UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO

FERNANDA RAVAZZANO AZEVEDO LOPES

O CONCEITO NÃO REVELADO E AS FUNÇÕES NÃO DECLARADAS DA RESSOCIALIZAÇÃO: A RESPOSTA GARANTISTA À MANIPULAÇÃO DA LINGUAGEM

Salvador
2009

FERNANDA RAVAZZANO AZEVEDO LOPES

O CONCEITO NÃO REVELADO E AS FUNÇÕES NÃO DECLARADAS DA RESSOCIALIZAÇÃO: A RESPOSTA GARANTISTA À MANIPULAÇÃO DA LINGUAGEM

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação Stricto Sensu – Mestrado em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Profª. Drª. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado.

Salvador
2009

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDA RAVAZZANO AZEVEDO LOPES

O CONCEITO NÃO REVELADO E AS FUNÇÕES NÃO DECLARADAS DA RESSOCIALIZAÇÃO: A RESPOSTA GARANTISTA À MANIPULAÇÃO DA LINGUAGEM

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

_____
Nome: Dra. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado
Instituição: Universidade Federal da Bahia

_____
Nome: Dra. Maria Auxiliadora Minahim
Instituição: Universidade Federal da Bahia

_____
Nome: Érika Mendes de Carvalho
Instituição: Universidade Estadual de Maringá

Salvador, 30 de setembro de 2009

Aos meus pais Lia Maria e Paulo Roberto, aos meus irmãos e à minha avó Carmen Ravazzano, que sempre me incentivaram e me apoiaram.

Ao meu esposo Manuel Baqueiro, por estar ao meu lado em todos os momentos: “Você diz que me dará uma estrada deserta, tesouros apenas para contemplar, todas as riquezas da noite; você disse que me dará olhos na ofuscação da lua, um rio em tempos de seca, um abrigo na tempestade. Todas as promessas que fizemos, do berço à sepultura; quando tudo o que eu quero é você.” (*All I want is you – U2*).

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente a Deus, pois sem ele nada é possível, pois: “Bem-aventurado o homem que faz do Senhor a sua confiança” (Salmo 40). Aos meus pais, meus irmãos, em especial à Carol e minha avó Carmen pelo apoio incondicional e carinho constantes.

À minha orientadora Dra. Alessandra Rapassi, pelas valiosas lições e a atenção conferida. À professora Dra. Maria Auxiliadora Minahim, não apenas pelas contribuições no exame de qualificação, mas pelos ensinamentos durante o curso do Mestrado.

Agradeço ainda a todos os professores do curso do Mestrado da UFBA que contribuíram com o meu crescimento acadêmico: Neslon Cerqueira, Saulo Casali, Wilson Alves e Roxana Borges.

Um agradecimento especial ao professor Gamil Föppel pela amizade, pelos ensinamentos, dedicação e constante apoio e ao prof. Rodolfo Pamplona, também pela amizade e carinho.

Aos amigos do mestrado, que compartilharam comigo as alegrias e angústias do curso, em especial aos membros do “CAIA”: Cláudia Albagli, Davi Castro, Vicente Passos, Cláudio Azevedo, Bernardo Lima, Rafael Santoli, Vanessa Bacilieri, Matheus Barreto, Edval Borges, Tagore, Lizziane e aos membros do grupo “LP”: Fábio Roque, Bernardo Montalvão, Henique Quintanilha, Jackson Azevedo e Luana Rosário.

À Ana Thereza Meirelles pelo apoio e, em especial, pela orientação quanto à correção das regras da ABNT.

Aos Coordenadores dos cursos de Direito, professor Fredie Didier da Faculdade Baiana de Direito, professor Raimundo Andrade, da Faculdade Social da Bahia e à professora Renata Torres, da Faculdade da Cidade, pela compreensão e apoio.

Aos funcionários do Mestrado, pelo sempre pronto atendimento, em especial Jovino e Luiza.

Ao meu esposo, Manuel Baqueiro Abad, não apenas pelos ensinamentos, torcida, apoio, dedicação, mas por seu amor.

Imagine que não exista nenhum paraíso,
É fácil se você tentar.
Nenhum inferno abaixo de nós,
Sobre nós apenas o firmamento.
Imagine todas as pessoas
Vivendo pelo hoje...

Imagine que não exista nenhum país,
Não é difícil de fazer.
Nada porque matar ou porque morrer,
Nenhuma religião também.
Imagine todas as pessoas
Vivendo a vida em paz...

Imagine nenhuma propriedade,
Eu me pergunto se você consegue.
Nenhuma necessidade de ganância ou fome,
Uma fraternidade de homens.
Imagine todas as pessoas
Compartilhando o mundo todo.

Você talvez diga que sou um sonhador,
Mas eu não o único.
Eu espero que algum dia você junte-se a nós,
E o mundo viverá como um único.

(Imagine: John Lennon)

RESUMO

Esta pesquisa tem por escopo demonstrar o conceito não revelado e as funções não declaradas da “ressocialização”, desnudando o caráter simbólico do Direito Penal e, em especial, da Lei de Execuções Penais; para tanto, no primeiro título, abordou-se o uso da linguagem como instrumento de manipulação e a relação entre a linguagem, o Direito, o saber e o poder; estudou-se a figura do “bom” intérprete e a hermenêutica desejada, utilizada para reforçar as falsas verdades propagadas pelas classes dominantes, dentre as quais se vislumbra a ressocialização. A partir da análise dos dispositivos da Lei de Execuções Penais defendeu-se o uso de técnicas próprias de interpretação dos objetos culturais, em especial a técnica hermenêutica concretizadora, propondo-se uma interpretação conforme a Constituição. No segundo título deste trabalho, conferiu-se enfoque aos postulados da defesa social e o maniqueísmo bem/mal como orientadores do sistema penal; decerto, colhendo-se as lições de Nietzsche, Freud, Bergeret e Durkheim, concluiu-se que o homem é um “animal de rapina” que controla seus instintos para conviver em grupo. Diante de tal fato, o crime é algo natural e próprio das sociedades e o Direito Penal há de existir como instrumento que limita o poder de perseguir e punir do Estado e evita a vingança de sangue. Estudou-se brevemente o fundamento do poder de punir destacando-se o surgimento da ideologia da Defesa Social em Beccaria até Marc Ancel. Foram ainda observadas teorias que se valem da questão social para legitimar ou deslegitimar a pena. No título III, através das teorias da pena, pôde-se tratar das funções não reveladas da ressocialização e seu conceito não declarado, sustentando-se que o homem, ao praticar um delito, não perde sua condição humana, razão pela qual não é legitimo se falar em “re-socialização”; ademais, sob tal discurso o Estado passa a falsa idéia de que o recluso deve, portanto, ser submetido a um procedimento de “purificação” pelo ente estatal, para que retorne ao convívio em sociedade. Através do trabalho, do horário, da disciplina e da vigilância, castra-se intelectualmente o recluso e se deteriora sua identidade. Por fim, no título IV defendeu-se, por meio do garantismo penal e do uso da técnica hermenêutica concretizadora uma nova leitura da Lei de Execuções Penais.

Palavras-Chave: linguagem; função; pena; símbolo; ressocialização; purificação; trabalho; poder; Estado.

RIASSUNTO

Lo scopo di questa tesi è dimostrare il concetto ed le funzione non dichiarate della "risocializzazione", denudando il carattere simbolico dello Diritto Penale ed, in speciale, della Leggi di Esecuzione Penale; per tutte, nel primo titolo, fu studiato il uso del linguagio come strumenti di manipolazione ed la relazione mentre linguagio, Diritto, il sapere, ed il pottere; hai studiato la figura del "buono" interprete ed la desidera ermeneutica, che è utilizzata da consolidare le false vertiá che le classe dominante diffonde, alle quali si sviluppa la risocializzazione. Della analisi degli articoli della Leggi di Esecuzione Penale sono stato difenduto il uso delle tecniche di interpretazione proprie delle oggetto culturale, in speciale la tecnica ermeneutica di concretizzazione, proporsi una interpretazione di accordo con la Costituzione. Nel secondo titolo di questo lavoro, è metto a fuoco le postulati della difesa sociale ed il manicheismo buono/male come le guide dello sistema penale; in fatti, si adotta le lezione di Nietzsche, Freud, Bergeret ed Durkheim, si conclude che lo uomo essere un "animale di rapina" che reprimere gli istinti da convivere in gruppi. Nonostante, il crimine essere qualcosa naturale ed proprie delle società ed il Diritto Penale deve esistere come strumenti che limita il potere da perseguire ed punire del Stato ed impedire la vedetta di sangue. Hai studiato rapidamente il fondamento del potere di punire, distaccando il inizio della ideologie della difesa sociale in Beccaria a Marc Ancel. Furono osservate le teorie che si usano della questione sociale da leggitimare o non leggitimare la pena. Nel titolo III, attraverso le teorie delle pene fu possibile tratarsi delle funzione non rivellate della risocializzazione ed su concetto non dichiarato, affermandosi che il uomo, nel momento in cui pratica un delitto, non perdere su condizione umana, in ragione da cui non è leggitimo parlare in "ri-socializzazione"; malgrado, con questo argomento il Stato trasmettere la idea falsa di che lo prigioniero debe, poi, sottomersi a una procedura di "purificazione", in moddo di ricambiarlo abile ad convivere in società. Attraverso il lavoro, diciplina, orario, ed vigiglia, si annula la identidad del detenuto. Al fine, nel titolo IV si difendi, attraverso lo garantismo penale e del uso della tecnica ermeneutica di concretizzazione una nuova lettura della Legge di Esecuzione Penale.

Parole-Chiave: linguagio; funzione; pena; simbolo; risocializzazione; purificazione; lavoro; potere; Stato.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP – Ação Civil Pública

CF – Constituição Federal

DES. – Desembargador

HC – *Habeas Corpus*

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

LEP – Lei de Execuções Penais

MIN – Ministro

PRT – Procuradoria Regional do Trabalho

RDD – Regime Disciplinar Diferenciado

REL. – Relator

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... 14

TÍTULO I – O USO DA LINGUAGEM COMO INSTRUMENTO DE MANIPULAÇÃO ESTATAL E A CONSTRUÇÃO DAS FICÇÕES JURÍDICAS..... 18

1 A RELAÇÃO ENTRE A LINGUAGEM, O DIREITO E O PODER..... 19

1.1 ACEPÇÕES DO TERMO "PODER": O LEVIATÃ..... 19

1.2 O SABER E O PODER..... 22

1.3 A COMPARTIBILIZAÇÃO DO PODER E A VIGILÂNCIA..... 25

1.4 O PODER EM PASÁRGADA..... 26

1.5 OS VERDADEIROS FATORES REAIS DO PODER..... 28

1.6 FUNÇÃO SIMBÓLICA DA LINGUAGEM E A RELAÇÃO DE PODER..... 32

2 A FIGURA DO "BOM" INTÉRPRETE E A HERMENÊUTICA DESEJADA: UMA ABORDAGEM DA LEI 7210/84 E DA RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ..... 34

2.1 OS CIENTISTAS E SEUS MÉTODOS..... 36

2.2 A INTERPRETAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS E OS OBJETOS CULTURAIS..... 44

2.2.1 A insuficiência das regras tradicionais de interpretação: aproximação entre as normas constitucionais e as normas penais..... 48

2.2.2 A tópica e retórica: análise do art. 127 da LEP..... 51

2.2.3 A técnica hermenêutica-concretizadora: estudo do *Habeas Corpus* nº 95.423-RS..... 57

2.2.4 A sociedade aberta dos intérpretes..... 63

2.2.5 Teoria da Argumentação jurídica..... 51

3 A CONSTRUÇÃO DAS FICÇÕES JURÍDICAS E A LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA: EM BUSCA DO SIMBOLISMO DA LEI 7210/84..... 68

3.1 OS ÍDOLOS DE BACON..... 68

3.2 O MITO, A LINGUAGEM E O SEU PAPEL NA SOCIEDADE PARA

CASSIRER..... 70

3.3 A LEGISLAÇAO SIMBÓLICA 72

3.3.1 Símbolo, simbólico e simbolismo: delimitação semântica..... 72

3.3.2 Simbolismo na estrutura social como legitimador do sistema político e o uso da força..... 74

3.3.3 A legislação simbólica 76

3.3.4 A constitucionalização simbólica, o Direito Penal Simbólico e a Lei de Execuções Penais..... 78

TÍTULO II – OS POSTULADOS DA DEFESA SOCIAL E O MANIQUEÍSMO BEM/MAL..... 89

1 DA NECESSÁRIA ABORDAGEM DO MANIQUEÍSMO BEM/MAL, REGRA/CASTIGO, MORAL/AMORAL E O DESEJO PELA PUNIÇÃO..... 90

1.1 A GENEALOGIA DA MORAL: CONFUSÃO ENTRE DIREITO, MORAL E RELIGIÃO..... 90

1.2 A PUNIÇÃO E A EXPIAÇÃO DOS PECADOS: CULPA, RESSENTIMENTO E COISAS AFINS EM FREUD E NIETZSCHE..... 92

1.3 A VIOLÊNCIA FUNDAMENTAL 97

2 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DA JUSTIFICATIVA DO EXERCÍCIO DO PODER DE PUNIR DO ESTADO..... 99

2.1 ENFOQUE DA JUSTIFICATIVA DA PUNIÇÃO NA ANTIGUIDADE..... 99

2.2 RELAÇÃO ENTRE A PUNIÇÃO E A TEOLOGIA..... 101

2.3 BREVES OBSERVAÇÕES SOBRE A ESCOLA PENAL CLÁSSICA E A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL..... 102

2.4 A ESTATÍSTICA MORAL OU ESCOLA CARTOGRÁFICA..... 105

2.5 BREVE ENFOQUE DA ESCOLA PENAL POSITIVISTA E O OUTRO (?) ENFOQUE DA DEFESA SOCIAL E O CARÁTER ETIOLÓGICO..... 107

3 A DEFESA SOCIAL..... 111

3.1 ADOLPHE PRINS E A PRIMEIRA DOUTRINA DA DEFESA SOCIAL..... 111

3.1.1 O homem perigoso..... 113

3.1.2 Críticas necessárias..... 115

3.2 FILLIPO GRAMATICA..... 116

3.3 A NOVA DEFESA SOCIAL..... 119

4 NOVAS VERTENTES DA CRIMINOLOGIA E A QUESTÃO SOCIAL..... 123

4.1 TEORIA ESTRUTURAL-FUNCIONALISTA DA ANOMIA EM DURKHEIM E MERTON..... 124

4.2 LABELING APPROACH (PARADIGMA DA REAÇÃO SOCIAL) E AS CIFRAS OCULTAS DA CRIMINALIDADE..... 126

4.3 MOVIMENTO DA LEI E ORDEM..... 129

4.4 DIREITO PENAL DO INIMIGO..... 133

4.5 TEORIAS DA SOCIALIZAÇÃO DEFICIENTE..... 135

TÍTULO III – O CONCEITO NÃO REVELADO E AS FUNÇÕES NÃO DECLARADAS DO TERMO "RESSOCIALIZAR"..... 137

1 A FUNÇÃO DA PENA NO DIREITO PENAL LIBERAL: A PREVENÇÃO E A RETRIBUIÇÃO COMO CONSOLIDAÇÃO DO CAPITALISMO..... 138

1.1 A MORAL E A JUSTIÇA E O CARÁTER RETRIBUTIVO DAS PENAS..... 141

1.2 A TEORIA DA PREVENÇÃO GERAL..... 147

2 O ESTADO SOCIAL INTERVENCIONISTA E O MITO DA "RESSOCIALIZAÇÃO"..... 152

2.1 A PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA E NEGATIVA..... 157

2.2 A TEORIA DIALÉTICA UNIFICADORA..... 159

3 ANÁLISE DO CONCEITO NÃO REVELADO DO TERMO "RESSOCIALIZAÇÃO"..... 161

3.1 ANÁLISE ETIMOLÓGICA DO TERMO "RESSOCIALIZAR"..... 161

3.2 QUE É FATO SOCIAL? A QUEM INTERESSA?..... 165

4 A FUNÇÃO NÃO DECLARADA DA "RESSOCIALIZAÇÃO"..... 167

4.1 A CASTRAÇÃO DOS INDIVÍDUOS E O PROCESSO DE "PURIFICAÇÃO"..... 168

4.1.1 O estigma e a deterioração da identidade..... 168

4.1.2 O *comportamento desviante* e o *correcionalismo*..... 173

4.2 O TRABALHO E A DISCIPLINA: O PRESO COMO ENGRENAGEM DA MÁQUINA CAPITALISTA..... 176

4.2.1 O controle social: a disciplina, o horário, a vigilância e o trabalho..... 176

4.2.2 A disciplina e a sanção: o controle através do castigo..... 181

4.2.3 O trabalho como forma de exploração do indivíduo; a concepção ainda atual do "*animal laborans*" e do "*homo faber*"; o perigo da alienação..... 187

4.2.4 A "desaculturação" do indivíduo e a "culturalização prisional"..... 192

TÍTULO IV – QUAL FUNÇÃO DA PENA?..... 195

1. DA NECESSÁRIA LEGITIMAÇÃO..... 196

1.1 A RESPOSTA GARANTISTA..... 196

1.1.1 A não adoção do abolicionismo..... 199

1.1.2. A não adoção da Criminologia Radical e do *labeling approach*..... 207

1.1.3 Não adoção do funcionalismo sistêmico Radical..... 212

1.1.4. Não adoção do funcionalismo teleológico moderado..... 213

1.2 RELEITURA DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS SOB O ENFOQUE GARANTISTA..... 216

1.2.1 A exposição dos motivos da Lei: a Nova Defesa Social..... 217

1.2.2 A coisa julgada penal..... 222

1.2.3. A individualização da pena e o Exame Criminológico..... 224

1.3 A INTRERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO: TÉCNICA HERMENÊUTICA CONCRETIZADORA..... 226

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 229

7 REFERÊNCIAS..... 235

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho propõe uma análise interdisciplinar da problemática acerca da relação entre o homem e a sociedade, a criação das regras e a imposição dos castigos, para, num momento posterior, se analisar especificamente a ficção jurídica ressocialização; assim sendo, serão utilizadas as lições não apenas do Direito, mas da Sociologia, Filosofia, Psicologia e Hermenêutica.

Decerto, da análise do título desta dissertação exsurgem duas finalidades: desnudar o conceito não revelado da ressocialização e trazer à lume suas funções não declaradas. Para tanto, é mister que se compreenda que existe um discurso oficial do Estado e um outro não oficial; após esta constatação, passa-se ao estudo dos instrumentos colocados à disposição do ente estatal para a manutenção da sociedade no falacioso discurso revelado. De fato, a linguagem, por meio da qual o Direito se revela, é valiosa ferramenta para a criação das ficções jurídicas, dos mitos e ídolos – dentre os quais o ponto fulcral deste trabalho, a ressocialização – de tal sorte que mantém a sociedade sem se aperceber do seu engano.

Assim sendo, no primeiro título desta dissertação se objetivará analisar a relação entre a linguagem, o saber, o poder e as ficções jurídicas. Por conseguinte, aqueles que detêm o poder informam qual é o saber oficial e fazem uso da linguagem para criar as regras que lhes convém, bem como as sanções em caso de seu descumprimento. São elaborados dogmas, verdades absolutas – que não existem, pois somente há verdades parciais sobre os objetos – para se esconder da sociedade as reais intenções do grupo dominante; é criada ainda a figura do "bom" intérprete, que são pessoas devidamente autorizadas e orientadas a extrair dos objetos de estudo o significado desejado por esta classe dominante.

Por conseguinte, a ressocialização é um dogma, uma vez que se entende que é esta a função da pena e tal discurso é dito e repetido ao longo dos anos. Para romper com esta "verdade absoluta" e se desconstruir o discurso oficial é preciso que o homem faça uso de novos métodos de interpretação das normas, lastreados no juízo crítico, na pré-compreensão e no uso da argumentação, que incita a racionalidade. Com efeito, serão analisados os métodos da tópica-retórica, a técnica hermenêutica concretizadora e a teoria da argumentação jurídica, sem descuidar do objeto de estudo deste trabalho, ou seja, analisando a aplicação de cada método na interpretação dos dispositivos da Lei de Execuções Penais e demais legislações e julgados acerca da execução penal no Brasil.

Com o uso de tais métodos se busca demonstrar que é possível reinterpretar de maneira distinta a Lei 7210/84 e os entendimentos dos principais tribunais sem que se recorra ao falacioso discurso ressocializador. Através da ciência da pré-compreensão do intérprete, da análise do caso concreto, orientada pelo uso dos *topoi* e limitada pela Constituição, é possível se libertar do dogma da ressocialização; ao final deste título se analisará a função simbólica do Direito e da Lei de Execuções Penais.

No título II desta dissertação se observará o pensamento de Nietzsche, Freud e Jean Bergeret acerca da natureza do homem, constatando-se que o ser humano é um "animal de rapina", que controla seus impulsos, seus ímpetos para conviver com os demais homens; trata-se de duas forças contrapostas que devem ser sopesadas e equilibradas: de um lado, sua animalidade, sua necessidade de sobreviver e, de outro, sua vontade de se agregar, de se socializar. Diante desta tensão, o homem vive com o homem, mas tal convivência não é pacífica. São criadas leis para controlar essa relação, mas estas mesmas leis nem sempre traduzem a vontade real da sociedade, mas sim a vontade de um grupo que domina a sociedade – domínio este, no mais das vezes, econômico.

Em razão da existência em grupo, das relações sociais, das regras, impõem-se os castigos, o "bem" e o "mal", a "moral" e a "amoralidade", e passa-se à análise breve do fundamento da punição para o homem ao longo da história, atentando-se para o surgimento da ideologia da Defesa Social em Beccaria, na Escola Positivista – onde se analisará especificamente o pensamento de Lombroso e Ferri – para, enfim, se debruçar detidamente na Defesa Social de Prins, Gramatica e, por fim, Marc Ancel. Tais estudos são necessários para que se compreenda como a questão social interfere na função da pena e como foi construído e difundido o ideal ressocializador.

Destarte, o título II encerra-se com a exposição das recentes teorias que se valem da questão social para legitimar ou deslegitimar o Direito Penal, salientando-se que as teorias abolicionistas e funcionalistas serão estudadas ao final deste trabalho, quando se defenderá de forma veemente o garantismo como a única solução viável e honesta para a desconstrução da ressocialização e se explicará porque não se adotará as demais teorias.

O título III cuidará da apropriação do discurso oficial da ressocialização, ou seja, da apresentação, num primeiro momento, das funções da pena e do papel do Estado na eleição dos bens jurídicos e intervenção na vida social para a manutenção dos interesses do grupo dominante, desembocando no Estado intervencionista e na função da prevenção especial positiva.

Em seguida, traça-se o conceito não revelado da ressocialização, analisando-se sua origem etmológica, com destaque para o uso do prefixo “re” e toda a carga de valores que se esconde por trás deste signo; ademais, serão utilizadas as lições de Durkheim acerca do que é fato social, o que é crime e a socialização dos indivíduos. Será demonstrado, portanto, o uso deste termo para passar a falsa noção à sociedade de que o homem ao praticar um crime perde sua condição humana, torna-se não social – e a sociabilidade é uma característica inerente do ser humano – e apenas o Estado, através da imposição da pena, é capaz de purificá-lo e devolvê-lo à comunidade apto a tecer suas relações normais. O indivíduo “mau” deve ser retirado do convívio dos homens “bons” para que não os contamine; em seguida é submetido a um tratamento para se “re” – novamente – socializar – ser homem.

Ainda no título III serão reveladas as funções não declaradas da ressocialização, quais sejam, a deterioração da identidade do homem, a destruição de sua individualidade, a ritualização do seu corpo e mente, que se dá através da imposição do trabalho, do horário, da disciplina e da vigilância, a tal ponto que ele se torna uma mera engrenagem da máquina capitalista. Há a exploração de sua mão-de-obra e a perda de sua consciência, pois para que haja a sua reeducação, é preciso que ele seja submetido a uma série de atos que o conduza ao adestramento.

No último título desta dissertação se tratará da função da pena numa perspectiva garantista, explicando-se porque não se adota como solução o abolicionismo, o *labeling approach*, a Criminologia Radical, o funcionalismo sistêmico radical, o funcionalismo teleológico moderado, sem, contudo, deixar de colher importantes lições, críticas e questionamentos à pena e ao Direito Penal trazidas por estas teorias.

Outrossim, é sabido que o sistema carcerário atual resta falido; todavia, se defende a relegitimação do Direito Penal, pois se trata de importante instrumento limitador do poder punitivo do Estado. Não se pode crer no discurso utópico de uma sociedade livre, justa e igualitária, onde todos respeitam as regras e convivem pacificamente, sem que haja a necessidade de existir o Direito Penal e a pena. Não se pode defender a sociedade disciplinada nem a sociedade selvagem, uma vez que tais modelos nunca existirão ou sobreviverão.

Diante de tal constatação, há de se trabalhar o Direito Penal, sobretudo a pena, para que ela seja aplicada da forma menos agressiva possível, e, aos poucos abandonar a pena privativa de liberdade. A inexistência do Direito Penal autorizaria a vingança de sangue, o que acarreta riscos e afronta as garantias do cidadão.

Defende-se, portanto, com fulcro no garantismo de Ferrajoli que apenas os ataques mais graves do homem perpetrados aos bens jurídicos essenciais ao convívio da sociedade sejam punidos; a pena privativa de liberdade deve ser a exceção e a regra as penas alternativas – que não serão mais alternativas – e quando for a única solução viável, há de ter no máximo 10 (dez) anos de duração, independente da natureza gravosa do crime. Assim sendo, propugna-se ainda pela coisa julgada penal, ou seja, o respeito integralmente pela sentença penal condenatória com trânsito em julgado, sem se permitir a mudança de seu teor no curso da execução da pena, sem que haja progressão ou regressão de regime, a imposição de prêmios e castigos, pois através de tal discurso o Estado tece juízo de mérito ao condenado, afirmando se ele é merecedor ou não de um benefício ou de sua revogação.

O sistema de prêmios e sanções dentro da execução penal, bem como a realização dos exames criminológicos apenas demonstram a consagração do ideal ressocializador que é totalmente rechaçado pelo garantismo; há de se observar ainda, no cumprimento da pena, os direitos e garantias fundamentais do homem.

Por fim, propõe-se uma releitura da Lei de Execuções Penais tendo em vista a teoria do garantismo através do emprego da técnica hermenêutica concretizadora, alcançando, dessa forma, uma interpretação conforme a Constituição.

TÍTULO I - O USO DA LINGUAGEM COMO INSTRUMENTO DE MANIPULAÇÃO ESTATAL E A CONSTRUÇÃO DAS FICÇÕES JURÍDICAS

Insta salientar a importância do presente tema, uma vez que o Direito é objeto cultural[1], produto da vontade do homem, e é representado pela ferramenta primordial da comunicação humana, qual seja, a linguagem. Porém, cumpre ressaltar que o Direito, embora seja expresso por meio da linguagem, não se resume a esta, conforme ensina Paulo Pimenta:

> Não se deseja afirmar, entretanto, que o Direito se reduz à linguagem. Admite-se a pluridimensionalidade desse objeto, sendo ressaltado, todavia, apenas um aspecto de sua manifestação.
>
> No sentido clássico, a linguagem pode ser definida como um "método exclusivamente humano e não instintivo, de comunicar idéias, emoções e desejos por meio de sistema de símbolos produzidos de maneira deliberada". [2]

Tratar da linguagem como instrumento de manipulação torna-se imprescindível para se alcançar a finalidade deste trabalho: a revelação das funções não declaradas da ressocialização – ficção jurídica – salientando o papel dos fatores reais de poder na manutenção do "auto-engano"[3] da sociedade.

Neste sentido, a linguagem possui diferentes usos[4], a saber: o uso descritivo – utilizado para informar o estado de coisas; desempenha também a função expressiva – sendo meio de demonstração de sentimentos; há o uso diretivo, em que o homem se vale da linguagem para induzir alguém a fazer algo; a função operativa ou performativa – em que as palavras são usadas para descrever um estado de ânimo; e, por fim, o uso prescritivo, que tem por finalidade usar a linguagem para impor comportamentos humanos.

Através do estudo do uso da linguagem como instrumento de manipulação por aqueles que possuem o domínio da sociedade – com a conseqüente criação de ficções jurídicas, dentre as quais se encontra a ressocialização – será demonstrado ainda neste primeiro capítulo o uso dos métodos na interpretação das normas para a extração dos valores desejados por aqueles que ditam as regras da sociedade. Com efeito, passa-se, num segundo

---

[1] Conforme será adiante analisado.
[2] PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas.** São Paulo: Max Limonad, 1998, p 26.
[3] Tal expressão foi cunhada por Habermas, referindo-se ao estado de cegueira que se encontra uma sociedade, incapaz de perceber os equívocos nos quais se encontra mergulhada, e, portanto, impossibilitada de exercitar a "auto-crítica" e, por conseqüência, libertar-se de tais erros. (Cf. HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse**. Rio de Janeiro: Zahar, 1982).
[4] Cf. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas.** São Paulo: Max Limonad, 1998.

momento, à análise mais detida da legislação nacional, conferindo destaque aos dispositivos concernentes à execução penal.

1 A RELAÇÃO ENTRE A LINGUAGEM, O DIREITO E O PODER

Passa-se a tratar da relação entre a linguagem, o Direito e o poder, que desencadeará na figura do "bom" intérprete[5]. Assim sendo, deve o hermeneuta buscar extrair do objeto de estudo seu sentido e referência de acordo com as normas pré-dispostas pela sociedade, de sorte a legitimar e manter um poder atuante. Decerto, para bem castrar[6] os indivíduos e subjugar a sociedade, o Estado se vale do Direito – que apenas se realiza por meio da linguagem e, portanto, é instrumento de manipulação – e da confusão entre o Direito, a moral e a religião[7], para construir verdades, que não podem ser contestadas.

1.1 ACEPÇÕES DO TERMO "PODER": O LEVIATÃ

Neste trabalho, o termo "poder" será utilizado referindo-se ao grupo dominante que controla a sociedade, em espcial a instituição Estado. É certo que a palavra "poder" possui diversos significados; diante disto, é essencial que se limita o âmbito de seu uso para evitar futuros equívocos.

Em Leviatã[8], Hobbes pontua que o homem não é sociável por natureza; em verdade, cria a figura "Estado" em razão da necessidade que passa a sentir de se proteger. Um homem sozinho, ou dois homens, ou um pequeno grupo, ou ainda um grande grupo não sobrevive sem um líder, sem um homem artificial que lhes garanta a proteção tanto interna quanto externa. Diante da insegurança e das vaidades humanas, é criado o Estado.

Naturalmente, o homem vive em constante batalha contra o seu semelhante, objetivando sobreviver. O estado de natureza é o estado de iminente guerra civil, a que todos os homens estão expostos quando não possuem um poder central para protegê-los e orienta-los. Este poder é o soberano, e pode ser tanto uma assembléia ou um Rei.

---

[5] Que será analisado ainda neste título.
[6] A palavra "castrar" será empregada neste trabalho no sentido de "anular" intelectualmente os homens.
[7] A confusão entre Direito, moral e religião será analisada no próximo título deste trabalho.
[8] Cf. HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

Celebra-se um contrato entre os indivíduos[9], que doam parte de suas liberdades ao poder central, que irá orientá-los a exercer seus direitos sem macular o direito do próximo e, o principal, lhes trará segurança e paz.

Para tanto, afirma Hobbes, é preciso que o soberano controle os seus súditos, e isto se dá através da imposição do medo[10], do terror; ora, um homem temeroso é fraco, tende a aceitar qualquer argumentação para que este sentimento seja afastado e o grupo dominador resta legitimado a adotar qualquer postura que assegura a "paz" da comunidade. Para o autor, o cidadão tem limites; o Estado soberano não:

> **Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim civitas. É esta a geração daquele grande Leviatã**, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele Deus Mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa. Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, **é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país, e ela ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros**. É nele que consiste a essência do testado, a qual pode ser assim definida: Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurara paz e a defesa comum.[11] (grifos aditados)

Tal visão, todavia, há de ser rechaçada, pois o governo é formado, comumente, pelo grupo dominante na sociedade, que impõe sua vontade e seleciona valores que, não raro, não interessam a toda a sociedade. Aceitar acriticamente que o Estado deve impor sua vontade aos súditos e estes não podem questioná-la, significa aceitar que as verdades podem ser ditas sem razão, dogmas podem ser criados e serão observados ainda que se compreenda a ilicitude destes. Especificamente observando o tema central deste trabalho, percebe-se que há, de fato, a aceitação do discurso ressocializador sem que os cidadãos questionem sua legitimidade. Para que haja a desconstrução deste conceito, há de se analisar criticamente as posições do Leviatã. Convém adotar a crítica formulada por Hulsman à figura do Leviatã:

> A se crer no que algumas pessoas dizem, a vida social não teria nenhum outro ancoradouro a não ser o sistema penal. Ora, mesmo no Ocidente e no século XX, a **sociedade** não deve ser confundida com o **Estado** e as instituições estatais.

---

[9] Cf. HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

[10] E não é justamente o que o governo dos países propõem? A obediência cega através do medo? Medo do desemprego, do aumento da violência, da fome e da miséria. Conforme será estudado mais adiante, a cultura do terror, o sentimento de emergência, legitima qualquer poder, democrático ou ditatorial, a fazer o que bem entender. O Estado é sabedor das fraquezas do povo, e o medo é o seu ponto mais fraco: com o discurso falacioso de que apenas sob sua tutela se terá a paz, os cidadãos autorizam o ente estatal a adotar medidas anti-garantistas, pois o discurso da paz é consagrado através do discurso do medo.

[11] HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** São Paulo: Martin Claret, 2002 p. 61

> A sociedade, para cada um, significa, em primeiro lugar seus vínculos pessoais, suas relações de trabalho, de vizinhança, de lazer, seus interesses partilhados com os outros: sua igreja, seu bairro, sua comunidade, etc. Por que deixar o Estado, poder freqüentemente anônimo e longínquo, o cuidado – exclusivo – com a resolução dos problemas nascidos de nossos contatos mais pessoais?[12]

O perigo de se aceitar esta idéia formulada por Hobbes, do Estado como ser artificial, criado pelos homens por sua livre vontade, com poderes ilimitados, que implementa, por meio do terror, medidas para controlar a sociedade é acreditar em tudo que o grupo que está no domínio afirma.

Será visto, no curso deste trabalho que, em verdade, o ente estatal representando os interesses do grupo dominante se utiliza da linguagem como instrumento para legitimar e manter seu poder. A cega aceitação do que dizem os controladores da sociedade induz o cidadão comum a acreditar em dogmas, não os questionando. Em razão disto, o Direito, que se manifesta por meio da linguagem, é usado para enganar o homem e o Direito Penal, em especial, aparece como a solução de todos os problemas da comunidade.

A ressocialização, como será demonstrado, é mais uma ficção jurídica criada pelo Leviatã, para transmitir a falsa noção de que se preocupa com seus súditos, e ao mesmo tempo consegue, através do terror, garantir a obediência do servo, dentro e fora do cárcere.

1.2 O SABER E O PODER

Os detentores do poder são os detentores do saber dito como o saber "correto"[13]. Tais saberes são construídos e alterados ao longo da história da humanidade e se expressam das formas mais diversas possíveis – saber jurídico, saber científico, saber mítico, saber político, por exemplo – de tal sorte que se afirme que apenas um determinado grupo de pessoas possui o conhecimento capaz de conduzir a sociedade à verdade absoluta[14] das coisas.

---

[12] HULSMAN, Louk. **Penas Perdidas**: o sistema penal em questão**.** Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993. p. 126

[13] Não se desconhece a existência de outros saberes, mas será tratado especificamente neste trabalho o saber utilizado pelo grupo dominante da sociedade, que impõe seu ponto de vista e sua cultura aos demais cidadãos, como se sua verdade fosse absoluta.

[14] Não existe, de fato, uma verdade absoluta; há verdades parciais, percebidas a partir da relação entre o intérprete e o objeto, levando em consideração sua pré-compreensão e suas experiências.

Destarte, o que Bacon[15] denominou "Casa de Salomão" [16]consiste num santuário de sabedoria; o autor revela que a ciência é o caminho para a Utopia, que descreve ser a Nova Atlântida[17]. A "Casa de Salomão" é responsável pela condução dos espíritos humanos, ou seja, pela disciplina.

Em relação ao governo, o autor trata apenas de forma indireta o assunto. O bem-estar da comunidade e o seu perfeito funcionamento e a ciência resultam da divisão das tarefas, refletindo, por conseguinte, as diferentes etapas e funções de seu método indutivo, exposto na obra *Novum Organum*. Tais equipes, todavia, não possuem escala de importância. Todos cumprem seus papeis e são avaliados, o que demonstra o posicionamento do autor à democracia.

Percebe-se, nesta fábula descrita por Bacon, que uma determinada parcela da sociedade possui o conhecimento e, portanto, dirige, norteia toda a comunidade; a "Casa de Salomão" divide as tarefas a serem executadas pelos indivíduos que, numa suposta "harmonia" as aceita e as realiza de forma perfeita, lutando-se contra qualquer tipo de violência, fome, miséria; a repartição dos trabalhos e a obediência pura à ciência conduzem os homens às verdades e, conseqüentemente, à felicidade.

Traçando um paralelo entre esta obra de Francis Bacon e o pensamento de Michel Foucault[18], extrai-se que os detentores do conhecimento, dos saberes, são os verdadeiros detentores do poder. Destarte, observa-se que tanto os habitantes da "Casa de Salomão", quanto os "notáveis"[19] governam as sociedades; são capazes de dizer as "verdades" aos cidadãos e de revela-las no momento em que acharem oportuno.

Foucault evidencia ainda que o poder político é essencial, e volta-se aos "notáveis", procurando deles extrair a verdade sem contudo forçá-los, afinal, este poder deriva da construção dessas verdades aí colocadas e encontra sua legitimação no discurso manipulador e formador de opiniões:

---

[15] Cf. BACON, Francis. ***Novum Organum* ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza**. Trad. José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
[16] Em sua obra inacabada, "Nova Atlântida".
[17] Trata-se da descrição de uma ilha, contada a partir de um naufrágio europeu, em que a vida é regida pela conjunção da força humana, do trabalho e do rigor científico, de tal sorte que há a organização das estruturas sociais; com efeito, a força humana é direcionada para a organização social e para o desenvolvimento da ciência, direcionada para objetivos úteis. A vida é feliz e próspera, com inovações científicas que facilitam a vida do homem. A cidade de tal ilha é chamada de Bensalém e é governada pela Casa de Salomão, uma espécie de laboratório que cuidava da educação dos jovens, da formação de seus espíritos – nutrindo o sentimento de disciplina, colaboração e caridade – que se destinava aos estudos e descobertas científicas, avanços tecnológicos.
[18] Cf. FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 1999.
[19] Idem. Ibidem.

> Esse procedimento de inquérito administrativo tem algumas características importantes.
>
> 1) O poder político é o personagem essencial.
>
> 2) O poder se exerce primeiramente fazendo perguntas, questionando. Não sabe a verdade e procura sabê-la.
>
> 3) O poder, para determinar a verdade, dirige-se aos notáveis, pessoas consideradas capazes de saber devido à situação, idade, riqueza, notabilidade etc.
>
> 4) Ao contrário do que se vê no final de Édipo-Rei, o poder consulta os notáveis sem forçá-los a dizer a verdade pelo uso da violência, da pressão ou da tortura. Pede-se que se reúnam livremente e que dêem uma opinião coletiva. Deixa-se que coletivamente digam o que consideram ser a verdade.
>
> [...] Como conclusão poderíamos dizer: o inquérito não é absolutamente um conteúdo, mas a forma de saber. Forma de saber situada na junção de um tipo de poder e de certo número de conteúdos de conhecimentos. Aqueles que querem estabelecer uma relação entre o que é conhecido e as formas políticas, sociais ou econômicas que servem de contexto a esse conheci mento costumam estabelecer essa relação por intermédio da consciência ou do sujeito de conhecimento[20].

Os "notáveis", conforme pontua o filósofo, são os detentores do saber e irão dizer o que é o bem, o mal, o certo, o errado, o pecado, o crime e o castigo[21]; são responsáveis pela criação das regras jurídicas, pautadas em valores morais, bem como nas sanções para punir o que delinqüe, que promove uma ruptura no tecido social e, por conseqüência, abala a harmonia e a paz. Deles emana toda verdade que é determinada para manter o domínio de um grupo, o grupo político e os sub grupos do poder.

Neste sentido, também analisando a relação entre o saber e o poder, adotam-se as lições de Zaffaroni:

> *Es demasiado claro que "el saber posee una intencionalidad definida: el poder (BOFF), lo cual hace que el proceso científico y técnico del mundo se halle en función del proceso productivo. El curso del saber, sin embargo, es mostrado por el poder como algo "natural", incuestionable, que se dio de este modo porque "debía" racionalmente darse así. Se supone tan incuestionable el curso del saber, como también " n a t u r a l " el del poder.*[22]

Da análise do trecho acima colacionado, percebe-se que o autor afirma que todo o saber possui uma intenção clara, qual seja, seduzir o homem comum; cria-se a ficção de que o universo científico está apto a dizer a verdade das coisas, e o cidadão acredita que apenas estes "super-homens" possuem o saber correto e ilimitado. Compete a ele, cidadão, obedecer sem questionar os dogmas que lhe são postos. Por conseguinte, é algo que para os indivíduos é natural: os detentores do saber controlam os demais.

---

[20] Idem. Ibidem.. p. 34-37.
[21] A dualidade bem/mal, certo/errado, regra/castigo será analisada no título II desta dissertação.
[22] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología: aproximación desde un margen.** Bogotá: Temis, 1988. p. 58

O conhecimento é determinado pelo poder e determinante do poder; aqueles autorizados a proferir as verdades são aptos não somente a dize-las, mas a exigir sua obediência, seu cumprimento, sem que ninguém possa nunca questionar sua validade e legitimidade. O conhecimento é, portanto, instrumento de manipulação, pois cria as verdades míticas e castra os intelectos dos indivíduos, tornando-os dóceis e facilmente adestráveis, conforme se tratará mais adiante.

A falta do saber, ou o saber transmitido deturpado enfraquece o homem, que passa a acreditar nos falsos dogmas sem nunca se conscientizar de tal situação. Porém, insta salientar, que o poder não é algo exercido por um único governante ou grupo; para bem se manter o controle de uma população, é necessário que este seja compartibilizado e que haja constante vigilância, para que seja observado e obedecido.

1.3 A COMPARTIBILIZAÇÃO DO PODER E A VIGILÂNCIA

Indaga-se: o que é a verdade? Existe verdade absoluta sobre algo? A verdade, que se projeta para a sociedade da mesma forma que o Direito, ou seja, através da linguagem, é também fruto de uma convenção. Os detentores do poder, ou seja, aqueles que estão autorizados a interpretar algo, dizem qual é a regra/castigo[23], o que é moral/amoral, certo/errado, determinam o que é o Direito e o que é a verdade. Aqueles que podem definir o que é a verdade são os mesmos que vigiam os homens para que não duvidem de suas afirmativas, para que não questionem seus dogmas.

As verdades absolutas são vigiadas, constantemente, pelos próprios homens da sociedade. Aquele que tem o poder é quem diz qual é a verdade; os que vigiam os cidadãos são exercentes de pequenas parcelas do poder, que ao final compõem um poder[24] maior. Há, portanto, uma relação entre a linguagem, a interpretação, a verdade, o conhecimento e o poder. Tornando-se a analisar Foucault tem-se que:

> [...] Vigilância permanente sobre os indivíduos por alguém que exerce sobre eles um poder — mestre escola, chefe de oficina, médico, psiquiatra, diretor de prisão

[23]Destarte, Tércio Ferraz pondera que: "Nessa dicotomia aflora uma concepção limitada do próprio poder que oculta a noção de controle-disciplina (controle-regulação), ao encarar o poder-dominação (controle-dominação) como *algo* que se tem, se ganha, se perde, se divide, se usa, se transmite" (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** técnica, decisão, dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 329).

[24] Em qualquer estrutura de governo, há a delegação de atividades, poderes em prol de um "Poder" superior, para que se descentralize as tarefas e se mantenha a "unidade" da sociedade.

> — e que, enquanto exerce esse poder, tem a possibilidade tanto de vigiar quanto de constituir, sobre aqueles que vigia, a respeito deles, um saber. Um saber que tem agora por característica não mais determinar se alguma coisa se passou ou não, mas determinar se um indivíduo se conduz ou não como deve, conforme ou não à regra, se progride ou não, etc. Esse novo saber não se organiza mais em torno das questões 'isto foi feito? quem o fez?'; não se ordena em termos de presença ou ausência, de existência ou não existência. Ele se ordena em torno da norma, em termos do que é normal ou não, correto ou não, do que se deve ou não fazer[25].

O exercício da vigilância é para lembrar sempre ao homem que ele não conhece e deve obedecer; há algo superior a ele, devendo o indivíduo se curvar diante do poder. Este é exercido, conforme afirmado por Foucault, pelas pequenas autoridades, que são responsáveis por castrar intelectualmente os indivíduos desde o momento em que eles nascem em uma comunidade.

Conforme *ex vi*, Foucault[26] trata da descentralização do poder como meio hábil a exercer o controle sobre os indivíduos. Os exercentes das pequenas parcelas do domínio são as escolas, os chefes de famílias, as igrejas – ou qualquer outra manifestação religiosa – os empregadores e, é através desses sub poderes que se alcança o sobre-lucro. O discurso informador propagado pelos "sub-poderes" serve para fortalecer a figura do "poder máximo", nutrindo desde o momento em que o indivíduo nasce em sociedades, certos conceitos e critérios determinados, para que ele obedeça as regras e não lhe aflija os castigos:

> [...] A ligação do homem ao trabalho é sintética, política; é uma ligação operada pelo poder. Não há sobre-lucro sem sub-poder. Falo de sub poder pois se trata do poder que descrevi há pouco e não do que chamado tradicionalmente de poder político; não se trata de aparelho de Estado, nem da classe no poder; mas do conjunto de pequenos poderes, de pequenas instituições situa- as em um nível mais baixo. O que pretendi fazer foi a análise o sub-poder corno condição de possibilidade do sobre-lucro. A última conclusão é que este sub-poder, condição do sobre-lucro, ao se estabelecer, ao passar a funcionar, provocou nascimento de uma série de saberes — saber do indivíduo, da formalização, saber corretivo — que se multiplicaram nestas instituições de sub-poder fazendo surgir as chamadas ciências o homem e o homem como objeto da ciência.[27]

Portanto, através da descentralização do poder se objetiva adestrar os indivíduos e retirar-lhes a capacidade de questionar; ora, percebe-se que um homem não irá questionar aquilo que sua família, sua religião, escola lhe afirma ser correto e verdadeiro.

---

[25] FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 1999, p. 43
[26] FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 1999.
[27] Idem. Ibidem. p. 61

1.4 O PODER EM PASÁRGADA

Como forma de manter o exercício de um poder maior, os detentores do saber permitem a existência de poderes menores, em tese "paralelos", como o poder em Pasárgada[28]. Destarte, interessa ao ente estatal que haja um comando menor, que garanta certas liberdades às comunidades, a fim de que se passe uma falsa noção de domínio próprio e consciente, de auto-tutela, de auto-determinação. O "poder" em Pasárgada existe porque o Estado assim o permite; não interessa ao ente político determinados assuntos – sobretudo conflitos envolvendo pessoas de camadas mais pobres – então se permite que tais litígios sejam solucionados segundo o que se denomina "Direito de Pasárgada", não sendo subordinado ao "Direito do asfalto", que seria o Direito do ente político, o Direito oficial.

Boaventura de Sousa Santos pontua que no "Direito de Pasárgada", a aceitação das decisões é mais ampla e fácil, sendo, portanto, mais raras às vezes em que ocorre desobediência das "leis" pelos indivíduos da comunidade. O presidente da associação de moradores é o responsável por avaliar e julgar os conflitos entre vizinhos, a ele submetidos. Através do uso da tópica-retórica, Boaventura entende que o diálogo, a oralidade é mais exercitada do que a palavra escrita, aproximando a comunidade do julgador e, por conseqüência, facilitando a aceitação por todos de sua decisão. Quanto maior o uso da discussão, da fala, menor é o grau de institucionalização e burocracia, sendo maior a obediência às decisões e sendo mínimo o uso da coerção. Já no Direito do asfalto, ocorre o oposto: é pouco o exercício da retórica, sendo grande o uso da lei escrita (institucionalização da função jurídica), da dimensão burocrática e, portanto, menor a obediência às decisões (é menor a participação do povo na construção daquela decisão) e crescente o uso da coerção, para forçar o cumprimento do *decisum.*

Todavia, o autor salienta que, em verdade, o uso da oralidade e da informalidade, bem como o desenvolvimento deste "poder paralelo" é desejado e influenciado pelo ente estatal, uma vez que se torna importante instrumento de dominação, por acalmar as classes menos favorecidas e conforta-las na realidade. Destarte, a falsa noção de poder que é conferida às camadas periféricas, marginais, as torna mais facilmente manipuláveis, controláveis, posto que nutre em seu âmago a sensação de liberdade, o que de fato inexiste, conforme se depreende deste trecho da obra ainda em comento:

---

[28] Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

> É, contudo, possível que neste caso a interpenetração estrutural assuma novas formas ou que, em vez de interpenetração em sentido estrito, se esteja perante outras formas de combinação estrutural, por exemplo, a da concentração da escrita jurídica (e homologia estrutural) nas áreas de controle social mais importantes para a reprodução da dominação político-jurídica de classe, **deixando para a oralidade jurídica as áreas consideradas marginais e, por isso, negligenciáveis, onde, por acréscimo, a oralidade pode desempenhar uma prestimosa função de integração social e de legitimação do poder político**.
>
> [...]Este equilíbrio pode levar à devolução controlada à sociedade civil de áreas de ação social que tinham sido absorvidas na administração direta do estado na primeira metade do nosso século, integradas no processo de consolidação do estado social que então teve lugar.
>
> À luz desta hipótese, a reoralização relativa da prática jurídica, bem como a relativa desprofissionalização e informalização do trabalho jurídico e, mais em geral, o reforço relativo da dimensão retórica da instância jurídica têm lugar em termos de subordinação estrutural, não porque as suas estruturas sejam adulteradas pela intromissão de outras, heterólogas e dominantes, mas antes **porque a sua pureza estrutural é consentida apenas na periferia da dominação jurídico-política e pelas razões heteróctenes de reforçar ideologicamente o estado capitalista e de garantir um controle social a preço módico**.[29] (grifos aditados).

Ademais, o exercício de certas liberdades induz no indivíduo o sentimento de independência, de fazer parte de um grupo soberano, o que torna o homem mais facilmente adestrável; é conferido um mínimo de poder (vigiado e devidamente limitado), que traz a equivocada sensação de auto-determinação. Assim sendo, confere-se pouco para se ter muito, ou seja, o indivíduo não questiona as ações do Poder Público, pois entende que seu "Direito" é próprio, diverso daquele aplicado no asfalto, nos grandes centros urbanos. Com isso, o ente estatal mantém seu domínio controlado e acomoda a população mais carente, de tal sorte que esta não se rebela nem questiona suas decisões, apenas aceita a realidade, passivamente, acreditando, erroneamente, que produz seu próprio universo jurídico, econômico e social.

1.5 OS VERDADEIROS FATORES REAIS DO PODER

Objetiva-se discorrer acerca do que se convencionou denominar por "fatores reais de poder", bem como a correlação entre o conhecimento e o poder, sua compartibilização e quem verdadeiramente detém o domínio da sociedade. Para tanto, será estudado, em especial,

[29] SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 111-112.

o pensamento de Lassale[30], tendo em vista a correlação entre a Constituição real e a Constituição escrita.

Outrossim, tal análise revela-se importante para este trabalho, pois, somente através da compreensão da relação entre os verdadeiros "fatores reais de poder" e como a Constituição e as demais normas jurídicas são elaboradas para satisfação dos seus interesses particulares, se desnudará a criação da legislação simbólica, e especificamente, o Direito Penal simbólico. Com efeito, revela-se que a ressocialização é a expressão máxima deste simbolismo[31], e a interpretação dos dispositivos normativos, condicionada a um *primum verum*, mantém a sociedade no "auto-engano", sem se dar conta de que repete apenas o discurso falacioso dos detentores das ficções jurídicas.

Ferdinand Lassale em sua obra "A essência da Constituição"[32] visa determinar o que viria a ser a Constituição verdadeiramente. Para tanto, inicia sua obra criticando as definições trazidas por doutrinadores e filósofos acerca do que seria este documento solene. Para o autor, todos os conceitos conhecidos apenas abordavam o conteúdo material, concreto de uma Constituição, mas não tratavam de sua essência.

Dessa forma, Lassale, pontua que é necessário o estudo dos fatores reais do poder, que constituem a força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes; a Constituição escrita seria, portanto, um reflexo da Constituição Real, que nada mais é do que o resultado da soma dos fatores reais do poder que regem uma nação; em seguida o autor passa a tratar quais seriam as partes integrantes da Constituição, ou seja, a monarquia, as forças armadas – estas não seriam autônomas, estando tão somente à disposição do rei – a aristocracia, a grande burguesia e os banqueiros. Adverte neste ponto, que a pequena burguesia e a classe operária possuem papel quase que irrelevante na construção das instituições jurídicas. Como bem adverte Lassale:

> A pequena burguesia e a Classe operária
>
> Imaginemos agora que o governo, querendo proteger e satisfazer os privilégios da nobreza, dos banqueiros, dos grandes industriais e dos grandes capitalistas, tentasse privar das suas liberdades *políticas* a pequena burguesia e a classe operária. Poderia faze-lo? Infelizmente, sim; poderia, mesmo que fosse transitoriamente. Os fatos nos demonstram que poderia.[33]

Existem, pois, os "fatores reais do poder" dentro dos "fatores reais do poder". Conforme salienta Lassale, é inegável que uma parcela da sociedade exerça influência maior

[30] Cf. LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** 8ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
[31] Conforme será demonstrado no título III desta dissertação.
[32] Cf. LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** 8ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
[33] Idem. Ibidem. p. 15-16.

nas decisões políticas de um Estado, decisões estas que afetam a realidade social circundante. Dessa forma, a estrutura de um Estado é determinada de acordo com os interesses dos verdadeiros detentores do poder, ou seja, dos "verdadeiros fatores reais do poder".

Ademais, Lassale pontua que a classe operária e a pequena burguesia são postas de lado em relação às demais classes integrantes de uma sociedade em razão da sua falta de organização. O autor deixa transparecer que, embora compreenda a força das classes menos favorecidas, deixa de acreditar nelas e em seu poder diante de sua desorganização; torce por uma libertação de tais classes, pela exigência e participação maior na composição da Constituição real, porém entende que sem organização, a classe operária e a pequena burguesia não possuem voz.

Assim sendo, para este autor, a Constituição verdadeira é a Carta Política formada e conformada pelos fatores reais do poder; é a expressão máxima dos movimentos destas camadas elementares de uma sociedade, tendo destaque, relevância o posicionamento da monarquia, da nobreza, do clero, da aristocracia, dos bancários, da grande burguesia e, a serviço destes, o exército; sem tanta importância, aparece a participação da pequena burguesia e da classe operária. A Constituição escrita seria o retrato fiel daquilo que as classes dominantes propuseram como forma de controle e domínio em uma sociedade, ou seja, a força ativa de todas as coisas existentes, compondo a Constituição real.

Os fatores reais do poder, conforme acima afirmado, são o conjunto de forças que atuam politicamente, criando instituições jurídicas a fim de manter o seu controle sobre toda a comunidade. Dessa forma, os fatores reais do poder são a Constituição real, enquanto que a Constituição escrita, nada mais é do que uma "folha de papel", que deve ser um espelho da Constituição real, sob pena de, sendo oposta, sucumbir diante do empuxo dos fatores reais do poder.

Percebe-se, neste ponto, que, para Lassale, a Constituição escrita não possui qualquer força autônoma, devendo ser tão somente a expressão dos fatores reais do poder, não sendo capaz de alterar a realidade circundante, o que é criticado, posteriormente, por Konrad Hesse[34]. Destarte, diante de um conflito entre a Constituição real e a Constituição escrita, esta última deveria ser rasgada, ou modificada para se amoldar aos fatores reais do poder:

> Quando essa constituição escrita corresponder à constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país. Onde a constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que e impossível evitar e no qual, mais

[34] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

> dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.[35]

Deve-se adotar, neste momento, também a crítica formulada por José Afonso da Silva:

> Os problemas constitucionais – afirma Lassale – não são, primariamente, problemas de *direito*, mas de *poder*, a *verdadeira* constituição é a real e efetiva; as constituições escritas não têm valor nem são duráveis, senão na medida em que dão *expressão* fiel aos fatores de poder imperantes na realidade social. Admite ele, contudo, que a proporção das forças efetivas, que começa sendo mero fato, acaba por converter-se em normas, mas não aceita a acusação, que se lhe fez, de que professava a teoria de que o *Poder* deveria antepor-se ao *Direito*, de que o Poder prevalece sobre o Direito, pois, para ele, o Direito prima sobre o Poder, mas a teoria que estava sustentando não se desenvolvia no plano do *dever-ser*, mas no plano do que *real e verdadeiramente* é. [36]

Diante das críticas formuladas, tratadas por José Afonso da silva em sua obra, exsurge a contradição no pensamento de Lassale que, por um lado, demonstra a existência de uma minoria influente – os verdadeiros fatores reais do poder – que controlam e dominam a sociedade, compondo o que se denomina de Constituição real e, por outro lado defende a supremacia desta Constituição ante a contradição com a Constituição escrita. Desta feita, resta a Constituição escrita apenas transcrever os interesses das classes dominantes. Trata-se pois, da defesa do Poder sobre o Direito, e não o oposto.

Neste diapasão, cumpre adotar os ensinamentos de Konrad Hesse[37], ao abordar o embate entre a Constituição Real e a escrita. Com efeito, Hesse ressalta o que ele denomina de *vontade de constituição*. Diante de um impasse entre a Constituição efetiva e a escrita, esta não tem que necessariamente sucumbir diante daquela; existe, sim, uma força normativa da Constituição escrita. A condição de eficácia da Constituição jurídica (coincidência da realidade com a norma) é apenas um limite hipotético extremo. De um lado temos a norma fundamentalmente estática e racional e de outro uma realidade fluída e irracional e entre elas uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar.

O uso da religião, misticismo, dos simbolismos passa a ser outro importante aliado como forma de manipular e subjugar os indivíduos, fazendo brotar o sentimento de culpa, má consciência e coisas afins, como se apreende das obras de Nietzsche[38]. Os verdadeiros fatores

---

[35] LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** 8ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 33
[36] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 24
[37] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
[38] Cf. NIETZSCHE, Friedrich. **A Genealogia da Moral.** São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

reais dizem o que é "bom", o que é "mau", criam a regra e impõem o castigo, sobretudo a nível moral, destruindo a identidade do indivíduo, reforçando o estigma[39].

Por fim, o mais valioso instrumento de manipulação utilizado pelos verdadeiros fatores reais do poder é, certamente, a linguagem. A linguagem é importante meio de poder, posto que não apenas a correlação entre um significado e um significante, bem como a escolha dos signos, é arbitrária, como a própria imprecisão, vagueza e ambigüidade que cerca os conceitos, torna a determinação de seu conteúdo algo extremamente versátil, atribuída a aqueles que possuem o poder.

1.6 A FUNÇÃO SIMBÓLICA DA LINGUAGEM E A RELAÇÃO DE PODER

Apenas aqueles que são aptos a interpretar e transmitir o significado de algo são detentores do controle da sociedade. Destarte, o poder dominante se utiliza da linguagem como instrumento de manipulação, interpretando os símbolos de acordo com a mensagem que objetivam transmitir.

Ao longo dos séculos, a função simbólica da linguagem se tornou importante meio de dominação e legitimação da permanência de um poder no comando de uma sociedade. Somente as pessoas autorizadas interpretam e extraem deste exercício o "real" significado de algo, informando o que é verdade e o que não é. Analisando o pensamento de Todorov[40], percebe-se que na interpretação patrística, a linguagem é utilizada como instrumento de manipulação. Com efeito, as ambigüidades da linguagem existem para que apenas os aptos possam traduzir seus símbolos e desnudar seu conteúdo. Todorov, analisando a patrística à época de Santo Agostinho, busca traçar as razões para a função simbólica da linguagem:

> Podemos aqui distinguir três razões. A primeira (que não é muito freqüente nos textos de Agostinho) **é que a expressão simbólica protege a palavra divina do contato com os ímpios; a obscuridade desempenha aqui um papel *selectivo*, permitindo afastar e neutralizar os não iniciados**. As outras duas razões, invocadas mais freqüentemente, vão, em certos aspectos, em sentidos opostos.[41] (grifos aditados).

[39] Ponto desenvolvido no título III desta dissertação.
[40] Cf. TODOROV, Tzvetan. **Simbolismo e interpretação.** São Paulo: Edições 70, 1978.
[41] Idem. Ibidem. p. 112

Por conseguinte, pode-se afirmar que a linguagem é sempre instrumento de manipulação; é, conforme *ex vi*, lhe conferido um significado de acordo com os interesses dos detentores do poder. Durante a era de ouro da patrística, as interpretações dos textos sagrados visavam enaltecer o papel de Deus na vida da sociedade e, por conseqüência, reforçavam a importância da Igreja, na figura dos padres, como o meio através do qual a palavra de Deus poderia ser corretamente interpretada e transmitida aos homens. A simbologia existente na Bíblia existia porque apenas os homens autorizados poderiam interpretar as liturgias e determinar seu conteúdo e alcance. Deus era o Ser supremo e os padres eram o contato direto entre a vontade de Deus e o dever de obedecer dos homens.

