



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Direito

WILMA ZURIEL DE FARIA MASCHKE

**FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL
E A DISFUNCIONALIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

Brasília

2017

WILMA ZURIEL DE FARIA MASCHKE

**FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL
E A DISFUNCIONALIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília
Orientador: Professor Rudhra Gallina

Brasília

2017

DE FARIA MASCHKE, Wilma Zuriel.

A falência do Sistema e a Disfuncionalidade da Pena Privativa de Liberdade.

... fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientador: Professor Rudhra Gallina

WILMA ZURIEL DE FARIA MASCHKE

**FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL
E A DISFUNCIONALIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Professor Rudhra Gallina

Brasília, de de 2017.

Banca Examinadora

**Rudhra Gallina
Orientador**

Examinador

Examinador

Ao Deus Pai, meu Senhor.

Aos meus pais Egon Maschke e Elizabete Gonçalves de Faria Maschke, irmãos e sobrinhos, minha grande inspiração e esperança.

Ao Felipe.

E à todos aqueles que acreditam em um mundo mais justo e mais igual.

AGRADECIMENTOS

Que alegria em poder agradecer! O agradecimento é uma manifestação de gratidão! E como é bom poder demonstrar gratidão a tantas pessoas que estiveram comigo nesta caminhada de conhecimento e busca por uma realidade mais digna.

Primeiramente, eu gostaria de agradecer à Deus a sua imensa graça de ter entregue o seu Único Filho para morrer por amor a mim. Agradecer o seu cuidado e a sua presença constante.

Agradeço aos meus pais todo esforço exercido em prol da minha educação, o cuidado, a preocupação, a disponibilidade de estarem sempre prontos a ouvir, a confiança sempre imposta à mim, o amor incondicional. Eu os amo infinitamente!

Agradecer ao Felipe o companheirismo, o cuidado, os momentos de escuta e de troca, o carinho e o amor.

Agradeço ao professor Rudhra a orientação, o apoio, a mente brilhante e a visão incrível de me fazer vivenciar, refletir e ter insights acerca de tudo o que aqui foi escrito.

Agradeço ao professor Marcus Vinicius por me desafiar a querer sempre nadar contra à maré.

Agradeço aos meus familiares, minha vizinha, meus tios, primos, afilhados e aos amigos que sempre me apoiaram e entenderam a ausência por vezes necessária.

“O Direito a ter Direitos.”

(Hannah Arendt)

“Uma nação não pode ser julgada pela
maneira como trata seus cidadãos mais
ilustres e sim pelo tratamento dado aos
mais marginalizados: seus presos.”

(Nelson Mandela)

RESUMO

O objetivo do presente estudo foi analisar a falência institucionalizada das prisões no Brasil e a disfuncionalidade da pena privativa de liberdade. Para isso, realizou-se uma revisão de literatura sobre o tema em investigação que, além de permitir a identificação de referenciais teóricos pertinentes e proporcionar maior familiarização com o problema de pesquisa, auxiliou na discussão dos resultados deste estudo. Dessa forma, tendo como principal embasamento teórico as análises reflexivas de Michel Foucault sobre as instituições jurídicas e sobre o controle dos corpos, problematizou-se a falência institucionalizada do sistema prisional e as consequências devastadoras do encarceramento na vida daqueles que o vivenciam. Com o discurso de que criminoso é um inimigo social, surgem teorias como o Direito Penal do Inimigo, em que determinadas pessoas deixam de ser consideradas cidadãos por serem consideradas fontes de perigo e passam a ser qualificadas como inimigos sem direitos. Essa visão vem sendo imposta nas instituições penais brasileiras, pois com o aumento da violência humana, a sociedade brasileira tende a enxergar o criminoso como Inimigo. Por conseguinte, o Brasil é o terceiro país mais encarcerador do mundo. A seletividade, a repressividade e a estigmatização são características centrais do sistema penal brasileiro, onde a maioria esmagadora da população carcerária é composta por homens negros e pobres, pertencentes a determinados contextos sociais.

Palavras chave: Foucault. Poder. Direito Penal do Inimigo. Sistema prisional. Disfuncionalidade da pena.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. INSTITUIÇÕES JURÍDICAS, A VERDADE E AS SUAS FORMAS.....	13
1.1. A SOCIEDADE DISCIPLINAR.....	18
1.2 O CONTROLE DOS CORPOS - DISCIPLINA E BIOPODER.....	22
2. O DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	26
2.1. O OBJETIVO PENAL.....	31
3. A FALÊNCIA INSTITUCIONALIZADA DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO.....	41
3.1. DIÁRIO DE DETENTO.....	52
4. A DISFUNCIONALIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.....	58
4.1. O EXPERIMENTO DA PRISÃO DE STANFORD.....	62
CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS.....	70

INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende problematizar a falência institucionalizada do sistema prisional e a disfuncionalidade da pena privativa de liberdade – pena esta imposta de forma seletiva, repressiva e estigmatizante, ao passo que deixa de cumprir com as suas funções de restabelecer a configuração social anterior ao delito, por meio da prevenção geral e especial (negativa ou positiva) e se torna devastadora àqueles que a vivenciam.

Sob um olhar ampliado da criminologia, de forma que esta não seja obtusa e reducionista de uma política penal construída apenas por polícia, justiça e sistema penitenciário, é fundamental um pensamento voltado à alteridade, essa que pode ser construída lentamente por meio de medidas alternativas e Justiça Restaurativa. O caminho deste estudo passa por inúmeros referenciais teóricos, como René Girard, Friedrich Nietzsche, Michel Foucault, Günther Jakobs, Nilo Batista, Eugênio Raúl Zaffaroni e outros, que auxiliaram na compreensão de como o sistema penal se resume ao encarceramento em massa de indivíduos e reduz a política criminal à uma política penal.

O pensamento Girardiano aponta para uma transferência libidinal da violência do Estado para com os indivíduos que cometem violência, muitas vezes denominados e resumidos à “criminosos”. Por meio da imitação desejante dos conflitos e do processo mimético da violência realizado pelas Instituições jurídicas, ao passo que não controlam os indivíduos - perfazendo-os à determinados comportamentos - são engendrados ciclos de violências e conflitos.¹ O modo de mimetizar a reprodução da violência, tem sido a realidade do sistema carcerário, como condição de ter que justificar a violência - ato este injustificado. O que há é um agravamento da violência, pois os ex presos se tornam movidos pelo ódio e pelas violações de direitos que os mesmos sofreram dentro do cárcere.

Para Foucault, a sociedade moderna merece ser nomeada como sociedade disciplinar, imenso cárcere destinado a excluir, punir, separar ilegalidades, conhecer o indivíduo que foge às normas, isolar o delinquente. É a sociedade que inventou e continua a inventar aparelhos que regulam os corpos para melhor controlar as suas almas. E isso não se faz por meio de poderes maciços, usurpadores, dominadores, mas de micropoderes que vão do simples castigo até a prisão.²

¹ GIRARD, René. *Aquele por quem o escândalo vem*. São Paulo, SP: É Realizações Editora, 2011. p. 33.

² FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro, RJ: Nau Editora, 2005. p. 79.

Junto às transformações dos sistemas judiciais, surgem as ciências de exame (*examen*), as quais foram inventadas, a partir dos problemas jurídicos, judiciários e penais, para aperfeiçoar o procedimento de inquérito. Para Michel Foucault, o surgimento dessas ciências se dá quase que sem justificativa, como forma de rotular e classificar os sujeitos, pois, de fato são apenas formas de controle, de vigilância e de correção.³ Para esse controle maciço sobre os indivíduos, Foucault nomeia mecanismos de controle como formas de tecnologias de treinamento e de previdência, como a disciplina e o biopoder.⁴

Nas suas obras, Foucault ao versar sobre as relações entre as tecnologias de poder e a produção de saberes, não sugere uma teoria do poder, mas sim uma análise de certa economia de poder que passa a requerer máquinas, olhares vigilantes e normas disciplinares.⁵ Neste contexto, a prisão exerce uma função simbólica de respaldar diversas instituições (escolas, hospitais), as quais fixam os indivíduos à aparelhos de produção ou de reprodução, dentro de uma sociedade capitalista.⁶

Nesta mesma linha de análise, percebe-se uma nova definição do criminoso. O criminoso passa a ser um perturbador da sociedade, tornando-se um inimigo social.⁷ E por esse modelo de argumentação, surgem inúmeras teorias e movimentos do direito penal, uns mais radicais, como o Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs.⁸

O Direito Penal do Inimigo se fundamenta na particularidade do Direito de delimitar o âmbito das expectativas normativas de conduta. Essa teoria tem por destinatários certos indivíduos considerados fontes de perigo que devem ser privados de direitos e de garantias individuais, devido aos seus atos e anulando-se a condição de sujeito de direito do indivíduo considerado inimigo, passam a ser considerados inimigos sem direitos e não mais cidadãos. A condição de inimigo implica sua desconsideração como pessoa.

O que parecia absurdo, passa a se afirmar como prática imposta pelas instituições

³ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro, RJ: Nau Editora, 2005. p. 12.

⁴ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder: verdade e poder*. 16ª Edição. Rio de Janeiro, RJ: Edições Graal Ltda., 2001. p. 1-14.

⁵ ARAÚJO, Inês Lacerda. *Foucault e a crítica do sujeito*. 2ª. Edição. Curitiba, PR: Editora da UFPR, 2008. p. 75.

⁶ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro, RJ: Nau Editora, 2005. p. 84.

⁷ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro, RJ: Nau Editora, 2005. p. 81.

⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: Noções e críticas*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 22.

penas brasileiras, à medida que sujeitos de determinados contextos sociais, com características definidas, passam a ser vistos pela sociedade como Inimigos sociais e não mais como pessoas.

Assim, o Brasil torna-se o terceiro país mais encarcerador do mundo, que dispõe, segundo Nilo Batista, de um sistema penal seletivo, repressivo e estigmatizante.⁹ A maioria esmagadora da população carcerária brasileira, são homens negros e pobres, pertencentes a determinados contextos sociais. Estes indivíduos são encarcerados em um sistema prisional falido.

A falência institucionalizada do sistema penal brasileiro se dá por muitos aspectos que agravam um cenário já naturalmente nocivo para qualquer sujeito. A privação de higiene, da saúde e da integridade física caracterizam, quase que na totalidade, os cárceres no Brasil.¹⁰ E, os suplícios narrados nas obras de Foucault¹¹, não ficam distantes da realidade vivenciada por presos brasileiros.

O encarceramento é devastador, e a pena privativa de liberdade constitui uma tentativa de restabelecer a organização social anterior ao crime. Cabe destacar, por derradeiro, que, embora desde o Século XIX imensos e significativos esforços tenham sido realizados no sentido de se conseguir, através da pena privativa de liberdade, resultados positivos na recuperação do delinquente, em face dos seus efeitos altamente insatisfatórios, essa pena passou a ser objeto de muitas críticas. Pois, a crise manifesta das penas privativas de liberdade, além de motivar a discussão de seus caracteres mais intrínsecos, estimula o ceticismo quanto ao aspecto ressocializador, que é ineficaz.¹²

Inegável o poder destrutivo do encarceramento, percebe-se que a pena privativa de liberdade não cumpre com a sua função de prevenção geral e especial (positiva ou negativa). E conforme apresentou o experimento do Aprisionamento de Stanford¹³, o poder que o enclausuramento causa é devastador.

⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 29

¹⁰ VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. 2ª Edição. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2009.

¹¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 27ª. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

¹² PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 10ª Edição. Vol. 1. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 527.

¹³ ZIMBARDO, Philip. *O Efeito Lúcifer: Como pessoas boas se tornam más*. Tradução: Tiago Novaes Lima. 1ª Edição. Rio de Janeiro, RJ: Record, 2012. p. 32.

Assim, é necessário mudar o entendimento ou a perceptiva de que política criminal é apenas o conjunto de procedimentos repressivos através dos quais o estado reage contra o crime. O campo da política criminal tem uma amplitude enorme e não deve se resumir a uma política penal, mas deve estruturar-se como política de transformação social e institucional, para a construção da igualdade, da democracia e de modos de vida comunitário e civil mais humanos.¹⁴

Dessa forma, objetivo do presente estudo foi analisar a falência institucionalizada das prisões no Brasil e a disfuncionalidade da pena privativa de liberdade. Para tal, realizou-se uma aprofundada revisão de literatura sobre o tema em investigação que, além de permitir a identificação de referenciais teóricos pertinentes, proporcionou maior familiarização com o problema apontado - a falência dos sistemas penais e a disfuncionalidade da pena privativa de liberdade - e auxiliou na discussão dos resultados desta pesquisa.

¹⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 37.

1. INSTITUIÇÕES JURÍDICAS, A VERDADE E AS SUAS FORMAS

“Por que tanta violência ao nosso redor? Essa é a questão mais debatida atualmente e a que suscita as respostas mais desapontadoras”, de acordo com René Girard.¹⁵

No passado, as ameaças enumeradas pelos homens que pesavam sobre a humanidade, entre as mais temíveis estavam o destino, os deuses, a natureza, animais ditos ferozes e até grandes monstros ou seres imagináveis, o que ocorre nos dias atuais, porém; é o medo eminente da violência humana. E essa verdade se torna cada dia mais evidente, pois todos os dias a violência aumenta.¹⁶

Para Girard, de todas as ameaças que pesam sobre a humanidade, a mais temível, não é necessariamente a violência do homem-outro, mas sim a violência de nós mesmos. Para ele, essa é a única real. O que faz todo sentido, pois a nossa violência também aumenta diariamente. Ao ponto, que a sociedade é inserida em ciclos de violência, tornando-se refém de práticas violentas e de comportamentos arraigados de insegurança, medo e formas de “defesa”.

A violência parece estar presa num processo de escalada que lembra a propagação do fogo em um incêndio, ou de uma epidemia. As grandes imagens míticas ressurgem como se a violência tivesse encontrado uma forma muito antiga e um pouco misteriosa.

É como um turbilhão no seio do qual as violências mais violentas se encontram e se confundem. Há violências familiares e escolares, as de que se tornam culpados os adolescentes que massacram seus colegas, e há as violências visíveis no mundo inteiro, o terrorismo sem limites e sem fronteiras, e as guerras, por exemplo. Este último se entrega a uma verdadeira guerra de extermínio contra as populações civis. Parece que a humanidade está indo em direção à um encontro planetário dela com sua própria violência.

De acordo com René Girard:

“Há duas grandes aproximações modernas à violência. A primeira é política e filosófica, ela considera o homem naturalmente bom e atribui tudo o que contradiz esse postulado às imperfeições da sociedade, à opressão das classes populares pelas classes dirigentes. A segunda é biológica. No seio da vida animal, que é naturalmente pacífica, apenas a espécie humana é verdadeiramente capaz de violência. Freud falava de uma pulsão de morte.

¹⁵ GIRARD, René. *Aquele por quem o escândalo vem*. São Paulo, SP: É Realizações Editora, 2011. p. 31.

¹⁶ *IBIDEM*. p. 31.

Atualmente, procuram-se os genes da agressividade”.¹⁷

Ainda, para o autor

“Os homens estão expostos a um contágio violento que desemboca, frequentemente, em ciclos de vingança, em violências em cadeia evidentemente semelhantes porque todas se imitam. É por isso que digo: o verdadeiro segredo do conflito e da violência é a imitação desejante, o desejo mimético e as rivalidades ferozes que ele engendra.”¹⁸

Assim, ao se observar o homem, percebe-se rapidamente que o desejo mimético (ou para ele imitação desejante) controla os seus comportamentos mais simples e até os mais complexos, dos seus gestos mais ínfimos até os mais essenciais de sua vida. “O que se chama desejo ou paixão não é mimético, imitativo acidentalmente ou apenas de vez em quando, mas o tempo todo. Longe de ser o que há de mais nosso, nosso desejo vem do outro. Ele é eminentemente social...”¹⁹

Assim, compreender o significado de mimetismo - semelhança que certos seres vivos tomam, ora com o meio em que habitam, ora com as espécies mais protegidas, ora ainda com as espécies à custa das quais vivem; processo de imitação - é essencial para se ter um direcionamento ao pensamento girardiano acerca da imitação desejante, que para ele, é o segredo dos conflitos e da violência. Talvez, seja neste sentido que a humanidade se permitiu enganar os seus instintos assassinos, criar uma economia da violência, e, com isso, a perpetuação de sua espécie.

“Quando um imitador se esforça por arrancar de seu modelo o objeto de ser desejo comum, o modelo resiste, evidentemente, e o desejo se torna mais intenso de ambos os lados. O modelo torna-se o imitador de seu imitador, e vice-versa. Todos os papéis se trocam e se refletem numa dupla imitação cada vez mais perfeita, que uniformiza cada vez mais os antagonistas.”²⁰

E isso é uma realidade percebida no contexto das Instituições jurídicas, ao passo que não consegue controlar os indivíduos - perfazendo-os à determinados comportamentos - engendram ciclos de violências e conflitos, deslocando-se, assim, o seu investimento libidinal.

¹⁷ GIRARD, René. *Aquele por quem o escândalo vem*. São Paulo, SP: É Realizações Editora, 2011. p. 33.

¹⁸ *IBIDEM*. p. 40.

¹⁹ *IBIDEM*. p. 34.

²⁰ *IBIDEM*. p. 35.

Por meio de uma analogia, percebe-se que as Instituições Jurídicas (Estado) por não conseguir controlar os indivíduos - pessoas que cometem infrações, delitos penais, crimes diversos - desloca-se o seu investimento libidinal para poder realizar a mesma violência contra esses indivíduos, muitas vezes denominados e resumidos à “criminosos”. Pega-se a violência do outro para ser violento. Engendrando ciclos de violências, definidos por Girard.

