária ou outras alternativas, e ainda por certas teorias contemporâneas, por exemplo, as principais variantes da teoria da prevenção positiva (PIRES, 2004, p. 43).

Não se pode afirmar que não ocorrera nenhuma mudança desde a época dos suplícios e das masmorras, de fato, o poder público alterou o modo como se pune, mas

fica impossível dizer que ele teve a intenção de reformular a ideia de castigo. Houve uma nova roupagem para o castigo, sem que a ideia de repassar para o povo que o crime não compensava, fosse extinta. Foucault em sua obra “Vigiar e Punir” (2013, p. 102), tratou disto com muita clareza:

Que o castigo decorra do crime; que a lei pareça ser uma necessidade das coisas, e que o poder aja se mascarando sob a força suave da natureza. 2) Esse jogo de sinais deve corresponder a mecânica das forças: diminuir o desejo que torna o crime atraente, aumentar o interesse que torna a pena e de suas desvantagens seja mau viva que a do crime com seus prazeres. Toda uma mecânica, portanto, do interesse de seu movimento, da maneira como é representado e da vivacidade dessa apresentação.

Essas teorias modernas da pena, por assim dizer, que configuram a maneira de pensar denominada Racionalidade Penal Moderna, tratam das normas penais como normas de proteção a sociedade, ou a afirmação destas normas “de modo hostil, abstrato, negativo e atomista” (Pires, 2004, p. 43).

Em relação a este modo hostil, isso está baseado no fato de que o delinquente que comete um crime, é visto como um inimigo, seu carma será sempre carregado consigo mesmo diante da sociedade. Deve haver uma equidade entre o mal causado e o sofrimento no próprio criminoso.

“Hostil por representarem o transgressor como um inimigo de todo o grupo e por estabelecerem uma equivalência necessária (mesmo ontológica entre o valor do bem do ofendido e o grau de sofrimento que se deve infligir ao transgressor.” (PIRES, 2004, p.43).

No que tange ao modo abstrato, o autor referiu-se ao mal abstrato que o delito cometido (concreto), causa a sociedade, de maneira que “mesmo reconhecendo que a pena causa um mal concreto e imediato, concebem que esse mal produz um bem imaterial e mediato para o grupo (restabelecer a justiça pelo sofrimento), reforçar a moralidade das pessoas honestas” (PIRES, 2004, p. 43).

Como afirma Bentham, a pena produz um mal de primeira ordem (concreto e imediato) e um bem de segunda ordem (abstrato e imediato): inflige um sofrimento ao indivíduo que o atraiu voluntariamente; e nos seus efeitos secundários a pena se transforma toda em bem: intimida os homens perigosos, fortalece os inocentes e é a única salvaguarda da sociedade (PIRES, 2004, p.43).

Aqui, é importante ressaltar a ideia de que “o tempo é o operador da pena” (Foucault, 2013, p.104). De forma que, a pena para representar um castigo completo, deve haver um começo e um término, como se isso, para efeito social, fosse um sistema

simbólico (para a sociedade) e real para o preso, pois é ele quem passará os dias que lhe forem sentenciados em reclusão.

3) Consequentemente, utilidade de uma modulação temporal. A pena transforma, modifica, estabelece sinais, organiza obstáculos. Qual seria sua utilidade se se tornasse definitiva? Uma pena que não tivesse termo seria contraditória: todas as restrições por ela impostas ao condenado e que, voltando a ser virtuoso, ele nunca poderia aproveitar, não passariam de suplícios; e o esforço feito para reformá-lo seria pena e custo perdidos, pelo lado da sociedade. Se há incorrigíveis, temos que nos resolver a eliminá-los. Mas para todos os outros as penas só podem funcionar se terminam (FOUCAULT, 2013, p. 103).

Na época dos suplícios, os castigos em praça pública, como já fora exposto nesta trabalho, demoravam o tempo que fosse necessário para causar a impressão a qual estava destinado causar, reproduzir naquele ato a violência provocada pelo autor, estes “espetáculos” tinham uma curta duração, visto que, na maioria das vezes se findavam com a morte do supliciado.

Com o advento da pena e toda a estrutura normativa que por volta dela se desenhava, a reclusão do preso, sua retirada do meio social, dava ao efeito moral da punição outra expressão. O criminoso era recluso, e sofria uma sanção normativa e aflitiva, na qual agora, não era mais punido em praça pública e violentado até a sua morte, mas sim a pena era “valorada” através do tempo em que esta reclusão durasse.

Este raciocínio no qual se firma a ideia de que o tempo é o operador da pena, é chamado de “economia da pena” (FOUCAULT, 2013, p. 104), pois:

Os suplícios, em sua violência, corriam o risco de ter esse resultado: quanto mais grave o crime, menos longo será o seu castigo. A duração intervinha, sem dúvida, no antigo sistema das penas: dias de pelourinho, anos de banimento, horas passadas a expirar na roda. Mas era um tempo de prova, não de transformação concertada. A duração deve agora permitir a ação própria do castigo: Uma série prolongada de privações penosas, poupando à humanidade o horror das torturas, afeta muito mais o culpado que um instante passageiro de dor...Ela renova sem cessar aos olhos do povo que serve de testemunha a lembrança das leis vingadoras e faz a todos os momentos reviver um terror salutar.

A teoria da dissuasão e da retribuição que fundamentam o modo de pensar a pena, (racionalidade penal), caminham juntas pois a pena é aplicada de maneira única, e as funções que estas teorias têm, configuram um complexo sistema penal, que racionaliza, de maneira que se possa retribuir ao culpado um sofrimento que ele causou a outrem, baseando esta conduta criminosa dele num tipo penal incriminador, na qual para o crime cometido, há uma sanção aflitiva e uma norma de comportamento.

Qual o real objetivo deste modo de pensar? Qual seria a real intenção do sistema penal, utilizando-se dessa maneira de aplicar a pena, sobretudo nesse contexto histórico em questão, meados do século XVIII?

É possível indagar, de acordo com os trabalhos realizados pelos autores que se aprofundaram no tema, Foucault, Bentham, Beccaria, que este modo de aplicar a pena estava mais preocupado em dar uma resposta à sociedade, em impor ao culpado uma ideia de que ele não mais voltasse a cometer nenhum delito, pois o sofrimento que ele passaria enquanto cumprisse a pena, serviria apenas como um castigo. Ele não iria cometer, ou assim era presumido, outro crime novamente, pois a vergonha que todo este processo pelo qual havia passado bem como o sofrimento citado, o tornaria um cidadão diferente.

Das simples considerações das verdades até aqui expostas resulta a evidência de que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já foi cometido. Como pode um corpo político que, longe de se entregar às paixões, deve-se ocupar-se exclusivamente em pôr um freio nos particulares, exercer crueldades inúteis e empregar o instrumento do furor, do fanatismo e da covardia dos tiranos? Poderão os gritos de um infeliz, nos tormento, retirar do seio do passado, que não volta mais, uma ação já cometida? Não. Os castigos tem por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime (BECCARIA, 2015, p. 53).

Ainda neste sentido:

Para isso, é preciso que o castigo seja achado não só natural, mas interessante; é preciso que cada um possa ler nele sua própria vantagem. Que não haja mais espessas penas ostensivas, mas inúteis. Que também cessem as penas secretas; mas que os castigos possam ser vistos como uma retribuição que o culpado faz a cada um de seus concidadãos pelo rime que lesou a todos, como penas continuamente apresentadas aos olhos dos cidadãos e evidenciem a utilidade pública dos movimentos comuns e particulares (FOUCAULT, 2013, p. 105).

Em relação ao modo denominado negativo, e aqui pode-se afirmar, sob uma ótica pessoal, que talvez seja o entrave e o desafio do sistema penal como um todo, não só o do século XVIII, mas como se caminhou até os dias atuais.

São consideradas teorias negativas, pois, “excluem qualquer outra forma de sanção ou medidas que visem reafirmar a norma por meio de uma ação positiva (reparação pecuniária, tratamento em liberdade, etc)” (Pires, 2004).

Por fim, são consideradas atomistas, pois, “essas teorias generalizam para o conjunto do direito penal aquela justificação quase medicinal, como diz Luhmann, que já se encontra cabalmente formulada em um texto de Pierre Ayreault de 1576 sobre a

ordem e a formalidade na instrução judicial: ‘o mal se sana pelo mal’ (PIRES, 2004, p. 43).

Pode se dizer que a punição passou por uma significativa mudança do século XVIII para até meados do século XIX. Antes de destrinchar a última função da Racionalidade Penal Moderna, denominada Teoria da Denúnciação, faz-se importante as reflexões que substanciam esta última função neste novo contexto histórico que se apresenta, de maneira que, torna a compreensão do tema muito mais clara.

O termo “economia da publicidade” (FOUCAULT, 2004) é empregado para explicar o que seria como a transição, de certa forma, da forma de punição de um século para o outro:

Dai resulta uma sábia economia da publicidade. No suplício corporal o terror era o suporte do exemplo: medo físico, pavor coletivo, imagens que devem ser gravadas na memória dos espectadores, como a marca na face ou no ombro do condenado. O suporte por exemplo, agora, é a lição, o discurso, o sinal decifrável, a encenação e a exposição da moralidade pública. Não é mais a restauração aterrorizante da soberania que vai sustentar a cerimônia do castigo, é a reativação do Código, o reforço coletivo da ligação entre a ideia do crime e a ideia da pena. Na punição, mais que a visão da presença do soberano, haverá a leitura das próprias leis. Estas haviam associado a tal crime tal castigo. Assim que o crime for cometido, e sem perda de tempo, virá a punição, traduzindo em ações o discurso da lei e mostrando que o Código, que liga as ideias, liga também as realidades. A junção imediata no texto, deve sê-lo nos atos (FOUCAULT, 2013, p. 106).

A racionalidade penal moderna “fundamenta a punição como uma obrigação ou necessidade” (Pires, 2004), no sentido de que a punição seja imposta por ser necessária (obrigatória), mas ela só pode ser imposta na medida que essa necessidade seja devidamente comprovada.

Com efeito, a fundamentação do direito de punir sofreu uma metamorfose durante o século XVIII e a primeira metade do século XIX. No período pré clássico, os saberes sobre a pena fundamentavam o direito de punir no sentido pleno da expressão: as penas aflictivas eram concebidas simplesmente como autorizadas, constituindo uma espécie de prerrogativa do Príncipe ou do Poder Judiciário, de modo que a Justiça dispunha de autorização para punir, mas também para não punir, buscando alternativas à penalidade. No quadro da racionalidade penal moderna, passa-se de um cultura de autorização para punir ilimitadamente a uma cultura da obrigação de punir limitadamente (PIRES, 2004, p. 44).

Há portanto, neste novo século que se inicia, uma nova configuração de punição nas quais as teorias modernas da pena percebem um novo cenário punitivo, por assim dizer.

Assim, as teorias clássicas da pena reduzem a fundamentação do direito de punir à obrigação ou necessidade de punir. No âmbito da teoria da dissuasão, por exemplo, Beccaria afirma que a certeza da pena é mais importante que sua severidade. Esse enunciado é frequentemente apresentado como se fosse crítico, mas reitera a necessidade (ou obrigação) pragmática e política da punição. De fato, se acreditamos que a certeza da pena aflictiva é importante para produzir dissuasão, o Estado (ou o sistema jurídico) deve punir sempre que isso for possível, sem se preocupar com outras formas de realizar a justiça. A teoria da retribuição contém a mesma concepção: Kant afirma que a pena é um imperativo categórico, isto é, haveria uma *obrigação moral de punir* (PIRES, 2004, p. 44). (grifos do autor)

Aqui, importa fazer um adendo a este trecho, no que consiste a questão da legalidade em si, termo este que pode ser verificado como a obrigação de punir, o ato pelo qual o crime previsto em lei é o que torna a punição legal, nos quais os juízes, considerando este período em questão, baseavam suas decisões neste princípio (legalidade) e proferiam os seus julgamentos, não sendo eles o detentor e criador da lei, mas sim um terceiro que arbitrava uma situação fática.