A patrística, bem como as diferentes formas de interpretação, nada mais são do que instrumentos à disposição daqueles que detém o poder. Se antes as religiões – não apenas o cristianismo – indicavam quem poderia interpretar as escrituras que continham a verdade das coisas, experimenta-se, nos tempos atuais, o desempenho de tal papel pela ciência. Dessa forma, se acredita nos dogmas trazidos pela ciência[42] como outrora foram trazidos pelas religiões, sobretudo a Católica.

Com efeito, indaga-se: o que é a verdade? Existe verdade absoluta sobre algo? A verdade, que se projeta para a sociedade da mesma forma que o Direito, ou seja, através da linguagem, é também fruto de uma convenção. Os detentores do poder, ou seja, aqueles que estão autorizados a interpretar algo, dizem o qual é a regra/castigo[43], o que é moral/amoral, certo/errado, determinam o que é o Direito e o que é a verdade. Aqueles que podem definir o que é a verdade são os mesmos que vigiam os homens para que não duvidem de suas afirmativas, para que não questionem seus dogmas. As verdades absolutas são vigiadas, constantemente, pelos próprios homens da sociedade. Aquele que tem o conhecimento do que é verdade é o detentor do poder; os que vigiam os cidadãos são exercentes de pequenas parcelas do poder, que ao final compõem um "poder maior" [44]; quem diz a verdade é o detentor do saber, do conhecimento, que é o poder. Há, assim, relação entre a linguagem/interpretação/verdade/conhecimento/poder. Aquele que está autorizado a

[42]Cf. SANTOS, Sousa Boaventura. **Um discurso sobre as ciências**. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2006. Se antes os padres eram os únicos autorizados a interpretar os textos sagrados e traduzir do seu simbolismo a verdade, hoje as ciências interpretam fatos e provas para extrair seus significados, elaborar seus postulados e afirmar quais são as verdades. Os cientistas são instrumentos a disposição da burguesia para manter seu poder.

[43]Com efeito, Tercio Ferraz pondera que: "Nessa dicotomia aflora uma concepção limitada do próprio poder que oculta a noção de controle-disciplina (controle-regulação), ao encarar o poder-dominação (controle-dominação) como *algo* que se tem, se ganha, se perde, se divide, se usa, se transmite" (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** técnica, decisão, dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 329).

[44] Em qualquer estrutura de governo, há a delegação de atividades, poderes em prol de um "Poder" superior, para que se descentralize as tarefas e se mantenha a "unidade" da sociedade.

interpretar a simbologia da linguagem e extrair dela as "verdades" é aquele que possui o conhecimento, e saber é poder.

2 A FIGURA DO "BOM" INTÉRPRETE E A HERMENÊUTICA DESEJADA: UMA ABORDAGEM DA LEI 7210/84 E DA RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ

Quem seria o "bom" intérprete? Quem seria o "mau" intérprete? Qual seria a hermenêutica desejada? Decerto, existe o maniqueísmo bem/mal, moral/amoral, certo/errado[45], valores devidamente criados pelo poder dominante e mantido pelas sociedades ao longo dos séculos. Através da conceituação e conseqüente imposição daquilo que é correto para uma determinada comunidade, cria-se uma rede de valores, um sistema axiológico que deve ser sempre preservado e reforçado, o que se denomina cultura[46] de um povo.

O "bom" intérprete é aquele que se submete às regras da sociedade e apenas extrai o sentido e o alcance do objeto de estudo necessário para manter os dogmas criados pelo grupo que controla a sociedade. Assim sendo, o "bom" intérprete é o ídolo da sociedade, o mito, que serve aos interesses do ente político, de tal sorte que diz qual é o Direito existente, qual é a verdade das coisas; é, pois, servo do poder. Se antes quem desempenhava este papel de "bom" intérprete eram os Padres, que devidamente autorizados pelo poder dominante da época – Igreja – reforçava os dogmas existentes, atualmente temos os cientistas. A "cultura" de uma sociedade orienta qual hermenêutica é desejada; compete ao homem apto a interpretar, manter a falsa verdade propagada, subjugando os indivíduos, castrando-os para que não se insurjam contra os dogmas e nunca os questione. Neste diapasão, Tercio Ferraz assevera que:

> Assim, a possibilidade, conforme a situação, de usar códigos fortes e fracos do poder de violência simbólica confere à hermenêutica uma margem de manobra, que, simultaneamente, explica as divergências interpretativas, sem, porém, ferir a noção de interpretação verdadeira, enquanto é a que efetua o ajustamento congruente entre poder-autoridade, poder-liderança e poder-reputação na emissão da norma. [47]

---

[45] Que serão analisadas, de maneira mais detida, no título II deste trabalho.

[46] Neste sentido, Fauzi entende que: "Se a cultura (e sua veiculação), é peça fundamental para a compreensão do todo, num primeiro momento deve ficar claro que tipo de conhecimento deve ser fomentado para que se aceda e interprete legitimamente o conjunto, que o detém e pode se encontrar apto a repassá-lo" (CHOUKR, Hassan Fauzi. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lúmen, 2002, p. 27).

[47] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** técnica, decisão, dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 287.

Conforme acima afirmado, o "bom" intérprete é aquele que ao interpretar consegue atingir os fins desejados pela sociedade, ou seja, extrai do objeto de estudo seu conceito e referência de acordo com os interesses do poder. A tradução[48] e a interpretação interessam quando o enfoque trazido pelo autor é socialmente aceito; neste momento, o autor alcança a hermenêutica desejada.

2.1 OS CIENTISTAS E SEUS MÉTODOS

Neste ponto, a princípio, serão analisados criticamente os métodos científicos apontados por estudiosos como sendo o único caminho possível ao alcance das verdades das coisas. Com isso se pretende demonstrar que não há um único método científico capaz de conduzir o pesquisador à verdade absoluta das coisas, haja vista que existem apenas verdades parciais, uma vez que, conforme será demonstrado, o homem ao interpretar, o faz a partir de um ponto de vista próprio, manchado por experiências pessoais e a cultura de uma sociedade na qual ele se encontra mergulhado.

Cunhou-se ao longo dos anos a falsa idéia de que apenas os detentores do conhecimento especializado – e não do conhecimento comum, partilhado pela sociedade como um todo – são capazes de discernir, com exatidão, o que é verdade e o que não o é, o que é correto e o que é errado. Não raro tais cientistas são utilizados como instrumentos, a "voz" do ente político para criar dogmas e propagar falsas verdades que apenas lhe servem para justificar a manutenção de uma classe no poder.

Tal percepção é amplamente aceita e nunca questionada pelo cidadão comum; destarte, se antes a Igreja era a única autorizada a dizer a verdade das coisas, após o iluminismo, com o advento do racionalismo, os cientistas passaram a ser o centro do conhecimento, os únicos capazes de determinar o certo e o errado, e quem está apto a compreender esta distinção. Ocorre, de fato, a manipulação do saber, criando-se a figura dos

[48]O autor assevera que: "5.1.5.1 NOÇÃO COMPETENTE DO USO DA LÍNGUA. A resposta remete-nos a uma questão pragmática: trata-se de uma questão de enfoque. O critério da boa tradução repousa no *enfoque do tradutor*, ou, mais precisamente, na *aceitação* do enfoque do tradutor. Aceitar o enfoque do tradutor significa abrir-lhe um crédito de confiança". (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** técnica, decisão, dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 275)

"super-homens" e tal dogma é perpetrado ao longo dos anos através das academias. Decerto, cria-se uma redoma sobre estes exercentes de parcelas do poder, de tal sorte que a ninguém é permitido duvidar de suas afirmações. Debruçando-se sobre a manipulação do saber, Zaffaroni pontua que:

> *¿ALGUIEN PUEDE DUDAR DE LA MANIPULACIÓN DEL SABER?*
> *Este largo recorrido puede parecer absolutamente innecesario por obvio. Sin embargo, lo hemos considerado como imprescindible.* ***La enseñanza universitaria bonapartista, implantada en un distinto desarrollo social y un prolongado "bombardeo" cientificista que se limita a lo "metodológico " (pero que no implica una auténtica trasferencia de tecnología), pretende probar aún hoy que la "ciencia pura" es lo único "serio",*** *lo cual lleva a gran parte de la intelectualidad latinoamericana, por el camino de la "asepsia ideológica". Con demasiada frecuencia, en cursos de posgraduación latinoamericanos, debemos graficar simplistamente lo evidente, diciendo, por ejemplo, que cuando colocamos una planta en una ventana verificamos el heliotropismo positivo, pero que ello no nos responde a la pregunta acerca de quién y por qué colocó la planta en la ventana*[49] (grifos aditados).

Da análise do trecho colacionado, depreende-se que os cursos de graduação e pós-graduação apenas revelam ao aluno a verdade constituída. Ora, poder-se-ia perguntar: em que se aproxima o quanto ventilado neste tópico com o objeto desta dissertação? Nunca é demais lembrar que no momento em que se questiona a verdade real da ressocialização e se pretende desconstruir tal conceito, é mister que se demonstre como ele é amplamente difundido e aceito, sem ser sequer questionado.

De fato, é ensinado nas universidades como um todo, que a função precípua da pena é a ressocialização, para aqueles que optam por uma visão minimalista e garantista. As criticas que são tecidas a esta finalidade da aplicação da punição residem apenas no fato de que, na prática, em razão da péssima estrutura do sistema carcerário brasileiro, não ocorre a ressocialização do preso. Porém cumpre indagar: o que realmente significa ressocializar? Quem determinou esta como a função principal da pena? O que se quer, verdadeiramente com este discurso? Estas são perguntas que serão respondidas ao longo desta pesquisa.

Todavia, para se tentar chegar a uma resposta convincente, é preciso, primeiro, questionar esta verdade absoluta, e, para tanto, questiona-se o próprio critério de elaboração de tal dogma. Passa-se, então, a uma breve análise dos métodos dedutivo, indutivo, fenomenológico e hipotético-dedutivo como instrumentos para a afirmação de uma verdade ou justamente a desconstrução desta.

---

[49] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ***Criminología: aproximación desde un margen*****.** Bogotá: Temis, 1988. p. 58

Em Descartes[50], há a consagração do método dedutivo. O raciocínio dedutivo parte do geral ao particular. A partir de princípios, leis ou teorias consideradas verdadeiras e indiscutíveis, predizem a ocorrência de casos particulares com base na lógica. Através das verdades absolutas se alcança, por dedução, as demais premissas. A primeira grande verdade alcançada por Descartes era a máxima: penso, logo existo. Em seguida, Descartes afirmou que sua existência e tudo que ele possuía eram provenientes de Deus; dependia, portanto, deste ser perfeito.

Analisando os métodos existentes para o alcance do conhecimento, como a lógica, a matemática e álgebra, Descartes deparou-se com suas falhas e objetivou criar um método que encerrasse as qualidades dessas ciências e fosse livre do seus defeitos. Para tanto, estabeleceu quatro preceitos, quais sejam: evitar a precipitação e a prevenção, de sorte que não se deve aceitar como verdadeiro algo que não se analise e conheça em seu âmago; dividir o objeto de dúvida em tantas partes quanto as suficientes para resolve-la; condução ordenada dos pensamentos, partindo de objetos mais fáceis para os mais difíceis, ou seja, partindo da premissa geral para a específica; revisar todos os argumentos concernentes ao objeto de estudo, a fim de não omitir qualquer dado. Dessa forma, o raciocínio obedece uma ordem necessária para que uma razão (proporção) seja deduzida de outra.

O que se deve criticar do método dedutivo é a certeza da verdade absoluta como premissa máxima, o *primum verum*[51]. Ora, como se pode afirmar que algo é insusceptível de crítica e avaliação? A afirmação de algo como inescusável apenas fortalece os discursos manipuladores como o que ocorre com a ficção jurídica da "ressocialização".

Em Bacon[52], a teoria da indução é bem detalhada na segunda parte de sua obra *Novum Organum*. Após o homem ter se libertado das amarras criadas pelos ídolos, ou seja, após entender os equívocos e as fragilidades do método da antecipação da natureza, está o investigador apto a se debruçar verdadeiramente sobre o objeto de estudo. Em verdade, o método indutivo de Bacon está praticamente centrado no uso da linguagem e é uma crítica ao silogismo aristotélico; o verdadeiro conhecimento é obtido através da concordância e da variação dos fenômenos, que se corretamente avaliados, implicam na própria causa do

---

[50] Cf. DESCARTES, René**. Discurso do método e Regras para direção do espírito**. São Paulo: Martin Claret, 2001.
[51] Que será no analisado no próximo tópico.
[52] Cf. BACON, Francis. ***Novum Organum* ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza**. Trad. José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

fenômeno. A indução parte do particular para se alcançar o geral; a dedução do geral para e alcançar o particular.

Novamente, deve-se criticar este método pela mesma razão do método dedutivo: apresentar apenas um único método como capaz de se alcançar às verdades absolutas é uma falácia. Apenas afasta o homem do conhecimento e torna mais fácil e clara sua passividade diante das coisas.

Boaventura de Sousa Santos[53], analisando o paradigma dominante, sua crise e o surgimento do paradigma emergente, pondera que a partir do século XIX, o modelo do racionalismo, passou a ser utilizado para se referir também às ciências sociais emergentes. Podia-se então se falar de um modelo global de racionalidade científica, que admitia a verdade interna, mas que defendia suas fronteiras externas de duas formas de conhecimento, consideradas potencialmente perturbadoras: o senso comum ou estudos humanísticos.

Com efeito, até então todas as verdades só poderiam ser alcançadas se o objeto de investigação era submetido a um rigoroso método, único, que seria capaz de conduzir o investigador a verdade real das coisas. Cita o autor neste ponto os métodos elaborados por Descartes e por Bacon; ressalta que esses dois filósofos, dentre outros, se vangloriavam de suas descobertas, demonstrando uma certeza epistemológica, como se tivessem alcançado a solução para todos os males existentes.

Assim sendo, os métodos a serem utilizados eram sempre comparados às ciências exatas, como as matemáticas, para que se alcançassem as verdades. O rigor científico afere-se pelo rigor das medições; interessa não as qualidades intrínsecas do objeto, mas a quantidade. A crise do paradigma dominante, qual seja, da racionalidade científica seria não apenas profunda, mas irreversível; houve em verdade todo um movimento interdisciplinar para se questionar os dogmas do racionalismo científico.

Outro ponto importante além da necessidade de entrecruzamento das ciências naturais com as humanas, foi a necessidade de se rever a relação sujeito/objeto, sendo que passa-se a uma interiorização do sujeito à custa da exteriorização do objeto. Busca-se, com isso, uma racionalidade mais plural, em busca de um novo conhecimento, que aproxime o homem comum da ciência.

---

[53] Cf. SANTOS, Sousa Boaventura. **Um discurso sobre as ciências**. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2006.

Neste ponto, há uma tentativa de se romper com a figura do "super-homem", do "super-cientista" e se confrontar seu pensamento e descobertas com a cultura e o saber do cidadão comum; é um primeiro passo para se questionar as verdades absolutas.

Com efeito, Cossio[54] aborda a questão dos métodos interpretativos, em concordância ou em conflito de resultados em relação à lei, também criticando os cientistas que apresentam apenas um único método hábil ao alcance das verdades. Mesmo quando os métodos concordam, se existe a percepção de que a questão é um problema, há que se ter plena consciência dela, não apenas dos seus objetivos, mas da posição da qual se analisa a questão, evitando, com isso, a tentação de estabelecer certo método interpretativo como o único verdadeiro. Tal fato leva à percepção de que são distintos *concepções interpretativas* e *métodos interpretativos*. Cada um destes últimos contém uma concepção interpretativa, mas apenas as concepções interpretativas intelectualistas contêm um método interpretativo.

Hegenberg[55] analisa os diversos métodos utilizados pelo filósofos na busca incessante das verdades absolutas. Trata, então, do método cartesiano, do método baconiano, tecendo-lhe críticas, e, enfim do método hipotético-dedutivo e detém, em seguida, maior tempo explanando as idéias de Popper. Através da lógica, afirma não ser possível se confirmar generalizações, mas é possível que se refute tais assertivas, para que, sob o prisma da metodologia, se torne viável "imunizar" uma generalização contra as possíveis refutações.

Ou seja: para Popper, se o investigador quer confirmar uma generalização, deve primeiramente refuta-la, para apenas em seguida explana-la de forma que não caibam mais refutações; o método hipotético dedutivo tem o mérito de reunir observações e hipóteses, e, através de um processo cíclico, há o aperfeiçoamento das técnicas usadas para as observações e constante reexame de hipóteses. Todavia, a grande contribuição de Popper foi afirmar que mesmo por seu método hipotético-dedutivo, não se é capaz de encontrar as verdades absolutas, mas conhecimentos progressivos.

Com efeito, Karl Popper[56] ressalta o caráter permanentemente provisório dos nossos conhecimentos, posto que não se pode demonstrar aquilo que se sabe, mas é certo também que muitas vezes, aquilo que é sabido é falso. Por conseguinte, nada na ciência é absoluto, inalterável. Os preceitos científicos servem aos efeitos práticos; algo que é verdadeiro hoje pode não o ser amanhã. Diante das diversas teorias e das opiniões divergentes

---

[54] Cf. COSSIO, Carlos. ***La Valoración Jurídica y La ciencia del derecho.*** Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954.
[55] Cf. HEGENBERG, Leônidas**. Etapas da investigação científica**, vol I. São Paulo: EPU e EDUSP, 1976.
[56] Cf. POPPER, Karl Raymund. **Lógica das ciências sociais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

dos autores, Hegenberg indaga se realmente existe um único método científico, ou diferentes técnicas científicas para os diferentes ramos da ciência, sobretudo a diferença entre as ciências naturais e sociais.

Neste mesmo sentido, Feyerabend[57] também entende que não existe um único método capaz de nos conduzir a uma verdade; todos os argumentos são refutáveis, e não há uma única verdade, tampouco um único método capaz de revelá-la. Há vasta utilização dos ensinamentos de Popper, sobretudo em relação ao sempre criticar, confrontar e refutar seus próprios argumentos, como única forma de se levantar verdadeiras hipóteses e prova-las. Dessa forma, os métodos apontados pelos autores como únicos aptos, nada mais são, em verdade, que aquilo que eles desejam que o seja, uma fonte de poder. Existem verdades temporárias, de acordo com aquele que interpreta o fato, o momento histórico no qual se encontra inserido e as razões culturais. Convém transcrever trecho de sua obra:

> Vemos que muito claramente como algumas substituições podem transformar uma lição política em uma lição de *metodologia*. Isso não é de modo algum surpreendente. Metodologia e política são ambas meios de passar de um estágio histórico a outro
>
> [...] A idéia de um método que contenha princípios firmes, imutáveis e absolutamente obrigatórios para conduzir os negócios da ciência depara com considerável dificuldade quando confrontada com os resultados da pesquisa histórica. Descobrimos, então, que não há uma única regra, ainda que plausível e solidamente fundada na epistemologia, que não seja violada em algum momento.[58]

Assim sendo, não é correto se afirmar que há apenas um método apto a conduzir o homem à verdade do objeto de pesquisa. A verdade encontrada é apenas uma percepção que o intérprete tem do objeto, o que não invalida a pesquisa de outrem.

Ademais, aqueles que se encontram no poder sempre se utilizam de tais argumentos falaciosos para legitimar e perpetrar sua influência e poder de decisão. Com efeito, apenas lhes interessa a definição absoluta do que é verdade e daqueles que se encontram aptos a determiná-las.

Urge ainda tratar do método fenomenológico que Maurice Merleau-Ponty[59]; este assevera que os objetos nada mais são que a visão que os sujeitos possuem deles, ou seja, o reflexo da idéia, imagem que os homens têm deles, atrelada a suas próprias experiências. Uma

---

[57] Cf. FEYERABEND, Paul K. **Contra o método.** Trad. Cezar Augusto Mortari. São Paulo: UNESP, 2007.
[58] Idem. Ibidem. p. 32-37.
[59] Cf. MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da Percepção.** Trad. Carlos Alberto Ribeiro Moura. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

determinada casa seria de uma forma para um sujeito e de outra para outro, quando, em verdade, a casa nada mais é que perspectivas de algo. Assim sendo, um objeto se revela de uma determinada forma, sob certo ângulo para um sujeito e de outro ângulo para outro sujeito, sem que exista uma única forma correta; revela-se em razão das diversas perspectivas. Essa é a análise sujeito-objeto.

Com efeito, Ponty[60] faz reflexões sobre o corpo. Segundo o autor, é através do corpo, que é o nosso ponto de vista do mundo, que o homem tem consciência do mundo e por meio do mundo que o homem tem consciência do seu corpo. Todavia, pontua que a forma como se conhece o mundo depende da cultura e da sociedade na qual o pesquisador está inserido. Assim sendo, a ciência nunca alcançará o mesmo sentido que o mundo percebido, haja vista que o mundo percebido é o vivido, o experimentado; a ciência, portanto, apenas descreve, explica e analisa esse mundo percebido.

Esta análise – de que não existe um único método correto e que a interpretação que os estudiosos fazem dos objetos de pesquisa nada mais são do que a projeção de um ponto de vista lastreado em suas experiências – permite afirmar que a que não há verdades absolutas e sim discursos revelados – oficiais – e não revelados – ocultos.

Neste sentido, também a ressocialização não é uma verdade absoluta e exerce uma função simbólica. Por conseguinte, Gamil Föppel pondera que:

> **2.5 A "função simbólica" da pena**.
>
> Além das concepções demonstradas da pena, que tendem a uma determinada finalidade, existe uma outra 'função' – não declarada - em relação às penas: a de incutir, nas pessoas, uma aparência de tranqüilidade, de segurança.
>
> [...]
>
> A rigor, não haveria que se falar em uma função simbólica inerente à pena. Porém, as respostas dadas pelos sistemas penais dos países fizeram com que esta *'pseudo-função'* ganhasse cada vez mais importância, aderindo, indissociavelmente, à verdadeira finalidade da pena. Sobre esta 'função', Juan Terradilhos Basoco: '*La función simbólica es, así,inescindible de la instrumental, a la que sirve de complemento'*. [61]

Ademais, conforme será demonstrado, a palavra "ressocialização" possui diversas acepções, que assim estão dispostas para facilitar o "jogo" realizado pelo ente político, através da justaposição de prefixos e sufixos e conseqüentemente torna mais simples enganar o cidadão. Ao defender a idéia de que o recluso necessita de sua intervenção para que se torne sociável novamente, ou seja, apto a tecer relações de forma regular, normal com os demais

[60] Idem. Ibidem.
[61] Cf. HIRECHE, Gamil Foppel El. **A Função da Pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 47-48.

homens, o Estado propaga a noção que o preso, ao romper com o contrato social, perde sua condição social, ou seja, humana, haja vista que a sociabilidade é característica inerente ao homem. O homem é um animal político, social, e se afirmar que ele perde tal condição é asseverar que ele deixa de ser homem.

Percebe-se, pois, que Boaventura de Sousa Santos, Carlos Cossio, Hegenberg, Karl Popper, Ponty, Stephan Jay Gould, Feyerabend, questionam a existência de um único método capaz de conduzir o pesquisador a verdade real das coisas. Dessa forma, questionam até mesmo o que seria verdade absoluta e verdade parcial das coisas. Como se pode afirmar com certeza que apenas um caminho é o adequado para se tocar o âmago do objeto de estudo? Por fim, interessante adotar a opinião de Gould, ao tratar do método científico de Lombroso, criado por ele apenas para defender seu ponto de vista em relação à sua teoria atropométrica do crime, criada para legitimar as conclusões previamente estipuladas pelo autor. Não raro os cientistas criam métodos que melhor lhe aprouve para espalhar seus dogmas e confundir as mentes dos demais. São argumentos que visam tão-somente agradar e legitimar um poder controlador; não há a preocupação com a sociedade em si, com as questões econômicas e sociais que levam um indivíduo a delinqüir, mas com a necessidade de se punir uma classe, um autor e livrar o Estado de suas responsabilidades.

2.2.INTERPRETAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS E OS OBJETOS CULTURAIS

Após se ter demonstrado a falibilidade dos argumentos utilizados pelos cientistas e seus métodos acerca do que se convenciona “verdade”, insta tratar do processo de interpretação dos objetos de estudo.

Conforme *ex vi*, o investigador, ao deparar-se com o objeto de estudo, extrai dele nada mais do que sua concepção acerca do que ele traduz, de tal sorte que há uma mistura entre o objeto da pesquisa e o próprio agente. Sua experiência, compreensão, sua história irão interferir, de forma direta, no processo interpretativo.

Dessa forma, analisar a interpretação das normas, para em seguida abordar a interpretação da norma penal especificamente, torna-se imprescindível, uma vez que confrontando-se os métodos tradicionais de interpretação dos objetos culturais como um todo – donde se enquadra o Direito Penal – com os métodos atuais, críticos, se consegue perceber que as regras antigas apenas serviam de instrumento para que se extraísse o sentido e o alcance do objeto segundo aquilo que os detentores do poder determinavam.

Neste esteio, tem-se a figura do "bom" e do "mau" intérprete, em consonância com o interesse em se divulgar determinadas "verdades" incontestáveis. Como exemplo prático, o investigador, que se debruça sobre a Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84), deparando-se com a exposição dos seus motivos, irá repetir o discurso falacioso emanado pelo poder legislativo, entendendo que uma das finalidades desta Lei – e por conseqüência, da execução penal – é garantir a ressocialização do condenado, senão vejamos.

Dispõe a exposição de motivos da Lei de Execuções Penais que:

> Contém o art. 1º duas ordens de finalidades: a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões, destinados a reprimir e a prevenir os delitos, **e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social.**
>
> Sem questionar profundamente a grande temática das finalidades de pena, curva-se o Projeto, na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de **que as penas e medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade**[62] (grifos aditados).

Uma rápida análise deste trecho acima conduz ao intérprete à equivocada idéia de que, de fato, a finalidade da pena e da medida de segurança é promover a ressocialização[63] do condenado. Destarte, diante da leitura dos demais artigos desta lei para chegar-se à conclusão de que esta não é a principal função da pena.

Outrossim, não se pode afirmar, à guisa de exemplo, que a Lei de Execução Penal objetiva re-inserir o apenado na sociedade se institui, no art. 52, o Regime Disciplinar Diferenciado, que passa-se a análise:

> Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione a subversão da ordem ou disciplina internas**, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:**

---

[62]BRASIL. Lei de Execuções Penais. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm > Acesso em: 01 jan 2008.

[63] Neste momento, sequer se questionará a carga de valores que se esconde neste termo, o que será promovido no título III desta dissertação.

> I – **duração máxima de trezentos e sessenta** dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;
>
> II – **recolhimento em cela individual**;
>
> III – visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;
>
> IV – o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.
>
> Par. 1º. O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.
>
> Par. 2º. Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual **recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando**. (grifos aditados).[64]

A Lei 10.792/2003 criou o Regime Disciplinar Diferenciado, ou regime fechadíssimo. De fato, inúmeras são as inconstitucionalidades advindas desta lei, porém não se discorrerá sobre elas, pois fugiria do tema do presente trabalho. Insta salientar, porém, que a violação mais grave constante neste regime prisional refere-se ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Não se pode afirmar que um preso, ainda que provisório, registre-se – ou seja, não há sequer uma certeza de sua autoria na conduta delitiva, pairando tão somente uma suspeita da prática do crime – será reinserido no seio social, será reeducado para retornar ao convívio em sociedade, pois tem sua dignidade violada. Nenhum homem mantém sua sanidade e integridade física e psíquica restando isolado do convívio dos demais, sem qualquer acesso à informação. Ademais, o ser humano é sociável por natureza, faz parte de sua condição humana a comunicação, a integração; cercear de forma ainda mais abrupta este contato termina por lhe privar todo e qualquer registro humano[65].

Se acaso o intérprete se utilizar dos métodos tradicionais de interpretação das normas, irá cair na armadilha ardilosa do legislativo; neste caso, para se evitar tal falácia e se conseguir tecer um juízo crítico da Lei supramencionada, é mister que se adote os ensinamentos de Cossio[66] a respeito do que viria a ser a interpretação e os métodos específicos para cada espécie de objeto.

---

[64] BRASIL. Lei de Execuções Penais. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm > Acesso em: 01 jan 2008.
[65] Será analisado no título III deste trabalho a desculturalização social e a culturalização prisional.
[66] Cf. COSSIO, Carlos. ***El Derecho en el Derecho Judicial.*** Buenos Aires: Guilhermo Kraft Ltda. 1994

Com efeito, Carlos Cossio[67] pondera que interpretar significa extrair um valor de um enunciado e jamais extrair o seu alcance e sentido; neste momento, o jurista pontua que para que haja uma correta interpretação de um objeto, é mister que se adote a "Teoria dos Objetos". A partir desta teoria, é possível a um só tempo examinar a essência de cada objeto (se é relevante ou não sob o aspecto valorativo) e se tem a possibilidade de reconhecer qual método de investigação de cada objeto de conhecimento.

Assim sendo, a respeito das técnicas de interpretação, o autor afirma que o grande equívoco de tais técnicas consiste em não levar em conta a natureza peculiar de cada objeto de estudo. Com efeito, Cossio, perfilhando as idéias de Husserl, assevera que deverá existir um método específico de interpretação de acordo com o grupo no qual o objeto em questão está inserido:

> *Em este sentido, el mismo Husserl há dado ideas claras y bien fundadas para decir que los objetos no pueden ser colocados todos bajos un común denominador, tal como fué idea de los científicos del siglo XIX, que creían que todas las cosas podían ser pensadas de la misma manera. Esas investigaciones de Husserl nos llevam a crear o distinguir cautro familias de objetos, entre las cuales existen diferecnias tan radicales que es completamente inútil toda tentativa de querer estudiar a todos esos objetos de la misma manera. Y en cuanto nosotros ubiquemos al Derecho en una de esas familias, nos resultará muy claro y accesibile el problema, porque es un error metodológico que lleva a resultados de esterilidad en el pensamiento científico, querer considerar el Derecho como objeto con métodos que no sean los correspondientes a la clase de objetos a que perternezca.* [68]

Assim sendo, o jurista divide os objetos do conhecimento em quatro categorias: objetos naturais, objetos ideais, objetos culturais e objetos metafísicos. Os objetos ideais são objetos irreais, que não estão na experiência (não são apreendidos pelos sentidos) e são desprovidos de valor; destarte, são os estudados pela matemática e lógica, como por exemplo, o triângulo. O método utilizado para conhecer estes objetos é o racional-dedutivo; o ato gnoseológico é a intenção, enquanto que a estrutura gnoseológica é um todo simples e cerrado (depois do conhecimento não há mais nada o que buscar).

Os objetos naturais são estudados pelas ciências da realidade natural (física, zoologia, botânica). São objetos reais, estão na experiência, mas que também são neutros de valor. Nas ciências naturais, o conhecimento é composto e aberto; é composto porque pode ser formado por uma série de causas e aberto porque a cadeia de causas é indefinida e infinita. Com efeito, o método utilizado será o empírico-dedutivo; o ato gnoseológico é a explicação.

---

[67] Idem. Ibidem.
[68] Cf. COSSIO, Carlos. ***El Derecho en el Derecho Judicial.*** Buenos Aires: Guilhermo Kraft Ltda. 1994. p. 20.

Objeto cultural, por sua vez, é todo aquele criado pela natureza humana, apto a satisfazer os desejos e as necessidades humanas; de todo objeto cultural se extrai um valor. Os objetos culturais estão na existência e são reais; o método é o empírico dialético – é empírico pois se está tratando de objetos com existência e reais e é dialético porque há uma mútua implicação entre sujeito e objeto, numa forma circular de conhecimento – o ato gnoseológico é a compreensão e a estrutura gnoseológica, sendo um conhecimento simples (não pode se decompor em partes) e aberto; por fim, tem-se os objetos metafísicos têm existência, mas não estão na experiência (não se pode apreender pelos sentidos) e são valorados. O objeto metafísico por excelência é Deus.

Com efeito, a partir de tal classificação dos objetos de conhecimento, se determina um de método de interpretação diverso para cada tipo de objeto, o que permite a compreensão correta de seu conteúdo.

O uso das técnicas clássicas de interpretação – método gramatical, histórico, teleológico – para extração da "intenção" do autor e da norma, revela-se insuficiente e gera equívocos dos mais diversos. Com efeito, pode-se afirmar, com fulcro nas lições de Konrad Hesse[69], que tais técnicas são limitadas e conduzem o intérprete à conclusões erradas; são, pois, também instrumentos de manipulação.

O discurso falacioso de que o intérprete somente será capaz de extrair o "alcance" e o "sentido" da norma, ou seja, "interpreta-la" se for capaz de revelar a intenção subjetiva e a intenção objetiva, mergulhadas no texto da norma, nada mais são do que afirmações equivocadas, que induzem o intérprete em erro, a fim de que se afirme tão somente as "verdades" que são formuladas pelos verdadeiros fatores reais do "poder", que se valem da atividade legiferante para propagar e manter seus dogmas.

Assim sendo, demonstrada a necessidade de se classificar os objetos do conhecimento humano a fim de se determinar um método específico de interpretação de cada um – levando-se em consideração sua natureza e peculiaridades – bem como abordada a intenção do texto e as formas de manipulação da hermenêutica, deflagrada a figura do "bom" intérprete, passa-se à análise específica das técnicas críticas de interpretação das normas jurídicas para, em seguida, tratar-se da legislação simbólica e mais especificamente, da Lei 7210/84.

---

[69] Cf. HESSE, Konrad. ***Escritos de derecho constitucional***. Trad. de Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992

2.2.1 A insuficiência das regras tradicionais de interpretação: aproximação entre as normas constitucionais e as normas penais

Após analisar o uso da linguagem como instrumento de manipulação e o procedimento interpretativo como meio de extração de conceitos e valores predeterminados e contaminados, a fim de justificar, legitimar e manter um determinado "Poder" no controle de uma dada sociedade, passa-se ao estudo das novas técnicas de interpretação das normas.

Não serão traçadas as técnicas clássicas de interpretação das normas, por não conduzirem a nenhuma novidade; serão, contudo, apontadas suas falhas, para, em seguida, se abordar as novas técnicas de interpretação, que possibilitam o exercício de um juízo crítico. Assim sendo, tal análise torna-se necessária para que se demonstre, no item seguinte deste trabalho, como se constrói o conceito e o sentido da legislação simbólica e quais as finalidades que lhe são atribuídas.

Apenas compreendendo as técnicas da interpretação crítica, se determina como é explorada e manifestada a legislação simbólica, e, em especial, o Direito Penal simbólico, bem como suas funções não declaradas, posto que a compreensão falaciosa das normas conduz o indivíduo a equivocada noção de extração da verdade do texto, verdade esta que inexiste.

Somente quando o intérprete tiver consciência de sua pré-compreensão no processo interpretativo, estiver atento as peculiaridades do caso concreto e entender que o próprio rito interpretativo também concretiza a própria norma, aceitando os princípios como regras que dirigem sua atuação, se conseguirá afastar o simbolismo do Direito Penal, as ambigüidades e vaguezas dos conceitos, e se aceitar uma maior participação dos atores da sociedade na própria elaboração da norma. Neste momento, a legislação penal passará a abarcar todos os fatores reais do "poder".

Percebe-se, pois, que as regras de interpretação tradicionais são insuficientes para a interpretação das normas jurídicas, haja vista que tais regras não são capazes de levar em consideração as diferenças sensíveis entre os objetos culturais e os demais objetos.

Ademais, as técnicas clássicas de interpretação visam, conforme anteriormente afirmado, preservar os dogmas impostos à sociedade. Quando se interpreta e se afirma que se

deve extrair do texto a vontade do legislador ou a vontade da norma, o que se determina, em verdade, é a propagação de um discurso falacioso, é o reforço do dogma. Parte-se dos *primum verum* para, através de um raciocínio dedutivo, se alcançar o conhecimento das coisas. Percebe-se que, se trata aqui da mera repetição de um discurso sem questionar sua plausividade.

No momento em que o intérprete resta vinculado àquilo que o texto quer dizer ou qual a intenção do legislador, não lhe deixando margem para criticar tais "verdades", se constrói uma muralha ao redor de certos conceitos, impedindo a todo e qualquer indivíduo exercitar seu raciocínio crítico e romper com tais dogmas, consagrando a legislação simbólica. O raciocínio apodítico (próprio do conhecimento científico), o método axiomático (uso de deduções lógicas), o silogismo e o método dedutivo possuem uma grande falha: partirem sempre de verdades universais, quando nada constitui uma verdade absoluta, nem mesmo nas ciências exatas.[70]

Através do uso da Tópica, do exercício da argumentação e dialética, se colocam opiniões contrárias em embate, opiniões estas plausíveis, com argumentos convincentes, que se confrontam para se alcançar um ponto em comum. Aqui há o exercício do raciocínio, o uso da retórica, a opinião crítica, se questionando as "verdades", constituindo a técnica do pensamento problemático. Percebe-se que a tópica e suas variações – que serão analisadas a seguir – focam o problema, o caso concreto; partindo de pontos de vista contrários, se busca, através da argumentação, chegar a uma melhor solução, ou, nas palavras de Konrad Hesse[71], uma solução mais "honesta".

Com efeito, se compreende que a hermenêutica constitucional guarda vinculação com a realidade que a circunda, sendo, portanto, presa à zetética jurídica, por se intercomplementar com as demais ciências humanas, sendo conformadora e conformada pela realidade subjacente, desafiando, portanto, uma técnica específica para tratar de seu conteúdo. As normas constitucionais, dessa forma, transcendem o universo meramente jurídico e alcança o político.

---

[70] Neste sentido, adota-se o pensamento de Boaventura de Sousa Santos ao tratar da crise do paradigma da ciência; o autor aponta que não existe verdade absoluta nem mesmo nas ciências exatas, fazendo romper com o paradigma de que os cientistas eram os únicos indivíduos capazes de propagar as verdades sobre as coisas; o papel que outrora tinha sido ocupado pelos padres e pelo clero como um todo, passou a ser ocupado pelos cientistas. Há uma crise deste paradigma, que faz surgir o ainda indefinido paradigma da pós-modernidade. (Cf. SANTOS, Sousa Boaventura. **Um discurso sobre as ciências**. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2006).

[71] Cf. HESSE, Konrad. ***Escritos de derecho constitucional***. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

Mas não apenas as normas constitucionais guardam correlação com a realidade subjacente; o próprio Direito Penal – ou melhor, o Direito como um todo – mantém constante contato com a realidade.

Em verdade, no ordenamento jurídico brasileiro, existe o Direito Penal Constitucional, emanando da própria Constituição a legitimidade da norma penal. Neste sentido, a lei penal apenas pode ser aplicada e, portanto, interpretada, à luz dos preceitos constitucionais. Pontua Roque de Brito Alves:

> O Direito Penal é potencialmente criado ou oriundo da Constituição pois a Lei Maior determina os seus fundamentos assim como fixa os seus limites, portanto é inegável a necessidade de elaboração e exposição de princípios penais constitucionais em função de suas bases constitucionais. Em conseqüência, o jus puniendi do Estado mais "um poder de punir" do que "um direito de punir" estatal, em nossa compreensão é limitado pelo próprio limite que a Constituição estabelece para o Estado.
>
> [...]
>
> Incontestável, assim, que a legitimidade e o conteúdo das normas penais originam-se diretamente dos princípios ou normas constitucionais e tanto a Constituição como o Direito Penal tutelam ou protegem, antes que tudo, os direitos humanos fundamentais e os valores sociais mais legítimos ou necessários, com a Constituição sendo sempre a fonte e o próprio limite do Direito Penal.[72]

Por conseguinte, se se tem um Direito Penal Constitucional, os métodos específicos elaborados pelos doutrinadores – que serão descritos a seguir – para se interpretar especialmente a norma constitucional, podem e devem ser utilizados para interpretar a norma penal.

Cumpre, por fim, aduzir, que no título III deste trabalho, quando forem analisadas as funções não declaradas da ressocialização, se demonstrará em qual medida estes métodos serão utilizados para desconstruir esta ficção jurídica.

2.2.2 A tópica-retórica: análise do art. 127 da LEP

[72] ALVES, Roque de Brito. **Constituição e Direito Penal.** Disponível em: <http://www.aidpbrasil.org.br/CONSTITUI%C3%87%C3%83O%20E%20DIREITO%20PENAL%20Roque%20de%20Brito%20Alves.pdf> Acesso em: 17 de jul 2009.

Diante da insuficiência do positivismo em determinar o sentido dos objetos culturais, por não abarcar a complexidade da realidade humana, desponta o método interpretativo tópico, que retornou ao universo jurídico por meio de Theodor Viehweg[73].

O método tópico, amplamente utilizado na Idade Moderna por Vico[74], desnuda a necessidade de se questionar as verdades absolutas; para Vico existem dois métodos de interpretação: o antigo que é o tópico-retórico e o novo que consiste no crítico, elaborado por Descartes. O problema do método crítico é que ele parte sempre de uma *primum verum*, ou seja, de uma verdade absoluta e, a partir de deduções, se desenvolve um raciocínio. Porém, tais verdades não eram contestadas, e se a verdade não fosse de fato verdade, todo o raciocínio estaria incorreto. Já o método tópico-retórico, parte de um *sensus communes* (senso comum). Assim sendo, o método crítico carece de um aprofundamento do raciocínio, sendo o mesmo superficial e pobre, enquanto que a tópica proporciona justamente o contrário. Neste sentido, Gadamer pontua que:

> Sobre esse senso comum voltado para o verdadeiro e para o correto, que não é um saber que se baseia em fundamentações, mas que permite encontrar o que e plausível *(verisimile),*Vico fundamenta o significado e o independente direito a eloqüência A educação não pode palmilhar o caminho da pesquisa crítica. A juventude exige imagens para a fantasia e para o desenvolvimento da memória. Mas isso e o que não produz o estudo das ciências segundo o espírito da nova critica.E assim que Vico complementa a crítica do cartesianismo, adicionando-Ihe a antiga *topica.* Esta e a arte de encontrar argumentos e serve para o desenvolvimento de um sentido para o que é convincente, que trabalha instintivamente e *ex tempore* e que, por esse motivo, não é substituível pela ciência[75]

Konrad Hesse[76] entende, todavia, que o método tópico é insuficiente, exercendo um papel limitado no marco da interpretação constitucional, pois o Direito Constitucional seria concebido, tão somente, a partir de um problema isolado.

Malgrado se compreenda a tópica-retórica a partir da obra de Viehweg, torna-se imprescindível retornar à concepção de tópica e retórica formulada por Aristóteles. Com efeito, Aristóteles[77] propõe o uso dos *topoi* para orientar o exercício do raciocínio; a discussão e a capacidade argumentativa ganham destaque com o uso da Retórica. Assim sendo, classifica[78] os raciocínios em demonstrativos – que partiriam de premissas verdadeiras e

---

[73] MALISKA, Marcos Augusto. **A influência da tópica na interpretação constitucional.** Disponível em: <http://www.unibrasil.com.br/arquivos/marketing/palestra_maliska_polonia.pdf> Acesso em: 03 jan 2009

[74] Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. I. 5 ed. Petrópolis: Vozes, 2003

[75] Idem. Ibidem. p. 63.

[76] Cf. HESSE, Konrad. ***Escritos de derecho constitucional***. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

[77] Cf. ARISTÓTELES. ***Órganon.*** Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2005.

[78] Cf. MALISKA, Marcos Augusto. **A influência da tópica na interpretação constitucional.** Disponível em: < http://www.unibrasil.com.br/arquivos/marketing/palestra_maliska_polonia.pdf> Acesso em: 03 jan 2009

primeiras – dialéticos – partem de opiniões geralmente aceitas – erísticos – partem de opiniões que parecem ser geralmente aceitas mas não o são – e os paralogismos – são os falsos raciocínios, que partem de premissas falsas.

O método tópico se orienta para o problema. Aqui, o caso concreto ganha destaque, posto que o conhecimento se orienta e encontra sua limitação no próprio caso concreto. Destarte, o raciocínio jurídico é naturalmente tópico, posto que orientado para os problemas.

Aplicando-se a tópica-retórica à interpretação constitucional, deflagra-se que esta necessidade de se estabelecer uma nova hermenêutica advém dos problemas enfrentados pelos juristas na aplicação do direito. Com efeito, o colapso do universo jurídico, a sensação de insuficiência de normas jurídicas para regular os casos concretos, bem como o excesso de normas inaplicáveis e desnecessárias[79], desafia uma nova ordem jurídica, ou melhor, uma interpretação das normas jurídicas a fim de se obter o máximo de sua essência, otimizando seu conteúdo.

Conforme acima visto, as normas constitucionais guardam uma correlação muito mais forte e clara com a realidade circundante; a investigação constitucional é naturalmente zetética. É mister, portanto, que para a aplicação de tais normas, se compreenda esta realidade e se procure soluções voltadas para o caso concreto, tendo sempre em vista os direitos fundamentais do homem e do cidadão. Neste sentido, revive-se o método tópico, numa tentativa de se extrair valores das normas, voltados à resolução do problema concreto. Deflagra-se a comunicação entre as regras jurídicas, a realidade social e o uso da interpretação, declaradamente valorativa.

Pugna-se por um equilíbrio entre as constantes alterações da realidade social – o que ensejaria uma atualização constante da Constituição – e a preservação da própria "rigidez" da norma fundamental – de tal sorte a preservar sua unidade, não permitindo sua alteração a todo momento, gerando uma insegurança jurídica e perdas de direitos e garantias fundamentais. As normas penais, por sua vez, devem estar sempre sendo interpretadas à luz dos dispositivos constitucionais, a fim de sempre guardar correlação com a própria realidade subjacente.

---

[79] É o que Rogério Greco dispõe como "anomia", ou seja, uma sensação de ausência das normas penais que, em verdade, corresponde a uma inflação legislativa. São tantas normas penais que criam e regulamentam condutas, que na prática não são observadas, gerando uma falsa noção de vazio de leis na população. (Cf. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral.** Vol I. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2006)

É esta proximidade entre a legislação e a sociedade que o método tópico conduz, interpretando as normas constitucionais e penais, a partir dos pontos de vista eleitos com fulcro no caso concreto, extraindo – através do critério de otimização e ponderação[80] dos direitos fundamentais – os valores para proporcionar a melhor solução ao problema em análise.

Traçando um paralelo entre o Direito Constitucional e o Direito Penal, percebe-se, em verdade, que não apenas aquele ramo do Direito guarda correlação com a realidade, mas também este. Saliente-se que o princípio da adequação social é corolário da conexão entre o Direito Penal e as mudanças da sociedade. Não pode, portanto, o Estado punir condutas socialmente aceitas; a exemplo tem-se a recente alteração do Código Penal sobre a abolição do crime de adultério, com o advento da lei 11.103/2005, revogando o art. 240 do referido diploma. Assim sendo, cumpre passar a uma análise concreta da problemática aqui levantada: o uso do método tópico-retórico para interpretar a norma penal.

Ao analisar a justiça restaurativa e a privatização deste ramo do Direito, exsurge o uso do método ora em comento. Por conseguinte, a justiça restaurativa prima pela resolução dos conflitos através do diálogo, partindo-se do caso concreto, sendo que as partes envolvidas trarão à baila argumentos favoráveis ao seu ponto de vista e, num processo dialético, chega-se a um denominador comum. Neste sentido, Renato Sócrates Gomes Pinto pontua que:

> No que toca ao método jurídico a ser empregado, na construção e na validação dos acordos restaurativos, é primordial que o operador jurídico esteja aberto e vá para além do positivismo jurídico da Escola da Exegese e do normativismo de Kelsen e Hart.
>
> O caminho para a validação jurídica das práticas restaurativas há que ter uma perspectiva crítica, com o uso da abordagem tópico-retórica ao invés do uso de silogismos lógicos baseados na pretensão de que a aplicação do Direito é um ato cognitivo.
>
> É importante a percepção de que a resolução restaurativa dos conflitos se dá numa perspectiva volitiva – mediada – que possibilite a construção compartilhada do razoável.
>
> Do contrário, será inevitável, na dinâmica do encontro restaurativo, a tensão entre o direito dos iniciados em ciência positivista e o senso jurídico comum das pessoas da comunidade.
>
> Com o uso do método tópico-retórico, segundo Cláudio Pereira de Souza Neto, "ao invés do mediador trazer ao debate um conhecimento que ele monopoliza, buscará construir argumentativamente, junto com as partes, o arcabouço normativo em que se fundamenta a conciliação"6.
>
> Arremata o citado autor que com esse compartilhamento corresponde ao ideal habermasiano de diálogo, num ambiente em que transitam as falas de todos os envolvidos, que devem ter assegurado o direito de participar, questionar, expressar e defender suas opiniões, seus desejos e suas necessidades e não ser impedido por

[80] Que serão analisados de forma mais específica no tópico sobre a "Teoria da Argumentação" de Alexy.

> qualquer tipo de coação ou constrangimento interno ou externo para exercer esses direitos, que, em última análise, é o direito humano de expressão e participação (Sousa Neto, 2001, p.81-98).[81]

Outrossim, as normas de extensão[82] do Direito Penal também desafiam a aplicação deste método. Com efeito, apenas na análise do caso concreto poderá o julgador determinar se há ou não a incidência da forma tentada de um crime e se existiu ou não a co-autoria ou participação de outros agentes no resultado final lesivo. Por conseguinte, o artigo 14 do Código Penal Brasileiro e o art. 29 do mesmo diploma legal referem-se a esta espécie de normas. Percebe-se, pois, que o caso concreto ganha destaque e o senso comum orienta o aplicador do dispositivo legal.

Voltando-se para o objeto principal deste trabalho, qual seja, a ressocialização[83], cumpre analisar a previsão do art. 127 da Lei nº 7210/84, que assim dispõe: "Art. 127. O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar."

Ora, da simples análise deste artigo, se chegaria a equivocada conclusão que a mera prática de uma falta grave seria suficiente para a perda dos dias remidos pelo preso. O uso dos métodos tradicionais de interpretação tão somente conduziriam o estudioso ao erro em afirmar que a "vontade" da lei ou do legislador seria a de punir o recluso pelo comportamento indisciplinado no cárcere. Porém, analisando o caso concreto, cotejando às lições de Direito Penal os ensinamentos de Direito Constitucional e Direito do Trabalho, alcança-se o fundamento de que a contra-prestação ao serviço realizado é de natureza salarial, que por sua vez é alimentar. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

> *HC*. Execução penal. Remição. A cada três dias de trabalho, o condenado abate um dia do prazo de execução. **Irrelevante a cláusula resolutória do art. 127, LEP. A retribuição do trabalho tem caráter alimentar** (HC n. 7368-SP, 6ª Turma. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, m.v., j.23/6/98, *DJU* 17/8/98, p. 90)[84] (grifos aditados)

---

[81] PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa, um novo caminho?** Disponível em: <http://www.ibjr.justicarestaurativa.nom.br/pdfs/des02052008/Justica_umnovocaminho.pdf> Acesso em: 26 mai 2009.

[82] Cf. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral.** Vol I. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2006

[83] Neste primeiro momento, não haverá a desconstrução do discurso da ressocialização, mas uma análise prática da legislação vigente que versa sobre o tema. No título III desta dissertação haverá a exposição de toda a carga de valores que se esconde por trás deste termo.

[84] Cf. PADUANI, Célio César. **Da Remição na Lei de Execução Penal**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002. p.29

Embora este seja o entendimento minoritário dos Tribunais brasileiros, deve-se registrar o avanço deste julgado, uma vez que houve a interpretação da norma tendo em vista o caso concreto, sopesando-se os argumentos favoráveis e desfavoráveis a tal conclusão.

Sob outro argumento, mas observando a mesma peculiaridade que o caso encerra, Gamil Föppel pontua que:

> Observando a mera literalidade do art. 127, muitos tribunais insistem em considerar perdidos os dias de trabalho do condenado se houver a prática de falta grave. Neste sentido, STF (HC 78.178/SP, Rextr. 242.454/SP)3; STJ (RESP 127910/RJ e RHC 8417/SP). José Freitas cita que Mirabete também adota esta tese, ao argumento de que a remição é condicional, ou seja, sobrevindo a condição – fuga – os dias remidos seriam perdidos.
> Ouso, no entanto, divergir destes entendimentos, dada a sua marcante inconstitucionalidade. Em princípio, releva notar que a remição, ao contrário do que sói parecer, é um verdadeiro direito do sentenciado. Uma vez declarada em sentença, este direito se incorpora ao seu patrimônio jurídico. Assim, como **direito adquirido** que é (CF, art. 5.º, XXXVI), jamais poderia ser violado. Ademais, esta sentença faz **coisa julgada material** – não podendo, portanto, ser desrespeitada. Com efeito, razão assiste a Francisco Bonis, representante do MP, ao defender que "...parece-no que a decisão relativa ao tempo remido, se protegida pela máxima preclusão processual, se torna imutável, incorporada ao patrimônio do paciente..." (STJ RHC, 8460/SP). Ver, ainda, STJ HC 7368/SP;TACRIM/SP, AE 1.081.045/6.[85]

Percebe-se que o emprego da tópica-retórica, produzindo um juízo crítico, permitiria ao intérprete questionar os dogmas trazidos pela sociedade. No exemplo acima analisado, conclui-se que não pode o recluso, ainda que pratique falta grave, perder os seus dias remidos como alude o art. 127 do referido diploma legal. A mera análise direta do artigo retiraria tal direito constitucionalmente assegurado ao preso.

A partir da tópica-retórica, foram formulados outros processos de conhecimento, dentre os quais, será conferido destaque à técnica da hermenêutica concretizadora de Konrad Hesse[86], à sociedade aberta dos intérpretes de Peter Hëberle[87] e a teoria da argumentação de Robert Alexy[88], sem, contudo, registre-se, se pretender esgotar quaisquer destas teorias, sendo tecida neste trabalho tão somente uma análise geral – vinculada ao questionamento dos dogmas impostos, como instrumentos de "poder" de uma dada parcela de uma sociedade – haja vista que cada uma dessas teorias pugna por uma dissertação específica.

---

[85] EL HIRECHE, Gamil Föppel. **Remição X fuga:** *Quid Júris?*.Disponível em: <http://www.gamilfoppel.adv.br/artigos/Gamil%20Foppel%20-%20Remicao%20x%20Fuga.pdf> Acesso em: 01 jan 2008.

[86] HESSE, Konrad. ***Escritos de derecho constitucional***. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

[87] Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional.** A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constiituição**.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

[88] Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

2.2.3 A técnica hermenêutica concretizadora: estudo do *Habeas Corpus* nº 95.423-RS

Passa-se à análise da técnica hermenêutica-concretizadora, elaborada com o fim de garantir uma maior proximidade entre a norma e a realidade, sobretudo, garantindo uma interpretação da Carta Magna sempre atual; por conseqüência, o Direito Penal, e toda a legislação, deve ser interpretada tendo em vista os dispositivos constitucionais. Sobre a necessidade de se interpretar os dispositivos penais em observância às regras constitucionais, Klaus Tiedemann:

> **5.1.2 Dependência do Direito Processual Penal em relação ao Direito constitucional**
>
> Assim sendo, uma vez que a verdade não poder ser investigada a qualquer preço, mas somente mediante preservação da dignidade humana e dos direitos fundamentais do acusado, fica evidente mais uma vez a estreita ligação do Direito Processual Penal com o Direito Constitucional, uma vez que a prisão temporária e a prisão preventiva constituem intervenções no direito fundamental da liberdade de locomoção (artigos 2º, § 2º, alínea 2, e 104 da Lei Fundamental) a busca e apreensão ofende o direito de propriedade (artigo 14 da Lei fundamental) e a inviolabilidade do domicílio (artigo 13 da Constituição) e a possibilidade de vigilância e de gravação de conversas telefônicas em alguns casos graves limita o segredo das comunicações constitucionalmente tutelado (artigo 10 da Lei Fundamental), etc.[89]

Insta salientar que a técnica hermenêutica-concretizadora, embora advinda do método tópico, com ele não se confunde, mas também não se opõe. Trata-se, em verdade, de uma complementação à tópica-retórica, uma revisão deste método interpretativo. Difere do modelo acima exposto pois, para eleição dos pontos de vista, encontra limitação na constituição escrita, enquanto o recurso ilimitado ao *topoi* não encontra essa barreira, permitindo o sacrifício da norma em favor da prioridade do problema.

Retornando à análise do art. 127 da Lei de Execuções Penais, percebeu-se que o argumento para que fosse protegido o direito à remição, sendo mantidos os dias devidamente remidos através do trabalho, ainda que o autor praticasse falta grave, encontrou seu fundamento e limitação na própria Constituição Federal, que prevê a natureza alimentar do salário e o direito adquirido.

---

[89] ROXIN, Claus; ARZT, Cunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução do Direito Penal e ao Processo Penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p 154.

A técnica hermenêutica-concretizadora[90], pressupõe percepção da "pré-compreensão" do intérprete. Com efeito, a "pré-compreensão" permite que o intérprete contemple a norma a partir de suas próprias expectativas e impede que o mesmo apenas execute antecipações de juízos[91].

Destarte, os pressupostos da interpretação constitucional são, portanto, a "pré-compreensão do intérprete" e dirige-se ao problema concreto, que constitui a base da interpretação constitucional.

Para tanto, o estudioso segue um processo de concretização das normas constitucionais. Ressalte-se que na hermenêutica concretizadora, Hesse[92] entende que a própria interpretação da norma lhe preenche o sentido, conferindo destaque à figura do intérprete e ao processo de interpretação-concretização das normas.

Ocorre que, conforme *"ex vi"*, a diferença entre a técnica hermenêutica concretizadora e o método tópico, reside na limitação da eleição dos *topoi* à norma constitucional. Através de uma atuação tópica orientada e limitada pela norma, elegem-se pontos de vista que são encontrados e provados e submetidos a opiniões favoráveis e desfavoráveis.

Salienta o autor que esta eleição não é livre, estando atrelada ao problema e ao "programa normativo"[93] (elementos da norma). O "programa normativo" encerra os métodos tradicionais de interpretação, avaliando-se a norma em si, sem, contudo, se esquecer das limitações ao problema concreto; em seguida, Hesse assevera que a interpretação isolada de uma norma pode não conduzir a uma interpretação completa e "honesta", sendo necessário portanto se atrelar o texto ao contexto, ou seja, traça-se o "âmbito normativo", que consiste na relação entre uma norma e as demais.

---

[90] HESSE, Konrad. ***Escritos de derecho constitucional***. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

[91] Percebe-se os problemas trazidos por Gadamer acerca dos pré-juízos e tradição. A concepção de "preconceito" trazida em Gadamer se refere a uma compreensão a priori do texto. Ocorre que essa previsão de sentido não pode partir unicamente de sua razão. Até mesmo as palavras podem ser utilizadas com signos distintos do que costumamos usar. Porém essa primeira percepção de um texto, que configura um preconceito pode sim ser algo bom, positivo, não é exatamente ruim, é algo natural. O homem tem que ter consciência deste preconceito para filtra-lo. Dessa forma se alcança a verdade por meio da razão; percebe-se, pois, que o preconceito pode trazer algo de útil.As idéias pré-concebidas referem-se à uma historia. O primeiro filtro é a autoridade (não é aquele conceito de autoridade que conhecemos; é alguém que é autorizado por nós por ser autoridade; a força é dada por nós). A pessoa é autoridade porque foi autorizada por uma tradição, um grupo, a ser a fonte da "verdade". (Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método.** 9ª ed. São Paulo: Vozes, 2008).

[92] Cf. HESSE, Konrad. ***Escritos de derecho constitucional***. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

[93] Cf. HESSE, Konrad. ***Escritos de derecho constitucional***. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

Em seguida Hesse trata dos princípios da interpretação constitucional, que servem para orientar o intérprete no processo de relação, coordenação e valoração dos pontos de vista para a solução dos problemas. Neste espeque tem-se o princípio da unidade da Constituição, da concordância prática, da correção funciona, eficácia integradora e força normativa da Constituição.

Pelo princípio da unidade da Constituição entende-se que nenhuma norma se encontra isolada no sistema constitucional, devendo, as normas constitucionais serem interpretadas de tal sorte que não venham a conflitar com as demais normas constitucionais. No princípio da concordância prática, extrai-se que os bens jurídicos devem ser coordenados a ponto de, na solução do problema, conservar sua essência. Adota-se o ideal de otimização, sendo que se utiliza o princípio da proporcionalidade – relação entre magnitudes variáveis – a fim de se verificar, no caso concreto, qual valor deve ser aplicado à solução do problema.

Há ainda o princípio da correção funcional, em que o intérprete não estaria autorizado a modificar as funções reguladas pela Constituição; o princípio da eficácia integradora, por sua vez refere-se à valoração dos pontos de vista a serem utilizados, dando-se preferência àqueles que promovam a unidade política proposta pela Constituição. Por fim, pugna o autor pela observância do princípio da força normativa da Constituição, segundo o qual devem ser privilegiados os pontos de vista que ajudem as normas constitucionais a obterem uma máxima eficácia, em cada caso.

Assim sendo, Hesse pontua que o método tópico vinculado ao problema concreto e sempre guiado pela norma possui chances de alcançar resultados sólidos, racionalmente explicáveis e controláveis; trata-se, porém, salienta o autor, de uma decisão de racionalidade possível, posto que Hesse afirma que nenhuma decisão constitucional será racionalizada.

Aplicando este método na análise da Lei 7210/84, depara-se, novamente, com o exemplo já verificado, qual seja, a finalidade da pena trazida na exposição dos motivos desta lei e seus dispositivos, em especial, os artigos 54 e 58 que versam sobre o R.D.D. e o art. 127 que determina a perda dos dias remidos diante da prática de uma falta grave.