“Não é a diferença que domina tudo, mas sim seu aniquilamento pela própria reciprocidade mimética, que é verdadeiramente universal e que desmente o relativismo ilusório da sempiterna diferença. A reciprocidade já está presente no começo de qualquer cultura e nela está sempre presente depois, ressurgindo em sua forma nefasta, violenta, para dar fim à existência dessas mesmas culturas. Em outras palavras, a violência, a vingança recíproca sempre fazem as culturas perecíveis recair no caos de onde saíram.”²¹

Além disso,

“Os moralistas recomendam a todos evitar a violência, naturalmente, mas somente na medida do possível. Eles nos autorizam, pois, ao menos de maneira tácita, a responder às provocações evidentes mediante a contraviolência comedida e que sempre nos parece justificada, legítima. Eles não se interrogam seriamente sobre a legitimidade de sua ‘legítima defesa’.”²²

Porém, para René Girard fica claro que a violência está em cada um tanto quanto ao redor de todos.

“Essa cegueira para o mimético deixa a porta escancarada para a escalada de violência. Como se espantar de que as morais comuns nunca tenham modificado nada do regime habitual da violência? Elas compartilham as ilusões habituais a esse respeito. É exatamente por isso que nos aprazem. Elas nos tranquilizam acerca de nossa inocência e justificam nossas nobres lamúrias sobre a violência universal sem nunca nos inspirar a menor dúvida a respeito de nós mesmos, sem nunca nos sugerir que nós mesmos, em nossa modesta medida, poderíamos perfeitamente contribuir para a universalidade dos fenômenos que deploramos.”²³

Já para Nietzsche, todos os homens são capazes das maiores atrocidades, basta que eles sejam autorizados a isso, tenham poder para tanto ou encontrem as circunstâncias propícias para elas.²⁴

Em outras palavras, todos os homens têm dentro de si impulsos e afecções

²¹ GIRARD, René. *Aquele por quem o escândalo vem*. São Paulo, SP: É Realizações Editora, 2011. p. 49.

²² *IBIDEM*. p. 55.

²³ *IBIDEM*. p. 55.

²⁴ NIETZSCHE, Friedrich. *Escritos sobre Direito*. São Paulo, SP: Edições Loyola, 2009. p. 28.

capazes de levá-los ao crime, que segundo Nietzsche só não cometem por medo. E aqui cabe uma reflexão maior e bem mais abrangente acerca do que realmente se torna um impeditivo para a prática de condutas criminosas. Pois, percebe-se que não apenas o medo é capaz de impedir infrações penais, pois se assim o fosse, países em que muito aplica-se o direito penal e penas severas seriam os de menor índices criminais, o que não é verdade.

Não obstante, o que realmente acontece, é que países que reinserem pessoas em conflito com a lei à sociedade, menos direito penal, são os de menor índice de criminalidade.

De acordo com a Psicologia Social e os estudos sobre o experimento de aprisionamento de Stanford, o medo, talvez, não seja o único nem o mais eficiente meio de prevenir práticas criminosas.

Para Nietzsche, as regras de direito são determinadas pela conveniência dos mais fortes, e só há direitos iguais para forças iguais.²⁵

“Portanto, é ilusória também a consciência de liberdade do homem moderno, é falsa a afirmação de que existem direitos naturais do homem, é falso que eles sejam iguais, é falsa enfim a sua crença na dignidade do homem e do trabalho, crença que é, nas palavras de Nietzsche, o grito de guerra dos escravos. Por outro lado, quanto ao Estado, é falso o argumento liberal de que ele tem origem num contrato construído por homens livres e iguais, pois a crueldade e a dissimetria das forças estão na origem do poder e a violência está na origem da sociedade e do direito.”²⁶

Nesse sentido, foi originariamente a violência dos poderosos que propiciou inclusive o instinto de liberdade dos subjugados.

Dessa forma, indiscutível é a presença da violência humana no decorrer da história da humanidade, e conjuntamente com ela surgiu as instituições e suas formas de poder, como, por exemplo, a justiça penal com um discurso de proteção, correção e de verdade, e como consequência, o que Foucault define como uma sociedade disciplinar.

Por sociedade disciplinar compreende-se um imenso cárcere destinado a excluir, punir, separar ilegalidades, conhecer o indivíduo que foge às normas, isolar o delinquente. É a sociedade que inventou e continua a inventar aparelhos que regulam os corpos para melhor controlar as suas almas. E isso não se faz por meio de poderes maciços, usurpadores, dominadores, mas de micropoderes que vão do simples castigo até a prisão. Esses

²⁵ NIETZSCHE, Friedrich. *Escritos sobre Direito*. São Paulo, SP: Edições Loyola, 2009. p. 18.

²⁶ *IBIDEM*. p. 13.

micropoderes, longe de abolirem os macropoderes, dão sustentação a eles e multiplicam seus efeitos.

“Na avaliação de Nietzsche, a sociedade moderna vive uma contradição inegável, porque, ao mesmo tempo em que ela diz promover o individualismo, é o próprio indivíduo que nela se apaga e é ainda a gregaridade do rebanho que se impõe cada vez mais profundamente. As regras igualitárias que dominam as relações sociais na era moderna eliminam e tentam solapar a possibilidade de afirmação do indivíduo: as sociedades modernas, com os seus códigos penais, por exemplo, criminalizam as exceções e inculcam nelas a má-consciência.”²⁷

Segundo Inês Lacerda de Araújo, o enfoque genealógico de Foucault na obra *Vigiar e punir* permite um ensaio de uma crítica política da sociedade moderna. Para ela, “Foucault vê a violência nas ‘disciplinas’, ‘disciplina’ não é uma instituição, nem um aparelho nem aquilo que entendia por conjunto regulares de saber.”²⁸

Reforçando a definição de disciplina levantada por Foucault, em *A arqueologia do saber*: disciplina “[...] é um tipo de modalidade para exercê-lo [poder] comportando todo um conjunto de instrumentos, técnicas, procedimentos, níveis de aplicação, alvos; é uma ‘física’ ou uma ‘anatomia’ do poder, uma tecnologia.”²⁹

Para a autora,

“O que temos é um filósofo preocupado com o problema da individualização, da normalização, da disciplinarização e da formação simultânea de saberes e poderes controladores cujo resultado é o homem cognoscível pela medicina, pela psicologia. Técnicas punitivas, mecanismos e dispositivos reguladores e controladores nas escolas, prisões, fábricas, quartéis e hospitais produziram a sociedade disciplinar.”³⁰

Assim, a existência de uma minoria delinquente, longe de ser a medida retumbante de um fracasso, é muito importante para a estrutura do poder da classe dominante. E, Foucault, ao versar sobre as relações entre as tecnologias de poder e a produção de saberes, não sugere uma teoria do poder, mas sim uma análise de certa economia de poder, que, no século XVIII, requeria máquinas, olhares vigilantes, normas disciplinares.

Para isso, conforme Inês Lacerda de Araújo,

²⁷ NIETZSCHE, Friedrich. *Escritos sobre Direito*. São Paulo, SP: Edições Loyola, 2009. p. 22.

²⁸ ARAÚJO, Inês Lacerda. *Foucault e a crítica do sujeito*. 2ª. Edição. Curitiba, PR: Editora da UFPR, 2008. p. 74.

²⁹ FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. 1994 **apud** ARAÚJO, Inês Lacerda. *Foucault e a crítica do sujeito*. 2ª. Edição. Curitiba, PR: Editora da UFPR, 2008. p. 74.

³⁰ ARAÚJO, Inês Lacerda. *Foucault e a crítica do sujeito*. 2ª. Edição. Curitiba, PR: Editora da UFPR, 2008. p. 73.

“ele foi guiado por pressupostos teóricos de que a punição não é só uma sanção derivada da repressão, mas tem uma função social; a punição não provém só das regras do direito, mas é um entre outros procedimentos de poder existentes em táticas políticas; o corpo passou a ser sujeitado a espaços e técnicas disciplinares que permitiram ‘dar nascimento ao homem como objeto de saber para um discurso com estatuto científico’.”³¹

Por fim,

“o poder que existe na normalização, na punição, no adestramento dos corpos não é de natureza jurídica nem pertence às instâncias institucionais; é antes uma estratégia de localização, trama de relações, batalha perpétua, efeito das posições e estratégias da classe dominante e não algo que ela conserva ou possui: em vez de desapossar, apóia-se nos despossuídos; não está no Estado, no topo, mas sim espalhado; não é algo a ser possuído e represado, mas algo que produz efeitos disseminados.”³²

1.1. A sociedade disciplinar

De acordo com Foucault, a sociedade contemporânea merece o nome de sociedade disciplinar por oposição às sociedades propriamente penais conhecidas anteriormente, é a sociedade do controle social.

A formação desta sociedade disciplinar pode ser caracterizada devido a reforma e a reorganização do sistema judiciário e penal nos diferentes países do mundo, claro que com algumas diferenças na forma e na amplitude, no período do final do Século XVIII e início do Século XIX.³³

Junto à essas transformações dos sistemas judiciais, surge também o que Foucault nomeia como técnicas de *exame* (*examen*), as quais foram inventadas, a partir dos problemas jurídicos, judiciários, penais, para aperfeiçoar o procedimento de inquérito.

O inquérito surgiu em meados da Idade Média como meio de investigação da verdade dentro da ordem jurídica existente, para se obter informações acerca de um fato, quem o cometeu, em que circunstâncias e em qual momento, por exemplo. Já o *exame* possibilita um controle ainda maior sobre os indivíduos, ele nasce em ligação direta e em decorrência da formação dos controles políticos e sociais, no momento da formação da sociedade capitalista.³⁴

³¹ ARAÚJO, Inês Lacerda. *Foucault e a crítica do sujeito*. 2ª. Edição. Curitiba, PR: Editora da UFPR, 2008. p. 75.

³² *IBIDEM*. p. 75.

³³ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro, RJ: Nau Editora, 2005. p. 79.

³⁴ *IBIDEM*. p. 12.

As Ciências do *Exame* surgem para rotular, para classificar os sujeitos, e tal forma de análise originou à Sociologia, à Criminologia, à Psicanálise. E estas teorias surgem para justificar as políticas criminais, que na verdade não tem justificativa nenhuma do ponto de vista da análise de Foucault, uma vez que, de fato, são formas de controle, de vigilância e de correção.

E a socialização é vista desta forma, pois o que é socializar alguém, o que é civilizar alguém? O que se tem feito é fixar essas pessoas a modelos à medida que elas se anulam para que possam realizar o que o sistema diz que elas devem e é correto fazerem. Pois o que se espera é que elas sejam eficientes, para alimentar um sistema que precisa ser alimentado - o Capitalismo - para que não haja um rompimento do Contrato social definido por Rousseau.

E essas transformações dos sistemas penais se fundamentam em uma reelaboração teórica da lei penal, que de acordo com Foucault, pode ser encontrada em diversos autores, como Beccaria, Bentham e em legisladores mundo à fora. Importante é compreender que o princípio fundamental da teoria da lei penal definida por esses autores, é que o crime - infração penal - não deve ter mais nenhuma relação com a falta moral ou religiosa imposta ideologicamente. O crime ou a infração penal é a ruptura com a lei, lei civil explicitamente estabelecida no interior de uma sociedade pelo lado legislativo do poder político.³⁵

Dessa forma, estes autores entendem que a lei penal deve simplesmente representar o que é útil para a sociedade. A lei passa a definir como reprovável o que é nocivo ao meio social. “O crime não é algo aparentado com o pecado e com a falta; é algo que danifica a sociedade; é um dano social, uma perturbação, um incômodo para toda a sociedade.”³⁶

O que acontece, porém, é que se a lei define como repreensível o que é nocivo à sociedade, se o crime é um dano social, como as instituições jurídicas devem tratar esse criminoso, ou como a lei penal deve reagir aos crimes? Essas dúvidas são suscitadas quando se analisa as instituições jurídicas, a verdade e suas formas, e a sua aplicação prática.

Para estes autores e teóricos puros, como por exemplo Beccaria, surgem teorias possíveis para a punição, que se resumem à deportação, ao trabalho forçado, vergonha,

³⁵ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro, RJ: Nau Editora, 2005. p. 80.

³⁶ *IBIDEM*. p. 81.

escândalo público e pena de talião.³⁷ Neste ponto, percebe-se que já havia um grande avanço na forma de organização da penalidade - centrada até então na infração penal.

Porém, tendo em vista, pós revolução industrial, que os movimentos de revoltas dos operários, o crescimento demográfico fez com que os burgueses tivessem que colocar pessoas em jaulas, e se necessário apartar indivíduos do seu convívio de origem, na tentativa de silenciar a sua subjetividade, para agora ser socializado. E socializá-lo revela estar em uma sociedade que irá tratá-lo como mais um - como mais um aluno, como mais um preso, como mais um doente mental.

“[...] percebemos que o sistema de penalidades adotado pelas sociedades industriais em vias de formação, em vias de desenvolvimento, foi inteiramente diferente do que tinha sido projetado alguns anos antes. Não que a prática tenha desmentido a teoria, porém ela se desviou rapidamente dos princípios teóricos que encontramos em Beccaria e Bentham.”³⁸

Isto posto, fica evidente que “a prisão não pertence ao projeto teórico da reforma da penalidade do século XVIII. Surge no início do século XIX, como instituição de fato, quase sem justificção teórica.”³⁹

Dado que é impossível negar a nocividade do sistema prisional à sociedade e as suas consequências desastrosas. Conforme afirma Foucault, “a lei penal deve reparar o mal ou impedir que males semelhantes possam ser cometidos contra o corpo social”⁴⁰, o que não é percebido na prática judiciária.

Assim, percebe-se que a prisão exerce uma função simbólica de respaldar diversas instituições (escolas, hospitais), as quais fixam os indivíduos à aparelhos de produção ou de reprodução, dentro de uma sociedade capitalista. A sociedade capitalista que cria instituições que fixam os indivíduos, como indivíduos - como quem diz a norma agora, ela se abate sobre o indivíduo, não é mais sobre o seu comportamento. E, a legislação penal não procurará mais visar ao que é socialmente útil, mas, pelo contrário, procurará ajustar-se ao indivíduo.⁴¹

Um exemplo dessa constatação seria a pessoa que infringiu a lei ter que pagar

³⁷ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro, RJ: Nau Editora, 2005. p. 83.

³⁸ *IBIDEM*. p. 83.

³⁹ *IBIDEM*. p. 84.

⁴⁰ *IBIDEM*. p. 82.

⁴¹ *IBIDEM*. p. 84.

pelo o que ela fez, simplesmente porquê infringiu a lei, dando um poder de normatização ao Estado. Assim, a norma passa a fazer parte do processo corretivo, e se instaura em vários âmbitos institucionais, como na escola, por exemplo. A criança passa a ir para escola para ser corrigida, pois ela precisa ser domesticada. E a conclusão a que se chega é que estar vivendo em sociedade é estar vivendo em instituições que te sequestram. Esta denominação é utilizada pelo fato de individualizar o sujeito e usar técnicas disciplinares para docilizá-lo.

“[...] a polícia para a vigilância, as instituições psicológicas, psiquiátricas, criminológicas, médicas, pedagógicas para a correção. É assim que, no século XIX, desenvolve-se, em torno da instituição judiciária e para lhe permitir assumir a função de controle dos indivíduos ao nível de sua periculosidade, uma gigantesca série de instituições que vão enquadrar os indivíduos ao longo de sua existência; instituições pedagógicas como a escola, psicológicas ou psiquiátricas como o hospital, o asilo, a polícia, etc. Toda essa rede de um poder que não é judiciário deve desempenhar uma das funções que a justiça se atribui neste momento: função não mais de punir as infrações dos indivíduos, mas de corrigir sua virtualidades.”⁴²

Além disso, essas ciências de exame são engendradas por relações de poder, que agora são organizadas pelas instituições jurídicas. E as teorias penais, como um todo, são alienadas desta compreensão de que no fundo se criam lugares para que as pessoas possam ser controladas, pois, é por meio de uma descontração de saberes que se criam estigmas.

No texto *Omnes et singulatim: uma crítica da razão política*, Foucault destaca que a arte de governar do Estado utilizou-se de técnicas próprias, como a polícia, que deveria velar pela preservação da vida sob a lógica de fazer viver e deixar morrer, numa razão inversa à máxima soberana de deixar viver e fazer morrer. “Em suma, a vida é objeto da polícia: o indispensável, o útil e o supérfluo. Cabe à polícia permitir aos homens sobreviver, viver e fazer melhor ainda”. Esse melhor estaria relacionado “à maior felicidade da qual ele [o homem] possa gozar nesta vida”.⁴³

É de Jeremy Bentham, filósofo e jurista do século XVIII, a equação: felicidade é igual a prazer menos dor. No alvorecer da racionalidade liberal, portanto, investia-se numa ação econômica do Estado voltada para a suposta busca racional da felicidade e para a garantia da liberdade, salvaguardando a vida e a propriedade do indivíduo em nome de sua

⁴² FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro, RJ: Nau Editora, 2005. p. 86.

⁴³ “Omnes et singulatim”: uma crítica da razão política. In: DREYFUS, Hubert; RABINOW, Paul. *Estratégia, poder- saber*. Organização e seleção de textos, Manuel Barros de Motta; tradução de Vera Lúcia Avellar Ribeiro. 2ª. Edição. Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária, 2006a. p. 381.

satisfação pessoal. A liberdade, contudo, não garantiria sozinha a felicidade, mas dependeria da vontade do indivíduo.