Resulta ainda, dos princípios estabelecidos precedentemente, que os juízes dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela razão mesma de que não são legisladores. Os juízes não receberam as leis como uma tradição doméstica, ou como um testamento dos nossos antepassados, que aos seus descendentes deixaria apenas a missão de obedecer. Recebem-nas da sociedade viva, ou do soberano, que é representante dessa sociedade, como depositário legítimo do resultado atual da vontade de todos (BECCARIA, 2015, p. 26).

Dito isto, é importante ressaltar que a obrigação ou necessidade de punir passa para a sociedade a segurança de que toda atividade delitativa praticada por um criminoso, será punida. E nada soava melhor para a sociedade da época, do que a *certeza* de punição de um crime.

No momento mesmo em que se fundamenta o direito de punir moderno, produz-se então um deslocamento de sentido que vai do direito como faculdade ao direito como obrigação de punir. O fato de que essa transformação tenha passado relativamente despercebida foi facilitado pela relação assimétrica entre os termos “direito” e “obrigação”, isto é, quem tem um direito não é necessariamente obrigado a fazer algo, mas quem é obrigado pelo sistema jurídico a algo, tem necessariamente o direito de fazê-lo (PIRES, 2004, p. 44).

Neste novo cenário do sistema penal, bem como as novas formas de penalidades, é preciso chamar atenção a ideia de prisão, e qual função ela desenvolve desde a ela se tornar um mecanismo que assegura todo este sistema penal citado e analisado até aqui, até o seu papel de todo modo, negativo na aplicação da pena, de forma que: “A prisão em seu todo é incompatível com toda essa técnica da pena-efeito,

da pena-representação, da pena-função geral, da pena-sinal e discurso. Ela é a escuridão, a violência e a suspeita''. Nesse sentido:

É um lugar de trevas onde o olho do cidadão não pode contar as vítimas onde conseqüentemente seu número está perdido para o exemplo...Enquanto que se, sem multiplicar os crimes, pudermos multiplicar o exemplo dos castigos, conseguimos enfim torna-los menos necessários; aliás a escuridão das prisões se torna assunto de desconfiança para os cidadãos; supõem facilmente que lá se cometem grandes injustiças...Há certamente alguma coisa que vai mal, quando a lei, que é feita para o bem da multidão, em vez de excitar eu reconhecimento, excita continuamente seus murmúrios (FOUCAULT, 2013, p.110).

Agora contudo, é possível discorrer sobre a última e não menos importante teoria moderna da pena, denominada como teoria da denunciação, que por fazer parte deste modo de pensar a pena, abriga aspectos relevantes para se compreender todo esse sistema penal que vem sendo estudado.

A denunciação consiste, e não que possa ser conceituada de maneira simples, mas para que parta de um conceito que norteie a análise da sua função, pode ser definida pelo próprio termo que a designa, é a “denúncia” do crime para o público.

De maneira que, pode-se afirmar que esta teoria, seu utiliza da fundamentação das outras duas teorias, dissuasão e retribuição, porém ela altera a sua finalidade, de maneira que:

Na tradição do common law, construiu-se uma teoria da pena sob o nome de “teoria da denunciação” (no sentido de desaprovação pública de algo), que em muitos casos é menos uma teoria do que uma finalidade, já que não há outros enunciados além daquele indicando a finalidade. Podemos vê-la também como uma teoria que se apropria dos enunciados das teorias da dissuasão ou da retribuição, mudando somente a finalidade. A ideia central dessa teoria é a seguinte: “o objetivo da pena não é tanto dissuadir ou retribuir, mas *denunciar publicamente* o comportamento em causa” (PIRES, 2004, p. 53). (grifos do autor)

Neste diapasão, é possível verificar que a teoria da denunciação seria uma divulgação do resultado efetivo da junção de todos os elementos que fizeram parte daquela pena em si, sua sanção aflitiva, bem como a norma de comportamento presente, ainda que não seja a função da denunciação que o crime não aconteça ou mesmo que o criminoso “pague” por isso, o papel dela é de divulgar isso.

4) Pelo lado do condenado, a pena é uma mecânica dos sinais, dos interesses e da duração. Mas o culpado é apenas um dos alvos do castigo. Este interessa principalmente aos outros: todos os culpados possíveis. Que esses sinais-obstáculos que são pouco a pouco gravados na representação do condenado circulem então rápida e

largamente; que sejam aceitos e redistribuídos por todos; que formem o discurso que cada um faz a todo mundo e com o qual todos se proíbem o crime – a boa moda que, nos espíritos, toma lugar do falso proveito do crime (FOUCAULT, 2013, p.104-105).

A ideia desta finalidade fica mais em torno de que, ao denunciar, estabelece-se uma comunicação, uma forma de linguagem para com a sociedade, “alguns juízes de primeira instância fizeram um uso mais correto dessa finalidade: como denunciar é um ato de linguagem e não necessariamente de repressão” (PIRES, 2004, p.53).

No entanto,

Eles aplicam essa teoria somente a casos com consequências graves e denunciam *verbalmente* (grifos do autor) o comportamento, mas não recorrem necessariamente à prisão ou a combinam com a suspensão da pena sob a forma de um *sursis*¹. Entretanto, essa prática que dissocia a denúncia da repressão não parece ter sido consagrada pelos tribunais superiores, nos quais se produziu equacionamento de intensidade da denúncia e da repressão. Nesse caso, as palavras dos juízes não contam: o que conta é a intensidade da pena infligida. Quando um profissional da justiça diz que quer “enviar uma mensagem clara, límpida e sem equívocos ao público”, pode-se esperar uma pena severa (PIRES, 2004, p. 53).

A punição, nesta teoria, tem mais uma função com a sociedade do que propriamente com o criminoso, de maneira que, é importante ressaltar que toda a estrutura das outras teorias não é alterada, este criminoso recebe a sanção afliativa baseado numa norma de comportamento, mas como já fora citado, a finalidade vai além disso, é preciso que os outros saibam que e como isso acontece.

A punição pública é a cerimônia da recodificação imediata. A lei se reforma, vem retomar um lugar ao lado do crime que a violara. O malfeitor, em compensação, é separado da sociedade. Deixa-a. Mas não naquelas festas ambíguas do Antigo Regime, em que o povo fatalmente tomava partido do crime ou da execução, mas numa cerimônia de luto. A sociedade que recuperou suas leis perdeu o cidadão que as violara. A punição pública deve manifestar essa dupla aflição: que se possa ter ignorado a lei e que um cidadão tenha que ser isolado (FOUCAULT, 2013, p. 106).

Esta ideia de denunciar o crime pode estar relacionada ao estado de vergonha que se encontra o malfeitor, diante de uma divulgação para com a sociedade, no sentido de que esta mesma sociedade, formada por cidadãos comuns que também estão a mercê de cometer algum delito, reflita antes de repetir o mesmo daquele cidadão que outrora, não pensou desta maneira.

É, pois, da maior importância punir prontamente um crime cometido, se se quiser que, no espírito grosseiro do vulgo, a pintura sedutora das vantagens de uma ação criminosa desperte imediatamente a ideia de

um castigo inevitável. Uma pena por demais retardada torna menos estreita a união dessas duas ideias: crime e castigo. Se o suplício de um acusado causa então alguma impressão, é somente como espetáculo, pois só se apresenta ao espectador quando o horror do crime, que contribui para fortificar o horror da pena, já está enfraquecido nos espíritos (BECCARIA, 2015, p. 67).

Ainda neste sentido:

Frequentemente e em momentos marcados, a presença do povo deve levar a vergonha à cabeça do culpado; e a presença do culpado no estado penoso que foi reduzido por seu crime deve dar à alma do povo uma útil instrução. [...] Bem antes de ser concebido como objeto de ciência, pensa-se no criminoso como elemento de instrução. Depois da visita de caridade para partilhar do sofrimento dos prisioneiros – o século XVII a inventara ou restabelecera - pensou-se nessas visitas de crianças que viriam aprender como a justiça da lei vem se aplicar ao crime: lição viva no museu da ordem (FOUCAULT, 2013, p. 108).

Com relação a esta teoria da pena, pode se afirmar que a questão pública tem um lugar especial para sua consolidação, de forma que a divulgação é a finalidade pela qual ela se dá, bem como:

A punição para os crimes graves deve refletir adequadamente a repulsão sentida pela grande maioria dos cidadãos a seu respeito [...]. A justificação última da punição não é a dissuasão, mas o fato de ser uma denúncia enfática de um crime pela comunidade (PIRES, 2004, p.53).

3.1.2. Direito Penal como *última ratio* – novas formas de punição.

O⁶ termo *última ratio*, oriundo do latim, significa última razão ou último recurso, ou seja, um último instrumento utilizado pelo Estado em situações de punição por condutas castigáveis, recorrendo-se apenas quando as outras áreas do direito (administrativa, civil, trabalhista, etc.) não puderem resolver o problema.

Esse conceito de *última ratio* sob o aspecto das teorias modernas da pena, pode ser definido como uma última instância, de forma que, o meio penal e a aplicação da pena aflitiva sejam as últimas opções para correção de um erro.

⁶ A presente parcela do trabalho monográfico se baseou na obra de Álvaro Pires “Racionalidade Penal Moderna”. Procurou-se a utilização de outras obras de referência sobre o assunto, a fim de evitar a utilização de outros autores para “dialogar” com essa fonte. Entretanto, não se obteve nenhum trabalho que apresentasse a mesma qualidade técnica e doutrinária para utilização, e, por essa razão, o texto mencionado se constituiu como única obra de referência. Esta advertência se justifica para afastar qualquer presunção de deficiência na pesquisa ou desídia na escolha de referências.

A punição quando considerada facultativa, só poderá ser imposta se o indivíduo estiver apto a receber esta punição, mas guarda diferença da punição obrigatória, pois tem a opção de não se efetivar. “Dessa forma, a obrigação de obedecer à norma de comportamento não está vinculada a uma obrigação de infligir sanção, e menos ainda uma sanção aflitiva, já que há outras maneiras de afirmar a norma” (Pires,2004, p.45).

Grotius acrescenta que não se faz injustiça aos culpados se eles são punidos, “mas isso não significa que todos devem ser necessariamente punidos”. Esse ponto de vista não será depois privilegiado, mas tampouco desaparecerá completamente. Del Vecchio, por exemplo, adota uma posição próxima à de Grotius, a qual também será marginalizada pela racionalidade penal moderna. Parece-me que Grotius conserva ainda a acepção jurídica do antigo princípio, só se pode reagir juridicamente ao mal com o mal se não for viável outra maneira de reagir ou fazer justiça. Mas em face da transformação moderna na fundamentação do direito de punir, e levando em conta o efeito cognitivo das teorias da retribuição e dissuasão, pode-se perguntar o que a racionalidade penal moderna terá feito com o princípio jurídico da “última instância”: qual é a (nova) concepção liberal desse princípio e para que serve ele?(PIRES, 2004, p.45).

As considerações que se tem sobre este princípio levam a crer que ele é mais político do que jurídico, de maneira que, é o sistema político, independente do momento histórico, acaba sendo o detentor do direito de punir, e podemos perceber que o sistema penal, sobretudo dos séculos XVIII e XIX, levam à risca esta ideia.

Às vezes a gente se abstém de punir um delito pouco importante quando o ofendido perdoa. É um ato de benevolência, mas um ato contrário ao bem público. Um particular pode bem não exigir a reparação do mal que se lhe fez; mas o perdão que ele concede não pode destruir a necessidade do exemplo. O direito de punir não pertence a cidadão algum em particular; pertence às leis, que são o órgão da vontade de todos. Um cidadão ofendido pode renunciar à sua porção desse direito, mas não tem nenhum poder sobre os outros (BECCARIA, 2015, p. 68).