Neste momento, serão utilizadas as lições de Luiz Flávio Gomes[94], ao tecer comentários acerca do julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas*

[94] Cf. GOMES, Luiz Flávio; RAMOS, Elisa Maria Rudge. **Perda dos dias remidos: procedimento administrativo disciplinar e ausência de interrogatório judicial** Disponível em <http://www.lfg.com.br> Acesso em: 17 jul 2009

Corpus nº 95.423-RS, relatora de origem Min. Ellen Gracie, relator para o acórdão Min. Eros Grau, em 3 de março do corrente ano.

Com efeito, o Pretório Excelso decidiu que é inconstitucional a determinação da perda dos dias remidos através da declaração da prática de falta grave apenas na esfera administrativa. Dessa forma se houve somente a constatação por parte do diretor do estabelecimento prisional da conduta faltosa, não é permitido retirar tal benefício do preso sem que haja seu interrogatório judicial.

É este o entendimento também consubstanciado no informativo 537 do STF, que determina a necessidade de oitiva do preso quando ocorrer a apuração de falta grave para perda dos dias remidos.

Diante do caso prático, o supracitado autor pontua que, em verdade, o Supremo já havia editado a súmula vinculante nº 09, declarando a constitucionalidade do art. 127 da Lei de Execuções Penais – que foi objeto de crítica neste trabalho, inclusive sendo demonstrado entendimento diverso exarado pelo Superior Tribunal de Justiça – mas que, na prática merece duas críticas. A primeira observação alegada por Luiz Flávio Gomes[95] está, justamente, na constitucionalidade da decisão que retira o direito aos dias remidos do preso, desconstituindo todo o período em que ele trabalhou para abater o *quantum* da pena.

Em especial, o art. 58 da LEP determina que*:* "Art. 58. O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado". Malgrado haja esta expressa previsão legal, a súmula do Supremo ora em análise determina que: "O disposto no artigo 127da lei nº 7210/1984 (Lei de Execuções Penais) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58".

Destarte, a crítica tecida pelo autor é extremamente pertinente e de grande valia. A própria lei determina no art. 58 que a perda de qualquer benefício ou sua suspensão não poderá retroagir além de 30 (trinta) dias. A suprema corte[96] estabelece que para fins de remição, não se aplica este limite temporal. Já foi dito neste trabalho que tal entendimento é

---

[95] Cf. GOMES, Luiz Flávio; RAMOS, Elisa Maria Rudge. **Perda dos dias remidos: procedimento administrativo disciplinar e ausência de interrogatório judicial** Disponível em <http://www.lfg.com.br> Acesso em: 17 jul 2009.

[96] Data vênia, o Supremo Tribunal Federal que deveria zelar pela Constituição Federal de 1988 e exigir a interpretação de qualquer dispositivo de lei infraconstitucional de acordo com seus princípios, termina por, não raro, violar frontalmente a Carta Política, trazendo insegurança e descrédito no Poder Judiciário para a sociedade.

inconstitucional uma vez que viola o direito adquirido e o caráter alimentar que a remição possui, pois é contraprestação diante de um serviço prestado.

Ademais, segue pontuando outras inconstitucionalidades desta súmula vinculante; há, por conseguinte, também a violação da coisa julgada, uma vez que houve a prolação de uma decisão judicial declarando a remição; desconstituir posteriormente tal provimento judicial implica afirmar que há violação da coisa julgada e conseqüente consagração da insegurança jurídica.

Retomando a análise do Habeas Corpus e do informativo 537 do STF, conclui-se que a decisão exige que, para se determinar a perda dos dias remidos, é mister que haja o interrogatório do preso, a fim de que ele exercite o direito do contraditório e da ampla defesa, corolários do Estado Democrático de Direito. Assim sendo, afirma Luiz Flávio Gomes:

> A Ministra Ellen Gracie, vencida, entendeu não ser necessária a oportunidade de defesa do preso no caso de perda de dias remidos, uma vez que a Lei de Execuções Penais, em seu artigo 118 , parágrafo único , somente exige expressamente a oitiva da defesa quando se tratar de regressão de regime, ou seja, a alteração de regime mais brando para mais severo.
>
> *Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:*
>
> *I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave*
>
> *Art. 118. § 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado.*
>
> **O equívoco da Ministra reside no seu aferramento exclusivo ao plano legalista (ou positivista-legalista). A lei pode não ser expressa (a respeito da observância do devido processo legal), mas a CF é. O raciocínio jurídico legalista está morto, está superado. Agora, com a nova pirâmide jurídica vigente no Brasil 466.343 e HC 87.585) , além da lei devem ser observados todos os tratados de direitos humanos (que possuem valor supra-legal) assim como a CF**. (grifos aditados).[97]

Percebe-se, pois, que o autor se utilizou da técnica hermenêutica-concretizadora. A priori, consciente de sua pré-compreensão acerca do objeto de sua análise, sabido de seus pré-conceitos, partiu do problema – perda dos dias remidos diante da prática de falta grave e necessidade de oitiva do preso – e buscou na Constituição Federal de 1988 e nos tratados internacionais de Direitos Humanos o limite para sua interpretação.

---

[97] GOMES, Luiz Flávio; RAMOS, Elisa Maria Rudge. **Perda dos dias remidos: procedimento administrativo disciplinar e ausência de interrogatório judicial** Disponível em <http://www.lfg.com.br> Acesso em: 17 jul 2009.

Com efeito, concluiu que a súmula vinculante nº 09 do STF é, em verdade, inconstitucional, pois advinda da análise de um problema concreto, não respeitou os limites expostos na própria Carta Magna. Destarte, o julgamento do HC nº 95.423-RS dentro desta perspectiva do Pretório Excelso foi acertada, uma vez que encontrou na Constituição seu limite, qual seja, o contraditório e a ampla defesa.

A decisão da Ministra Ellen Gracie, em contrapartida, foi desacertada em razão do uso das técnicas ultrapassadas de interpretação das normas penais, quais sejam, os métodos tradicionais, que não permitem ao intérprete o exercício de um raciocínio crítico e não lhe confere proximidade com o caso concreto. Trata-se de uma postura que não tangencia o problema prático e tampouco encontra na Carta Política sua limitação.

É necessário, portanto, que o intérprete, consciente de seu pré-julgamento, se perceba do caso concreto e, ao analisa-lo, leve em consideração os princípios trazidos na Constituição, pois somente a partir desta postura se conseguirá, de fato, concretizar a norma penal. *In casu*, a súmula vinculante nº 09 deve ser cancelada, posto que eivada de inconstitucionalidades já aduzidas acima.

2.2.4 A sociedade aberta dos intérpretes

Após ter sido analisada a questão atinente à interpretação das normas penais através do uso das técnicas clássicas de interpretação – a fim de que fosse extraída a intenção do legislador e a intenção do texto -, como instrumento de manipulação dos detentores do "poder", bem como terem sido apontadas as técnicas mais "honestas" para a solução do problema concreto, libertando o intérprete das amarras das supostas "verdades", transpassando a discussão acerca da Constituição Real e da Constituição escrita – como documento solene que tão somente traduz os interesses dos fatores reais do "poder" – chega-se ao estudo do sociedade aberta dos intérpretes.

Peter Häberle[98] propôs uma ampliação do rol dos participantes no processo de interpretação e, portanto, concretização da norma constitucional. Assim sendo, quis o autor

[98] Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constiituição**.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

garantir um acesso maior das classes menos favorecidas ao texto constitucional, como meio de propalação de decisões mais justas e soluções mais adequadas aos problemas concretos.

Condena o jurista, diante da constatação da insuficiência das técnicas tradicionais de interpretação, uma hierarquização entre os intérpretes da Constituição e a defesa de que a interpretação é função privativa estatal. Ele constrói, neste ponto o conceito de Sociedade Aberta dos intérpretes, idéia que traduz que todos aqueles que se submetem à Constituição e seus efeitos, é convocado a participar de sua interpretação, de forma comissiva ou omissiva, compondo um catálogo sistemático.[99]

Saliente-se, por fim que, para Häberle a interpretação não é a mera subsunção do caso concreto à norma, mas sim um processo de concretização da norma – assim como entende Hesse – ou seja: a norma passa a existir a partir de sua interpretação.

2.2.5 Teoria da Argumentação jurídica

[99] "A tentativa de se fazer uma apresentação sistemática dos participantes da interpretação sugere o seguinte catálogo provisório: (1) as funções estatais: a) na decisão vinculante (da Corte Constitucional): decisão vinculante que é relativizada mediante o instituto do voto vencido; b) nos órgãos estatais com poder de decisão vinculante, submetidos, todavia, a um processo de revisão: jurisdição, órgão legislativo (...); órgão do Executivo, especialmente na (pré) formulação do interesse público; (2) os participantes do processo de decisão nos casos 1a e 1b, que não são, necessariamente, órgãos do Estado, isto é: a) o requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido, no recurso constitucional (...), autor e réu, em suma, aqueles que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal a tomar uma posição ou assumir um "diálogo jurídico" (...); b) outros participantes do processo, ou seja, aqueles que têm direito de manifestação ou de integração à lide, (...), eventualmente, convocados pela própria Corte Constitucional (...); c) pareceristas ou experts (...); d) peritos e representante de interesses nas audiências públicas do Parlamento (...), peritos nos Tribunais, associações, partidos políticos (frações parlamentares), que atuam, sobretudo,mediante a "longa manus" da eleição de juízes (...); e) os grupos de pressão organizados (...); f) os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo; (3) a opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores: media (imprensa, rádio, televisão, que, em sentido estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa de leitores, as cartas de leitores, de outro, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada (...), igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais; (4) cumpre esclarecer, ainda, o papel da doutrina constitucional nos nos 1, 2, 3; ela tem um papel especial por tematizar a participação de outras forças e, ao mesmo tempo, participar nos diversos níveis". (HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constiituição**.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p.22-25).

Neste item, passa-se a uma breve análise da Teoria da Argumentação jurídica de Robert Alexy. Com efeito, Alexy[100] inicia esta obra partindo da constatação formulada por Karl Lorenz de que nem toda decisão jurídica é uma questão de mera subsunção do caso particular a uma norma geral pressuposta. Há, portanto, a insuficiência de tal modelo em razão de quatro motivos: primeiramente, porque a linguagem do Direito é imprecisa; há a possibilidade de conflitos entre as normas; existem casos concretos que abarcam situações ainda não previstas por nenhuma norma jurídica preexistente; e por fim há a possibilidade de algumas decisões proferidas contrariarem norma.

Percebe-se aqui que o jurista, assim como os demais pensadores acima mencionados, constatam a insuficiência dos modelos dedutivos – que partem sempre de uma verdade absoluta – abarcarem todas as questões práticas, bem como guardar correlação com a realidade social mutável. Assim sendo, diante de tais questões desafiadoras, Alexy[101] aponta três possíveis soluções: recorrer para os cânones de interpretação; recorrer para as proposições da dogmática jurídica e recorrer para os princípios. Todavia, conclui o autor, nenhuma destas satisfaz o problema que se evidencia. Em relação aos cânones da interpretação, eles somente seriam capazes de satisfazer a problemática que se evidencia, se fossem em número definido, contassem com maior precisão e estivessem hierarquizados em ordem justificada; as proposições da dogmática jurídica, por seu turno, poderiam satisfazer se apresentassem uma justificação conclusiva; os princípios necessitariam portar significado, conteúdo e limites bastante precisos.

Ademais, Alexy[102] assevera que, em razão da percepção de que nenhum dos recursos da metodologia do direito seriam capazes de eliminar os problemas existentes, seria inevitável lançar mão dos juízos de valor. Por conseguinte, nova problemática surge: como se utilizar de tais juízos de valor de forma racionalmente justificadora? Também neste caso foram apontadas soluções que, mais uma vez não resolveram a questão. Dessa forma, foram propostas as seguintes soluções, divididas em três grupos: no primeiro grupo se encontravam as soluções que afirmavam que se deveria recorrer às proposições que usam como ponto de partida convicções atuais existentes e pontos de consenso válidos ou normas não-jurídicas aceitas; o segundo grupo abarcava as proposições que se referem a valores que podem ser de

[100] Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.
[101] Idem. Ibidem.
[102] Idem. Ibidem.

algum modo extraídos da estrutura existente da lei; o terceiro grupo refere-se a proposições que envolvam princípios, ultrapassando a lei.

Novamente, nenhum dos grupos de proposições satisfaz, posto que o primeiro grupo peca por se expor à indeterminação, contradição e preconceitos; o segundo incorreria no mesmo defeito toda vez que as normas assim o fossem e o terceiro padeceria de dois grandes problemas, o entendimento de que há uma ordem independente de valores e a derivação, a partir dela de parâmetros normativos de obrigatoriedade jurídica.

Diante da insuficiência de todas as alternativas acima apontadas trata, há a necessidade de se elaborar uma "teoria da argumentação jurídica", que deve ser capaz de oferecer critérios para avaliar se um determinado juízo de valor é racionalmente justificável.

Alexy assevera, ao analisar o método tópico-retórico, que a discussão é, de fato, a única instância de controle de julgamentos valorativos. Assim sendo, o autor abandona a tentativa de propor uma nova teoria normativa da interpretação e se debruça sobre uma teoria normativa da argumentação, elaborando uma série de regras que definem o procedimento a ser seguido por uma argumentação para que seja considerada racional. Adverte, porém, o autor, que tais regras devem ser observadas não somente nos discursos jurídicos, mas em todos os discursos; tais regras primam por uma validade objetiva e universal. Ao tratar das regras e formas de argumentação prática, Alexy formula o que ele designa de "Código de Razão prática", que abarca:

> (1.1) Nenhum orador pode se contradizer
>
> (1.2) Todo orador só pode afirmar aquilo em que de fato acredita.
>
> (1.3) Todo orador que aplicar um predicado F a um objeto tem de estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja igual em todos os aspectos relevantes
>
> (1.3´) Todo orador só pode afirmar aqueles julgamentos de valor ou de obrigação em dado caso os quais está disposto a afirmar nos mesmos termos para cada caso que se assemelhe ao caso dado em todos os aspectos relevantes.
>
> (1.4) Oradores diferentes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.[103]

O que autor objetiva com sua Teoria da Argumentação é estabelecer a necessidade do discurso racional que precisa ser sincero, lastreado numa linguagem unívoca. Percebe-se que as noções de razão, linguagem e discurso ganham destaque, sobretudo o uso da retórica.

[103] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001. p. 293.

A comunicação não pode seguir meramente a *razão estratégica*, mas deve estar pautada numa *racionalidade comunicativa*[104].

Cumpre aqui tecer um comentário acerca da retórica clássica e a desenvolvida por Alexy. Na retórica clássica, o orador pretende a adesão do maior número possível de pessoas, do auditório, enquanto que na retórica formulada pelo jurista, se visa a busca de um consenso acerca das matérias controvertidas.

Dessa forma a Teoria da Argumentação jurídica, propugna por uma discussão jurídica racional, de tal sorte que na eleição dos *topoi* argumentativos, reconhece-se sua historicidade (são construídos historicamente), porém tal historicidade não quer dizer que as decisões valorativas serão arbitrárias, mas lastreadas numa racionalidade abstrata, constituída por regras constitutivas de um discurso racional

Assim sendo, a exigência de fundamentação racional das decisões, implicando numa escolha valorativa, porém, não arbitrária dos *topoi*, consagra a exigência de uma decisão de racionalidade possível, como desejado também por Hesse.

Por fim, ainda analisando o pensamento de Robert Alexy[105], insta tratar rapidamente da técnica de decisão em contraposição à técnica de subsunção – constante também na obra de Hesse[106] – já analisada – que reside na necessidade de, diante de um conflito entre princípios, ou de direitos fundamentais, se utilizar do critério da ponderação, levando-se em conta sempre o ideal de otimização, de tal sorte que não se poderá, ao se escolher a prevalência de um interesse em relação ao outro, destruir a essência do outro interesse; a decisão deve respeitar o âmago do outro direito analisado, de maneira que a restrição ao direito deve ser a menor possível e o benefício obtido deve compensar tal restrição.

3 A CONSTRUÇÃO DAS FICÇÕES JURÍDICAS E A LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA: EM BUSCA DO SIMBOLISMO DA LEI 7210/84

---

[104] Cf. COSTA, Alexandre Araújo. **A teoria da argumentação de Alexy.** Disponível em <http://www.arcos.adv.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-viii-da-teoria-da-interpretacao-a-teoria-da-argumentacao/7-a-teoria-da-argumentacao-de-alexy/ > Acesso em 01 Dez 2008

[105] Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

[106] Cf. HESSE, Konrad. ***Escritos de derecho constitucional***. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992

Neste diapasão, são criados os ídolos e os mitos, capazes de confundir o intelecto dos homens e mantê-los devidamente adestrados, pois são facilmente seduzidos pela aparente descoberta das "verdades". Passa-se à análise dos ídolos de Bacon, para, num momento posterior, se debruçar sobre a ressocialização como uma ficção jurídica, externalizada através de um discurso sedutor, que embaça o intelecto dos homens e os faz crer que se trata, se fato da função da pena e que com tal postura, o Estado é um ente "bom", pois objetiva reeducar o criminoso para que ele retorne à sociedade apto a tecer normalmente suas relações.

3.1 OS ÍDOLOS DE BACON

Com efeito, Bacon[107] trata dos ídolos (falsas noções), responsáveis pelo bloqueio da mente humana e dos equívocos da ciência e dos homens que se dizem cientistas, capazes de, inclusive, obstaculizar o alcance das verdades. Para o filósofo, apenas a formação de noções e axiomas pela verdadeira indução é que seria capaz de alcançar as verdades e repelir os ídolos.

Assim sendo, Bacon pontua que o intelecto humano dá maior valor a certas coisas, valores do que de fato elas possuem. Com efeito, Bacon classificou esses ídolos em quatro grupos: 1) *Idola tribus* (ídolos da tribo): nascem da própria natureza humana, do fato do homem conviver em sociedade e em razão das deficiências do próprio espírito humano; 2) *Idola specus* (ídolos da caverna), resultantes do homem como indivíduo, inerentes à própria educação e dos costumes, da absorção das lições a eles formuladas. Trata-se de uma alusão à alegoria da caverna platônica; 3) *Idola fori* (ídolos da vida pública). Decorrem das relações travadas entre os homens através do uso da linguagem, mais precisamente do mau uso que dela se faz; 4) *Idola theatri* (ídolos do teatro): são ídolos que são transferidos para o espírito dos homens a partir da assimilação das doutrinas filosóficas, que figuram como fábulas, peças teatrais.

Percebe-se que o intelecto humano é acomodado; se uma afirmação é feita e aceita facilmente pela sociedade, ele tende a acreditar nela e nunca que questiona sua autoridade[108],

---

[107] Cf. BACON, Francis. ***Novum Organum* ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza**. Trad. José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

[108] Quando crê em algo, quer porque se convence de que de fato aquilo é verdadeiro, quer porque lhe convém tal assertiva, trata de arrastar todos os argumentos possíveis para seu apoio e acordo. Não observa os argumentos contrários ou simplesmente os despreza, não sem grande prejuízo. Em razão de tal comportamento essas assertivas permanecem inalteradas.

perpetrando tal equívoco. Dessa forma, tendem a crer em argumentos místicos, como a astrologia, interpretação de sonhos. Em verdade, o intelecto humano prefere as instâncias positivas às negativas, tendo dificuldade em entender que os verdadeiros axiomas vêm a partir das instâncias negativas. É longo e árduo o percurso até deparar-se com os fatos remotos e heterogêneos pelos quais os axiomas se provam. Mas o intelecto humano não é luz pura, posto que é influenciado pela vontade e afetos, gerando a ciência que se quer, haja vista que o homem tende a ter por verdade o que prefere. Segue o caminho mais cômodo, rejeita as dificuldades e se impacienta com a investigação; os sentimentos povoam e nublam o intelecto.

Destarte, os homens tendem a aceitar como verdadeiros certos assuntos por acreditarem em seus descobridores; uns têm preferência pela Antiguidade, outros pelas coisas modernas, sem lançar, todavia, um olhar crítico sobre ambas e alcançar a justa medida, ou seja, o meio termo, levando em consideração à época das afirmações e não a natureza [109]e a experiência, que são eternas.

Acerca dos ídolos do foro, Bacon assevera que esses são, sem dúvidas, o tipo mais perturbador de ídolos porque se utilizam da linguagem como forma de manipular os intelectos, empregando valores vulgares aos conceitos, confundindo as mentes humanas e convencendo-as das verdades que querem. O uso da palavra se dá de duas formas: ou os ídolos se valem de nomes para se referir a coisas que não existem (como fortuna, primeiro móvel, órbita planetária) ou usam nomes de coisas que existem, mas de forma dúbia, temerária.

Dos ídolos do teatro, que têm suas origens nas doutrinas filosóficas influentes, não passam de peças teatrais, representadas num mundo irreal. Muitos dogmas são construídos pelos ídolos do teatro, através do uso da religião e das filosofias (que floresceram entre os gregos). São fábulas que enganam os homens, com suas cenas ordenadas e elegantes que aprazem mais que as verdadeiras narrações tomadas da história. A filosofia se embasa em um número limitado de experiências, onde constrói seu raciocínio, levando ao equivoco das coisas, posto que afirma como verdade algo parcial; há ainda filósofos que misturam ciência com religião, amparados pela fé e veneração das gentes; por fim, Bacon assevera que para que haja progressão das ciências, é mister que haja a destruição dos ídolos. Livre das amarras dos ídolos, parte-se para a Grande Reconstrução. Para que o homem deixe de ser dominado e

[109] O autor pondera ainda que não se deve, porém, ao analisar a natureza das coisas, observar apenas as partículas delas, mas também sua estrutura. Deve-se alternar ambas as formas. Há de se ter cuidado com as predileções do intelecto, que embaçam a visão das coisas, de sorte que apenas através da precaução o intelecto se mantém íntegro e puro.

passe a ser dominador da natureza, é preciso que ele conheça bem as leis da natureza: saber é poder.

3.2 O MITO E A LINGUAGEM E SEU PAPEL NA SOCIEDADE PARA CASSIRER

Os mitos para Cassirer possuem função semelhante aos ídolos de Bacon; são criados para subjugar os indivíduos pertencentes a uma sociedade. Com efeito, Cassirer trata não apenas dos mitos, mas dos ritos que os acompanha como instrumento de manipulação e anulação dos homens.

Ernest Cassirer aborda os mitos modernos, quais sejam, os mitos políticos e a carência que os homens possuem em ter um "herói" para guia-los. À guisa de exemplo, trata o autor do mito político do nazismo. Neste diapasão, a sociedade alemã, vivenciando, num dado momento histórico, uma crise sem precedentes, acometida do medo, pavor e desespero, exigiu dos seus governantes uma resposta drástica, capaz de tirá-los daquele momento de angústia. Como em toda sociedade, que diante de uma crise entra em pânico e clama por uma solução imediata, surge um regime de exceção; cria-se, então o "herói" da Alemanha, Adolf Hitler, e nasce o nazismo, o mito do Estado. Todavia, tal mito para triunfar fez-se acompanhado de um rito, castrador, que repetidas vezes levava os indivíduos a um estado de êxtase e anulação, de tal sorte que restaram incapazes de perceber o que defendiam.

Desta forma, há a "função social" do mito, qual seja, ludibriar as sociedades, torna-las dóceis a partir de falsas promessas, anulando os homens a tal ponto de perderem sua identidade. Para muitos, à época do nazismo, este mito solucionou diversos pontos da crise e não mostrou sua verdadeira face, a princípio, razão pela qual, durante anos foi reverenciado pela comunidade alemã. Cumpre adotar as lições de Cassirer acerca da existência dos mitos modernos e como os mesmos operam no plano do inconsciente coletivo:

> O mito foi sempre descrito como resultado de uma atividade inconsciente e como um produto livre da imaginação. Mas aqui encontramos o mito feito de acordo com um plano. Os novos mitos políticos não crescem livremente; não são frutos bravios de uma imaginação exuberante. São coisas artificiais por artesãos hábeis e matreiros. Estava reservado ao século XX, à grande era da técnica, desenvolver uma nova técnica de mito.
>
> [...]
>
> O efeito desses novos ritos é obvio. Nada melhor para adormecer todas as nossas forças ativas, o nosso poder de juízo e discernimento crítico, e para nos retirar o

> sentimento de personalidade e responsabilidade individual do que a realização constante, uniforme e monótona dos mesmos ritos.[110]

Kelsen[111], analisando o pensamento de Cassirer, assevera que a formação e o fortalecimento dos mitos reside na dualidade bem/mal, na construção das regras que formam o "bom" homem e, em contrapartida, aquele que não as segue é o indivíduo "mau"; a concepção das almas e a personificação da natureza, aliada ao uso das "palavras mágicas" – destaque ao papel da linguagem como instrumento de manipulação – incrementam ainda mais o pensamento mítico e facilitam sua aceitação na sociedade. Percebe-se, pois, que a massificação de uma idéia, aliada a uma específica ritualização, anula a individualidade do homem, tornando-o mais facilmente adestrável e inconsciente de seu papel na comunidade.

3.3 A LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA

Após se ter analisado o uso da linguagem como instrumento de manipulação à disposição de um "Poder" – de tal sorte a legitimá-lo e mantê-lo no comando de toda uma sociedade – torna-se essencial compreender como se dá este domínio no seio da comunidade e como a Constituição torna-se o seu principal objeto.

3.3.1 Símbolo, simbólico e simbolismo: delimitação semântica

No início de sua obra "A Constitucionalização simbólica", Marcelo Neves critica o uso dos termos "símbolo", "simbolismo" e "simbólico" como sinônimos, afirmando que se trata de uma das maiores falácias de ambigüidade. Aponta que a delimitação semântica destes conceitos é necessária para que se esclareça e o sentido a ser conferido e se critique a "legislação-álibi" e a "Constituição-álibi".

---

[110] CASSIRER, Ernest. **O mito do Estado**. São Paulo: Códex, 2003, p. 326-329.

[111] Kelsen pondera que "Cassirer caracteriza o pensamento mítico, diferenciando-o do lógico-causal [...] Em outras palavras: enquanto o pensamento racional tende a diluir substância em função, o pensamento mítico detém-se no substancial. Fundamentalmente, a personificação das forças da natureza e, particularmente, dos valores morais do Bem e do Mal, tão característica de todos os mitos - sua apresentação como entidades pessoais, humanas e sobre-humanas, a concepção de almas, espíritos, demônios e deuses bons e maus -, é produto dessa tendência à substancializarão". (KELSEN, Hans**. A ilusão da justiça**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 213).

Com efeito, em um sentido filosófico mais abrangente, o termo "simbólico" seria utilizado para se referir a todos os mecanismos de intermediação entre o sujeito e a realidade, sendo o "meio artificial" da relação entre o homem e a realidade. Distinguem-se ainda os "sinais" dos "símbolos", sendo que os primeiros estariam relacionados de forma única com a coisa a que se refere e pertenceriam ao "mundo físico do ser", vinculando-se aos fenômenos de reflexos condicionados; os símbolos seriam "universais" e "extremamente variáveis". Note-se que neste ponto o autor adota as lições de Ernest Cassirer, que resta influenciado pela noção kantiana de sujeito transcendental em sua concepção do simbólico; todavia, Cassirer entende que a rede simbólica constitui uma "aquisição" que "transforma toda uma vida humana", não lhe atribuindo o caráter transcendental.

Em seguida, ao analisar o simbólico e a semiótica, o autor passa a adotar os ensinamentos de Charles Peirce, que foi responsável pela fonte norte-americana do surgimento da ciência da semiótica. Para ele, a semiótica não era onipotente, não iria classificar todos os signos existentes; a semiótica é concebida como lógica, estabelecendo, tão-somente, conceitos sígnicos gerais. O signo visa representar, em parte pelo menos, um objeto que é, num certo sentido, a causa ou determinante do signo; o signo ao representar um objeto (ainda que falsamente), ele afeta a mente, impondo naquela mente algo que é mediatamente devido ao objeto.

Colhendo também as lições de Paulo Pimenta[112] sobre a semiótica em Charles Peirce, percebe-se que o signo é uma coisa que representa o objeto, substituído-o, colocando-se no seu lugar; a linguagem é o pensamento verbalizado e os signos representam esse pensamento, são veículos para a conceitualização das coisas; nesta concepção, ganha destaque a noção de *interpretante*. Essa noção está ligada não a figura do intérprete, mas ao processo relacional que se cria na mente do intérprete. A partir da relação de representação que o signo mantém com seu objeto, produz-se na mente interpretadora um outro signo que traduz o significado do primeiro (é o interpretante do primeiro). Assim sendo, o significado de um signo é o outro signo – seja este uma imagem mental ou palpável, uma ação ou mera reação gestual, uma idéia – que é criado na mente pelo signo, é um outro signo (tradução do primeiro).

Depois de fixar a definição de signo, Peirce elabora uma classificação triádica deste, considerando-o em sim mesmo (*quali-signo, sin-signo e legi-signo*), com o seu objeto

[112] Cf. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas.** São Paulo: Max Limonad, 1998.

(*ícone, índice e símbolo*) e com o seu interpretante (*rema, dicente e argumento*). Com efeito, para Peirce os signos são 3: o ícone (assemelha-se ao objeto que representa), ex. carta geográfica; índice (determinado por um objeto), como os sintomas de uma doença; símbolo (depende de uma convenção), por exemplo, a balança é um símbolo da justiça.

Assim sendo, retornando à obra de Marcelo Neves, cumpre ainda, antes de encerrar este subitem, tratar da concepção de símbolo para Saussure e para Eco. Destarte, o signo é caracterizado pelo "princípio da arbitrariedade" enquanto que o símbolo jamais seria completamente arbitrário; corresponde, portanto, à relação de semelhança do significante com o objeto por ele denotado. Com efeito, o autor pontua que a concepção de símbolo em Saussure corresponde à de ícone para Peirce; por força da arbitrariedade, o signo em SAUSSURE corresponderá aproximadamente ao símbolo em Peirce[113].

Por fim, analisando Umberto Eco, este define o modo simbólico como uma "modalidade de produção ou interpretação textual"; consiste no "uso de texto", que poderia ser aplicado a qualquer tipo de signo, através de uma decisão pragmática, produzindo no plano semântico a associação de novas porções de conteúdo, indeterminadas e decididas pelo destinatário. Com isso, Eco entende o modo simbólico como a "nebulosa de conteúdo" no nível semântico, dependendo de uma postura pragmática do usuário do texto, sendo radicalmente contextualizado.Tal distinção e a delimitação semântica são importantes, repita-se, para se precisar o que vem a ser "legislação simbólica", posto que a confusão do simbólico com o semiótico implicaria que toda produção humana de sentido (inclusive a legislação) seria simbólica, o que não é verdade.

3.3.2 Simbolismo na estrutura social como legitimador do sistema político e o uso da força

Conforme "*ex vi*", o homem é um animal simbólico. Com efeito, a criação dos ídolos e dos mitos, com seus respectivos ritos, nada mais são que a expressão de uma faceta humana e, para Cassirer, o que diferencia o homem dos demais animais. Por conseguinte, o homem deseja o misterioso, o uso da palavra mágica, de maneira que este sentimento compõe

[113] Parece mais correta a concepção de símbolo para Peirce e Umberto Eco, transparecendo que os símbolos nada mais são que um modo de atrelar um significado a um signo, de forma arbitrária e manipulável, tendo-se na "nebulosa de conteúdo" uma forma de se implicar a um objeto um determinado significado, que dependerá de uma convenção, mas, sobretudo – aí concordando-se mais com Eco – do utente do texto.

a própria estrutura social; apenas determinados indivíduos, os habitantes da "Casa de Salomão" possuem o dom da palavra mágica e o verdadeiro saber, cabendo somente a eles dizer o que é correto e o que não o é, instruindo e dominando toda a comunidade e se utilizando da força "legítima" para coibir as manifestações contrárias.

Marcelo Neves[114], tratando da estrutura social, ao analisar a antropologia estruturalista de Lévi-Strauss, pontua que para este autor, toda cultura pode ser considerada como um conjunto de sistemas simbólicos tendo por linha de frente, a linguagem, as regras matrimoniais, as relações econômicas, a arte, a ciência e a religião. Destarte, a estrutura social seria um sistema simbólico, porém sem que com isso se confunda com a própria realidade das relações sociais. Nesta avaliação, seria salientada a noção de superabundância dos significantes. Assim sendo, haveria para Lévi-Strauss uma "eficácia simbólica" refere-se à concepção também dos "significantes flutuantes" ou do "valor simbólico zero", contrapondo-se à ausência de significação, sem ao mesmo tempo comportar por si mesma qualquer significação particular.

Em seguida aborda o pensamento de Bourdieu e Passeron desenvolvem a concepção de "poder", "eficácia" ou "violência simbólica". Aqui, todavia, o sistema simbólico ganha conexão com a questão do "poder", apresentando-se como veículo ideológico-legitimador do sistema político. Por outro lado o sistema simbólico não serve apenas para a reprodução da ordem política, embora pressupunha esta ordem, serve para conferir-lhe uma "linguagem adequada" como "condição de adequação". Percebe-se, portanto, para tais autores, o papel do sistema simbólico como instrumento de legitimação e conformação do "poder" e determinador da realidade social. Ademais, cumpre ainda adotar as lições de Jacques Derrida acerca do uso do simbolismo para construir as leis, as autoridades e legitimar a violência do poder:

> [...] Ora, a operação de fundar, inaugurar, justificar o direito, *fazer a lei*, consistiria num golpe de força, numa violência performativa e portanto interpretativa que, nela mesma, não é nem justa nem injusta, e que nenhuma justiça, nenhum direito prévio e anteriormente fundador, nenhuma fundação preexistente, por definição, poderia nem garantir nem contradizer ou invalidar.
>
> [...] O discurso encontra ali o seu limite nele mesmo, em seu próprio poder performativo. É o que proponho aqui chamar, deslocando um pouco e generalizando a estrutura, o *místico* [...] Eis em que sentido eu seria tentado a interpretar, para além do simples comentário, o que Montaigne e Pascal chamam de *fundamento místico da autoridade.*[115]

[114] Cf. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
[115] DERRIDA, Jacques. **Força de Lei.** São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 24-25.

O próprio homem é seduzido e se rende aos mitos que ele mesmo cria; esta necessidade humana, atrelada comumente, conforme dito anteriormente, à ciência, à religião, à linguagem, dentre outros âmbitos, termina por dividir a sociedade em castas, sendo os propagadores das "verdades" (mitos) os detentores do "Poder". Tais autoridades são capazes de criar a regra, o castigo e de aplicar a violência contra os insurgentes, violência esta devidamente autorizada pela comunidade.

3.3.3 A legislação simbólica

Assim sendo, passa-se à análise da legislação simbólica. Porém, antes de adentrar especificamente no tema, cumpre tornar a analisar o pensamento de Marcelo Neves. Destarte, este autor inicia seu tópico sobre "Direito simbólico *versus* legislação simbólica" pontuando que deve se especificar a concepção de "legislação simbólica" a fim de que se delimite tal conceito. Citando Arnold, Marcelo Neves traz o conceito que ele mesmo definiu como contribuição relevante, porém abrangente demais: "o observador deve sempre ter presente que a função do direito não reside tanto em guiar a sociedade como em conforta-la"[116]. É abrangente porque parte da idéia de que toda atividade jurídica, prática ou teórica é primariamente simbólica, o que torna sem sentido a análise da legislação simbólica como um problema específico do sistema jurídico.

Neste diapasão, o autor salienta que é necessária uma tipologia da legislação simbólica, a fim de que não se confunda legislação simbólica com atos normativos que possuem uma função de concretização da norma constitucional. Assim sendo, exemplifica que o discurso contido no preâmbulo da Constituição, embora carregado de valores, não constitui legislação simbólica, posto que serve como elemento para a interpretação e conseqüente concretização da norma constitucional. Por conseguinte, Marcelo Neves utiliza a tipologia apresentada por Kindermann, que propôs um modelo tricotômico para a tipologia da legislação simbólica que pode ser utilizada para confirmar valores sociais, demonstrar a capacidade de ação do Estado e adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios.

Na confirmação dos valores, haveria embates entre grupos sociais, exigindo-se uma posição do legislador em relação a eles. Neste diapasão, os grupos lutam pela prevalência

[116] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.26.

de determinados valores que os conduziriam a uma "vitória legislativa" como forma de reconhecimento de sua "superioridade", sendo-lhes secundária a eficácia normativa da lei:

> Dessa maneira, procuram influenciar a atividade legiferante, no sentido de que sejam formalmente proibidas aquelas condutas que não coadunam com os seus valores, assim como permitidos ou obrigatórios os comportamentos que se conformam aos seus padrões valorativos, satisfazendo-se as suas expectativas basicamente com a expedição do ato legislativo.[117]

Percebe-se nesta passagem que os verdadeiros fatores reais do "poder" se utilizam da legislação para consagrar os valores que lhe são interessantes e esmagar os que não lhe parecem atrativos, a fim de manter sua influência e "poder" em uma dada comunidade. A legislação-álibi visa fortificar a confiança do cidadão no governo ou no Estado. Aqui, diferentemente, não se pretende confirmar valores de um dado grupo, mas sim produzir confiança no sistema político e jurídico. Kiedermann atribuiu a este tipo de legislação, que elabora diplomas normativos para satisfazer certas expectativas do público, dos cidadãos, sem que haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas, de "legislação-álibi".

Com a legislação-álibi tem-se a falsa idéia de solução dos problemas sociais; o legislador elabora a lei retirando dos ombros do Estado a responsabilidade diante de suas falhas e a transfere para o particular, especialmente para um dado grupo da sociedade, que não possui influência ou qualquer força, o que Lassale[118] se refere como fatores reais do "poder" sem organização e, portanto, sem expressão, sem força.

Como exemplo mais vivo tem-se o Direito Penal. Com efeito, diante da falência do Estado em gerir a sociedade, permitindo o aumento da fome, miséria, desemprego, falta de educação, lazer, cultura, o que desencadeia um aumento da violência e desesperança, transfere-se a uma classe de indivíduos a responsabilidade por tais eventos. A resposta apontada pelo Estado é o embrutecimento do sistema penal; apenas através do aumento das penas e criação de novos tipos penais se tem uma solução para o acréscimo da violência. Ocorre assim uma seleção de indivíduos de certas classes sociais, que se entende como mais aptas a delinqüir e as "etiqueta" com o rótulo de inimigos[119] das sociedades, não desejados e perigosos. Retira-lhes a condição de homens e lhes atribui todos os males da comunidade.

Por fim, tem-se a legislação como fórmula de compromisso dilatório, ou seja, a transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado. Assim sendo, o acordo

---

[117] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.33
[118] Cf. LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** 8ª edição. Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*, 2008.
[119] Cf. JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo, noções e críticas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

reside não no conteúdo da norma, mas na possibilidade de se resolver mais adiante a situação. Trata-se do "compromisso-fórmula dilatório", expressão cunhada por Schimtt ao analisar a Constituição de Weimar.

3.3.4 A constitucionalização simbólica, o Direito Penal simbólico e a Lei de Execuções Penais

Debruçando-se sobre a função social e prestação política da Constituição, Marcelo Neves desenvolve, tendo em vista o "princípio da não-identificação"[120], a relação entre Constituição moderna – enquanto "subsistema" do direito – e a sociedade como sistema mais abrangente, ou seja, buscando traçar a função social em sentido estrito. Para o autor, isso conduz a análise da problemática acerca da institucionalização dos direitos fundamentais e a questão atinente ao amparo jurídico-constitucional dos institutos do Estado de bem-estar. Parte-se para a concepção, com fulcro no supramencionado princípio acerca da prestação política, abarcando o problema da eleição política e da "divisão de poderes".

Em seguida, discorre o autor sobre os direitos fundamentais (diferenciação da sociedade) e Estado de bem-estar (inclusão). Diante da institucionalização dos direitos fundamentais a Constituição reconhece a supercomplexidade da sociedade e, por conseqüência, a inexistência de um sistema social supremo. Aí reside o perigo: se houver a identificação da Constituição com alguma ideologia totalitária, haverá uma "politização" da mesma, sendo excluídas ou deturpados os direitos fundamentais, promovendo-se uma desdiferenciação inadequada à complexidade da sociedade. Ou seja: a Constituição moderna, enquanto susbistema jurídico positivo, pretende responder às exigências da sociedade por livre desenvolvimento da comunicação (personalidade) de acordo com distintos códigos.

Neste sentido, pontua-se a noção de Estado de bem-estar, com base no princípio sociológico da inclusão – que consiste na inserção de toda a sociedade nas prestações de cada um dos sistemas funcionais do Estado – lastreado nas idéias de acesso a estes serviços e dependência da conduta individual a tais prestações. Assim sendo, à medida em que ocorre a inclusão, vão desaparecendo os grupos que não participam da vida social ou participam apenas marginalmente; ou seja: em contra-partida tem-se como exclusão a manutenção

[120] Refere-se aqui a não identificação da Constituição com concepções abrangentes de caráter religioso, filosófico ou ideológico. A identificação da Constituição com um desses sistemas acarretaria num bloqueio do sistema jurídico.

persistente da marginalidade, sendo as camadas da população que não têm acesso às diversas prestações dos sistemas funcionais (subintegração):

> Definindo-se o Estado de bem-estar como 'inclusão política realizada' e, porque o Estado de *direito*, como inclusão jurídica realizada, observa-se que os 'direitos fundamentais sociais' por ele instituídos constitucionalmente são imprescindíveis à institucionalização real dos direitos fundamentais referentes à liberdade civil e à participação política. Isso decorre do fato de que a *inclusão* de toda a população nos diversos sistemas sociais e a *diferenciação funcional* da sociedade pressupõem-se reciprocamente, na medida em que a *exclusão* de amplos grupos sociais e a *auto-referência* operacional dos sistemas funcionais não compatíveis. [121]

Ao analisar as Constituições dos Estados periféricos e a constitucionalização simbólica em sentido negativo, pontua pela falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional, devido à relevância simbólica do discurso constitucionalista do "poder". Assim sendo, como evidencia Paulo Pimenta[122], a ausência de concretização normativo-jurídica generalizada do texto constitucional, guarda íntima correlação com o discurso fortemente constitucionalista na práxis política.

Destarte – retornando à obra de Marcelo Neves – assim como a legislação simbólica, a Constitucionalização simbólica encerra três formas básicas de manifestação: a forma destinada a corroboração de determinados valores sociais; a Constituição como fórmula de compromisso dilatório e a Constitucionalização-álibi. O primeiro tipo visa corroborar com a cultura e com o modo de viver certos grupos. Quanto à Constituição como compromisso dilatório, o autor torna a analisar a Constituição de Weimar e os comentários tecidos por Schimtt, distinguindo-se compromissos autênticos dos não autênticos ou dilatórios. Estes últimos são aqueles que não levam a uma decisão objetiva alcançada através de transações, servindo, tão somente, para afastá-la e adia-la. Diante de uma controvérsia entre partidos, todos podem recorrer à Constituição para satisfazer seu interesse; porém, não conseguirá daí extrair qualquer interpretação convincente, valendo-se dos compromissos fómula-dilatórios.

Já a Constitucionalização-álibi compromete todo o sistema operacional; busca-se aqui também como na legislação-álibi, blindar os agentes políticos dominantes da responsabilidade de suas falhas, a transferindo aos particulares, em detrimento da concretização constitucional.

---

[121] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.47-48

[122] Cf. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas.** São Paulo: Max Limonad, 1998.

Percebe-se, pois que a legislação simbólica e a Constituição simbólica são fortes instrumentos à disposição dos verdadeiros fatores reais do poder para manter sua influência e domínio; as leis e as emendas constitucionais visam satisfazer interesses de uma dada parcela da sociedade; destarte, a falsa noção de Estado de bem-estar, levando as classes menos favorecidas a acreditarem que estão incluídas nas políticas públicas estatais, termina por fazer com que as mesmas legitimem a atuação das classes dominantes, de tal sorte que não se organizam e não se rebelam, apenas aceitam os direitos que são, em tese, lhes assegurados, sem sequer questionar sua real existência.

Outrossim, a legislação simbólica e, por conseqüência, o Direito Penal simbólico lastreia-se na falsa noção de que tal legislação é eficaz, capaz de fazer reduzir os índices de criminalidade numa dada sociedade, protegendo os cidadãos de "bem" dos cidadãos "ruins". É neste mesmo sentido que Hassamer aborda o Direito Penal simbólico:

> Esta cualidad crítica se basa —y ésta se presenta en todos los casos de promulgación de leyes simbólicas— en la oposición entre apariencia y realidad, **apunta al elemento de engaño, a la falsa apariencia de efectividad e instrumentalidad.** Esta cualidad da en mi opinión en el objetivo acertado, con los requisitos ya enumerados, que bajo «engaño» no se entiende una determinada disposición (motivos e intenciones históricas del legislador) sino una cualidad objetiva de la norma y siendo consciente que «promulgación simbólica» es un concepto aumentativo, que describe un más-o-menos y no un y/o. (grifos aditados).[123]

Percebe-se, pois, que tanto em Marcelo Neves – fazendo uso da classificação de Kiedermann – quanto Hassamer[124] apontam as mesmas formas de manifestação da legislação simbólica, quais sejam, o reforço dos valores sociais selecionados pela classe dominante, a transferência da responsabilidade diante da falha da gestão da sociedade ao particular e a postergação da solução dos conflitos. Com isto se consagra o caráter seletivo do Direito Penal e a existência das cifras ocultas. Saliente-se ainda que a "ressocialização" nada mais é do que a expressão máxima do caráter simbólico do Direito Penal, uma vez que encerra a falsa noção

---

123 HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos. In: **Pena y Estado***. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, pp. 23-36

124 **"II.1. Clasificación**: En la literatura se puede encontrar ya una clasificación plausible de diversas formas simbólicas de Derecho:—Leyes de declaración de valores (Ejemplo: Aborto, entre la exigencia moral de la mujer a su determinación y descendencia por un lado y la confirmación de la prohibición de matar por otro lado);—Leyes con carácter de apelación (moral) (Ejemplo: Derecho penal del medio ambiente con el objeto de dotar de conciencia ecológica a las personas que ocupan posiciones relevantes —StGB—);—Respuestas sustitutorias del legislador: Leyes que sirven de coartada, leyes de crisis (Ejemplo: Leyes en contra del terrorismo con el objeto de por lo menos tranquilizar el miedo y las protestas públicas);—Leyes de compromiso (Ejemplo: cláusulas penales generales, las que si bien son poco decisorias siempre tiene un núcleo central para satisfacer la «necesidad de actuar»)." (Cf. HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos. In: **Pena y Estado***. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, pp. 23-36).

de que o Estado é o único ser apto a “purificar” o delinqüente e fazer brotar em seu âmago o sentimento de sociabilidade.

De fato, o Direito Penal é simbólico quando ele é utilizado para passar à sociedade a equivocada percepção de que é o único instrumento capaz de salva-la de todas as mazelas. O aumento da pobreza, da miséria, o desemprego, a falta de educação, dentre outros fatores que contribuem diretamente para o aumento da criminalidade, são colocados de lado; a resposta imediata e mais satisfatória é o embrutecimento do sistema penal. Com isto, vende-se a imagem que um Estado seguro e eficaz é um Estado que persegue e pune. O que se vê na prática é o aumento vertiginoso dos crimes. Como exemplo, tem-se a Lei de Crimes Hediondos, que, retirando diversas garantias dos infratores que se enquadravam nesta lei, e aumentando a punição, tornava-se a promessa de redução da criminalidade. Basta lançar um olhar sob a realidade brasileira que se percebe o quão falacioso é este discurso. O discurso do terror, da emergência, propagado, sobretudo, através da imprensa, demonstram a força política que o Direito Penal exerce.

Através da linguagem o grupo dominante mantém seu controle sobre os cidadãos castrando-os intelectualmente, impedindo-os de refletir e criticar, tornando-os dóceis e facilmente adestráveis. com efeito, a imprensa torna-se importante meio de divulgação e fortalecimento dos discursos falidos e falsos do ente político, ao manter um regime de terror.

O próprio uso dos termos “emergência” e “terror” implicam a propagação do medo e a dominação da palavra emergência – que vem do latim *emergentia* – está atrelada a idéia de crise e, conseqüentemente, a de terror do vocábulo crise se refere a tudo aquilo que afeta o regular andamento de algo, que provoca um abalo em um organismo, uma ruptura das estruturas. neste diapasão, toda vez que se instaura uma crise em um organismo, se procura uma resposta imediata objetivando a restauração do *status quo ante*.

Conforme *ex vi*, o ente estatal interfere na sociedade, controlando a atuação dos indivíduos, de sorte a manter o pacto social. Para tanto, exerce seu papel intervencionista, limitando liberdades – através da edição de normas e execução das mesmas – em prol da vida coletiva. Deste modo, o Direito é valioso instrumento de controle da vida pública, posto que delimita as regras a serem cumpridas pelos cidadãos, impondo sanções à sua inobservância, com o intuito de desestimular comportamentos contrários às normas, tendentes a romper o equilíbrio da vida social; o Direito exerce, portanto, o controle social.

O Estado atua diretamente nas relações travadas entre os homens objetivando preservar o contrato social e proteger a sociedade da atuação daqueles que visam promover

um abalo ou uma ruptura no tecido social, os tidos como marginais – vivem à margem da sociedade. Acerca da função intervencionista do Estado por meio do Direito, Paulo Bezerra pondera:

> Não haveria vida coletiva se permitisse que cada indivíduo procedesse de acordo com os seus impulsos e desejos pessoais sem respeitar os interesses dos demais. Assim, para evitar que os indivíduos e os grupos se digladiem, prejudicando a convivência comum, a sociedade cria sistemas de regulamentação da vida social pelo que estabelece normas para a conduta de seus membros e exige deles absoluta obediência e respeito, sob pena de lhes infligir os mais variados castigos. Esse processo de regulamentação da conduta em sociedade recebeu o nome de controle social.
> [...]
> Sem dúvida, uma função do direito que, se nem sempre é identificada, mas sempre acompanhará a regulação da sociedade pelo direito, é sua função educativa. São as regras de direito que ajustam os indivíduos, é a sua característica de coerção que ajusta a conduta. Nesse sentido é que afirmamos que a produção do direito e sua aplicabilidade deve necessariamente dirigir-se para uma pedagogia da conduta humana[125].

Destarte, cumpre salientar que o papel intervencionista do Estado, por meio do Direito, possui caráter adestrador. Embora o supracitado autor tenha reconhecido a importância do Direito como regulador de condutas, ressaltando seu caráter educativo e seu papel no controle social, não se pode perder de vista que inúmeras normas são criadas apenas para perpetrar e legitimar a manutenção de quem está no poder. Com efeito, inúmeras, as leis têm caráter eminentemente político e visam, tão somente, eximir os governantes de sua responsabilidade, por exemplo, ante o crescimento da criminalidade.

Não raro, o ente político se utiliza do Direito Penal e Processual Penal para justificar suas falhas em razão da má (quase inexistente) prestação dos serviços de educação, alimentação, trabalho, saneamento básico, enfim, em face das desigualdades sociais. Ao invés de investir em políticas públicas eficazes, o ente estatal transfere a responsabilidade pelo aumento do número de crimes aos cidadãos, aos delinqüentes, conhecidos como o mal da sociedade que devem ser extirpados do seu seio para que se preserve os cidadãos de bem.

Este maniqueísmo do bem/mal que norteiam as decisões do Estado e da sociedade, remontam à criminologia de orientação positivista[126], desde a concepção lombrosiana do criminoso (teoria da antropologia criminal) àquela tratada pela sociologia criminal, criada por

---

[125] BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008. p. 49-52

[126] Na obra "A falsa medida do homem", o autor Stephan Jay Gould teceu críticas à teoria da antropologia criminal, criada por Lombroso e desenvolvida por Ferri, traçando um paralelo entre esta e a teoria da recapitulação de Ernst Haeckel e da neotenia de Louis Bolk, asseverando que, em verdade, tais teorias serviam como argumento para legitimar o poder de uma raça e de uma classe social sobre as demais.

Ferri. Desta forma, a concepção positivista como estudo de causas determinou que a criminologia deveria traçar as principais características do delinqüente, seus sinais antropológicos e isolá-lo num local (prisões e hospitais de custódia e tratamento) para avaliar as causas que o levaram a praticar crimes. Muda-se, então, a percepção acerca do indivíduo criminoso: não se estudam mais os caracteres biológicos e psicológicos, mas os sociológicos, as causas ou fatores (paradigma etiológico) que o levaram a delinqüir e a conseqüente implementação de medidas individuais para removê-los, agindo incisivamente no sujeito (correcionalismo); há a contraposição da "antropologia criminal" para a "sociologia criminal", criada por Ferri[127].

Lastreado nos conceitos de bem/mal, fala-se em um momento de crise, de emergência, que desafia a adoção de medidas mais rígidas para combater o “mal” da sociedade e proteger os homens de “bem”. Diante do aumento do número de ações criminosas e o fortalecimento do medo e ódio da sociedade em face das associações criminosas, o Estado italiano e o brasileiro adotam medidas de exceção dentro do Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, para se dar uma resposta rápida aos anseios da população, os entes políticos se valem de leis penais e processuais penais que criam novos tipos penais e estipulam novas regras procedimentais, violadoras dos princípios constitucionais, sob a escusa de se combater a situação emergencial e de se devolver à sociedade a situação de normalidade.

Ocorre que, tais medidas excepcionais se protraem no tempo e se consolidam, criando ficções jurídicas e transmitindo à sociedade a falsa noção de segurança e paz. O problema não é resolvido, mas o Estado e os meios de comunicação informam e formam o intelecto dos indivíduos com inverdades, apontando como única alternativa para salvaguardar a integridade física e psíquica, bem como o patrimônio de todos, o embrutecimento do Sistema Penal. Trata-se de um regime de exceção no seio de um Estado Democrático de Direito; uma violação das garantias do indivíduo em prol da suposta segurança da sociedade. Como bem pondera Fauzi Hassan Choukr:

> 8.3. O que é segurança?
> (...) Não se pode admitir um conceito de segurança que passe pela violação das normas fundamentais. Essa segurança, que aqui só pode ser aceita pelo seu prisma jurídico, reside na obediência, pelos particulares e pelo poder público, daquilo que foi estatuído no ato de fundação da sociedade. Patrocinar oficialmente a quebra dessa base significa incorrer no retorno ao caos e na negação da própria convivência comum, conseqüência esta justamente alcançada pelo sistema

[127] BRUNO, Aníbal**. Direito Penal** Tomo 1º. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.115-117.

> repressivo ora criticado. Nesse sentido seu emprego é mera ilusão.[128]

Do exposto, conclui-se que a adoção de tais medidas rompendo com o Estado Democrático apenas passam a falsa sensação de segurança aos cidadãos, mas em verdade não modificam em nada a realidade.

Em verdade, a atuação sensacionalista e imponderada dos sistemas de comunicação brasileiros teve grande parcela de culpa e responsabilidade em face do aumento do poder dos bandos/quadrilhas e o conseqüente sentimento de incapacidade do cidadão. a imprensa fortalece a idéia de terror, crise, pânico na sociedade, apontando o estado como único ser legítimo e capacitado para combater tais atuações criminosas; o sentimento de desespero, abandono, medo e impotência são cultivados na população e, em contrapartida, aumentam a força dos criminosos, gerando a sensação de impunidade. É interesse do grupo que está no domínio da sociedade separar os "bons" dos "maus", fomentando o medo naqueles que obedecem as regras daqueles que as transgridem. Louk Hulsman analisando o papel da imprensa pondera que:

> As produções dramáticas tradicionais e parte da mídia tendem a perpetuar a idéia simples – e simplista – de que há os bons de um lado e os maus de outro. É certo que existe toda uma corrente cultural com um enfoque das pessoas e situações muito mais cheio de nuances. A arte, a leitura, o cinema contemporâneos esforçam-se por descobrir a complexidade dos seres, de suas relações, das experiências vividas, mostrando irrealismo dos discursos em preto e branco.[129]

De forma inconseqüente, a mídia trata do aumento das atuações criminosas, ressaltando sempre a força das mesmas, lhes conferindo um poder que a princípio não possuíam; alimenta a ilusão nos cidadãos de que o embrutecimento do Sistema Penal seria a única solução para a questão da criminalidade. Neste sentido, cumpre colacionar o pensamento de Zaffaroni:

> *Hechos recientes llaman la atención mundial acerca de la depredación irresponsable de la vida planetaria, pero el poder —que controla los medios de comunicación— pretende minimizarlos y de esta manera desaparecen de la conciencia pública*.[130]

Percebe-se, pois, que a imprensa é um valioso instrumento da propagação das falsas idéias afirmadas pelo estado, incutindo no inconsciente coletivo o ódio e o medo, fazendo enxergar nos encarcerados os demônios da sociedade, demônios que devem ser combatidos a qualquer custo.

---

[128] CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002. p.69
[129] HULSMAN, Louk. **Penas Perdidas**: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993. p. 56
[130] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ***Criminología****: aproximación desde un margen***.** Bogotá: Temis, 1988. p. 46

Neste sentido, Habermas[131] traz à luz as concepções de auto-reflexão, auto-engano e discorre sobre o paradigma da linguagem e os atos da comunicação. Com efeito, o ente estatal se vale da linguagem, por meio dos arbítrios dos signos, para criar mitos e ídolos. A teoria crítica da sociedade tem interesse emancipatório do conhecimento; usa-se a reflexão para promover a autonomia do interesse da razão. Dessa forma, desenvolvido o senso crítico, contesta-se a linguagem empregada que visa justificar os interesses da dominação. Trata-se da ação estratégica da comunicação, em que se usa a linguagem para orientar e manipular os intelectos; através da ação comunicativa rompe-se com o paradigma da consciência pelo paradigma da linguagem.

Com a mudança paradigmática da linguagem[132], centrada nos pressupostos do sentido, argumentação, consenso, as relações intersubjetivas e o discurso, há a ampliação do conceito de racionalidade e, conseqüentemente, o homem tem consciência de si e do papel que desempenha na sociedade, sendo capaz de romper com as barreiras dos dogmas propagados pela religião e pela ciência.

Percebe-se a correlação entre a concepção de auto-engano e auto-reflexão e da necessidade emancipatória do intelecto humano e o pensamento desenvolvido por Emile Durkheim[133], acima descrito. Neste mesmo sentido, Habermas ao tratar da psicanálise, pondera acerca do convívio social e do auto-engano. Indaga-se: quais são as intenções que fazem com que os indivíduos se unam? Ora, o indivíduo tem aversão à civilização porque ele se pune o tempo todo; o recalque é colocar aquilo que não é desejado pelo indivíduo, é o "território estrangeiro de si próprio", um auto-engano. O homem não deseja interagir porque o regime social exige regras, e, desta forma, ao conviver em sociedade, o indivíduo se aprisiona dentro de si. Então porque ele viveria em sociedade[134]? Por interesses econômicos e de preservação.

O superego segura o inconsciente; diz quais são as regras, de tal sorte que retrata a vida em sociedade. Se houvesse apenas o inconsciente, o homem não sobreviveria à vida social. Percebe-se, pois, que o homem para sobreviver no seio de uma comunidade, anula seus instintos, seus impulsos, obedece regras sob a escusa de se preservar o contrato social.

---

[131] Cf. HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse**. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

[132] Cf. MEDEIROS, Arilene Maria Soares e MARQUES, Maria Auxiliadora de Resende B. **Habermas e a teoria do conhecimento**. Disponível em: <http://143.106.58.55/revista/viewarticle.php?id=147> Acesso em: 01 Mai 2008.

[133] Cf. DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Editora Matin Claret, 2002.

[134] Há uma compensação pela vida em sociedade (o homem renuncia sua pulsão para viver em sociedade) como o ganho de bens, de pessoas. Os indivíduos possuem tendências destrutivas e por isso existe a punição, para sufocar esta tendência. O ser psicótico é aquele que deixa fluir sua tendência destrutiva (não tem sentimento de auto-limitação, de culpa).

Pergunta-se: o que é moral e amoral[135]? É o que se convencionou ser e não o que realmente é. Apenas no momento em que a sociedade exercitar sua auto-crítica e perceber seu auto-engano, conseguirá rever tal posicionamento; destarte, a sociedade conseguirá se libertar das amarras que a prende e a anula, iniciando um movimento de revolução interna, com a conseqüente contestação dos dogmas existentes e rompimento das barreiras castradoras. Somente após esta percepção é que se poderá mudar a realidade vigente.

Por fim, insta salientar que a Lei de Execuções Penais, por sua vez, é também uma legislação simbólica. Conforme será visto no título II desta dissertação, após as mazelas advindas da Segunda Guerra Mundial, o movimento da Nova Defesa Social ganhou espaço e força, e todas as legislações, em especial do mundo ocidental, se adequaram aos seus postulados, dentre os quais, o ideal ressocializador como principal função da pena. Com efeito, em 1984, o Brasil, encerrando o regime da ditadura militar, atravessando um momento de redemocratização e retomada dos valores humanos, edita tal diploma normativo, asseverando que, diante da preocupação com a condição humana do preso, a pena deveria voltar-se à preservação de sua dignidade e, sobretudo, fornecer meios para que ele exerça sua "humanidade".

Dessa forma, a Lei de Execuções Penais[136] traz em seu bojo regras que transmitem a idéia de que o Estado objetiva zelar pelo preso, quando, em verdade, apenas traz uma resposta à sociedade diante da necessária retomada do valor do ser humano. A análise dos artigos desta lei demonstra a criação de um sistema de prêmios e punições, de tal sorte que o apenado perde sua identidade[137], é explorado, submetido a um procedimento de "purificação" para, somente então, retornar à sociedade, apto a aceitar suas regras e não mais delinqüir.