Sob a lógica de que governar menos é governar mais, convive-se em um estado permanente de polícia em que o índice de arbitrariedades é imenso, dando lugar para que instituições ditem formas e verdades de convívio social – da educação, da família, da empresa, do Estado. Instigados a buscá-la em todos os locais de sua existência, os indivíduos são levados a reeditar cotidianamente a retórica institucional.

Por fim, cabe destacar que o Estado age por meio de políticas de intervenção diversas (na segurança, na moralidade, na saúde, na educação, na economia, na assistência social etc.), mas a responsabilização pela conquista (ou não) da felicidade, e de ser ou não ser um “criminoso”, apesar de tutelada, é de caráter exclusivamente individual.

“Com efeito, a legislação penal, desde o início do século XIX e de forma cada vez mais rápida e acelerada durante todo o século, vai ser desviar do que podemos chamar a utilidade social; ela não procurará mais visar ao que é socialmente útil, mas, pelo contrário, procurará ajustar-se ao indivíduo.”⁴⁴

“A noção de periculosidade significa que o indivíduo deve ser considerado pela sociedade ao nível de suas virtualidades e não ao nível de seus atos; não ao nível das infrações efetivas a uma lei efetiva, mas das virtualidades de comportamento que elas representam.”⁴⁵

Destarte, a penalidade do século XIX passa a ser um controle, não tanto sobre o que fizeram os indivíduos, mas ao nível do que podem fazer, do que as instituições acham que eles são capazes de fazer ou estão na iminência de fazer.

1.2 O controle dos corpos - disciplina e biopoder

Conjuntamente com a sociedade do controle social, manifesta-se uma necessidade de controlar não só os indivíduos, mas os seus corpos também. Assim, ao lado do poder disciplinar, surgirá no final do século XVIII um tipo de poder que será nominado por Foucault de biopoder. O controle da norma sob os corpos dos indivíduos.

A disciplina, para Foucault, é uma tecnologia de treinamento, uma acomodação

⁴⁴ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro, RJ: Nau Editora, 2005. p. 84.

⁴⁵ *IBIDEM*. p. 85.

dos mecanismos de poder sobre os corpos dos indivíduos. Processo, este, realizado por meio das instituições sociais: família, escola, quartel, indústria, convento, e aqueles que escapam a estes, o hospício, asilo ou a prisão. Já, o biopoder, é uma tecnologia de previdência. Uma preocupação e tentativa de dar conta da população e de seus processos de vida, como o nascimento, a morte, a doença. É uma forma de procurar um “equilíbrio” global da massa humana.⁴⁶

“Dizer que o poder, no século XIX, tomou posse da vida, dizer pelo menos que o poder, no século XIX, incumbiu-se da vida, é dizer que ele conseguiu cobrir toda a superfície que se estende do orgânico ao biológico, do corpo à população, mediante o jogo duplo das tecnologias da disciplina, de uma parte, e das tecnologias da regulamentação (biopoder), de outra.”⁴⁷

Indispensável torna-se, assim, a reflexão acerca de como essa articulação do biopoder, da disciplina e suas tecnologias e, por fim, das instituições de poder em suas relações com a vida, possibilitam um controle efetivo sobre as pessoas. Além disso, compreender como as tecnologias de controle passam a ser eficazes é fundamental.

Neste sentido, Foucault analisa a criação de Bentham, que para o autor “foi ele que programou, definiu e descreveu de maneira mais precisa as formas de poder em que vivemos e apresentou um maravilhoso e célebre pequeno modelo desta sociedade da ortopedia generalizada: o famoso *Panopticon*.”⁴⁸

O panóptico é uma medida que automatiza o poder, possibilitando uma sensação consciente de uma vigilância permanente: uma arquitetura que cria e mantém uma relação de poder, que não mais depende daquele que o exerce. É “uma forma de arquitetura que permite um tipo de poder do espírito sobre o espírito; uma espécie de instituição que deve valer para escolas, hospitais, prisões, casas de correção, hospícios, fábricas, etc.”⁴⁹ Para Bentham, esta modesta, porém espetacular estratégia da arquitetura seria utilizada por inúmeras instituições. Sendo, portanto, para Foucault uma forma de poder que repousa sobre as ciências de exame,

⁴⁶ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder: verdade e poder*. 16ª Edição. Rio de Janeiro, RJ: Edições Graal Ltda., 2001. p. 1-14.

⁴⁷ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France*. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2002. p. 302.

⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro, RJ: Nau Editora, 2005. p. 86.

⁴⁹ *IBIDEM*. p. 87.

não mais sobre o inquirido, mas sobre a constante vigilância.⁵⁰

O controle social-penal também passa a ser exercido por essas tecnologias de controle por meio das instituições jurídicas, e ele permeia as fases da criminalização - criminalização primária, secundária e terciária, que se inicia pelo poder legislativo; em seguida perpassa os poderes de atuação das instituições policiais, judiciárias e pelo Ministério Público; e por fim pelo sistema penitenciário - que na visão criminológica proporciona estigmatização dos indivíduos rotulados como criminosos, imputando-lhes efeitos devastadores.

Esse processo de estigmatização/rotulação alcança outros contextos sociais e a sua capacidade de influenciar e definir a sistemática criminalizadora de condutas e agentes, engendrando um controle penal vinculado à determinados contextos de controle social, é muito eficaz.

O que se percebe é que na verdade, a “clientela” do direito penal é “filtrada”, antecipadamente escolhida, por um complexo mecanismo de seleções que vai desde a criação de normas penais até a sua aplicação prática. Para Alessandro Barata esses mecanismos de seleção não só são aplicados pelo sistema, “eles na realidade refletem um processo seletivo social, onde o pertencimento à determinado grupo social tem papel decisivo”.⁵¹

O traço da seletividade opera não só como meio de determinar quais condutas serão consideradas antijurídicas, mas também, infelizmente, para determinar quais indivíduos serão utilizados como exemplos de “criminosos”.

A criminalidade não é algo pertencente à natureza, pré existente às relações e interações sociais, mas uma realidade construída por essa sociedade através de um processo seletivo, que define o que é uma conduta criminosa.⁵²

Dessa forma, é necessário se debruçar acerca de como surgiram as instituições, e entre elas como surgiu o sistema penitenciário. Para isso se torna fundamental a visão foucaultiana acerca das instituições, acerca do que é Disciplina e Biopoder.

Por conseguinte, também, surge uma nova definição do criminoso. O criminoso é aquele que danifica, perturba a sociedade. O criminoso é o inimigo social. Encontra-se esse

⁵⁰ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro, RJ: Nau Editora, 2005. p. 88.

⁵¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro, RJ: Revan, 2011. p. 85.

⁵² *IBIDEM*.

pensamento disseminado em diversos autores, incluindo Rousseau, que afirma que o criminoso é aquele que rompeu com o pacto social.⁵³

Esse modelo de argumento traz consigo a possibilidade de criação de inúmeras teorias. Dessa forma, historicamente, a concepção finalista surge com o propósito de cumprir a tarefa não realizada pelo neokantismo de superar o positivismo, em que o objeto da ciência jurídica é apenas o Direito Positivo⁵⁴, e conjuntamente surgem dois movimentos, “um de caráter moderado, que busca permear o sistema jurídico-penal de aspectos teológicos e axiológicos; o outro, de matriz radical, que procura a renormativização total do sistema penal, em bases sistêmicas.”⁵⁵ Nas concepções de Claus Roxin e Günther Jakobs, com o normativismo teleológico-funcional e normativismo funcionalista sistêmico, respectivamente. O primeiro com a preocupação na finalidade do Direito Penal, e o segundo com enfoque nas finalidades da pena, nas sanções criminais.

⁵³ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro, RJ: Nau Editora, 2005. p. 81.

⁵⁴ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 10ª Edição. Vol. 1. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 104.

⁵⁵ *IBIDEM*. p. 108.

2. O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Neste processo social de escalada da violência, novas formas de perpetração de crimes emergem no cenário contemporâneo, o que resulta numa exigência, cada vez maior, por novos meios de correção e de proteção como resposta institucional a tais fatos. Para Luiz Regis Prado “a partir do século XX, verifica-se uma expansão do Direito Penal e do Direito Processual Penal”⁵⁶, e o que era para ser a *ultima ratio*, passou a ser a primeira resposta estatal. A penalização de comportamentos que eram restritos à outras áreas e ramos do direito, de atos preparatórios e de condutas simbólicas se torna cada vez mais comum, e com isso a criação excessiva de leis penais.

Assim, surgiu o funcionalismo sistêmico radical desenvolvido pelo alemão Günter Jakobs, professor de Filosofia do Direito e Direito Penal na Universidade de Bonn, com origem no campo das ciências biológicas, especialmente na biologia molecular, levando a reconstrução do sistema penal em novas bases normativas e sociológicas.⁵⁷ O alicerce metodológico primeiro dessa teoria se fundamenta na particularidade do Direito que como sistema social é ser normativo, um regulador social, que delimita o âmbito das expectativas normativas de conduta.⁵⁸ Essa teoria é considerada uma das mais controversas e críticas propostas referentes ao endurecimento penal, é denominada radical por ser mais ampla do que a vislumbrada por Claus Roxin e por ter chegado ao limite de distinguir o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo.

Na primeira fase do lançamento de sua publicação, em 1985, Günther Jakobs assinalava que a ideia de se ter um direito penal do inimigo era incompatível com um Estado de liberdade. Catorze anos depois, o criador deste conceito passou a defender a ideia de que o Direito Penal do Inimigo deveria ser implementada e poderia conviver harmoniosamente com o Direito Penal do cidadão, o que é assustador.

Günter Jakobs observando o aumento da criminalidade, as demandas sociais e as respostas estatais criou uma filosofia de combate à criminalidade e passou a defender não apenas a utilização do Direito Penal contra alguns indivíduos, mas sim o Direito Penal do

⁵⁶ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 10ª Edição. Vol. 1. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 116.

⁵⁷ *IBIDEM*. p. 109.

⁵⁸ *IBIDEM*. p. 109-110.

Inimigo, o qual trava uma luta contra determinados crimes. E na visão dele o Direito Penal do Inimigo se torna a única forma efetiva de evitar as novas formas de criminalidade, sendo uma teoria que distingue o cidadão dos inimigos, e como tal, a lei também deve ser distinta para ambos e com um rigor diferente.

O direito penal do inimigo é uma leitura das obras de Hegel, com base nos estudos sociológicos de Niklas Luhmann, e propõe a funcionalização não somente dos elementos do conceito analítico do crime, mas de todos os sistemas jurídico-penais.⁵⁹

De forma sintética o raciocínio de Hegel, para fins do direito penal do inimigo, baseia-se na tese de que a ordem jurídica é uma manifestação da vontade geral, sendo, portanto, definida pela vontade de todos. Assim, a prática de um delito seria a negação da vontade geral. Para Hegel, a pena criminal surge como forma de negar a vontade do delinquente.⁶⁰ Dessa forma, por meio de um raciocínio encadeado, o delinquente quando comete um crime nega a vontade geral, porém a pena nega a vontade do delinquente, o que suscita na célebre frase hegeliana “a pena é a negação da negação do direito”⁶¹. O delinquente nega o direito, a pena nega a vontade do delinquente. Assim, a pena para Hegel é a forma de manutenção da vigência do contrato social, e ela surgiu para reafirmar essa vontade geral que cria a ordem jurídica.

Além do raciocínio de Hegel, Jakobs utilizou as teorias de Niklas Luhmann no âmbito das expectativas normativas de conduta para teorizar o direito penal do inimigo.

Niklas Luhmann percebendo a complexidade das sociedades modernas, disse ser necessário a existência do direito, como estrutura que orienta a sociedade, mais um Estado de direito, no qual as pessoas devem se orientar pelas normas. As normas para Luhmann são uma generalização de expectativas sociais.

Na visão de Luhmann as sociedades modernas se tornaram muito complexas e devido a essa complexidade criam-se sistemas - Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. De acordo com essa teoria, os sistemas são criados como forma de reduzir as complexidades das sociedades modernas, e uma das criações destes sistemas, são as chamadas expectativas. E o

⁵⁹ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal, parte geral*. Vol. 1. 8ª Edição. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2016. p. 201.

⁶⁰ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal, parte geral*. Vol. 1. 8ª Edição. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2016. p. 203.

⁶¹ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal, parte geral*. Vol. 1. 8ª Edição. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2016. p. 203.

que isso significa? Para ele, o direito é uma estrutura que orienta a sociedade e as normas seriam uma generalização dessas expectativas.⁶²

No âmbito de aplicação do direito, as pessoas podem praticar suas condutas, podem viver, podem se comportar como desejam, na expectativa de que outras pessoas, também, por sua vez, vão se comportar de acordo com o que delas é esperado; portanto, as pessoas podem sair na rua na expectativa de que não serão roubadas, nem furtadas, nem acometidas por nenhum tipo penal. Assim, para Luhmann todas as pessoas têm expectativas e por isso o direito tem que criar mecanismos para que os cidadãos possam seguir confiando em suas expectativas. Isso é, resumidamente, o que teoriza a Teoria dos Sistemas de Luhmann, sendo a teoria fundamental para compreensão da Teoria do Direito Penal do Inimigo.⁶³

Para Luhmann, a teoria dos sistemas se divide em duas espécies, pois existem duas formas/duas espécies de expectativas, sendo elas as expectativas cognitivas e as expectativas normativas. E elas se diferem quanto à reação/a defraudação das expectativas, pois quando uma expectativa é frustrada ou defraudada surgem duas hipóteses: muda-se o comportamento humano diante da defraudação de uma expectativa, ou se mantém a expectativa da norma. As expectativas cognitivas referem-se ao conhecimento da realidade natural, e quando desapontadas deixam de existir ou se adaptam, enquanto as expectativas normativas, por outro lado, demandam uma revalidação quando violadas.⁶⁴ O que significa que a expectativa normativa se mantém apesar de sua violação pelos fatos (contrafaticamente). A expectativa é considerada adequada e sua violação gera a exigência de adaptação da realidade à expectativa. De acordo com Fernando Galvão “Luhmann concebeu a norma jurídica como uma expectativa de comportamento estabilizada contrafaticamente”.⁶⁵

Para Jakobs, a defraudação da expectativa cognitiva seria o desabamento de uma casa por catástrofes naturais, por exemplo. Nas expectativas cognitivas há a relação do homem com a natureza. Então, diante da defraudação da expectativa cognitiva, não há como

⁶² GALVÃO, Fernando. *Direito Penal, parte geral*. Vol. 1. 8ª Edição. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2016. p. 205.

⁶³ HABIB, Gabriel. *O Direito Penal do Inimigo e a Lei de Crimes Hediondos*. São Paulo, SP: Editora: Impetus, 2011. p. 33.

⁶⁴ HABIB, Gabriel. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=7EU4q0WGPhg&t=773s>>. Acesso em: 05/03/2017.

⁶⁵ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal, parte geral*. Vol. 1. 8ª Edição. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2016. p. 206.

se manter a expectativa viva, pois esta defraudação é resultante de um fenômeno natural, o que se muda é o comportamento das pessoas. Já, nas expectativas normativas o que se tem é uma relação do homem com os demais integrantes da interação social, e não mais com a natureza. E dessa forma, como reação à defraudação de uma expectativa normativa, aplica-se uma sanção penal como forma de manutenção dessa expectativa, assim quando um indivíduo realiza um delito se aplica uma sanção penal para demonstrar à todos da sociedade a manutenção das expectativas normativas. Como as expectativas normativas não podem ser constantemente violadas, para não perder a credibilidade, a violação deve gerar uma reação afirmativa da legitimidade da norma violada.⁶⁶

Assim, com a influência de Hegel e Luhmann, a construção sistêmica de Günther Jakobs levou a perspectiva funcional às últimas consequências, a ponto de fazer distinção entre o direito penal da cidadão e o direito penal do inimigo.⁶⁷ Para Jakobs, pois; o clássico Direito Penal e as medidas repressivas impostas, mostram-se ineficazes para mudar a realidade dessa sociedade complexa, onde a criminalidade organizada, os crimes sexuais, os tráfico tanto de pessoas como de drogas, os crimes políticos, são apenas alguns exemplos do que multifacetada e danosa a criminalidade se tornou. Por fim, para o direito penal do inimigo, a pena privativa de liberdade não deve ser o único meio de repressão dos delitos, pois esta se tornou ingênua, tímida e ineficaz frente ao novel de especialização dos criminosos.

Como resposta a isso, o Direito Penal do Inimigo apresenta-se como forma de suprir esse vácuo penal, tendo em vista a necessidade de novos meios de punição frente aos crimes modernos e por um novo Direito Penal, o que se torna insustentável, pois passa a ignorar as circunstâncias do agente, permitindo sua punição como uma tentativa de satisfazer necessidades sociais, resultando em uma falta de legitimidade da concepção funcionalista radical.⁶⁸

“A proposta funcionalista sistêmica inverte a ordem lógica, conceituando o delito

⁶⁶ JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. p. 59-102.

⁶⁷ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal, parte geral*. Vol. 1. 8ª Edição. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2016. p. 215.