Sob a égide deste pensamento, temos uma importante consideração à respeito:

Ora, tudo parece indicar que ele será visto pelo pensamento liberal, a partir do século XVIII, mais como um princípio político do que jurídico, isto é, como um princípio de seleção política dos eventos ou comportamentos a serem considerados maus (na lei penal) pelo legislador ordinário. Uma vez que o legislador (aplicando o não o princípio da *ultima ratio*, grifos do autor), tenha decidido que uma ação pode ser regulada pelo direito penal, este não mais precisa se preocupar com tal princípio mesmo em relação as normas de segundo grau (processo e sanção) (PIRES, 2004, p. 45).

Parece que o papel político tem um espaço maior que o papel do judiciário, o sistema penal vai ser regulado com base em decisões políticas, o legislador vai ficando cada vez mais adstrito ao governo de cada época,

Os tribunais e o saber jurídico – penal são destituídos de obrigações para com esse princípio na realização da justiça. Ele será banido, por assim dizer, das operações próprias ao sistema penal. Sua função nesse sistema torna-se assim mais retórica que decisória: ele justifica a escolha legislativa de criminalizar com penas aflictivas e conforta a identidade punitiva da racionalidade penal moderna (PIRES, 2004, p. 45).

Neste contexto, a racionalidade penal moderna se edifica como um sistema de pensamento “pré-político ou “trans-político, pois se sedimenta antes ou independentemente das visões políticas de mundo” (PIRES, 2004, p.45).

Porém, os juristas, estudiosos do direito, operadores do direito (juizes, advogados, defensores, promotores), ainda estão muito ligados a esta maneira de pensar, são saudosos as teorias da pena, sobretudo, o que diz respeito a sanção negativa, a ideia de punir por punir, sem que haja uma compreensão maior, sem que possa dar lugar a novas formas de punição, sempre voltando ao esquema de *obrigação ou necessidade* de punir.

Da mesma forma, diversos movimentos sociais progressistas ou filantrópicos (voltados à proteção de portadores de deficiências físicas, dos animais, do meio ambiente etc.) e até mesmo pensadores dotados de uma “teoria crítica” da sociedade caem nesta armadilha cognitiva que consiste em se opor ao abrandamento de penas e á adoção de sanções alternativas (não carcerárias) ou em demandar, em nome de princípios da racionalidade penal moderna (igualdade, proporcionalidade, segurança), penas aflictivas mais severas (pelo menos para categoria de crimes que lhes preocupa) (PIRES, 2004, p.46).

O efeito destas teorias modernas, do modo de pensar a pena, cai sobre os indivíduos, sobre grupos e movimentos sociais não – conservadores, de forma que, eles mesmo não percebiam o quanto estão imersos neste sistema de pensamento sobre o sistema penal, são coniventes com a ideia vaga da pena aflictiva como modo eficaz de punição, por mais que as posições políticas sejam diferentes, que o pensamento científico seja crítico ou tradicional, em relação a matéria penal, há uma crença unânime, “não manifestam diferenças empíricas coerentes e significativas” (PIRES, 2004, p.46).

As relações entre o direito penal e os direitos humanos se constroem de modo paradoxal e conflitante na racionalidade penal moderna. A pena aflictiva é frequentemente valorizada como uma “maneira forte”

de defender ou afirmar os direitos humanos. A representação da pena afliativa como necessária ou obrigatória produz então um paradoxo: certa degradação dos direitos humanos no direito penal, a afirmação de uma obrigação de punir, a resistência a outros tipos de sanções, tudo isso pode se apresentar, em diferentes graus e formas, como uma maneira de proteger os direitos humanos, enquanto um observador externo poderá ver os direitos humanos como um objetivo ou um ideal de reduzir as penas e diversificar as sanções (PIRES, 2004, p. 46).

A racionalidade penal moderna “é levada então a veicular vários enunciados teóricos visando ‘conciliar’ uma política de austeridade com os temas da justiça e do humanismo (com a humanitas)” (PIRES, 2004, p.46).

O desafio em questão diz respeito ao fato de que, é preciso diferenciar humanismo de justiça, “e repensar separadamente cada um desses conceitos em matéria penal” (PIRES, 2004, p.47). É importante ressaltar que “ser justo” não tem ligação com “ser humano”.

Voltando-se a ideia de que “o mal se sana pelo mal”, o objetivo deste humanismo não é dar aos presos felicidade, mas sim, transformá-los em pessoas melhores,

Enfim, o próprio humanismo é reinterpretado pelas teorias da pena, de modo que o próprio humanismo é reinterpretado pelas teorias da pena, de modo que nos tornamos responsáveis pela nossa tolerância (note-se: não por nossa intolerância) e favorecemos o crime quando deixamos de punir ou até quando não punimos com severidade suficiente. Em consequência, a falta não punida seria o verdadeiro tormento do verdadeiro humanista. O sentimento de humanismo com relação ao culpado e às penas afliativas seria a expressão de uma fraqueza, de um humanismo desorientado, um pseudo-humanismo: o verdadeiro humanismo estaria dirigido aos cidadãos honestos, à vítima e a à humanidade abstratamente considerada (PIRES, 2004, p.47).

Desta feita, para a racionalidade penal moderna, o direito penal não seria o defensor dos direitos humanos, porém, ao mesmo tempo, deve fazer menção a eles de forma “positiva, concreta e imediata” (PIRES, 2004, p.47).

Desse ponto de vista, os direitos humanos são em parte neutralizados como finalidades para a reforma do direito penal, pois é a este último que é designada a função de proteger os direitos humanos, ao passo que estes não devem “enfraquecer” sua própria proteção humanizando demasiadamente o direito penal (PIRES, 2004, p. 47).

3.2.O público como formador de opinião pública e o papel da população no sistema penal

Após⁷ expor de forma geral a racionalidade penal moderna, faz-se necessário expor o papel da opinião pública, concernente ao sistema penal e ao modo de punição, bem como a “juridicização do público” (PIRES, 2004, p.48), perante estes aspectos.

Nesse processo, o público começa a ser observado, descrito e percebido como um componente do sistema penal, o qual, a fim de integrá-lo, cria novos mecanismos jurídicos e teorias ou reativa mecanismos que estavam adormecidos. Trata-se de diversas formas de integração, que vão muito além do papel estrito e bem delimitado do júri ou ainda do simples papel de espectador de suplícios públicos ou de rituais judiciários, de modo que o público deixa de ser um simples destinatário da norma jurídica ou mais um aspecto do ambiente penal para se tornar um critério na construção da justiça (PIRES, 2004, p.49)

O “diálogo”, por assim dizer entre o público e o judiciário, não se basta apenas no que consiste em divulgar a pena por parte deste último e evitar cometer o crime por parte do primeiro, está “relação” vai mais além, desenvolve-se uma união, de forma que o público faz parte da punição, e o judiciário aceita esta condição.

Para precisar o alcance teórico dessa hipótese, lembremos algumas reflexões de Luhmann. Ele sublinha que o processo de democratização ocidental desencadeado no século XVIII transforma o público em um componente do sistema político nas sociedades modernas, no qual assume diversos papéis sociais: pagador de impostos, participante de resoluções, litigante, eleitor, escritor de cartas aos editoriais, membro de movimentos sociais etc. Ele desempenhará assim um papel crescente na produção legislativa, impelindo o sistema político a orientar – e a tentar controlar por esse meio - os sistema jurídico (PIRES, 2004, p.49).

Importante lembrar, que o público em questão, é delimitado. Nem todos fazem parte deste “público”. Assim como ocorre nos dias de hoje, de uma maneira diferente, é claro, o público em questão é aquele que tem acesso à informação, de modo que esse acesso seja de “questões específicas e a canais de comunicação específica” (Pires, 2004, p.49).

A noção de público deve então ser entendida, em parte, por referência a um papel social que se assume ou se constrói, isto é, “uma forma objetivada de participação do indivíduo no processo social”. Cada ator pode assumir papéis diferentes em cada circunstância: pai de família, juiz, público etc. Mas “público” é também uma representação social abstrata, construída a partir dessas manifestações fenomenais diversificadas e atomizadas ou ainda mediante pesquisas e sondagens de opinião (PIRES, 2004, p.49).

Com o passar dos anos, o papel do público não se resumiu apenas aos espetáculos do suplício e postumamente, ao da execução da pena antes das prisões, pode

⁷ Para a presente parcela do trabalho apresenta-se a mesma justificativa da escolha da fonte principal de pesquisa da nota de rodapé anterior.

se afirmar, que a partir dos anos 1960 e 70, o público começa a fazer parte do sistema penal devido as suas transformações, “por meio das operações de reprodução desse sistema” (PIRES, 2004, p.49).

O público em si, não detém o poder de punir. O sistema penal se encarrega de realizar a punição, com todos os seus devidos componentes (norma de comportamento + sanção aflictiva) e o público serve como um elemento, que vai ser controlado e anunciado no momento e hora oportuna.

Afastemos um mal entendido: o sistema penal não delega o poder de decisão ao público; é o sistema que decide se, quando e como o público se integra. Evidentemente isso sugere a existência de novos problemas nas relações entre o sistema político e o sistema jurídico-penal, pois num certo sentido desse processo produz um efeito de desdiferenciação dos sistema penal em relação ao sistema político no quadro da construção jurídica da noção de justiça. Assim, pode-se perguntar se os tribunais penais não estão em via de se tornar mais próximos do exercício da função do sistema político em alguns aspectos-chave do processo de tomada de decisões (PIRES, 2004, p. 49).

Deste modo, é possível enxergar a relação entre público, sistema penal e sistema político, como também, pode se afirmar que o sistema penal vai alterando a maneira de criar e pensar justiça quando integra esse público nas decisões. E a partir do momento que isso ocorre, o sistema de pensamento da racionalidade penal moderna, identifica que o sistema penal está por elaborar uma espécie de modo político para a resolução dos conflitos.

Se dissermos que o sistema penal está se tornando mais dependente do sistema político porque integra o “público” nas suas operações (como sistema político o faz), criaremos uma série de ambiguidades. Entre outras coisas, daremos a impressão de que o sistema político está “controlando mais” as operações dos sistema penal, o que não pode ocorrer. Na verdade, o sistema penal estaria introduzindo por sua própria conta, mediante a maneira como integra o público, um determinado estilo político – ou tarefas políticas – na sua maneira de construir o direito e a justiça (PIRES, 2004, p.50).

O sistema penal, se desenvolve de maneira autônoma em relação ao público e ao sistema político, de modo que, esta autonomia esta ligada ao fato de que ele por si só, é completo e tem competência para gerir um sistema de punições, sanções e o desenvolvimento complexo de aplicação de pena, bem como a criação de novas leis penais.

Todo o caminho percorrido pelo do direito penal, foi no viés de criar mecanismos para que pudesse exercer o seu papel com eficácia perante o judiciário e a

sociedade. De modo que, esta sociedade passa por alterações de tempos em tempos, no sentido de suas relações e situações de conflito.

As situações de conflito, englobam inúmeros aspectos sociais, econômicos e sobretudo, políticos. O sistema político se torna elementar nestas mudanças pelas quais a sociedade passa, de forma que, ele precisa trabalhar num mesmo sentido que este público, atendendo suas demandas, suas necessidades, individuais e coletivas e provendo soluções para estes conflitos.

No que tange aos conflitos sociais que resultam em situações de violência, que leva em conta inúmeros aspectos sociais, como a segurança pública, o sistema penal e toda a sua autonomia de funcionamento, acaba por aceitar e desenvolver mecanismos e leis que protejam este público, e que assegurem a resolução destes conflitos, dentre outros aspectos.

Ele o faz mudando as relações de prioridade entre as normas, criando novas situações institucionais (ou modificando as existentes) e fazendo escolhas teóricas de novas finalidades e critérios que contribuem para introduzir o político no jurídico. Isso não significa porém maior dependência do sistema político, pois é o sistema penal que produz ou valida, sempre a sua maneira, essa desdiferenciação entre direito e política nas suas próprias operações. O que não impede que algumas dessas transformações impliquem a participação (ou mesmo a iniciativa) do sistema político (por exemplo, para criar uma nova lei) – mas mesmo nesses casos devemos observar atentamente como o sistema penal reage (com a ajuda do tempo) a essas tentativas ou operações para transformá-lo (PIRES, 2004, p.51)

Contudo, o clamor social somado ao espaço da mídia e ao grande acesso desta mesma pelo público, acabou tendo um papel nas punições muito maior do que se poderia imaginar. A racionalidade penal moderna, reconhece, portanto, este papel da mídia como difusora de um sentimento de intolerância quanto aos crimes e suas sanções, percebendo que por parte do público, há uma ânsia de que a pena seja mais dura, de que o sistema seja mais perverso.