Trata-se de uma legislação simbólica, pois corrobora com valores sociais – valores capitalistas, haja vista que o trabalho prisional é apresentado como o modelo precípuo para se garantir a ressocialização do indivíduo –, é fórmula de compromissos dilatórios – uma vez que não soluciona as questões de pobreza, miséria, desemprego que contribuem para a ocorrência de um delito e adia tal solução – e é legislação-álibi – no momento em que o Estado retira de si a responsabilidade pelo aumento da criminalidade e transfere ao preso o dever de se readequar ao seio social.

---

[135]Conforme será visto no título II deste trabalho.

[136] Registre-se que no título IV deste trabalho esta Lei será analisada de forma detida, demonstrando-se seu caráter simbólico.

[137] No título III se estudará o trabalho, a disciplina, o horário e a vigilância como formas de castrar intelectualmente o indivíduo, retirando sua individualidade.

Com efeito, para compreender melhor tal mecanismo e se abordar o conceito não revelado da ressocialização e suas funções não declaradas, é mister que se compreenda primeiramente o relação do homem com o meio social e o desenvolvimento da Nova Defesa Social, o que se passa a fazer no título seguinte.

TÍTULO II – OS POSTULADOS DA DEFESA SOCIAL E O MANIQUEÍSMO BEM/MAL

Enquanto no primeiro título desta dissertação demonstrou-se o papel da linguagem como instrumento de manipulação da sociedade, a fim de legitimar e manter o domínio de um determinado grupo, nesta segunda etapa, passa-se à análise do uso de certos conceitos pelo Estado, para justificar o exercício do direito de punir, em especial a concepção de bem/mal, certo/errado, regra/castigo e como tais palavras foram utilizadas ao longo da história do Direito Penal e qual a carga de valores que se esconde atrás do discurso oficial.

Pretende-se com esta explanação compreender como a criminologia de orientação positivista centrada no maniqueísmo bem/mal é a vertente empregada nos dias atuais, embora existam diversas correntes que a critica; a "ressocialização" torna-se o exemplo mais vivo do uso manipulador da linguagem com espeque na dualidade bem/mal, uma vez em que o indivíduo preso, recluso, perde sua condição social (mal), devendo ser submetido a um tratamento de "purificação", procedimento este aplicado pelo Estado que seja capaz de torna-lo novamente sociável, quando somente então, estará apto ao retorno à vida em liberdade (bem).

Com breve enfoque histórico acerca da justificativa do exercício do poder de punir, pretende-se demonstrar a relação entre o homem e a sanção; decerto, a punição seduz e é necessária; a separação entre os homens do "bem" dos homens do "mal" é um discurso que interessa, pois representa a manutenção de um grupo no poder. Será estudado o pensamento de Nietzsche[138], Freud[139] e Jean Bergeret[140], questionando-se o que de fato é certo, errado, bem e o mal, a quem interessa a verificação dos "anormais", sua segregação e neutralização, e por que se pune.

Destarte, serão demonstrados os fundamentos da defesa social, principal teoria a se utilizar da ficção jurídica "ressocialização", e outras teorias sociais, como a teoria da anomia em Durkheim, e o *labeling approach*, que questionam o próprio conceito de crime e criminoso; será abordado ainda o movimento da lei e ordem e a teoria social deficiente

---

[138] Cf. NIETZSCHE, Friedrich. **A Genealogia da Moral.** São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
[139] FREUD,Sigmund**. Futuro de uma ilusão / O mal-estar na civilização e outros trabalhos Rio de Janeiro:** Imago, 2006.
[140] BERGERET, Jean. ***La violencia fundamental****: el inagotable Edipo.* Trad. Carlos Padrón y Soledad Escassi. Madri: Fondo de Cultura Econômica, 1990.

1 DA NECESSÁRIA ABORDAGEM DO MANIQUEÍSMO BEM/MAL, REGRA/CASTIGO, MORAL/AMORAL E O DESEJO PELA PUNIÇÃO

Cumpre, num primeiro momento deste título, abordar o que se convencionou por bem/mal, certo/errado, quem é de fato um homem "bom" e um homem "mau" e questionar a quem compete determinar quais são as regras a serem seguidas e os castigos aplicados diante do seu descumprimento, bem como o que é a moral e sua ausência.

Estes questionamentos e as reflexões que serão adiante produzidas são de grande valia para os propósitos desta dissertação. Apenas após se criticar tais conceitos e convenções é que será possível exercer um juízo crítico acerca da ficção jurídica "ressocialização" e se tentar demonstrar o discurso não declarado, não oficial.

1.1 A GENEALOGIA DA MORAL: CONFUSÃO ENTRE DIREITO, MORAL E RELIGIÃO

Neste tópico, será analisada a concepção de bem/mal, regra/castigo, moral/amoral, cunhada pelos órgãos detentores do poder da sociedade[141], utilizadas para manter o seu domínio sobre os indivíduos.

Ao longo da história da humanidade, sempre existiu a confusão entre direito/moral/religião. Destarte, analisar a genealogia do direito é se debruçar sobre a genealogia da moral e do castigo. Os preceitos morais formam os padrões predispostos nas sociedades[142], criando os deveres e direitos, extrínsecos à natureza do homem, "animal de rapina"[143], mas intrínsecos à sociedade à qual pertence. Se o Direito é ficção humana, criado para regulamentar condutas entre os homens a fim de que haja a convivência em grupo, é

[141] Cumpre remeter o leitor ao capítulo I desta dissertação quando foi analisado o pensamento de Lassale sobre os órgãos detentores do poder da sociedade, os verdadeiros fatores reais do poder, que são classes sociais dotadas de organização e poder econômico e moral, a exemplo da nobreza e do clero, ou melhor, das classes ricas e da Igreja (saliente-se que não apenas a Católica).

[142] Cf. DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Matin Claret, 2002. Para Durkheim, o homem encontra-se circunscrito num ambiente social que implica fatores coercitivos, os quais obrigam este indivíduo a se amoldar aos ditames da sociedade. Dessa forma, o homem deve obedecer aos parâmetros historicamente impostos pelo grupo social ao qual ele pertence. Segue, portanto, padrões preestabelecidos e exteriores ao próprio, que abarcam o plano psicológico, moral, hábitos, costumes, comportamento, toda sua cultura.

[143] Cf. NIETZSCHE, Friedrich. **A Genealogia da Moral.** São Paulo: Companhia das Letras, 1998

certo que tais regras surgiram diante dos conceitos difundidos em uma comunidade, num dado momento histórico, do que é certo/errado, moral/amoral, bom/mau. Diante do nascimento da regra, surge a sua violação e, por via de conseqüência, a punição do comportamento desviante, o castigo. É necessário que se puna aquele que desobedece, que dá vazão aos seus instintos e promove uma ruptura no tecido social, um abalo no contrato social para que se mantenha a unidade da sociedade. Em Nietzsche[144]:

> A resposta, com todo o rigor: precisamente o 'bom' da outra moral, o nobre, o poderoso, o dominador, apenas pintado de outra cor, interpretado e visto de outro modo pelo olho de veneno do ressentimento. Aqui jamais negaríamos o seguinte: quem conhecesse aqueles 'bons' apenas como inimigos, não conheceria senão inimigos maus, e os mesmos homens tão severamente contidos pelo costume, o respeito, os usos, a gratidão, mais ainda pela vigilância mútua, pelo ciúme inter pares [entre iguais], que por outro lado se mostram tão pródigos em consideração, autocontrole, delicadeza, lealdade, orgulho e amizade, nas relações entre si -para fora, ali onde começa o que é estranho, o estrangeiro, eles não são melhores que animais de rapina deixados à solta.[145]

Analisando ainda a genealogia do Direito, depara-se com a própria história do surgimento da humanidade, posto que desde que o homem nasce, sente a necessidade de conviver em grupo – quer por questões de segurança, quer por questões econômicas – e, para tanto, doa parte de sua liberdade em prol do convívio em sociedade. Assim sendo, o Direito é produto da cultura humana, criado sobre alicerces morais, fortemente edificados, ao longo dos séculos pelas diversas religiões – através do fomento da culpa, do exercício da auto-punição e da angústia pelo descumprimento dos valores da sociedade, obedecidos pelo homem nobre.

Neste diapasão, conforme *ex vi* são criadas as regras, que devem ser obedecidas, sob pena de se infligir um castigo ao "marginal". Tais regras decorrem da interpretação orientada dos atos/fatos, para que se mantenha o intelecto dos homens devidamente embaçados, de tal sorte que os mesmos se encontram impotentes diante do que se afirma como "verdade". O exercício da culpa, da má-consciência, fomenta no homem o dever de obedecer e nunca questionar. O intérprete diz qual é o Direito, qual a regra e o castigo diante de sua desobediência; a moral torna o homem fraco, pois destrói sua mente; por conseguinte, a sociedade, devidamente subjugada, é apenas um organismo que legitima e mantém o "Poder".

---

[144] Cumpre aduzir que este trabalho tão somente se utilizará de certas lições advindas de Nietzsche, Freud e Foucault acerca da justificativa do exercício do direito de punir bem como a determinação do que vem a ser certo/errado, moral/amoral, bem/mal, o que não significa que se defende a abolição do Direito Penal, conforme será demonstrado no último capítulo desta dissertação.

[145] NIETZSCHE, Friedrich. **A Genealogia da Moral.** São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 12.

1.2 A PUNIÇÃO E A EXPIAÇÃO DOS PECADOS: CULPA, RESSENTIMENTO E COISAS AFINS EM FREUD E NIETZSCHE

Cumpre primeiramente advertir que o título deste tópico está propositadamente diverso do determinado por Nietzsche[146], haja vista que será realizada uma análise em conjunto do pensamento deste filósofo e de Freud. Esta digressão é essencial para que se compreenda, mais à frente[147], o que se convencionou denominar como "socialização" e, por conseguinte, "ressocialização".

Traçando um paralelo entre as críticas formuladas por Nietzsche acerca do que se pode e a quem compete determinar o que vem a ser o bem, o mal, moral, amoral, certo, errado, social e anti-social, e as conclusões formuladas por Freud, exsurge a inevitável conclusão de que tais conceitos são abstratos e, portanto, facilmente manipuláveis.

Com efeito, Freud ao analisar os três fatores que impedem a felicidade do homem, depara-se, primeiramente, com a consciência que o homem possui de que é incapaz de prever e controlar a natureza; em seguida, vislumbra o conhecimento que o ser humano tem de suas limitações físicas; por fim, o psicanalista pontua que o grande fator que impede o homem de ser livre, sem ressentimentos ou sentimento de culpa, é, justamente, a própria civilização, o que ele denomina como mal-estar da civilização:

> [..] Quanto à terceira fonte, **a fonte social de sofrimento**, nossa atitude é diferente. Não a admitimos de modo algum; não podemos perceber por que os regulamentos estabelecidos por nós mesmos não representam, ao contrário, proteção e benefício para cada um de nós. Contudo, quando consideramos o quanto fomos malsucedidos exatamente nesse campo de prevenção do sofrimento, surge em nós a suspeita de que também aqui é possível jazer, por trás desse fato, uma parcela de natureza inconquistável - dessa vez, uma parcela de nossa própria constituição psíquica.
>
> Quando começamos a considerar essa possibilidade, deparamo-nos com um argumento tão espantoso, que temos de nos demorar nele**. Esse argumento sustenta que o que chamamos de nossa civilização é em grande parte responsável por nossa desgraça e que seríamos muito mais felizes se a abandonássemos e retornássemos às condições primitivas**. Chamo esse argumento de espantoso porque, seja qual for a maneira por que possamos definir o conceito de civilização, constitui fato incontroverso que todas as coisas que buscamos a fim de nos protegermos contra as ameaças oriundas das fontes de sofrimento, fazem parte dessa mesma civilização.[148]

---

[146] Faz-se referência à obra "A genealogia da moral", segunda dissertação: "Culpa, má consciência e coisas afins".

[147] O que é social e o conceito não revelado da "ressocialização" serão objetos do terceiro título deste trabalho.

[148] FREUD,Sigmund**. Futuro de uma ilusão / O mal-estar na civilização e outros trabalhos Rio de Janeiro:** Imago, 2006. p. 55

Assim como Nietzsche, assevera que o homem é um animal livre, instintivo e, no momento em que ele agrupa-se, convive em sociedade, inicia-se o processo de perda de identidade. Destarte, se exige do animal de rapina[149] que dome seus instintos, doe parte de sua liberdade para sobreviver em grupo e, em contrapartida, terá a proteção que apenas um poder central é capaz de lhe conferir.

O ser humano ao unir-se aos demais por conveniência – para adquirir comida, proteção ou para procriar – cria o poder, o líder e, por fim, o Estado. São estabelecidas, portanto, regras de convivência, a fim de que todos possam exercer suas parcelas de liberdade sem violar os direitos dos demais; a cultura é estabelecida.

Conforme visto no capítulo I deste trabalho, a cultura é critério norteador do "bom intérprete"; com efeito, são extraídos dos objetos de estudo o sentido e o alcance desejados para a manutenção de um grupo no controle do Estado. Esta cultura vinculante é imposta à comunidade e castra a autonomia dos indivíduos; doa-se parte da liberdade a fim de se conviver pacificamente em sociedade, e em contrapartida, perde-se a identidade, individualidade. Neste sentido, Salo de Carvalho:

> [...] **A cultura estabelece, portanto, situação paradoxal: a necessidade de supressão de instintos, desejos e pulsões que permanecem latentes no homem**. E a ambigüidade se fortalece em razão de a civilização prometer felicidade pelo controle coercitivo dos desejos e esta restrição mesma provocar seu oposto: sofrimento.
>
> O preço a ser pago pela permanência dos restos não usufruídos da primeira na segunda natureza é a culpa. **O sentimento de culpa (ou a necessidade inconsciente de punição pela qual a culpa se expressa) provocado pela obstrução aos desejos,** por remeter à natureza primeva do humano, se encontra submerso, adquire pouca aderência, **se mantém inconsciente ou aparece em forma de mal-estar.**[150] (grifos aditados).

A culpa, portanto, é a auto-punição, diante dos desejos reprimidos e do sentimento de retorno à situação livre. O indivíduo sonha com sua liberdade, porém mais do que a liberdade física, ele almeja a liberdade moral e psíquica. Preso aos padrões de comportamento, o homem sufoca sua individualidade, o seu "eu", que desaparece lentamente no seio da comunidade, ocorre a *desumanização do humano*.[151]

O sofrimento, conforme ensina Freud, decorre da angústia incessante que o homem trava consigo mesmo; de um lado, a natureza humana; de outro as regras criadas por

---

[149] Cf. NIETZSCHE, Friedrich. **A Genealogia da Moral.** São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
[150] CARVALHO, Salo de. **Anti-manual de criminologia.** Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*, 2008, p. 195.
[151] Idem. Ibidem. p. 194.

agrupamentos humanos para conter as paixões do ser humano e manter o seu controle e domínio na sociedade. Aquele que tem o poder de castrar o homem, de dizer a regra e aplicar a sanção, é quem controla a comunidade. Sobre a hostilidade contra a civilização e a liberdade, pontua o autor:

> A liberdade do indivíduo não constitui um dom da civilização. Ela foi maior antes da existência de qualquer civilização, muito embora, é verdade, naquele então não possuísse, na maior parte, valor, já que dificilmente o indivíduo se achava em posição de defendê-la. O desenvolvimento da civilização impõe restrições a ela, e a justiça exige que ninguém fuja a essas restrições. O que se faz sentir numa comunidade humana como desejo de liberdade pode ser sua revolta contra alguma injustiça existente, e desse modo esse desejo pode mostrar-se favorável a um maior desenvolvimento da civilização; pode permanecer compatível com a civilização. Entretanto, pode também originar-se dos remanescentes de sua personalidade original, que ainda não se acha domada pela civilização, e assim nela tornar-se a base da hostilidade à civilização. O impulso de liberdade, portanto, é dirigido contra formas e exigências específicas da civilização ou contra a civilização em geral.[152]

Destarte, no momento em que se tolhe a manifestação dos instintos humanos, surge para Nietzsche a má-consciência; tantos desejos reprimidos e o medo de manifesta-lo – pois se criou a religião e a moral, que irão ditar o que é certo/errado, bem/mal – induzem o indivíduo à violência, à hostilidade, crueldade, desânimo, desesperança. O receio de violar uma regra moral e, em conseqüência, pecar, conduz o homem à má-consciência; no momento em que ele viola os dispositivos morais e religiosos, ele adquire o sentimento de culpa:

> Neste ponto já não posso me furtar a oferecer uma primeira, provisória expressão da Minha hipótese sobre a origem da "má consciência": não é fácil apresentá-la, e ela necessita ser longamente pensada, pesada, ponderada. Vejo a **má consciência como a profunda doença que o homem teve de contrair sob a pressão da mais radical das mudanças que viveu - a mudança que sobreveio quando ele se viu definitivamente encerrado no âmbito da sociedade e da paz.** O mesmo que deve ter sucedido aos animais aquáticos, quando foram obrigados a tornar-se animais terrestres ou perecer, ocorreu a esses semi-animais adaptados de modo feliz à natureza selvagem, à vida errante, à guerra, à aventura - subitamente seus instintos ficaram sem valor e "suspensos". A partir de então deveriam andar com os pés e "carregar a si mesmos", quando antes eram levados pela água: havia um terrível peso sobre eles. Para as funções mais simples sentiam-se canhestros, nesse novo mundo não mais possuíam os seus velhos guias, os impulsos reguladores e inconscientemente certeiros - estavam reduzidos, os infelizes, a pensar, inferir, calcular, combinar causas e efeitos, reduzidos à sua "cons ciência", ao seu órgão mais frágil e mais falível! Creio que jamais houve na terra um tal sentimento de desgraça, um malestar tão plúmbeo - e além disso os velhos instintos não cessaram repentinamente de fazer suas exigências! Mas era difícil, raramente possível, Ihes dar satisfação: no essencial tiveram de buscar gratificações novas e, digamos, subterrâneas. **Todos os instintos que não se descarregam para fora *voltam-se para dentro* - isto é o que chamo de *interiorização do homem:* é assim que no homem cresce o que depois se denomina sua "alma".** Todo o mundo interior, originalmente. delgado, como que entre duas membranas, foi se expandindo e se estendendo, adquirindo profundidade, largura e altura, na medida em que o homem foi *inibido* em sua descarga para fora. Aqueles terríveis bastiões com que a

[152] FREUD,Sigmund**. Futuro de uma ilusão / O mal-estar na civilização e outros trabalhos Rio de Janeiro:** Imago, 2006. p. 61.

> organização do Estado se protegia dos velhos instintos de liberdade – os castigos, sobretudo, estão entre esses bastiões fizeram com que todos aqueles instintos do homem selvagem, livre e errante se voltassem para trás, *contra* o *homem mesmo*. **A hostilidade, a crueldade, o prazer na perseguição, no assalto, na mudança, na destruição - tudo isso se voltando contra os possuidores de tais instintos: *esta* é a origem da má consciência**.[153] (grifos aditados)

A insatisfação diante da perda da liberdade, aliada ao confinamento dos instintos naturais do homem, geram o que Nietzsche acima denominou de má consciência, asseverando, inclusive, que os crimes mais bárbaros ocorrem, não raro, em razão desta.

De outro lado, o inverso pode ocorrer: a falsa noção de liberdade. De fato, o ente estatal transmite a imagem falaciosa de que os indivíduos que obedecem as regras, são livres. Neste sentido, aos homens de bem tudo, aos homens do mal, nada. Com a equivocada sensação de liberdade, é mais fácil controlar os instintos humanos[154], e o cidadão comum aceita quase que passivamente, às ordens emanadas do grupo controlador. Encontra sua liberdade ao se considerar separado dos demais, da massa miserável e delinqüente; seu sentimento de homem livre, floresce na compreensão de que é superior e não está incurso na prisão da desobediência – aquele que desobedece as regras resta aprisionado por sua consciência e padece do medo:

> Qualquer homem de elite aspira instintivamente à sua torre de marfim e reclusão, em que se libertou da massa, dos muitos, da maioria, em que pode esquecer a regra "homem", sendo ele mesmo a sua exceção. A não ser que se trate do caso particular em que, obedecendo a um instinto mais virulento ainda, vá direto a essa regra, sendo ele mesmo o cognoscente, no sentido grandíloquo e excepcional da palavra.[155]

Convém ainda adotar as lições de Salo de Carvalho[156] a respeito do tema e sua importante observação acerca da diferenciação entre sentimento de culpa em FREUD e ressentimento em Nietzsche. Pontua Salo que a noção de culpa para o psicanalista está inserida na relação homem em si mesmo, o indivíduo voltado para si, o que demanda duas implicações: a primeira referente ao medo da autoridade, correspondente a sufocação dos instintos; a segunda consiste no medo do superego, exigindo além da renúncia aos instintos, a punição de tais desejos. A culpa, portanto, para Freud desafia a punição, quer formalmente pelo Estado, quer através da autopunição do indivíduo. Já em Nietzsche há a figura do

---

[153] Cf. NIETZSCHE, Friedrich. **A Genealogia da Moral.** São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
[154] Cumpre lembrar ao leitor do que fora exposto no título I deste trabalho, capítulo I sobre o poder em pasárgada; a ilusão de liberdade e de poder faz com que o cidadão se torne mais facilmente controlável e não questione as regras impostas pelo ente estatal.
[155] NIETZSCHE, Friedrich. **Para além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro.** São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 56
[156] CARVALHO, Salo de. **Anti-manual de criminologia.** Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*, 2008, p. 197

ressentimento que é a projeção da culpa no outro, atribuindo ao outro a responsabilidade pelo que foi obrigado a fazer.

Por fim, pode-se afirmar com fulcro no pensamento de Nietzsche[157] que a sociedade nutre a moral do rancoroso; as falsas ovelhas, tidas como puras, apontam os defeitos dos demais e desejam a punição, vibram com a violência. São falsas pois aparentam uma boa imagem, de pessoas doces e pacíficas, seguidoras da religião cristã, quando, em verdade, são ressentidas, possuem a má-consciência, projetando no outro o ódio que sentem de si mesmos, por conter seus instintos.

1.3 A VIOLÊNCIA FUNDAMENTAL

De fato, é da própria natureza humana a reunião em grupos; é também de sua natureza os instintos, dentre eles, o de sobrevivência. Atrelado a tal sentimento, o homem exerce sua violência fundamental[158], que se refere à necessidade de sobreviver. Analisando a fábula de Édipo, Bergeret afirma que:

> *4) El oráculo inicial no conduce más que sobre la intención y sobre la violencia. No es cuestión ni de amor ni de odio, sino de la simple ley del sobrevivir primario: es él o ellos, ellos o él.*[159]

Da análise desta história, este autor quis explicitar a regra mais comum entre os homens: luta pela sobrevivência. Ao se perceber em perigo, o homem atua eliminando todos os obstáculos para que se mantenha vivo.

Outrossim, constata-se que existem duas forças contra-postas: a necessidade de se agrupar para socializar e a necessidade de sobreviver, o "ou ele ou eu"; há de se harmonizar os impulsos do "animal de rapina"[160] para que haja a convivência pacífica. Isso não significa dizer, porém, que o homem deve obedecer cegamente às regras que lhe são impostas. É preciso que ele nutra consciência dessas forças e de seu papel na sociedade para manter sua identidade. Assim sendo, percebendo que está submetido à leis para conviver pacificamente, há de questionar até que ponto aquelas leis revelam os interesses de toda a sociedade, até

---

[157] NIETZSCHE, Friedrich. **A Genealogia da Moral.** São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 13-14
[158] BERGERET, Jean**.** ***La violencia fundamental****: el inagotable Edipo*. Trad. Carlos Padrón y Soledad Escassi. Madri: Fondo de Cultura Econômica, 1990.
[159] Idem. Ibidem. p. 299.
[160] NIETZSCHE, Friedrich. **A Genealogia da Moral.** São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

quando pode-se afirmar que há a proteção dos bens jurídicos essenciais ao convívio equilibrado entre os homens.

Conforme se afirmou no título I deste trabalho, não raro, o grupo dominante impõe sua vontade e se vale do Estado para criar leis que preservem exclusivamente seus interesses. Neste diapasão, são criadas regras ilegítimas, dentre as quais delitos que preservam bens jurídicos que não importam à coletividade, como os delitos contra a propriedade privada, contra a Administração Pública e contra o Fisco, por exemplo.

Tais bens devem ser preservados por outros ramos do Direito e não pelo Direito Penal; há a imposição da violência para manter estes valores respeitados. Especificamente referindo-se ao tema desta dissertação, a ressocialização nada mais é, como se verá no título seguinte, do que a manifestação desta violência para atender aos interesses do grupo dominante, uma vez que é do interesse do Estado passar a falsa noção aos cidadãos de que é o único ente autorizado a "purificar" o preso e devolve-lo, devidamente adestrado, apto a obedecer às regras e retornar ao convívio dos "bons". Neste sentido, Alvino Augusto de Sá, analisando o pensamento de Bergeret, afirma que:

> Igualmente, não podemos deixar de associar à violência fundamental a violência primária da minoria dominante, em sua ânsia de vencer a interdição primária, para se igualar ao próprio "Deus". Associam-se à violência fundamental os grandes "crimes", ainda que não tipificados e não reconhecidos como tais pelos diplomas legais vigentes, praticados pelo imperialismo do capital, e que fazem por concentrar mais e mais riquezas, as riquezas da própria terra que a todos pertencem, nas mãos de poucos, tendo como conseqüência a miséria crescente da maioria. [161]

Assim sendo, o homem deve compreender que o delito é algo natural, pois se vive em sociedade e são criadas regras para uma convivência pacífica; criada a norma, haverá sua desobediência e conseqüente imposição de um castigo. A lei e a sanção, todavia, não devem ser obedecidas e impostas sem uma fundamentação e cabe ao cidadão perceber seu papel na comunidade e questionar tal legitimidade, a fim de que não reste, tão somente, no "auto-engano".

2 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DA JUSTIFICATIVA DO EXERCÍCIO DO PODER DE PUNIR DO ESTADO

[161] SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e psicologia criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 41.

Antes de adentrar especificamente no fundamento da ressocialização, é mister que sejam traçadas linhas gerais acerca da justificativa do exercício do poder de punir pelo Estado ao longo dos séculos, e que seja demonstrada como a dualidade bem/mal se torna o principal fundamento para a manutenção do discurso manipulador.

2.1 ENFOQUE DA JUSTIFICATIVA DA PUNIÇÃO NA ANTIGUIDADE

Desde o início dos tempos até o século XV, havia a fase empírica e mitológica do crime, mesclando-se o exercício do poder de punir com as crenças religiosas; as figuras dos deuses e dos fenômenos da natureza serviam de substrato para a punição, entendendo-se que quem punia o indivíduo faltoso eram estes seres "mágicos" e não a comunidade em si. O exercício do poder de punir primeiramente era exercido por todos da comunidade – vingança pública – sendo que as penas a serem aplicadas àquele que descumpriu com as regras do grupo poderiam ser executadas por quaisquer de seus integrantes; a posteriori, a aplicação das sanções passou a constituir uma prerrogativa do líder da tribo.

Com efeito, a justificativa para o exercício do poder de punir residia na necessidade de se aplacar a fúria dos deuses; os desastres da natureza – como enchentes, secas, pragas – e quaisquer outros obstáculos que traduziam uma certa dificuldade para que uma tribo viesse a sobreviver, desafiava a aplicação de uma pena ao infrator da comunidade. O criminoso praticou certa conduta que desagradou aos deuses; em contrapartida, as entidades superiores puniam toda a comunidade por aquela falha; em seguida, o autor do fato deveria ser punido para que os deuses não mais fizessem recair sobre aquele grupo sua insatisfação.

> [...] **O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade, ofendida pelo crime.** Pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido. A impregnação de sentido místico no Direito Penal ocorreu desde suas origens mais remotas, quando se concebia a repressão ou castigo do infrator como uma satisfação às divindades pela ofensa ocorrida o grupo social.
>
> [...] Mas, com a melhor organização social, o Estado afastou a *vindita privada* assumindo o poder-dever de manter a ordem e a segurança social, surgindo a *vingança pública*, que, nos seus primórdios, manteve absoluta identidade entre o poder divino e o poder político. A primeira finalidade reconhecida desta fase era garantir a segurança do soberano, por meio da aplicação da sanção penal, ainda dominada pela crueldade e desumanidade, característica do direito criminal da época. Mantinha-se ainda forte influência do aspecto religioso, como o qual o Estado justificava a proteção do soberano. A Grécia, por exemplo, era governada

> em nome de Zeus; a Roma Antiga recebeu, segundo se acredita, a Lei da sXII Tábuas. [162] (grifos aditados)

Este era o entendimento aplicado desde os primórdios da humanidade[163], quando os primeiros grupos humanos foram formados; ao longo dos séculos, a confusão entre as leis e o divino persiste, no Antigo Oriente, nas Cidades Gregas, Direito Romano, Direito Germânico e, inclusive, no próprio Direito Canônico[164].

Com efeito, para Homero[165], os deuses participam diretamente das lutas dos homens; a exemplo, basta analisar seus poemas "A Odisséia" e "A Ilíada", nos quais batalhas são travadas entre diferentes povos de acordo com a vontade dos deuses. As penas, portanto, são fatalidades decorrentes das práticas de crimes, que por sua vez são cometidos em razão das paixões e fraquezas humanas, entrelaçadas às vontades dos deuses.

Saliente-se, porém, que nem todos os grandes filósofos da antiguidade compreendiam que a justificativa da punição encontrava-se, tão somente, na manifestação da ira das divindades. Destarte, ao analisarem as raízes da conduta delitiva, deparavam-se com questões diversas; destaca-se o pensamento de Hipócrates, Platão e Aristóteles.

Em Hipócrates,[166] o delito é o desvio anormal da conduta humana; os quadros mentais eram associados a quadros de hemorragias e infecções. Desta forma, o médico grego buscava explicações científicas para o aparecimento de distúrbios mentais que promoviam a prática de delitos. Neste sentido, pontua Paulo Sérgio Annes:

> Hipócrates foi, nesses tempos recuados, o primeiro a tentar libertar a medicina dos ritos mágicos e litúrgicos, dos sacerdotes. Para ele o cérebro era a sede dos sentimentos e das idéias. Classificava ele as doenças de uma forma geral e inclusive as mentais em função do desequilíbrio dos "humores" (fleugma, sangue, bile amarela e bile negra). Também do desequilíbrio das qualidades destes "humores", causado pelo (calor, frio, umidade ou secura) três categorias de distúrbios teriam origem: mania, melancolia e frenesi. Reconhecia a epilepsia a histeria; esta privativa das mulheres, e atribuída à mesma as incursões do útero pelo abdômen e pelo tórax como a reivindicar uma gravidez. Como tratamento preconizava o casamento, Isto é, a atividade sexual. Temos, portanto, com Hipócrates e o chamado, Corpus Hipocraticum, seus seguidores, os primeiros médicos a abordarem cientificamente a doença mental encarando os quadros mentais

---

[162] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.29-31.
[163] Cf.. BRUNO, Aníbal. **Direito Penal** Tomo 1º. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984 , p. 67-90.
[164] Com efeito, a aplicação da pena com o fim de expiar os pecados dos homens não é, de fato, a justificativa do exercício do poder de punir em razão da desobediência a uma divindade.
[165] Cf.. BRUNO, Aníbal. **Direito Penal** Tomo 1º. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984 , p. 76-77.
[166] Cf. ANNES, Sérgio Paulo. **História resumida da psiquiatria**. Disponível em: <http://www.annes.com.br/escritos/artigo09.htm> Acesso em: 25 mar. 2008

> patológicos sob o ponto de vista biológico desafiando, já naquela época, as crenças mágicas e religiosas.[167]

Aristóteles e Platão[168], por sua vez, asseveravam que o crime se dava em razão das diferenças sócio-economicas entre os homens e que advinham do exercício do livre-arbítrio, devendo a pena ter, eminentemente, caráter preventivo e não repressivo. Platão[169] defendia que o criminoso era um enfermo e que a finalidade precípua da pena era reeduca-lo e, se não fosse, possível que ele deveria ser banido da comunidade; defendia ainda a classificação das prisões de acordo com a natureza do delito praticado e que o criminoso era um produto do ambiente.

2.2 RELAÇÃO ENTRE A PUNIÇÃO E A TEOLOGIA

Conforme visto acima, a religião, ao longo da existência do homem, sempre foi utilizada como instrumento de dominação; sob o falso argumento de que apenas indivíduos especiais poderiam traduzir a vontade das autoridades supremas, criaram-se os delitos e as penas. Outrossim, na Idade Antiga, buscou-se à satisfação dos deuses, à época da Idade Média surgiu a concepção de um Deus único.

Com efeito, se punia para se legitimar e manter o poder da Igreja. Destarte, os padres e sacerdotes, através da patrísitca, afirmavam serem os únicos aptos a dizer a vontade de Deus e, cabia aos cidadãos, como bons cristãos, aceitar tais dogmas. As leis divinas não poderiam ser questionadas e apenas homens específicos estavam autorizados a revelar aos demais os desejos de Deus.

Trata-se, portanto, do uso da linguagem e do próprio Direito como instrumentos para se controlar a sociedade e, por conseqüência, se manter o poder, o domínio sobre os cidadãos. Conforme analisado em Nietzsche, é através da noção de pecado, culpa, expiação, que se castra intelectualmente os indivíduos; tais sentimentos corrompem o homem e o tornam mais facilmente adestrável. Neste sentido, Salo de Carvalho pontua que:

> A crença na divindade e o misticismo, aliada às difíceis condições de vida, propicia a dicotomização da realidade entre o sagrado (santo, puro, límpido e saudável) e o

---

[167] Cf. ANNES, Sérgio Paulo. **História resumida da psiquiatria**. Disponível em: <http://www.annes.com.br/escritos/artigo09.htm> Acesso em: 25 mar. 2008..
[168] Cf. BRUNO, Aníbal. **Direito Penal** Tomo 1º. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984 , p. 76-78.
[169] Cf. NASCIMENTO, José Flávio Braga. **Curso de Criminologia.** São Paulo: Juarez, 2007.

> profano (demoníaco, perverso, negro e pestilento). Tal fragmentação maniqueísta institucionaliza e legitima um modelo político de controle social estruturado em termos de eliminação, estabelecendo verdadeira 'guerra santa' contra a heresia.[170]

Os castigos eram cruéis e degradantes; realizados em praças públicas[171]; objetivavam implementar o terror e, por meio deste, exigir a obediência dos homens, considerados fiéis, pois se a justiça dos homens lhes aparentasse incorreta, a justiça Divina não falharia.

2.3 BREVES OBSERVAÇÕES SOBRE A ESCOLA[172] PENAL CLÁSSICA E A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL

A Escola Clássica[173] foi inaugurada com fulcro no pensamento de Cesare Bonensana, o Marques de Beccaria, a partir da publicação de sua obra *"Dei delitti e delle pene"* em Milão, 1764.

De fato, se durante a Idade Média as penas foram marcadas por sua violência, extrema crueldade, com castigos em praças públicas, arbitrariedade em sua aplicação, caráter eminentemente expiatório, enfim, centrado na dualidade bem/mal, em que a instituição Igreja revelava-se como a única fonte do bem na terra, o nível de medo e insegurança gerado nas sociedades desafiou o movimento iluminista.

Os iluministas propunham a retomada da razão sobre a emoção, a crendice e as divindades. Assim como ocorrera no final da Antiguidade, sobretudo com os filósofos gregos – já analisados em item anterior – o homem sentiu a necessidade de retirar o foco dos problemas sociais da figura de um "deus", pondo fim ao teocentrismo, pugnando por um antropocentrismo. Surge o jusnaturalismo de Grocio[174] e o contratualismo de Rousseau[175]; no primeiro, a idéia de Direito emana de algo superior e anterior à história, resultante da própria natureza do homem que seria algo imutável; já no segundo, tem-se que o homem doa parte de

---

[170] Cf. CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias.** 3ª ed. Rio de Janeiro, *Lúmen Júris*, 2008. p. 20.
[171] Cf. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** história da violência nas prisões. 26 ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002
[172] Saliente-se que neste capítulo somente serão abordadas somente a Escola Clássica e a Escola Positivista em razão do surgimento, nestas Escolas, do ideal da Defesa Social, que serviu de base para a criação do ideal ressocializador.
[173] A análise da Escola Clássica bem como as demais, não se dará de forma aprofundada; pretende-se neste capítulo tão somente destacar o fundamento da defesa social nestas Escolas, em razão do tema ora estudado.
[174] Cf. BRUNO, Aníbal. **Direito Penal** Tomo 1º. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984 , p. 94-95.
[175] Idem. Ibidem.

sua liberdade e dos seus direitos naturais em geral para conviver em sociedade; há portanto no contratualismo um acordo livre celebrado entre os indivíduos em que há sacrifícios em prol da ordem e segurança comum.

Neste sentido, Beccaria, influenciado pelos ideais iluministas, em especial na noção de contrato social, propõe em sua já mencionada obra que o Direito Penal deve ser constituído por regras claras e precisas, sendo vedado ao magistrado a possibilidade de interpreta-las, de sorte a coibir as arbitrariedades do órgão julgador; os castigos corporais e em praças públicas, as mutilações, pena de morte, dentre outras barbáries comuns à Idade Média são rechaçadas.

Outrossim, a responsabilidade penal reside no livre-arbítrio do indivíduo, uma vez que este com sua conduta delitiva optou por promover um abalo no tecido social e deverá responder por tal atitude. Vislumbra-se ainda o embrião dos princípios da humanização das penas, da dignidade da pessoa humana, legalidade, presunção de não culpabilidade, proporcionalidade, razoabilidade, liberdade como regra e a prisão como exceção e da pessoalidade das penas, devendo cumprir o castigo tão somente o infrator da norma e não mais as pessoas de sua família, quando este está impossibilitado de fazê-lo. Analisando os caracteres da Escola Clássica, Molina pontua que:

> A imagem do homem como ser racional, igual e livre, a teoria do pacto social, com fundamento da sociedade civil e do poder, assim como a concepção utilitária do castigo, não desprovida de apoio ético, constituem os três sólidos pilares do pensamento clássico. A Escola Clássica simboliza o trânsito do pensamento mágico, sobrenatural, ao pensamento abstrato, do mesmo modo que o positivismo representará a passagem ulterior para o mundo naturalístico e concreto.[176]

Ademais, voltando-se para o ponto fulcral deste trabalho, pontua-se que a função da pena em Beccaria residia não apenas no seu caráter retributivo – por força da concepção de contrato social e livre arbítrio – mas também na prevenção geral e na prevenção especial. No pensamento deste filósofo pode-se encontrar além das idéias contratualistas, as idéias utilitaristas e, desta forma, a justificativa do exercício do poder de punir existe não somente na necessidade de se preservar a comunidade do infrator, mas evitar que alguém venha a violar

[176] MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.176.

uma norma e, ao mesmo tempo, reeducar[177] o criminoso, de tal sorte que ele não torne a delinqüir.

Por conseguinte, vislumbra-se em Beccaria o surgimento da concepção de Defesa Social[178]. Assim sendo, para o autor, pune-se o criminoso para salvaguardar o contrato social, ou seja, para prevenir a prática de novos crimes e não somente para se castigar o delinqüente. A aplicação de uma sanção deve guardar uma utilidade: a prevenção e a reeducação; neste esteio a função da pena possui caráter eminentemente preventivo, quer seja geral quer seja especial:

> É preferível prevenir os delitos do que precisar puni-los; e todo legislador sábio deve, antes de mais nada, procurar impedir o mal em vez de repara-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de propiciar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de tosos os pesares que se lhes possam causar, conforme cálculo dos bens e dos males desta existência.[179]

Durante toda sua obra encontram-se referências ao papel da educação como valioso instrumento para a prevenção da prática dos delitos e, muitos autores, como Nucci[180], entendem que, conforme anteriormente afirmado, é nesta obra que surge o embrião da prevenção especial positiva e a própria idéia de Defesa Social. Acerca desta celeuma, Marc Ancel, analisando as origens do movimento de Defesa Social pontua que:

> No continente europeu o precursor e o símbolo do movimento de reforma é Beccaria e, como disse com propriedade o professor Graven, seu nome está indissoluvelmente ligado ao advento do direito penal clássico contra o qual reagirão, um século mais tarde, as primeiras noções de defesa social. Sustentaram, por conseguinte, que Beccaria podia ter tido como bem distanciado da defesa social. No entanto vimos também em Beccaria um dos precursores do movimento criminológico moderno, e um criminalista tão prudente como **Pisapia não hesitou em comparar a doutrina de Beccaria àquela defesa social. Como se deve interpretar esta questão decisiva para a história das idéias da política criminal**?
>
> **É fácil indicar certas afinidades entre o autor do tratado *Dos delitos e das penas* e as doutrinas da nova defesa social**. Juntamente com todos os filósofos da época, Beccaria denuncia a tortura e reclama a humanização do sistema penal em vigor. De maneira ainda mais incisiva que os espíritos esclarecidos de seu tempo, ele protesta contra o uso abusivo da pena de morte e reclama audaciosamente – quase só a faze-lo – a sua supressão. Ele é também um dos primeiros a colocar em evidência o papel proeminente da prevenção. Por certo, uma vez que Montesquieu lhe havia traçado o caminho; **porém, o último capítulo do opúsculo de Beccaria, que consideramos essencial, é consagrado a essa matéria e contém a famosa**

[177] Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 59.
[178] Cf. BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3ª ed. Rio de Janeiro, Revan, 2002. p. 32-34
[179] BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** Trad. Deocleciano Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003. p 126.
[180] Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

> **fórmula segundo a qual é preferível prevenir crimes a puni-los**. [181] (grifos aditados)

Assim sendo, é nesta Escola que se encontra o fundamento da Defesa Social como proteção da sociedade, lastreando-se na necessidade de se prevenir a prática de delitos e não propriamente na mera retribuição ao infrator do mal promovido, sendo a prevenção e a reeducação pilares da Defesa Social para esta corrente filosófica.

2.4 A ESTATÍSTICA MORAL OU ESCOLA CARTOGRÁFICA

Trata-se de uma ponte entre a Escola Clássica e a Escola Positivista, objetivando analisar o fenômeno social como causa do crime. Em verdade, a principal crítica feita à Escola Clássica reside justamente no fato de que esta vertente não analisa as causas que levaram o homem a delinqüir, não estudam o autor, apenas o fato; de outro lado, como se verá adiante, na Escola Positivista, sobretudo no viés antropológico, houve o exagero no estudo do autor do fato, desaguando num equivocado determinismo.

A Escola Cartográfica, por sua vez, voltou a atenção para a questão social como diretamente influenciadora do quesito criminalidade. Outrossim, surgiu no início do século XIX a preocupação acerca do aumento dos problemas sociais com a revolução industrial e, por conseguinte, a nova estatística criminal. O caos social, em razão da complexidade das novas relações travadas entre os homens, o aumento da pobreza no mundo e a eclosão dos ideais capitalistas, findou por desafiar o surgimento de uma nova cifra da criminalidade e a questão social ganha destaque. Molina, analisando esta escola, afirma que:

> Para a Escola Cartográfica ou Estatística Moral o crime é um fenômeno social de massas, não um acontecimento individual: o delinqüente concreto, com sua eventual decisão, não altera em termos estatisticamente significativos o volume e a estrutura da criminalidade. A liberdade individual, em última análise, é um problema psicológico, subjetivo, sem transcendência estatística. Para a Escola Cartográfica, em segundo lugar**, o crime é uma magnitude assombrosamente regular e constante**. Repete-se com absoluta peridiocidade, com precisão mecânica, pois é produto de leis sociais que o investigador deve descobrir e formular. Como qualquer outro fenômeno natural, os fatos humanos e sociais – o crime é um deles – são regidos, em conseqüência, por leis naturais, que a mecânica e a física social conhecem. **De acordo com esta análise estatística, interessa averiguar não somente as causas do delito, senão também observar sua freqüência média relativa**, sua distribuição serial e identificar suas principais variáveis. O delito, em terceiro lugar, é um fenômeno normal, isto é, inevitável,

[181] ANCEL, Marc. **A nova defesa social.** Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 43.

> constante, regular, necessário. Cada sociedade, em todo momento, deve pagar esse tributo, inseparável de sua organização, fatal. Finalmente, para a Escola Cartográfica, o único método adequado para a investigação do crime como fenômeno social e sua magnitude é o método estatístico.[182] (grifos aditados)

Da análise do trecho colacionado, exsurge que o crime é algo intrínseco à própria sociedade[183] faz parte da essência do ser humano se agregar em grupos e perpetrar atos contrários a este grupo. Onde existir agrupamento humano, existirá crime. O método adequado para analisar os delitos numa dada comunidade é o estatístico; deverão ser aplicadas leis da física e da matemática, culminando com a elaboração da "Mecânica Social"[184] e o uso das "leis térmicas"[185] – encarregadas de averiguar os fatores térmicos e clínicos e as classes que delinqüem – e a comparação entre s criminalidade masculina e feminina.

Decerto, a Escola Cartográfica foi responsável pelo surgimento, a posteriori, da sociologia criminal de Ferri e do próprio positivismo, sobretudo na sua inegável contribuição na tentativa de conferir um caráter científico à criminologia, estabelecendo parâmetros fixos para esta ciência, através do uso das leis naturais. Todavia, segundo Molina[186], a crítica que se estabelece a esta corrente filosófica consiste no fato de que inúmeros exageros foram perpetrados e a própria manipulação de dados, que no mais das vezes confere uma versão ludibriosa da realidade, passando para o cidadão comum a imagem que se quer ter de uma determinada região e de uma certa classe de pessoas[187].

A grande contribuição desta Escola para o objeto de estudo desta dissertação reside na mudança de concepção acerca dos fatores componentes de um delito; aqui interessa pesquisar as causas que levaram o homem a delinqüir, bem como a dinâmica nas relações criminosas, debruçando-se sobre sua constância, repetição e a relação com as mudanças na própria sociedade, sobretudo na complexidade das relações travadas entre os homens; ou seja, a questão social possui relação direta com o crime e ganha destaque.

---

[182] MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.179-180.

[183] O que remete o leitor ao pensamento de Durkheim, que será analisado ainda neste capítulo, na Teoria da Anomia e de forma mais aprofundada, sobre o próprio questionamento do que é o fato social, no capítulo seguinte

[184] Cf. MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

[185] Cf. MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

[186]Cf. MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

[187] Convém aqui salientar que as críticas feitas por Molina são extremamente pertinentes, sobretudo quando se analisa as cifras declaradas e as cifras ocultas da criminalidade. Percebe-se, pois, a clara manipulação de dados ainda na atualidade com o escopo de se declarar como inimigos da sociedade uma específica classe de pessoas, em especial os pobres. Este assunto já foi discutido no capítulo I deste trabalho, quando se abordou a legislação simbólica e as cifras da criminalidade.

2.5 BREVE ENFOQUE DA ESCOLA PENAL POSITIVISTA E O OUTRO (?) ENFOQUE DA DEFESA SOCIAL E O CARÁTER ETIOLÓGICO

A Escola Positivista, como é sabido, restou inaugurada após a publicação da obra *"L´Uomo Delinqüente"* de Cesare Lombroso. Destarte, antes de se estudar a Escola Positivista e em particular o pensamento deste autor, convém adotar as lições de Munoz Conde e Hassamer acerca da necessidade humana de determinar e afastar do convívio em sociedade os indivíduos com distúrbios mentais e comportamentais, e a clara confusão entre Direito, Moral e Religião:

> A primeira coisa que pensa uma pessoa que se considera "normal", e não se atreve sequer a imaginar o que pode levar a cabo fatos como os relatados no início deste capítulo, **é aquele que atua dessa forma tem "algo podre" em seu interior, que não é "normal",** que tem algum defeito, algo que não funciona bem.
>
> Ainda que para valorar os autores desses tipos de fatos sempre haja opiniões, mais ou menos fundamentadas, baseadas na própria experiência e observação da condição humana, estas carecem do valor científico que requerem as instancias legislativas e judiciais que têm que dizer o que deve ser feito com este tipo de sujeito. Durante séculos, **várias teorias de caráter moral e religioso foram formuladas sobre as razões desse tipo de comportamento**, dado que a preocupação pelos delitos violentos, que implicam ataque à vida, à propriedade, ou à liberdade sexual das pessoas, constitui o núcleo que sustentou a imagem relativamente constante e homogênea do Direito penal em todos os países de nossa área de cultura ocidental européia através dos tempos[188]. (grifos aditados).

Percebe-se, pois, que a dualidade bem/mal torna a ganhar força na Escola Positivista, sendo os cidadãos "normais" homens de bem e os "anormais" homens do mal, que devem ser extirpadas do seio social para não contaminar os primeiros. O fundamento do exercício do poder de punir do Estado deflagra-se na necessidade de proteção do bem contra o mal e quem irá ditar o que é o certo não será mais a Igreja, mas a parcela da sociedade que detém o poder, capaz de controlar e manter os valores da moral e do bom costume.

Por conseguinte, enquanto o fundamento da defesa social na Escola Clássica residia na preocupação não apenas em privar a sociedade da companhia do homem criminoso, mas, principalmente, em prevenir a prática de delitos e em reeducá-lo, objetivando o seu retorno ao convívio em comunidade, na Escola positivista, a atenção está centrada na correção e neutralização do delinqüente, para se garantir a defesa da sociedade.

---

[188] CONDE, Muñoz Francisco; HASSAMER, Winfried. **Introdução à criminologia.** Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*, 2008. p.24

A verdadeira função da pena numa perspectiva positivista, em especial, com viés antropológico, reside não somente na retribuição do mal ao indivíduo; o que se deseja com esta corrente filosófica é prevenir os crimes através da retirada do "anormal" do seio da comunidade. O indivíduo potencialmente perigoso deve ser isolado do grupo social e, na medida do possível, corrigido; se acaso esta correção não for possível, deve ser neutralizado – incluindo aqui não apenas a prisão perpétua, mas a pena de morte.

Neste sentido, a ressocialização aparece em segundo plano, desde que ela seja viável. A defesa social então adquire uma feição diversa na Escola Positivista: a comunidade deve ser preservada a qualquer custo da companhia do indesejável; defende-se, propriamente, o meio social. Com efeito, analisando a Escola Positivista, Bitencourt pontua que:

> **Por isso, a ressocialização do delinqüente passa a um segundo plano**. **A aplicação da pena passou a ser concebida como uma reação natural do organismo social contra a atividade anormal dos seus componentes**. O fundamento do direito de punir assume uma posição secundária, e o problema da responsabilidade perde importância, sendo indiferente a liberdade de ação e de decisão no cometimento do fato punível. Admitindo o delito e o delinqüente como patologias sociais, dispensava a necessidade de a responsabilidade penal fundar-se em conceitos morais. A pena perde seu tradicional caráter *vindicativo-retributivo*, reduzindo-se a um provimento utilitarista; seus fundamentos não são a natureza e a gravidade do crime, mas a personalidade do réu, sua capacidade de adaptação e especialmente sua perigosidade.[189] (grifos aditados).

Contudo, esta diferenciação entre o fundamento da defesa social nessas duas Escolas é apenas aparente, uma vez que a proteção do tecido social é, de fato, o mais importante para estas duas correntes, originárias dos ideais iluministas e reconhecidamente contratualistas. Dessa forma, pontua Alessandro Baratta:

> **As diferenças entre as escolas positivistas e a teoria sobre a criminalidade da escola liberal clássica não residem, por isso, tanto no conteúdo da ideologia da defesa social e dos valores fundamentais considerados dignos de tutela, quanto na atitude metodológica geral com relação à explicação da criminalidade**. Matza colocou em evidência esta diferença de modo particularmente claro: seguindo o modelo da Escola Positiva e da criminologia positivista ainda hoje amplamente difundida, a tarefa da criminologia é reduzida à explicação causal do comportamento criminoso, baseada na dupla hipótese do caráter complementar determinado do comportamento criminoso, e da diferença fundamental entre indivíduos criminosos e não-criminosos. A tal modelo vem contraposto o da Escola Clássica, que tem por objeto, mais que o criminoso, o próprio crime, ligando-se à idéia de livre arbítrio, do mérito e do demérito individual e da igualdade substancial entre criminosos e não criminosos. Estas diferenças não incidem em mais do que um dos princípios acima individualizados: o relativo à atitude interior do delinqüente (culpabilidade). Este adquire um significado moral-normativo (desvalor, condenação moral) ou simplesmente sócio-psicológico (revelador da periculosidade social), conforme se parta da premissa da Escola Clássica ou da

[189] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.56.

> Escola positiva. Mas se, por um lado, só o primeiro significado será idôneo para sustentar a ideologia de um sistema penal baseado na retribuição (ideologia que, de resto, como se viu, não é, absolutamente a mais difundida no seio da orientação liberal clássica), por outro**, ambas as impostações, se bem que de maneira diferente, são aptas a sustentar a ideologia de um sistema penal baseado na defesa social**. [190] (grifos aditados).

Destarte, de acordo com o trecho colacionado acima, não haveria, de fato, uma diferenciação entre a Defesa Social para ambas as Escolas. Ambas lastreiam-se no princípio do bem/mal, na legitimação do Estado em intervir e aplicar a pena, no princípio da igualdade e do interesse social; a culpabilidade é que as difere (responsabilidade moral na Escola Clássica e periculosidade na Escola Positivista).

Cumpre ainda tratar da Sociologia Criminal de Ferri em razão da adoção de alguns de seus postulados neste trabalho: Ferri[191] traz lições que complementam a antropologia criminal de Lombroso, criando a Sociologia Criminal. Com efeito, afirma que três são os fatores do crime: antropológicos, físicos e sociais. A prevenção dos delitos torna-se o principal foco de sua teoria, criticando, inclusive, a Escola Clássica[192], por entender que a preocupação residia, nesta corrente, no momento após a prática do delito, e não com as causas que levaram o homem a delinqüir. Dessa forma, propôs, inclusive, substitutivos penais, ou seja, através dos estudos se identificava os ambientes de maior incidência de ações criminógenas e se estabelecia medidas para alterar as condições do meio, sobretudo ações sociais e econômicas. Neste sentido, Álvaro Mayrink pontua que:

> As convicções ideológicas conduziram Ferri a privilegiar fatores sociológicos, advogando os *substitutivos penais* diante do papel do Estado como ferramenta a disposição da melhoria das condições de vida da sociedade. Aduza-se a defesa da pena indeterminada e da indenização à vítima como medida de caráter penal.[193]

Decerto, ainda que o ideal ressocializador se encontre na Sociologia Criminal e deva ser refutado, não se pode negar a importância desta vertente do pensamento positivista, uma vez que o autor promove um olhar sob as circunstâncias que contribuem com a delinqüência do autor e não apenas se concentra na sua punição. Os substitutivos penais são o início das medidas alternativas e das políticas públicas, hoje em dia tão clamadas como a possível solução para a diminuição da criminalidade e da superlotação dos presídios.

---

[190] BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3ª ed. Rio de Janeiro, Revan, 2002. p. 43

[191] Cf. FERRI, Enrico. *La Scuola Criminale positiva***: *conferenza del Prof. Enrico Ferri nella Università di Napoli.*** Napoli: Libraio, 1885.

[192] Cf. BRUNO, Aníbal. **Direito Penal** Tomo 1º. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 116-117.

[193] COSTA, Álvaro Mayrink da. **Criminologia.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 116.

A principal contribuição talvez tenha sido justamente a concepção da responsabilidade social[194]; destarte, a compreensão de que o homem é punido não pelo livre arbítrio, ou por uma questão meramente patológica, mas por estar convivendo em sociedade é algo de grande valia para este trabalho. Decerto, conforme visto anteriormente, o homem ao aceitar viver em sociedade abre mão de alguns direitos e adquire deveres; por esta razão cria-se a regra e o castigo, e a compreensão deste fato é importante para que o homem não perca de vista sua individualidade e o juízo crítico, pois será capaz de perceber que, não raro, obedece regras que são impostas por um grupo que domina a comunidade e estas não são do interesse dos seus integrantes como um todo.

3 A DEFESA SOCIAL

Passa-se, neste momento, à análise do fundamento da Defesa Social, que constitui o embrião da ficção jurídica ressocialização.

3.1 ADOLPHE PRINS E A PRIMEIRA DOUTRINA DA DEFESA SOCIAL

A Defesa Social[195] foi desenvolvida de forma autônoma somente em 1889 por Adolphe Prins[196] através da publicação de sua obra *"Science pénale et droit positif"* e, posteriormente, retomada por Filippo Gramatica[197] em 1945.

Em verdade, apenas após a publicação da segunda obra sobre este tema *"La Défense Sociale et lês transformations du droit pénal"* em 1910, Prins, de fato elaborou sua doutrina. Nesta obra, há, num primeiro momento, uma análise do porque se formular tal vertente. Marc Ancel assevera que:

> O que, para Adolphe Prins, torna essa teoria necessária é a insuficiência da teoria clássica da responsabilidade moral. Doutrinariamente, a teoria da responsabilidade moral conduz a uma alternativa impossível entre o determinismo e o livre-arbítrio. Na prática, ela conduz a multiplicar as penas restritivas de liberdade de pequena duração e a dar lugar cada vez mais à noção de responsabilidade atenuada, o que deixa a Sociedade indefesa em relação aos criminosos mais perigosos. Assim, a lei e a justiça penais baseadas na responsabilidade moral não propiciam uma proteção eficaz na comunidade social. Mas o regime penitenciário clássico, inspirado pelas mesmas idéias, não a protege tampouco; o isolamento celular e a pretensa ação

[194] Cf. BRUNO, Aníbal. **Direito Penal** Tomo 1º. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 116-117.
[195] Cf. CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias.** 3ª ed. Rio de Janeiro, *Lúmen Júris*, 2008.
[196] Cf. ANCEL, Marc. **A nova defesa social.** Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 92-146.
[197] Idem. Ibidem.

> terapêutica da prisão tradicional faliram, bastando verificar em particular o aumento considerável do número de reincidências ocorrido no final do século XIX. [198]

Outrossim, percebe-se, pois, que a preocupação inicial deste autor era, literalmente, a defesa da sociedade diante da prática de uma infração pelo criminoso. A tentativa de se punir o indivíduo com fulcro no ideal do livre-arbítrio como era defendido pela Escola Clássica, na visão de Prins, terminava por deixar a própria comunidade à mercê da atuação prejudicial do delinqüente, que tinha sua pena abrandada e, após cumpri-la, retornava à sociedade e não raro voltava à prática de crimes. Neste sentido, pugna pela responsabilização do indivíduo não com base em um critério relativo, qual seja, critério moral, mas um critério mais seguro, a periculosidade do delinqüente.

Resta clara, portanto, a similitude do quanto defendido por Prins e tudo quanto exposto na Escola Positivista. A periculosidade do agente corresponde a uma noção jurídica, em oposição à responsabilidade moral que seria um conceito médico; dessa forma, uma ação deve ser empreendida contra a conduta danosa perpetrada pelo infrator e esta ação consiste na restrição da liberdade do criminoso e pode, inclusive, ser prolongada no tempo[199], contato que seja medida essencial para a segurança social.

Contudo, o objetivo principal do precursor da doutrina da Defesa Social é prevenir a prática dos delitos[200]. Decerto, é essencial para a paz social que não haja a prática de qualquer crime; por conseguinte, devem ser implementadas medidas públicas eficazes, tendentes a melhorar a condição de vida das camadas mais pobres, evitando, desta forma, o aumento da criminalidade. Trata-se de uma luta contra a periculosidade e são empreendidos mecanismos para evitar, de qualquer maneira, o surgimento do crime. Para tanto, o doutrinador afirma, inclusive, que urge a elaboração de uma legislação social eficaz, bem como a construção de moradias em respeito a dignidade da pessoa humana e condições de higiene.

3.1.1 O homem perigoso

---

[198] Cf. ANCEL, Marc. **A nova defesa social.** Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 93

[199] Tal pensamento é demasiado perigoso, uma vez que autoriza a utilização da prisão, medida de exceção, por tempo indeterminado. Será visto adiante, no tópico sobre o movimento da lei e ordem que a base destas duas vertentes filosóficas é a mesma: a proteção a qualquer custo da sociedade, embora seus desdobramentos sejam distintos.

[200] Cf. ANCEL, Marc. **A nova defesa social.** Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 94

Ainda analisando a obra de Marc Ancel quanto às etapas da defesa social, para no tópico seguinte discorrer sobre a Nova Defesa Social, depreende-se as duas linhas de raciocínio desta corrente. A primeira ponderação a ser feita corresponde ao que fora acima exposto, ou seja, que a atenção de Prins está voltada para a periculosidade do indivíduo, porém, sob a percepção que o Estado e a Sociedade têm do delinqüente, restando num segundo plano a própria questão do homem transgressor, o seu âmago. Destarte, neste ponto, conforme *ex vi*, há grande proximidade com o pensamento dos positivistas. O magistrado, ao se deparar com o caso concreto, constatando a periculosidade do agente deve aplicar a pena de tal sorte a conferir segurança à sociedade. Assim sendo, o ponto de partida essencial é a proteção da sociedade. O indivíduo perturbador da paz social, perigoso, deve ser neutralizado, para que não mais volte a importunar.

O segundo ponto desta doutrina está no entendimento de que os juízes e os tribunais atuam de forma extremamente branda, com uma dose forte de indulgência o que termina por garantir a impunidade e reincidência do delinqüente e, por conseqüência, a não proteção da Sociedade. A restrição da liberdade do invidíduo, durante um curto espaço de tempo, para o autor da Defesa Social, não conduz, em nada, à reeducação do condenado; neste sentido, o cárcere para ele nada mais é do que um depósito de criminosos habituais.