⁶⁸ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 10ª Edição. Vol. 1. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p 112.

e suas categorias a partir dos fins da pena, com função preventiva geral positiva.”⁶⁹ A partir da conceituação do delito pelos fins da pena, “o sujeito passa a ser representado pelo sistema e não pelo indivíduo, sendo que o Direito Penal não tem finalidade protetiva de bens jurídicos, mas visa tão somente à tutela da função que cumpre determinada norma, segundo as necessidades sociais e os fins da pena.”⁷⁰

Manuel Cancio Meliá diz que “o atual Direito Penal do inimigo não é um simples retorno a uma política criminal autoritária, mas uma fase evolutiva nova”; ainda para ele “a tendência atual do legislador é a de reagir com firmeza dentro de uma gama de setores a serem regulados, no marco de luta contra a criminalidade, isto é, com um incremento das penas previstas”.⁷¹

Já, para Luiz Regis Prado tal teoria representa um perigo para os direitos e garantias fundamentais e para a segurança jurídica, individual e coletiva.⁷² Sendo que, “o tipo de injusto não pode se resumir num regime democrático em mera expressão formal de deveres jurídicos ou meras proibições, mas, deve estar condicionado ao atendimento de preceitos fundamentais de proteção à pessoa humana, dentro da ordem jurídica.”⁷³

É importante frisar que o Direito Penal do inimigo não é apenas um movimento teórico de combate à complexidade e ao aumento dos crimes, mas é uma consequência da evolução histórica das legislações penais já aplicadas no cenário contemporâneo na luta contra as condutas delitivas. Ele representa um retorno às concepções hegelianas, neokantianas e neopositivistas sociológicas, identificado como um movimento positivista organicista.⁷⁴

⁶⁹ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 10ª Edição. Vol. 1. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 111.

⁷⁰ *IBIDEM*. p. 111.

⁷¹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: Noções e críticas*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 110.

⁷² PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 10ª Edição. Vol. 1. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 112.

⁷³ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 10ª Edição. Vol. 1. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 111-112.

⁷⁴ *IBIDEM*. p. 111.

2.1. O objetivo penal

No Direito, o exercício da acusação, concretizado na ação penal, tem por escopo a aplicação da pena.⁷⁵ Assim, a pena fundamentalmente deve ser aplicada com um objetivo, ela não pode simplesmente ser imposta sem motivo ou objetivo, pois ela, em princípio, é o objeto final na ação penal. Dessa forma, a pena é resultante legal da prática comprovada do ilícito. É a forma de punir o criminoso, já que é retributiva. É ainda preventiva, utilizada como meio de combate à criminalidade. Então, a pena tem essencialmente a função retributiva e preventiva, e a sua finalidade é o restabelecimento da ordem violada pelo delito, na medida em que a pena deve ser proporcional ao crime cometido. A pena representa uma tentativa de restabelecer a configuração social anterior ao delito, conforme as teorias absolutas e relativas da pena.

Para Luiz Regis Prado, “a pena é a mais importante das consequências jurídicas do delito. Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal.”⁷⁶

Segundo Eugênio Raúl Zaffaroni, o filósofo Protágoras foi um dos primeiros a indagar sobre qual é a finalidade da pena e para ele, o mais importante filósofo do período, a pena teria três finalidades preventivas: uma geral, uma especial e outra específica. A finalidade preventiva específica teria como sujeito passivo os indivíduos considerados incorrigíveis, que deveriam ser excluídos da sociedade.⁷⁷

O que continua a ocorrer ainda hoje, pois os incorrigíveis continuam sendo excluídos do meio social. Para Derrida, esses indivíduos incorrigíveis são chamados de *indecidíveis*, para Foucault de “monstros humanos”, aqueles, que por uma noção jurídica são considerados os violadores das leis formais e naturais. É o indivíduo a ser corrigido.

“O indecível não é somente a oscilação ou a tensão entre duas decisões. Indecível é a experiência daquilo que, estrangeiro, heterogêneo à ordem do calculável e da regra, deve no entanto – é de dever que é preciso falar – entregar-se à decisão impossível, tendo embora em conta o direito e a

⁷⁵ RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes. *ABC do Direito Penal*. 8ª Edição. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 1982. p. 91.

⁷⁶ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 10ª Edição. Vol. 1. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 512.

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 83.

regra.”⁷⁸

Os indecidíveis são a própria condição de possibilidades e impossibilidades, de limites e não limites, o condicionado e o incondicionado, não como opostos, mas como possibilidades e impossibilidades, se complementando na infinitude. Eles suspendem as barreiras e mostram as contaminações mútuas entre os compostos dos fatos e conceitos. O perverso é a representação de tudo o que há de estranho, diferente, incongruente, é a materialização do indecidível derridiano. O indivíduo a ser corrigido é um fenômeno corrente, a correção (punição) é constante, mas esses indivíduos se tornam os “incorrigíveis” na sociedade.⁷⁹

Protágoras, porém, era contrário a ideia da pena ser um espetáculo (como ocorria nos suplícios, narrado na obra de Foucault), mas esta deveria ter uma finalidade: a de evitar que o autor voltasse a cometer a conduta criminosa, característica essencial da prevenção especial da pena. Além disso, para Protágoras a punição também serviria de exemplo para que as pessoas que assistissem a execução pública da pena não viesse a delinquir, nem reproduzisse as condutas penalizadas por medo da punição, o que evidencia o caráter preventivo geral da pena.⁸⁰

De acordo com a doutrina e a construção do direito penal, verifica-se a implementação dos ideais propostos por Protágoras das finalidades da pena em duas formas de prevenção: a geral e a especial. A prevenção geral da pena, com um caráter ameaçador, alcança a totalidade dos indivíduos, a sociedade. Para Régis Prado ela “busca sua justificação na produção de efeitos inibitórios à realização e condutas delituosas, nos cidadãos em geral, de maneira que deixarão de praticar delitos por temor de sofrer uma sanção penal.”⁸¹

Segundo Cezar Roberto Bitencourt “com a ameaça de pena, avisando os membros da sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá; e, por outro lado, com a

⁷⁸ DERRIDA, Jacques. *Força de lei - o fundamento místico da autoridade*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2007. p. 46.

⁷⁹ *IBIDEM*. p. 47.

⁸⁰ GUTHRIE, W. K. C. *Os sofistas*. São Paulo: Paulus, 1995. p.68.

⁸¹ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 10ª Edição. Vol. 1. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 514.

aplicação da pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada”.⁸²

Já a prevenção especial é direcionada ao próprio indivíduo apenado, com a finalidade de convencê-lo a não mais praticar delitos, para Bitencourt “a pena deveria concretizar-se em outro sentido: o da defesa da nova ordem, a defesa da sociedade. O delito não é apenas a violação à ordem jurídica, mas, antes de tudo, um dano social; e o delinqüente é um perigo social (um anormal) que põe em risco a nova ordem”.⁸³

Apesar disso, verifica-se que neste processo simplesmente compreender as finalidades da pena para a sociedade e para o apenado não é bastante nem, tampouco, eficiente.

Assim, segundo Jakobs, dentro da teoria do Direito Penal do Inimigo, “quando um cidadão comete um delito, o Estado deve reagir logo após o fato, a fim de reafirmar a validade do ordenamento jurídico, que mesmo havendo um fato contrário à norma, esta continua plenamente vigente.”⁸⁴

Ao esclarecer qual é a função da pena no Direito Penal do inimigo, Jakobs assinala que:

“O fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante, e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto a configuração da sociedade.”⁸⁵

Assim, percebe-se que o autor adota uma prevenção geral da pena, aplicando-a ao Direito Penal do inimigo, pois, para ele a pena é uma reação ofensiva contra o descumprimento da norma jurídica. A pena tem como objetivo assegurar à totalidade dos indivíduos que as infrações da norma não são suficientes para limitá-la. E isso define a prevenção geral positiva da pena.

A intervenção punitiva do Direito Penal constitui uma das possíveis reações que cumprem a função de reafirmar a validade da norma. Dessa forma, para Fernando Galvão: “o sistema de Günter Jakobs substitui os elementos ontológicos, sobre os quais se edificaram o

⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000; p. 76.

⁸³ *IBIDEM*. p. 81

⁸⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: Noções e críticas*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 127.

⁸⁵ *IBIDEM*. p. 22.

sistema clássico e o finalista, pelo conceito normativo de responsabilidade pela infração à norma sustentado que a missão da pena não é a proteção de bens jurídicos, mas a reafirmação da vigência da norma jurídica.”⁸⁶

Jakobs define a pena como uma amostra da vigência da norma para o responsável por sua violação.⁸⁷ Para a verificação concreta da violação à norma, de acordo com Galvão, “Jakobs sustenta a necessidade de considerar o papel que cada indivíduo exerce na sociedade e as expectativas que lhe são dirigidas, posto que cada um deve ser garante apenas das expectativas que sobre si recaem.”⁸⁸ A violação da expectativa garante o pressuposto de todo o ilícito. Com tal contribuição, de maneira feliz, Jakobs enriqueceu a teoria da imputação objetiva relacionando o comportamento esperado ao resultado jurídico de violação da norma. Porém, “Jakobs acaba por transformar a teoria do crime em uma teoria de imputação, de modo que a investigação sobre a ocorrência do crime passa a ser resumida na indagação de que se é necessário responsabilizar alguém para reafirmar a validade da norma e reestabilizar o sistema jurídico-social.”⁸⁹

Para o finalismo, o direito penal tem como finalidade a proteção dos bens jurídicos, já na visão de Jakobs a prevenção geral positiva não deve ter como propósito a proteção dos bens jurídicos, uma vez que se há uma infração penal, os bens jurídicos já foram violados. Assim, o direito penal deve trazer a validade para as normas, para tanto deve corrigir o indivíduo infrator e não apenas proteger os bens jurídicos. Na visão de Juarez Cirino dos Santos: “então a tarefa do Direito Penal seria satisfazer os impulsos punitivos da população”⁹⁰ o que comprova o quanto primitivo é esse direito. Para Gracia Martín, o direito penal do inimigo “na verdade, é uma legislação de luta ou de guerra contra o inimigo, cujo único fim seria a exclusão e inocuidade deste.”⁹¹

⁸⁶ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal, parte geral*. Vol. 1. 8ª Edição. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2016. p. 212.

⁸⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho penal*, p. 13.

⁸⁸ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal, parte geral*. Vol. 1. 8ª Edição. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2016. p. 214. **apud** JAKOBS, Günther. *Derecho penal*, p. 22-23.

⁸⁹ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal, parte geral*. Vol. 1. 8ª Edição. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2016. p. 213. **apud** JAKOBS, Günther. *Derecho penal*, p. 55-58.

⁹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2005. p. 30-31.

⁹¹ MARTÍN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 85.

Assim, Günther Jakobs defende há existência de um direito penal comum ao cidadão e um direito penal do inimigo. Se há uma pessoa que se comporta de acordo com o que dela é esperado, mesmo ela se desviando da norma, a ela será dado os direitos e garantias de cidadão. Porém, para as pessoas que utilizam o sistema para continuar delinquindo, elas utilizam os direitos e garantias como escudos para a prática do crime, para estas não será garantido os direitos de cidadão, uma vez que passa a ser considerada um inimigo social. O inimigo utiliza o sistema para continuar a cometer crimes, por isso lhes cabe a aplicação de um direito penal diferenciado.⁹²

Quem por principio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal e por isso não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como um inimigo, esta guerra para Jakobs tem lugar como legítimo direito dos cidadãos e seu direito à segurança, - mas diferentemente da pena não é direito daquele que é apenado - o inimigo, portanto, deve ser excluído.⁹³

Jakobs defende uma inocuização do inimigo e para ele, só é pessoa: quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal. E isso deve-se como consequência da ideia de que toda normatividade necessita de uma cognição para poder ser real, eis que sem um mínimo de cognição a sociedade constituída juridicamente não funciona ou mais precisamente não somente a norma mas também a pessoa necessita de um cimento cognitivo. Para Jakobs, uma justificação para a aplicação do direito penal do inimigo é a existência de uma sociedade de risco, onde não se vigora o princípio da igualdade. Assim, o que se quer assegurar é o princípio à segurança, pois o risco é eminente e permeia todas as áreas sociais, há um constante clima de insegurança no meio social e esta sociedade complexa exige muito do Estado e a utilização de um direito penal de emergência, simbólico para dar respostas aos casos concretos, para isso cria-se o direito penal do inimigo.⁹⁴

Parece que ao definir qual teoria legitimadora da pena fundamentaria o Direito Penal do inimigo, Jakobs tratou apenas desta quanto ao cidadão, deixando de definir qual seria a finalidade da pena para o inimigo. É pertinente, portanto, que seja feita uma análise

⁹² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: Noções e críticas*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 38.

⁹³ AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007. p. 127. p. 126.

⁹⁴ AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007. p. 127. p. 126.

crítica sobre qual é a real função da pena no Direito Penal do inimigo, tendo em vista que Jakobs não a definiu.

Para Cláudio do Prado Amaral, “o direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, enquanto o direito penal do inimigo visa preponderantemente combater perigos”.⁹⁵

O Direito Penal do Inimigo está apoiado em duas diferenças fundamentais, que procedem da relação entre o que é Direito e o que está fora do Direito. Opera-se uma separação entre o Direito Penal de cidadãos e o Direito Penal de Inimigos, sendo que na esfera dogmática, diferencia o que são pessoas e não pessoas para o Direito Penal.⁹⁶

Percebe-se, dessa forma, que a finalidade específica do direito penal do inimigo é excluir o indivíduo demasiadamente perigoso, é segregar o indivíduo da sociedade, é inocuizar o indivíduo que recorrentemente causa danos a sociedade e traz insegurança, uma vez que, o inimigo representa um perigo para a sociedade as medidas aplicadas à ele devem olhar para o futuro, pois para essa teoria se indivíduo continuar solto ele vai continuar delinquindo.

É um direito penal do autor, olha para o indivíduo em si, o que ele vai gerar de risco para a sociedade e não para o direito penal de fato, não pelo passado, pelo o que o indivíduo fez, o inimigo não é um sujeito de direito e sim um objeto de coação, diferentemente do cidadão que é digno de pena.

Explica Jakobs que “não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas descrever dois polos de *um só* mundo ou de mostrar duas tendências opostas em *um só* contexto jurídico penal”.⁹⁷ Dessa forma, Direito Penal do cidadão e do inimigo estão no mesmo ordenamento jurídico, podendo ser verificadas matizes do Direito Penal do inimigo em diversas leis que todas as pessoas estão sujeitas, como a lei de organizações criminosas tipificada no Brasil, por exemplo.

O grande problema do direito penal do inimigo, é a aplicação arbitrária do Direito, pois indivíduos que cometeram delitos leves podem ser tratados como inimigos e inimigos podem ser tratados como cidadãos.

⁹⁵ AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007. p. 127.

⁹⁶ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 10ª Edição. Vol. 1. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 117.

⁹⁷ *IBIDEM*, p. 21.

“O Direito Penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ficar limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado não necessariamente excluirá o inimigo de todos os direitos”.⁹⁸

Assim, “a finalidade primordial da pena não é mais a reafirmação da vigência normativa, e sim assegurar a existência da sociedade em face desses indivíduos”⁹⁹. Esses indivíduos passam a não ser mais que entes perigosos a serem privados de direitos e garantias individuais.

Para Zaffaroni, o indivíduo considerado inimigo não deveria ser sumariamente excluído da sociedade, mesmo sendo considerado um indivíduo perigoso, tendo em vista que se isso fosse admitido, ele não poderia tentar reparar o dano que causou, uma vez que já ocorreu a perda completa de seus direitos.¹⁰⁰

É inegável que o “*Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo combate perigo*”.¹⁰¹ O Estado deve sim combater a insegurança e diminuir a sensação de risco eminente, mas isso deve ser realizado por meio de políticas criminais de transformações sociais efetivas e não por meio de retirar direitos e garantias constitucionais dos cidadãos.

A definição de *pessoa* para Jakobs é: “uma construção social que representa o destino das expectativas normativas e, entendida como uma condição, que pode ou não ser atribuída a um indivíduo.”¹⁰² Dessa forma, os cidadãos são pessoas e portanto estão sujeitos às regras jurídicas e as garantias individuais.

Os inimigos, por sua vez, são considerados indivíduos, homens sem condição jurídica, uma vez que não são sujeitos de direito e por esse motivo são considerados não-

⁹⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: Noções e críticas*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 28.

⁹⁹ GRACIA, Martin, L. p. 58 *apud* PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 10ª Edição. Vol. 1. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 119.

¹⁰⁰ ZAFFARONI, op cit.. p. 24.

¹⁰¹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: Noções e críticas*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 28.

¹⁰² DIEZ RIPOLLES, Jose Luis. *Del la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*. In: Meliá, Cancio. p. 580 *apud* PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 10ª Edição. Vol. 1. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 117.

peças e não-cidadãos.¹⁰³ Os inimigos estão sujeitos unicamente à coação, não à proteção do ordenamento jurídico, sendo portanto interceptados em um estado inicial tão só em razão da perigosidade que ostenta.

“Demais disso, não se vislumbra um parâmetro que ofereça o mínimo de segurança a respeito da identificação do inimigo, de modo que é impossível determinar se essa seria uma condição inata ou se, ao contrário, poderia um cidadão perder sua condição de pessoa, transformar-se em inimigo.”¹⁰⁴

Verifica-se a aplicação dessa punição apenas pela periculosidade do agente quando se pune os atos preparatórios do crime. Para Zaffaroni

“as características desse avanço contra o tradicional direito penal liberal ou de garantias consistiriam na antecipação de barreiras da punição (até os atos preparatórios), na desproporção das consequências jurídicas (penas como medidas de contenção sem proporção com a lesão realmente inferida), na marcada debilitação das garantias processuais e na identificação dos destinatários mediante um forte movimento para o direito penal *de autor*”.¹⁰⁵

Para Luiz Regis Prado, a retribuição jurídica propagada pela teoria absoluta já não encontra terreno fértil, isto porque:

“Na atualidade, a idéia de retribuição jurídica significa que a pena deve ser proporcional ao injusto culpável, de acordo com o princípio de justiça distributiva. Logo, essa concepção moderna não corresponde a um sentimento de vingança social, mas antes equivale a um princípio limitativo, segundo o qual o delito perpetrado deve operar como fundamento e limite da pena, que deve ser proporcional à magnitude do injusto e da culpabilidade.”¹⁰⁶

Observa Eugênio Zaffaroni que “o tratamento a um ser humano como coisa perigosa que ameaça *a segurança ou a certeza acerca do futuro* não se limita a despersonalizar apenas quem é tratado dessa maneira”, mas “a priorização do valor segurança como certeza acerca da conduta futura de alguém, e mais ainda sua absolutização, acabaria na *despersonalização de toda sociedade*”.¹⁰⁷

¹⁰³ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*: Noções e críticas. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 40.