Digamos antes de tudo que – em virtude, entre outras coisas, da difusão midiática cada vez maior de várias tramas discursivas da racionalidade penal moderna – já se vinha observando uma forma de participação diferente do público no processo de criação de normas. Com efeito, algumas indicações empíricas sugerem que agora as demandas de criação de normas estão dando mais importância às normas de sanção do que o faziam antes dos anos 1950 ou 70. Em termos legislativos, estaríamos passando de uma preocupação do público fundamentalmente centrada nas normas de comportamento (proibir ou liberalizar tal comportamento) a uma preocupação ancorada cada vez mais na demanda por penas mais severas, incluindo maior restrição na liberdade condicional e nas condições de vida

carcerárias. Este (novo) problema se constrói sobretudo, mas não exclusivamente, nas relações entre o público e os governantes (PIRES, 2004,p.51).

Considerando esta mudança no papel do público em relação ao sistema penal e levando em conta que ele começa a participar de uma maneira muito mais ativa na formulação de leis e na alteração das que já existiam, é possível fazer uma reflexão, no sentido de que, este momento se caracteriza pela introdução do público nas decisões dos Tribunais.

Os Tribunais começam a pautar suas decisões, muitas vezes, com base no clamor público, de modo que fundamentam estas mesmas decisões, justificam-nas e reiteram-nas sob o argumento de que estão a “expressar a opinião do público” (PIRES, 2004, p.52), esta participação se dá de maneira direta.

Quando o Tribunal toma por si, as funções de “orientar o público, guiar a opinião pública, ou quando atualizam uma teoria da pena que foi construída tendo em vista o público” (Pires, 2004, p.52), aí ocorre uma inserção do público de maneira indireta.

Desta forma, importante utilizar-se da reflexão do autor a título de fundamentar as devidas considerações:

Ao levar em consideração o público na escolha e na gestão do remédio legal para o problema, o sistema penal passa a modificar seus critérios de decisão e seu saber sobre as penas. Como se trata de uma novidade, os tribunais penais promovem também uma discussão para determinar as condições de validade jurídica dos critérios “público” “opinião pública”, “clamor público”, “migmatização do caso concreto” no quadro das suas decisões quando à condenação, à seleção dos fatores agravantes ou atenuantes e ao tipo de pena e seu *quantum* (grifos do autor). Devemos condicionar o direitos dos acusados as penas dos condenados à opinião ou às reivindicações do público? Teria a vítima algum “direito” acerca do *quantum* de sofrimento que devemos impor ao condenado? Em vários países o sistema penal já está criando novos canais de comunicação para acolher seu público e construindo a noção de público como um personagem jurídico anônimo e difuso. A vítima parece também como um representante do público e recebe o papel de comunicar aos tribunais o seu sofrimento no momento da escolha da pena (PIRES, 2004, p.52).

Parece-me, que desde o suplício, o público que era espectador daquele teatro do horror, guardou para si, um sentimento de vingança imediato. Com o passar dos séculos, a roupagem das penas passaram por modificações, bem como a aplicação delas. As leis e normas penais foram alteradas e trocadas de lugar por novas normas. A ideia de sanção aflitiva, a grosso modo, teve uma modificação no que consiste a

ponderação como foi sendo aplicada, não se pune mais até morrer, mas há economia da pena torna o sofrimento calculável.

Porém, o público, e agora com o auxílio da mídia, nunca alterou este sentimento de punir. Esta vontade de fazer “justiça” que se confunde a “fazer vingança”. E é sob este aspecto que é importante ressaltar, que o sistema penal o público, o sistema político e a mídia, criaram uma relação que, sob o fundamento do sistema de pensar a pena, levantam três questões importantes:

Ao menos três questões cruciais se colocam aqui. Um tal modo de proceder pode permitir que o sistema penal mantenha uma forma distinta de conceber a justiça em relação aos projetos específicos do sistema político e dos movimentos sociais? Quais são as consequências dessa recepção do público se o sistema penal não modifica nem suas teorias da pena nem sua estrutura normativa telescópica atual (quem faz x pode ou deve ser punido com y)? As demandas ou teorias que implicam a imposição de um sofrimento ou limitam o princípio da *última ratio* devem ser guiadas pelo critério “público” da vítima? (PIRES, 2004, p.52).

Não é possível ter respostas exatas a respeito destas questões, elas dão um norte para o desenrolar do tema a respeito do novo sistema penal que se desenha, de forma que os movimentos sociais e o judiciário criam uma relação para com o modo de punição e seu desenvolvimento.

Parece que para os tribunais a questão não é mais saber se a severidade da pena deve ser construída a partir do público, mas se devemos distinguir entre uma preocupação do público (public concern) em relação a categorias genéricas de ofensas e uma indignação do público (public clamour) em relação a um caso particular. Os tribunais lançam-se então à descoberta do “sentimento público geral” e o consideram uma condição para obter o “respeito público à administração da justiça”, finalidade para a qual a severidade da pena parece desempenhar um papel central (PIRES, 2004, p.54).

No que tange aos movimentos sociais e aos direitos humanos relacionados aos direitos das vítimas, é possível notar que esta mudança no sistema penal aumentou a repressão, por assim dizer, de modo que:

O direito penal não transformou substancialmente nem sua estrutura normativa nem sua racionalidade, ao passo que os movimentos sociais “sem teoria” sobre o sistema penal têm mobilizado a racionalidade desse sistema e apresentado demandas para aumentar as suas operações repressivas. Isso afeta os sistemas político e penal: uma vez que este começa a aceitar o público como um componente, a selecionar o construir teorias da pena orientadas para o público e a conceitualizar as penas como um “direito” das vítimas, precisamos observar melhor o que está acontecendo aqui (PIRES, 2004, p.55).

Desta forma, para que se possa compreender a mudança no sistema penal e sobretudo no modo de criação de novas leis penais, bem como a relação do público para com o sistema político e penal, é importante entender o novo contexto histórico do sistema penal, bem como a mudança na forma de execução da pena e o papel do sistema político e do público em conformidade a estes aspectos importantes e complexos, como serão tratados no próximo capítulo.

4. A POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA - A LEI DE EXECUÇÕES PENAIS E A PRISÃO – O CONTEXTO A E IMPORTÂNCIA DAS ALTERNATIVAS PENAIS

4.1. CONTEXTO HISTÓRICO E POLÍTICO DA CRIAÇÃO DA LEP - exposição de motivos e principais aspectos da sua promulgação;

Após longo período histórico, o sistema penal e o modo de punição, passou por algumas transformações, como tratamos anteriormente. Em que pese uma periodização de alteração para esta fora de pensar sobre a pena, é possível identificar que a época nas quais estas alterações ocorreram está dentre o período de meados dos anos 70 até a 1984, com a promulgação da LEP – Lei de Execuções Penais.

Para que se possa entender a exposição de motivos da Lei de Execuções Penais de 11 de julho de 1984, é importante identificar algumas problematizações, construídas no decorrer dos séculos, sobretudo, as condições carcerárias, o papel e função das prisões, que fugiam e muito do ideal de ressocializar, termo este que não fora utilizado nos contextos históricos antigos, mas que cabe aqui citar, bem como a criação de leis penais severas que atendiam aos interesses políticos ou de classes e grupos sociais diferenciados.

Deste modo, importante citar a CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o Sistema Penitenciário que foi instalada em 1975, “sob aos auspícios de levantar os principais problemas e deficiências das prisões em caráter nacional de propor, junto a

um diagnóstico obtido, um conjunto de soluções ao Executivo acerca da questão carcerária.” (TEIXEIRA, 2006, p.62)

O trabalho de dissertação de Alessandra Teixeira, “Do Sujeito de Direito ao Estado de Exceção”, de 2006, elabora uma importante análise para este momento que antecede a criação da LEP, de modo que, a respeito desta CPI sobre o Sistema Penitenciário de 1975:

As considerações e propostas apresentadas tiveram como identificador comum, como eixo axiomático, a perspectiva da reinserção social do condenado como finalidade precípua da prisão, algo que representou um giro nas concepções que informavam o discurso oficial até aquele momento.[...] Pode-se reconhecer, nesse momento, um verdadeiro deslocamento do discurso oficial sobre a prisão. Isso porque, embora o Brasil já tivesse experimentado com a nova escola penal e suas inspirações positivistas um discurso sobre a intervenção penal centrado no *tratamento* (grifos do autor) e na *cura* do criminoso, relativizando assim o conteúdo liberal (e retributivo) dos estatutos legais em vigor, não contemplava tal perspectiva o reconhecimento de direitos dos indivíduos presos com vistas a um processo de reintegração social (TEIXEIRA, 2006, p. 62).

A respeito desta CPI, é possível perceber que os problemas do sistema penal e as problemáticas que sobre ele eram tratadas, não afastavam a ideia de que o preso deveria ser recuperado, a figura do criminoso teve um importante papel nestas apurações, por assim dizer, pois a ressocialização, sempre teve ele como objeto.

É verdade contudo, que pela análise do teor dos debates realizados na CPI, pode-se notar que o discurso da recuperação não fora abandonado por completo, sendo que o conteúdo dos depoimentos prestados à Comissão acabam muitas vezes por refletir um certo hibridismo entre ideários positivistas calcados na biotipologia do criminosos e na sua recuperação e concepções humanizadoras embasadas, sobretudo nas Regras Mínimas das Nações Unidas e na perspectiva da ressocialização do preso. A heterogeneidade poia ser encontrada, inclusive, na fala de um mesmo depoente, refletindo uma zona de indiferenciação entre tais perspectivas (TEIXEIRA, 2006, p.63).

Os direitos dos presos bem como suas necessidades foram discutidos nesta CPI, importante também expor a ideia de que a discussão sobre a ressocialização do preso teve um espaço reduzido e sua existência quanto elemento do sistema penal e função da pena, foi curta.

Desta forma, apesar de que do cenário do sistema penal que antecedia a criação da LEP levasse em conta os reais problemas deste sistema, é possível compreender que inúmeros destes problemas elencados e levados em consideração na criação da Lei de Execuções não foram e não estão sendo resolvidos até os dias atuais.

Oito anos depois de relatada a CPI do Sistema Penitenciário, eram promulgadas a Lei de Execução Penal e a reforma do Código Penal, em 1984. A história da reforma da legislação penal no Brasil foi, desde 1940, repleta de anteprojetos e projetos sancionados – que nunca chegariam a entrar em vigor – revogações e novos projetos. Essa profusão de estudos e propostas sem desfecho, em muito se deveu aos próprios rumos da política brasileira no período, alternando um breve e tumultuoso período democrático entre duas ditaduras de naturezas distintas, o Estado Novo (1937 – 1945) e o regime militar (1964 – 1985) (TEIXEIRA, 2006, p.65).

As tentativas de criação de leis, anteriores a da LEP dataram, primeiramente de 1963, “quando uma comissão integrada pelos juristas Candido Mendes, Lemos Brito e Heitor Carrilho encarregou-se de elaborar o respectivo anteprojeto de lei, não sido posto em discussão com o advento do Estado Novo” (TEIXEIRA, 2006, p.65).

Dentre outros textos elaborados, dois outros projetos foram apresentados antes da LEP, projetos estes, propostos por Oscar Stevenson e Roberto Lyra, “firmando uma posição que se manteve a partir de então, segundo a qual cabia à União legislar sobre a matéria penitenciária” (TEIXEIRA, 2006, p.65).