Malgrado Prins aborde os aspectos negativos da questão penitenciária em sua obra já mencionada, também revela pontos que exigem um fazer algo, numa tentativa de promover uma completa defesa social. Defende, portanto, a implementação de outras medidas capazes de classificar os delinqüentes, para, dessa forma, garantir uma perfeita preservação da comunidade; porém, insta salientar, que este autor não propunha uma retomada dos critérios utilizados por Lombroso na criminologia antropométrica. Assevera Marc Ancel:

> Ao folhearmos o *Bulletuin* da União Internacional do Direito Penal, ao referimo-nos aos congressos de antropologia criminal realizados, tantos nos últimos anos do século XIX como nos primeiros do século XX, ou ao relermos a obra do próprio Prins, nos apercebemos de que **as medidas reclamadas se limitam, na realidade, às duas categorias de delinqüentes já citadas: os débeis mentais e os multirreincidentes.** Da mesma forma notamos então, uma vez mais, que a noção de medidas de segurança não está claramente definida. De preferência a solução preconizada consiste, no final das contas, em um agravamento das penas ou em adjunção às penas existentes em uma pena privativa de liberdade complementar e é neste sentido que Prins invoca o exemplo da lei francesa de 1885 ou do *Act* inglês de 1908. A organização penitenciária do sistema segundo dados científicos, se bem que constantemente preconizada, é na realidade protelada. **Os objetivos imediatos consistem em revelar o caráter perigoso de certos indivíduos com o objetivo de lhes aplicar medidas que lhes impeçam molestar o maior lapso de tempo possível**.[201] (grifos aditados).

[201] Cf. ANCEL, Marc. **A nova defesa social.** Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 97-98.

Ademais, não se pode afirmar, com fulcro no que fora acima transcrito, que o elaborador da doutrina da Defesa Social defende a extinção das garantias do homem recluso; o que se apreende de seu pensamento é que o mesmo propõe a aplicação da pena ao indivíduo comprovadamente perigoso – já que praticou um crime – por um longo lapso temporal, protegendo a sociedade de sua presença; todavia isto não significa que ele prefere as garantias que lhe são inerentes, como um processo justo e demais direitos previstos na lei.

O que afasta Prins da Sociologia Criminal de FERRI e do aspecto moral em Garófalo reside no fato de que o primeiro nutre uma compaixão social[202]. Há a perseguição às melhores condições de vida para os pobres; almeja, o autor, a proteção dos humildes, dos necessitados e a implementação de medidas sociais para findar com a miserabilidade de parcela da sociedade.

Valendo-se do *Prevention of Crime Act* inglês, de 1908, Prins persegue a implementação destas medidas na comunidade para protege-la integralmente. Com efeito, vislumbrados os delinqüentes, o "mal"[203]da sociedade, que são os perigosos, estes devem ser isolados, retirados do convívio humano par não contaminar os demais. Não pretendia que a pena corrigisse ou emendasse o criminoso; desejava, tão somente, neutraliza-lo, retira-lo da sociedade.

3.1.2 Críticas necessárias

Inúmeras são as críticas que se pode opor ao que se convencionou chamar de doutrina da Defesa Social, sobretudo na constante utilização da falida fórmula do "bem" *versus* o "mal".

Outrossim, conforme visto no título I deste trabalho tal dualidade nada mais é do que a pura expressão do "poder", de quem se encontra no domínio de uma sociedade e se vale destes conceitos vagos e ambíguos para justificar seus atos e sua permanência no controle do grupo. De fato, não se pode afirmar que um homem é mau, ou que determinado criminoso é incorrigível, ou ainda que todo indivíduo que é reincidente na prática de delitos é anormal; tampouco as pessoas que sofrem de transtornos psíquicos e que são deficientes mentais

[202] Idem. Ibidem. p. 98

[203] Será que é forçoso afirmar que há aqui o embrião do Direito Penal do Inimigo de Jakobs? Percebe-se aqui, também, a influência da dualidade bem/mal na fundamentação da defesa social.

constituem um perigo para a humanidade ou são necessariamente potenciais criminosos. Acerca do tratamento conferido aos inimputáveis, Marc Ancel pondera que:

> [...] Ao se referir a indivíduos privados de senso de responsabilidade, mesmo como resultante de uma má conformação cerebral, ele se recusava em lhes tratar como enfermos escapando à órbita do direito penal: "Ainda que reconhecido como daltônico, um homem pode ser mantido no seu escalão, dentro de seu grupo social; mas reconhecido amoral de nascença, isto é, anti-social, ele deve ser posto fora do alcance da lei social. Tal um tigre que escapa da jaula..., convém expulsa-lo, esconjura-lo socialmente. Ora, os banhos e as prisões são justamente a expressão, até aqui única, dessa excomunhão maior ou menor". [204]

Ora, se um indivíduo que é incapaz de compreender o caráter ilícito de sua conduta ou de determinar-se quanto a este entendimento, como pode ser considerado criminoso? Embora Prins defenda também a aplicação da medida de segurança, a justificação da implementação de tal medida é desarrazoada, haja vista que considerar um inimputável como um anti-social, um amoral que não merece a aplicação da lei social é vislumbra-se inaceitável.

Percebe-se, pois, que a doutrina da Defesa Social nada mais é do que a revisão da Escola Positivista, não trazendo quase que nenhuma informação nova. Atente-se, porém, para algumas contribuições importantes desta corrente como a preocupação com os problemas sociais da comunidade e a compreensão de que o homem, embora criminoso, não deixa de ser homem.

Apenas no momento em que Prins defende a aplicação de medidas públicas eficazes, na tentativa de reduzir a criminalidade, como a melhoria das condições de moradia e higiene há uma grande contribuição deste autor. Destarte, ao diferir dos positivistas em relação à condição humana do preso, também promove avanços no viés criminal. Ao condenado, são respeitados os direitos inerentes ao ser humano; contudo, é necessário privar-lhe a liberdade por longo tempo para que este não venha a incomodar os homens de "bem".

Malgrado o próprio autor afirme que há uma constante luta contra os excessos do positivismo, sobretudo no que concerne a questão humana do preso, suas afirmações parecem contraditórias. Não se pode definir o autor como defensor da sociedade e ao mesmo tempo desejar a punição dos deficientes mentais; de igual modo não pode asseverar que pugna pela preservação da condição humana do preso e em contrapartida afirmar que são anti-sociais e que sobre eles não deve incidir a lei social. Trata-se, portanto, de um contra-senso.

3.2 FILLIPO GRAMATICA

[204] ANCEL, Marc. **A nova defesa social.** Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 99.

Após a Segunda Guerra Mundial e diante de todo o horror provocado pelas mortes e destruição dos países envolvidos, houve a retomada imediata dos valores humanitários, apregoados desde Beccaria. O tecnicismo jurídico é posto de lado, e o Direito volta-se às demais ciências humanas para solucionar os problemas sociais. Neste sentido, em 1945 Fillipo Gramática[205] fundou, em Gênova, o Centro de Estudos de Defesa Social; em 1947 foi realizado, em San Remo[206], o 1º Congresso Internacional de Defesa Social. Evandro Lins e Silva, analisando o pensamento de Gramatica, pondera que:

> [...] Gramatica adotava uma posição radical. Para ele a Defesa Social consistia na ação do Estado destinada a garantir a ordem social, mediante meios que importassem a própria abolição do direito penal e dos sistemas penitenciários vigentes. Depois do caráter repressivo e da crueldade dos regimes repressivo e da crueldade dos regimes derrubados pela guerra, a manifestação do Centro criava perspectivas alvissaleiras. Sentia-se um sopro renovdor, progressita, arrojado, talvez utópico, quanto aos objetivos a alcançar. [207]

De fato, com o fim dos sistemas repressivos e da afronta aos direitos humanos, a proposta de Gramatica, no sentido do Direito voltar-se às demais ciências humanas para comungar de seus ensinamentos, declarando, inclusive, que o Direito Penal deveria ser substituído, inclusive, por um Direito de Defesa Social, passa a ser um discurso sedutor, pois a população mundial estava estarrecida com a imposição das penas durante os regimes totalitários, e a abolição[208] do Direito Penal, sobretudo da pena, tornou-se algo interessante e, porque não afirmar, um verdadeiro alívio diante de tantas atrocidades.

É neste autor que se encontra toda a base para a Nova Defesa Social de Marc Ancel[209] – que será analisada a seguir – e que foi adotada pela legislação brasileira e os principais diplomas normativos do ocidente, consagrando o ideal ressocializador como principal função da pena.

---

[205] Cf. SILVA, Evandro Lins e. De Beccaria a Fillipo Gramatica, *in* Sistema Penal para o Terceiro Milênio: **Colóquios em homenagem a Marc Ancel**. Rio de Janeiro, Revan, 1991. p. 17-43.
[206] Idem. Ibidem.
[207] Cf. SILVA, Evandro Lins e. De Beccaria a Fillipo Gramatica, *in* Sistema Penal para o Terceiro Milênio: **Colóquios em homenagem a Marc Ancel**. Rio de Janeiro, Revan, 1991. p. 30
[208]Cumpre tornar a registrar que este trabalho não comunga de tal ideal, pois se entende que o Direito Penal é instrumento de limitação do poder punitivo do Estado e sua abolição conduziria ao caos e desordem, uma vez que permitiria a prática de arbitrariedades pelo ente estatal, bem como o exercício da vingança de sangue pela sociedade. Tal assunto será pormenorizadamente analisado no título IV deste trabalho.
[209] Cf. ANCEL, Marc. **A nova defesa social.** Rio de Janeiro: Forense, 1979.

Ademais, Gramatica propunha, com o Direito de Defesa Social[210] que não fosse mais utilizada a expressão "delinqüente" para se referir ao infrator, mas sim, indivíduo anti-social[211], que deveria ser submetido a um procedimento de cura; o objetivo da justiça da Defesa Social é unicamente a ressocialização. Neste sentido, Marc Ancel pontura que:

> Segundo ele, um "direito de defesa social" deve substituir o direito penal existente; pois esse direito de defesa social se atribui como finalidade a adaptação do indivíduo à ordem social e não a sanção de seus atos. É aqui que intervém os dois pontos de vista essenciais de Gramatica: a *subjetivação* e a *anti-socialidade*. A subjetivação do direito de defesa social se realiza através dos "índices de anti-socialidade". A valoração do indivíduo se sobrepõe à tutela dos bens; ora, é essa tutela dos bens que o direito epnal tinha em vista quando considerava uma infração como um dano. Donde Gramatica pretende deduzir então, que o direito de defesa social postula a abolição da responsabilidade penal e a substituição dessa responsabilidade penal pela noção de anti-socialidade.[212]

Percebe-se aqui o embrião dos critérios de análise no curso da execução da pena do grau de "sociabilidade" do condenado. As Comissões Técnicas de Classificação[213] e a realização dos exames criminológicos para definir o grau de recuperação do condenado possuem suas raízes nos "índices de anti-socialidade" de Gramatica. Quanto mais "sociável" o apenado, maiores os benefícios que lhe serão concedidos, como a progressão de regime e o livramento condicional. O "merecimento" do recluso é medido, quantificado através de tais exames, o que representa o exercício do processo de "purificação" do criminoso realizado pelo Estado.

Através do sistema de prêmios e castigos o Estado molda a personalidade do criminoso, transmitindo à sociedade a falsa noção de que o está "reeducando" e que é o único capaz de devolver o delinqüente completamente corrigido para a sociedade. Um modelo de Direito Penal garantista deve refutar esta idéia, pois não é função da pena ressocializar o criminoso, conforme será demonstrado no capítulo III desta dissertação. A pena com a imposição do labor, da disciplina, horário, vigilância, da correção e da adequação do encarcerado são instrumentos de anulação e castração de sua personalidade; o trabalho, como será demonstrado no próximo capítulo, aliena o homem e o torna mera engrenagem da máquina capitalista, de tal sorte que perde sua identidade; os critérios para determinar o grau

---

[210] Percebe-se que, em verdade, ele não defendia exatamente o fim do Direito Penal, mas tão somente a mudança de sua "roupagem", pois legitima a aplicação de uma sanção como instrumento ressocializador do delinqüente, ou seja, legitima uma punição, afirmando, porém, que se trata de uma sanção social e não penal.
[211] Idem. Ibidem. p. 124
[212] ANCEL, Marc. **A nova defesa social.** Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 124.
[213] No título IV deste trabalho serão tecidas críticas às Comissões Técnicas de Classificação como instrumento de anulação da identidade do indivíduo.

de periculosidade do agente e o de sociabilidade são subjetivos e imprecisos; não trazem garantias ou qualquer racionalidade para o sistema penal; hão de ser, portanto, afastados.

Retornando à análise do pensamento de Gramatica por Marc Ancel[214], este último afirma que aquele, por defender de forma veemente o ideal ressocializador, termina não sendo tão revolucionário assim, pois tal concepção fora inicialmente desenvolvida à época de Beccaria; com fulcro em tais idéias, mas sem ser tão radical a ponto de defender a supressão do Direito Penal, da responsabilidade penal, da pena e do sistema tradicional, Marc Ancel desenvolve sua teoria que denomina de "Nova Defesa Social", que passa a ser analisada.

3.3 A NOVA DEFESA SOCIAL

De fato, após a segunda guerra mundial e a derrocada dos regimes totalitários, em especial o nazista e o fascista, pondo em cheque o paradigma etiológico, retomam-se os fundamentos humanizatórios da Defesa Social, culminando na Nova Defesa Social[215], que restou popularizada com Marc Ancel.

Principalmente com o término da segunda grande guerra, o Estado Social Intervencionista se fortalece em oposição aos regimes ditatoriais, pregando-se uma maior atuação do ente estatal nos diversos ramos das relações humanas. Surgem novas dimensões de direitos, e, por conseqüência, o Direito Penal é convocado para intervir mais na vida social[216] regulando-a e controlando-a, cada vez de forma mais incisiva. Assim sendo, a sociedade deve ser protegida do criminoso e o mesmo deve ser reeducado, afastado da comunidade para não lhe prejudicar ainda mais.

Tornando a analisar a obra de Marc Ancel[217], cumpre aduzir que o primeiro ponto que ele vislumbra neste quadro histórico, jurídico e social do pós-guerra é a necessidade de se rever os posicionamentos doutrinários e jurisprudências acerca do crime e do autor do fato em si. A excessiva criação de novas leis penais, abarcando novos tipos penais, gera uma confusão sem precedentes na sociedade, pois o número de diplomas legais incriminando

---

[214] Cf. ANCEL, Marc. **A nova defesa social.** Rio de Janeiro: Forense, 1979.
[215] Cf. CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias.** 3ª ed. Rio de Janeiro, *Lúmen Júris*, 2008.
[216] Este assunto será mais bem desenvolvido no próximo título deste trabalho, ao se analisar a evolução da função da pena e sua relação com o desenvolvimento do sistema capitalista.
[217] Cf. ANCEL, Marc. **A nova defesa social.** Rio de Janeiro: Forense, 1979.

condutas aumentou e a linguagem complexa empregada por seus elaboradores apenas afasta o cidadão do seu conteúdo, o que dificulta sua obediência.

Pugna, o referido autor, por uma "desjuridização"[218]– expressão que ele próprio reconhece como eivada de um "horrível neologismo", mas que diante da fácil compreensão de seu conteúdo opta por mantê-la – ou seja, por um movimento que simplifique o Direito Penal, pois o uso excessivo da técnica jurídica afasta o legislador da realidade social subjacente. O "juridismo" é algo ruim, pois são elaboradas tantas teorias abstratas, afastadas da realidade que obstaculizam a preservação do próprio sistema penal; como exemplo, cita o doutrinador a teoria do "crime impossível".

Ademais, passa-se a análise dos demais traços de sua doutrina, tendo por principal ponto o uso do enfoque de outras ciências humanas nos problemas penais. A personalidade do delinqüente é fator de destaque em seu pensamento; não se limita a análise dos critérios bio-psíquicos do criminoso, conforme visto em Lombroso, tampouco se limita ao viés sociológico de Ferri. Em verdade, Ancel propõe um estudo conjunto da personalidade, unindo diversos ramos do conhecimento, para encarar o criminoso, sobretudo, como ser humano:

> [...] Na consideração dessa personalidade, pouco a pouco livrou-se do biologismo lombrosiano e do fatalismo sociológico de Ferri não somente porque se objetiva doravante compreender o homem como membro da Sociedade e em seu próprio meio, com todas as influências e todas as deformações de que é objeto, mas porque, indo além do ser biopsíquico e mesmo do ser social, a nova doutrina pretende reencontrar o ser humano, considerado não como objeto de estudo científico, mas como sujeito de direito. **Isto posto que precisamente essa natureza humana, reintegrada em seu contexto sociológico, só é compreensível através da referência deliberada a valores morais, comumente aceitos e sobre os quais a defesa social baseia cada vez mais a sua política de "ressocialização"**[219]. (grifos aditados).

Com efeito, para que haja de fato a ressocialização do infrator, é mister que se considere o próprio agente como integrante de um grupo social e circunscrito aos valores sociais defendidos pela comunidade. O magistrado, ao deparar-se com a existência de um crime não pode julgar o processo analisando friamente o fato em si; é preciso que leve em consideração também a personalidade do infrator, ou seja, não apenas o critério objetivo da lei, mas o critério subjetivo, os elementos que compõem a personalidade do autor. Trata-se da inserção do delinqüente no processo judicial. É necessário que ocorra a interpenetração entre

[218] Idem. Ibidem. p. 276
[219] Cf. ANCEL, Marc. **A nova defesa social.** Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 281-282.

o fato e o autor, que se compreenda a realidade circundante à norma, o entendimento da própria questão humana.

Marc Ancel segue pontuando que para que se vislumbre esta nova política criminal, imperioso se torna o conhecimento por parte do julgador do próprio criminoso. E este conhecimento não se resume ao pedido dos antecedentes criminais, de seu histórico na polícia, mas de um exame científico do autor do fato. Este exame que é exigido para se afirmar se um indivíduo é ou não inimputável, deve ser sempre realizado a fim de se conhecer melhor o réu. Se antes no Direito Penal neoclássico se permitia que o magistrado, quando necessitasse, recorresse ao uso de peritos, agora na modernidade, se exige a realização deste exame.

Neste sentido, percebe-se o "nascimento"[220] do Exame Criminológico como exigência para individualização da pena e o autor propõe a inserção deste requisito nas legislações penais. Em seguida, debruça-se sobre as inquietações surgidas com o momento depois da prolação da sentença, qual seja, da execução penal:

> [...] O erro seria crer que, resolvido o problema jurídico, nenhum outro se antepõe à justiça penal. Ao contrário, um problema novo, de extrema complexidade, surge. Esse problema, pelo menos na fase da sentença, não é mais garantir um possível inocente contra uma injustiça: **o problema é determinar, através de meios de caráter não mais unicamente jurídico, mas científico, o melhor método de tratamento aplicável àquele que praticou um ato delituoso, a fim de que a condenação que estigmatiza o seu comportamento social pudesse ao mesmo tempo submete-lo a um verdadeiro e eficaz processo de ressocialização**.[221] (grifos aditados).

Vencida, portanto, a fase do processo de conhecimento, inaugura-se a fase de execução penal, que deve ser avaliada com o mesmo cuidado da fase anterior e, para este autor, em verdade, essa diferenciação e separação de etapas é algo equivocado. Não há que se falar em fase de conhecimento e fase de execução, pois o processo é uno; se o objetivo da pena é a ressocialização, a execução da mesma deve ser observada. A observação[222] do preso, portanto, é essencial para se alcançar os fins da pena.

É neste momento que a ideologia do tratamento do delinqüente ganha força; ora, se o juiz profere uma sentença sob determinado argumento, há de se saber exatamente qual seu fundamento e o magistrado deve preocupar-se com a observância de suas conclusões. O

---

[220] Não é de fato o nascimento deste exame pois o próprio Marc Ancel aponta em sua obra os registros anteriores deste instituto, como os *Remand Centres e Observation* ou *Classification Centers* em que os presos eram submetidos a exames para saber se poderiam ser corrigidos e ter direito a aplicação das medidas corretivas para o posterior retorno ao convívio em sociedade.

[221] Cf. ANCEL, Marc. **A nova defesa social.** Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 292.

[222] A observação é forma de vigiar o recluso e garantir o exercício do poder, conforme demonstrado no capítulo II do título I deste trabalho.

cumprimento da pena nada mais é do que a obediência ao *decisum* do julgador e para que não haja equívocos na sua execução, é mister que se compreenda que a fase de execução é continuação necessária da etapa de conhecimento e deve ser acompanhada de perto, sobretudo se se afirma que a finalidade da pena é a ressocialização.

Por fim, cumpre ainda tratar de outra preocupação demonstrada por Marc Ancel: a distinção entre medida reeducativa e pena. De fato, Citando o exemplo da prisão-escola de *Herstedvester* na Dinamarca, asseverou que se a finalidade precípua da pena é a ressocialização do infrator, não há que se falar, portanto, em distinção entre a medida e a pena; o que deve existir, para uma correta política criminal é a união da medida curativa com a sanção repressiva. Ao mesmo tempo há a punição do indivíduo pelo injusto perpetrado, mas há também a sua reeducação e posterior reinserção na comunidade:

> [...] Assim, a condição primordial para um desenvolvimento harmonioso das sanções penais, dentro do espírito e perspectiva dessa nova política criminal, e graças ao desprezo da qualificação "penas" ou "medidas", consiste em sua utilização livre, socialmente orientada e cientificamente individualizada. Essa utilização individualizada permitirá que se transformem em verdadeiros agentes dessa ressocialização, que continua sendo o objetivo derradeiro dessa política de defesa social. [223]

A uma primeira vista, trata-se da retomada dos valores humanos, de um movimento que se preocupa, primordialmente, em reeducar o criminoso, retornando aos valores propostos pela Escola Clássica, sobretudo ao defender, dentre os seus postulados, a descriminalização de algumas condutas insignificantes, aplicação de medidas alternativas, revalorização do papel da vítima. Todavia, conforme adverte Salo de Carvalho, tais argumentos foram lançados em razão da insustentabilidade dos fundamentos etiológicos vencidos com o fim da guerra, mantendo, a Nova Defesa Social, as mesmas bases do positivismo criminológico:

> A (re)organização do sistema punitivo desde o enfoque da Defesa Social, encobrindo velhas práticas etiológicas sob o manto de um novo e renovado humanismo científico (descriminalização de algumas condutas insignificantes, desjudicialização de alguns procedimentos, ampliação de alguns procedimentos, ampliação das medidas alternativas ao cárcere e revalorização da vítima como sujeito da relação processual), deveu-se fundamentalmente ao fato da insustentabilidade do antigo discurso etiológico positivista após a Segunda Grande Guerra e a formação de um novo discurso humanista.
>
> A propósito, é no próprio Marc Ancel que entraremos a influência sistematizadora da Escola Positivista, principalmente no que no que tange à negação do princípio da culpabilidade, à assunção do crime como fato natural e social, ao objetivo ressocializador da pena e à necessidade de proteção da sociedade contra o criminoso.[224]

---

[223] Cf. ANCEL, Marc. **A nova defesa social.** Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 303-304.
[224] CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias.** 3ª ed. Rio de Janeiro, *Lúmen Júris*, 2008. p. 72

O discurso da Nova Defesa Social torna-se atraente no momento em que o homem passa a se valorar novamente, a perceber os seus direitos e a exigir não apenas a mera previsão dos mesmos, mas sua efetiva proteção. Desta forma, com a criação da Organização das Nações Unidas em 1948 e a elaboração de suas diversas resoluções e a celebração de Tratados Internacionais com o escopo de renovar os direitos humanos, passa-se a se exigir uma real participação dos Estados na propulsão das garantias do homem.

O paradigma da reação social encerrou a vantagem de criticar os ideais positivistas, porém pecou pela falta de praticidade em seus argumentos, que, de acordo com Salo de Carvalho[225], ficaram restritos aos debates acadêmicos. A Nova Defesa Social surge num momento em que a humanidade sente a necessidade de voltar a atenção para si própria, colocando o homem como o centro do universo; desta forma, todo o rol de direitos e garantias fundamentais previstos deve ser efetivado; esta ideologia seduz, pois coloca em prática o que a sociedade clama, passando a falsa noção, a princípio, de que seria uma nova corrente doutrinária que romperia com o positivismo, quando na verdade tão somente o relegitima.

Percebe-se, portanto, que atualmente, ao se adotar a Nova Defesa Social se está em verdade aplicando a criminologia de orientação positivista, que por sua vez resta centrada no maniqueísmo bem/mal.

4 NOVAS VERTENTES DA CRIMINOLOGIA E A QUESTÃO SOCIAL

Neste momento passa-se à análise das novas vertentes da criminologia e a questão social, teorias estas que legitimam ou deslegitimam a atuação do Direito Penal e a imposição da pena; registre-se que as teorias abolicionistas e as teorias funcionalistas serão analisadas no título IV deste trabalho, quando se demonstra o porquê da não adoção destas vertentes e a razão da escolha do garantismo como a solução mais justa e eficaz.

As teorias abaixo descritas foram elaboradas tendo em vista o homem como um ser social e a relação entre o fato social e a reação da sociedade através da punição. Passa-se ao estudo destas correntes, sem, contudo, se objetivar esgotar o seu conteúdo, uma vez que isto demandaria um trabalho específico para cada.

---

[225] CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias.** 3ª ed. Rio de Janeiro, *Lúmen Júris*, 2008.

4.1 TEORIA ESTRUTURAL-FUNCIONALISTA DA ANOMIA EM DURKHEIM E MERTON

A teoria estrutural-funcionalista,[226] criada por Durkheim e desenvolvida por Merton, traz uma resposta aos caracteres biopsíquicos, utilizados pelo positivismo para determinar se um indivíduo é delinqüente ou não, lastreada no princípio do bem e do mal. Em verdade, Durkheim constata que o crime é algo natural, normal, intrínseco à sociedade. As práticas criminosas não decorrem de patologias ou disfunções sociais, mas tão somente da violação a padrões culturais, impostos por estes agrupamentos humanos. Pontua Munõz Conde e Hassemer:

> [...] No ensaio sobre o suicídio, DURKHEIM formulou sua tese sobre a *anomia*, ou seja, sobre o vazio normativo (*a-nomos*, em grego significa: sem norma) que se produz quando a sociedade não facilita ao indivíduo os meios necessários para conseguir os fins que esta mesma sociedade considera como meta e ideal que deve ser alcançado. O resultado desta crise ou desajuste, muito característico das atuais sociedades de consumo, nas quais reinam a competitividade e a luta por conseguir o máximo de poder e bem-estar, é muitas vezes o suicídio, uma resposta individual do sujeito que não vê outra saída a esta contradição imposta pela própria estrutura social. [227]

Percebe-se a importância de tal pensamento para este trabalho no momento em que se transmite o ensinamento de que o delito faz parte do próprio funcionamento da sociedade; ora, se se está diante de uma sociedade com regras, com uma cultura, e com tantas desigualdades – dentre elas, a econômica – o crime é, pois, uma conseqüência normal à convivência. De fato, se para se viver em comunidade é preciso ter a regra, nada mais natural que se espere o seu descumprimento. Tais relações são regidas pelo Direito e a afronta aos bens jurídicos essenciais há de ser tutelada pelo Direito Penal, razão pela qual há de se compreender que o crime sempre existirá e o Direito Penal é valioso instrumento para legitimar e limitar a punição, pois se acaso não existisse, a própria comunidade iria, com suas próprias mãos, punir o infrator.

Tampouco se pode afirmar, portanto, que o criminoso perde sua condição humana, é um doente, anormal, que precisa ser purificado para que possa retornar ao convívio em

---

[226] Cf. QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do Caráter Subsidiário do Direito Penal**: lineamentos para um Direito Penal mínimo**.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 31-36.

[227] CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 72

sociedade. Se o delito é conseqüência normal e esperada de se viver em sociedade, o criminoso também exerce sua função dentro da sociedade e faz parte dela.

Não raro, conforme já visto no início deste título, ao se estudar Nietzsche, Freud e Bergeret, são impostos aos homens padrões e valores que os mesmos não concordam; tal imposição se dá com o grupo dominante. Por esta razão, mais aceito ainda deve ser o delito. O trecho transcrito acima de Muñoz Conde e Hassemer denotam justamente este raciocínio de Durkheim, o sentimento de anomia, uma vez que a própria sociedade força o indivíduo, ao não lhe conferir outra saída, a delinqüir.

Merton[228], por sua vez, analisa a diferença entre *estrutura social* e *estrutura cultural*. Na estrutura cultural são traçadas metas para que o indivíduo alcance o êxito dentro da sociedade; são padrões desejados de sucesso que se pretende alcançar. A estrutura social são os meios através dos quais se vale o indivíduo para alcançar a estrutura social. Merton pontua que, numa sociedade em que a estrutura cultural se acopla perfeitamente à estrutura social, é uma sociedade perfeita, em harmonia.

Diante do exposto, vislumbra-se que nenhuma das sociedades atuais encontra-se em harmonia – aliás, arrisca-se a afirmar que nunca existiu uma em perfeito equilíbrio – e o delito, por sua vez, diante desta tensão entre o querer e o poder, será algo, natualmente, existente.

Assim sendo, não há que se falar em ressocialização do indivíduo, pois o homem que comete um crime não deixa de ser social. Praticou um comportamento esperado e aceito pela própria comunidade.

4.2 LABELING APPROACH (PARADIGMA DA REAÇÃO SOCIAL) E AS CIFRAS OCULTAS DA CRIMINALIDADE

Para a teoria do *labeling approach*[229] a função não declarada do direito penal consiste em reforçar os valores socialmente eleitos, assim como proteger os bens jurídicos escolhidos, afim de que se mantenha uma parcela da sociedade no poder. Para tanto, o direito

[228] CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 73.

[229] Saliente-se que neste tópico serão feitos tão somente comentários do pensamento desta corrente; no título IV deste trabalho serão tecidas críticas e será demonstrado porque não se adota tal teoria, haja vista que ela defende o fim da pena e, a médio prazo, do Direito Penal, o que não se concorda.

penal se vale do "etiquetamento" de indivíduos, da seleção dos comportamentos *desviante*s, da eleição dos bens jurídicos a serem tutelados e da benevolência com certa classe de autores na prática de determinados delitos.

Como foi demonstrado ao final do título I desta dissertação, ao longo dos séculos, são eleitos valores e bens jurídicos que são interessantes para as classes dominantes. A guisa de exemplo, à época da revolução burguesa, a propriedade ganhou destaque. No Estado de bem-estar social[230], Neoliberal, ainda interessa a proteção de tal bem jurídico, haja vista que o sistema capitalista rege todas as relações sociais; adquire realce os bens e valores que exprimam de forma fiel os ideais consumeiristas; criam-se novos tipos penais para proteger o mercado, o consumidor e a ordem econômica, dando a falsa aparência de que o Direito Penal, de fato, resolve os problemas da sociedade. Adota-se as lições de Hassamer:

> *Ya en una primera aproximación vemos que las nuevas leyes en el ámbito de nuestro Derecho penal material (Parte Especial y leyes penales especiales) no tienen como objeto de protección sólo bienes jurídicos universales sino asimismo que estos bienes jurídicos universales están formulados de forma especialmente vaga.*
> *Ámbitos específicos de promulgación de leyes son fundamentalmente el Derecho penal económico, los impuestos, medio ambiente, acumulación de datos, terrorismo, drogas, exportación de materias peligrosas. Los bienes jurídicos comprendidos en este ámbito son tan generales que no dejan ningún deseo sin satisfacer.*
>
> *Se trata de una criminalización anticipada a la lesión del bien jurídico; de la protección del «bienestar» de los hombres «en un sentido puramente somático» en vez de la protección de la vida y la salud de las personas; de la salud pública; del funcionamiento del mercado; de la protección estatal empresarial o de la acumulación de datos comercial o administrativa*.[231]

Com efeito, há a criação de tipos penais tendentes a proteger as relações de consumo, e, por conseqüência, o próprio capitalismo. Todavia, tais tipos penais são amplos, abertos, dando margem a diversas interpretações. Perguntar-se-ia o porquê de tal previsão tão ampla que, a uma primeira vista, objetiva proteger o mercado e, em um segundo momento, de fato não o protege, pois facilita a não punição. Os defensores da Criminologia Crítica entendem que o que se quer com tais tipos penais abertos é, em verdade, punir os pobres e assegurar a impunidade das classes superiores. A redação dos crimes contra o sistema financeiro, contra a ordem tributaria, contra as relações de consumo, desafiam uma dupla interpretação: fechada, para garantir a punição daqueles que não possuem instrução suficiente, nem meios adequados para pagar a um bom defensor, e aberta, voltada às classes superiores,

---

[230] Conforme será visto no título III deste trabalho.
[231] HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos; In:* ***Pena y Estado***. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, pp. 23-36

que possuem conhecimento necessário para apontar as falhas de sua escrita e assegurar a não punição.

Assim sendo, percebe-se a consagração, para o paradigma da reação social, da função simbólica do Direito Penal[232], posto que aplicação da pena conduz à falsa idéia de que o sistema penal de fato funciona, pois, em tese, ao se analisar as estatísticas criminais, percebe-se uma separação entre os indivíduos de "bem" e os homens "maus". Trata-se, portanto, do reforço da ideologia da defesa social, que se baseia no maniqueísmo bem/mal. Todavia, o que existe, em verdade, é a proteção de determinadas classes sociais, uma vez que não há a punição real diante da existência de certos delitos, o que se denomina "cifras ocultas" do sistema penal. Assim sendo, nas estatísticas criminais, não são levadas em consideração a prática de certos crimes, haja vista que possuem como autores os homens de "bem", componentes das classes dominantes da sociedade. À guisa de exemplo, tem-se os crimes de colarinho branco, que não são na prática punidos, não compondo, portanto, as estatísticas criminais.

Por assim dizer, para o *labeling approach*, as estatísticas criminais não traduzem a criminalidade real, uma vez que se concentram nas camadas mais pobres da população e quase inexistem nas camadas superiores. Destarte, o Direito Penal simbólico possui ainda outra função não declarada: não apenas a seleção dos bens jurídicos a serem tutelados, mas também a dos comportamentos que são considerados *desviante*s. É o que ocorre com as cifras ocultas: são selecionados determinados comportamentos para serem considerados marginais, criminosos, enquanto que outros comportamentos são aturados, sem que haja uma efetiva punição; existem desigualdades sociais, que são transportadas para o sistema penal, selecionando-se condutas criminalizáveis e condutas toleráveis.

Cumpre, neste momento, analisar os reflexos do paradigma etiológico no âmbito pessoal, em especial, a figura do "etiquetamento" de certas classes de indivíduos, tidos como potencialmente propensos a delinqüir, em razão da raça e, sobretudo, da condição social. Um homem pobre é, em tese, para esta corrente ideológica, potencialmente capaz de cometer crimes, enquanto que os cidadãos ricos possuem probabilidade bem menor em delinqüir.

[232] Cumpre novamente ressaltar que este trabalho adota o garantismo como modelo para o sistema penal; não se desconhece as razões trazidas pelo *labeling approach* e pelas vertentes da Criminologia Crítica como um todo, mas não se pode chegar ao exagero de afirmar que o Direito Penal é apenas simbólico e que não possui qualquer outra função. Tal ramo do Direito é necessário para a proteção dos bens jurídicos mais importantes da sociedade como a vida e a integridade física e psíquica; porém não deve ser aplicado para proteger bens jurídicos de cunho meramente capitalistas, como as relações de consumo, os tributos e o patrimônio em geral.

Passa-se a punir o homem[233] e não interessa mais o fato ilícito em si. Analisando o pensamento de Jackson Azevedo:

> Com efeito, repete-se na perspectiva da nova Criminologia, delinqüente não é quem apenas praticou fato definido como crime, mas quem, tendo-o feito, foi também alcançado pelo sistema, isto é, quem sofreu o efeito estigmatizante da ação das instâncias de controle.
>
> Segundo BECKER, citado por BARATTA (1991a p. 88), os desvios são criados pelos grupos sociais que, dispondo do poder que têm, definem as normas (tipificação), aplicam-nas a determinadas pessoas e etiquetam-nas.

Assim, o desvio não é uma qualidade do comportamento, mas conseqüência da aplicação das normas e sanções. O delinqüente é uma pessoa a quem o etiquetamento foi aplicado com êxito; o comportamento delinqüente é o que foi assim rotulado.[234]

Destarte, o paradigma etiológico, surgido ainda à época de Ferri, baseia-se no maniqueísmo bem/mal e visa proteger à sociedade do contato com aqueles considerados "maus". Tal paradigma só foi questionado e superado com o *labeling aproach*, ou paradigma da reação social, que encerra questões acerca de quem pode ser considerado criminoso, o que é certo/errado, bem/mal, quem estaria autorizado a definir que alguém é criminoso e que determinada conduta consiste em um crime. A partir dessas perguntas, passou-se a entender que o que existia de fato não era um homem criminoso, uma conduta criminosa, mas o criminalizado e a criminalização do comportamento.

Dessa forma, constatou-se as funções ocultas do Direito Penal e passou-se a questionar os valores sociais eleitos, bem como os bens jurídicos tutelados. O ápice da reação social se deu com a nova concepção do sistema penal, não mais como um conjunto estático de normas, mas um sistema dinâmico de funções, que ocorre em três momentos: a produção das normas (que corresponde à criminalização primária); a aplicação das normas (criminalização secundária) e a execução penal[235].

Pode-se concluir[236] que, para o paradigma da reação social, existem, portanto, duas realidades totalmente distintas: de um lado, tem-se a punição dos homens pela prática de crimes comuns, como furtos, roubos, dano, dentre outros, mais ligados à situação sócio-

---

[233] Cf. JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo, noções e críticas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
[234] AZEVEDO, Jackson Chaves de. **Reforma e "contra" – reforma penal no Brasil**. Florianópolis: OAB-SC, 1999. p.33-34.
[235] Cf. AZEVEDO, Jackson Chaves de. **Reforma e "contra" – reforma penal no Brasil**. Florianópolis: OAB-SC, 1999.
[236] No último capítulo desta dissertação serão demonstrados os argumentos que podem ser aproveitados desta corrente de pensamento, sem, conduto, adotá-la por inteiro, uma vez que cai no exagero de objetivar, a médio prazo a deslegitimação do próprio Direito Penal, o que não se concorda.

econômica de seus autores, enquanto, de outro lado, se tolera a prática dos crimes de colarinho branco, que promovem um abalo muito maior a toda a sociedade, desviando recursos da população, sem que haja qualquer punição real aos seus autores.

4.3 MOVIMENTO DA LEI E ORDEM

Passa-se à análise do movimento da "Lei e Ordem" em razão do uso do Direito Penal e da pena como instrumentos máximos para o combate à criminalidade e controle social, em sentido oposto ao *labeling approach*. Outrossim, tal movimento, também conhecido por "Tolerância Zero", ganhou popularidade a partir de sua implementação nos Estados Unidos, mais precisamente na cidade de Nova York, então conhecida como a capital da criminalidade. Com a propagação de dados estatísticos inverídicos[237], vendeu-se o discurso do Direito Penal Máximo como instrumento legítimo para assegurar a paz social, ou melhor, para garantir a "limpeza" das ruas.

Trata-se, portanto, da consagração do Direito Penal simbólico, uma vez que foram elaboradas leis conferindo amplos poderes à polícia estadunidense com o escopo de garantir a perseguição e conseqüente punição dos delinqüentes – em sua esmagadora maioria, negros, latinos, pobres, miseráveis – e manter a segurança da sociedade. O simbolismo restou consagrado, sobretudo em razão do uso da mídia, instrumento valioso para a propagação de falsas idéias, que "vendeu" a imagem de caos e em seguida de segurança, atribuindo poderes aos políticos que lhe interessava, garantindo, dessa forma, a manutenção de um grupo no domínio no Estado de Nova York. Neste sentido, se torna essencial colher as lições de Loic Waquant:

> De Nova York, a doutrina da "tolerância zero", instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda – a que se vê, a que causa incidentes e desordens no espaço público, alimentando, por conseguinte, uma difusa sensação de insegurança, ou simplesmente de incômodo tenaz e de inconveniência – propagou-se através do globo a uma velocidade alucinante. E com ela a retórica militar da "guerra" ao crime e da "reconquista" do espaço público, que assimila os delinqüentes (reais ou imaginários) sem-teto, mendigos e outros marginais a *invasores estrangeiros* – o que facilita o amálgama com a imigração, sempre rendoso eleitoralmente.
>
> Autotutelado pelo lustro do "êxito" de Nova York (exageradamente apresentada como metrópole-líder da criminalidade subitamente transformada em exemplo das "cidades seguras" nos Estados Unidos, ao passo que estatisticamente jamais foi nem uma nem outra), esse tema proporciona aos políticos de cada um dos países

[237] Cf. WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria.** Rio de Janeiro, Zahar, 2001.

> importadores a oportunidade de dar ares de "modernidade" à paradoxal pirueta retórica que **lhes permite reafirmar com pouco prejuízo a determinação do Estado em punir os "distúrbios" e, ao mesmo tempo, isentar esse mesmo Estado de suas responsabilidades na gênese *social e econômica* da insegurança para chamar à responsabilidade *individual* os habitantes** das zonas "incivilizadas", a quem incumbiria doravante exercer por si mesmos um controle social próximo... [238] (grifos aditados)

De fato, resta evidenciado que o jogo promovido pelo Estado objetiva, tão somente, retirar sua responsabilidade diante do aumento da pobreza, miséria e, por conseqüência, desesperança e violência, colocando a culpa diante das mazelas na própria sociedade. Com isto, vende-se o falido discurso que é facilmente difundido nos países, de que apenas o embrutecimento do sistema penal, com a criação de novos tipos penais, majoração de penas e ampliação dos poderes para perseguir e punir e a quebra das garantias, conduzirão a comunidade à tão sonhada paz.

Retornando ao exemplo norte-americano, especificamente da cidade de Nova York, seu prefeito, Rudolph Giuliani, em 1993 convocou uma comissão composta pelos principais criminalistas do país para tentar elaborar um planejamento para solucionar a questão da violência. Chegou-se a conclusão que os cidadãos não se interessavam pelos crimes não comuns; já os delitos corriqueiros – independente da magnitude da lesão que possa ocasionar à futura vítima – chamam a atenção. Traçou-se, portanto o que se convencionou denominar "*life styles crimes*".[239]

Vislumbra-se, portanto, de maneira ainda mais clara, que a intenção na elaboração deste "programa" contra a criminalidade teve por principal motivação questões políticas; ora, o supracitado prefeito preocupou-se, tão somente, com os delitos que eram comumente praticados e que despertam a atenção dos homens de "bem", descartando, a priori, os crimes raros, independente do grau de lesividade a ser promovido contra o bem jurídico tutelado, ou melhor, desconsiderando-se, inclusive, qual o bem protegido.

É neste momento que se desenvolve a teoria das "janelas quebradas"[240], ou "*broken windows*", desenvolvida por James Q. Wilson. De acordo com esta construção doutrinária, é necessário punir severamente o pequeno delito antes que ele venha a se tornar algo mais grave, um crime de maior magnitude. Pontua Wacquant que, em verdade, esta teoria nunca foi comprovada com dados concretos; todavia, serviu como álibi para a

---

[238] WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria.** Rio de Janeiro, Zahar, 2001. p.30.
[239] Cf. CONDE, Muñoz Francisco; HASSAMER, Winfried. **Introdução à criminologia.** Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*, 2008 p. 256.
[240] Cf. WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria.** Rio de Janeiro, Zahar, 2001.

reorganização da força policial, que instauraram uma perseguição aos "anti-sociais", os indesejáveis, promovendo a "limpeza" das ruas.

Conde e Hassamer afirmam que o discurso das "janelas quebradas" objetiva passar a imagem de falsa segurança; se há uma casa com uma janela quebrada, ela se torna lugar atraente para a entrada de bandidos, enquanto que a janela perfeita, sem defeitos, protege a casa. A publicidade da teoria garante a fácil e rápida aceitação social. Cumpre adotar as críticas formuladas pelos autores:

> Não há dúvida de que estas idéias chocam-se com os princípios liberais do Direito Penal do Estado de Direito, sobretudo com o princípio da proporcionalidade e de *intervenção mínima*, pois, apesar do discutível pressuposto de que partem, a idéia de que castigando duramente as infrações menores se evitam também as maiores, "matar mosquitos a canhão" tem sido sempre considerada como uma reação desproporcional e um gasto inútil que, tanto a médio como a longo prazo, produz mais dano do que benefício. Por uma parte, confundem dois planos que sempre têm estado diferenciados na resposta do Direito Penal e na reação social, em geral, à criminalidade: a delinqüência grave, de grande repercussão em bens jurídicos fundamentais do indivíduo e da sociedade; e uma delinqüência de menor gravidade, sem dúvida nociva, mas que não incide ou, pelo menos não tão gravemente, nos bens jurídicos fundamentais.[241]

Seguem os doutrinadores criticando o movimento da "lei e ordem". A perseguição implacável às menores infrações, como furtos, consumo e pequeno tráfico de drogas, infrações de trânsito, terminam por permitir que os agentes de grandes crimes, os quais afetam de forma mais grave os bens jurídicos – como os crimes de colarinho branco, crimes contra o meio ambiente, corrupção política – restem impunes, passando a falsa imagem de retidão, permanecendo intocáveis.

Ademais, registram ainda os autores[242] que ao se tentar combater com o máximo de eficiência os crimes, através do descolamento de grande contingente de policiais e viaturas, cobrindo a área classificada como zona de perigo, o Estado termina por não dar atenção às demais áreas que não estão totalmente seguras. Diante disto, a área objeto da ação policial fica protegida, e as demais zonas tornam-se lugar atrativo para posteriores ações de criminosos. Conclui-se pois, que por questões de ordem prática, o embrutecimento do sistema penal também não é a solução para os problemas.

Acerca do fundamento da teoria da "lei e ordem" e a sedução do discurso extremista, João Marcello de Araújo Júnior assevera que:

---

[241] CONDE, Muñoz Francisco; HASSAMER, Winfried. **Introdução à criminologia.** Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*, 2008 p. 257.
[242] Idem. Ibidem.

> Afirma-se, ainda, que a política criminal deve ser orientada no sentido de justificar a pena através das idéias de retribuição e castigo. A pena, assim fundamentada, seria aquela que é conhecida pelo povo, que a respeita, teme e a considera justa, pois sua execução é igual para todos, sendo proporcional à gravidade objetiva do crime cometido.
>
> Essas idéias, que são rechaçadas pelos intelectuais, liberais, são tentadoras para o povo, que reclama sem muita racionalidade, solução imediata para o angustiante problema da segurança pública. Por outro lado, o reconhecimento do fracasso da política do tratamento reeducador deixou em todos, especialistas ou não, uma sensação de frustração, que colabora para a aceitação das idéias repressivas.[243]

Percebe-se, pois, que atualmente é este o discurso vendido e aceito no Brasil. Cada vez mais programas sensacionalistas veiculam dados alterados nos meios de comunicação induzem o espectador ao estado de pânico, emergência, reforçando o circuito do terror[244]; diante do aumento da criminalidade e da miséria, o Direito Penal surge como a força necessária a ser empregada para controlar a população e garantir a proteção da sociedade. Porém, tal discurso é falacioso e falido; basta observar os índices de criminalidade no país a partir da edição de legislação de exceção, como a Lei de crimes hediondos, a lei de crime organizado, o Regime Disciplinar Diferenciado, dentre tantas outras.

Garantias são quebradas, direitos são violados e os índices de criminalidade sobem; será que a resposta diante das mazelas da sociedade está no sistema penal? Seu embrutecimento tem garantido a tão sonhada paz social? Será que com o advento da Lei de Execuções penais e as recentes alterações a ressocialização do preso é alcançada? Ou existe uma universidade do crime dentro dos estabelecimentos penais, uma culturalização[245] prisional? A quem interessa este discurso do terror? Decerto, ao cidadão comum não interessa.

4.4 O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Os postulados do Direito Penal do Inimigo[246] em muito se aproximam do ideal da Defesa Social em sua concepção mais básica, ainda defendida à época de Lombroso, bem como de Adolphe Prins. De fato, Günther Jakobs[247] elaborou esta expressão para afirmar que deveriam existir dois Direitos: o Direito do homem "bom", do cidadão correto, exemplar – a

---

[243] ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo – aspectos. *In* **Sistema Penal para o Terceiro Milênio: atos do Colóquio Marc Ancel**. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p.70.
[244] Remete-se o leitor ao quanto disposto no título anterior deste trabalho.
[245] Este tema será melhor desenvolvido no título III desta dissertação.
[246] JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. ***Derecho Penal Del Enemigo***. Madrid: Civitas, 2003.
[247] Idem. Ibidem.

quem deveriam ser asseguradas todas as garantias e respeito aos direitos fundamentais – e o Direito do homem "mau", do homem perigoso – em que as garantias deveriam ser subtraídas e o emprego da coação seria eficiente para a reafirmação do Estado. Neste sentido, afirma que:

> Quando no presente texto se faz referência ao Direito penal do cidadão e ao Direito penal do inimigo, isso no sentido de dois tipos ideais que dificilmente aparecerão transladados à realidade de modo puro: inclusive no processamento de um fato delitivo cotidiano que provoca um pouco mais que tédio – Direito penal do cidadão – se misturará ao menos uma leve defesa frente a riscos futuros – Direito penal do inimigo – , e inclusive o terrorista mais afastado da esfera cidadã é tratado, ao menos formalmente, como pessoa, ao lhe ser concedido no processo penal, os direitos de um acusado cidadão. Por conseguinte, não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas de descrever dois pólos de *um só* mundo ou de mostrar duas tendências opostas em *um só* contexto jurídico-penal. Tal descrição revela que é perfeitamente possível que estas tendências se sobreponham, isto é, que se ocultem aquelas que tratam o autor como pessoa e aquelas outras que o tratam como fonte de perigo ou como meio para intimidar aos demais. Que isto fique dito como primeira consideração.[248]

Como demonstrado no item anterior, a sociedade pós-industrial é marcada pela crescente exploração do homem e aumento dos problemas sociais, dentre os quais o desemprego, a fome e a violência e, atrelados ao uso da mídia, há o fortalecimento do medo, desespero e da emergência. Trata-se, da Sociedade de Risco. O próprio uso dos termos "emergência" e "terror" implicam a propagação do medo e a dominação. A palavra emergência – que vem do latim *emergentia*[249] – está atrelada a idéia de crise e, conseqüentemente, a de terror. O vocábulo crise se refere a tudo aquilo que afeta o regular andamento de algo, que provoca um abalo em um organismo, uma ruptura das estruturas. Neste diapasão, toda vez que se instaura uma crise em um organismo, se procura uma resposta imediata objetivando a restauração do *status quo ante*.

Diante desta emergência social – no mais das vezes alimentada e agravada pela mídia – o retro examinado Movimento da Lei e Ordem objetivou legitimar o Direito Penal Máximo, a fim de que se protegesse os cidadãos do "bem" contra os delinqüente; neste mesmo sentido o Direito Penal do Inimigo propõe que as garantias dos cidadãos que não contribuem para o equilíbrio do tecido social devem ser revogadas, afirmando que o Direito Penal deve incidir para separar os "bons" dos "maus". Ao infrator, deve ser retirada a condição de cidadão, uma vez que ele violou com seu dever de obediência ao sistema; A

---

[248] JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo, noções e críticas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 21

[249] Cf. BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano L. **O regime de terror no Estado Democrático de Direito no Brasil e na Itália: a busca pelo Direito Processual Penal Constitucional em oposição ao Processo Penal de Emergência**. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_agosto2008/convidados/con3.doc> Acesso em: 01 jan 2009.

perda da condição de cidadão não se dá, porém, de forma imediata. Jakobs[250] assevera que o criminoso pode se reconciliar com a sociedade, desde que compense seu dano e tal retorno ao seio social não acarrete prejuízos ao próprio Estado e ao sistema normativo.

Outrossim, o Direito Penal do Inimigo, à semelhança do positivismo de Lombroso, defende a exclusão do cidadão potencialmente periculoso[251], atuando antes da prática do fato, por se compreender que o sujeito poderá, a qualquer momento delinqüir e, portanto, gerar um risco à sociedade. Trata-se do Direito Penal do autor e não do fato.

Percebe-se, portanto, que o ideal da Defesa Social, na concepção da máxima proteção do tecido social, permite a afirmação de que o Direito Penal há de atuar para preservar o sistema jurídico, punindo o violador, retirando-lhe a qualidade de cidadão, uma vez que ele atenta contra a ordem. Como se verá no título IV deste trabalho, Jakobs defende o funcionalismo sistêmico radical, legitimando a pena e o Direito Penal como instrumentos de garantia da preservação da confiança no Estado e na norma.

4.5 TEORIAS DA SOCIALIZAÇÃO DEFICIENTE

A teoria ora em análise parte dos estudos de casos concretos realizados sobretudo nos Estados Unidos, em que se constata, cada vez mais, que crimes bárbaros são praticados por pessoas, a princípio, “normais” ou seja, que trabalham, que estudam, interagem com outros cidadãos.

Outrossim, se antes havia a tentativa de se determinar com base em critérios bio-psíquicos quem eram os anormais, os indesejáveis para a sociedade, a fim de que sejam isolados e retirados do convívio da mesma, protegendo-se a integridade do organismo social, com as teorias da socialização, alcança-se a percepção de que o crime é o somatório não apenas das questões físicas e psíquicas, mas as relações travadas entre os homens exercem forte influência no comportamento do indivíduo em si. Em Conde e Hassamer:

> Para as teorias da socialização, a conduta criminal é uma conduta aprendida no processo de socialização. Família, escola, vizinhos, companheiros, círculo de trabalho, são as instâncias que levam a cabo o processo de socialização do indivíduo, as que o exercitam nos modelos de conduta social, nas atitudes e nas normas. São, por isso, as instituições cujos defeitos podem acomodar bem cedo o

[250] MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo, noções e críticas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
[251] Idem. Ibidem.

> germe do desvio delitivo. As teorias da socialização estão abertas às contribuições de traumas adquiridos na experiência vital do concreto sujeito desviado e estabelecem conexões com grupos sociais ou com a sociedade em seu conjunto, a partir dos quais podem ser explicados os defeitos da socialização.[252]

Em tempo, os autores abordam o pensamento de Freud para discorrer sobre a relação indivíduo e comunidade, as dificuldades existentes em conviver em grupo, as limitações dos instintos e o avento da culpa. Remete-se, neste ponto, o leitor para as considerações já feitas neste trabalho.

A principal contribuição desta teoria – que se subdivide em outras – é a percepção de que a mera análise dos elementos bio-psíquicos não é capaz de determinar as causas da prática de uma infração; ao mesmo tempo, a atenção ao recair sobre o autor, não pode conduzir a um "etiquetamento" do criminoso, afirmando que certas classes sociais estão propensas a delinqüir. Neste caso, homens comuns, de diferentes castas sociais, raças e culturas, com posturas normais, praticam, a princípio de forma inesperada crimes bárbaros.

Com efeito, esta teoria conclui que as instituições que compõem a vida social, tão confiáveis pelo cidadão comum, agora, dividem a responsabilidade com o próprio infrator diante da existência do crime.

Diante da constatação de que o crime é algo natural da sociedade, passa-se ao estudo do conceito não revelado e das funções não declaradas da ressocialização.

---

[252] CONDE, Muñoz Francisco; HASSAMER, Winfried. **Introdução à criminologia.** Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*, 2008 p. 49.

TÍTULO III – O CONCEITO NÃO REVELADO E AS FUNÇÕES NÃO DECLARADAS DO TERMO "RESSOCIALIZAR"

O terceiro título desta dissertação propõe revelar o discurso não oficial da "ressocialização", analisando desde as funções declaradas da pena e a mudança de sua perspectiva – acompanhando a evolução do sistema capitalista no mundo – culminando na compreensão de que o trabalho carcerário nada mais é do que importante instrumento de anulação do preso e fonte de lucros para o Estado e para empresas privadas.

Neste sentido, será ainda avaliado o conceito do termo "ressocializar" e como ocorre a manipulação da linguagem, questionando-se, enfim, o que vem a ser um fato social, a quem interessa determinar o que e quem é social e ainda o que é fato criminoso, para a partir daí o Estado se livrar dos indesejáveis, dos anormais, dos miseráveis. Para tanto, as lições de Durkheim serão sobremodo utilizadas.

Em seguida, avaliam-se os reflexos do trabalho prisional na manifestação da mão-de-obra carcerária. Decerto, o estudo conjugado da doutrina nacional e internacional, com a análise da jurisprudência e da Lei de Execuções Penais serão os meios utilizados para se abordar a função não declarada da "ressocialização" e os reais objetivos do Estado. A disciplina, o horário, a vigilância, o castigo e o trabalho se intercomplementam, de tal sorte a determinar a perda da identidade do preso; a repetição da atividade laboral, a obediência irrestrita, o medo da imposição da sanção disciplinar castram o homem recluso, e ele se torna tão somente mais um mecanismo dentro da engrenagem capitalista.

A perda da condição humana se dá não com a prática do ato infracional, mas com o cumprimento da pena; há uma culturalização prisional e uma desculturação social; o Regime Disciplinar Diferenciado e a perda dos dias remidos tornam-se as sanções mais violentas contra o condenado. Resta impossível nutrir qualquer consciência ou senso crítico, apenas se cumpre às ordens.

Será demonstrado que o presídio constitui um reflexo fiel das estruturas de poder; criam-se as regras e os castigos. Por fim, constata-se que o trabalho carcerário é importante fonte de renda para o Estado e empresas, quer através da privatização dos presídios, quer através da terceirização da mão-de-obra numerosa e barata.

1 A FUNÇÃO DA PENA NO DIREITO PENAL LIBERAL: A PREVENÇÃO E A RETRIBUIÇÃO COMO CONSOLIDAÇÃO DO CAPITALISMO

Analisando a pena como instrumento de poder do Estado e o Direito Penal como ferramenta de controle estatal, passa-se à análise da função da pena no Direito Penal liberal. Destarte, cumpre salientar que a pena será utilizada de acordo com os fins almejados pelo poder político, de tal sorte a legitimar este poder e conformar os cidadãos diante das regras criadas e impostas.

Após o declínio do Estado Monárquico, centrado na figura do Rei, governador absoluto, e nos ideais da Igreja Católica, surge o Estado Liberal. Enquanto que no Estado Absolutista, o Direito tinha por escopo garantir os privilégios e a manutenção do poder do Monarca e da Igreja, no Estado Liberal as regras são criadas para consolidar o sistema capitalista emergente. Com o aparecimento das relações comerciais, lastreadas na compra e venda de mercadorias, no surgimento das manufaturas, artesanatos e, mais adiante, nas fábricas, desafia-se uma nova ordem econômica, social e cultural e, por via de conseqüência, um novo Direito.

As normas jurídicas neste momento são elaboradas para satisfazer os interesses da nova classe dominante: a burguesia. Com efeito, são criadas as regras e os castigos para legitimar este novo poder e manter o seu controle sobre a sociedade. Novos valores surgem e os antigos são reforçados ou abandonados, de acordo com o que for necessário para manter a influência deste segmento social.

As penas por sua vez foram alteradas: já não havia mais a sede da sociedade pelos suplícios[253], pela pena capital – defendida vorazmente por Santo Tomás de Aquino e Santo Agostinho[254], para reforçar o poder da Igreja – mas surgia a pena privativa de liberdade, rejeitando-se as mutilações e destinando-se as penas de morte apenas para os casos excepcionais. A partir da obra *"Dei delitti e delle pene"* de Beccaria, centrado nos ideais iluministas, passa-se a um período de humanização do Direito Penal; estes ideais atendiam perfeitamente aos interesses da burguesia e propunham a nova base política para o

[253] Que serão abordados no capítulo seguinte deste trabalho.
[254] Haja vista que interessava ao poder eclesiástico fomentar a noção de pecado e expiação, e, sobretudo, o sentimento de medo, pavor, devidamente nutrido na sociedade com os castigos em praças públicas, as mutilações e as penas capitais.

desenvolvimento do poder de tal classe. Os bens jurídicos eleitos giram em torno da proteção da propriedade e o Direito Penal, como instrumento de controle social, aparece como regulador do mercado capitalista. Neste sentido, Cláudio Alberto Gabriel Guimarães assevera que:

> Houve uma radical mudança quanto aos sujeitos passivos dos delitos perpetrados em razão do redirecionamento das condutas delituosas; da ilegalidade dos direitos, passa-se à ilegalidade dos bens.
>
> Os delitos comumente perpetrados que até então tinham favorecido a burguesia, posto que permissivos do aumento de riqueza desta classe social, como a ilegalidade fiscal e aduaneira, a luta contra os agentes do fisco, o contrabando, a recusa em pagar certos foros estatais e eclesiásticos, cuja principal vítima era o Estado, eram toleradas pelo sistema, vez que eram ilegalidades dos direitos.
>
> Entretanto, com a Revolução Industrial, tais ilegalidades rapidamente migraram para ilegalidade de bens, desta feita tendo por vítimas principais os integrantes da burguesia.
>
> A pilhagem e o roubo nas propriedades comerciais e industriais agora estão na ordem do dia e a classe social inventora e propulsora do capitalismo não toleraria tal estado de coisas. '[...] se uma boa parte da burguesia aceitou, sem muitos problemas, a ilegalidade dos direitos, ela a suportava mal quando se tratava do que considerava seus direitos de propriedade'. (FOUCAULT, 1993, P.78)". [255]

Por conseguinte, são eleitos outros bens jurídicos, como a propriedade, para ganhar destaque e especial proteção do Direito Penal. A nova classe dominante desafia o surgimento de um sistema penal que venha a corroborar com seus interesses. As idéias de liberdade, igualdade e fraternidade, conduziam a sociedade à falsa noção de preservação da humanidade como um todo, sobretudo com a declaração dos direitos humanos, quando, em verdade, o que se desenvolvia cada vez mais era o sentimento de individualidade. Tal sentimento, aliado a uma postura absenteísta do Estado forneciam terreno fértil para o desenvolvimento da riqueza e conseqüente acúmulo de poder por parte da burguesia.