¹⁰⁴ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 10ª Edição. Vol. 1. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 120.

¹⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 100. p. 14.

¹⁰⁶ PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, volume 1: parte geral, arts. 1.º a 120. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pgs 526 e 527.

¹⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 20.

Por fim, parece absurdo falar de um Direito Penal do Inimigo, mas na realidade, é exatamente essa posição que majoritariamente tem sido imposta nas instituições penais brasileiras. O Direito Penal vem ao mundo, ou seja, é legislado para cumprir funções concretas dentro de e para uma determinada sociedade, que se organizou de uma determinada maneira. E devido ao aumento da violência humana, a sociedade brasileira tende a enxergar o criminoso como Inimigo. Segundo Foucault “há uma nova definição do criminoso - O criminoso é aquele que danifica, perturba a sociedade. O criminoso é o inimigo social.”¹⁰⁸

O Brasil é o terceiro país mais encarcerador do mundo! A população carcerária atualmente é de 711.463 (setecentos e onze mil, quatrocentos e sessenta e três) presos, conforme o último censo do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas - DMF, apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, e esse número é crescente.¹⁰⁹ Além disso, são classificáveis mais de 1200 tipos penais, porém, apenas 9 (nove) desses tipos penais jogam 95% da população carcerária na cadeia. Além disso, a SELETIVIDADE, a REPRESSIVIDADE e a ESTIGMATIZAÇÃO são características centrais de sistemas penais, como é o brasileiro.¹¹⁰ A maioria esmagadora da população carcerária brasileira, são homens negros e pobres, pertencentes a determinados contextos sociais.

Para Nilo Batista:

“Conhecer as finalidades do direito penal, que é conhecer os objetivos da criminalização de determinadas condutas praticadas por determinadas pessoas, e os objetivos das penas e outras medidas jurídicas de reação ao crime, não é tarefa que ultrapasse a área do jurista, como às vezes se insinua. ..., a definição dos objetivos do Direito Penal permite clarificar o seu significado político, como técnica de controle social.”¹¹¹

Assim, o sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas. (As exceções, além de confirmarem a regra, são aparatosamente usadas para a reafirmação do caráter igualitário). O sistema penal é também apresentado

¹⁰⁸ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005. p. 81.

¹⁰⁹ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileir>>. Acesso em 04 abr. 2017.

¹¹⁰ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 29

¹¹¹ *IBIDEM*. p. 23.

como justo, na medida em que buscaria prevenir o delito, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade. E por fim, o sistema penal se apresenta comprometido com a proteção da dignidade humana - a pena deveria, disse certa ocasião Roxin, ser vista como o serviço militar ou o pagamento de impostos -, quando na verdade é estigmatizante, promovendo uma degradação na figura social de sua clientela.¹¹²

¹¹² *IBIDEM*. p. 26.

3. A FALÊNCIA INSTITUCIONALIZADA DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Inicialmente, faz-se necessário distinguir Direito Penal e Sistema Penal. Para Nilo Batista, o Direito Penal é: “o conjunto de normas jurídicas que prevêm os crimes e lhes cominam sanções, bem como disciplinam a incidência e validade de tais normas, a estrutura geral do crime, e a aplicação e execução das sanções cominadas.”¹¹³

Já o Sistema Penal não é apenas aquela abstração dedutiva das normas, de acordo com Nilo Batista.¹¹⁴ Na verdade, o sistema penal, na visão criminológica tanto de Nilo Batista quanto de Eugênio Raul Zaffaroni, é composto de três grupamentos: Quem faz o Direito Penal? Quem o opera? E por último, Quem fala do Direito Penal? E, não é sem razão que autores renomados como eles, afirmam que o Direito Penal não se constrói ou é construído ao acaso.¹¹⁵

“Zaffaroni entende por Sistema Penal o controle social punitivo institucionalizado”¹¹⁶, e atribui sentido amplo ao termo institucionalizado, como sendo todos os procedimentos estabelecidos dentro do sistema, ainda que não legais. O que permite, assim, incluir no conceito de sistema penal casos de ilegalidades estabelecidas como práticas rotineiras, mais ou menos conhecidas ou toleradas.¹¹⁷ Como, por exemplo, práticas de tortura, a superlotação das celas, a falta de condições mínimas de higiene, e tantos outros, que ferem princípios constitucionais.

Nessa visão, quem opera o Sistema Penal são três subsistemas, o sistema policial, o judiciário e o penitenciário. E, infelizmente, o Sistema Penitenciário, mais visível, é o grande resumo dessas instituições. Pois o alto índice de criminalidade, a insegurança social e o processo de escalada da violência, fomentam e alimentam essa realidade.

Cirino dos Santos observa que o sistema penal - “constituído pelos aparelhos judicial, policial e prisional, e operacionalizado nos limites das matrizes legais” - pretende afirmar-se como um “sistema garantidor de uma ordem social justa”, mas seu desempenho

¹¹³ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro, RJ: Revan, 2007. p. 24.

¹¹⁴ *IBIDEM*. p. 25.

¹¹⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

¹¹⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Sistemas Penales y derechos humanos en América Latina*. B. Aires, 1984. p.7 *apud* BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 25.

¹¹⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 25.

real contradiz essa aparência.¹¹⁸

Desta forma, é fundamental retomar a visão foucaultiana acerca das instituições analisada no início deste texto - sobre Disciplina e Biopoder e suas consequências sobre o indivíduo - para se discutir a realidade do sistema penal brasileiro e as condições nas quais ele funciona.

Além disso, o livro *Vigiar e Punir* também suscita uma crítica política da sociedade moderna, pois o ponto de partida das análises realizadas por Foucault nesta obra foi a observação da função que tem a prisão e de como essa função foi requisitada por um tipo de sociedade em que demandava vigiar e punir a chamada delinquência, que desse modo ficaria restrita à prisão. Importante destacar que esses mesmos mecanismos de vigilância contínua e de identificação permanente dos indivíduos funcionam como tecnologia disciplinar que serviria e auxiliaria à implantação do capitalismo.

A obra *Vigiar e Punir* inicia-se com um relato angustiante e perturbador do suplício, da pena, dos castigos corporais, infligida a um determinado indivíduo, o camponês francês Robert-François Damiens - acusado de atentar contra a vida do Rei. Logo depois, é descrita a regulamentação do cotidiano de alguma prisão, datada de 30 anos após a ocorrência do agonizante suplício. Essas páginas iniciais da obra ditam o raciocínio que se seguirá, que contrapõe as diferentes formas de execuções penais, suas características, a evolução de uma para a outra e, inquietantemente, suas semelhanças.¹¹⁹

Apesar de que a fonte histórica da pesquisa de Foucault, no livro *Vigiar e Punir*, limitou-se ao estudo do sistema penal francês, a obra é muito rica e bastante válida para se analisar a realidade do sistema penal brasileiro, pois o sistema carcerário aqui isola e exclui, amontoando prisioneiros e não tanto conhecendo-os enquanto delinquentes.

“Nossas prisões retratam nossa realidade social, é óbvio. O nível de sofisticação de uma prisão onde o condenado é alvo de saberes que tornam seu corpo disciplinado não faz parte da imensa maioria do nosso sistema carcerário. Mas a análise do carcerário, isto é, dos arquipélagos punitivos espalhados pelo corpo social e a separação das ilegalidades em ilegalidades dos pobres e ilegalidade dos ricos aos quais se aplica, quando se aplica, outro tipo de punição, bem retrata nosso país.”¹²⁰

¹¹⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 26.

¹¹⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 27ª. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

¹²⁰ ARAÚJO, Inês Lacerda. *Foucault e a crítica do sujeito*. 2ª. Edição. Curitiba, PR: Editora da UFPR, 2008. p. 76.

E engana-se aquele que acredita que houve uma evolução para muito longe dos suplícios e castigos públicos, narrados pelo autor. Como o mesmo salienta, a única modificação (e não evolução) foi referente ao objeto de castigo, que não é mais o corpo, mas a alma.

Segundo Foucault:

“O poder sobre o corpo, por outro lado, tampouco 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. Porém castigos como trabalhos forçados ou prisão — privação pura e simples da liberdade — nunca funcionaram sem certos complementos punitivos referentes ao corpo: redução alimentar, privação sexual, expiação física, masmorra. Conseqüências não tencionadas mas inevitáveis da própria prisão? Na realidade, a prisão, nos seus dispositivos mais explícitos, sempre aplicou certas medidas de sofrimento físico. 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 incorporai?”¹²¹

Segundo Inês Lacerda Araújo:

“Grande parte do sucesso da prisão se deve à figura médico-jurídica da delinqüência, fruto dos elaborados discursos e práticas da psiquiatria, sem os quais o juiz ficaria às cegas para julgar. Além da produção da ‘alma’ do criminoso, a prisão é útil por incluir certas ilegalidades, como a prostituição, o que acaba sendo proveitoso à burguesia.”¹²²

Sabe-se que as prisões reais não possuem apenas as características mencionadas acima, mas várias outras que são extremamente bem sucedidas em agravar um cenário já naturalmente nocivo para qualquer sujeito. Privação de higiene, saúde e integridade física caracterizam, quase que na totalidade, as prisões brasileiras, que se assemelham mais ainda aos suplícios narrados em *Vigiar e Punir*.

O que evidencia Draúzio Varela:

“Os menos afortunados sequer têm acesso ao pequeno conforto de espuma, pois os tais colchõezinhos faltam ou são vendidos para pagar dívidas, como é rotina entre o craqueiros. Nesta situação, deitam-se sobre cobertores ou pedaços de papelão, a sandália de dedo como travesseiro.”¹²³

¹²¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 27ª. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 33.

¹²² ARAÚJO, Inês Lacerda. *Foucault e a crítica do sujeito*. 2ª. Edição. Curitiba, PR: Editora da UFPR, 2008. p. 74.

¹²³ VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. 2ª Edição. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2009. p. 40.

A prisão se constitui com o objetivo de quebra de biografia e subjetividade, não só a partir da privação de direitos. A rotina incessante, a desconexão com o lado de fora, a dificuldade de percepção da passagem do tempo e dos anos, a estagnação e a submissão às vontades de terceiros também contribuem para o sofrimento daquele que recebe a pena. Esses são apenas alguns aspectos que já estão presentes na idealização de uma instituição prisional e já podem ser apontados como facilitadores de transtornos de ordem psíquica dos internos, apequenando as suas almas.

Segundo Varella,

“ A comida servida pela Casa é triste. Depois de alguns dias, não há cristão que consiga digeri-la; a queixa é geral. Os que não têm ganha-pão na própria cadeia ou família para ajudar, sofrem. Riquíssima em amido e gordura, a dieta, entretanto, engorda. Obesidade aliada à falta de exercício físico é um dos problemas de saúde da Detenção.”¹²⁴

Além disso, a prisão se torna uma fábrica de delinquência, não só no sentido habitual de impedir a correção do criminoso mas principalmente no sentido de fornecer o espaço adequado para a formação de saberes e poderes que resultam na figura do delinquente.

Para Drauzio Varella:

“Em cativeiro, os homens, como os demais grandes primatas, criam novas regras de comportamento com o objetivo de preservar a integridade física do grupo. Esse processo adaptativo é regido por um código penal não escrito, como na tradição anglo-saxônica, cujas leis são aplicadas com extremo rigor.”¹²⁵

Ainda, na realidade brasileira os mais básicos dos direitos humanos não são assegurados dentro dessas instituições.¹²⁶ O que fica evidente ao observar as variadas formas de causar danos ao corpo e à alma daqueles que se encontram presos, e este é o entendimento de suplício - uma ação calculada para infligir uma quantidade determinada de sofrimento em um sujeito. Não é (ou não deveria ser), então, uma manifestação descontrolada de raiva da justiça, mas uma medida conscientemente adotada como forma de correção. Em relação aos castigos sofridos nas prisões, é difícil determinar e numerar quais são propositais, quais apenas se devem à escassez de recursos para uma população carcerária tão numerosa, e, por fim, quais são resultantes do processo mimético de reprodução da violência.

¹²⁴ VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. 2ª Edição. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2009. p. 41.

¹²⁵ VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. 2ª Edição. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2009. p. 10.

¹²⁶ ASSIS, Rafael Damaceno. *A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro*. Revista CEJ, 11(39), 2007. p. 74-78.

A discussão entre juristas do direito penal brasileiro se divide em duas correntes: aqueles que defendem que o endurecimento das leis e penas mais severas são a chave para a redução do índice criminal, como os defensores do Direito penal do Inimigo, por exemplo. Outros, provavelmente mais alinhados com as reflexões incitadas por Foucault, se mostram descrentes da capacidade das instituições e da severidade das penas em reeducar e prevenir a incidência de crimes, conforme afirma Elenice Maria Onofre.¹²⁷

A autora defende que a chave para a real reconfiguração social e redução da reincidência de crimes está na educação dentro das prisões, que proporciona um sentido à vida do preso, permitindo que este desenvolva atividades mesmo quando recluso e mantenha-se conectado com a vida lá fora, se preparando para atuar de alguma forma quando for recolocado na sociedade.¹²⁸

Os suplicios narrados na obra de Foucault¹²⁹ apontam para a necessidade que a sociedade tinha de ver o pagamento do pecado, a execução visível da pena. Sendo que, a Escola Clássica do direito penal brasileiro, de Cesare Beccaria, orienta-se por uma série de pressupostos: a igualdade de todos perante a lei, o caráter retributivo da pena, o livre arbítrio individual e a noção de responsabilidade.¹³⁰

Logo, a pena desumana ganha sentido quando é direcionada à um ser maquiavélico, que conte em si total responsabilidade pelos seus atos, que em pleno uso de suas faculdades mentais e de julgamento pensou, planejou e executou algum ato de dano à terceiros. Não é concedido à esse indivíduo qualquer direito ou redução de sua responsabilidade, a partir da consideração de fatores situacionais. Essa mesma pena desumana também teria o sentido de educação, de extinção de um comportamento por meio da punição violenta. Ao contrário do que estaria previsto na idealização das instituições penais (reabilitação e reconfiguração do sujeito), a pena teria agora o sentido de traumatizar e de afastar qualquer intenção de repetição.

¹²⁷ ONOFRE, Elenice Maria Cammarosano. A educação escolar entre as grades [Versão digital]. São Carlos, 2007.

¹²⁸ *IBIDEM*.

¹²⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 27ª Edição. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 8

¹³⁰ PERES, M. F. T., & NERY Filho, A. *A doença mental no direito penal brasileiro: Inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança*. História das Ciências da Saúde, 9(2), 2002. p. 55-335.

Assim, segundo Oliveira:

“O jurista que se permite envolver com importantes questões criminológicas - a visão do crime como problema, a seletividade e a falibilidade do aparato repressor formal, o enfoque vitimológico; o controle social; a relação do fenômeno da criminalidade com a identidade social e com os aspectos econômicos; dentre outras - retorna aos seus processos, aos seus códigos, às suas audiências, com uma visão mais ampla. É capaz de avaliar o contexto em que está inserido e, sobretudo, os limites de suas possibilidades. E se for verdadeiramente bem-intencionado, voltará à sua lida com mais humildade. A criminologia, por seu conteúdo instigante, mas também por seu método necessariamente interdisciplinar guarda a vocação de ser fator de mudança até pessoal.”¹³¹

Para bem exemplificar essa visão, cita-se a decisão de um juiz titular de primeira instância, da Vara Criminal da Comarca de Barra Mansa-RJ, que com uma interpretação ampliada do direito penal absolveu o denunciado. O Excelentíssimo Senhor André Vaz Porto Silva para tomar sua decisão se inspirou na música de Rage Against the Machine, uma banda de rap-metal americana, conhecida por suas letras de protesto. Na epígrafe de sua decisão, o trecho da música: “*Fuck you/ I won't do what they tell me*” (Foda-se, não vou fazer o que você manda, livre tradução). Na denúncia, o indiciado foi acusado de desacato por ter se negado a obedecer policiais militares no momento da revista. Porém, o juiz não se convenceu da narrativa apresentada pelos policiais, as quais eram inconsistentes, e afirmou que: “Regras corruptas não merecem obediência”.¹³²

Assim o juiz absolveu o réu dos crimes de desacato e desobediência e citou em sua decisão um informe da Comissão Americana de Direitos Humanos (CADH) que indica que crime de desacato “viola a liberdade de expressão tutelada pela CADH” para, em seguida, finalizar: “faz-se mister afastarmos de nosso jardim os obstáculos que impedem o sol e a água de fertilizar a terra, pois logo surgirão plantas de cuja existência eu sequer suspeitava”. Por fim, o magistrado argumentou que as abordagens policiais têm motivações “racistas e classistas”: “essa espécie de procedimento, como informam as próprias regras de experiência, marcam o dia a dia da atividade policial, visto materializarem a incidência seletiva do sistema penal em termos de criminalização secundária por seus critérios tipicamente racistas e

¹³¹ OLIVEIRA, Ana sofia Schmidt de. *Como a Criminologia pode mudar a sua vida*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 7, n. 83, out 1999. p. 388.