O Anteprojeto de **Roberto Lyra** pode ser considerado a proposição legislativa mais técnica sobre o assunto feita em nosso país. O anteprojeto previa importantes postulados como a aplicação imediata da lei penal executiva e a retroatividade para beneficiar o condenado (art. 11), aplicação da analogia (art. 12), métodos de interpretação da lei executiva (art. 13), entre outros. O autor do projeto, preocupado com a necessidade de jurisdicionalização da execução, inseriu dispositivo segundo o qual as margens do critério administrativo serão preenchidas sempre com senso da dignidade e solidariedade humanas (art. 14). [44] Assim, Lyra reuniu todos os poderes em sede de execução penal no Poder Judiciário, transformando o juízo da execução em universal, capaz de executar as sentenças em todos os seus termos e efeitos (art. 18), com competência sobre todos os presos e internados (art. 19) (ALMEIDA, 2014, np)

O último anteprojeto proposto, que antecedeu à promulgação da LEP fora a Exposição de Motivos da LEP, proposto em 1983, pelo professor e jurista Benjamin Moraes Filho ¹, e logo após, passou por uma Comissão revisadora que era composta por outros três juristas, datada de 1970.

Dessa forma, por intermédio do Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel, em 1981, foi criada uma comissão (Portaria 429, de 22.07.1981), coordenada pelo professor Francisco de Assis Toledo e composta por juristas como os Professores René Ariel Dotti, Benjamim Moraes Filho, Miguel Reale Júnior, Rogério Lauria Tucci, Ricardo Antunes Andreucci, Sergio Marcos de Moraes Pitombo e Negi Calixto, para elaboração de um anteprojeto para a Lei de Execução Penal. Em 1982, após a revisão por comissão integrada pelos professores Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti, Jason Soares Albegaria e Ricardo Antunes Andreucci e a participação dos Professores Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e Everardo Cunha Luna, o anteprojeto foi apresentado pela Comissão, transformando-se no PL 1.657, e encaminhado ao Congresso Nacional pelo Presidente da República em 29.06.1983, através da Mensagem 242, publicada no *Diário do Congresso Nacional* em 01.06.1983. Após algumas emendas na Câmara dos Deputados, tornou-se a Lei 7.210, de 11.06.1984, juntamente com a nova Parte Geral do Código Penal (Lei 7.209/1984). [50]. (ALMEIDA, 2014, np)

Ainda neste sentido, aduz Alessandra Teixeira (2006, p.65 - 66):

Já sob o último governo do regime militar, do então presidente João Batista Figueiredo, Ibrahim Abi-Ackel, agora como Ministro da Justiça, esteve novamente à frente do processo de reforma penal, não mais na figura parlamentar, mas na condição de responsável pela Constituição das Comissões que elaborariam os textos referentes ao Código Penal e à Lei de Execução Penal, aprovados em 1984. É de se registrar que tais comissões foram compostas por juristas e professores de orientação notadamente garantista, como Miguel Reale Junior, René Ariel Dotti, Sérgio Moraes Pitombo, entre outros.

Deste modo, estava criada a primeira codificação que tinha como principal objeto a matéria penal, “referida legislação além de representar por si um deslocamento na forma de tratar a questão carcerária no país, trouxe também por seu conteúdo, implicações bastante práticas para o funcionamento e o cotidiano das prisões” (TEIXEIRA, 2006, p. 69).

O preso fora reconhecido como sujeito de direitos, de modo que este reconhecimento se dava pelo princípio da jurisdicionalização da execução da pena. A legislação foi alterada e o Código Penal recepcionou esta Lei, que nascia com inúmeros objetivos, dentre eles, alterar e reformular o tratamento que o preso recebia, de modo que a ressocialização se caracterizasse de fato, como uma função da pena.

A jurisdicionalização representaria a mediação pelo sistema de justiça nas relações e situações que caracterizam o cotidiano do cumprimento da pena. Assim, para além da intervenção técnica processual nos procedimentos, por exemplo, de livramento condicional, a nova

disposição legal atribuía, durante toda a dinâmica da execução, a intervenção da justiça criminal, compreendendo ainda uma dimensão correcional à atuação dos juízes encarregados da execução penal (TEIXEIRA, 2006, p. 69-70).

Neste sentido:

Apenas com o advento da Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal, finalmente no Brasil, institucionalizou-se um modelo jurisdicional de execução penal. A Lei de Execução Penal (LEP) consolidou a ideia de uma jurisdição especializada, o Juízo da Execução Penal. De acordo com a Exposição de Motivos da LEP, o legislador procurou jurisdicionalizar a execução das penas e medidas de segurança, reconhecendo a autonomia do Direto de Execução Penal.

Segundo a doutrina, o processo de jurisdicionalização foi previsto expressamente pela Lei de Execução Penal no art. 1.º (que fixa o conteúdo jurídico da execução penal), art. 2.º (que anuncia a jurisdição e o processo), art. 66 (que detalha a competência do juiz de execução penal) e art. 194 (que determina o procedimento judicial), que objetiva tornar eficaz o princípio da legalidade, assegurando aos reclusos seus direitos fundamentais. (ALMEIDA, 2014, np)

Em relação a este período histórico como um todo, em vários países era possível perceber uma preocupação maior em relação as questões penais, estudiosos de amplas matérias estavam empenhados a criar soluções a respeito da criminalidade como um todo, a segurança pública estava entre as principais pautas das sociedades modernas que se desenvolviam e na medida em que se desenvolviam eram surpreendidas pelos mesmos medos, sobretudo, o medo do crime.

Como forma de melhor embasar os aspectos analisados neste capítulo, importei transcrições e dados do livro “Crime e Congresso Nacional” (2010), trabalho desenvolvido por Marcelo da Silveira Campos, Doutor em Sociologia pela USP.

Desta forma, aduz:

[...] foi sancionada a Lei de Execução Penal, sendo a primeira norma no Brasil a tratar da execução penal. A LEP incorporou no texto tratados e diretrizes internacionais visando a assegurar os direitos dos presos. Dentre os direitos elencados estava a necessidade de separação entre os delinquentes, assistência a ser prestada ao apenado; regulamentação do trabalho na penitenciária; entre outras medidas buscando um novo modo de tratamento e integração social dos delinquentes no Brasil (CAMPOS, 2010, p.117).

- 4.1.1. A Política Criminal Brasileira no contexto após 1984 e o estado de exceção -
A criação de leis penais e o papel do Congresso neste contexto;

Para que se possa compreender o rumo no qual este presente trabalho passa a ter neste dado momento, é preciso entender que a política criminal brasileira passa a considerar o estado de exceção e pode ser caracterizada como uma fase de frustrações, causadas pelas promessas não cumpridas da política criminal da década passada.

Menos de um ano após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o aumento da violência já era tratado no Congresso Nacional sob a exclusiva abordagem da derrogação de direitos dos acusados e presos e da intensificação do uso da prisão. Assim, no curso de pouquíssimos anos, a crença que inspirara a reforma do Código Penal e a Lei de Execução Penal no fim dos anos 70 e início dos 80, no sentido de que a prisão não deveria ser a resposta principal ao delito e que seus efeitos criminógenos eram um mal maior que deveria ser evitado, esvaeceu-se e foi sobreposta por seu completo avesso (TEIXEIRA, 2006, p.93).

De forma que, pois, “se o início dos anos 80 foi marcado pela emergência do restabelecimento da ordem democrática, trazendo consigo a promessa de universalização dos direitos fundamentais e a ampliação da cidadania, os anos 90 assinalaram a frustração das promessas não realizadas” (TEIXEIRA, 2006, p.89).

Desta forma, considera Campos (2010, p.106), que “a adoção dessa política criminal foi resultante de um conjunto de medidas de exceção permanente em matéria de política criminal e penitenciária, representou um verdadeiro ponto de inflexão em relação ao cenário dos anos 80.”

Como exemplo destas medidas, temos a Lei dos Crimes Hediondos de 1990:

Dentre as medidas, a Lei de Crimes Hediondos de 1990 teria sido o exemplo emblemático, não apenas por seu conteúdo, mas pelo processo de aprovação que marcou o “reencontro das temporalidades” da política criminal brasileira com os destinos de um contínuo fortalecimento do Estado Penal, fenômeno que ocorria já há alguns anos nos EUA, Inglaterra e em outros países da Europa (CAMPOS, 2010, p.106).

É necessário ressaltar, que as propostas e criações de leis tiveram mais lugar do que a própria discussão sobre a real situação que o sistema penal enfrentava, como por exemplo, penitenciárias superlotadas, índices elevados de reincidências, prisões que funcionavam sob condições sub humanas. De modo que:

Ao invés de debates, comissões formadas por especialistas e parlamentares para promover a discussão de medidas a serem adotadas ao tratamento da questão da violência, assistiu-se a uma onda de sucessivos projetos de lei interpostos em regime de urgência, que se apresentavam como a solução ao problema do delito a partir de um conjunto de proposições de caráter puramente repressivo e conservador, privilegiando o uso exacerbado da prisão e atribuindo ao

repertório legislativo de 84, de cunho “liberal”, a responsabilidade pelo aumento da criminalidade (TEIXEIRA, 2006, p.94).

O fato de não haver comissões especializadas para promover estas discussões necessárias, tornava tudo muito vago, quando se tratava de atribuir penas mais graves e criar novas leis incriminadoras. De modo, sem um estudo aprofundado que partisse de uma análise mais subjetiva do assunto, até mesmo os termos empregados na literatura da lei, não possuía um sentido específico, que filtrasse devidas condutas.

A inexistência de definição pelo ordenamento jurídico (ainda hoje persistente) acerca do que seria *crime hediondo* abriria desse modo, margem para seu emprego indiscriminado e a partir de referências particularíssimas, o que resultaria na manipulação ainda mais ostensiva da política criminal segundo interesses e de ocasião (TEIXEIRA, 2006, p. 94). (grifos do autor)

As leis penais criadas neste momento histórico, e tomando como exemplo a Lei de Crimes Hediondos, aumentaram o número de encarceramento consideravelmente. Baseados no regime de urgência, assim definido por ter que criar mecanismos de combate a violência de forma prática e rápida, era preciso excluir este criminoso da sociedade de bem, de modo que as propostas de leis estavam baseadas em penas mais severas com maior duração de tempo. A prisão se tornava cada vez mais o centro destes projetos, ela era utilizada de maneira exagerada e muitas vezes indiscriminada, “em contraposição ao caráter liberal do repertório legislativo de 1984, tido como o responsável pelo aumento da criminalidade” (CAMPOS, 2010, p. 107).

Para Teixeira, a Lei de Crimes Hediondos (8.072 de 1990) foi o passo inaugural desse processo e o marco simbólico de reorientação das práticas punitivas no país, mais do que um instrumento de impacto às taxas de delito. Os dois eixos definidores de tal política seriam: *urgência e exceção* (grifos do autor). Urgência no sentido de um código pelo qual a exceção soberana é acionada e em nome da qual as regras podem ser suspensas. Também seria o motivo pelo qual as regras do processo democrático foram violadas. A partir da leitura de Agamben (1998). A autora compreende que ocorreu um uso do direito para definir o que ficaria de fora (exclusão). Isso se dá através de sucessivos instrumentos legais e infralegais, e, portanto, o sistema penal e a política carcerária tornaram-se cada vez mais espaços preferenciais de exceção (CAMPOS, 2010, p.107).

Numa contrapartida, o aspecto social, no que diz respeito ao impacto do aumento da violência, aumentava, de modo que a criminalidade, sendo uma soma de fatores, nas quais estão elencados as desigualdades sociais e a falta de oportunidade por parte de uma grande parcela da população, dão ensejo para práticas delituosas, que

suprem necessidades, muitas vezes emergentes, como por exemplo a prática do roubo e furto.

De modo que, este aumento de crimes violentos, sobretudo após a década de 1980, principalmente nos grandes centros urbanos, devido a grande expansão do crime organizado, “passou a desempenhar no cenário das práticas criminosas (em especial na figura do tráfico de drogas), provocaram a difusão de sentimentos generalizados de medo, insegurança e indignação junto a população em geral” (TEIXEIRA, 2006, p. 97).