No plano econômico, portanto, desenvolvia-se o capitalismo e, com o surgimento das indústrias, a exploração da mão-de-obra. Com efeito, o trabalho torna-se elemento indispensável para a maquinaria capitalista; o ofício mal remunerado conduz os homens à miséria e ao desespero. A fome e a falta de moradia, assim como o desemprego – afinal o número de trabalhadores à disposição dos empregadores era em número muito superior às vagas existentes – coloca de um lado a realidade cruel e de outro as falácias contidas nas Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão[256]; a noção de que o trabalho dignifica o homem, bem como a intenção constante de consumir fomentam no indivíduo a necessidade de

---

[255] GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista.** Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 168.

[256] Declaração exarada em 1789 com a Revolução Burguesa.

ter sempre mais, quando sequer se tinha o mínimo. É nesse terreno que os crimes contra o patrimônio ganham destaque, ameaçando a burguesia e, sobretudo, o sistema capitalista.

Diante de um Estado Liberal, centrado nos ideais do capitalismo, surge a necessidade de se usar o Direito Penal como dispositivo de preservação do pacto social: as relações econômicas travadas desafiam a criação da noção do bom consumidor, do bom trabalhador, enfim, do bom cidadão. É preciso, pois, que o Direito Penal cuide com relevância dos tipos penais que incriminem condutas capazes de romper com a paz social, que venham a gerar uma insegurança ao trabalhador e ao consumidor, e, especialmente, à burguesia. Os crimes contra o patrimônio são fortemente combatidos e a finalidade da pena adquire contornos para que venha a retribuir ao delinqüente o injusto por ele provocado, bem como se objetiva punir o criminoso para que sirva de exemplo aos demais cidadãos, a fim de que não pratiquem mais atos atentatórios ao contrato social.

O Estado Liberal cria o Direito Penal Liberal, controlando condutas, determinando as regras e os castigos necessários à preservação do sistema capitalista e ao poder da burguesia. Destarte o Direito Penal, nada mais é do que um instrumento à disposição do poder para regular as relações sociais e legitimar a permanência de tal domínio. No plano ideológico, político e econômico surgem os ideais iluministas que traduzem o capitalismo e a exploração da mão-de-obra; o Direito volta-se para tais situações e as penas privativas de liberdade são utilizadas para proteger o bem jurídico agora considerado essencial: a propriedade.

1.1 A MORAL E A JUSTIÇA E O CARÁTER RETRIBUTIVO DAS PENAS

Em perfeita sintonia com as necessidades do mercado, as penas passam a exercer um importante papel de desestímulo à prática de delitos, tanto para o próprio criminoso (prevenção especial) quanto para a sociedade (prevenção geral). Propugna-se, portanto, por uma pena cuja finalidade reside na prevenção dos delitos e na retribuição pelo injusto praticado. Nas palavras de Mir Puig:

> Bajo la vigencia del Derecho penal *liberal* se atribuyó a la pena tanto una función de *prevenci6n* de delitos, como la de *retribuci6n* por el mal cometido. La fundamentación del Estado y del Derecho liberales en el contrato social, concebido como pacto que los hombres suscriben por razones de *utilidad*, conducía a asignar a la pena la función utilitaria de protección de la sociedad a través de la prevenció:v de los delitos, cuya esencia se veía, en un principio, en constituir un "daño social".

> Éste fue el planteamiento de la ilustración que sirvió de base a la obra que inicia el Derecho penal contemporáneo y originó una importante línea de pensamiento a lo largo del Derecho penal clásico. Pero tanta o, acaso, mayor importancia tuvo en éste la concepción retributiva de la pena.[257]

Passa-se a análise, primeiramente, das teorias retributivas da pena. O discurso[258], ou seja, o que é declarado pela teoria da retribuição, define que a pena é a justa retribuição do crime; na vertente religiosa, consiste na expiação dos pecados do infrator; no sentido jurídico, é a compensação da culpabilidade

As teorias absolutas da pena, ao contrário das denominadas teorias relativas da pena – que serão vistas adiante – abarcam a retribuição moral e a retribuição jurídica, entendendo a pena como um fim em si mesma.

Destarte, conforme acima dito, a teoria da retribuição resta lastreada nas idéias de justiça e de um mal promovido à sociedade; a aplicação da pena decorre da simples verificação da existência de um fato criminoso. Para Hegel[259], a retribuição reside na resposta à prática de um ato que violou uma regra da sociedade, determinando-se o que é justo e o que é injusto. Não é que se afirme que a única finalidade da pena é fornecer uma contra-prestação em razão da prática de um delito; podem, sim, existir outras finalidades da pena, todavia, a natureza, é a da retribuição pelo crime cometido.

Percebe-se, portanto, que as teorias absolutas da legitimação da pena voltam sua atenção para a essência desta, sua natureza, mas não respondem o "para que" punir; uma pena deve ser aplicada se houve um injusto, uma conduta moralmente reprovável, sem se analisar se é útil, oportuna, a deflagração de tal pena. É, por conseguinte, legítima a pena justa, ainda que inútil.

Assim sendo, em Hegel[260], a finalidade da pena não é social; trata-se de uma compensação assumida em razão da prática de um ato injusto. Por conseguinte, a finalidade da pena não é a intimidação da sociedade, nem evitar a prática de novos delitos, ou reabilitar o criminoso; a pena é aplicada porque houve a prática de um delito, residindo seu fundamento na própria natureza do crime, sendo intrínseco ao injusto. Para este autor, a pena decorre a partir de uma exigência da razão, advinda de um processo dialético inerente à idéia de direito:

---

[257] MIR PUIG, Santiago. ***Funcion de la pena y teoria del delito en el Estado social y democratico de Derecho***. 2ª ed. Barcelona: Casa Editorial, 1982. p. 25-26

[258] Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal Parte Geral.** 2ª ed. Curitiba: IPCC: *lumen Júris*, 2007. p. 455-489.

[259] Idem. Ibidem.

[260] Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal Parte Geral.** 2ª ed. Curitiba: IPCC: *lumen Júris*, 2007.

a violência é uma negação do direito; a pena é a negação da violência; a negação da negação é a afirmação, ou seja, a pena é a afirmação do direito.[261] A pena seria, por conseguinte, uma necessidade lógica de restauração da ordem jurídica, da razão do direito em contraposição à irracionalidade do delito (deflagra-se a supremacia da razão sobre a irracionalidade).

Analisando a concepção de "ser" e Estado para Hegel[262], apreende-se a compreensão de racionalidade. O ente estatal é o racional em si e para si e o indivíduo lhe deve obediência incondicional. Será o ente político quem irá dizer o que é moral e amoral, devendo o cidadão obedecê-lo objetivamente, sem questionar. A existência real da liberdade é assegurada pelo Estado, sendo que qualquer tipo de violência que atente contra o ente estatal é um injusto que desafia uma pena, que irá restabelecer a preservação do Estado.

Neste mesmo sentido, porém com outro espeque, Kant[263] analisa a retribuição sob a ótica da moral, sendo que a pena é um "imperativo categórico", que desafia a aplicação de um castigo pela mera prática de um crime. Aqui, como em Hegel, a pena deve ser aplicada sem que se demonstre a utilidade na adoção de tal medida, sem que haja a preocupação de que a imposição desta pena sirva de exemplo aos demais cidadãos para que não venham a perpetrar atos atentatórios ao contrato social; pune-se porque houve a prática de um crime. Kant adota a lei do talião como regra máxima de justiça: "dente por dente e olho por olho". A fundamentação da aplicação da pena para este filósofo reside no preceito ético, enquanto que para Hegel floresce a justificativa a partir da necessidade de se reafirmar o direito com conceito. Insta adotar, porém, os ensinamentos de Ferrajoli acerca desta aparente divergência de fundamentação entre Hegel e Kant:

> [...] Em crise na época do iluminismo, viram-se relançadas no século XIX, graças a duas versões laicas, quais sejam a tese de origem kantiana segundo a qual a pena é uma *retribuição ética*, que se justifica por meio do valor moral da lei penal violada pelo culpado e pelo castigo que conseqüentemente lhe é imposto, e aquela de ascendência hegeliana, segundo a qual a pena é uma *retribuição jurídica*, justificada pela necessidade de restaurar o direito por meio de uma violência, em sentido contrário, que restabeleça o ordenamento legal violado. Na realidade, como melhor veremos, as duas teses são apenas aparentemente distintas, pelo menos no que tange a HEGEL, vez que, concebendo o Estado enquanto 'espírito ético' ou 'substância ética', ou ainda, simplesmente *ethos*, também ainda a idéia de retribuição 'jurídica' baseia-se em última análise, a bem da verdade, no valor moral atrelado ao ordenamento jurídico lesado, para não dizer no imperativo penal individualmente considerado.[264]

---

[261] Idem. Ibidem. p.457
[262] Idem. Ibidem. p. 455
[263] Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal Parte Geral.** 2ª ed. Curitiba: IPCC: *lumen Júris*, 2007. p. 456
[264] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 237.

Destarte, percebe-se, pois que, em verdade, a justificativa para a aplicação da pena em Hegel e Kant é a mesma; tanto a retribuição ética quanto a retribuição jurídica legitimam-se na concepção de bem/mal, certo/errado, ou seja, moral e amoral; pugnam por um nexo necessário entre culpa e punição. De tal análise exsurge, portanto, o uso da dualidade bem/mal como formadores do Estado e do Direito; a afirmação da moral serviu de base para o exercício do poder da Igreja durante a idade média e ainda é utilizada para o desenvolvimento e legitimação do domínio da burguesia durante a revolução e após esta. Neste sentido, pondera Juarez Cirino dos Santos:

> A crítica jurídica do discurso *retributivo* da pena criminal, produzida por adeptos da *prevenção* especial e geral, tem por objeto a natureza expiatória ou compensatória da *retribuição* penal; retribuir, como método de expiar ou de compensar *um mal* (o crime) com *outro mal* (a pena), pode corresponder a uma *crença* – e, nessa medida, constituir um *ato de fé* – mas não é democrático, nem científico. Não é democrático porque no Estado Democrático de Direito o poder é exercido em nome do povo – e não em nome de Deus – e, além disso, o Direito Penal não tem por objetivo realizar vinganças, mas proteger bens jurídicos[265].

Com efeito, a culpa, a má consciência e coisas afins, conforme preceitua Nietzsche, são importantes instrumentos à disposição daquele que cria as regras e impõe os castigos. A Teoria da Retribuição – quer jurídica, quer ética – resta lastreada nas idéias do que vem a ser moral e amoral, pois através da imposição da culpa e do desespero se obtém o fundamento para punir, para exigir a expiação do pecado, tanto o pecado religioso quanto o pecado por negar o direito. Em Nietzsche:

> [...] Esses genealogistas da moral teriam sequer sonhado, por exemplo, que o grande conceito moral de "culpa" teve origem no conceito muito material de "dívida? Ou que o castigo, sendo *reparação*, desenvolveu-se completamente à margem de qualquer suposição acerca da liberdade ou não-liberdade da vontade? - e isto ao ponto de se requerer primeiramente um *alto* grau de humanização, para que o animal "homem" comece a fazer aquelas distinções bem mais elementares, como "intencional", "negligente", "casual", "responsável" e seus opostos, e a levá-las em conta na atribuição do castigo. O pensamento agora tão óbvio, aparentemente tão natural e inevitável, que teve de servir de explicação para como surgiu na terra o sentimento de justiça, segundo o qual "o criminoso merece castigo *porque* podia ter agido de outro modo", é na verdade uma forma bastante tardia e mesmo refinada do julgamento e do raciocínio humanos; quem a desloca para o início, engana-se grosseiramente quanto à psicologia da humanidade antiga. Durante o mais largo período da história humana, *não* se castigou porque se responsabilizava o delinqüente por seu ato, ou seja, *não* pelo pressuposto de que apenas o culpado devia ser castigado - e sim como ainda hoje os pais castigam seus filhos, por raiva devida a um dano sofrido, raiva que se desafoga em quem o causou; mas mantida em certos limites, e modificada pela idéia de que qualquer dano encontra seu *equivalente* e pode ser realmente compensado, mesmo que seja com a *dor* do seu causador.[266]

---

[265] SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal Parte Geral.** 2ª ed. Curitiba: IPCC: *lumen Júris*, 2007. p.459
[266] NIETZSCHE, Friedrich. **A Genealogia da Moral.** São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 21

Assim sendo, se castiga porque houve a violação à regra, ao direito; surge a dívida, o credor e o devedor. A causa do dano deve ser contra-balanceada pela imposição da pena, como fundamento natural da prática do ilícito. Resta, portanto, deflagrado o pressuposto para as teorias absolutas da aplicação da pena, de tal sorte que cumpre, diante do que foi analisado, questionar, enfim, o que seria a moral, o que é certo, errado, bom, mau, a regra que desafia o castigo, se é legítima a pena que se lastreia em conceitos éticos, que confunde Direito, moral e religião e, por fim, a quem compete dizer o que vem a ser algo moralmente correto. Tais conceitos são eminentemente abstratos e variam ao longo do tempo e do espaço. Neste sentido, cumpre adotar novamente as críticas opostas à Teoria Retribuição por Ferrajoli:

> **2. Os esquemas religiosos da vingança e da expiação e aquele mágico da troca. KANT e a retribuição ética, HEGEL e a retribuição jurídica –** As doutrinas absolutas ou retributivistas fundam-se todas na expressão de que é justo "transformar mal em mal". Trata-se de um princípio com origens seculares, e que esta à base daquele arcaico instituto, comum a todos os ordenamentos primitivos, que é a "vingança de sangue". Presente na tradição hebraica sob a forma de preceito divino, incorporada inobstante o preceito evangélico do perdão na tradição Cristiana e católica – de São Paulo, SANTO TOMÁS até PIO XII **tal concepção gira em torno de três idéias fundamentais de caráter religioso, vale dizer, aquelas da "vingança" (*ex parte agentis*), da "expiação" (*ex parte patientis*) e do "reequilíbrio" entre pena e delito**
>
> [...]
>
> **Inobstante a autoridade de Kant e HEGEL, tais versões da doutrina retributiva da pena são insustentáveis**. Na base de ambas, como observou MORRIS GINSEBERG, existe uma obscura mais radicada crença na existência de um certo nexo necessário entre culpa e punição. Com efeito, trata-se da sobrevivência de antigas crenças mágicas que derivam de uma confusão entre direito e natureza, vale dizer, a idéia da pena como restauração ou remédio, ou reafirmação de uma ordem natural violada, ou ainda daquela religiosa do contrapasso e da purificação do delito por meio do castigo, ou aquelas igualmente não razoáveis da negação do direito por parte do erro e da simétrica reparação deste pelo direito. **A única diferença é que, enquanto nas concepções arcaicas de tipo mágico-religioso e idéia da retribuição é ligada à objetividade maldosa e culpada do réu com base em uma concepção naturalista ou ontológica tanto da moral como do direito**. [267] (grifos aditados).

Conforme *ex vi* no início deste trabalho, a classe que detém o poder da sociedade irá ditar quais são as regras e criar os castigos, irá eleger bens jurídicos para tutelar de acordo com seus interesses, de maneira que não se possa questionar seus fundamentos. Ocorreu desta forma à época da Idade Antiga, quando os governantes, representantes dos deuses, mostravam-se ser os únicos capazes de propagar os desejos das entidades superiores; na Idade Média, os eclesiásticos eram os homens autorizados a dizer o que Deus entendia por pecado e expiação; não diferente, à época do Iluminismo e com a Revolução Burguesa, passa a ser esta

[267] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 237

a classe a se utilizar do Direito Penal para proteger os bens jurídicos por ela selecionados que assegurariam a sua manutenção no poder.

Não se pode, afirmar, portanto, que a função da pena é retribuir ao infrator o mal por ele praticado, impondo-lhe um outro mal mais grave; há de se compreender que a pena deve ser aplicada para que a sociedade não exerça contra o criminoso a vingança privada ou pública e não a aplicação do mal pelo mal. Diante da imperiosa necessidade do homem em agrupar-se, surge a sociedade, que por sua vez cria regras e castigos – e é bem verdade que muitas das regras criadas objetivam privilegiar os interesses das classes dominantes – que hão de ser observados; para que se preserve a integridade do criminoso, o Estado deve aplicar a pena, evitando que os cidadãos a exerçam diretamente, sem qualquer limite ou garantia.

Trata-se de uma questão controversa: de um lado, o Direito Penal seleciona bens de fato essenciais para o convívio harmônico das sociedades – como a vida, a integridade física e psíquica – e de outro lado, cede às pressões dos grupos dominantes das comunidades e etiqueta como criminosos certos comportamentos que deveriam ser solucionados por outros ramos do direito, como os delitos contra o patrimônio, a propriedade e o tributo. Não é, todavia, legítimo afirmar que a pena serve, tão somente, para castigar o indivíduo "mau".

De fato, diante da interferência das classes dominantes nas decisões do Estado, a tal ponto de se proteger bens jurídicos que somente a elas interessam, a retribuição não pode ser considerada como função da pena, pois se cairia no equívoco de punir sem que haja, em verdade, um "mal" praticado contra a sociedade, afora que qualquer punição lastreada no ideal do "arrependimento"[268] não é válida, e afronta um sistema penal garantista.

Por fim, cumpre ainda citar outras críticas, presentes em Paulo Queiroz,[269] formuladas contra as teorias retributivas da pena. Positivamente, a retribuição ética e a retribuição jurídica denotaram um avanço em face da imposição das penas exemplificativas, posto que a pena decorre apenas da efetiva prática de um ilícito, como pressuposto lógico de sua existência; trata-se, portanto, de uma limitação do poder arbitrário do Estado.

Em sentido negativo, além do que já fora acima exposto ao se questionar o que é justo/injusto, moral/amoral, bem/mal, também cumpre afirmar que não é função do Direito

---

[268]Conforme será analisado de forma mais detida no último capítulo deste trabalho, Ferrajoli condena toda e qualquer punição lastreada no arrependimento, pois se passa a falsa noção de que o Estado purifica o indivíduo e o devolve apto ao convívio em sociedade. (Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 373-377)

[269] Cf. QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal:** legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal**.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Penal a realização da justiça, mas tão somente tornar viável a convivência em sociedade[270]. Em relação ao argumento de que a pena é um "imperativo categórico" também não autoriza se pagar um mal (ato violador da norma jurídica) com um mal ainda maior (a pena), ou seja, a idéia de retribuição não pode ser explicada racionalmente, mas tão somente como uma expressão de uma crença.

1.2 A TEORIA DA PREVENÇÃO GERAL

Conforme acima mencionado, as teorias relativas diferem das absolutas; enquanto que estas entendem a pena como um fim em si mesma, aquelas são notadamente finalistas, ou seja, compreendem a utilidade, a finalidade da pena. As teorias relativas atuam no âmbito preventivo, dirigindo-se tanto à coletividade (prevenção geral) quanto ao indivíduo delinqüente (prevenção especial), neutralizando-o. Em verdade, as teorias relativas são conhecidas como teorias utilitaristas, posto que visam atribuir a pena uma utilidade máxima.

Destarte, analisa-se a prevenção geral, comumente utilizada no Estado Liberal, como meio de controle dos impulsos da população, por servir a pena de ferramenta de intimidação da sociedade à prática de crimes. Assim sendo, a prevenção geral divide-se em prevenção geral positiva – que tem por escopo reforçar os valores da sociedade, enraizados na norma – e a negativa – que pretende desencorajar a comunidade à prática dos delitos.

A prevenção geral negativa objetiva extrair da sociedade uma fidelidade jurídica, um respeito e obediência às normas; volta sua atenção, portanto, para a *neutralização* dos impulsos da comunidade como um todo. Neste diapasão, Feuerbach[271] entendia a prevenção geral como uma "teoria psicológica da coação"[272]; para este autor, tratava-se de uma verdadeira batalha psicológica: de um lado, o desejo de cometer crimes que o indivíduo nutria; de outro um contra-impulso que deveria provocar um temor de ordem tal que impedisse que o homem viesse a delinqüir. Na mente do indivíduo indeciso, sobre a prática ou não do ato ilícito, deveria haver uma "coação psicológica" capaz de fazer vencer a vontade de

---

[270] Conforme será visto de forma pormenorizada no último capítulo deste trabalho, adota-se o garantismo e não o funcionalismo teleológico de Roxin, embora se concorde com seus fundamentos, discorda-se da defesa da ressocialização como uma das finalidades da pena, ainda que se reconheça a preocupação do autor com a preservação da identidade do preso.

[271] ROXIN, Claus. ***Derecho Penal Parte General*****:** *fundamentos, La estructura de La teoria Del delito*. Madrid: Civitas, 1997. p. 89-90

[272] Idem. Ibidem.

praticar o crime, anulando, portanto o estímulo delinqüente. Ao pretender cometer um crime, o homem se depararia com um contra-estímulo advindo do conhecimento de que, da prática do injusto, haveria a imposição de uma pena, que seria um mal ainda maior.

Assim sendo, para Feuerbach, a finalidade da pena não consiste em fazer nutrir em um único indivíduo o desestímulo em praticar novos delitos (prevenção especial), mas em toda a sociedade; também não se trata de retribuição moral, haja vista que pertenceria tal finalidade não ao direito, mas à ética; por fim também não objetiva a reabilitação moral, posto que este é o objetivo da expiação, não sendo também do direito.

Todavia, tais argumentos não prosperaram, posto que o indivíduo não pondera acerca das conseqüências do cometimento do crime[273]; ele simplesmente age de forma ilícita esperando nunca ser punido. Não existe, portanto, na prática, essa "coação psicológica", uma vez que o criminoso sempre pensa que não será pego, que não haverá qualquer conseqüência diante da prática do seu crime. Porém, insta salientar, que a prevenção geral negativa continua a exercer seu papel dentro do sistema penal. Com efeito, a existência de policiais nas ruas intimida todo aquele que pretender cometer atos ilícitos; pensa-se duas vezes antes de praticar um crime quando o indivíduo se depara com uma autoridade policial.

Destarte, conforme pontua Claus Roxin[274], a prevenção geral negativa, malgrado tenha o condão de afastar, ainda que momentaneamente, o criminoso da prática do delito, quando percebe a presença de policiais às ruas, ou acompanha o desfecho de grandes julgamentos, não é capaz de, através do aumento do *quantum* da pena a ser aplicado a determinado delito, ou por meio da criação de novos tipos penais, fazer reduzir a criminalidade. Ou seja, a proibição legal age de forma menos intimidadora que a persecução criminal; o discurso por um embrutecimento do sistema penal é amplamente falho. Colaciona-se seu pensamento:

> *El aspecto negativo se puede describir con "el concepto de la intimidación de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes". Aquí se trata del punto de vista acentuado por Feuerbach (nm. 22 s.). Ciertamente existe hoy unanimidad acerca de que sólo una parte de las personas con tendência a la criminalidad cometen el hecho con teinto cálculo que les pueda afectar una "intimidación" y en que en estas personas tampoco funciona intimidatoriamente la magnitud de la pena con que se amenaza, sino la dimensión Del riesgo de ser atrapados. Políticosocialmente hay que sacar de ahí la conclusión de que no una agravación de las amenazas penales, como se exige una y outra vez en el carácter público, sino*

[273] Cf. ROXIN, Claus; ARTZ, Cunther; TIEDMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
[274] Cf. ROXIN, Claus. ***Derecho Penal Parte General*: *fundamentos, La estructura de La teoria Del delito***. Madrid: Civitas, 1997.

> *más bien una intensificación de la persecución penal (p.ej. refuerzo y mejor entrenamiento de la policía) puede tener êxito en cuanto a la prevención general.*[275]

Pontua ainda Roxin[276] acerca dos limites da atuação estatal, por não se saber precisar quais as condutas o Estado iria intimidar. Assim sendo, neste ponto, a prevenção geral careceria do mesmo problema da retribuição: determinar quais comportamentos o ente estatal pode intimidar. Com efeito, se não se limitar o âmbito de intervenção estatal, se estaria consagrando um Estado policial, utilizando-se da pena sempre que fosse atender aos seus interesses.

Saliente-se ainda que a teoria da prevenção geral também não trata da sua legitimação, o porque a pena é aplicada, o que justifica sua incidência. Questiona, então, Paulo Queiroz[277] se a instrumentalização do infrator seria correta e se seria justo que um indivíduo fosse punido para servir de exemplo para toda uma comunidade. Ademais, segue o autor, não restou demonstrado na prática que a pena seja meio idôneo para desestimular a prática de crimes pelos indivíduos que compõem a comunidade. O processo motivacional não resta interrompido diante da ameaça da imposição da pena; não existe, de fato, este contra-estímulo capaz de anular na sociedade a vontade de delinqüir. Tal teoria, portanto, não legitima a existência da pena.

Percebe-se, portanto, que para Roxin e Paulo Queiroz, o embrutecimento do sistema penal, a imposição de penas graves ou a criação de novos tipos penais, sob a escusa de se desestimular a sociedade à prática de delitos, é amplamente falha, ou melhor, inexistente. Trata-se de uma tentativa de legitimar a função da pena que não logra êxito.

A prevenção geral positiva ou integradora visa, por sua vez, a confirmação dos valores eleitos pela sociedade e não o desestímulo pela prática de crimes. Objetiva, dessa forma, a restauração dos laços sociais, através da consagração de determinados valores e o convencimento a todos da comunidade de que aqueles valores devem ser preservados. A pena, portanto, possui a função simbólica de estabilizar as relações sociais.

O sentido positivo do direito penal é a proteção dos valores componentes de toda a sociedade; quando há a ruptura do tecido social através do crime e ocorre a imposição da pena, haveria a falha do direito penal, posto que sua função secundária, subsidiária, é a

---

[275] ROXIN, Claus. ***Derecho Penal Parte General:*** *fundamentos, La estructura de La teoria Del delito*. Madrid: Civitas, 1997. p. 90

[276] Cf. QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal:** legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal**.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

[277] Idem. Ibidem.

correção devido ao cometimento do ilícito. A função da norma penal é, por conseguinte, o fortalecimento dos valores sociais. Neste sentido, Paulo Queiroz, analisando o pensamento de Welzel – um dos expoentes da teoria da prevenção geral positiva – pontua que:

> [...] Dito mais claramente: ao criminalizar ou punir o homicídio, o furto, a bigamia, etc., se pretende, antes de prevenir lesões à vida, ao patrimônio, à instituição do casamento, fortalecer o sentimento de respeito à vida, sentimento de honradez, consolidar a fidelidade matrimonial. Disso resulta que a conduta deve ser aferida menos em atenção ao desvalor do resultado do que em razão do desvalor da ação, já que 'importa menos o efeito positivo atual da ação que a permanente tendência positiva da ação dos cidadãos'. [278]

Ademais, ainda dentro da prevenção geral positiva, insta tratar do pensamento de Jakobs[279], que baseado na teoria dos sistemas de Luhmann, estuda a funcionalidade da pena para o sistema social. A pena teria por função– em verdade, seria inclusive necessária – a estabilização das expectativas sociais, incidindo no momento em que há a frustração dessas expectativas, por meio da violação das normas; trata-se da análise da pena para o sistema encarregado da regulação das relações sociais[280], e as expectativas que surgem a partir das interações sociais. A norma penal tem por escopo, portanto, restabelecer a confiança do cidadão no sistema, confiança esta abalada em razão da existência de um delito, que viola um valor eleito pela própria sociedade para ser protegido. A pena, portanto, tem função preventiva: deve restabelecer a confiança no Direito e reparar ou prevenir os efeitos negativos da quebra da confiança.

Dessa forma, a pena objetiva a manutenção dos valores sociais básicos, das relações sociais existentes, permanecendo a base da comunidade como foi instituída. Presta-se, portanto, para fortalecer a confiança no sistema, positivando a ordem da estrutura social; é, pois, a demonstração da vigência da norma àquele que a infringiu. Não é, por conseguinte, finalidade da pena a prevenção geral negativa, tampouco a prevenção especial, uma vez que Jakobs entende que não existem indivíduos, classe de homens e mulheres potencialmente infratores; também não é função da pena a preservação de bens jurídicos determinados, mas o sistema social em si, a restauração da confiança no Direito, abalada em razão da prática de um crime.

Outrossim, a declaração de que a função da pena reside em desestimular os cidadãos à prática de novos delitos encerra o entendimento de que a sanção penal é instrumento à disposição dos grupos dominantes da sociedade para manter seu poder. De fato,

---

[278] Cf. QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**: legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal**.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 39

[279] Idem. Ibidem.

ao consagrar valores que não fazem parte, naturalmente dos agrupamentos humanos – como já apontado, os delitos contra o patrimônio e contra o fisco, que devem ser tutelados por outros ramos do Direito – e exigir que se aplique uma pena diante da violação a tais bens jurídicos, deflagra a intenção manipuladora de tal categoria, valendo-se do Estado para legitimar e manter seu poder. Explica-se: diante de uma infração desta natureza, a imposição de uma sanção penal com o fim de desestimular outros integrantes da comunidade à prática desta mesma ação, objetiva reafirmar tais valores e consagrar tal domínio.

Exige-se, através da implementação do castigo, que o cidadão obedeça, sem questionar, tais valores; repetem-se os comportamentos ditos moralmente aceitos – é valioso lembrar a importância da religião, ao determinar dentre os dez mandamentos que "não roubarás" – pois o homem "bom" obedece ao Estado, representado pela família, religião e escola, que forma e deforma sua opinião. Decerto, não se nega aqui o valor a vida, mas se nega, totalmente, a legitimidade do Direito Penal em intervir em questões meramente patrimoniais. A pena é usada como um escudo, que protege e esconde as verdadeiras razões do grupo dominante. Neste sentido, assevera Ferrajoli:

> As doutrinas penais que atribuem ao direito penal função de *prevenção geral* exigem, ao invés, um discurso diferenciado. **As recentes doutrinas da prevenção geral denominada *positiva* seguramente confundem direito com moral, e inscrevem-se no inexaurível filão do legalismo e do estatalismo ético, conferindo às penas funções de integração social por meio do reforço geral da fidelidade ao Estado, bem como promovem o conformismo das condutas, fato que se verifica desde as doutrinas que genericamente concebem o direito penal como instrumento insubstituível de 'orientação moral' e de 'educação coletiva'** até a recente doutrina de GÜNTHER JAKOBS, que, inspirando-se nas idéias sistêmicas de NIKLAS LUHMANN, justifica a pena enquanto fator de coesão do sistema político-social em razão da sua capacidade do ordenamento e, portanto, de renovar a fidelidade dos cidadãos no que tange às instituições. [281] (grifos aditados).

Destarte, a eleição de determinados valores e bens jurídicos visam, tão somente, manter uma determinada classe no poder de uma certa sociedade. Tais teorias, conforme visto no início deste trabalho, reforçam o poder da burguesia no Estado Liberal; a confusão entre Direito, moral e religião, presente tanto nas teorias retributivas quanto nas teorias da prevenção geral positiva e negativa, atuam tornando mais fácil o adestramento do indivíduo; por trabalhar com a imposição de culpa, expiação, castigo e reforço dos valores sociais, o homem é mais facilmente *neutralizável*. Ao atuar no âmbito da psiquê do indivíduo, alimentando a idéia de pecado e culpa, enfraquece-se sua mente e o torna mais facilmente *adestrável*, e, conseqüentemente, o homem e a sociedade aceitam a punição como única

[281] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 256

alternativa diante do injusto; a prática do crime desafia a imposição da pena, como forma de expiação. Reforça-se o discurso e exige-se do cidadão a plena fidelidade.

2 O ESTADO SOCIAL INTERVENCIONISTA E O MITO DA "RESSOCIALIZAÇÃO"

Conforme "*ex vi*" o Direito Penal através da imposição da pena é importante instrumento para legitimação e manutenção de um dado poder em uma dada sociedade. Com efeito, no Estado Liberal, se desejava um Direito Penal que tutelasse a propriedade, e, conseqüentemente, as riquezas cunhadas pela burguesia. O Estado interferia minimamente nas relações econômicas, deixando que o sistema financeiro fosse regulado autonomamente. Tratava-se da máxima francesa: "*Laissez fraire, laissez passer, le monde va de lui-même"* ("Deixai fazer, deixai passar, o mundo caminha por si só"), ou seja: o mercado regia-se sozinho, sem que houvesse a necessidade da interferência estatal. A lei de procura e oferta se encarregaria de colocar os preços justos no mercado e assegurar o consumo da população; diante de um desequilíbrio econômico, o inglês Adam Smith, em sua obra "A riqueza das nações", afirmava que a "mão invisível" do mercado iria atuar para devolver o seu equilíbrio. O Estado era um mal necessário: era entendido como um mal, pois sua interferência apenas atrapalhava o comércio e os interesses da burguesia, devendo atuar apenas em situações excepcionais; era algo necessário, por outro lado, pois assegurava a unidade da nação e protegia, através do exército, o país das invasões estrangeiras.

Todavia, no século XIX, o que se percebia era cada vez mais o aumento do poderio econômico da burguesia e a exploração do proletariado, que desempenhava suas funções de forma subumana; o exercício do labor nas fábricas não preservava a dignidade da pessoa humana; não havia limitação na jornada mínima de trabalho, sendo que a atividade desempenhada no mais das vezes era periculosa, sem que existisse equipamento de proteção individual à disposição do trabalhador; o local era insalubre e o trabalho feminino e infantil, mais baratos, eram os mais utilizados. Dessa forma, o salário era flagrantemente ínfimo, conduzindo esta camada da população à miséria quase absoluta.

Diante desta situação desenhada, eclodiram os primeiros movimentos sociais, desafiando uma alteração da postura do Estado, o que se denominou de "questão social". Os empregados passaram a se revoltar contra as condições indignas de prestação de serviços,

deflagrando greves, protestos, fazendo surgir os primeiros sindicatos, que a princípio foram duramente combatidos, com violência, inclusive, e muitos anos depois passaram a ser legitimados. Visavam as associações de trabalhadores alcançar um salário mínimo suficiente para subsistência, além de limitação da jornada de trabalho, bem como descanso semanal, dentre outros direitos que preservassem a condição humana do empregado.

Atrelada a tal fato, a economia entrou em grande recessão haja vista que a maioria dos trabalhadores das fábricas não possuía poder aquisitivo, capacidade econômica para consumir. Saliente-se ainda que a própria Igreja Católica passou a condenar tal atuação da burguesia e do ente estatal e a denunciar a precária situação social em que o proletariado se encontrava, por meio da Encíclica *"Rerum Novarum"*, do Papa Leão XIII.

No campo político e ideológico, surgia o comunismo, que primava pela tomada do poder pelo proletariado. "O Capital" de Karl Marx e o "Manifesto Comunista" de Marx e Engels, fomentavam na sociedade a luta por uma realidade social diferente, em que a igualdade pregada pelo iluminismo fosse efetivamente aplicada, não somente para uma minoria, ou seja, para a burguesia; era o momento do proletariado se unir para exercer o poder.

Até meados do século XIX, quando a burguesia consegue se firmar como nova classe detentora do poder – com a consolidação do capitalismo industrial – passa-se de um Direito Penal liberal para um Direito Penal repressor, a fim de sufocar toda e qualquer manifestação do proletariado. A pena de morte e mutilação que era comumente utilizada pelo Estado absolutista, tinha sido substituída pela pena privativa de liberdade no Estado Liberal, lastreada nas idéias de justiça, moralidade e prevenção. Porém, conforme acima demonstrado, a crise econômica, entrelaçada com a capacidade de organização do operariado que funda sindicatos e posteriormente, partidos políticos, a burguesia percebe a necessidade da mudança do exercício do poder punitivo, sobretudo no início do século XX, após a explosão da Revolução Russa de 1917 – que implementou o regime socialista naquele país – e a deflagração da 1ª Guerra Mundial. Conforme pontua Cláudio Guimarães:

> Ante as gritantes assimetrias sociais creditadas às idéias liberais, sintetizadas no *laisser passer, laisser faire,* o Estado foi chamado a intervir. O absenteísmo do Estado Liberal clássico que perdurara por mais de cem anos vê encerrada uma era. A concorrência predatória entre industriais do mesmo país e entre industriais de países diferentes que estavam a gerar monopólios e oligopólios e, conseqüentemente, mais desemprego e revolta popular, teve que ser obstado pela mão forte do Estado.
>
> É no período compreendido entre as duas guerras mundiais, devendo-se dar ênfase à crise econômica de 1929 que redundou na depressão, que se intensifica a

> intervenção do Estado na economia e, por via de conseqüência, no âmbito social, implementando paulatinamente as idéias que iriam convergir na concretização do Estado intervencionista de bem-estar social. [282]

Pugna-se, portanto, por um Estado Social, um Estado de bem-estar, que garanta a todos a observância dos direitos fundamentais. O Estado, portanto, não pode mais se abster de suas responsabilidades, apenas observar de longe o desenvolver das relações sociais. Por conseguinte, o Estado deixa de ser Liberal e passa a ser Neoliberal, desafiando um Direito Penal que também servisse aos seus interesses. Neste diapasão, assevera Mir Puig:

> Si el Derecho penal liberal permitió atribuir a la pena tanto una función de prevención como de retribución, según se concibiese al servicio del hombre empírico o del hombre ideal, el Derecho penal del Estado social no podía sino conferir a la pena la función de prevención. El nuevo planteamiento social, que llevaba al Estado a intervenir activamente en la vida efectiva de la sociedad, debería reflejarse en lo penal atribuyendo a la pena el cometido de *lucha contra el delito*, en el sentido de lucha contra la delincuencia como fenómeno real de la existencia social. [283]

Assim sendo, o Direito Penal debruça-se sobre o fenômeno do delito com existência social. A prevenção geral permanece; todavia, a prevenção especial – positiva e negativa – ganha destaque, despontando como principal finalidade da pena e, por conseguinte, como mais poderoso instrumento legitimador do próprio Direito Penal. Trata-se da passagem do Estado Liberal para o Estado Social.

O Estado de bem-estar social lastreia-se no Estado Democrático, o que se denomina Estado Democrático de Direito. Trata-se de um Estado atuante, que prevê e assegura uma série de direitos e garantias fundamentais, que visam resguardar a dignidade da pessoa humana. Não se pode, portanto, afirmar que o Estado Social, o Estado intervencionista seja algo negativo; o que se critica com este trabalho é o uso do Direito penal como instrumento de reforço de valores sociais a fim de manter e legitimar o poder punitivo estatal. O Direito Penal, que deveria ser a *ultima ratio* – só sendo utilizado quando os demais ramos do Direito falharem – no Estado intervencionista passa a tutelar bens jurídicos e a criar, portanto, tipos penais a fim de assegurar uma "paz" social, com o intuito de passar à sociedade a falsa noção de segurança jurídica.

O Estado do bem-estar social trouxe importantes avanços, como a previsão de direitos e garantias fundamentais tendentes a assegurar a dignidade da pessoa humana; mesmo no Direito Penal houve avanço: o Estado Social Democrático baseia-se na idéia de que a

---

[282] GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista.** Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 191-192.
[283] MIR PUIG, Santiago. ***Funcion de la pena y teoria del delito en el Estado social y democratico de Derecho***. 2ª ed. Barcelona: Casa Editorial, 1982. P. 27-28

liberdade é a regra e a prisão a exceção. Dessa forma a prisão só pode ser decretada com base em ordem fundamentada na utilidade, necessidade da medida; apenas quando for indispensável se poderá segregar a liberdade do indivíduo. Ademais, os princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade passam a constituir pilares do Direito Penal, apenas se considerando crime aquilo que for previsto em lei; a pena deve ser razoável e proporcional ao injusto perpetrado, aplicando-se, conforme afirmado, quando for estritamente necessária.

Todavia, o princípio da legalidade encontra-se amplamente deturpado; a proporcionalidade e a razoabilidade coroam a irracionalidade da perseguição e punição estatal. Trata-se das funções não declaradas da prevenção especial no Estado intervencionista. A legalidade torna-se meio de retirar do Estado a responsabilidade diante de suas falhas. Se há a violência, deve-se aumentar o *quantum* das penas a serem aplicadas ou deve ser criado um novo tipo de delito, para que, em tese, sejam reduzidos os índices de criminalidade. Não se procura analisar a razão do aumento da violência, como o aumento da fome, desemprego, analfabetismo; visa-se, tão somente, apresentar à sociedade uma resposta rápida aos seus anseios. O Direito Penal é a primeira ferramenta utilizada pelo Estado para manter seu controle sobre a comunidade. Trata-se da transferência da responsabilidade para o particular, conforme acima afirmado, diante de suas falhas, da sua incapacidade em gerir a vida pública.

Percebe-se, pois, conforme acima analisado, que o Estado muda sua postura de acordo com os interesses das classes dominantes, expressos da economia e política. Com efeito, a destruição provocada no entre guerras desafiou uma nova faceta do Estado, devidamente mostrada com o escopo de manter o seu poder. A constante ameaça do regime socialista somente desapareceria se o capitalismo demonstrasse outra imagem; de um Estado meramente acumulador de riquezas, frio, sem preocupações com o povo, surge um ente estatal paternalista, preocupado com o bem-estar da população, que busca não somente declarar os direitos humanos, mas preservá-los, garantindo, portanto, uma maior adesão da própria sociedade. A previsão dos direitos e garantias fundamentais faz nutrir na comunidade o sentimento de mais valia, a falsa noção de bem-estar, posto que agora o indivíduo possui o Estado como protetor de seus direitos, o que em tese lhe assegura uma vida digna.

Neste sentido, surgem como principais finalidades da pena a *neutralização* do indivíduo e a reeducação; a noção de trabalho ganha relevo. Além deste desestímulo que irá incidir no plano psicológico, apontam os defensores da prevenção especial, outra finalidade da pena: tornar o indivíduo novamente sociável, ou seja, a “ressocialização” do condenado.

Será através do trabalho que o condenado conseguirá se re-adequar ao convívio em comunidade. Porém, como será visto adiante, a "ressocialização" nada mais é do que um processo de anulação e castração do indivíduo, corrompendo sua identidade.

Passa-se da idéia de que o indivíduo criminoso é um ser anormal, que precisa ser retirado a qualquer custo do convívio em sociedade e passa-se a concepção de que o criminoso é alguém – embora *indesejável* – que precisa de ajuda e tratamento, o que corresponde à Nova Defesa Social.

2.1 A PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA E NEGATIVA

Conforme visto, a prevenção geral e a retribuição são deixadas de lado pela adoção da prevenção especial, positiva e negativa; a "ressocialização" do condenado passou a ser apontada como a principal finalidade da pena (prevenção especial positiva), posto que o criminoso é um ser que precisa ser corrigido, purificado para que possa retornar à sociedade capaz de tecer com os demais homens as relações normais.

Destarte, a prevenção especial, símbolo de um Estado social intervencionista, que se preocupa com o bem estar da sociedade, é cunhada no sentido positivo e negativo. No âmbito negativo, visa desestimular o delinqüente à prática de novos delitos, ou seja, à reincidência; no âmbito positivo, visa corrigir o criminoso, purificando, devolvendo-o à sociedade devidamente qualificado para tornar ao convívio em paz. O Estado intervencionista atua, portanto, como um "médico-social", capaz de tirar do âmago do indivíduo a vontade de delinqüir, tornando-o "puro". A "ressocialização", a imposição de horários e a constante vigilância são ferramentas essenciais no processo de anulação do indivíduo.[284] Com efeito, Paulo Queiroz afirma que:

> Em sua versão mais radical a teoria da prevenção especial pretende a substituição da justiça penal por uma "medicina social", cuja missão é o saneamento social, seja pela aplicação de medidas terapêuticas, visando ao tratamento do delinqüente, tornando-o, por assim dizer, dócil, seja pela sua segregação, provisória ou definitiva, seja, ainda submetendo-o a um tratamento ressocializador que lhe anule as tendências criminosas.[285]

Percebe-se, pois, por esta passagem, que a prevenção especial visa adestrar o criminoso, *anular* sua identidade, a fim de que aceite passivamente aquilo que a sociedade

[284] Como será visto no capítulo seguinte, trata-se da função não declarada da "ressocialização",
[285] QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**: legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal**.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 54.

considera como certo e errado. O Estado objetiva a *correção* do criminoso, sendo o único ser apto a curar o indivíduo de sua marginalidade; destarte, o criminoso é submetido a um procedimento de purificação, para se arrepender dos seus erros e expiar sua maldade. É este o principal fundamento dos que defendem a prevenção especial como finalidade da pena.

Insta ainda adotar os ensinamentos de Ferrajoli:

> O projeto disciplinar encontra-se quase sempre articulado, na literatura correcionalista, segundo ambas as finalidades da prevenção especial, vale dizer, aquela *positiva* da reeducação do réu quanto aquela *negativa* da sua eliminação ou neutralização, as quais, frise-se, não se excluem entre si, mas concorrem, cumulativamente, para a definição do objeto da pena enquanto fim diversificado e dependente da personalidade, corrigível ou incorrigível, dos condenados. Esta duplicidade do fim, positivo e negativo, é comum a todas as três orientações nas quais é possível distinguir, com base nas suas motivações filosóficas e políticas, as diversas teorias da prevenção especial, ou seja, desde as doutrinas moralistas de *emenda* àquelas naturalistas da *defesa social*, bem como àquelas teleológicas da *diferenciação da pena*. Por mais diversas e até mesmo antitéticos que possam ser as matrizes ideológicas, todas estas orientações dizem respeito não tanto ao crime, mas ao réu, não aos fatos, mas aos seus autores, diferenciados segundo as suas características pessoais antes mesmo que pelas suas ações delitivas. [286]

Inúmeros juristas foram partidários da teoria da prevenção especial, como Enrico Ferri, Dorado Montero, dentre outros; todavia, o que melhor desenvolveu a teoria foi Von Liszt. Assim sendo, para este autor, a finalidade da pena e da medida de segurança seria a prevenção de novos delitos levando-se em consideração a personalidade de cada agente, evitando assim a reincidência. Um requisito, portanto, que irá mensurar a aplicação da pena será o grau de periculosidade do agente, sua personalidade, enfim, seus caracteres pessoais; interessa agora a figura do delinqüente em si, recaindo a punição sobre o autor do fato e não sobre o fato.

Destarte, para os delinqüentes ocasionais, Von Liszt entendia que caberia a mera advertência (mera intimidação); para os que precisam de *correção*, deve haver a função ressocializadora, haja vista que através do trabalho o criminoso seria reeducado, podendo retornar à sociedade (função de restabelecimento); para os incorrigíveis ou criminosos habituais, cabia o isolamento por longo período, enquanto perdurasse a necessidade de afastá-lo (função inocuizadora). A função do Direito Penal, portanto, seria proteger os bens jurídicos através da imposição de uma pena, que deve incidir sobre a personalidade do delinqüente, visando *neutralizar* seu instinto para a prática do crime.

---

[286]FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 246-247

Analisando o "Programa de Marburgo"[287] de Liszt depreende-se a noção de que pena é coação e pode ter dupla natureza: coação indireta, mediata, psicológica ou *motivação* e coação ou *violência* direta e imediata. Através da coação indireta, há um reforço dos valores sociais na mente do homem delinqüente, de tal sorte a amoldar seu caráter; através da reabilitação seriam reforçados os valores altruístas; pela intimidação, os valores egoístas que deveriam guardar correlação com aqueles altruístas restariam evidenciados. Já na coação direta a pena consiste no *seqüestro* do criminoso, com a conseqüente internação, duradoura ou permanente; é tirar do convívio da sociedade aquele que é inapto socialmente. Com efeito, a prevenção especial objetiva proteger a sociedade da figura do delinqüente, corrigindo-o e anulando-o através do seu aprisionamento. Retira-se do seio da sociedade o indivíduo *diferente*, não desejável. É através da intimidação, reabilitação e *neutralização* que se alcança a "purificação" do indivíduo.

Frise-se que no capítulo seguinte deste trabalho é que serão tecidas, de forma mais detalhada, as críticas que são formuladas em face desta teoria. Registre-se, de pronto, que a teoria da prevenção especial como finalidade da pena e, por conseguinte, teoria legitimadora do Direito Penal visa, em verdade, reforçar valores eleitos pelo Estado, de sorte a tutelar bens jurídicos selecionados e "etiquetar" indivíduos apontados como potencialmente delinqüentes, mantendo e legitimando uma camada da sociedade no poder, castrando e anulando intelectualmente os homens[288].

2.2 TEORIA DIALÉTICA UNIFICADORA

Claus Roxin[289] formulou sua teoria que convencionou denominar dialética unificadora por unir a prevenção geral à prevenção especial. A principal contribuição trazida por sua teoria reside na concepção de que o Direito Penal é a *ultima ratio*, ou seja, o caráter subsidiário do Direito Penal, somente sendo legítimo atuar quando forem perpetrados ataques graves a bens jurídicos essenciais para o convívio em sociedade.

---

[287] Cf. ROXIN, Claus; ARTZ, Cunther; TIEDMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 53

[288] Pontue-se ainda que as palavras "castrar", "anular", "purificar", "neutralizar" serão também analisadas no capítulo seguinte deste trabalho.

[289] Cf. ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal.** Lisboa: Vega, 1986

Destarte, ao se constatar no caso concreto que houve a violação a um bem de grande magnitude e que o ataque foi violento, há de se aplicar uma pena, para que a sociedade compreenda a importância daquele bem e se sinta segura da ação do delinqüente; porém, para o autor, mais importante que a prevenção geral é a prevenção especial, voltada à ressocialização do infrator, respeitando, contudo, sua autonomia, sua identidade.

Neste momento, apenas se descreverá tal teoria e, posteriormente, no título IV deste trabalho, serão tecidas críticas ao ideal ressocializador defendido por Roxin. Com efeito, o autor descreve sua teoria com as seguintes palavras:

> IV. Com isto, chegamos ao fim. Se quiséssemos consagrar numa só frase, o sentido e limites do direito penal, poderíamos caracterizar a sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos e prestações de serviços estatais, mediante prevenção geral e especial, que salvaguarda a personalidade no quadro traçado pela medida da culpa individual. Trata-se, se me é permitido dar um nome a esta concepção, de uma teoria unificadora dialética, à qual deve ser claramente distinguida, tanto do ponto de vista metodológico como pelo seu conteúdo, das tradicionais teorias monistas, assim como da teoria dominante da unificação por adição. [290]

Destarte, é "dialética" a teoria, pois objetiva unir as teorias monistas, partindo de uma tese (prevenção geral), analisando sua antítese (prevenção especial) e reunindo os pontos mais importantes em uma síntese. Critica, por conseguinte, a separação da prevenção geral da especial, pois entende que são, necessariamente, duas faces da mesma moeda.

Ao se debruçar sobre a problemática social, constata que a polaridade entre o homem como indivíduo e a própria sociedade são inerentes à realidade e sempre irão existir; dessa forma, essa tensão existente entre estes pólos há de ser levada em consideração no momento da imposição da pena, revelando à comunidade que é também função sua se preocupar com o recluso, uma vez que, cumprida a pena, ele retornará ao convívio social. A pena deve ser aplicada para educar o infrator e fazer desenvolver nele o senso de responsabilidade e de coletividade; para tanto, a sanção imposta deve fomentar este sentimento e, sobretudo, deve respeitar sua condição humana, sua integridade física e psíquica.

3 ANÁLISE DO CONCEITO NÃO REVELADO DO TERMO "RESSOCIALIZAÇÃO"

[290] Idem. Ibidem. p. 43

Após a constatação no título I deste trabalho que o homem se utiliza da linguagem para a criação de ficções jurídicas, passa-se a análise do termo “ressocializar”.

3.1 ANÁLISE ETIMOLÓGICA DO TERMO “RESSOCIALIZAR”

Analisando a etimologia do termo “ressocialização” e traçando um paralelo com os ídolos de Bacon e os mitos de Cassirer, percebe-se claramente a manipulação do discurso estatal através dos conceitos, quando cria a ficção jurídica da “ressocialização”. Destarte, de acordo com o Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa[291] a palavra “ressocializar” significa: “[De *re* + *socializar*] *V. t. d.* e *p.* Tornar a socializar-se”[292]. O termo “socialização”, “socializar” e “social” por sua vez, possuem os seguintes significados:

> **Socialização:** [De *socializar* + -ção] *S. f.* **1.** Ato de pôr em sociedade. **2.** Extensão de vantagens particulares, por meio de leis e decretos, à sociedade inteira. **3.** *Sociol.* Desenvolvimento do sentimento coletivo, da solidariedade social e do espírito de cooperação dos indivíduos associados. **4.** *Sociol.* Processo de integração mais intensa dos indivíduos do grupo.
>
> **Socializar:** [De *social* + *-ção*] *S. f.* **1**. Tornar social; sociabilizar. **2.** Reunir em sociedade; pôr sob o regime de associação. **3.** Tornar socialista: *socializar um país. P.* **4.** Socializar-se.
>
> **Social:** [Do lat. *sociale*] *Adj. 2g.* **1.** Da sociedade (2,3 e 4) ou relativo a ela. *Fenômeno social: mudança social.* **2.** Sociável (2 e 3) **3.** Que interessa à sociedade. **4**. Próprio dos sócios de uma sociedade, comunidade ou agremiação; *quadro social.*

Por conseguinte, da análise do termo “socializar”, exsurge a tentativa de se propagar a idéia de que o criminoso, por ter provocado um abalo no contrato social, é considerado como um ser não “sociável”, que perdeu tal característica devido aos seus atos. Ora, o Estado ao recolher o indivíduo não social, faz incidir sobre ele medidas tendentes à “purifica-lo”, para, em seguida devolve-lo ao convívio da sociedade, apto a se relacionar com demais cidadãos, ou melhor, devidamente adestrado e pronto a obedecer às ordens do ente político. Se o “delinqüente”, ao retornar à vida em sociedade torna a cometer crimes, é taxado como ser “anti-social”, “frios de ânimo”. Não se estudam as causas que levaram aquele homem a cometer crimes; o Estado apenas transfere a ele a responsabilidade pelos delitos.

O prefixo “*re-*”, no caso, tem o valor adverbial de "outra vez", "de novo"; “ressocializar” é tornar novamente sociável. Ademais, conforme será tratado no tópico

---

[291] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
[292] Idem. Ibidem. p. 1497

subseqüente, o termo "ressocialização" refere-se, por conseguinte, ao uso do trabalho como forma de purificação do homem. Será no capítulo seguinte analisado o pensamento de Michel Foucault que acertadamente denuncia o trabalho como instrumento de alienação do preso, anulando-o. Neste diapasão, Bruno de Morais Ribeiro pondera que:

> Essa nova concepção da função de reintegração social da pena privativa de liberdade se assenta, portanto, na inadmissibilidade de processos que visem à reforma coativa da personalidade. O exercício do poder estatal não pode impossibilitar o exercício do poder de liberdade de escolha dos indivíduos, que, por serem criminosos, não deixam de ser indivíduos[293]

Neste momento, insta colher as lições de Antônio Dionísio Lopes, ao analisar o discurso falacioso da (re) incidência:

> Assim, tem-se que a reincidência se refere sempre a período pós-fato e melhor será que se analise o tema a partir do prefixo "re" que pode nos conduzir à certeza da falácia em termos de Direito Penal Moderno.
>
> É que o prefixo "re" coloca necessariamente duas situações que vão evidenciar a total imprestabilidade do instituto da reincidência. Afirmar-se-á, como fez o LYOTARD, que o "re" pode significar um retorno à cena primitiva, como também pode permitir o re-exame da questão, tudo em função de um agora que não cessa de se dissipar. Impossível tratar da reincidência, sob ponto de vista abrangente, sem se trabalhar com a idéia de tempo a exemplo de LYTOARD.[294]

O prefixo "re", conforme acima visto, busca transmitir a idéia de que algo retornará ao *status quo ante* ou de que será reavaliado. Não raro, o indivíduo que pratica um delito o faz por questões econômicas, e seguramente o cumprimento da pena de prisão não lhe trará qualquer retorno financeiro, e, certamente, o fará ter mais dificuldades em obter um trabalho. Destarte, a situação anterior ao cumprimento da pena é de pobreza: a situação após o cumprimento da pena é de aumento da pobreza. Não há que se falar em retorno a situação anterior. Quanto ao reexame da questão, percebe-se que, de fato, isto também não ocorre. Decerto, durante o cumprimento da pena o Estado não reavalia o fato que determinou a imposição da sanção penal; atem-se tão somente ao comportamento do condenado dentro do cárcere. Sua identidade, sua personalidade e seus valores são deixados para trás, pois interessa tão somente como ele apreende as regras da comunidade para poder retornar ao seu convívio.

---

[293] RIBEIRO, Bruno de Morais. As modificações recentes havidas no conceito de ressocialização ou reintegração social e a discussão atual acerca desse conceito *in* **Direito penal contemporâneo : estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 115.

[294] LOPES, Antônio Dionísio. A reincidência (re-incidência), *In*: **Crime e Sociedade.** Org. Cezar Roberto Bitencourt. Curitiba, Juruá, 1999. p. 56

Tecendo uma ponte entre a figura do "bom" intérprete e a hermenêutica desejada abordados no título I deste trabalho, cumpre aduzir que o uso do prefixo "re" atende às exigências de uma interpretação vinculada à cultura imposta. Ora, conforme restou demonstrado no título II e será pormenorizadamente analisado no título IV, os postulados da Nova Defesa Social foram abarcados pelas principais legislações do ocidente, dentre as quais a Lei de Execuções Penais, Lei nº 7210/84; decerto, a estrutura da palavra "ressocialização" objetiva passar a noção de que o indivíduo, ao cometer um delito, deixa de ser "social" e, portanto, humano – haja vista que a sociabilidade é elemento componente do próprio homem – e é necessário que ele passe por um processo de "purificação" e de ensino moral para ser devolvido à sociedade, apto a tecer normalmente suas relações.

Tal procedimento visa anular o indivíduo, uma vez que o força, através da imposição de castigos – como a revogação de benefícios e a regressão de regime – e o oferecimento de prêmios – direitos, dentre os quais o de cumprir parte da pena em liberdade – a se amoldar aos ditames da sociedade. De fato, através da análise de seu comportamento traça-se o perfil do recluso, e a partir daí passa-se a afirmar se ele possui "merecimento" para retornar à comunidade, se ele tem um "bom" ou "mau" comportamento[295].

A questão é que determinados valores não são intrínsecos ao homem – em verdade, como se verá adiante ao se tecer comentários acerca do pensamento de Durkheim[296], nenhum valor é próprio da natureza do indivíduo – e o grupo dominante da sociedade impõe a regra para protegê-los e cria o castigo para quem os violar, de tal sorte que o cumprimento da pena torna-se importante instrumento para a consagração do poder deste grupo na sociedade. Como exemplo, tem-se os crimes contra o patrimônio, em especial os crimes contra a administração pública e, mais especificamente, contra o Fisco. No capítulo anterior foi analisado o papel do Estado Intervencionista e a eleição dos bens jurídicos, dos valores de cunho capitalistas que foram protegidos para se preservar a burguesia. Eros Roberto Grau assevera que:

> **129a. A tirania dos valores (Carl Schmitt)**
>
> [...] Impossível, contudo**, neste ponto passarmos à margem de algumas observações de Schmitt. Quem estabelece os valores? Os valores não *são*, existem apenas quando dotados de *validez*. *Valem* para algo ou para alguém.** Em outros termos, existem somente enquanto *valerem* para alguém; ou por outra, *não existem*. Anota Schmitt [1961:71]: "Quem diz *valor* quer fazer valer e impor. As virtudes se exercem, as normas se aplicam, as ordens se cumprem; mas os

[295] Tais critérios serão analisados de forma detida no título IV desta dissertação, ao se tecer críticas a Lei de Execuções Penais e em especial às Comissões Técnicas de Classificação.
[296] Cf. DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Matin Claret, 2002.

> valores se estabelecem e se impõem. Quem afirma sua validez tem de fazê-los valer. Quem diz que valem, sem que ninguém os faça valer, quer enganar. **Se algo *tem* valor e, quanto, se algo *é* valor, e em que grau, apenas se pode determinar isoladamente, desde um ponto de vista pressuposto ou de um critério particular**". [...] **Aí se manifesta a "tirania dos valores" a respeito da qual Hartmann [*apud* Schmitt 1961:76]: "Cada valor, se se apoderou de uma pessoa, tende a erigir-se em tirano único de todo o *ethos* humano, ao custo de outros valores, inclusive dos que não lhe sejam diametralmente opostos**". A apreensão do significado da expressão *tirania dos valores* dá-nos – a observação é de Carl Schmitt [1961:76] – "**a chave para compreendermos que toda teoria dos valores nada mais faz senão atiçar e intensificar a luta antiga e eterna entre convicções e interesses".** [297] (grifos aditados).

Outrossim, com a "tirania dos valores", há a imposição de um valor, o patrimônio, sobre os demais, dentre os quais a liberdade, que deveria significar mais para a sociedade. Ademais, com o cumprimento da pena, existe ainda a violação da dignidade da pessoa humana, que também é relativizada para a proteção dos ideais capitalistas. Não se pode permitir, num modelo garantista, que tal bem continue a ser tutelado pelo Direito Penal, afrontando-se outros valores mais importantes, como a vida, a liberdade e a dignidade. Mas o discurso ressocializador seduz, pois o criminoso, aos olhos da sociedade, não é homem, não é social, então quando se pesam os direitos, costuma-se a afirmar que é o patrimônio do homem de "bem" que está acima da liberdade do homem do "mal", que apenas através do Estado pode se modificar.