¹³² Disponível em <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/juiz-cita-verso-de-musica-com-palavrao-para-absolver-reu-por-desacato-fuck-you-17502568.html#ixzz4cud3h5GL>>. Acesso em 04 abr. 2017.

classistas”.¹³³

E um dos objetivos, atingidos por Foucault em sua obra, *Vigiar e Punir*, é exatamente o de provocar reflexão a respeito da divergência entre o que é idealizado nos códigos de justiça e o que é colocado em prática. Além disso, os códigos também em muito se distanciam dos valores que realmente estão no inconsciente coletivo da sociedade, ou seja, dos valores que, de fato, orientam a conduta dos cidadãos. Não só os cidadãos que cometem atos criminais, mas aqueles que são expectadores e que opinam no destino dessas pessoas. A inimizabilidade dos portadores de doenças mentais, por exemplo, apesar de estar prevista na Constituição, não impede que a sociedade condene, desumanize e incite linchamentos quando essa classe de indivíduo entra em conflito com a lei. Realidade denunciada pelo documentário brasileiro “Casa dos Mortos”, gravado no HCT - manicômio judiciário em Salvador, Bahia. Inspirado na poesia de Bubu, um poeta com doze internações em manicômios judiciários, que desafia o sentido dos hospitais-presídios, instituições híbridas que sentenciam a loucura à prisão perpétua.¹³⁴

Outro ponto fundamental de reflexão é analisar as instâncias de poder relacionados aos sistemas punitivos - como as instituições judiciárias, ou as instituições prisionais - pois o que se tem visto no âmbito jurídico são discursos bonitos acerca de uma ressocialização ou função educativa da pena, discursos esses que como Foucault categoriza muito bem, são discursos de verdade ou que fazem rir?

“Discursos que podem matar, discursos de verdade e discursos - vocês são prova e testemunha disso - que fazem rir. E os discursos de verdade que fazem rir e que têm o poder institucional de matar são, no fim das contas, numa sociedade como a nossa, discursos que merecem um pouco de atenção.”¹³⁵

Muito se questiona acerca da idealização do sistema prisional, uma vez que a prática é uma realidade muito distante e diferente da defendida, a realidade é caótica. O cenário que se tem hoje é completamente devastado e usado como meio fim de afastar e

¹³³ Disponível em <<http://extra.globo.com/casos-de-policial/juiz-cita-verso-de-musica-com-palavrao-para-absolver-reu-por-desacato-fuck-you-17502568.html#ixzz4cud3h5GL>>. Acesso em 04 abr. 2017.

¹³⁴ Documentário Casa dos Mortos. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=noZXWFxdtNI&spfreload=5>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

¹³⁵ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais*. Tradução de Eduardo Brandão. 4ª Edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 7.

retirar “os monstros humanos” (conceituação de Foucault) ou “indecidíveis” (conceituação de Derrida) do convívio em sociedade.

E esse pensamento de que “monstros humanos”/“indecidíveis” devem ser retirados da sociedade, dá abertura para que movimentos radicais como o Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs, que foi analisado acima, sejam colocados em prática. Os adeptos desta teoria admitem uma lógica perversa que leva a exigência, por parte da sociedade, de mais rigor penal diante do crescimento da violência. De modo geral, a sociedade vê no crescimento do punitivismo a solução para os problemas da violência. E acerca da discussão sobre os limites do Direito Penal (maximalismo, reducionismo e abolicionismo) não se deixa de incluir a expansão do poder punitivo, com a introdução da figura do “INIMIGO” no Direito Penal.

Assim, na busca do chamado EFICIENTISMO PENAL dá-se início ao processo de redução ou supressão das garantias individuais, substanciais e processuais estabelecidas na tradição do direito de penalizarem (Iluminismo), e nas constituições e convenções internacionais.

E o que se tem visto é que muitas nações têm respondido à crescente ameaça de violência com endurecimento da legislação penal, mas a esta resposta em determinadas situações: ultrapassa até mesmo os limites do Direito Penal Máximo e criam uma nova figura do inimigo, também visto como não-cidadão ou não pessoa, de forma que a ele não se destinam as mesmas garantias reservadas ao cidadão, teoria esta idealizada por Jakobs.

Para Philip Zimbardo, o processo de criação da figura do “inimigo” social se origina com noções estereotipadas, “percepções desumanizadas deste outro, o outro como um ser imprestável, o outro como todo-poderoso, demoníaco, como um monstro abstrato, como uma ameaça fundamental a nossos mais caros valores e crenças.”¹³⁶

Outro ponto importante de análise é a esfera das decisões judiciais, estas que decidem a liberdade ou a detenção, a suposta luta entre o bom e o mau. O conceito de Nietzsche para o bom estabelece que a fonte do conceito do que é bom surge no lugar errado. Para ele:

“O juízo bom não provém daqueles aos quais se fez o bem. Foram os bons mesmos, isto é, os nobres, poderosos, superiores em posição e pensamento, que sentiram e estabeleceram a si e a seus atos como bons, ou seja, de

¹³⁶ ZIMBARDO, Philip. *O Efeito Lúcifer: Como pessoas boas se tornam más*. Tradução: Tiago Novaes Lima. 1ª Edição. Rio de Janeiro, RJ: Record, 2012. p. 32.

primeira ordem, em oposição a tudo que era baixo, de pensamento baixo, vulgar e plebeu.”¹³⁷

E segundo o que está escrito em *Os Anormais*, Foucault afirma, categoricamente, que não são os juízes que julgam e os psiquiatras os que apenas analisam a personalidade e a mentalidade dos sujeitos para se condenar ou não o indivíduo, há um conjunto de sistemas interligados, em que as funções de cada um são perdidas, de certa forma, e se confundem entre si.¹³⁸ Pois, ele afirma:

“O psiquiatra se torna efetivamente um juiz; ele instrui efetivamente o processo, e não no nível da responsabilidade jurídica dos indivíduos, mas no de sua culpa real. E, inversamente, o juiz vai se desdobrar diante do médico. Porque, a partir do momento em que ele vai efetivamente pronunciar seu julgamento, isto é, sua decisão de punição, não tanto relativa ao sujeito jurídico de uma infração definida como tal pela lei, mas relativa a esse indivíduo que é portador de todos esses traços de caráter assim definidos, a partir do momento em que vai lidar com esse duplo ético moral do sujeito jurídico, o juiz, ao punir, não punirá a infração. Ele poderá permitir-se o luxo, a elegância ou a desculpa, como vocês preferirem, de impor a um indivíduo uma série de medidas de readaptação, de medidas de reinserção. O duro ofício de punir vê-se assim alterado para o belo ofício de curar.”¹³⁹

Dessa forma, o autor faz uma séria crítica aos diagnósticos realizados em julgamentos de condenação para aqueles que infringem as normas penais, e aos termos utilizados em suas descrições, como por exemplo, "pouca nuance de caráter", "imaturidade psicológica", e outros.¹⁴⁰ Pois, na verdade, são esses diagnósticos (discursos que muitas vezes fazem rir) que tem direcionado os julgamentos em tribunais e as penas, como um justo e proporcionado castigo que a sociedade lança ao culpado, pois para a sociedade, o indivíduo merece, em vista da falta que o mesmo cometeu.

Assim, as conclusões dos exames médico legais têm o papel principal de legitimar, na forma de conhecimento científico, a extensão do poder de punir. A outra função demonstrada nessas avaliações é a de mostrar como o indivíduo já se parecia com seu crime antes de tê-lo cometido, o que é um problema muito sério, pois o diagnóstico está direcionado a um resultado rápido e estigmatizante do ser humano. O psiquiatra (podendo ser também, o

¹³⁷ NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral: Uma polêmica*. Tradução: Paulo César Lima de Souza. Primeira Dissertação, § 2. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2009.

¹³⁸ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais*. Tradução de Eduardo Brandão. 4º ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

¹³⁹ *IBIDEM*. p. 21.

¹⁴⁰ *IBIDEM*. p. 26.

psicólogo) se torna então um psiquiatra-juiz. E o crime acaba patologizado. Sendo disseminada a ideia de que uma anomalia psiquiátrica resulta em infrações penais.

A junção do médico com o judiciário implica num discurso moral do medo, e que tem por função detectar o perigo e opor-se a ele, de acordo com Foucault.¹⁴¹ E aqui há um grande confronto entre as realidades vividas e pregadas pelos sistemas judiciários. O sistema judiciário brasileiro, de forma geral, tem se reduzido a punir o indivíduo criminalizado. O Brasil é o terceiro país mais encarcerador do mundo!

Nilo Batista, em *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, afirma:

“O direito penal está para cumprir uma função social dos dias de hoje, o direito penal existe para cumprir finalidades, para que algo se realize. Dessa forma, o sistema penal foi reduzido a três subsistemas, três instituições, a instituição policial, a instituição judiciária e a instituição penitenciária instituições punitivas.”¹⁴²

O livro, *Os Anormais*, denuncia o tempo inteiro aquilo que é conhecido por todos, o Direito na prática não é justo, pelo contrário é desigual e estigmatizante. O direito é desigual, porque as pessoas não têm as mesmas condições de defender os seus direitos (Baratta), e o direito penal - principalmente o sistema penal - é evidentemente mais desigual que todos os outros direitos. Fato que se comprova na prática, pois, são os perfis (negro, jovem, pobre) que definem os encarcerados no Brasil! E, de acordo com Zaffaroni, são os 2/3 de excluídos, população pobre, mundialmente falando, que definem os encarcerados na América Latina.¹⁴³

Outro ponto interessante de análise é a relação entre Crime e Responsabilidade. No Brasil, conforme tipifica o artigo 26 do Código Penal, são imputáveis penalmente (ou deveriam ser) “as pessoas que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação, inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”¹⁴⁴

Dessa forma, a imputabilidade, é a possibilidade de se estabelecer o nexó entre a ação e seu agente, imputando a alguém a realização de um determinado ato. E a

¹⁴¹ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais*. Tradução de Eduardo Brandão. 4º ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 28.

¹⁴² BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 19.

¹⁴³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

¹⁴⁴ PLANALTO. Lei nº 2848 que institui o Código Penal. Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 07 abr 2017.

inimputabilidade rege sobre os que não podem responder por si judicialmente.

Foucault discorre um pouco sobre o poder de normalização, e para ele, os indivíduos são avaliados indefinidamente para saber se as suas condutas são as mesmas estabelecidas nas regras. Quando não são conforme às regras, os indivíduos são excluídos e punidos com penas de reclusão em sistemas carcerários.

Ainda, em seu livro, Michel Foucault define o *anormal* como a união das três piores figuras. Sendo o criminoso sexual: um monstro, incorrigível e um masturbador, portanto; ele é excluído três vezes pela sociedade. Assim, passa a ser necessário o controle dos corpos, e a punição deve vir também como meio para anular no sujeito os mecanismos de interesse que suscitaram o crime. Daí percebe-se que mesmo com o passar dos anos, o criminoso é visto da mesma forma e deve ser punido a qualquer custo, conforme analisado no Livro Vigiar e Punir.

Portanto, a realidade das prisões não mudaram muito desde há época dos suplícios, a atual situação carcerária brasileira é dramática e funciona como um novo processo adaptativo que é regido por um código penal não escrito, onde o sistema por si só é controlado.¹⁴⁵

Em um contexto que há mais presos que vagas nas celas; com regras específicas de comportamento, num lugar povoado de maldade, o qual é chamado por muitos de “escola do crime”, o sistema prisional hoje encontra-se falido e com grandes dificuldades de melhora, sendo que o atual índice de ressocialização dos presos no Brasil é ínfimo.

Contexto que pode ser resumido na frase célebre de Drauzio Varella “Numa cadeia ninguém conhece a moradia de verdade”.¹⁴⁶

Além disso, para a psicologia da aprendizagem, Anderson, John R. define: “aprendizagem como um processo pelo qual modificações duradouras ocorrem no potencial comportamental resultante da experiência”. Essa definição demonstra que a aprendizagem e as mudanças comportamentais surgem da experiência, experiências estas com o meio social, com a família, onde o ser encontra-se inserido. A aprendizagem é o mecanismo pelo qual os organismos podem adaptar-se às modificações ambientais, sendo uma atividade de extrema importância na cultura humana. E como não indagar sobre: o que um ser humano pode

¹⁴⁵ VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. 2ª. Edição. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2009. p.5.

¹⁴⁶ VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. 2ª. Edição. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2009. p. 11.

aprender ou adquirir de conhecimento ao ser inserido no brutal sistema carcerário brasileiro?

Para Drauzio Varella, “esse processo adaptativo é regido por um código penal não escrito, cujas leis são aplicadas com extremo rigor.”¹⁴⁷

Assim, fica fácil perceber o importante papel que o direito penal desempenha no controle social. Sob certas condições, pode ou deveria o direito desempenhar outras funções, como, por exemplo, a educativa, e mesmo a transformadora.¹⁴⁸

Mas isso não será possível por meio de uma falência institucionalizada do sistema penal brasileiro, que resume a sua eficácia a uma pena privativa de liberdade, que coloca aquele que infringe a lei penal, ainda mais próximo do crime e de suas organizações criminosas.

3.1. Diário de Detento

Dito isso, sendo inegável a realidade animalésca do sistema penal brasileiro, é necessário uma atenção especial aos discursos daqueles que vivenciam o encarceramento, denúncia narrada e bastante evidente na letra da música “Diário de um detento” da banda de rapper Racionais Mc's, que retrata a vida de um detento no sistema carcerário brasileiro.¹⁴⁹

Em alguns trechos destaca-se as dificuldades de se manter sã na cadeia:

**“ (...) O dia tá chuvoso. O clima tá tenso.
Vários tentaram fugir, eu também quero.
Mas de um a cem, a minha chance é zero.
Será que Deus ouviu minha oração?
Será que o juiz aceitou a apelação?
(...) Tirei um dia a menos ou um dia a mais, sei lá.
Tanto faz, os dias são iguais.
Acendo um cigarro, e vejo o dia passar.
Mato o tempo pra ele não me matar.
Cada crime uma sentença (...)
Cada sentença um motivo, uma história de lágrima sangue, vidas e glórias, abandono, miséria, ódio, sofrimento, desprezo, desilusão, ação do tempo.
Pronto: eis um novo detento.
Lamentos no corredor, na cela, no pátio.
Ao redor do campo, em todos os cantos (...)”**

“Hoje, tá difícil, não saiu o sol.

¹⁴⁷ VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. 2ª. Edição. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2009. p. 10.

¹⁴⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 22.

¹⁴⁹ Música: Diário de um Detento. composta por Mano Brown (1970) em parceria com o ex-detento Josemir Prado. Do quarto disco do grupo de rap **Racionais MC's**, *Sobrevivendo no Inferno*, lançado em dezembro de 1997.

Hoje não tem visita, não tem futebol.
Alguns companheiros têm a mente mais fraca.
Não suportam o tédio, arruma quiaca.
Graças a Deus e à Virgem Maria.
Faltam só um ano, três meses e uns dias.
Tem uma cela lá em cima fechada.
Desde terça-feira ninguém abre pra nada.
Só o cheiro de morte e Pinho Sol.
Um preso se enforcou com o lençol.”¹⁵⁰

“Comendo rango azedo com pneumonia (...)
Mas pro Estado é só um número, mais nada.
Nove pavilhões, sete mil homens (...)
Amanheceu com sol, dois de outubro.
Tudo funcionando, limpeza, jumbo.
De madrugada eu senti um calafrio.
Não era do vento, não era do frio.
Acertos de conta tem quase todo dia (...)¹⁵¹

Em outros, a ambiguidade entre a vida dentro da cadeia e a lá de fora:

“Minha palavra de honra me protege pra viver no país das calças bege.
(...) Tic, tac, ainda é 9h40.
O relógio da cadeia anda em câmera lenta
(...) mais um metrô vai passar.
Com gente de bem, apressada, católica.
Lendo jornal, satisfeita, hipócrita.
Com raiva por dentro, a caminho do Centro.
Olhando pra cá, curiosos, é lógico.
Não, não é não, não é o zoológico.
Minha vida não tem tanto valor.
Quanto seu celular, seu computador.”¹⁵²

E, ainda, as relações de poder entre policial e detento:

“Aqui estou, mais um dia.
Sob o olhar sanguinário do vigia.
Você não sabe como é caminhar com a cabeça na mira de uma HK.
Metralhadora alemã ou de Israel.
Estraçalha ladrão que nem papel.
Na muralha, em pé, mais um cidadão José.
Servindo o Estado, um PM bom.
Passa fome, metido a Charles Bronson.
Ele sabe o que eu desejo. Sabe o que eu penso (...)¹⁵³

“Fumaça na janela, tem fogo na cela (...)
Uma maioria de moleque primário. Era a brecha que o sistema queria.
Avise o IML, chegou o grande dia.
Depende do sim ou não de um só homem.

¹⁵⁰ Música: Diário de um Detento. composta por Mano Brown (1970) em parceria com o ex-detento Josemir Prado. Do quarto disco do grupo de rap **Racionais MC's**, *Sobrevivendo no Inferno*, lançado em dezembro de 1997.

¹⁵¹ *IBIDEM*.

¹⁵² *IBIDEM*.

¹⁵³ *IBIDEM*.

**Que prefere ser neutro pelo telefone (...)
Cachorros assassinos, gás lacrimogêneo.
Quem mata mais ladrão ganha medalha de prêmio!
O ser humano é descartável no Brasil.
Cadeia? Claro que o sistema não quis
(...) sangue jorra como água.
Do ouvido, da boca e nariz (...)
Mas quem vai acreditar no meu depoimento?
Dia 3 de outubro, diário de um detento.”¹⁵⁴**

O documentário “Sem Pena” produzido por Eugênio Puppó, também, retrata o sistema de justiça do país pela perspectiva das pessoas que o vivenciam e estimulam uma análise crítica relacionada à alta taxa de encarceramento e à falta de acesso à justiça no Brasil, aos entraves na execução das penas privativas de liberdade, às dificuldades enfrentadas pelos egressos, pelos detentos e por seus familiares, à ausência de infraestrutura nas prisões, à dificuldade de acesso ao serviço de assistência jurídica integral e gratuita, à possibilidade de fortalecimento do crime organizado dentro das prisões e às frequentes violações de direitos humanos.