A população, baseada no sentimento de insegurança perante a criminalidade, “por sua vez, passou então a dirigir grande parte de sua fúria contra a ideia de proteção e garantia de direitos civis (dos criminosos), clamando incessantemente por maior repressão, e, na outra ponta a intensificar os padrões de segregação social no espaço da cidade” (CALDEIRA, 2003).

O sentimento de medo e revolta com a relação ao crime e ao criminoso acabou sendo apropriado e explorado com bastante eficiência pelas forças conservadoras existentes, as mesmas que haviam se sentido derrotadas em 1984 com a aprovação da legislação “liberal” daquele ano. Não precisaram assim de muito trabalho ou articulação para, em poucos meses, elaborar uma série de projetos de lei que pretendiam a revogação de boa parte da legislação anterior recém instituída, e cujo teor colidia diretamente com diversos preceitos constitucionais (TEIXEIRA, 2006, p. 97).

Este cenário, composto por uma população insatisfeita com a tutela penal, sentindo-se insegura, somado a uma política criminal que não discute a criação de leis penais, no sentido de entender e compreender a funcionalidade da pena e o papel das prisões em relação ao cumprimento desta, dá abertura para uma situação muito deficiente de soluções para problemas relacionados a criminalidade e segurança pública.

Neste contexto, o crescimento do sentimento de medo e insegurança perante o crime, relacionado com o crescimento dos índices de criminalidade, a superlotação dos presídios, rebeliões nestes e nas FEBEMs, violação de direitos humanos promovidas por grupos estatais e paraestatais, massacres, dificuldade nas reformas das instituições de administração da justiça criminal, entre outros problemas que constituem o fenômeno da criminalidade no Brasil, fez com que a preocupação com a segurança pública se exacerbasse entre os diferentes grupos e classes sociais, representando um dos maiores desafios para a consolidação da democracia política no Brasil, (CAMPOS, 2010, p.111).

A partir do momento em que os elementos elencados acima são levados em conta, é possível dizer que, as leis penais se tornaram cada vez mais duras, de modo que a ideia que se tinha sobre “o que fazer com o preso”, estava relacionada a presença

de penas mais repressivas, independente do resultado para com o aumento da criminalidade.

Essa nova prática legislativa aciona ainda de modo intenso o novo consenso sobre a necessidade do incremento do aparato repressivo como única resposta ao delito, independentemente de seus resultados práticos, ou seja, da sua eficácia à redução do crime. Desse modo, acaba por firmar uma nova orientação sobre a finalidade da prisão, em que prevalece seu caráter expressivo e puramente vingativo, enterrando por definitivo qualquer devaneio ressocializador ao cárcere, pese ter sido tal devaneio o eixo central da recém-editada e à aquele momento já senil, Lei de Execução Penal (TEIXEIRA, 2006, p.101).

Todas estas constatações, levou-se a crer, que o sistema penal brasileiro não estava suficientemente “forte” para conter todos estes problemas relacionados a criminalidade, de modo que, isto dava ao poder legislativo, sobretudo ao Congresso Nacional, o aparato de que a criação de leis mais severas, era pertinente.

No Brasil, devido à fragilidade do Estado no plano da efetivação da cidadania na sua dimensão social e civil, tinha-se a crença de que o sistema de justiça penal era central para a manutenção da ordem social, fruto da incapacidade de manter-se através dos procedimentos ordinários ou tradicionais de formação de consenso ou de socialização primária. Para Azevedo (ibid), é nesse contexto que se ampliaram as demandas por maior rigor punitivo no combate e punição dos delitos contra o sistema financeiro, contra a economia popular, contra as finanças públicas, contra os crimes hediondos, criminalidade etc (CAMPOS, 2010, p.111).

Ainda neste sentido, aduz o autor:

[...] modificou-se o poder do Estado desde a tipificação de novos delitos até o funcionamento dos órgãos policiais, passando pelos procedimentos dos órgãos oficiais de administração da justiça criminal. Os aumentos das taxas de criminalidade no Brasil em meio ao processo de democratização e o aumento da percepção pública sobre as diferentes esferas de criminalidade acarretaram uma demanda pública por resposta estatal. Para Azevedo, de um modo geral, o resultado é a crescente perda da legitimidade do sistema penal, incapaz de justificar sua seletividade e responder ao sentimento de insegurança e impunidade, que permeia grande parte da população brasileira. Nesse contexto, o sistema político reage com propostas de reforma no sistema de controle penal. Veremos a seguir as mudanças legislativas estudadas pelo autor (CAMPOS, 2010, p. 112).

As principais mudanças legislativas versaram sobre temas penais, nos quais tiveram como objetivo principal, tornar delituosas condutas que antes não eram, caracterizaria uma espécie de controle maior das atividades que prejudicavam o sistema como um todo, mas que na verdade, em sua maioria, resultou apenas no aumento do encarceramento.

Pode-se dividir as leis penais novas e as reformas penais, em temas. A primeira “tendência” (CAMPOS, 2010, p.112) seria o movimento de *expansão do direito penal* que foi composto pela criação de cinco novas leis:

1) Delitos contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo – Lei 8.137, de 1990; 2) Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078, de 1990; 3) Criminalização dos delitos ambientais – Lei 9.605, de 1998; 4) Tipificação de delitos e de discriminação racial – Lei 7.716, de 1989; 5) Dispõe sobre os crimes de lavagem e ocultação de bens e valores – Lei 9.613, de 1998.

Numa outra, tendência, encontra-se o *Processo Penal de Emergência* da legislação criminal, processo “que foge dos padrões tradicionais do sistema repressivo, pois estabelece determinados tipos criminais como graves, junto com a adoção de mecanismos e dispositivos legais para combatê-los” (CAMPOS, 2010, p.113).

Exemplos no Brasil, segundo Azevedo, de dispositivos dessa tendência: 1) *Leis de Crimes Hediondos – Lei 8.072, de 1990*; 2) *Utilização de meios operacionais (meios de prova e procedimentos investigatórios) para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas – Lei 9.034, de 1995*; 3) *Emenda à Lei de Crimes Hediondos – Homicídio Simples – Lei nº 8.930/94*; 4) *Emenda à Lei de Crimes Hediondos e ao Código Penal – Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios – Lei nº 9.677, de 1998*; 5) *Emenda à Lei de ração e de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais – Lei 9.695, de 1998* (CAMPOS, 2010, p.113).

A terceira tendência citada pelo autor, diz respeito à proteção de vítimas e testemunhas, “na qual há apenas um exemplo de lei: Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas – Lei 9.807, de 1999” (CAMPOS, 2010, p.113).

A última tendência, por assim dizer, é a “informalização ou simplificação do processo penal”, de modo que:

[...] é caracterizada pelos modelos diferenciados de informalização de justiça nos estados contemporâneos como uma estrutura menos burocrática e relativamente mais próxima do meio social em que atua, com capacidade dos disputantes de promoverem a sua defesa; menor uso da linguagem formal legal; preferências por normas substantivas e procedimentais que sejam mais flexíveis; particularistas; preferência pela mediação e conciliação entre as partes do que adjudicação de culpa; participação de não juristas como mediadores; maior abrangência de evidências e assuntos do processo; facilitação de acesso aos serviços judiciais para pessoas com recursos limitados; justiça resolutiva mais rápida com ênfase na maior imparcialidade, durabilidade e mútua concordância no resultado; senso de comunidade e estabelecimento de um controle local através da resolução judicial

de conflitos; maior relevância de sanções e medidas não coercitivas (CAMPOS, 2010, p.114).

A lei aprovada neste sentido foi: *Lei 9.099/95 – Juizados Especiais Criminais – JEC – instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, criados pela União, Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência* (CAMPOS, 2010, p.114).

Desta feita, estas foram as reformas penais tratadas pelo autor, de modo que, é possível afirmar, que as condutas nas quais antes não eram penalizadas, tornam-se atos delitivos que serão punidos pelas normas penais e sofrerão uma sanção específica.

A evidência de tal fenômeno seria a inflação de normas penais criminalizando campos da vida social que antes não eram regulados por sanções penais. Por meio do uso do direito penal como resposta para todos os tipos de conflitos e problemas sociais frente às demandas por segurança e penalização na sociedade atual, e sem qualquer relação direta com a verificação da eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito (CAMPOS, 2010, p.114).

Neste sentido, o autor faz menção a uma tendência de cunho repressivo que se baseia no movimento *law and order*, que diz respeito ao fato de que, as novas leis (áreas) dentro do controle penal, não acatou a diminuição do rigor repressivo nas “áreas tradicionalmente submetidas ao controle penal convencional, acentuando as distorções e seletividade do sistema”.(CAMPOS, 2010, p. 114).

Tal tendência acompanha a despenalização centrada na informalização da justiça. Frente ao aumento da demanda por controle penal, à debilitação dos mecanismos de controle comunitário e à perda da legitimidade do próprio sistema de controle penal formal, essas “*novas estratégias informalizantes vão procurar através de mudanças procedimentais, estabelecer uma ligação entre a justiça formal e abstrata e a demanda por uma justiça substantiva*” (2003, p. 269). Segundo Azevedo, corresponderiam, portanto, a formas organizacionais de controle mais eficazes e menos onerosas do que as oferecidas pelo sistema penal tradicional, o que permite um tratamento particularista de cada caso, ao invés da orientação pela generalidade e universalidade das normas jurídicas (CAMPOS, 2010, p. 114).

4.1.2. Alternativas Penais, o cenário legislativo e a criação da Lei de Alternativas Penais (Lei 9.714 de 1998) - A política de descentralização da prisão como única forma de punição – A tentativa de mudança do papel da pena.

A partir das considerações feitas a respeito das reformas penais após os anos 80, é possível afirmar que o papel da prisão continuava a ser o de excluir o indivíduo do convívio social, de modo que sofresse uma sanção punitiva negativa, ficando recluso durante o tempo estabelecido para o tipo penal incriminador do seu delito/crime cometido.

Porém, apesar do movimento de criação de novos tipos penais incriminadores ter norteado a reforma penal nas décadas de 80 e 90, em contrapartida, havia um movimento que tinha como intuito, despenalizar condutas, que tivessem um menor potencial ofensivo, de modo que:

Os resultados da análise da legislação penal aprovada desde 1984 a 2004 vão em duas direções: de um lado, um crescente endurecimento penal através de um direito penal de emergência que teve como resultado, a promulgação de uma série de novas leis que recrudesceram leis penais já existentes ou criaram novos tipos penais; de outro, desde a década de 80, ocorreu a introdução de medidas despenalizadoras aplicáveis a crimes considerados de menor potencial ofensivo, tendo por objetivo, por meio de alternativas penais, humanizar o sistema de penas e agilizar os procedimentos do sistema de justiça (CAMPOS, 2010, p. 115).

Este era o quadro que expressa e norteia o tema de Alternativas Penais. No que consiste a este quadro a matéria da legislação penal, segundo análise de Campos (2010), se constitua de três direções diferentes: “do recrudescimento dos tipos penais existentes em relação a legislação anterior em vigor; leis que visaram medidas alternativas ou a ampliação dos direitos dos acusados; leis que visaram novos tipos penais e a criminalização de condutas antes não tipificadas.

A configuração da legislação penal, que de um lado endurece a pena e do outro cria mecanismos para despenalizá-la torna-se complexa e de difícil compreensão no que diz respeito a Lei de Alternativas Penais, “a criminologia crítica já apontava que as alternativas penais não rompiam com a estrutura punitiva, permanecendo implicadas na lógica do encarceramento e a ela dando legitimidade” (SOUZA; AZEVEDO, 2015, 72).

O trabalho de Souza e Azevedo (2015), *Alternativas penais no Brasil após 1984 e seus efeitos: uma análise a partir de discursos sobre crime e punição*, analisa de maneira objetiva estas questões que norteiam a criação destas medidas alternativas, bem como efetivam o seu papel diante de um sistema penal tão centrado na prisão.