A interpretação do termo "ressocializar" é realizada de acordo com a cultura dominante, atentando para a "tirania dos valores"; a imposição do capital e das relações de consumo desafiam uma interpretação orientada da função da pena, explicitando que, um Estado bom, é aquele que se preocupa com o "bem-estar" do preso e, em razão disto, prevê na Lei de Execuções Penais que o trabalho carcerário é um dever social e um direito do condenado. É dever social, pois o homem praticou um crime, ofendeu o tecido social, tem um débito com a comunidade que precisa ser saldado. Mas, ao mesmo tempo, falaciosamente, se apresenta como um direito, pois ele deve ter instrumentos aptos a conduzi-lo de volta ao seio social.

Para que o intérprete consiga livra-se desta pré-compreensão e entender, criticamente, as reais intenções do discurso ressocializador.

3.2 QUE É FATO SOCIAL? A QUEM INTERESSA?

---

[297] GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso dobre a interpretação/aplicação do direito.** 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 288-289.

Neste momento, insta colher as lições formuladas por Durkheim[298] acerca do que viria a ser um fato criminoso, a noção de justiça, e o papel do Estado como regulador das condutas sociais, que desafia a imposição de uma pena ao indivíduo que, com seu comportamento, promove um abalo no tecido social, tornando-se não desejável.

Para Durkheim, o homem encontra-se circunscrito num ambiente social que implica fatores coercitivos, os quais obrigam este indivíduo a se amoldar aos ditames da sociedade. Dessa forma, o homem deve obedecer aos parâmetros historicamente impostos pelo grupo social ao qual ele pertence. Segue, portanto, padrões preestabelecidos e exteriores ao próprio, que abarcam o plano psicológico, moral, hábitos, costumes, comportamento, toda sua cultura. Tal processo é, até certo ponto, inconsciente, instintivo, e são fatores determinantes para se asseverar seu maior ou menor comprometimento com os processos coletivos. Colhe-se as lições de Durkheim:

> Quando desempenho meus deveres de irmão, de esposo ou de cidadão, quando me desincumbo de encargos que contraí, pratico deveres que estão definidos fora de mim e de meus atos, no direito e nos costumes. Mesmo estando de acordo com sentimentos que me são próprios, sentindo-lhes interiormente a realidade, esta não deixa de ser objetiva; pois não fui eu quem os criou, mas recebi-os através da educação. Contudo, quantas vezes não ignoramos o detalhe das obrigações que nos incumbe desempenhar, e precisamos, para sabê-lo, consultar o Código e seus intérpretes autorizados! Assim também o devoto, ao nascer, encontra prontas as crenças e as práticas da vida religiosa; existindo antes dele, é porque existem fora dele. O sistema de sinais de que me sirvo para exprimir pensamentos, o sistema de moedas que emprego para pagar as dívidas, os instrumentos de crédito que utilizo nas relações comerciais, as práticas seguidas na profissão, etc., etc., funcionam independentemente do uso que delas faço. Tais afirmações podem ser estendidas a cada um dos membros de que é composta uma sociedade, tomados uns após outros. Estamos, pois, diante de maneiras de agir, de pensar e de sentir que apresentam a propriedade marcante de existir fora das consciências individuais. [299]

Assim sendo, a forma pela qual o meio social se utiliza dos instrumentos de coerção e as instituições educativas, aliena o indivíduo, controlam-no, regulam-no e o moldam aos padrões por ela pré-determinados, tornando os processos coletivos harmônicos, preservando o pacto social. Através do processo de coerção/conversão, o indivíduo aprende, desde cedo, a obedecer às regras impostas, sem questioná-las, garantindo dessa forma, a paz social, a equilibrada convivência coletiva.

---

[298] Cf. DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Matin Claret, 2002

[299] DURKHEIM, E. O que é fato social? *In*: **As regras do método sociológico**. São Paulo: Matin Claret, 2002

Neste diapasão, Durkheim[300] se utiliza da palavra "devoto" para se referir ao indivíduo. Com efeito, o homem antes de nascer já encontra prontas todas as crenças e práticas da vida religiosa que deve seguir, formas de se comportar, de agir, de se expressar, de tal sorte que se trata de regras que são exteriores à consciência do indivíduo, independente da mesma. Os processos coletivos possuem primazia sobre os indivíduos, que são obrigados a seguir as regras interpostas desde o momento de seu nascimento, como se fosse algo natural, mais forte que ele, que o adestrem[301], de tal sorte que seus impulsos naturais individuais sejam tachados de egoísmo, individualismo. Trata-se do controle de seus impulsos individuais em prol de conviver pacificamente em sociedade, como um bom cidadão. Pontue-se ainda que, para Durkheim, qualquer conflito precisa ser superado.

Após ter sido analisado o conceito não revelado da "ressocialização" e, atentando-se para tais constatações de Durkheim, cumpre aduzir que tal termo é utilizado para passar a falsa noção ao condenado de que ele, ao cometer um delito, torna-se não humano – haja vista que é da própria natureza humana a sociabilidade, em razão do uso da fala, da comunicação em geral, reunindo-se em grupos – e deve ser submetido a um procedimento de "purificação" realizado pelo Estado, que lhe daria a condição de novamente socializável. Conforme será visto no último título deste trabalho, a imposição de uma pena para desenvolver no indivíduo personalidade diversa da sua, amoldando-o a padrões pré-estabelecidos, pautada no arrependimento e sentimento de culpa há de ser renegada.

A "ressocialização" nada mais é, portanto, que uma tentativa de legitimar o poder de perseguir e punir do Estado, transmitindo a falsa noção de que o homem criminoso é um ser "impuro", que precisa ser submetido a um procedimento de "purificação", obtido através do trabalho subordinado, para que expie todo o seu mal e seja reconduzido à sociedade apto a tecer normalmente suas relações.

4 A FUNÇÃO NÃO DECLARADA DA "RESSOCIALIZAÇÃO"

[300] DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Matin Claret, 2002.

[301] Pode-se fazer aqui uma relação com a obra "Vigiar e Punir" de Michel Foucault, que aponta que a determinação dos horários para dormir, almoçar e trabalhar dos presos, ou seja, a pré-determinação de sua jornada, aliada à obrigatoriedade do trabalho ("ressocialização"), bem como à participação no culto religioso ofertado pelo Estado, tornam o preso adestrado, anulando-o, castrando-o.

Demonstrou-se no capítulo anterior como o Direito Penal é instrumento colocado à disposição do Estado[302] para legitimar e manter o seu poder punitivo. Por conseguinte, passa-se à análise das funções não declaradas da "ressocialização", principal ferramenta utilizada pelo ente estatal para propagar seu discurso falacioso, que consiste no fato de que o homem ao cometer um ilícito perde sua condição humana e precisa ser corrigido e reeducado, para que retorne à sociedade, devidamente capacitado, a fim de que obedeça às regras impostas sem questioná-las.

4.1 A CASTRAÇÃO DOS INDIVÍDUOS E O PROCESSO DE "PURIFICAÇÃO"

Assim sendo, de acordo com o que foi exposto no capítulo anterior deste artigo, afirma-se que o trabalho carcerário é, pois, importante instrumento de *neutralização* do indivíduo. Não existe uma "reeducação" do condenado, como pregam os defensores da teoria da prevenção especial positiva. O que é reeducar? É, portanto, *anular* o indivíduo e amoldá-lo aos ditames da sociedade, para que, através de sua *correção*, se possa devolvê-lo à sociedade, apto a tecer suas relações consideradas "normais".

Neste momento, torna-se essencial a análise das palavras "anular", "neutralizar", "castrar", bem como avaliar quem é "indesejável", "anormal" e "estigmatizado". Para tanto, colhe-se as lições de Erving Goffman, Gould e Foucault, e, por fim, será adotado o pensamento de Durkheim.

4.1.1 O estigma e a deterioração da identidade

O *estigma*[303] corresponde a toda e qualquer diferença que um indivíduo apresente que lhe promova um destaque em sua sociedade. Todavia, tal característica diferente não é encarada no sentido positivo, como algo bom; o *estigma* é o destaque negativo, que objetiva tornar notório algum traço indesejável do homem (físico, psíquico ou moral). À época da Grécia Antiga, o *estigma* consistia em marcas físicas produzidas naqueles que eram

[302] Entenda-se, grupo dominante que se vale do Estado para impor seu poder.
[303] Cf. GOFFMAN, Erving. **Estigma: nostas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4ª ed. Rio de Janeiro: Gen LTC, 1988.

moralmente reprováveis, que não deveriam ser tratados como seres humanos normais, ou simplesmente deveriam ser encarados como coisas. Neste ponto, os escravos, os criminosos e os traidores carregavam em seus corpos tais marcas, feitas através do fogo ou corte, o que os estigmatizava, declarando a toda a sociedade que eles eram indesejados. A posteriori, na Idade Média, a Igreja atribuiu ao estigma duas metáforas: primeiramente, o *estigma* corresponderia aos sinais corporais que indicavam a graça divina, qual seja uma flor em erupção na pele; em seguida, atribuiu-se ao *estigma* uma outra marca, que indicava as pessoas que eram portadoras de distúrbios físicos.

Por conseguinte, o *estigma* consiste, portanto, em uma marca, capaz de mostrar à sociedade que aquele indivíduo não é "normal"[304], não está adequado à vida em uma certa comunidade, quer porque possui um defeito físico, quer porque possui um defeito psíquico ou moral. Assim sendo, a sociedade cria a identidade social, que deve ser preservada por todos os cidadãos, ainda que não concordem com o seu conteúdo; trata-se da ditadura da minoria, que, detentora do poder[305] na sociedade, dita o que é certo/errado, moral/amoral, bem/mal. Nas palavras de Erving Goffman:

> A sociedade estabelece os meios de categorizar as pessoas e o total de atributos considerados como comuns e naturais para os membros de cada uma dessas categorias. Os ambientes sociais estabelecem as categorias de pessoas que têm probabilidade de serem neles encontradas. As rotinas de relação social em ambientes estabelecidos nos permitem um relacionamento com 'outras pessoas' previstas sem atenção ou reflexão particular. Então, quando um estranho nos é apresentado, os primeiros aspectos nos permitem prever a sua categoria e os seus atributos, a sua 'identidade social' – para usar um termo melhor que '*status* social', já que nele se incluem atributos como 'honestidade', da mesma forma que atributos estruturais, como 'ocupação'.
>
> Baseando-nos nessas preconcepções, nós as transformamos em expectativas normativas, em exigências apresentadas de modo rigoroso. [306]

Dessa forma, o indivíduo adquire o que o autor denomina de "identidade social virtual", que corresponde as preconcepções dos demais homens que convivem com ele em sociedade. Ou seja: ao ser introduzido um indivíduo no seio de uma comunidade, os demais componentes daquele grupo criam expectativas sobre a identidade social do novo membro. Criam-se imagens daquele homem na mente dos demais cidadãos, de como ele deveria se comportar, o que ele deveria pensar, como deveria agir, enfim, como ele deveria ser; em

---

[304] "Anormal" é todo o indivíduo que não se amolda aos ditames da sociedade, à identidade cunhada pela comunidade, tendo o comportamento desviante, sendo considerado "indesejável", como se verá no tópico adiante.

[305] Poder este investido em razão ou da correspondência de uma pessoa com uma entidade mágica – no caso dos representantes dos deuses na Idade Antiga ou dos padres à época da Idade Média – ou em virtude da detenção do capital – como no caso da burguesia e da nobreza.

[306] GOFFMAN, Erving. **Estigma: nostas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4ª ed. Rio de Janeiro: Gen LTC, 1988. p. 11-12.

contrapartida aquele determinado homem pode, em seu âmago, não ter quaisquer das categorias desejadas pela sociedade, tendo, portanto, uma identidade social real diversa da virtual.

Saliente-se que os demais componentes do grupo social, ao se depararem com o novo integrante, também podem perceber atributos que consideram negativos, enquadrando-o no subgrupo dos indesejáveis, classificando-o como perigoso, traidor ou fraco. Neste momento já nasce o *estigma*: a identidade social virtual – qual seja, aquela desejada pela sociedade – é frustrada pela identidade social real – aquelas características que o indivíduo realmente tem. Há o descrédito no homem estigmatizado, e o desejo de vê-lo afastado da própria sociedade.

Não raro, o indivíduo estigmatizado imprime esforços no sentido de mudar suas características para perder o *estigma*, a qualidade considerada em sociedade como negativa, o que o torna desacreditado. O *estigma* é, portanto, um tipo especial de estereótipo, que muitas vezes sequer condiz com a realidade. Pode ocorrer que sejam atribuídas ao indivíduo características negativas que, em verdade, não pertencem àquele homem. A falsa noção de que o indivíduo possui uma grave doença, ou é confundido com um criminoso famoso, termina por conferir àquele cidadão a marca do *estigma*, sem que ele possua de fato a característica negativa.

Insta ainda tratar do pensamento formulado por Stephen Jay Gould[307], ao analisar os estigmas, físicos e sociais, desenvolvidos por Lombroso. Na obra *"L´Uomo Delinquente"*, analisando a anatomia dos criminosos, sobretudo o crânio, Cesare Lombroso estabeleceu a sua teoria, afirmando que algumas pessoas, por possuírem determinadas características físicas, seriam naturalmente criminosas.

Baseado em dados antropométricos, Lombroso definiu quem seria o criminoso nato, ou seja, aquele que possuiria predisposição genética para o cometimento de crimes. Todavia, ele ainda salientou que a conduta criminosa pode surgir também dos criminosos não natos, ou seja, homens comuns que por força das circunstâncias, terminam por cometer crimes.

Ao analisar tal obra, Gould[308] afirma que a maior parte dos estigmas anatômicos determinados por Lombroso, nada mais são do que variações normais biológicas de cada tipo

[307] Cf. GOULD, Stephen Jay. **A falsa medida do homem.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.
[308] Cf. GOULD, Stephen Jay. **A falsa medida do homem.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

de raça. Assim sendo, não seriam suficientes tais variações para determinar que um ser fosse degenerado ou não; era simplesmente fruto da genética. Pontuar que o homem que possui braços mais longos tem uma propensão natural a cometer crimes, não é uma verdade, posto que o comprimento dos braços dos homens é sempre variável. A variação dentro de uma população é um dado plenamente normal, não seria uma deformidade a ponto de se considerar o indivíduo predisposto ao crime.

Dentre os estigmas simiescos, Lombroso trata principalmente dos seguintes: maior espessura do crânio, simplicidade das estruturas cranianas, mandíbulas projetadas para frente, proeminência da face sobre o crânio, braços relativamente longos, rugas precoces, testa baixa e estreita, orelhas grandes, calvice, pele mais escura, grande acuidade visual, baixa sensibilidade à dor, incapacidade de enrubescer.

Dessa forma, determinando estigmas físicos, aliados a estigmas sociais, como o uso das gírias pelos supostos criminosos, bem como o uso de tatuagens – o que refletia a insensibilidade do criminoso em relação à dor e o gosto pelo ornamento – Lombroso, de forma determinista, passou a estipular que os homens que se encaixavam total ou parcialmente nessas características seriam criminosos natos.

Todavia, outras pessoas que não possuíam naturalmente o instinto selvagem para o crime, poderiam vir a se tornar criminosos em razão das circunstâncias, movidos pela paixão, pelo desespero, pela dor. Haveria, portanto, dois tipos de criminosos: o criminoso nato e o inato. Com efeito, o homicida poderia ser um símio dissimulado – animal inferior que se escondia no seio da sociedade como um homem normal, o que na verdade não o era – como poderia ter sido cometido pelo homem mais normal e digno da sociedade, por justa causa, em razão de uma ira incontrolável. Dessa forma, Lombroso conseguiu trabalhar sua teoria de forma que lhe permitisse estar a salvo de qualquer possibilidade de argumentos contrários.

Assim sendo, determinando estigmas físicos, aliados a estigmas sociais, como o uso das gírias pelos supostos criminosos, que correspondia à linguagem dos selvagens, das crianças, bem como o uso de tatuagens – o que refletia a insensibilidade do criminoso em relação à dor e o gosto pelo ornamento – Lombroso identificava o criminoso nato, que deveria ser, imediatamente, apartado da sociedade, para preservar a mesma. A finalidade precípua da pena era proteger a sociedade.

Stephen Jay Gould pondera que esses argumentos são, na verdade, elitistas, ou seja, servem para legitimar o poder punitivo e conseqüentemente manter um centro de poder

controlador. Este poder controlador transferiria a origem do crime para o criminoso. Dessa forma os olhos da sociedade deveriam recair sobre o autor do fato e não sobre as circunstâncias que o levaram a delinqüir, como as diferenças sócio-economicas, a má distribuição de renda, o desemprego, a fome, o desespero. Era mais fácil, mais cômodo, atribuir a uma determinada classe de pessoas – os denominados homens inferiores, raças inferiores, os não-brancos, às mulheres, os negros eminentemente e os pobres – a propensão à prática de crimes por sua constituição biológica do que por uma série de fatores sociais, que são, em verdade, da responsabilidade do Estado. São tais fatos que levam um indivíduo a cometer um delito.

Para este autor, a teoria de Lombroso apenas servia para reforçar a teoria da recapitulação, a hierarquia entre os povos, entre as raças. Determinando as características físicas, o atavismo simiesco, Lombroso asseverava que os homens não brancos, tendiam ao cometimento do crime, pois se pareciam com os símios e com os portadores da Síndrome de Down.

Após a análise do pensamento de Erving Goffman[309] e Stephen Jay Gould[310], pode-se apreender que o *estigma* deriva das preconcepções que uma sociedade nutre em relação a um indivíduo; ao se criar a identidade social virtual, fomentada pelas expectativas que se desenvolve em razão de uma certa pessoa, toda e qualquer característica diferente que aquele indivíduo apresente, irá frustrar tais expectativas, criando-se o *estigma* e, conseqüentemente, a noção de "diferente", "anormal" e "indesejável". A partir de tal sentimento, nutrido pela sociedade, cria-se o desejo de retirar do convívio dos homens de bem todos aqueles que possuem características físicas, psíquicas e morais consideradas como erradas, não condizentes com os padrões normais desejados.

4.1.2 O *comportamento desviante* e o *correcionalismo*

A partir da noção de *estigma*, extrai-se a noção de "diferente". Com efeito, existe o que se denomina "política de identidade". A sociedade ao criar os padrões que serão bem vistos, determina, em contrapartida, os comportamentos que não são desejáveis. O ser

[309] Cf. GOFFMAN, Erving. **Estigma: nostas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4ª ed. Rio de Janeiro: Gen LTC, 1988.
[310] Cf. GOULD, Stephen Jay. **A falsa medida do homem.** São Paulo: Martins Fontes, 1999

estigmatizado é aquele, conforme visto no item anterior, que não corresponde às expectativas da sociedade.

Porém, cumpre registrar, que a comunidade não apenas deteriora a identidade do homem *diferente*, como também exige dele uma postura que não lhe incomode; ou seja: quando for possível, a sociedade retira o estigmatizado do seu convívio, através das prisões e do internamento nos hospitais de custódia e tratamento; todavia, quando não puder assim agir, exige do homem *diferente* que ele se comporte como se sua anormalidade fosse mínima, ou melhor, como se ele entendesse que ela é inexistente. Trata-se do que Erving Goffman[311] denomina de *aceitação fantasma* e *normalidade-fantasma*. Na prática a sociedade estigmatiza e hostiliza o indivíduo portador do padrão *desviante*; contudo, o compele a se comportar como se ele acreditasse que tal preconceito não existe e que sua diferença é mínima. Dessa forma, os demais cidadãos, ditos normais, não se sentiriam tão forçados a aceitá-lo. Acreditar que o preconceito é falso, facilita a aceitação dos normais.

Em Goffman, encontra-se o questionamento do que vem a ser um homem *diferente*:

> Mas todos nós, como afirma às vezes a sociologia, falamos do ponto de vista a sociologia, falamos do ponto de vista de um grupo. A situação especial do estigmatizado é que a sociedade lhe diz que ele é um membro do grupo mais amplo, o que significa que é um ser humano normal, mas também que ele é, até certo ponto, "diferente", e que seria absurdo negar essa diferença. **A diferença em si, deriva da sociedade, porque, em geral, antes que uma diferença seja importante ela deve ser coletivamente conceptualizada pela sociedade como um todo**.
>
> [...] Assim, mesmo que se diga ao indivíduo estigmatizado que ele é um ser humano como outro qualquer, diz-se a ele que não seria sensato tentar encobrir-se ou abandonar "seu" grupo. Em resumo, diz-se-lhe que ele é igual a qualquer outra pessoa e que ele não o é – embora os porta-vozes concordem pouco entre si em relação até que ponto ele deveria pretender ser um ou outro. (grifos aditados)[312]

Pontue-se que o ser *diferente* possui o *comportamento desviante.* E o que vem a ser *comportamento desviante?* É todo comportamento que destoa dos padrões da sociedade. Por conseguinte, um determinado grupo social elege valores como norteadores da conduta de todos os cidadãos, sendo que tais valores devem ser respeitados, observados e cumpridos. Todo aquele que, com sua ação/omissão, destoa do grupo, é um ser *diferente* de comportamento *desviante.*

---

[311] Cf. GOFFMAN, Erving. **Estigma: nostas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4ª ed. Rio de Janeiro: Gen LTC, 1988. p-133-134.

[312] GOFFMAN, Erving. **Estigma: nostas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4ª ed. Rio de Janeiro: Gen LTC, 1988. p. 134-135.

A partir da concepção de *diferente* e *comportamento desviante*, tem-se a percepção do indivíduo *indesejável*, que precisa ser *neutralizado* ou *corrigido* para permanecer na sociedade. Percebe-se, neste ponto, que os fundamentos da teoria da prevenção especial residem justamente nas noções de indivíduo *diferente*, comportamento *desviante*, *estigma*, homem *indesejável*, reeducação. Assim sendo, do comportamento que desvia, abalando os interesses do Estado, cabe a imposição de uma pena, que irá, a depender do autor do delito, variar entre sua *neutralização* ou *correção* (reeducação). Insta, dessa forma, analisar o paradigma etiológico e o *correcionalismo*.

Interessa, na criminologia contemporânea, não o delito cometido, mas o autor do fato[313]. O preso era apenas um objeto de estudo, um ser diverso, que desafiava análise e a criminologia se torna uma ciência autônoma.

A concepção positivista como estudo de causas determinou que a criminologia deveria traçar as principais características do delinqüente, seus sinais antropológicos e isolá-lo num local (prisões e hospitais de custódia e tratamento) para avaliar as causas que o levaram a praticar crimes. Muda-se, então, a percepção acerca do indivíduo criminoso: não se estudam mais os caracteres biológicos e psicológicos, mas os sociológicos, as causas ou fatores (paradigma etiológico) que o levaram a delinqüir e a conseqüente implementação de medidas individuais para removê-los, agindo incisivamente no sujeito (correcionalismo); há a contraposição da "antropologia criminal" para a "sociologia criminal".

Esta percepção de que o criminoso é um ser *diferente* que precisa ser "corrigido" por medidas rigidamente determinadas, a ponto de se afirmar que o crime é um comportamento definido pelo direito, só é contestada e substituída pela adoção do novo paradigma, o *labeling approach* (paradigma da reação social). Passa-se então a questionar a coerência de se estipular que a criminalidade é um conjunto de dados pré-constituídos acerca de certos sujeitos e ações. No paradigma da reação social há o repúdio à idéia do crime ser algo pré-definido pelo direito, à consideração do criminoso como um ser *diferente* e ao próprio determinismo.

A criminologia de orientação positivista então institui a concepção da dualidade no maniqueísmo do bem e do mal, concepção esta que será desarticulada por Emile Durkheim[314], em sua teoria estrutural-funcionalista da anomia (ausência de normas, devido ao fato de que o

---

[313] Cf. JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo, noções e críticas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

[314] Cf. SOARES, José. **O crime em Durkheim.** Disponível em: <http://www.iesambi.org.br/sociologia/crime_durkheim_2006.htm >Acesso em: 25 mar. 2008

homem vive em uma ordem imposta)[315] e da criminalidade, desenvolvida por Robert Merton[316]. Assim sendo, critica-se a orientação positivista em suas duas vertentes: os critérios biopsicológicos que definem um criminoso da autoria de Cesare Lombroso, e a sociológica que estuda a etiologia do crime. Interessante colher as lições de Alessandro Baratta:

> A teoria estrutural-funcionalista da anomia e da criminalidade afirma:
>
> 1) As causas do desvio não devem ser pesquisadas nem em fatores bioantropológicos e naturais (clima, raça), nem em uma situação patológica da estrutura social.
>
> 2) O desvio é um fenômeno normal de toda estrutura social.
>
> 3) Somente quando são ultrapassados determinados limites, o fenômeno do desvio é negativo para a existência e o desenvolvimento da estrutura social, seguindo-se de um estado de desorganização, no qual todo sistema de conduta perde valor, enquanto um novo sistema ainda não se afirmou (está é a situação de "anomia"). Ao contrário, dentro de seus limites funcionais, o comportamento desviante é um fator necessário e útil para o equilíbrio e o desenvolvimento sócio-cultural.[317]

O crime seria, em verdade, não uma doença acometida ao criminoso, mas algo intrínseco da própria sociedade, inerente à sua existência. Se ocorre um fato delituoso, não foram os requisitos biopsicológicos do infrator ou as condições em que ele tece suas relações com os demais indivíduos que o conduziram à prática do crime, a tal ponto de se estabelecer critérios que determinem o reconhecimento e posterior punição por eles. Este determinismo positivista é falho e irreal, haja vista que não previne nem "ressocializa" o infrator, apenas o pune como pessoa, desconsiderando sua condição humana e o principal: as circunstâncias do ato cometido. Pune-se o autor e não o fato.

4.2 O TRABALHO E A DISCIPLINA: O PRESO COMO ENGRENAGEM DA MÁQUINA CAPITALISTA

Passa-se a analise do controle social e perda da identidade através da imposição do trabalho e da disciplina.

4.2.1 O controle social: a disciplina, o horário, a vigilância e o trabalho

[315] Que já foi analisada no título II deste trabalho.
[316] Idem. Ibidem.
[317] BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal:** Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 59.

Com efeito, a ressocialização tem por espeque preparar o condenado para o seu retorno à sociedade. O criminoso é considerado um ser não desejável, que deve ser retirado do convívio da comunidade (prevenção especial negativa) e reeducado (prevenção especial positiva), para que possa ser considerado um indivíduo bom. Para tanto, o ente estatal afirma que apenas ele é capaz de purificar o delinqüente; somente através do trabalho o condenado consegue perceber os equívocos que cometeu, arrepender-se dos seus erros e expiar toda sua maldade, reforçando os valores sociais bons e expurgando todo e qualquer sentimento violador das bases do contrato social.

Neste diapasão, o Estado se utiliza do horário, da vigilância, da disciplina e, sobretudo, do trabalho para subjugar o condenado, para castrá-lo intelectualmente, anulando seus impulsos. Adota-se as lições formuladas por Michel Foucault:

> O momento histórico das disciplinas é o momento em que nasce uma arte do corpo humano, que visa não unicamente o aumento de suas habilidades, nem tampouco aprofundar sua sujeição, mas a formação de uma relação que no mesmo mecanismo o torna tanto mais obediente quanto é mais útil, e inversamente. Forma-se então uma política das coerções que são um trabalho sobre o corpo, uma manipulação calculada de seus elementos, de seus gestos, de seus comportamentos. O corpo humano entre numa máquina de poder que o esquadrinha, o desarticula e o recompõe. Uma "anatomia política", que é também igualmente uma "mecânica do poder", está nascendo; ela define como se pode ter domínio sobre o corpo dos outros, não simplesmente para que façam o que se quer, mas para que operem como se quer, com as técnicas segundo a rapidez e a eficácia que se determina. **A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados como dóceis. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência)**. Em uma palavra: ela dissocia o poder do corpo; faz dele por um lado uma "aptidão", uma "capacidade" que ela procura aumentar; e inverte por outro lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz dela uma relação de sujeição estrita. **Se a exploração econômica separa a força e o produto do trabalho, digamos que a coerção disciplinar estabelece no corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e uma dominação acentuada.** (grifos aditados). [318]

Com efeito, a disciplina molda o indivíduo, no momento em que se exige do homem a repetição de movimentos sem que lhe seja dada oportunidade de questionar o que está realizando. A repartição das funções, surgidas na era industrial, criou as diferentes classes de trabalhadores, dividido-os em grupos, aos quais foram impostos determinados comportamentos e técnicas específicas, a serem desempenhadas sem que ninguém pudesse discordar do que realizava, sob pena de perder o emprego. Com tal divisão, criavam-se verdadeiros exércitos de trabalhadores que deveriam competir entre si por remunerações maiores; a produção em larga escala, por sua vez, determinou o trabalho quase contínuo, haja

[318] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** história da violência nas prisões**.** 26 ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 119.

vista que era necessário trabalhar mais para produzir mais e, conseqüentemente, garantir o aumento da fortuna do empregador.

Destarte, surge neste processo de *castração* intelectual do indivíduo a questão do tempo. A repetição das atividades e o desempenho das mesmas por longos períodos ajudam na anulação da identidade humana. O ciclo vicioso, do qual o indivíduo não consegue se libertar, ajuda a adestrar sua mente. Ocupa-se sempre da mesma tarefa, que deve ser desempenhada de determinada forma, durante definido espaço de tempo, repetindo-se sempre o trabalho, sem que possa refletir o porque e o para que daquela ocupação. Em nome da sobrevivência, o homem trabalha sem, contudo, se permitir compreender aquilo que faz, ou a razão do seu labor; sem saber a necessidade com a qual desempenha a tarefa, não é capaz de entender o seu próprio valor como ser humano, nem se libertar de tais amarras.

Além do horário que conduz à disciplina, tem-se ainda a vigilância constante do subalterno, como ferramenta para a *neutralização* do indivíduo. A vigilância hierárquica remete ao exercício da disciplina, deflagrando uma relação de poder e coerção, na qual o detentor dos meios de produção vigia o empregado, podendo exigir dele determinado comportamento a fim de que cumpra de maneira mais eficaz – atrelando qualidade ao pouco dispêndio de tempo – por meio da coerção. Para o bom adestramento do homem, são criados os observatórios; os olhares ganham destaque, posto que são instrumentos de controle da rotina humana.

Transportando tais conceitos para o universo das prisões, tem-se o trabalho carcerário como principal expressão da *castração* dos indivíduos. Assim sendo, o trabalho é também desempenhado com fulcro na divisão das tarefas; são especificados horários e jornada para o exercício do labor, criando-se uma rotina e o ciclo de atividades, que se repete diariamente. Saliente-se que a vigilância hierarquizada é ainda mais constante, sobretudo em razão do modelo adotado para a construção dos presídios, o panóptico[319]. Com tal figura, o que se deseja é trancar o criminoso, mas não se objetiva esconde-lo ou retirar-lhe o acesso à luz, como nas antigas masmorras; se quer permitir que o condenado apareça, para que a vigilância sobre ele seja constante, pois vigiar é poder, e poder é coação.

Ademais, insta ainda tratar da punição na disciplina. Observe-se que se trata aqui não somente de uma sanção no sentido negativo, mas também uma sanção no sentido positivo, ou seja, sanção premial. Por conseguinte, a atribuição de uma pena, ainda que

[319] Foi criado por Jeremy Bentham juntamente com com John Stuart Mill e James Mill, o projeto do "panóptico" em 1791, modelo de prisão em que os presos eram constantemente vigiados sem que soubesse de tal fato.

positiva, é também instrumento de anulação dos homens, uma vez que parte da premissa que determinados comportamentos são bons, desejados e outros são ruins, indesejáveis; lastreia-se, portanto, na dualidade bem/mal, pontuando as condutas positivas e retirando pontos das negativas, de tal sorte a conferir a um indivíduo nota positiva ou negativa. Apenas o hierarquicamente superior irá poder avaliar os comportamentos e a personalidade dos condenados, e, em seguida, atribuir valores a tais indivíduos, de maneira que apenas o ente estatal possa dizer o que é certo e o que é errado, fornecendo prêmios àqueles bons homens e punindo os que são considerados maus.

Dessa forma, a divisão do trabalho, bem como a classificação das funções, visa hierarquizar os indivíduos ressaltando as qualidades dos agentes e seus defeitos, para mais facilmente castigar e recompensar. São elementos, portanto, de anulação dos indivíduos.

Por fim, pugna-se pelo instrumento mais forte, que abarca todos os demais componentes acima analisados, capaz de destruir a identidade do homem: o trabalho. É através do trabalho carcerário que se castra o criminoso intelectualmente, a partir da forma como ele é desempenhado. Novamente adota-se os ensinamentos de Foucault:

> O trabalho penal deve ser concebido como sendo por si mesmo uma maquinaria que transforma o prisioneiro violento, agitado, irrefletido em uma peça que desempenha seu papel com perfeita regularidade. A prisão não é uma oficina; ela é, ela tem que ser em si mesma uma máquina de que os detentos-operários são ao mesmo tempo as engrenagens e o produto [...]
>
> O trabalho penal qual o condenado atende a suas próprias necessidades requalifica o ladrão em operário dócil. E é nesse ponto que intervém a utilidade de uma retribuição pelo trabalho penal; ela impõe ao detento a forma "moral" do salário como condição de existência.[320]

Percebe-se, pois, que o Estado se utiliza do trabalho carcerário como ferramenta para o processo de "purificação" do criminoso; através do trabalho, são reforçados os valores que a sociedade entende como positivos e punidos os negativos. Assim sendo, o delinqüente apreende os conceitos de bem/mal que são nutridos pelos detentores do poder, a fim de subjuga-lo e torna-lo dócil, obediente, incapaz de tornar a promover um abalo no contrato social, uma ruptura no tecido social, que incomoda a todos os demais cidadãos de "bem". Corresponde, pois, ao discurso não revelado da "ressocialização".

A "ressocialização" nada mais é do que um mito jurídico, um engodo, um ídolo, que visa tão somente transmitir a falsa noção para a sociedade de que o criminoso é um ser não-social, que perdeu sua condição humana – haja vista que a sociabilidade é característica

---

[320] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** história da violência nas prisões**.** 26 ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 203-204.

interente a todos os homens – e necessita de um processo específico de expiação de seus pecados, de amoldamento aos padrões da sociedade, a fim de que deixe de ser um indivíduo *diferente*, com *comportamento desviante*, estigmatizado e não desejável. Anula-se sua identidade, retira-lhe a capacidade de pensar e questionar e adestra-o, para que nunca mais venha a provocar um mal à sociedade.

Com efeito, é interessante ainda adotar as lições de Tonino Barberio[321] sobre as finalidades do processo de reeducação do condenado:

> L'affermazione che le prigioni non erano più luoghi in cui doveva eseguirsi una pubblica vendetta, ma piuttosto istituti terapeutici in cui i delinquenti-pazienti potevano essere aiutati a riabilitarsi e a riadattarsi alla vita sociale, sembrava più una forma di enfatizzazione dell'ideale rieducativo che una realtà. Nei sistemi penitenziari più progrediti, il trattamento consisteva nel creare una serie di influenze sulla personalità del detenuto al fine di modificarne le manifestazioni comportamentali.
>
> Secondo gli autori nella concezione moderna i requisiti del trattamento dovevano essere:
>
> 1. una valutazione diagnostica della personalità del delinquente ed il conseguente giudizio che la sua personalità fosse socialmente inadeguata e perciò non accettabile;
> 2. una decisione che la personalità avrebbe dovuto essere modificata, almeno nelle sue manifestazioni sociali;
> 3. una determinazione del tipo di personalità che si doveva ottenere attraverso il processo di modificazione;
> 4. la disponibilità da parte dell'Amministrazione penitenziaria, di mezzi appropriati per attuare i programmi di trattamento. [322]

Analisando tal pensamento, extrai-se que o fundamento da "ressocialização" consiste na eleição dos comportamentos não desejados e da personalidade anormal, com a conseqüente indicação do tratamento específico para a recuperação daquele indivíduo, bem como a disponibilização dos meios para se alcançar esta finalidade e, enfim, qual a

---

[321] Cf. BARBERIO, Tonino. **L'osservazione scientifica della personalità del detenuto** Disponível em: <http://www.altrodiritto.unifi.it/misure/barberio/nav.htm?notecap2.htm> Acesso em: 01 jan 2009.

[322] Tradução livre da autora:
As afirmações que as prisões não são mais locais nos quais deve ser executada uma vingança pública, mas um instituto terapêutico no qual o paciente-delinquente poderá ser ajudado a reabilitar-se e a readequar-se à vida social, parece mais uma forma de enfatização do ideal reeducativo que uma realidade. Nos sistemas penitenciários mais avançados, o tratamento consistia em criar uma série de influências sobre a personalidade do detento, a fim de modificar as manifestações comportamentais.
Segundo os autores, nessa concepção moderna, os requisitos para o tratamento deveriam ser esses:

1. um diagnóstico valorativo da personalidade do delinqüente e o conseqüente juízo de que sua personalidade fosse socialmente inadequada e por conseguinte não aceitável;
2. uma decisão que a personalidade deveria ser modificada ao menos na sua manifestação social;
3. uma determinação do tipo de personalidade que se deveria obter através do processo de modificação;
4. a disponibilidade por parte da Administração penitenciária dos meios apropriados para atuar no programa de tratamento. (Cf. BARBERIO, Tonino. **L'osservazione scientifica della personalità del detenuto** Disponível em: http://www.altrodiritto.unifi.it/misure/barberio/nav.htm?notecap2.htm Acesso em: 01 jan 2009).

personalidade nova se deseja para o condenado. Pergunta-se: não quer o ente estatal com isto controlar a mente dos homens?

4.2.2 A disciplina e a sanção: o controle através do castigo

A intenção do castigo, já demonstrado neste trabalho, reside na anulação do homem. Há, de fato, o controle social através da imposição da pena e da disciplina. O trabalho é instrumento de controle, a determinação da ordem das tarefas, o horário a ser cumprido e a vigilância compõem a orquestra da penitencia. A imposição do castigo dentro do castigo, a sanção estipulada dentro do cárcere, no curso do cumprimento da pena, é forma ainda mais explícita de destruição da identidade do indivíduo. Maria Auxiliadora Minhaim pontua que:

> A idéia de usar a vulnerabilidade humana como recurso para obter um determinado resultado, embora represente forma desprezível de manipulação do outro, tem sido usada em diversas esferas de relações, buscando-se atingir os aspectos mais suscetíveis de serem reforçados positiva ou negativamente. [323]

Para tanto, com o escopo de subjugar o preso, exercendo a função de prevenção geral e especial no curso do cumprimento da própria pena, há de ser mais severo e cruel que o castigo anterior. Explica-se: o condenado que pratica ato infracional, definido como falta grave, receberá uma punição "dentro" da pena, sanção está que deverá servir de exemplo aos demais presos, para que não rompam com a paz dentro do presídio. Neste sentido, pontua Nilo Batista:

> Há um século atrás, o regulamento da Casa de Correção do Rio de Janeiro contemplava, entre outras sanções disciplinares, a "restrição alimentar", a "imposição de ferros" e a "reclusão na célula"(1). Se na "restrição alimentar" e na "imposição de ferros" assombra-nos a permanência escravista(2), a "reclusão na célula" pareceria uma inútil redundância diante da hegemonia na cominação da pena de prisão celular no Código Penal de 1890. Sim; embora o código republicano previsse quatro espécies de pena privativas da liberdade(3), a prisão celular era cominada à quase totalidade dos crimes e até mesmo a algumas contravenções(4). Perante o regime executório geral da prisão celular, a sanção disciplinar "reclusão na célula" constituiria sobejidão supérflua: embora o pudor dos penitenciaristas lhes tolha por vezes a franqueza**, uma sanção disciplinar tem que representar um acréscimo ao sofrimento penal imposto pelo próprio regime, o que se obtém seja pela intensificação do mesmo sofrimento, seja pela agregação de novos sofrimentos. Isso faltaria por completo no condenado a prisão celular ao qual se pretendesse punir disciplinarmente com "reclusão na célula", que é a essência da prisão celular**.[324] (grifos aditados).

Como exemplos dentro do sistema penitenciário brasileiro, tem-se a perda dos dias remidos em razão da prática de falta grave e a imposição do Regime Disciplinar Diferenciado.

---

[323] MINAHIM, Maria Auxiliadora. Pena e Sofrimento *in* **Revista do Programa de Pós Graduação da Ufba 2008.2.** Salvador, Universidade Federal da Bahia, 2008.

[324] BATISTA, Nilo. **A reabilitação da cela surda.** Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.11, n.n. esp., p. 1-2, out. 2003.

Registre-se que todas as ponderações feitas acerca das regras de interpretação das normas penais ventiladas no título I deste trabalho hão de ser observadas, para se chegar à conclusão inevitável da inconstitucionalidade de tais sanções disciplinares.

Convém, neste momento, analisar o *Habeas Corpus* impetrado no processo nº 978.305.3/00, em favor de Marcos Camacho.

> ***HABEAS CORPUS"*** *- Processo nº 978.305.3/0-00*
>
> Impetrante: **MARIA CRISTINA DE SOUZA RACHADO**
>
> Paciente: **MARCOS WILLIANS HERBAS CAMACHO**
>
> **Voto nº 5714**
>
> A Advogada **MARIA CRISTINA DE SOUZA RACHADO** impetra o presente "***habeas corpus***", com pedido liminar em benefício de **MARCOS WILLIANS HERBAS CAMACHO,** apontando como autoridade coatora o Exmº. Sr. Dr. Juiz de Direito Corregedor da Vara das Execuções Criminais da Capital, nos autos do pedido de desinternação em regime disciplinar diferenciado (processo nº C-127/2006), ao determinar a internação cautelar do paciente pelo prazo de noventa dias, em regime disciplinar diferenciado - RDD – e contra ato do MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Capital. 1. Ao contrário do que argumenta o lúcido parecer do D. representante da Procuradoria Geral de Justiça, a ordem deve ser conhecida.
>
> [...]
>
> **Trata-se, no entanto, de medida inconstitucional**, como se sustenta a seguir:
>
> **O chamado RDD (Regime disciplinar diferenciado), é uma aberração jurídica que demonstra à saciedade como o legislador ordinário, no afã de tentar equacionar o problema do crime organizado, deixou de contemplar os mais simples princípios constitucionais em vigor.**
>
> A questão já foi abordada por está 1ª Colenda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo:
>
> Na ocasião, como muito bem asseverou o E. *Des. Marco Nahum*, no *Habeas Corpus* nº 893.915-3/5-00 – São Paulo (v.u), "o referido "regime disciplinar diferenciado" determina que o preso seja recolhido em cela individual, com saídas diárias de 02 horas para banho de sol, o que significa dizer que a pessoa fica isolada por 22 horas ao dia. Sua duração é de um ano, sem prejuízo de que nova sanção seja aplicada em virtude de outra falta grave, podendo o prazo de isolamento se estender até 1/6 da pena. Ainda é proibido ao preso que ouça, veja, ou leia qualquer meio de comunicação, o que significa dizer que não recebe jornais, ou revistas, assim como não assiste televisão, e não ouve rádio. **Independentemente de se tratar de uma política criminológica voltada apenas para o castigo, e que abandona os conceitos de ressocialização ou correção do detento, para adotar *"medidas estigmatizantes e inocuizadoras"* próprias do *"Direito Penal do Inimigo"*[1], o referido "regime disciplinar diferenciado" ofende inúmeros preceitos constitucionais**". (grifos aditados)
>
> E continua o insigne Magistrado, **"trata-se de uma determinação desumana e degradante (art. 5º, III, da CF), cruel (art. 5º, XLVII, da CF), o que faz ofender a dignidade humana (art. 1º, III, da CF).** Por fim, note-se que o Estado Democrático é aquele que procura um equilíbrio entre a segurança e a liberdade individual, de maneira a privilegiar, neste balanceamento de interesses, os valores fundamentais de liberdade do homem. **O desequilíbrio em favor do excesso de**

> **segurança com a conseqüente limitação excessiva da liberdade das pessoas implica, assim, em ofensa ao Estado Democrático**".[325] (grifos aditados)

Com efeito, resta deflagrada a inconstitucionalidade do referido regime. Ademais, conclui o Desembargador Relator Borges Pereira:

> O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, ao entender como inconstitucional o citado regime disciplinar, ainda deixou evidente que a medida *"é desnecessária para a garantia da segurança dos estabelecimentos penitenciários nacionais e dos que ali trabalham, circulam e estão custodiados, a teor do que já prevê a Lei 7.210/84"*.[2]
>
> Se o acima narrado já não bastasse, o próprio Ministério da Justiça afirmou que *"o isolamento não é boa prática; ...; um modelo de gestão muito mais positivo é o de abrigar os presos problemáticos em pequenas unidades de até dez presos, com base de que é possível proporcionar um regime positivo para presos que causam transtorno, confinando-os em 'isolamento em grupos', em vez da segregação individual"*.[3]
>
> Assim, por toda a inconstitucionalidade inerente ao "RDD", impõe-se o reconhecimento da ilegalidade da medida adotada contra o paciente, e a concessão do *"writ"*, a fim de que o reeducando seja imediatamente removido do *"regime disciplinar diferenciado"* a que foi transferido.[326]

De acordo com o trecho acima colacionado, vislumbra-se que tal regime viola direitos e garantias básicas do ser humano; o isolamento em cela até o limite de 1/6 da pena, sem qualquer contato com meios de comunicação, banho de sol com horário determinado, visitas restringidas, induz, inevitavelmente o preso à loucura. Onde está a tão declarada "ressocialização" do criminoso que a Lei de Execuções penais afirma em sua exposição de motivos?

Correta a decisão do magistrado ao apontar as graves violações aos direitos humanos dos reclusos com a imposição de tal regime carcerário. Cotejando os ensinamentos de Nilo Batista[327], conclui-se que a pena disciplinar é propositadamente mais severa e repugnante, com o fito de se demonstrar àquela "comunidade" carcerária que as regras impostas devem ser cumpridas, sob pena de se pagar o mal com um mal maior ainda.

Percebe-se, pois, que o que fora argumentado também nos títulos anteriores deste trabalho são aplicados ao caso concreto. Assim sendo, cumpre abordar se é a instituição prisional não seria uma sociedade, se não possuiria um poder que dita o que é o certo, o

---

[325] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus* nº 978.305.3/00. Des. Rel. Borges Pereira. Disponível em: < http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/confereCodigo.do> Acesso em: 06 jul 2009.
[326] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus* nº 978.305.3/00. Des. Rel. Borges Pereira. Disponível em: < http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/confereCodigo.do> Acesso em: 06 jul 2009.
[327] Cf. BATISTA, Nilo. **A reabilitação da cela surda.** Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.11, n.n. esp., p. 1-2, out. 2003.

errado, o bem e o mal, se não há uma hierarquia e vigilância constantes a fim de assegurar o controle do grupo dominante; ademais há o uso da linguagem, na composição de conceitos como "sanção", "disciplina, "Regime Disciplinar Diferenciado", sobretudo este último, confeccionado com o fim único de garantir a vitória do controle social. Salo de Carvalho ensina que:

> Importante notar, todavia, **que as disciplinas, instrumento moderno do poder, estão diametralmente opostas ao regime de legalidade do Estado de Direito, sendo impossível concebe-las no interior de uma estrutura garantista,** tanto no plano do ser (eficácia) quanto do dever-ser (validade formal-material).
>
> Os métodos disciplinares são ontologicamente inquisitoriais. **As decisões disciplinares no interior das instituições totais são desprovidas de pré-determinações regulamentares e, quando o são, apresentam-se de forma ambígua e lacunar, ampliando o arbítrio do corpo administrativo** – como teria de ser, por várias razões, mas sobretudo, porque se trata de um regime totalitário, as ordens não são justificadas nem explicadas. Desta forma, fica claro o porquê da inviabilização de rígido controle da legalidade nos espaços de poder carcerários.[328] (grifos aditados).

A arbitrariedade a que se refere o autor exsurge na Lei de Execuções Penais em diversas passagens; chama a atenção, especificamente, o art. 52 que versa sobre o regime disciplinar diferenciado e o art. 127 que trata da perda dos dias remidos pela prática de falta grave; todavia, não se sabe ao certo o que consiste em falta grave[329]. Os artigos 49 a 51 do referido diploma legal elencam uma série de fatores que se considera como falta grave. Convém analisar alguns exemplos:

> Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:
>
> I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
>
> [...]
>
> IV - provocar acidente de trabalho;
>
> V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
>
> Art. 51. Comete falta grave o condenado à pena restritiva de direitos que:
>
> I - descumprir, injustificadamente, a restrição imposta;
>
> II - retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta;
>
> III - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei

De fato, não se sabe o que é "incitar" ou "participar" de movimento que subverte a "ordem" e a "disciplina", qual ordem seria esta, a quem cabe determinar, com precisão, se o preso provocou o acidente de trabalho ou foi vítima deste, como os demais; por fim, não há especificação do que é "descumprir de forma injustificada a restrição imposta", tampouco

[328] CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias.** 3ª ed. Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*, 2008. p. 181
[329] Conforme já analisado no título I deste trabalho.

qual o critério que deve ser utilizado para precisar quando o recluso tem uma justificativa para não cumprir ou retardar a adimplência da obrigação. O inciso III do mencionado art. 51 remete ao disposto no artigo 39, que se passa a analisar:

> Art. 39. Constituem deveres do condenado:
>
> I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
>
> II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
>
> III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
>
> IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
>
> V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
>
> VI - submissão à sanção disciplinar imposta;
>
> VII - indenização à vitima ou aos seus sucessores;
>
> VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
>
> IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
>
> X - conservação dos objetos de uso pessoal.
>
> Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.

Aqui, como no artigo retro analisado, há a imposição de diversos conceitos abertos e imprecisos, o que dificulta sua interpretação e conseqüente aplicação, pois não se explicita o que se convencionou determinar, por exemplo, como comportamento disciplinado, tampouco o que seria “fiel” cumprimento da sentença, obediência, urbanidade e respeito às pessoas – poder-se-ia, inclusive, afirmar que deixar de cumprimentar alguém constitui falta grave – conduta oposta a subversão e indisciplina; indenização à vítima ou aos seus sucessores – dessume-se que se o recluso não tiver condições financeiras ou não optar pelo trabalho carcerário, incidirá em falta grave – higiene pessoal – essa é a pior de todas – e asseio da cela ou alojamento: basta ver a realidade dos presídios no Brasil, que consistem em verdadeiros depósitos de homens, imundas, escuras, superlotadas; não pode exigir o Estado que o preso, circunscrito neste ambiente insalubre, tenha higiene, ou que seja de sua responsabilidade a limpeza da cela.

O pior é que tais conceitos indeterminados, que permitem toda sorte de interpretação, são os requisitos previstos para se determinar a imposição do R.D.D. e a perda dos dias remidos, ferindo o caráter alimentar da remição.

Pode-se afirmar, portanto, que o discurso declarado do Estado, consubstanciado na Carta Magna e concretizado na Lei de Execuções Penais é a ressocialização do indivíduo, é o Estado Democrático de Direito garantista. Trata-se, em verdade, de um discurso perverso, pois na realidade, diante do sistema carcerário brasileiro e da aplicação da pena, percebe-se que há um discurso não revelado, uma intenção velada do ente estatal de manter o seu controle na sociedade. De fato, há a elaboração de leis e mediadas simbólicas que objetivam, tão somente, passar a falsa noção ao cidadão comum que o Estado respeita a dignidade da pessoa humana, se preocupa com o povo, quando na verdade quer, tão somente, perpetrar o seu poder.

4.2.3 O trabalho como forma de exploração do indivíduo; a concepção ainda atual do *animal laborans* e do *homo faber;* o perigo da alienação

Por tudo que fora acima exposto, conclui-se que o trabalho é ferramenta hábil à exploração dos indivíduos. O papel do trabalho é, portanto, o de alienar o homem, de fazê-lo agir de forma mecânica, repreendendo-o e prendendo-o, de tal sorte que ele resta proibido de manifestar-se. O trabalho carcerário é uma falácia, uma ficção jurídica, criada com o escopo de servir, tão somente, para que um determinado grupo do estrato social mantenha seu poder, seu controle sobre a sociedade, haja vista que formula a ilusão de que se está realizando um processo de recuperação, de "purificação" do preso; com isto, o ente estatal elege os indivíduos que possuem o comportamento *desviante* e os segrega na prisão, afirmando que apenas ele é apto a devolver aquele homem à sociedade, completamente transformado. Com isso, o Estado se exime de suas responsabilidades, pois transfere para o preso a culpa diante de sua má gestão da própria sociedade. Existe o crime porque há o delinqüente; nas palavras de Leonardo Sica:

> A política criminal inspirada na "Defesa Social" privilegiou a ideologia penal de ressocialização e, sob esse pretexto, apenas serviu para disfarçar a feição de castigo da pena, em verdade, reduzindo o objetivo de proteção da sociedade. Como observa Antoliesi, essa teoria mantém estreito ponto de contato com a teoria de retribuição ao fundar-se na *teoria dell´espiazione*, pois no fundo, também atribui à pena função de "purificação".[330]

[330] SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à prisão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 60.

O trabalho, conforme demonstrado no tópico anterior, neutraliza o indivíduo. Há a alienação do homem e sua exploração, sem que o próprio trabalhador perceba o que está ocorrendo. Há a subjugação do *animal laborans* pelo *homo faber*, ou seja, aquele que detém os meios de produção – no caso do trabalho carcerário, será aquele que aplica a pena – domina aquele que fornece a energia física e psíquica. Neste sentido, analisando-se o pensamento de Hannah Arendt[331], tem-se que:

> As freqüentes queixas que ouvimos quanto à perversão de meios e fins na sociedade moderna, os homens que se tornam escravos das máquinas que eles mesmos inventaram e são <adaptados> às necessidades dessas máquinas, ao invés de usa-las como instrumentos para a satisfação das necessidades e carências humanas, têm suas raízes na situação fatual do labor. Nesta situação, na qual a produção consiste basicamente no preparo para o consumo, a própria distinção entre meios e fins, tão típicas das atividades do *homo faber*, simplesmente deixa de ter sentido; e, portanto, os instrumentos que o *homo faber* inventou e com os quais veio em auxílio do *animal laborans* perdem seu caráter instrumental assim que são usados por este último. [332]

Por conseguinte, ocorre a exploração do trabalhador para que sejam atendidas as necessidades do capitalismo; há, através da alienação, a perda da identidade e da capacidade de questionar, em especial, a forma como a atividade laboral é desempenhada e o porquê deste trabalho. E como se aliena um homem? Através da imposição da rotina, do trabalho contínuo e mecanizado; ou seja: por meio da repetição de comportamentos não se permite o exercício do raciocínio crítico, tornando o indivíduo tão somente mais uma engrenagem que compõe a máquina que ele próprio opera. Alejandro Poquet, abordando os lucros que advém do castigo, assevera que:

> **Castigo con fines de lucro**
> Si la propuesta de abolir el control institucional punitivo es altamente provocativa, con su última y reciente obra Christie provoca una conmoción mayor, **al identificar la administración de justicia penal con una industria, que participaría de los caracteres comunes de toda empresa, pero en una posición de privilegio, por contar con una materia prima ilimitada: el delito**. De esta premisa extrae como consecuencia **la necesidad de crecimiento que se hallaría ínsita en el mercado del control del delito**. Para Christie la administración de justicia penal está guiada por intereses industriales, ya que la función de castigar se habría convertido en un excelente negocio, relacionado con la construcción de cárceles, edificios para el funcionamiento de tribunales y policías, con todo el equipamiento que ello implica, tanto para administrar justicia como para seguridad y prevención.
> [...] **El control del ilícito se convierte en una variable económica, y los presos adquieren un nuevo y trascendente rol, el de ser la materia prima de ese control.** En libertad los delincuentes son inútiles para la sociedad; encerrados se transforman en el engranaje vita! de una de las más importantes industrias. Los presos son trascendentes para la economía, dice Christie, no ya por lo que producen (a la manera del siglo pasado) sino por la colosal demanda que se genera en torno de ellos.[333] (grifos aditados).

---

[331] ARENDT, Hannah**. A condição humana**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
[332] Idem. Ibidem. p. 157-158.
[333] POQUET, Alejandro. ***Temas de Derecho penal y criminologia.*** Buenos Aires: Ediar, 2005. p. 136-137

O autor está se referindo especificamente à privatização do sistema carcerário, o que ocorre nos Estados Unidos e, aos poucos, é implementado no Brasil – a exemplo do presídio de Valença, no interior da Bahia – e o lucro que advém do trabalho prisional. O lucro seria, na verdade, a finalidade do castigo. Destarte, não apenas mediante a privatização dos presídios o Estado obtém lucro; a terceirização da mão-de-obra carcerária gera cifras positivas ao ente estatal e a empresa tomadora dos serviços.

Com efeito, cumpre salientar que não raro, ocorre na prática, a exploração da mão-de-obra carcerária, deflagrando-se a malfadada "terceirização selvagem" [334]. A Ação Civil Pública ajuizada pelo Procurador do Trabalho da Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região, José Fernando Ruiz Maturana, em face da SARPLAST – Indústria e Comércio de Embalagens e Representação Ltda, empresa tomadora do serviço dos reclusos do Presídio Ataliba Nogueira (campinas) – foi ajuizada devido à denúncia formulada pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Químicas, Farmacêuticas, Cosméticas e Outras de Americana, Santa Bárbara D'Oeste, Nova Odessa e Limeira, noticiando a prática de exploração da mão-de-obra carcerária, bem como a contratação de um grande número de presos acima do limite imposto pela lei, a ponto de transferir praticamente funcionamento do estabelecimento industrial para dentro do presídio.

Houve a instauração do Inquérito Civil Público nº 021/98-4 para investigar o ocorrido, originando a ACP ora em análise. O Sindicato asseverava que a contratação de um grande número de reclusos terminava por reduzir a contratação dos trabalhadores livres. A exploração dos presos provocava um reflexo negativo também entre os homens livres, posto que não eram contratados pela empresa, que visando unicamente o lucro, busca uma mão-de-obra numerosa e barata.

Assim sendo, a PRT da 15ª Região buscou com esta ação cessar as atividades da empresa no estabelecimento prisional denominado Penitenciária Hortolândia II, a fim de que os abusos perpetrados contra os presos cessassem e houvesse a contratação dos cidadãos livres.

Com efeito, no capitalismo, a maioria dos trabalhadores se vê obrigada a vender a sua mão-de-obra por um valor extremamente baixo, a fim de sobreviver; a burguesia,

---

[334] Cf. BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano Lopes. **Da necessidade da declaração e respeito aos direitos trabalhistas dos presos e o papel do Ministério Público do Trabalho no combate à exploração da mão de obra carcerária.** Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/fernanda_ravazzano_lopes_baqueiro.pdf > Acesso em: 01 jan 2009.

detentora dos meios de produção, se aproveita de tal situação para explorar o homem; deflagra-se a desigualdade social. Surge a concepção de *mais valia* trazida por Marx[335]. Assim sendo, a *mais valia* seria um valor intrínseco de todo homem, que é gerado pela força de trabalho, que apropriado pelo *homo faber* sem que seja pago qualquer importância ao operário.

Dessa forma, as relações de trabalho baseiam-se na noção de subordinação; há um desnível vertical entre os atores das relações laborais. Os detentores dos meios de produção estão hierarquicamente em posição superior aos trabalhadores, que são seus subordinados. Nessa relação, não há indivíduos trabalhadores livres, posto que sua força física e psíquica encontra-se nas mãos da burguesia. O mesmo ocorre no cárcere, conforme pontua Massimo Pavarani:

> Nessa ótica o modelo paradigmático ao qual a relação entre "razão contratual" e "necessidade disciplinar" da pena parece se referir não pode ser outro senão aquele que reina na "relação de trabalho", entre "contrato de trabalho" e "subordinação operária". Com efeito:
>
> 1. Se o contrato de trabalho pressupõe formalmente "empregador" e "prestador", enquanto "sujeitos livres" num plano de paridade, a relação de trabalho determina, ao contrário, a necessária subordinação do proletário ao empresário. Não é diferente na relação punitiva: a "pena como retribuição" pressupõe o "homem livre"; o "cárcere" tem "o homem escravo" à sua disposição;
> 2. A discricionariedade máxima daquele que oferece trabalho na utilização da força do prestador coincide, historicamente, com a mesma "deducibilidade do corpo" deste último no objeto da relação; isto não é diferente do que ocorre na relação disciplinar própria da pena como execução;
> 3. Como o contrato de trabalho entre iguais ("relação horizontal") cria um "superior" e um "inferior", assim a pena-retribuição cria (é) execução penitenciária, ou seja, um aparato de "relações verticais";
> 4. A "subordinação do trabalho" é exercício de um poder conferido pelo "contrato". A "subordinação do cárcere" é exercício do poder conferido pela "pena-retribuição";
> 5. **Na relação de trabalho, a subordinação do prestador é (também) "alienação pelos/dos meios de produção". Na relação penitenciária, a subordinação do preso é "expropriação" (também) pelo/do próprio corpo**". (grifos aditados)[336]

Em verdade, o Estado é o grande produtor, empregador, que dirige, habitualmente, com onerosidade – irrisória, saliente-se – o trabalho do empregado, qual seja, o preso. A intermediação entre o cárcere e a fábrica é explicitada com a própria gênese da estrutura prisional, desde seu aspecto físico – uso do panoptismo e outros modelos que garantem a constante vigilância do preso – até o exercício do controle social pela disciplina, com a

[335] MARX, Karl. **O Capital.** 1ª ed. São Paulo: Centauro, 2005.
[336] MELOSSI, Dario; PAVARANI, Massimo. **Cárcere e fábrica:** as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 264-265.

criação das regras e dos castigos. O uso do corpo do recluso, do seu suor, atrelado ao rigor da disciplina e a imposição das condutas repetitivas – horários e as jornadas exaustivas de trabalho – massificam e "coisificam" o homem, a ponto dele não mais ser capaz de discernir o que faz.