Ao passo, que os cárceres brasileiros, em sua grande maioria, são povoados por pessoas quem cometem os seguintes crimes: assalto, crime de furto, tráfico e estelionato, conforme dados apresentados no documentário.¹⁵⁵ Claro que tem aqueles que cometeram crimes terríveis e perversos, mas não são esses que em grande maioria superlotam as celas. São pessoas cujos conflitos se dão na relação intrínseca e atual com a sociedade.

Por meio de vários depoimentos são denunciadas as adversidades vividas pelas pessoas presas e processadas criminalmente. Na fala de Mariangela Pinto, mãe de um preso que espera horas na fila para ver o seu filho, por vezes dorme na mesma, é denunciado o preconceito e as dificuldades enfrentadas por ela. Ela narra as dificuldades que enfrenta nos dias de visita, afirma que muitas condições são impostas, mas o problema é que as exigências mudam semanalmente, como as vestimentas autorizadas e comidas permitidas, por exemplo. Para ela o processo é uma tortura psicológica, é como se a família fosse criminosa e, desta

¹⁵⁴ Música: Diário de um Detento. composta por Mano Brown (1970) em parceria com o ex-detento Josemir Prado. Do quarto disco do grupo de rap **Racionais MC's**, *Sobrevivendo no Inferno*, lançado em dezembro de 1997.

¹⁵⁵ GOMES, Lourival. Secretário da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. *Documentário Sem Pena*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=2pctKmjMigQ>>. Acesso em 05 abr. 2017.

forma, a família passa a cumprir uma pena juntamente com o condenado.¹⁵⁶

Em um outro documentário “Pelo Direito de Recomeçar”, realizado pela Defensoria Pública do Estado do Tocantins em parceria com a Associação Nacional dos Defensores Públicos e Associação dos Defensores Públicos do Estado do Tocantins, essa realidade também é retratada. E no intuito de se ter mudanças efetivas, inúmeras entrevistas foram realizadas com pessoas egressas ou familiares de presos. Na fala de um pai, essa denúncia similarmente acontece: “A pena não puni apenas o condenado, mas sua família é também punida e de certa forma culpabilizada pela sua conduta criminoso.”¹⁵⁷ O que fica bastante evidente no que se refere as visitas, revistas vexatórias. Enfim, a família passa a cumprir uma pena quando passa pelas circunstâncias que englobam a vida do preso no cárcere.

O mesmo pai diz: “São jovens com pequenos delitos envolvidos com pessoas de alta periculosidade, que convivem da mesma maneira e que nessas mesmas condições se tornarão bandidos como qualquer outro.”¹⁵⁸

Pela fala das pessoas que vivenciam o sistema penal brasileiro, é incontestável as inúmeras violações aos direitos fundamentais e garantias constitucionais. Na prática, o que se faz é amontoar pessoas em celas para viverem como ratos, apenas comem (e muito mal, diga-se de passagem) e dormem. O ócio torna-se uma característica inerente aos cárceres brasileiros e quando as pessoas não têm ocupação, elas passam a não ter perspectivas de vida, pois todos os dias são iguais.

Além disso, o prejuízo psíquico de vítimas da violência sofrida nos cárceres é incalculável e não deve ser relevado jamais, por isso não se deve justificar a violência moralmente, pois a violência é injustificável, só assim a lei do olho por olho dente por dente poderia deixar de existir. A própria pena, em si, não seria uma violência, mas submete-los à inúmeras formas de violências dentro do cárcere é um processo mimético da violência.

Não se tem um trabalho sistemático e sério para com os encarcerados, pelo contrário, eles são colocados dentro do sistema, como forma de retirar os “inimigos” sociais

¹⁵⁶ PINTO, Mariangela. Jornalista. *Documentário Sem Pena*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=2pctKmjMigQ>>. Acesso em 05 abr. 2017.

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Cleber. Pai de detento. Documentário Pelo Direito de Recomeçar. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=YLrwdquiL4Y&t=943s>>. Acesso em 06 abr. 2017.

¹⁵⁸ OLIVEIRA, Cleber. Pai de detento. Documentário Pelo Direito de Recomeçar. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=YLrwdquiL4Y&t=943s>>. Acesso em 06 abr. 2017.

do meio social, como forma simplesmente de excluí-los da sociedade, dando uma falsa ideia de que se tem um “criminoso” à menos na rua, o que de fato não acontece. Sem falar que os mesmos, em determinado momento, retornam à sociedade.

Assim, dificulta-se a aplicação da Lei de Execução Penal (LEP), que tem por objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado;¹⁵⁹ e prevê inúmeras possibilidades de remissão de pena. O que na prática são discursos que fazem rir, conforme explicitado nas obras de Foucault.

Dessa forma, considerando a situação precária das instituições prisionais, também discute-se a real eficácia das mesmas em reduzir a incidência de crimes¹⁶⁰, pois a sua aplicação se justifica como meio de ressocialização, o que não ocorre na prática, pois os índices de reincidência são altíssimos.

Sem falar que, como já mencionado anteriormente, a tortura não é exceção, mas instrumento inerente ao sistema carcerário. As precaríssimas condições das prisões, onde viceja toda a ordem de violação da integridade e da dignidade humana, são em si mesmas torturadoras. O encarceramento massivo das camadas mais pobres da população, que é o mesmo povo periférico que sempre viu negado seus direitos e acesso aos programas sociais, se apresenta como uma política torturadora dos marginalizados.

No sistema prisional brasileiro a tortura se reinventa e amplia suas técnicas. Se dentro das prisões ela é multifacetada, na lógica do Estado Penal a tortura extrapola os muros das cadeias, iniciando-se na abordagem policial das pessoas pobres e se estendendo às famílias das pessoas presas através, por exemplo, da infame revista vexatória.

Ainda, de acordo com a teoria da rotulação, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre as pessoas, isto porque alguns responderão pelo crime cometido, outros não. Para Nilo Batista, o direito penal é desigual mais do que os demais direitos; o direito penal é utilizado pelos formuladores da lei para alcançar valores; com objetivo de acalmar a sociedade¹⁶¹, e para isso tipifica inúmeras leis no sentido de “promover o bem de todos”, para

¹⁵⁹ PLANALTO. Lei nº 7210 que institui a Lei de Execução penal. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 07 abr 2017.

¹⁶⁰ MACHADO, Vitor Gonçalves. *O fracasso da pena de prisão: alternativas e soluções. Panóptica: Revista Eletrônica Acadêmica de Direito*, p. 108-129, 2009.

¹⁶¹ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 19.

“mascarar” o cumprimento do artigo 3º, IV, da Constituição Federal.¹⁶²

Porém, não é a criação de leis penais que afasta a incidência de crimes penais, é, portanto, necessário adotar uma política criminal transformadora, não é prender, mas sim conjugar as políticas públicas. A falência institucionalizada do sistema penal brasileiro é resultado da política do aprisionamento.

¹⁶² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

4. A DISFUNCIONALIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A pena surge com uma finalidade específica, ou deveria, dentro do Direito Penal. Ela revela uma tentativa de recompor a organização social anterior ao crime.

No Brasil, no período colonial, imperava-se a vingança privada, sem nenhuma uniformidade nas formas de reação contra as condutas ofensivas. Em relação as formas punitivas, havia predomínio das corporais, sem tortura. Em 1603, chega ao Brasil as Ordenações Filipinas com uma ampla e generalizada criminalização e severas punições. Já em 1830 é sancionado o Código Criminal do Império do Brasil, primeiro código autônomo da América Latina, estabelecendo o sistema dias-multa, o princípio da legalidade, regras sobre tentativa, autoria e participação, noção de agravantes e atenuantes. Quanto às penas, o Código fixou as espécies e regras gerais de sua aplicação.¹⁶³

No período republicano “em 1937, Alcântara Machado apresentou um projeto de Código Criminal brasileiro, que acabou sendo sancionado, pelo decreto de 1940, como Código Penal, passando a vigorar desde 1942 até os dias atuais.”¹⁶⁴

“A pena é a mais importante das consequências jurídicas do delito. Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal.”¹⁶⁵

Assim, para o Código Penal de 1940, de acordo com as teorias da pena, a pena tem a função retributiva, ou seja, é uma forma de compensação do mal causado pelo crime (teorias absolutas) e preventiva, o fundamento da pena se dá na necessidade de evitar a prática futura de delitos (teorias relativas). Predominante, nos dias atuais, busca-se conciliar a exigência de retribuição jurídica da pena com os fins de prevenção geral e de prevenção especial (teorias unitárias). Assim, a pena se fundamenta por seus fins preventivos, gerais ou especiais.¹⁶⁶

¹⁶³ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 10ª Edição. Vol. 1. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 133.

¹⁶⁴ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 10ª Edição. Vol. 1. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 134.

¹⁶⁵ CALÓN, Cuello. *La moderna penologia*. p. 16 *apud* PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 10ª Edição. Vol. 1. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 512.

¹⁶⁶ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 10ª Edição. Vol. 1. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 519.

Para isso atualmente, há um consenso doutrinário que divide a finalidade da pena em duas dimensões de prevenção: o geral e o especial. O geral como dito mais acima, refere-se à totalidade dos indivíduos, à sociedade. Já o aspecto especial refere-se especialmente ao apenado/condenado. Ainda, essas dimensões geral e especial foram subdivididas em: aspecto positivo e negativo.

Cezar Roberto Bittencourt sustenta que a “prevenção geral fundamenta-se em duas ideias básicas: a ideia da intimidação ou da utilização do medo, e a ponderação da racionalidade do homem”.¹⁶⁷

Assim, para Rogério Graco, a prevenção geral negativa ou de “intimidação” representa “o temor que a pena pode produzir na sociedade, as pessoas não cometeriam mais delitos não porque é errado, mas por medo de sofrer uma sanção”.¹⁶⁸

O que vai de encontro ao pensamento de Nietzsche (trago acima), porém percebe-se que não apenas o medo é capaz de impedir infrações penais, pois se assim o fosse, países em que muito aplica-se o direito penal e penas severas seriam os de menor índices criminais, o que não é verdade.

Já a prevenção geral positiva, nomeada de prevenção integradora por Rogério Greco, tem por objetivo “a plena vigência do ordenamento jurídico por meio da fidelidade à norma, e mesmo que tenha sido violada por uma infração penal, continua plenamente vigente.”¹⁶⁹

Sobre a prevenção especial, Bittencourt define que esta não “busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais”.¹⁷⁰ A prevenção especial esta é direcionada ao próprio indivíduo apenado, na busca de um convencimento subjetivo para que o mesmo não volte a delinquir, medindo-se a pena por meios preventivos especiais, os quais visam ressocializar e reeducar o infrator da ordem jurídica, alcançando os demais integrantes da coletividade por meio da intimidação, para não

¹⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*, volume 2. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 77.

¹⁶⁸ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 490.

¹⁶⁹ *IBIDEM*. p. 490.

¹⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*, volume 2. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 80.

praticar crimes, demonstrando as conseqüências e punições legais desta prática.

A prevenção especial negativa tem por finalidade evitar a prática de crimes novos e posteriores ao cumprimento da pena, prevenir a reincidência. Porém ocorre que na prática a prevenção especial negativa não procura reeducar ou ressocializar o condenado, mas sim castigá-lo com a imposição de uma pena severa, que, concomitantemente, alcança uma satisfação social, com a finalidade de neutralizar as conseqüências da inferioridade do delinqüente.

Para Juarez Cirino dos Santos, “a prevenção especial negativa de neutralização do condenado mediante privação de liberdade – a chamada *incapacitação seletiva* de indivíduos considerados perigosos – (é) em princípio incontestável porque impede a prática de crimes fora da prisão”.¹⁷¹

A prevenção especial positiva tem por finalidade a reinserção do apenado ao corpo social, e a proposta é para que o retorno do indivíduo à sociedade seja feito da melhor forma possível. Assim, o caráter da pena é ressocializador, reeducador e reintegrador.

Para tanto, nessa hipótese reintegradora da prevenção especial positiva é deixado de lado o funcionamento e a realidade dos sistemas prisionais (ou carcerário), sendo que este sistema tem papel fundamental no desvirtuamento do delinqüente, construindo um quadro irreversível. É inadmissível acreditar na possibilidade de “melhorar” o infrator no contexto das prisões no Brasil.

Para Guilherme de Souza Nucci “a pena não deixa de possuir todas as características expostas: é castigo mais intimidação ou reafirmação do Direito Penal mais recolhimento do agente infrator e ressocialização”.¹⁷² O autor, desta forma, compreende que no Brasil a pena tem qualidades da prevenção especial negativa (castigo) e também da positiva (ressocialização), bem como da prevenção geral negativa e positiva, características de intimidação e de reafirmação do Direito Penal, respectivamente.

Deste modo, no decorrer da evolução da pena, surgiram inúmeras teorias para explicar a utilidade penal diante dos comportamentos sociais de cada época e da organização estatal, suas finalidades e características, e, acima de tudo, a figura do condenado como

¹⁷¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2005. p. 24-25.

¹⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 379.

sujeito passivo da atuação dela.

Em um primeiro momento, a pena foi vista como um meio de retribuir ao condenado o mal por ele causado, em virtude da infração cometida. Posteriormente, o caráter preventivo da sanção penal foi enfatizado e, em determinado momento, surgiram as teorias mistas que buscavam conciliar as teorias absolutas e as relativas.

Ocorre que as teorias dos fins das penas vem sofrendo severas críticas, pois há quem afirme que tal forma de prevenção não é tão eficaz diante do agente que não precisa ser ressocializado ou ter sua personalidade restabelecida para o bom convívio em sociedade.

Para Zaffaroni e Nilo Batista:

“Ao nível teórico, a idéia de uma sanção jurídica é incompatível com a criação de um mero obstáculo mecânico ou físico, porque este não motiva o comportamento, mas apenas o impede, o que fere o conceito de pessoa (art. 1.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e art. 1.º da Convenção Americana dos Direitos Humanos), cuja autonomia ética lhe permite orientar-se conforme o sentido. Por isso, a mera neutralização física está fora do conceito de direito, pelo menos em nosso atual horizonte cultural. Como no discurso anterior – do qual é complemento originário – o importante é o *corpo social*, ou seja, o correspondente a uma visão corporativa e organicista da sociedade, que é o verdadeiro objeto de atenção, pois as pessoas não passam de meras células que, quando defeituosas ou incorrigíveis, devem ser eliminadas. A característica do poder punitivo dentro desta corrente é sua redução à coerção direta administrativa: *não há diferença entre esta e a pena, pois as duas procuram neutralizar um perigo atual.*”¹⁷³

A pena privativa de liberdade aparece no sistema penal brasileiro em meados da década de 1940 (a reclusão e a detenção), e como bem exposto nas obras de Foucault, também quase que sem justificativa. “A origem recente da pena de prisão, explica-se pelo fato de que, no passado as verdadeiras penas eram a pena de morte, a mutilação, o exílio, o confisco, enquanto o encarceramento tinha escopo meramente processual, porque servia para assegurar, no processo, a presença do réu.”¹⁷⁴

No Brasil, condenado o réu à pena privativa de liberdade, deve cumpri-la sob regime fechado será ele recolhido a uma penitenciária, espécie do gênero estabelecimento penal, submetido ao que dispõe a Lei de Execução Penal - LEP.¹⁷⁵ Sucessiva intervenção, em três nítidos estágios, de três instituições: a instituição policial, a instituição judiciária e a

¹⁷³ ZAFFARONI, E. Raúl e BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003; p. 128.

¹⁷⁴ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Volume III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 137.

¹⁷⁵ PLANALTO. Lei nº 7210 que institui a Lei de Execução penal. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 07 abr 2017.

instituição penitenciária. A esse grupo de instituições chama-se sistema penal.

Cabe destacar, por derradeiro, que, embora desde o Século XIX imensos e significativos esforços tenham sido realizados no sentido de se conseguir, através da pena privativa de liberdade, resultados positivos na recuperação do delinquente, em face dos seus efeitos altamente insatisfatórios, essa pena passou a ser, sobretudo no século XX, objeto de críticas cada vez mais contundentes.¹⁷⁶

Na visão de Luiz Regis Prado, a crise manifesta das penas privativas de liberdade, além de motivar a discussão de seus caracteres mais intrínsecos, estimula o ceticismo quanto ao aspecto ressocializador, já que este se revelou ineficaz.¹⁷⁷

Destarte é inegável o poder destrutivo do encarceramento, sem falar que a pena privativa de liberdade em mais de 87% dos casos não cumpre com a sua função de prevenção especial positiva, nem negativa, muito pelo contrário.

O poder do enclausuramento é devastador e o psicólogo Philip Zimbardo comprovou isso, por meio de sua pesquisa que começou como um simples estudo sobre a vida na prisão, mas resultou em uma investigação profunda de algumas dinâmicas operativas na psicologia do aprisionamento. Para isso ele buscou as respostas das seguintes perguntas: “Como pessoas comuns se adaptam a tais cenários institucionais? Como a diferença de poder entre guardas e prisioneiros atua em suas interações diárias? Se você põe pessoas boas em lugares ruins, as pessoas triunfam ou o lugar as corrompe? A violência, endêmica à maioria das prisões reais, estaria ausente em uma prisão de bons garotos de classe média?”¹⁷⁸

4.1. O Experimento da Prisão de Stanford

O poder do enclausuramento é devastador e o psicólogo Philip Zimbardo pode comprovar essa realidade por meio de um famoso experimento realizado em Stanford. Stanford é uma Universidade de pesquisa privada situada em Palo Alto, no Estado da Califórnia, nos Estados Unidos da América. Uma das instituições mais prestigiadas do

¹⁷⁶ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 10ª Edição. Vol. 1. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 519.