Para que se possa entender o porque ocorreu o aumento em demasia do número de presos, após a criação desta lei, vale lembrar que estas alternativas penais

“teriam disparado um processo de ampliação da rede penal, trazendo mais infratores para a justiça criminal e, conseqüentemente, aumentando o sistema como um todo” (SOUZA; AZEVEDO, 2015, p.72).

Fazendo um adendo, antes mesmo que seja discorrido sobre esta complexidade quanto as alternativas penais, é importante estabelecer que a legislação havia sido alterada pela LEP em 1984, na qual, a devida lei estabeleceu algumas diretrizes consonantes ao cumprimento da pena, como explica Campos (2010, p. 116):

A partir do ano de 1984, significativas mudanças foram introduzidas a fim de contemplar os princípios do novo regime democrático. A Lei 7.209, de 1984, reformou a parte geral do Código Penal. A lei procurou reformar o sistema de penas, do qual destaca a quase integral unificação das penas privativas de liberdade. Determinou-se entre outras medidas, definir a quantidade de pena, conjugando com a primariedade do condenado o uso do regime fechado, semiaberto e aberto dispostos em forma progressiva. Também estabeleceu as penas restritivas de direito, como substitutivos às penas privativas de liberdade, quando esta fosse aplicada em período inferior a um ano e se o crime fosse culposo, sem o réu ser reincidente, avaliando a conduta social e personalidade do condenado.

Para que se possa compreender quais mudanças ocorreram na legislação em si, a Lei nº 9.714 de 1998 – Lei de Alternativas Penais, na qual altera os dispositivos legais dos arts. 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 traz a seguinte disposição em seu artigo 44:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Com em pesquisas que se baseiam em levantamentos de dados à respeito das execuções penais no Brasil, Souza e Azevedo (2015, p. 72) são enfáticos:

Nas conclusões da pesquisa “Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas”, realizada no Brasil entre dezembro de 2004 e janeiro de 2006 pelo Instituto Latino – Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD/

Brasil), é afirmado que a pena alternativa, tal como prevista na legislação brasileira e aplicada pelo sistema de justiça, não implicou uma diminuição do número de pessoas presas, pois o perfil do indivíduo submetido a pena restritiva de direito, em especial se levado em conta o tipo de delito, é diverso daquele que compõe a população carcerária. Os indivíduos condenados à pena privativa de liberdade e que têm sua pena substituída por uma pena alternativa não cumpriram sua pena presos, diante da preexistência de outros institutos jurídicos que evitariam sua prisão. Além disso, apesar de a Lei 9.714/98 permitir a substituição de penas privativas de liberdade de até quatro anos, os resultados da pesquisa indicaram que na maior parte dos casos em que os juízes decidiam pela substituição da pena de prisão por pena alternativa se tratava de situações que a pena privativa de liberdade atingia um ou no máximo dois anos (SOUZA; AZEVEDO, 2015, p. 72 – 73).

É importante compreender que a aplicação da lei penal alternativa, passa pelo mesmo processo de execução de uma pena privativa de liberdade, de modo que há também nesta aplicação, o papel da política criminal referentes a cada época, não se pode dizer que a Lei de Alternativas Penais não cumpriu e nem cumpre o seu papel, ou que não vai “contra a racionalidade punitiva que centra no cárcere as suas expectativas, nada oferecendo para uma estratégia descarcerizante” (SOUZA; AZEVEDO, 2015, p.73).

Propomos que as alternativas penais sejam tomadas como instrumentos em uma luta política, elementos táticos inseridos em um jogo de forças atravessado por relações de poder-saber. Essa forma de abordagem implica que a análise não se dirija a descobrir na confusão de termos, das classificações, dos discursos sobre as alternativas penais à prisão aqueles que verdadeiramente traduzem o que se fez e o que se faz em nome da não aplicação de penas privativas de liberdade (SOUZA; AZEVEDO, 2015, p.73).

Portanto, toda vez que as alternativas penais são aplicadas “como respostas mais adequadas, ou proporcionais, a determinadas condutas, quando a relação que se busca estabelecer é a de que um certo tipo de conduta deve corresponder um certo tipo de punição diversa da prisão (Souza e Azevedo, 2015), estas alternativas se tornam parte de um *dispositivo jurídico-legal*.

De outro modo, estas alternativas penais funcionam como *dispositivos disciplinares*, quando:

[...] esse sujeito infrator/ condenado transmuta-se em um outro, o reeducando, o beneficiário, o prestador, quando já não é mais de sua infração que se trata, mas de sua recuperação, sua reintegração, sua ressocialização, quando essa prática inicialmente prevista como resposta estatal a um delito agregamos um certo tipo de vigilância específico, um monitoramento que não é de qualquer tipo, mas que

desde logo se propõe como psicossocial (SOUZA; AZEVEDO, 2015, p.74)

É importante ressaltar, que não se pode falar em trazer uma nova “solução” para o sistema penal. A ideia central se desenvolve partindo-se da aplicação de medidas mais leves para crimes mais leves. Não há que se falar na retirada da prisão do sistema penal, mesmo diante de tantos problemas de superlotação nas penitenciárias e inúmeros problemas decorrentes da violência cometida dentro destas.

A questão a ser criticada aqui, seria o porque as penas mais leves, ou mesmo, aquelas que podem ter a pena de liberdade substituída pela pena restritiva de direitos, não são frequentemente aplicadas nas execuções penais.

De todo modo, a introdução de novas racionalidades e práticas e de novos objetivos num campo já existente produz efeitos nos significados e estratégias que nele já estavam presentes. Ainda, a escolha de uma determinada estratégia ou adoção de uma certa perspectiva criminológica não é definida por sua capacidade de resolver os problemas que se pretende abordar, mas sim, por constituir tanto os problemas quanto as soluções de forma compatível com o contexto cultural e com as relações de poder nas quais estão implicadas (SOUZA; AZEVEDO, 2015, p.75).

Outro problema a ser enfrentado neste âmbito das alternativas penais, seria a ideia que, a faculdade legal, dada a execução da pena, de afastar a ideia de encarceramento como única forma de aplicar de uma pena, passa uma ideia de impunidade perante a sociedade e a política criminal em si.

Deste modo, em relação à promulgação da Lei de Alternativas Penais, em 1998, o então presidente da república Fernando Henrique Cardoso se pronunciou, após ter vetado duas penas diversas do encarceramento que haviam sido propostas, que se tratavam do recolhimento domiciliar (como alternativa penal) e da advertência, que já estavam presentes no projeto de lei original, pautando seu veto no seguintes argumentos:

A figura do “recolhimento domiciliar”, conforme a concebe o Projeto, não contém, na essência, o mínimo necessário de força punitiva, afigurando-se totalmente desprovida da capacidade de prevenir nova prática delituosa. Por isto, carente do indispensável substrato coercitivo, reputou-se contrária ao interesse público a norma do Projeto que a instituiu como pena alternativa. [...] Em paralelismo com o recolhimento domiciliar, e pelas mesmas razões, o § 1º do art.44, que permite a substituição de condenação a pena privativa de liberdade inferior a seis meses por advertência, também institui norma contrária ao interesse público, porque a admoestação verbal, por sua singeleza, igualmente carece do indispensável substrato coercitivo, necessário para operar, no grau mínimo exigido pela jurisdição penal,

como sanção alternativa à pena objeto da condenação (Presidência da República, 1998, p.37) (SOUZA; AZEVEDO, 2015, p.82).

Não é surpresa afirmar, que o sistema político é parte elementar do sistema penal, de modo que a opinião dos parlamentares e o papel do Congresso nas decisões referentes às Execuções Penais é levada em conta em diversas decisões concernentes a este sistema penal punitivo.

Contudo:

Apesar de essa associação das alternativas penais com a impunidade ser apontada tanto por órgãos do Ministério da Justiça (Coordenação Geral do Programa Fomento...,2008) quanto pelo Parlamento (Comissão Parlamentar de Inquérito..., 2009: 482), como uma das principais causas para baixa aplicação das alternativas penais, precisamos ter em mente que, ao longo da implementação dessas formas de punição diversas da prisão, esse argumento não funcionou apenas para barra-las ou justificar sua não aplicação (SOUZA; AZEVEDO, 2015, p.82).

Desta forma, o problema aqui não seria mais buscar penas alternativas à prisão, como era na década de 80, mas sim, retirar a ideia de impunidade imputada nestas alternativas penais.

Outra questão a ser exposta, é a de que há penas diferentes para diferentes sujeitos. Nem todos os sujeitos condenados, fazem jus a possibilidade de uma lei alternativa que a de prisão.

De modo que:

Mesmo quando efetivamente consideradas penas, as alternativas à prisão em nenhum momento são propostas pelos atores envolvidos na elaboração da política criminal como adequadas a todos os sujeitos condenados. A existência de sujeitos que devem continuar a ser punidos com o encarceramento, apesar da existência de alternativas à prisão, aparece reiteradamente nos discursos oficiais nas últimas três décadas. Estabelece-se um discurso sobre os sujeitos condenados que opera entre eles uma cisão: há sujeitos “perigosos”, aos quais deve ser destinada a prisão, e sujeitos “sem periculosidade”, aos quais devem ser oferecidas alternativas ao encarceramento (Souza, 2014, 84) (SOUZA E AZEVEDO, 2015, p.84).

Essa ideia de sujeitos “perigosos” e sujeitos “sem periculosidade”, está ligada a ideia funcional para a situação emergencial de alternativas à prisão no Brasil. A ativação deste modo de diferenciar os presos, se divide em dois movimentos: um lado no que diz respeito ao presos sem periculosidade, é necessário uma pena menos gravosa que retire a prisão do centro de sua execução, “ação estatal diversas do encarceramento” (Souza e Azevedo, 2015), e por outro lado, não se retira o cárcere do centro da execução

da pena, mas sim, reafirma a ideia de que somente presos perigosos vão estar destinados a ele.

“Além disso, tem um papel estratégico para a integração dessas alternativas penais no interior de um campo em que a perspectiva correccionalista ainda se encontra presente; portanto, é necessário distinguir, entre os condenados, aqueles que demandam ‘ressocialização’ (Souza, 2014:84)” (SOUZA; AZEVEDO, 2015, p.85).

Desta maneira, importante salientar que não há como falar em desencarceramento na sua totalidade, de modo que as questões abordadas até então, retratam que não fora esta a finalidade em questão.

Apesar dos inúmeros problemas existentes relacionados as prisões, levado em conta todo o seu processo histórico e político, tirar ela do sistema penal não é o foco das alternativas penais propostas a partir da década de 80. O que se percebe, é que o caminho percorrido por essas medidas alternativas, era o de tentar trazer uma solução para estes problemas do cárcere, sem que ele seja aniquilado do sistema penal, o que tem um viés bem diferente de discussão.

Deste modo, um termo pode resumir a problemática tratada ao longo deste tema de alternativas penais, denominado como “coexistência” (Souza e Azevedo, 2015), de modo que, no que tange a relação da prisão como pena e as penas alternativas à prisão, ambas devem coexistir.

De maneira clara, Souza e Azevedo, 2015, caminhando para vias de conclusão do trabalho aqui importado, aduziram desta maneira:

A relação entre a prisão e as alternativas que se propõem no seu lugar não é necessariamente de ruptura, mas também de coexistência, continuidade e funcionamento recíproco. A expansão da utilização de alternativas penais não apresenta uma relação direta com a redução na utilização da prisão, podendo inclusive ocorrer a expansão tanto do uso da prisão quanto de formas punitivas diversas a ela. Isso não permite afirmar que as penas diversas da prisão em nada contribuem para a redução da centralidade do cárcere, ou que não podem integrar a uma estratégia descarcerizante. Os efeitos produzidos pelas alternativas penais vinculam-se tanto às interações entre as diversas tendências político – criminais presentes em sua emergência e sua implementação quanto às formas de compreensão acerca do crime e do criminoso que num dado momento orientam a configuração dessas penas pelos atores do campo do controle do crime (SOUZA; AZEVEDO, 2015, p.88).

Entretanto, para que se possa melhor analisar e nortear os rumos da Lei de Alternativas Penais bem como as outras medidas alternativas no Brasil, é preciso que

haja um reconhecimento por parte do poder público, bem como o sistema penal e da política criminal, quanto ao modo de se pensar a pena.

Sem que se reconheça e trate o tema o crime, bem como as formas de colocar em prática o controle da criminalidade, é impossível caminhar para uma solução quanto aos problemas reais e emergenciais do sistema penal.

Pensando a partir de Foucault (2010: 385), as formas de conceber o crime e as práticas investidas no seu controle, enquanto modos de governo dos homens pelos homens, supõem uma certa forma de racionalidade, e os que buscam resistir contra uma forma de poder nelas presentes não podem se contentar em denunciar a violência das agências policiais ou em criticar uma instituição como a prisão. É preciso colocar em questão a própria forma de racionalidade presente nessas agências e instituições voltadas ao crime e seu controle, perguntar-se como são racionalizadas as relações de poder existentes em seus modos de funcionamento. Colocar essa racionalidade em evidência é o único modo de evitar que outras instituições que, apesar de serem colocadas como contraponto, se articulam em torno dos mesmos objetivo e produzem os mesmos efeitos tomem o seu lugar (SOUZA; AZEVEDO, 2015, p.89).

Não basta que sejam criadas novas leis e reformadas as velhas. Não basta que uma leva de medidas alternativas disputem espaço com políticas de encarceramento ferrenhas, tornando a compreensão da questão muito mais difícil. A prisão, como centro e única solução para punição, não pode mais ser tratada como verdade absoluta, e a política alternativa à prisão, não pode ser vista como modo de impunidade.

É preciso que as Leis de Alternativas Penais sejam melhores aplicadas e sob a ótica do judiciário, tenha eficácia quanto a seu papel, mas antes disso, é preciso reconhecer o sistema de pensamento moderno sobre as penas e punições, bem como a política criminal e a importância, não só de criar e melhorar sanções, mas sobretudo, entender o porque delas e o papel delas. É preciso compreender a racionalidade penal, antes de aplicar a pena.

CONCLUSÃO

Diante do trabalho exposto, e considerando as ideias tratadas, é possível afirmar que o sistema penal passou por mudanças consideráveis, de forma que, através dos períodos históricos tratados estas mudanças tiveram resultados e consequências diversas.

Referente a estes resultados e consequências, foi possível perceber que a pena se transformou conforme o tempo passava e as situações conflituosas surgiam. Num primeiro momento a pena tinha como função apenas para reproduzir sofrimento, causar dor física, psicologia e espiritual, bem como, a própria morte.

Logo após, conforme o rol dos crimes foi sendo acrescentado, as punições se moldaram a diferentes condutas delituosas, os crimes contra o patrimônio surgiram na medida em que o poder aquisitivo da população aumentava, pois aumentavam-se também os problemas sociais e as diferenças de classes .

O suplício e todo o horror cometido em épocas passadas perdia o lugar para uma nova roupagem de punições, a criação da prisão como forma de afastar o criminoso da sociedade marcou o sistema penal, o horror, por assim dizer, passava a acontecer dentro de um estabelecimento de reclusão, a sociedade agora fazia parte deste sistema de outro modo, que não aquele na qual era mera espectadora.

As políticas criminais caminhavam para punições mais duras, leis que endureciam-se de acordo com o clamor social, ou eram criadas pelo mesmo motivo, pois a população pedia por segurança pública e o Estado tomava medidas emergenciais para suprir tantas demandas.

Num sentido mais amplo, o fato dos governos não criarem comissões específicas para discutirem de forma melhor elaborada o sistema penal, tornou-se um dos maiores problemas enfrentados por este sistema.

Foi possível constatar que diante destes problemas, o maior deles fora sempre a contenção da violência por parte de políticas criminais mais severas, que só ampliaram, por assim dizer, o cenário de violência e insegurança, não criando soluções eficazes para a diminuição das condutas delituosas, muito menos ressocializar os que já estavam reclusos.

A prisão se configura como um lugar que não ressocializa, um lugar desumano, que torna o criminoso, pior do que o que era antes de adentrar-se nela. As condições sub-humanas das penitenciárias sempre foram tratadas com um olhar reduzido, os problemas relacionados a ela, parece que sempre foram deixados de lado por parte do poder público.

É possível constatar que a Lei de Execuções Penais, apesar de ter seu significativo papel, pois reconheceu o preso como sujeito de direitos, deixou a desejar pela sua eficácia, de modo que, os problemas antes dela detectados, não foram nem metade resolvidos. Com a criação de inúmeras novas leis após o período de 1984, a criminalidade aumentou consideravelmente e a segurança pública era um dos principais problemas enfrentados pelos governos da época.

Deste modo, o Congresso Nacional, ao criar as leis apenas para tentar resolver estes problemas emergenciais, acabava por aumentar a população carcerária, que já estava demasiadamente grande, gerando problemas críticos dentro destas penitenciárias, rebeliões, insatisfações diversas que tornava o clima insustentável dentro e fora delas, visto que, a violência era um problema que envolvia a população como um todo.

O clamor social se tornou um importante papel para o sistema penal, bem como para a criação destas leis, a política criminal se preocupava com os direitos humanos das famílias das vítimas, e se esquecia que estes direitos deveriam ser assegurados também aos encarcerados.

Deste modo, é possível a pena deveria ser vista com outros olhos, estudada e analisada como forma de ser aplicada com maior eficácia, que ela tivesse a finalidade de ressocializar, de dar a sociedade um retorno positivo e ao um indivíduo uma oportunidade nova para retornar a esta sociedade.

Porém, diante das teorias estudadas da pena e do modo de pensar ela, denominado como racionalidade penal moderna, foi possível perceber que as teorias da

dissuasão, retribuição e denunciação, denunciam um papel da pena pautado na sanção aflitiva, que pune o indivíduo que comete um crime, através da norma de comportamento, de modo que esta punição é afirmada no tempo em que este indivíduo passa dentro da prisão.

A pena parece voltar as suas raízes, ela não ressocializa, não torna o indivíduo melhor, ela afirma a violência exercida nas prisões, não alterando o cenário penal muito menos diminuindo a criminalidade.

Diante disto, as alternativas penais foram as medidas encontradas para que a pena privativa de liberdade, que era o único modo de punição até então, pudesse ser trocada por outras penas, alternativas a estas, de modo que ocorresse uma descentralização da prisão como única forma de punição.

Porém, ao mesmo tempo que as leis alternativas foram sendo criadas, ocorria o aumento da criminalidade e a superlotação dos presídios, dando a prisão um espaço ainda maior do que antes, de modo que estas duas situações complexas, configuravam o mesmo cenário: penas mais leves que tiravam a prisão do centro da punição, e o aumento do encarceramento por parte das criação de leis e endurecimento para leis existentes tornando-as mais severas.

Deste modo, é importante salientar que ambas situações coexistem. O intuito deste trabalho não foi escolher qual o melhor modo de punir, ou mesmo retirar da prisão o papel de punição, mas sim, demonstrar que pode-se usar de medidas alternativas para tentar melhorar este cenário defasado do sistema carcerário e penal, que foi e continua sendo um complexo sistema, com falhas e demandas ainda não supridas.

A segurança pública ainda é um dos principais problemas do nosso país, de modo que a violência e a criminalidade continuam sendo os “vilões” da sociedade.

O fato é que, para que se dê continuidade a transformação idealizada desde a promulgação da LEP, em 1984, é preciso que a política criminal repense os ditames do sistema penal com um todo, não apenas crie leis ou endureça as que já existam, mas sim, aprofundem-se nos problemas carcerários e dialoguem, partindo duma compreensão mais justa para com a situação dos presos. Que não mais retirem sua dignidade, ao tirarem sua liberdade. Que a crueldade não seja o viés das resoluções dos conflitos.

A ideia parece que sempre foi “acabar com o crime”, excluir o indivíduo do convívio da sociedade, segregá-lo para que ele aprenda, deixá-lo recluso para que ele reflita. A ideia deste trabalho foi levantar as principais questões que giram em torno

destas vontades, de forma que, é possível considerar que este modo de pensar o crime, esta distorcido de uma melhor compreensão, e longe de entender a complexidade da questão.

Em razão das próprias limitações de um trabalho acadêmico e monográfico (tempo e disposição de páginas) impossível seria apresentar em um único texto uma posição final, definitiva ou mesmo exaustiva sobre tema tão vasto e complexo. Não há, destaca-se, nenhuma pretensão nesse sentido. Espera-se, de forma singela e sem falsa modéstia, acrescentar ao universo jurídico uma reflexão que nunca é suficiente e que (por sua própria natureza) exige uma constante revisitação e reflexão à luz das mais contemporâneas realidades.

Por fim, acredita-se que para que se caminhe rumo a mudanças eficazes, é preciso uma série de atitudes, desde as medidas do poder público para discutir e repensar o sistema penal, até a compreensão por parte da sociedade a respeito da criminalidade como um todo, afinal, deixo aqui uma importante consideração a respeito: “A história da pena é a história de sua constante abolição”. Von Ihering.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Felipe Lima; Reflexões acerca do Direito de Execução Penal. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - Revista liberdades**, v. 17, de 2014. Disponível em https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/210-Artigos Acesso em 01 março de 2016.
- BARRETO, Nelson de Azevedo Paes. **O suplicio do corpo e a destruição do eu: sensibilidades diante da tortura na história recente do Brasil**. 2010. 85 f. Dissertação (Mestrado em História). Universidade Católica de Goiás. Goiânia, 2010.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. Ed. de bolso, Edipro, 2015.
- CALDEIRA, Felipe Machado. A Evolução Histórica, Filosófica e Teórica da Pena. **Revista da EMERJ**, v. 12, nº 45, 2009.
- CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Crime e Congresso Nacional – Uma análise da Política Criminal Aprovada de 1989 a 2006**. 1ª. ed IBCCRIM, São Paulo, 2006.
- CRIME e Racionalidade Penal. **PUC-RIO**. Rio de Janeiro. [2004?] Disponível em: http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12270/12270_3.PDF Acesso em: 23 de nov. 2015.
- FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir: história e violências nas prisões**. 41. ed Vozes, 2013.
- JÚNIOR, Ismael Lemes Vieira. **Análise Sobre Prisão no Ordenamento Jurídico**. 2012. Disponível em <http://www.administradores.com.br/artigos/negocios/analise-sobre-prisao-no-ordenamento-juridico/63445/> . Acesso: 05 out. 2015
- LINS E SILVA, Evandro. De Beccaria a Filippo Gramatica (uma visão global da história da pena), in **Sistema Penal para o terceiro milênio**, Rio de Janeiro: Revan, 1991. Disponível em http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/artigos/homenagem/arquivo6.pdf acesso: 15 mai. 2015.
- PINTO, Felipe Martins. A inquisição e o sistema inquisitório. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 1, p. 189-206, 2010. Disponível em: <http://www.polos.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/116/108>. Acesso em 15 out. 2015.

PIRES, ALVARO. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 68, mar. 2004, pp. 39-60. Disponível em: http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/121354/mod_resource/content/1/Pires_A%20Oracionalidade%20penal%20moderna.pdf Acesso: dez 2015

PUHL, Adilson Josemar.; SILVA, Lenilson Almeida da. Efetividade do direito humano à igualdade substancial perante a lei, sob o enfoque da seleção desigual dos destinatários do direito penal no Brasil. **Revista Videre (on line)**, v. 3, p. 111/129, 2011. Disponível em : http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/viewFile/1130/pdf_144 Acesso: 15 março 2016.

SILVA, João Carlos Carvalho da. A prisão como instituição paradigmática da sociedade de controle. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2066, 26 fev. 2009. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/12354> >. Acesso em: 1 jul. 2015.

SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de; AZEVEDO, R. G.. Alternativas penais no Brasil após 1984 e seus efeitos: uma análise a partir de discursos sobre crime e punição. **Contemporânea - Revista de Sociologia da UFSCAR**, v. 5, p. 69-92, 2015. Disponível em: <http://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/article/view/297/129>. Acesso em 11 out. 2015.