¹⁷⁷ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 10ª Edição. Vol. 1. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 527.

¹⁷⁸ ZIMBARDO, Philip. *O Efeito Lúcifer: Como pessoas boas se tornam más*. Tradução: Tiago Novaes Lima. 1ª Edição. Rio de Janeiro, RJ: Record, 2012. p. 44.

mundo, com a maior seletividade para graduação, que compõe o ranking de diversas pesquisas e mediações nos Estados Unidos.

A história completa de sua pesquisa é contada no livro intitulado *O Efeito Lúcifer: como pessoas boas se tornam más*, em que estudantes universitários voluntários foram divididos aleatoriamente em guardas e prisioneiros num ambiente de prisão simulado. Porém, o que não se esperava, é que a transformação de caráter desses jovens se transformasse com apenas seis dias de experimento. Os estudantes transfiguraram-se em guardas violentos e perversos ou em prisioneiros emocionalmente abalados e instáveis, segundo Zimbardo.

Para o psicólogo social: “comportamentos indesejáveis em indivíduos e grupos exige o conhecimento das forças, virtudes e vulnerabilidades que eles carregam em uma determinada situação.”¹⁷⁹ Segundo o autor, é necessário “reconhecer mais inteiramente o complexo circunstanciais que operam em determinados cenários comportamentais.”¹⁸⁰

Outro ponto levantado pelo autor é que “qualquer ambiente que acoberte as pessoas no anonimato reduz sua sensação de responsabilidade social e cívica por suas ações.”¹⁸¹

Assim, ao investigar as causas psicológicas por trás de mudanças tão rápidas, assustadoras e devastadoras, Zimbardo permite um melhor entendimento sobre os diversos fenômenos amorais terríveis, de atos de prevaricação corporativa a genocídios organizados, e até como policiais, ou soldados, ou até os próprios presos, passam a abusar e torturar uns aos outros, em lugares ou ambientes hostis.

Como conclusão, o autor aponta para o paralelismo dos abusos que ocorreram no Experimento da Prisão de Stanford para os que ocorreram em Abu Ghraib em Guantanamo, uma vez que a dinâmica psicológica do experimento propiciou abusos terríveis, que podem ser encontrados em situações de encarceramento.

Ainda, é que “o poder penetrante, ainda que sutil, de um grande número de variáveis envolvidas em quaisquer circunstâncias pode dominar a vontade de resistir de um indivíduo.”¹⁸²

¹⁷⁹ *IBIDEM*. p. 15.

¹⁸⁰ *IBIDEM*. p. 16.

¹⁸¹ *IBIDEM*. p. 50.

¹⁸² ZIMBARDO, Philip. *O Efeito Lúcifer: Como pessoas boas se tornam más*. Tradução: Tiago Novaes Lima. 1ª Edição. Rio de Janeiro, RJ: Record, 2012. p. 17.

Há a possibilidade de um conjunto de processos de dinâmica psicológica que induz pessoas boas a fazerem o mal, dentre os quais a desindividuação, a obediência à autoridade, a passividade perante ameaças, as autojustificativas e a racionalização.¹⁸³

Por fim, um dos resultados encontrados no experimento é que as ferramentas do ofício da Inquisição ainda estão presentes em prisões ao redor do mundo, em centros civis e militares de interrogatório, onde a tortura é o procedimento operacional padrão, infelizmente, assim como ocorrem nos presídios brasileiros.

Assim, é preciso rever as questões apontadas por este experimento tão importante para os estudos acerca do quanto o encarceramento é prejudicial. Estes são os desafios que serão aprofundados em estudos futuros. Pois resta evidente que o Experimento da Prisão de Stanford não se resume apenas a esses dados aqui relatados.

¹⁸³ *IBIDEM*. p. 17.

CONCLUSÃO

É preciso mudar o entendimento ou a perceptiva de que política criminal é apenas o conjunto de procedimentos repressivos através dos quais o estado reage contra o crime. O campo da política criminal tem hoje uma amplitude enorme. A política criminal não pode reduzir-se a uma POLÍTICA PENAL, mas deve estruturar-se como política de transformação social e institucional, para a construção da igualdade, da democracia e de modos de vida comunitário e civil mais humanos.¹⁸⁴

Nesse sentido, a Política Criminal tem dimensão de políticas públicas integradas e, por esta razão, envolve: educação, transporte, saúde, emprego, cultura, esporte, lazer, moradia, desenvolvimento social, entre outros segmentos.¹⁸⁵ A política criminal deve ser vista como uma política de transformação social, que compreende a oferta do direito do cidadão na Constituição Federal. Na visão criminológica, a política criminal não deve ter apenas uma visão obtusa que trabalha apenas com polícia, justiça e sistema penitenciário.

Para Alessandro Baratta, jurista italiano, “olhar criticamente o direito penal” é mais que necessário, pois o Direito penal não defende todos os bens essenciais de todos os cidadãos de forma igual.

E nesta linha que o Direito Penal do Inimigo figura como uma das mais recentes teorias da criminologia e se torna uma das mais polêmicas e criticadas, ao passo que a tentativa de implementar um novo Direito Penal se torna possível, deixando o legislador totalmente livre para considerar as condutas objeto de criminalização, sendo que o aspecto social, com o objetivo de influir na estrutura da sociedade através da sanção criminal (fins da pena) influem nessa seleção de condutas criminalizadas. Constituindo-se, assim, mais um dos vários modelos de punir que surgem como reação contrária ao aumento da criminalidade, do processo mimético da violência e a identificação de indivíduos como inimigos do Estado e do corpo social.

Mas na realidade, o direito penal vigente é um produto de um equilíbrio de egoísmos e o respeito às leis é devido somente a um cálculo que os homens fazem sobre a dor e os efeitos de suas ações. E as relações de poder expressas nas questões jurídicas são formas

¹⁸⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 37.

¹⁸⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 37.

de poder de neutralizar, mitigar, capturar e desumanizar pessoas de determinadas classes sociais.

No entanto, na avaliação de Nietzsche, o conceito de justiça que prevalece na sociedade moderna é o da justiça burguesa.

Por fim, neste trabalho, muito já se disse sobre injustiça e as mazelas do controle penal, desde o seu surgimento, até os dias atuais, e que entre o isolamento e a sua hipocrisia, esse “controle” não passa de uma barbárie legalizada.

O Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo, é superado apenas pela China e pelos Estados Unidos da América, porém tem a maior taxa de crescimento da população carcerária, é a mais veloz do mundo. Nenhum país no mundo investiu tanto no encarceramento e nessa escala assustadora e assombrosa como o Brasil.

Enquanto países buscam alternativas diferentes da pena privativa de liberdade (na Suécia, os presídios estão sendo fechados), o Brasil prende jovens pobres, frequentemente negros, que foram capturados em flagrante, negociando substâncias ilícitas, sem uso de armas, sem prática de violência e sem vínculo com organizações criminosas. Possibilitando a judicialização da vida como forma de governamentalidade das instituições jurídicas, que como dispositivos de poder controla os corpos e os desumanizam.

Mas, rapidamente, a Justiça trata de reparar essa ausência de vínculo com as organizações criminosas com uma política ineficiente de depositar esses jovens nas sucursais do inferno (prisões), fazendo-os conviver com aqueles que já desenvolvem uma carreira criminosa tão bem organizados. Dessa forma, prepara-se uma bomba relógio para o país e para a vida desses jovens que se destruirão, provavelmente, na medida que tenderão a unir-se finalmente a estes outros grupos organizados.

Atualmente é gasto R\$ 1500,00 reais por mês por cada preso, para torná-los ainda piores! Claro que em prisões superlotados esse valor diminui bruscamente, chegando a R\$ 300,00 reais por mês para cada preso. Para Drauzio Varella “A cadeia é a escola do crime”.

Na visão do defensor público Bruno Shimizu “a postura do Ministério Público e do Judiciário é preconceituosa, de encarceramento da pobreza. E, na maioria das vezes, o Judiciário se comporta como o absoluto senso comum de toga.”¹⁸⁶

Conforme, muito bem dito por Marco Aurélio Mello, ministro do Supremo

¹⁸⁶ PUPPO, Eugênio. *Documentário Sem Pena*. <https://www.youtube.com/watch?v=2pctKmjMigQ>

Tribunal Federal: “Protecionista era a lei, não o juiz. O juiz tem que guardar uma postura de codistância, interpretar a lei e aplicá-la. No campo penal, eu digo justamente o contrário, RIGOROSA É A LEI, o juiz precisa humanizar a norma legal, que é uma norma fria, e perceber que as leis são feitas para homens e não os homens para as leis.”¹⁸⁷

Uma vez que, o processo mimético de reprodução da violência (o olho por olho dente por dente) tem sido a realidade do sistema carcerário, devido a condição da sociedade tentar justificar atos não justificáveis, há um agravamento da violência. Ex-presos se tornam, não raramente, movidos pelo ódio e pelas violações de direitos que os mesmos sofreram dentro do cárcere. E o prejuízo psíquico de ser vitimado pela violência não deve ser relevado jamais. Por isso, não se deve justificar a violência moralmente, pois ela por si só é injustificável.

A própria pena privativa de liberdade não deveria ser uma violência, mas submeter pessoas a inúmeras violações de direitos dentro do cárcere é um processo mimético da violência. E infelizmente no Brasil, não se tem um trabalho sistemático e sério para com os encarcerados, pelo contrário, eles são colocados dentro do sistema, como forma de retirar os “inimigos” sociais do meio social, como forma simplesmente de excluí-los da sociedade, dando uma falsa ideia de um “criminoso” à menos na rua, o que de fato não acontece. Isso, sem falar que esses indivíduos uma hora ou outra retornam à sociedade.

Para Luiz Fuganti (transcrição direta de sua fala) “A causa da injustiça nas sociedades modernas antes de tudo é a passividade na vida. Hoje em dia existe a moda de cultivar o respeito às diferenças, mas na verdade nós não amamos as diferenças, apenas toleramos a diferença e sempre só a toleramos desde que ela esteja mediada por uma forma de controle, por uma forma de segurança, se a diferença sair por aí se afirmando, sem controle, ela se torna uma ameaça e por isso deve ser abatida. É uma hipocrisia, cinismo, dizer que somos sociedades que cuidam das diferenças, porque não amamos a diferença, não podemos amar a diferença porque não cuidamos nem de nós mesmos, porque não nos tornamos fortes. Todo processo de diferenciação vira um atraso, um incômodo, uma ofensa a mim mesmo. Os sistemas de justiça estão aí para dar corda aos ofendidos, mas a ofensa é um grande negócio, é só a gente observar as práticas legais, a judicialização da vida, que acontece o tempo inteiro, a vontade de enquadrar, a vontade de processar, a vontade de lucrar com isso, mas não é um

¹⁸⁷ MELLO, Marco Aurélio. Ministro do Supremo Tribunal Federal. *Documentário Sem Pena*, de Eugênio Puppó. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=2pctKmjMigQ>>. Acesso em 05 abr. 2017.

lucro apenas econômico, é um lucro afetivo dos impotentes, é um meio de gozar, então a justiça é na verdade um meio de gozo para os impotentes.”¹⁸⁸

Por fim, é concludente a disfuncionalidade da pena privativa de liberdade, ao passo que não é uma forma eficaz de se evitar crimes, nem de diminuir a criminalidade, muito pelo contrário, o que se comprova pelos altos índices estatísticos da reincidência. Assim, é mais que necessário não só refletir, mas pensar um novo direito e sistema penal, não este que desumaniza e tira indivíduos do meio social, não dando condições para o mesmo se reinserir. Mas um novo olhar criminológico que pense nas pessoas em conflito com a lei, como as mais marginalizadas e as mais vulneráveis no meio social. É necessário uma amplificação da Justiça Restaurativa no Poder Judiciário, desde a sua implementação até a sua difusão na prática, e das penas alternativas à pena privativa de liberdade. E, para tanto, é fundamental um pensamento voltado à alteridade, essa que pode ser construída lentamente por meio de alternativas à pena privativa de liberdade.

Possíveis superações das condições sociais desumanizadoras são esperadas, para isso pesquisas são imprescindíveis. Pesquisas que apontem para a emancipação humana, entendida como um tipo de auto-experiência que surge a partir do momento em que o auto-entendimento se entrelaça como o aumento de autonomia individual e social, ensejando em uma grande revolução. “Então isso é uma revolução, uma revolução ética, quando falamos numa revolução ética não é um indivíduo que vai produzir. É uma sociedade, é uma cultura.”¹⁸⁹

O documentário “Pelo Direito de Recomeçar” trouxe essa visão ampliada da criminologia por diversos defensores públicos e psicólogos, preocupados com a efetivação do sistema penal, e segundo eles o documentário é “uma peça integrante da campanha homônima que objetivou a conscientização da sociedade sobre a importância da ressocialização no cumprimento da pena privativa de liberdade.”¹⁹⁰

Apesar do documentário abordar a realidade do sistema carcerário tocantinense no

¹⁸⁸ FUGANTI, Luiz. Filósofo, professor titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro, protagonista do Cinema Nômade. *Documentário Sem Pena*, de Eugênio Puppo. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=2pctKmjMigQ>>. Acesso em 05 abr. 2017.

¹⁸⁹ LIMA, Aluísio Ferreira de; CIAMPA, Antonio da Costa; & ALMEIDA, Juracy Armando Muriano de. *Psicologia Social como Psicologia Política? A proposta de Psicologia Social Crítica de Silvia Lane*. São Paulo, SP: Psicologia Política, 2009. 9(18), 223-236.

¹⁹⁰ PUPPO, Eugênio. *Documentário Sem Pena*. <https://www.youtube.com/watch?v=2pctKmjMigQ>

ano de 2013, essa realidade, infelizmente, é a brasileira nos anos de 2017 e a tendência é que ela só piore! E para mudar esse cenário não basta apenas construir novos presídios, o encarceramento é devastador, a vida lá dentro se torna indiferente. Não é clichê, o sistema prisional é falido, está falido. De acordo com Clarice Lispector, “O óbvio, Lóri, é a verdade mais difícil de se enxergar.”¹⁹¹

¹⁹¹ LISPECTOR, Clarice. *Clarice Lispector in: Uma Aprendizagem ou o Livro dos Prazeres*. Rio de Janeiro, RJ: Editora Rocco, 1998. p. 47.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo, SP: IBCCRIM, 2007.
- ASSIS, Rafael Damaceno. *A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro*. Revista CEJ, 11(39), 2007. p. 74-78.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do direito penal*. Rio de Janeiro, RJ: Revan, 2011. p. 85.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial, volume 2*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 80.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro. Brasília, 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 10 abr. 2016.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 27º. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
- _____. *Microfísica do poder: verdade e poder*. 16ª Edição. Rio de Janeiro, RJ: Edições Graal Ltda., 2001. p. 1-14.
- _____. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France*. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2002. p. 302.
- _____. “Omnes et singulatim”: uma crítica da razão política. In: DREYFUS, Hubert; RABINOW, Paul. *Estratégia, poder- saber*. Organização e seleção de textos, Manuel Barros de Motta; tradução de Vera Lúcia Avellar Ribeiro. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006a. p. 355-385. (Ditos e escritos IV)
- _____. *Os Anormais*. Tradução de Eduardo Brandão. 4º ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.
- GIRARD, René. *Aquele por quem o escândalo vem*. São Paulo: É Realizações Editora, 2011.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo (ou Inimigos do Direito Penal)*. Revista Jurídica. São Paulo, 2004. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em: 12 abr 2015.
- GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na convenção de Palermo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GRECO, Luís. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos, Ano VI, nº 7, p. 211 – 248, dez 2005.

GUTHRIE, W. K. C. *Os sofistas*. São Paulo: Paulus, 1995.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: Noções e críticas*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

KAZMIERCZAK, Luis Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

MACHADO, Vitor Gonçalves. *O fracasso da pena de prisão: alternativas e soluções*. *Panóptica: Revista Eletrônica Acadêmica de Direito*, p. 108-129, 2009.

MARTÍN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. *Escritos sobre Direito*. São Paulo: Edições Loyola, 2009. p. 28.

_____. *Genealogia da Moral*. Primeira dissertação, 1887, § 2.

OLIVEIRA, Ana sofia Schmidt de. *Como a Criminologia pode mudar a sua vida*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 7, n. 83, out 1999. p. 388.

ONOFRE, Elenice Maria Cammarosano. *A educação escolar entre as grades* [Versão digital]. São Carlos, 2007. 160. Disponível em <https://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=&id=ThypBAAAQBAJ&oi=fnd&g=PA29&dq=vigiar+e+punir+sistema+penal+brasileiro&ots=7t_8wCnoEq&sig=nMY9Bfzy7wHtx9oChmzkNZnhiE#v=onepage&q=lei%20de%20execu%C3%A7%C3%A3o%20penal&f=false>. Acesso em: 10 maio 2016.

PERES, M. F. T., & NERY Filho, A. *A doença mental no direito penal brasileiro: Inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança*. História das Ciências da Saúde, 9(2), 2002. p. 55-335.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *Eficiência e direito penal*. Barueri: Manole, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2005.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992.

WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho*. 2. ed. Madrid: Aguilar, 1971.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.