É certo que o método de trabalho *fordista* objetivava justamente imiscuir o trabalhador à própria máquina, fundindo-os, como se fossem um, de maneira que se torna impossível distinguir onde termina o homem e onde começa a máquina; o empregado é somente mais uma engrenagem do cruel sistema capitalista. A finalidade de produzir cada vez mais, em série em um curto espaço de tempo, repetindo as ações por um longo lapso temporal, alienava e debilitava os empregados e é justamente a repetição deste modelo que se encontra nos presídios não apenas do Brasil, mas em outros locais no mundo. Alessandro De Giorgi afirma que:

> A prisão se consolida então como dispositivo orientado à produção e à reprodução de uma subjetividade operária. Deve-se forjar, na penitenciária, uma nova categoria de indivíduos, indivíduos predispostos a obedecer, seguir ordens e respeitar ritmos de trabalho regulares, e sobretudo que estejam em condições de interiorizar a nova concepção capitalista do tempo como medida do valor e do espaço como delimitação do ambiente de trabalho. Delineiam-se aqui os contornos de uma economia política do corpo, de uma tecnologia do controle disciplinar que age sobre o corpo para governa-lo enquanto produtor de mais-valia e que, justamente, como outros corpos "cientificamente" organizados, torna-se capital.[337]

O que ocorre, em verdade, é a alienação do trabalhador, destruindo sua identidade e sua capacidade de raciocinar. O homem perde aquilo que lhe é mais importante: a consciência do seu próprio "eu". Sem identidade, não passa o operário de mera "coisa", de um simples instrumento utilizado pelo *homo faber* para fazer aumentar sua riqueza e consagrar seu domínio. Com o recluso ocorre o mesmo: há a *neutralização* de sua cultura e a imposição de uma cultura diversa, específica das relações travadas no interior do cárcere. É o que se passa a analisar no tópico seguinte.

4.2.4 A "desaculturação" do indivíduo e a "culturalização prisional"

Trata-se do processo negativo de "socialização" no cárcere. Com efeito, durante o cumprimento da pena, o que ocorre, em verdade, é a "desaculturação" do indivíduo e a

[337] GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 44-45.

"culturalização" prisional[338]. O condenado perde, com sua reclusão, o contato com o universo exterior, o que lhe retira o sentimento de auto-responsabilidade, bem como é diminuída sua força de vontade. Em contrapartida, há o processo de "culturalização" ou "prisionização" do recluso, que corresponde à assimilação dos valores da sub-cultura do cárcere, mergulhando o condenado num universo em que ele apenas adquire os comportamentos dos demais reclusos, limitando suas relações, tecendo-as apenas com os demais presos e os agentes carcerários.

O homem ao ser recolhido à prisão adquire o semblante de ser considerado "condenado". O simples fato de ter sua liberdade privada já transforma sua identidade a visão que tem de si. Ademais, a imposição do trabalho carcerário e da disciplina em si, revela-se como fonte de anulação da "auto-consciência"; É o que pondera Alessandro De Giorgi:

> A prisão cria o *status* de detento e, ao mesmo tempo impõe ao indivíduo trabalho, obediência e disciplina (elementos constitutivos desse *status*) como condições que devem ser satisfeitas, a fim de que possa, no futuro livrar-se delas. Ela evoca assim, nos indivíduos, uma representação imaginária de si mesmos em relação à própria condição material. A privação extrema imposta ao preso é, assim, representada como conseqüência óbvia e quase natural da recusa da disciplina do trabalho. [339]

Como se pode, então, querer afirmar que através da execução da pena o recluso restaria reeducado? Readquiriria os valores nutridos pela sociedade? O que existe no entorno do condenado é tão somente desespero, angústia, desesperança, ódio, revolta e desânimo; como se pode desejar que um indivíduo que cumpra pena saia do cárcere transformado, a ponto de não mais delinqüir – como querem os defensores da prevenção especial? Percebe-se, pois, que a prisão apenas destrói o sentimento de humanidade do preso. Através do trabalho carcerário, o que se consegue é promover uma verdadeira "lavagem cerebral", por meio da repetição de movimentos sem que se oportunize ao recluso a possibilidade de parar para pensar, refletir sobre o que se está fazendo; a mecanização dos movimentos torna o preso apenas mais uma peça do modelo do capital.

O recluso é considerado, pois, como um ser desprovido de qualquer emoção, de qualquer sentimento, e a privação de sua liberdade seria, para os adeptos da prevenção especial, a única alternativa para que se consiga fazer inserir em seu âmago qualquer tipo de sentimento de sociabilidade. Em verdade, o que ocorre é justamente o oposto: com o seu isolamento, o condenado perde sua própria identidade, posto que se encontra dissociado de qualquer ambiente que venha a nutrir em seu interior as qualidades inerentes aos seres

---

[338] Cf. AZEVEDO, Jackson Chaves de. **Reforma e "contra" – reforma penal no Brasil**. Florianópolis: OAB-SC, 1999.
[339] GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 46

humanos, dentre elas a própria capacidade de se socializar, de se comunicar, raciocinar criticamente. Cumpre adotar novamente os ensinamentos de Massimo Pavarani:

> O modelo celular representa o instrumento mais apropriado para realizar esse objetivo, aquele que melhor se presta para reduzir o interno a *sujeito abstrato* "(...) homem abstraído de todas as emoções (...) que a sociedade inspira (...); através do isolamento, ele é abstraído de todas as sensações externas".
>
> Abstraído da sua dimensão real, reduzido a sujeito completamente sem relação com o social, o internado se sente "só" diante das necessidades materiais. Neste ponto, ele não difere do "burguês" a não ser por um elemento essencial: enquanto este poderá satisfazer suas próprias necessidades através da/com a propriedade, o prisioneiro é impedido disso (a sua existência, a satisfação, portanto, das suas necessidades materiais, depende, única e exclusivamente, da administração do cárcere). Chega-se a esse *status* (político-existencial) de insatisfação por meio de um processo manipulatório (leia-se, "progressiva mudança do tipo de crença que o indivíduo tem de si mesmo") que podemos chamar de *carreira moral do interno*.[340]

Por conseguinte, o isolamento do condenado, bem como o exercício da atividade laboral no cárcere, servem, tão somente, para deteriorar a identidade do prisioneiro e retirar todo e qualquer tipo de sentimento social que ele venha a nutrir.

Todavia, o discurso da "ressocialização", embora falacioso, é extremamente útil, haja vista que cumpre seu papel dentro das funções ocultas da pena: o reforço do seu caráter simbólico, legitimando e mantendo o poder punitivo estatal, como será visto adiante.

[340] MELOSSI, Dario; PAVARANI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006. p.231-232.

TÍTULO IV – QUAL A FUNÇÃO DA PENA?

Conforme demonstrado neste trabalho, o homem é um ser gregário por natureza, que se utiliza do discurso para estabelecer suas relações com seus semelhantes, e, desta forma, também faz uso deste instrumento para criar suas regras e aplicar castigos a quem as desobedece. Através da figura do "Príncipe"[341]impõe-se a razão de um grupo sobre a razão da sociedade, ou seja, a razão do Poder se sobrepõe a razão do Estado.

Destarte, por ser um animal político, que institui normas e conseqüentes punições diante do seu descumprimento, torna-se evidente que dentro do seio de uma comunidade sempre existirá o crime; é algo, portanto, natural e esperado em qualquer sociedade. Com efeito, se para toda conduta que infrinja uma norma haverá uma reação, cumpre traçar regras e limites para esta perseguição e punição, a fim de que se preserve a dignidade do acusado/condenado, abarcando, portanto seus direitos e garantias fundamentais, dentre os quais, a integridade física e psíquica.

Em razão de tal fato, o Direito Penal há de existir, assim como a pena; justifica-se a sua existência para limitar o poder punitivo do Estado e coibir o exercício da vingança pública e privada; dessa forma, a pena deve ser regulamentada de tal sorte a infringir o mínimo possível os direitos do recluso, preservando sua identidade e individualidade.

Oportunamente, cumpre salientar que neste título serão tecidos comentários breves acerca das teorias comumente empregadas como solução diante da falência do sistema prisional; não é objeto deste trabalho analisar de forma pormenorizada cada uma destas teorias, o que daria, por si só, uma dissertação à parte. Assim sendo, tais vertentes serão estudadas apenas para se demonstrar a razão da não adoção de seus postulados, quer integralmente, quer parcialmente.

Por fim, ainda neste título, se afirmará que o garantismo é a solução viável e mais honesta para a situação atual do cárcere. Propõe-se uma releitura da Lei de Execuções Penais com fulcro no garantismo, a partir do emprego da técnica hermêutica-concretizadora, a fim de que se obtenha uma interpretação conforme a Constituição.

1 DA NECESSÁRIA LEGITIMAÇÃO: PERSPECTIVA GARANTISTA

[341] Cf. CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 192

Outrossim, já restou demonstrado neste trabalho, é sabido que a pena de prisão é um mal, e que o Direito Penal, não raro, tutela bens jurídicos que não são essenciais ao convívio pacífico da sociedade, mas que são, em verdade, meras manifestações da vontade das classes dominantes. Destarte, afirmou-se que mesmo diante de tais constatações, o Direito Penal ainda é de extrema importância para a sobrevivência da comunidade, uma vez que constitui fundamental ferramenta para a limitação do poder de perseguir e punir do Estado, bem como para evitar que a sociedade exerça a vingança de sangue.

Diante de tais razões, há de se relegitimar o Direito Penal e a pena; porém, ambos devem ser submetidos a grandes alterações, de tal sorte que este ramo do Direito apenas atue quando outro não puder tutelar os bens jurídicos essenciais à coletividade e, enfim, que a pena privativa de liberdade também se torne exceção dentre as sanções penais e quando aplicada, observe os princípios constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana.

1.1 A RESPOSTA GARANTISTA

Inicia-se este tópico com uma ponderação formulada por Foucault, ao analisar a pena de prisão:

> E se, em pouco mais de um século, o clima de obviedade se transformou, não desapareceu. Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E, entretanto não "vemos" o que pôr em seu lugar. **Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão**.[342] (grifos aditados).

Com efeito, Foucault[343] evidencia todas as mazelas trazidas pela imposição da pena privativa de liberdade; trata-se, sem dúvidas, de medida aflitiva, que impõe sofrimento, coação física e psíquica àquele que a cumpre, mas ainda não foi encontrada outra solução que possa substituí-la. Cumpre, portanto, adotar a teoria do garantismo, objetivando a intervenção do Estado apenas para proteger os bens jurídicos mais importantes dos ataques mais graves do homem, tendo em vista a imposição da pena somente quando indispensável, diante da

[342] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões**.** 26 ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 196
[343] Idem. Ibidem.

configuração de delitos graves. Outrossim, há de se objetivar a supressão gradual da pena privativa de liberdade e a supressão imediata e total da pena pecuniária.

O modelo garantista de Direito não desconhece a realidade da crise do Direito Penal e da própria função da pena; por esta razão, Ferrajoli[344] propõe que o Direito Penal somente está legitimado a atuar em casos especiais, quando não for possível que nenhum outro ramo do Direito atue. Ademais, assevera ainda que a imposição da pena de prisão apenas pode restar autorizada quando ocorrer a deflagração dos crimes de latente gravidade; aos delitos menores, outros ramos do Direito devem ser aplicados para tutelar tal relação. Salienta, ainda, que a pena privativa de liberdade deve ter não apenas o seu âmbito de incidência reduzido, como também o seu prazo de cumprimento, não sendo permitida a imposição das penas de morte e perpétuas. Neste sentido:

> **A prisão é, portanto, uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial, ao menos em parte, lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflitiva**. Por isso resulta tão justificada a superação ou, ao menos, uma drástica redução da duração, tanto mínima quanto máxima, da pena privativa de liberdade, instituição cada vez mais carente de sentido, que produz um custo de sofrimentos não compensados por apreciáveis vantagens para quem quer que seja. É, talvez, supérfluo lembrar, depois do que se disse nos parágrafos 18.1 e 25, que o projeto de abolição da prisão não se confunde com o projeto de abolição da pena: este, de fato, quaisquer que sejam as ilusões de seus defensores, corresponde a um programa de direito penal máximo, selvagem e/ou disciplinar; aquele, ao contrário, corresponde a um programa de direito penal mínimo, orientando à mitigação e à humanização da sanção punitiva. Inclusive admitindo que se algum dia, numa hipotética e improvável sociedade perfeita, deixarem de ter sentido os delitos e as vinganças, a pena deveria conservar-se como medida sancionadora mínima e exclusiva, para o único caso de que um delito provocasse alguma reação de caráter aflitivo. Por isso, qualquer estratégia de humanização das penas supõe, com a abolição das que em cada momento se manifestem intoleráveis para a consciência cívica, a defesa da forma legal da pena. **Daqui segue-se que qualquer campanha pela supressão da prisão não pode mais do que ser distorcida , mal-entendida e obstaculizada, se é confundida com as orientações ideológicas que propugnam a abolição da pena e do direito penal enquanto tais e omite-se a indicação dos tipos de pena, menos aflitivos mas não menos eficazes, com certeza aptos para substituir a pena privativa de liberdade**.[345] (grifos aditados).

Percebe-se, portanto, que, em verdade, a pena de prisão é um mal ainda necessário. Cabe, por conseguinte, estabelecer critérios razoáveis para a sua imposição e cumprimento, tendo em vista, sempre, os direitos e garantias fundamentais do homem. Neste diapasão, Ferrajoli propõe a redução da pena de prisão para no máximo 10 (dez) anos de cumprimento; de fato, por tudo que já fora exposto neste trabalho, inexiste a ressocialização, sequer com a idéia do discurso oficial – devolver o criminoso ao convívio em sociedade, devidamente

[344] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
[345] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 380.

"purificado", arrependido dos erros que cometeu, pronto para obedecer as regras da sociedade – afora as mazelas constatadas no discurso não oficial – processo de castração e anulação do indivíduo, tornando-o meramente uma peça da máquina capitalista, aflição física e psíquica – portanto, a pena de prisão se justifica tão somente como medida excepcional, diante da impossibilidade de se aplicar sanção de outra natureza.

> Penso que a duração máxima da pena privativa de liberdade, qualquer que seja o delito cometido, poderia muito bem reduzir-se, a curto prazo, a dez anos e, a médio prazo, a um tempo ainda menor, e que uma norma constitucional deveria sancionar um limite máximo, digamos, de dez anos. **Uma redução deste gênero suporia uma atenuação não só quantitativa, senão também qualitativa da pena, dado que a idéia de retornar à liberdade depois de um breve e não após um longo ou um talvez interminável período tornaria sem dúvida mais tolerável e menos alienante a reclusão**. E seria possível pelas mesmas razões que estão na base da crise da prisão: a eficácia dissuasória e estigmatizante alcançada, na atual sociedade dos meios de comunicação, pelo processo e pela condenação pública, mais do que pela execução da pena privativa de liberdade; o progresso cívico e cultural, que hoje torna aprecie-se ou não, na atual sociedade informatizada as funções de segurança e de prevenção geral dos delitos tendem a ser satisfeitas muito mais pelas funções de polícia do que pela ameaça das penas. (grifos aditados).[346]

A constatação de que a pena privativa de liberdade é um mal, mas que no presente momento ainda não é possível aboli-la – haja vista que se busca ainda uma solução para substituí-la – conduz o autor a apontar como saída à imposição da pena com no máximo dez anos de duração, independentemente de qual seja o delito praticado.

Critica, num primeiro momento, as penas alternativas como medidas assessórias, pois possuem caráter eminentemente correcionalistas, mas adverte que o mérito nessas espécies de pena se encontra, justamente, na deflagração da intolerância do mundo com relação às penas excessivamente longas. Em verdade, defende as penas alternativas, não como medidas "alternativas", mas como penas principais, haja vista que a pena privativa de liberdade somente deve ser aplicada quando outra não for a solução. (p; 385)

A execução da pena deve estar pautada nos princípios constitucionais, observando os direitos e garantias do homem, em especial a dignidade humana. O modelo racional da aplicação e execução da pena visa limitar a arbitrariedade do Estado e promover uma segurança maior ao cidadão e, desta forma, há de se preservar todos os direitos inerentes ao próprio ser humano, ganhando destaque nesta Teoria, sobretudo, o princípio da legalidade.

Salo de Carvalho[347], analisando o garantismo de Ferrajoli, adverte ainda que os delitos de bagatela, ou seja, as contravenções penais, aqueles delitos punidos exclusivamente

---

[346] Idem. Ibidem. p. 381.
[347] Cf. CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 90.

com penas pecuniárias ou penas restritivas de direito, devem ser abolidos imediatamente dos ordenamentos jurídicos, pois não desafiam a tutela do Direito Penal.

1.1.1 A não adoção do abolicionismo

A questão centra-se na problemática acerca da justificação da pena. A corrente abolicionista não reconhece justificação alguma para o Direito Penal como um todo, tendo por principal objetivo a sua eliminação.

O abolicionismo possui diversas vertentes, sendo que é possível apontar duas principais, quais sejam, o abolicionismo radical de Stirner[348] e o abolicionismo holístico anárquico pós-marxista[349]. O abolicionismo radical é aquele que não justifica apenas as penas, como também qualquer proibição em si e os julgamentos penais. Trata-se da desconstrução de qualquer proibição emanada pelo Estado, qualquer tipo de controle social, regras jurídicas e morais, valorizando a transgressão e a rebelião, o que Ferrajoli[350] denomina de "manifestações do 'egoismo' *a-moral* do ego", sendo que todo e qualquer julgamento e tentativa de controle das manifestações do homem deverá ser rechaçada.

Tal posicionamento radical resta quase que isolado no mundo contemporâneo; as correntes abolicionistas mais difundidas são aquelas "moderadas", que objetivam a supressão imediata da pena e, em médio prazo, do próprio Direito Penal[351], mas não propugnam a eliminação de todo e qualquer controle social. Tais doutrinas são influenciadas pelos postulados do jusnaturalismo, lastreados em questões morais e na solidariedade dos homens. A existência do delito é justificada por uma mera rebelião ou por uma causa patológica advinda ao homem, mas ele é, naturalmente, bom e cortês. Não propõem como no abolicionismo radical a ruptura com o Estado, com toda manifestação de controle, regras e proibições; advertem, tão somente, que nada legitima a imposição de um mal, de uma violência perpetrada por muitos contra um só, em razão também de um mal por ele praticado.

A pena é uma constrição inútil, que apenas serve aos interesses dos grupos dominantes; por conseguinte, é necessário que sejam implementadas medidas alternativas,

---

[348] Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 230-235.
[349] Idem. Ibidem.
[350] Idem. Ibidem.
[351] Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

como a composição dos danos entre as partes, a "educação moral"[352] dos cidadãos, a "pressão da opinião pública"[353], o fomento da solidariedade e do sentimento de companheirismo para que os indivíduos resolvam, pacificamente, seus conflitos.

O abolicionismo contemporâneo, que tem por expoentes Hulsman[354] e Nils Christie[355], aproxima-se do abolicionismo holístico e anárquico. É marcado, em especial, pela tentativa de solução dos conflitos diretamente entre as partes, num primeiro momento com a solução natural dos litígios e, num segundo momento, quando houver falha da auto-composição dos danos, o uso da solução artificial dos conflitos, recorrendo-se ao juízo cível – nunca criminal – para quedar tais problemas.

Destarte, Christie[356] ainda salienta que não se pode adotar o abolicionismo penal na sua forma pura – radical – pois a abolição imediata do sistema penal não é possível. Aproxima-se aqui do minimalismo, advertindo, conduto, que a imposição de uma pena, de uma sanção penal não é algo necessário diante da prática de uma conduta contrária à regra, portanto, não uma conduta delitiva, mas sim indesejável por aqueles que criam a norma. Assim sendo, existem outras soluções plenamente possíveis e plausíveis para a solução deste problema, devendo-se abandonar a pena em quaisquer de suas formas. Assevera o autor:

> ***Espero que el razonamiento en este punto deje en claro que El abolicionismo, en su forma más pura, no es una posición alcanzable. No podemos abolir totalmente el sistema penal. Pero mostraré en los próximos capítulos, que podemos adentrarnos mucho em esa dirección****. El delito no existe como un fenómeno natural. El delito es sólo una dentro de muchas posibles maneras de ver a los actos deplorables. Somos libres de elegir, y la variación en los niveles de castigo a través del tiempo dentro de los diferentes Estados y también entre Estados, es una ilustración de esa libertad.*
>
> *[...]**Ambos, abolicionistas y minimalistas, toman los actos indeseables como su punto de partida, no los actos definidos como delitos****. Y se preguntan cómo puede hacerse frente a estos actos. Indemnizar a la parte damnificada, o establecer una Comisión para la Verdad o ayudar al ofensor a pedir perdón, ¿puede ayudar a manejar El conflicto? Una posición minimalista nos permite elegir. Tomando como punto de partida toda la secuencia de eventos que llevan a la acción indeseada, penar se vuelve una, y sólo una, entre muchas opciones. Dejar que el análisis surja de conflictos, más que de delitos, otorga una perspectiva liberadora****. Significa que no estamos atrapados en una "necesidad penal", pero somos libres para elegir****.* [357](grifos aditados).

Diante da prática da conduta indesejada, adota-se a sanção penal. Para esta vertente abolicionista, esta é a solução burra e limitada, pois impõe um mal a quem, em

---

[352] Idem. Ibidem.
[353] Idem. Ibidem.
[354] Cf. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas:** O sistema Penal em questão. Niteróis: Luam, 1993.
[355] Cf. CHRISTIE, Nils. **Una sensata cantidad de delito.** Buenos Aires: Del Puerto, 2004.
[356] Cf. CHRISTIE, Nils. **Una sensata cantidad de delito.** Buenos Aires: Del Puerto, 2004.
[357] Idem. Ibidem. p. 127-128.

verdade, não o praticou, apenas se insurgiu contra uma regra determinada por um grupo que se encontra no poder. Outras soluções hão de ser aplicadas, como a solução privada dos conflitos e a justiça cível.

Já Hulsman[358] destaca o homem bom. Os ideais de bondade, companheirismo, solidariedade, educação, moralismo superior, "mecanismos naturais de regulamentação social"[359] são traços do abolicionismo atual. Neste sentido, pontua que:

> 52. COMPANHEIRISMO
>
> A solução de problemas interpessoais em contextos privados acontece com muito mais freqüência do que se imagina. **Quando num grupo, numa comunidade natural, surge um conflito mais ou menos agudo, mais ou menos permanente, é comum os interessados, seus parentes, seus amigos procurarem uma maneira de desativar o conflito**. Não raro somos chamados a intervir numa discussão entre vizinhos. Espontaneamente, tentamos aplanar certas dificuldades entre casais ou certos problemas de convivência entre pais e filhos. Procuramos desanuviar o ar, quando surge no trabalho uma situação tensa entre os colegas ou companheiros. E, muitas vezes, em nossa própria vida, não pensamos em pedir conselho, ajuda, a mediação de alguém, para podermos aceitar um acontecimento doloroso, tomar uma decisão fundamental, iniciar um diálogo difícil.
>
> **Estes "mecanismos naturais de regulamentação social" são empregados a todo momento e constituem fatores de desalienação**. O fato de não estarmos mais sozinhos diante de um problema torna tal problema mais suportável. Procurar uma solução com os outros já constitui, em si, uma atividade libertadora.[360] (grifos aditados)

Conforme visto no título II deste trabalho, o homem não é naturalmente pacífico; o conflito, a violência, a sede pelo poder, a competitividade são marcas intrínsecas do ser humano. Não há homens "bons" e um Estado "mau"; há manifestações da própria natureza do homem e o Estado é reflexo desta natureza, pois é composto por uma pluralidade de homens. A regra sempre existirá, bem como o castigo, haja vista que se vive em sociedade (agrupamentos humanos) e o conflito é sempre latente. Não se pode afirmar que é o Direito Penal que corrompe o homem com sua violência; o homem é violento e compõe o Direito Penal, que funciona como um freio à arbitrariedade dessa violência. Há de existir este ramo do Direito e a pena como limitadores do poder de perseguir e punir do Estado, bem como instrumentos de proteção dos bens jurídicos mais importantes para a comunidade; porém, deve-se buscar mecanismos para tornar a imposição da pena menos violenta e injusta.

---

[358] Cf. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas:** O sistema Penal em questão. Niterói: Luam, 1993.
[359] Idem. Ibidem.
[360] HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas:** O sistema Penal em questão. Niterói: Luam, 1993. p. 129

Retornando à análise do abolicionismo contemporâneo, especificamente do pensamento de Hulsman quanto à solução dos conflitos, percebe-se que o Sistema Cível ganha destaque nesta vertente:

> **54. Retribuição e Sistema Cível**
>
> Quando os fatores naturais de resolução de conflitos falham ou se revelam impotentes, os interessados, de todo modo, se vêem obrigados a recorrer a mecanismos **artificiais.** Entra, assim, em cena o aparelho oficial de justiça. O papel dos tribunais consiste exatamente em dizer o direito de cada um nas situações conflituosas e reorientar as relações interpessoais mal sucedidas ou não integradas na vida social. Que cada um recupere seu lugar, sua honra, seus bens perdidos – é a isso que, em princípio, se dedicam os tribunais de qualquer tipo, intervindo quando demandados pelos interessados que não conseguiram resolver seus problemas ou a quem a lei impõe esta forma de regulamentação. Não há qualquer razão para se acrescentar um **poder de punir** a tribunais **repressores,** a fim de que, em **determinados** conflitos, escolhidos de maneira discutível, algumas pessoas sejam tratadas como culpados que devem ser castigados. Se repensarmos as diferentes linhas de aproximação possíveis diante de uma situação conflituosa, veremos claramente que o enfoque **cível** – nos limites postos pelo campo institucional – sempre poderá ser uma linha adequada, qualquer que seja o conflito. **Todos os tribunais chamados de 'cíveis', com algumas modificações que teríamos que considerar, podem ou deveria poder intervir de maneira mais útil para os interessados do que o atual sistema penal**.[361] (grifos aditados)

Diante de tais posicionamentos, Paulo Queiroz[362] traça, sinteticamente, as bases críticas do abolicionismo, quais sejam: a incapacidade do sistema penal em atuar prevenindo, quer com a comunicação, quer com a execução da pena, a prática de novos delitos, não desencorajando a sociedade e o próprio infrator; o caráter seletivo do sistema penal, escolhendo os potenciais criminosos e punindo apenas certas classes, reproduzindo as desigualdades sociais; o próprio sistema penal viola a legalidade e os direitos humanos, com penas desumanas, degradantes, cruéis; há a neutralização da vítima e a rotulação da conduta que infringe a norma como "delitiva", o que termina por limitar a solução do próprio conflito; o crime, em verdade, não existira, pois lhe falta consistência material (ontológica), pois se etiqueta, rotula determinados comportamentos como criminosos que não possuem nada em comum, somente esta qualidade de "criminosos"; o sistema penal intervém sobre pessoas e não sobre situações, lastreando-se na idéia de culpabilidade individual; o Direito Penal atua tardiamente, pois entre a prática do delito e a imposição da pena decorre, necessariamente, um considerável lapso temporal; o sistema penal intervém sobre os efeitos e não sobre as causas da violência, de tal sorte que atua apenas sobre certas categorias de pessoas, selecionadas como delinqüentes.

---

[361] HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas:** O sistema Penal em questão. Niterói: Luam, 1993. p. 131.

[362] Cf. QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do Direito Penal:** lineamentos para um Direito Penal mínimo. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 40-51.

Acerca da inutilidade do Sistema Penal, Christie pondera que:

> *Tal vez no deberíamos tener crirninología. Tal vez sena mejor abolir todos los institutos carcelarios, y no abrirlos. Tal vez las consecuencias sociales de la criminología sean más dudosas de lo que nos gusta pensar. Yo creo que lo son. Y creo que ello se relaciona con mi tema: los conflictos como pertenencia. Mi sospecha es que la criminología, en alguna medida, ha profundizado un proceso en El que los conflictos le han sido arrebatados a las personas directamente involucradas, de modo tal que, o bien han desaparecido, o bien se han transformado en pertenencia de otra gente. En ambos casos se ha llegado a un resultado deplorable. Los conflictos deben ser usados, no sólo abandonados a su suerte; y deben ser usados -para resultar útiles- por quienes originariamente se vieron envueltos en ellos.*[363]

Com efeito, o crime, para os abolicionistas, não existe; a sociedade é levada, desde o início, quando o indivíduo nasce, a crer que existem os cidadãos "maus", os delinqüentes, e, por conseguinte, o crime; o Estado se revela como o único ser capaz de proteger a sociedade dessas figuras e o sistema penal como a solução eficaz de combate a este "mal". Analisando, ao longo dos séculos, as histórias das punições, os abolicionistas concluem que o crime e o criminoso são ficções criadas para legitimar e manter um grupo no controle e que o conformismo diante de tal situação conduz a humanidade à falsa noção de que sem o Direito Penal e as penas, sobretudo, seria impossível conviver pacificamente.

O abolicionismo contemporâneo propõe, portanto, que a sociedade se liberte deste mito e passe a resolver seus problemas sozinhas, através da auto-composição ou, na falha do entendimento natural, que se valha do Direito Civil.

Críticas são formuladas ao abolicionismo por inúmeros doutrinadores, dentre os quais, Ferrajoli[364], Paulo Queiroz[365] e Salo de Carvalho[366], garantistas, cujos posicionamentos são utilizados neste trabalho. Decerto, as críticas elaboradas pelos abolicionistas ao sistema penal são pertinentes; a solução, porém, por eles apontadas deve ser rechaçada. Há, sem dúvidas, pontos em comum entre os minimalistas e os abolicionistas, sobretudo a constatação de que o modelo penal vigente encontra-se falido.

O sistema carcerário é um mal, pois viola todos os direitos e garantias do condenado; há a imposição de dor, sofrimento, humilhações e o suposto fim apontado pelos adeptos da Nova Defesa Social, qual seja, a ressocialização – levando-se em consideração o

---

[363] ROXIN, Claus; et.al. ***De los delitos e de las victimas*.** Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992. p. 159

[364] Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

[365] Cf. QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do Direito Penal:** lineamentos para um Direito Penal mínimo. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

[366] CARVALHO, Salo de. **Garantismo e Direito de punir:** Teoria Agnóstica da pena**.** Disponível em: < http://andreischmidt.sites.uol.com.br/Salo_garantismo_e_direito_de_punir.htm > Acesso em: 01 jun 2009.

discurso oficial, com a suposta missão da pena em devolver o criminoso recuperado à sociedade – não é alcançado. Superlotações de presídios, celas em péssimas condições de higiene, exploração da mão-de-obra carcerária, dentre inúmeros outros problemas já apontados nesta dissertação, aliados à inoperabilidade do próprio processo penal – julgamentos longos e inacabáveis, acusações infundadas, desprezo à vítima e a afronta ao princípio do *in dúbio pro reo* – desembocam na falência do sistema penal.

Não se pode, contudo, defender o fim imediato da pena ou o término do Direito Penal. Ferrajoli[367] pontua que duas são as principais críticas a serem opostas aos abolicionistas; a primeira consiste na adoção de modelos de sociedade utópicos, quais sejam: a sociedade selvagem e a sociedade disciplinar. O autor afirma que, diante da análise das principais vertentes abolicionistas, ou se cai na ilusão de uma sociedade perfeita, pacífica (disciplinada) ou se defende uma sociedade sem qualquer controle, sem regras (selvagem); em ambos os casos, não é possível que haja convivência, tampouco sobrevivência de um agrupamento humano.

Neste sentido, Paulo Queiroz[368] pontua que é difícil vislumbrar que em uma sociedade exista a solução dos conflitos de forma pacífica, em especial quando o delito é praticado com violência ou grave ameaça; delitos como o homicídio, estupro, seqüestro, torturas, genocídio, terrorismo, dentre outros, dificilmente poderiam ser solucionados de forma tranqüila, apenas entre as partes envolvidas (autor e vítima).

De fato, a abolição do Direito Penal é solução demasiadamente perigosa, pois é função do próprio Direito Penal limitar o poder de punir do Estado. Em verdade, cumpre a este ramo do Direito proteger os cidadãos das arbitrariedades que possam ser perpetradas pelo ente estatal; transferir para o âmbito do Direito Privado a proteção aos bens jurídicos mais importantes traduz dois problemas: a proteção ineficaz e incompleta de bens jurídicos fundamentais como a vida, com sua conseqüente banalização e mensuração – pois será deflagrada a imposição de acordos financeiros para compor quaisquer danos entre as partes – e a atuação desenfreada do Estado em proteger a qualquer custo tais bens essenciais.

Ou seja: o Estado tanto pode banalizar tais bens como pode se arvorar a protegê-los sem quaisquer garantias aos cidadãos. Colaciona-se a crítica formulada por Salo de Carvalho ao modelo abolicionista:

---

[367] Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

[368] . QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do Direito Penal:** lineamentos para um Direito Penal mínimo. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 49-51.

> Na realidade estas alternativas negam o avanço representado pelo direito e processo penal da modernidade e instauram sistemas de controle desregulamentados, pois o controle social passa a ser difuso e incontrolável. Em sendo o direito penal e processual modernos essencialmente limitativos, sua abolição implicaria a abolição destes limites impostos pelo Estado ao seu próprio poder de punir.[369]

Destarte, a imposição de limites ao direito de perseguir e punir do Estado, é algo de extrema importância; com efeito, o Leviatã[370] sempre existiu e sempre existirá, pois em toda sociedade há um poder central que dispõe quais são as regras, sendo que um homem aparecerá para infringi-las e o castigo será aplicado. Para que esta aplicação não seja violenta, é preciso que exista o Direito Penal, e, por conseqüência a pena privativa de liberdade.

Não se pode esquecer a importância do surgimento da pena privativa de liberdade para a humanidade, uma vez que a aplicação das demais sanções eram de natureza extremamente cruéis, como as mutilações dos condenados, castigos corporais, pena de morte, dentre outras formas degradantes de punição. Também não se objetiva neste trabalho – conforme já restou demonstrado nos capítulos anteriores – fazer uso de uma imagem mítica da pena, fantasiosa, como se a segregação dos indivíduos e a violação de sua identidade não constituíssem, por si só, afrontas à dignidade humana.

Não se pode concordar, porém, com o fim do Direito Penal, haja vista que a humanidade padeceria sob o mal da arbitrariedade. Ainda adotando o pensamento de Salo de Carvalho:

> Constatamos, pois, uma interação entre a crítica marginal e o modelo garantidor na redefinição das doutrinas penológicas. Não mais uma teoria justificante do direito (poder) de punir, mas normativa acerca dos limites e condições de legitimidade da pena fundadas em fins específicos: (a) **diminuição de dor e sofrimento causada pela aplicação da pena;** (b) reconhecimento da pena na esfera da política; e, (c) **tutela do pólo débil na relação contra qualquer tipo de vingança emotiva e desproporcional, seja pública, seja privada.**
>
> O projeto de minimização do sofrimento imposto pelo uso da pena e a negação da violência pública e privada ilegítimas possibilitam a negativa explícita dos modelos teóricos justificadores, visto que reloca acertadamente o problema da pena da esfera jurídica à política. **O direito, nesta ótica, retoma seu papel de limite à política, atuando como vínculo negativo de ação administrativa**.[371] (grifos aditados)

---

[369] CARVALHO, Salo de. **Garantismo e Direito de punir:** Teoria Agnóstica da pena**.** Disponível em: < http://andreischmidt.sites.uol.com.br/Salo_garantismo_e_direito_de_punir.htm > Acesso em: 01 jun 2009.

[370] Cf. HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

[371] CARVALHO, Salo de. **Garantismo e Direito de punir:** Teoria Agnóstica da pena**.** Disponível em: <http://andreischmidt.sites.uol.com.br/Salo_garantismo_e_direito_de_punir.htm > Acesso em: 01 jun 2009.

Se existe agrupamento humano, existem regras; com as regras, criam-se os castigos, que serão aplicados aos violadores das normas. Os castigos, por sua vez, são impostos pelo Estado, representante da vontade e da força das classes dominantes da sociedade. Abolir o Direito Penal significa dar ao ente estatal todos os poderes para perseguir e punir, de acordo com os interesses dos detentores do controle social que o informam. Este ramo do Direito é instrumento de limitação deste poder e a sua função também reside na diminuição da dor e do sofrimento na aplicação do castigo correspondente. Neste mesmo sentido, Paulo Queiroz adverte:

> Confia-se, por conseguinte, ao direito penal uma dupla função de prevenção geral (dissuasão negativa): prevenção geral dos delitos e prevenção geral das penas arbitrárias ou desproporcionais. **O direito penal, concebido como instrumento de tutela dos direitos fundamentais, e, orientado para tutela desses direitos contra a violência arbitrária do mais forte, serviria, assim, à proteção dos mais débeis**. Seria o código ou a lei do mais débil. **Seria um mal menor diante do mal do delito, um mal menor diante de reações públicas ou privadas arbitrárias**.[372] (grifos aditados).

Há, portanto, de se relegitimar o Direito Penal, destacando sua função minimalista garantista, o que força a releitura da Lei de Execuções Penais, como será feito adiante.

1.1.2 A não adoção da Criminologia Radical e do *labeling approach*

Alguns dos postulados da Criminologia Radical[373] foram utilizados neste trabalho, em especial a crítica da reprodução dentro do cárcere das desigualdades sociais existentes na comunidade, o controle social dos indivíduos e a anulação das identidades.

Criada em 1972 pelo Grupo Europeu para o Estudo do Desvio e do Controle Social em Florença, Itália, a Criminologia Radical propõe uma releitura do conceito de crime e criminoso utilizado pelas teorias tradicionais da criminologia, ou seja, visa questionar a classificação do que se convencionou denominar crime – como produto dos defeitos psicológicos dos homens considerados "anormais" – e o controle social em si, e quem é legítimo a exercê-lo. Adotando as lições do marxismo, Juarez Cirino dos Santos[374] pontua que a Criminologia Radical tem por objetivo geral a análise das relações sociais de produção –

---

[372] QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do Direito Penal:** lineamentos para um Direito Penal mínimo. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 53

[373] Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia Radical.** 3ª Ed. Curitiba: IPC: Lúmen Júris, 2008.

[374] Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia Radical.** 3ª Ed. Curitiba: IPC: Lúmen Júris, 2008.

estruturas de classes – e a reprodução político-jurídica da formação social – superestrutura de controle.

Há o estudo das relações sociais, econômicas e políticas atreladas à questão penal. As lutas de classes existentes demandam a criação do crime e do controle social, pois o comportamento desviante, que não se adequa aos padrões daqueles que detém os meios de produção, deve ser punido. Revela-se, portanto, uma ligação entre a criminologia e a economia, política e o Direito. Com a seleção das classes marginalizadas, cria-se a classe dos criminosos; há a sua punição por serem considerados "potenciais delinqüentes", enquanto que as elites encontram-se protegidas e não são punidas.

Decerto, se forem analisadas as estatísticas da criminalidade, se perceberá que a esmagadora maioria dos condenados são pessoas das camadas inferiores da sociedade e que há uma punição do autor do fato e não da conduta delitiva em si. Dessa forma, a Criminologia Radical defende a socialização dos meios de produção para acabar com estas diferenças entre classes, descriminalizando certas condutas claramente protetoras do capitalismo para, num segundo momento, abolir a pena de prisão. Juarez Cirino dos Santos afirma que:

> 4. A base social da Criminologia Radical é constituída pelas classes trabalhadoras e outras categorias sociais oprimidas, o que explica (a) o *compromisso* da luta contra o imperialismo, a exploração capitalista, o racismo e todas as formas de discriminação e de opressão social; (b) o *objetivo estratégico* de construção do socialismo e (c) a *tarefa científica* de elaboração de uma teoria materialista do Direito e do crime, na sociedade capitalista.
>
> O objetivo estratégico da Criminologia Radical postula a socialização dos meios de produção como pré-condição da abolição das desigualdades econômicas e políticas e do controle, redução e eliminação gradativa da criminalidade estrutural e individual. [375]

Outrossim, não se pode olvidar que as teses sustentadas pela Criminologia Radical são de grande valia e possuem pressupostos em comum com o garantismo. É certo que a pena de prisão anula o criminoso, destrói sua identidade e reproduz dentro do cárcere a estrutura organizacional de poder existente fora dele; a mão-de-obra carcerária é explorada pelo Estado e pelas empresas privadas, detentoras de sua mais-valia, de seu suor. É forçoso lembrar que é através do ideal ressocializador que se passa a errônea noção ao indivíduo de que a pena purifica o "delinqüente" e é o único meio apto a devolvê-lo à sociedade.

Não se pode, contudo, adotar tal vertente, pois cai no falido discurso ressocializador, conforme destaca Juarez Cirino dos Santos:

---

[375] SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia Radical.** 3ª Ed. Curitiba: IPC: Lúmen Júris, 2008. p. 127.

> A estratégia da Criminologia Radical para o sistema carcerário é, de fato, radical: abolição da prisão. As funções reais do aparelho penal, de reprodução das condições de produção (separação trabalhador/meios de produção), de garantia da exploração capitalista (relações de produção), com as conseqüências da marginalização social e de desarticulação política da força de trabalho excedente, somado ao fracasso da ideologia penitenciária (controle da criminalidade e correção do criminoso), justificam o objetivo estratégico: a preservação da instituição carcerária só interessa às classes dominantes. Entretanto – aliem da descriminalização e da despenalização –, o objetivo estratégico de abolição da prisão requer mediações políticas táticas, como a extensão das medidas alternativas da pena e a abertura do cárcere para a sociedade. [...] A abertura do cárcere para a sociedade limita as conseqüências de marginalização e desarticulação política promovidas pelo sistema carcerário, **possibilitando a reintegração do condenado em sua classe – e, portanto, na sociedade de classes – pela ação coordenada de associações de presos e de organizações dos trabalhadores**, como partidos políticos, sindicatos, comitês de fábrica, associações de bairros etc., **transferindo o processo de ressocialização *da* prisão (Estado) *para* a comunidade. Esse desdobramento é a alternativa radical ao "mito" da reeducação penal: se o crime é uma resposta pessoal (não política) às condições estruturais adversas, então a correção do criminoso pressupõe o desenvolvimento da consciência de classe e sua (re) integração nas lutas coletivas econômicas e políticas de classe trabalhadora e do conjunto de camadas sociais inferiores.**[376] (grifos aditados).

Percebe-se, pois, que o autor critica o mito da ressocialização, porém se vale do mesmo discurso ao defender que a reeducação do condenado deve ocorrer fora do cárcere e não dentro dele. Em verdade a afirmação de que o preso precisa ser reeducado, ainda que fora da prisão, consagra o mito da correção. Demonstrar apenas que o cárcere não é o local propício à ressocialização e sim a própria sociedade significa aceitar que quem comete um delito torna-se não social, perde sua condição humana – haja vista que o ser humano é sociável por natureza – e defender que ele deve ser reintegrado à comunidade é concordar que ele deve ser "purificado", a ponto de estar apto ao convívio entre os homens.

O indivíduo ao cometer um delito deve ser punido para que a sociedade não se vingue dele e, ao mesmo tempo, para que se protejam os bens jurídicos essenciais para a humanidade. Não se pune o criminoso para que ele se adeque a sociedade, para que ele se torne social de novo; há a imposição da pena para que haja a preservação do bem jurídico por ele violado e, sobretudo, para que a população não exerça a vingança pública e privada. Deve ser – embora ainda, na prática, não o seja – uma garantia de observância dos direitos a imposição de uma sanção penal.

Não se pode, contudo, deixar de atentar para as valiosas contribuições trazidas por esta teoria, como a crítica ao sistema carcerário e a implementação de medidas voltadas ao próprio Direito Penal, como a descriminalização de certas condutas criadas unicamente com o intuito de proteger os interesses capitalistas.

---

[376] Idem. Ibidem. p. 121-122.

Acerca do *labeling approach* por possuir as mesmas bases teóricas da Criminologia Radical, pois são estudos sociológicos do Direito Penal, os mesmos comentários tecidos antes são aqui aplicados. Conforme *ex vi*[377] os postulados da Criminologia Crítica, sobretudo o *labeling approach*[378] – teoria responsável pela "ponte" entre a Criminologia Tradicional e a Criminologia Crítica – são de grande valia, pois há, de fato, o etiquetamento dos criminosos e dos crimes, uma vez que, são escolhidos autores e comportamentos para se incriminar com fulcro em questões políticas e econômicas. Alessandro Baratta assevera que:

> [...] Em primeiro lugar, a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, e, especialmente o cárcere, é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade. Incidindo negativamente sobretudo no *status* social dos indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos, ela age de modo a impedir sua ascensão social. Em segundo lugar, e esta é uma das funções simbólicas da pena, a punição de certos comportamentos ilegais serve para cobrir um número mais amplo de comportamentos ilegais, que permanecem imunes ao processo de criminalização. Desse modo, a aplicação seletiva do direito penal tem como resultado colateral a cobertura ideológica desta mesma seletividade.[379]

Não se pode, contudo, reduzir a função do Direito Penal e da pena a esta constatação; a proteção ao direito à vida, por exemplo, nada tem a ver com as questões econômicas e sociais. Trata-se de um direito fundamental que deve ser protegido, preservado; o direito à integridade física e psíquica também. São direitos essenciais ao convívio do homem em sociedade. Crimes, porém, de cunho capitalista, como os delitos contra o patrimônio, crimes contra o Fisco e a Administração pública, deveriam ser despenalizados e punidos pela esfera cível ou tributária, pois existe aqui a seleção do criminoso e do crime – não se pode punir um miserável por furto ou roubo, como também se entende que não deve haver encarceramento do empresário por fraude ao fisco. Ademais, analisando estes crimes, percebe-se o quão indeterminado são os termos empregados pelo legislador para punir condutas que afrontem, por exemplo, a Ordem Econômica, nas palavras de Régis Prado:

> O conceito de ordem econômica, de natureza ambígua, como objeto da tutela jurídica, costuma ser expresso de forma estrita e ampla. Na primeira, entende-se por ordem econômica a regulação jurídica da intervenção do Estado na economia; na segunda, mais abarcante, a ordem econômica é conceituada como a "regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços". [380]

---

[377] Sobretudo no título I deste trabalho, quando se questionou o caráter simbólico do Direito Penal e o etiquetamento de crimes e criminosos.
[378] Cf. BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal:** introdução à sociologia do Direito Penal. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
[379] BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal:** introdução à sociologia do Direito Penal. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 166
[380] PRADO, Luiz Régis. **Direito Penal Econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 p. 27.

Há a crítica do Direito Penal como direito igual por excelência – o que se concorda – e a crítica da reprodução das relações sociais no cárcere, o que também não se nega, bem como o uso dos condenados como "exército marginal de reserva"[381], explorando a mão-de-obra carcerária; mas a solução não se restringe ao fim da pena e ao fim do Direito Penal, pois é também inegável que existem direitos essenciais que devem ser protegidos. Deve-se, contudo, promover uma mudança radical no Direito Penal e na imposição da pena, adotando-se efetivamente o garantismo, aproximando o discurso da prática. Por conseguinte, busca-se a descriminalização de certas condutas, a imposição de penas com cumprimento de no máximo 10 (dez) anos; a adoção, como regras, das penas alternativas como solução diante da realização da conduta criminosa e, em especial, a preservação dos direitos e garantias do preso durante o cumprimento da pena, em especial o princípio da dignidade humana.

1.1.3 Não adoção do funcionalismo sistêmico Radical

A função da pena reside, para Jakobs[382], no reforço da confiança do cidadão da norma. Com efeito, quando o agente pratica um delito, ele não está violando um bem juridicamente protegido, mas sim a própria norma, pois se acaso a função da pena residisse na proteção a tais bens, a tentativa, com a mera exposição do bem ao risco, não poderia ser punida. Busca-se, com a imposição da pena, garantir uma identidade normativa de uma sociedade.

> **Um ato penalmente relevante – de forma paralela ao que já se disse – não se pode definir como lesão de bens, mas somente como lesão da juridicidade. A lesão da norma é o elemento decisivo do ato penalmente relevante**, como nos ensina a punibilidade da tentativa, e não a lesão de um bem. Novamente, de forma paralela ao que já se disse, tampouco a pena pode estar referida à segurança dos bens ou algo semelhante; a segurança dos bens ou a prevenção dos crimes encontram-se, no que diz respeito à pena, em uma relação excessivamente elástica para que se possam cumprir suas próprias funções**. A pena deve ser entendida como marginalização do ato em seu significado lesivo para a norma e, com isso, como constatação de que a estabilidade normativa da sociedade permanece inalterada; a pena é confirmação da identidade da sociedade,** isto é, da estabilidade normativa que com a pena se alcança – desde que se pretenda –, pois esta é sempre a finalidade da pena.
>
> A função manifesta da pena de confirmar a identidade da sociedade não exclui o aceitar como função latente uma direção e uma motivação: a reiterada

[381] Idem. Ibidem. p. 167.
[382] Cf. JAKOBS, Günther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal.** Trad. de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

> marginalização do ato e a confirmação da estabilidade social excluem formas de comportamento criminoso do repertório das sugestões internas. [383] (grifos aditados).

Concordar com tal vertente seria negar tudo o quanto exposto neste trabalho, haja vista que atrelar a função da pena ao reforço da confiança na norma, no sistema jurídico, significa concordar com o ideal ressocializador e com todos os dogmas criados pelo Estado, constantes em diversos diplomas normativos, à guisa de exemplo, a própria Lei de Execução Penal, a Lei de Crimes Hediondos, Lei de Crime Organizado, dentre outras. A pena não pode confirmar a identidade social, uma vez que se existisse, de fato, uma identidade, uma unidade social, não haveria delito, pois ninguém se insurgiria contra a norma. Proteger uma suposta "identidade"[384] da comunidade significa dizer que se protegem os interesses manifestos na sociedade, que são, conforme já demonstrado neste trabalho, pertencentes às classes dominantes.

Há de se exercer um juízo crítico e questionar os ídolos construídos pelo ente estatal, através da consagração dos interesses dos grupos dominantes. A imposição da sanção penal para reforçar tais conceitos exarados em normas corresponde a aceitação pacífica das verdades. Por conseguinte, se protege os valores ditos como essenciais por estes grupos sem se questionar se são, de fato, primordiais para a sociedade como um todo.

A mera repetição do discurso oficial traduz todos os males já expostos neste trabalho; sem o juízo crítico, o cidadão apenas repete as falácias que lhe são impostas, sem ao menos as questionar e, diante disto, a realidade jurídica permanece imutável, sem acompanhar a realidade social subjacente; ora, não se pode afirmar que o funcionalismo sistêmico radical preserva a "identidade" da sociedade, pois se objetiva mantê-la inalterada, punindo e marginalizando todo e qualquer comportamento desviante, o que termina por se afastar da própria sociedade. É fato que os ideais de cada sociedade mudam ao longo dos anos, e permanecer o sistema de normas fechado para esta troca de experiências viola o princípio da adequação social.

1.1.4 Não adoção do funcionalismo teleológico moderado

[383] Idem. Ibidem. p. 51-52.
[384] A identidade de cada sociedade é cunhada através da análise dos comportamentos das maiorias, que irão definir a feição do grupo. Não há unicidade de pensamento e comportamento, mas condutas e posturas majoritárias.

Com efeito, é preciso adotar o garantismo; atente-se, ainda, para o funcionalismo teleológico de Roxin, abandonando, porém, o ideal ressocializador e todo o discurso falacioso e não oficial que está submerso a este conceito.

O Direito Penal possui caráter subsidiário, somente sendo legítima sua atuação quando os demais ramos do Direito falharem na proteção aos bens jurídicos. Por conseguinte, é função do Direito Penal proteger os bens jurídicos mais importantes dos ataques mais graves do homem. É esta a base que legitima e justifica, posteriormente, a imposição de uma pena para o funcionalismo teleológico e para o garantismo.

Neste trabalho, todavia, embora se concorde com o funcionalismo desenvolvido por Roxin quanto ao momento em que o Direito Penal deve atuar e o que legitima tal atuação, não se pode adotar integralmente tal linha de pensamento, uma vez que ela desemboca no ideal ressocializador. Embora Roxin critique a prevenção especial positiva em um primeiro momento, termina se utilizando desta função da pena ao final da construção de sua teoria. Assim sendo, o autor assevera que:

> A idéia de um direito penal preventivo de segurança e correção, seduz pela sua sobriedade e por uma característica tendência construtiva e social. Mas, assim como é clara nos seus fins, não fornece, em contrapartida, uma justificação das medidas estatais necessárias para a sua persecução.
>
> [...]
>
> Exprimindo-o numa só fase: a teoria da prevenção especial não é idônea para fundamentar o direito penal, porque não pode delimitar os seus pressupostos e conseqüências, porque não explica a punibilidade de crimes sem perigo de repetição e porque a idéia de adaptação social coativa, mediante a pena, não se legitima por si própria, necessitando de uma legitimação jurídica que se baseia noutro tipo de considerações. [385]

Neste ponto, Roxin critica, de sobremodo, a ressocialização. Mais adiante, todavia a defende, questionando, contudo, o momento em que se deflagra sua necessidade, afirmando ainda que não se pode, sob pretexto de se ressocializar o criminoso, anular sua identidade:

> Tal significa que não é lícito ressocializar com a ajuda de sanções jurídico-penais pessoas que não são culpadas de agressões insuportáveis contra a ordem dos bens jurídicos, por mais degeneradas e inadaptadas que sejam essas pessoas. Caso este ponto de vista seja ignorado, estaremos sob a ameaça do perigo de uma associação colectivista que oprime o livre desenvolvimento da personalidade. [386]

Malgrado o autor demonstre salutar preocupação com a preservação da identidade e personalidade do criminoso, ainda assim, não convém adotar a ressocialização, em razão dos fundamentos anteriormente narrados neste trabalho. Não se pode concordar com esta finalidade da pena porque não há de fato o que ressocializar! Este termo deflagra que o preso

---

[385] ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal.** Lisboa: Vega, 1986. p. 20-23
[386] Idem. Ibidem. p. 41.

deve ser submetido a um tratamento para tornar a ser social. Em verdade com a pena se quer preservar o próprio preso do arbítrio do Estado e dos cidadãos. A pena de prisão impede que haja o exercício da vingança privada ou da vingança generalizada; trata-se de uma proteção ao infrator de que não haverá imposição de um castigo desmesurado, pautado meramente no ódio e não na razão.

Com efeito, não se pode afirmar que a pena tem como finalidade educar moralmente o condenado de tal sorte que ele se adeque ao direito, ou tampouco "formar intelectual e espiritualmente, despertar a consciência da responsabilidade e activar e desenvolver todas as forças do delinqüente"[387]; tal assertiva encerra um contra-senso: como se pode desejar que se preserve a identidade do recluso e ao mesmo tempo se valer da pena para orientá-lo a se adequar à sociedade? Em verdade, o autor ao afirmar que objetiva preservar a identidade do condenado, não se refere à sua auto-determinação como indivíduo, mas em evitar que ele venha a ser submetido à aplicação de penas degradantes e humilhantes.

Propõe, portanto, que sejam corrigidos os corrigíveis e neutralizados os não corrigíveis. Àqueles que cometeram de forma pontual um delito, que não são "inconstantes" e "pouco dotados", freqüentemente com "rasgos psicopáticos"[388], a pena deve ser aplicada tão somente para que ele possa trabalhar e revelar suas forças como sujeito de um modo de vida produtivo; já os demais, há de se aplicar a pena para que eles sejam reeducados e possam ser readaptados à sociedade.

Decerto, conforme já dito, a preocupação de que o Direito Penal somente poderá intervir nos casos mais graves, protegendo os bens jurídicos mais importantes, bem como a constatação do dever da sociedade em aplicar uma pena que preserve a dignidade humana do preso, não promovendo abalos à sua identidade física e psíquica, é algo de extrema importância, sendo, inclusive, lições perfilhadas com o garantismo. Deve-se, porém, rechaçar que a função da pena é também conduzir o criminoso de volta à sociedade educando-o, pois o procedimento de "purificação" em relação aos condenados não revela a verdadeira função da ressocialização, qual seja, castrar intelectualmente o homem e explorá-lo.

---

[387] ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal.** Lisboa: Vega, 1986. p. 42
[388] Idem. Ibidem. p. 42.

1.2 RELEITURA DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS SOB O ENFOQUE GARANTISTA

É sabido que o Garantismo foi desenvolvido tendo em vista não apenas o momento da execução da pena – em verdade é voltado não apenas para o Direito Penal, mas para as relações travadas em sociedade como um todo – como a interpretação do caso concreto pelo magistrado, com o desenvolver do processo, com a conseqüente prolação da sentença e cumprimento do título executivo judicial.

Neste trabalho, contudo, conforme já salientado, serão tecidos comentários tão somente sobre o Garantismo e a execução da pena, propondo-se uma releitura da Lei de Execuções Penais e a adequação de seus institutos a esta teoria.

Demonstradas as linhas de pensamento anteriores, tendo-se extraído delas importantes lições e lhes tendo sido tecidas críticas, passa-se à justificação da adoção do garantismo penal.

Convém novamente salientar que o tema deste trabalho é a desconstrução do discurso ressocializador; por esta razão serão analisados os fundamentos do garantismo atinentes à execução penal, não se discorrendo sobre esta teoria nos momentos anteriores à execução da sentença penal condenatória.

Nos itens retro analisados, restou demonstrada a necessidade da pena e do próprio Direito Penal, pois sua função primordial é limitar o poder de punir do Estado, protegendo os bens jurídicos essenciais para o homem. Destarte, o garantismo objetiva lançar critérios de racionalidade, que permitam a imposição e a execução da pena de forma mais equânime possível, respeitando os direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Como adverte Amilton Bueno de Carvalho:

> A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a 'defesa social' acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados. [389]

[389] CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo.** 2ª ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2002. p. 19

Conforme *ex vi* o garantismo penal é o modelo adequado, uma vez que liberta a sociedade do "auto-engano"[390] em que se encontra, impedindo que a mesma permaneça repetindo um discurso falido que esconde suas reais intenções, quais sejam, a destruição da identidade do recluso e a transmissão da noção de que o Estado "purifica" o homem "mau" e o devolve "bom" para o convívio em sociedade.

1.2.1 A exposição de motivos da Lei: a Nova Defesa Social

Resta latente na Lei de Execuções Penais que seus objetivos são traçados com fulcro na ideologia da Nova Defesa Social[391], lastreada no maniqueísmo bem/mal, deflagrando como fim específico a promoção do tratamento do preso através do cumprimento da pena privativa de liberdade, submetendo-o a um procedimento de "purificação" para que ele possa estar apto a, posteriormente, retornar ao convívio em sociedade (ressocialização).

Decerto, o Estado intervencionista atende aos interesses do mercado global capitalista, razão pela qual a Nova Defesa Social é aceita quase que pacificamente em todo o ocidente. A política neoliberal orientada a intervir nas relações particulares guarda correlação com o fortalecimento do capitalismo; com uma mão se dá a oportunidade de emprego, com a outra há a exploração. Os bens jurídicos de cunho patrimonial ganham cada vez mais destaque e os direitos humanos são protegidos quando interessam à manutenção da máquina capitalista.

Explica-se: a exploração do trabalhador gera insatisfação à mão-de-obra; são conferidos direitos para que se possa passar a falsa noção de proteção de seus interesses. Conforme visto no título I deste trabalho, o pouco poder que é conferido ao cidadão o ilude, fazendo com que ele se sinta protegido e respeitado. Ao se sentir desta forma, tendo, supostamente, direitos reconhecidos e preservados, torna-se mais facilmente adestrável, aceitando a exploração que lhe é imposta.

Assim sendo, a Nova Defesa Social propõe que o criminoso seja corrigido, para retornar à sociedade preparado para cumprir as regras que lhe são impostas. A Lei de Execuções Penais prevê, para alcançar este "fim nobre", direitos e benefícios para o condenado, submetendo o seu deferimento a critérios subjetivos, como o bom comportamento carcerário. Por conseguinte, Salo de Carvalho pondera que:

---

[390]Cf. HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse**. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1982.
[391] Cf. CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 176-179

> **As reformas das codificações penais ocidentais da década de oitenta, orientadas pelo movimento da Nova Defesa Social, consagraram a ressocialização do condenado como principal objetivo da pena**. A reforma brasileira de 1984, seguindo os rumos proclamados pelo movimento eurocentrista, encontrou na pedagogia ressocializadora e na concepção meritocrática os signos ideais para edificação legislativa.
>
> [...]
>
> A propósito, a adoção explícita dos postulados da Nova Defesa Social não permitiria tal falácia. O movimento expõe claramente a necessidade de **valorações pessoais, (re)incorporando noções de periculosistas ao modelo etiológico.** Nessa perspectiva, introduz formalmente **elementos de subjetivação para o julgamento dos 'benefícios'.** O critério decisório é baseado nas convicções e perversidades do apenado, objetivando profilaticamente sua redenção ou 'cura moral'.[392] (grifos aditados).

Com efeito, os artigos 13 e 14 da Exposição dos motivos da Lei de Execuções Penais[393] encerram, de forma clara, que é objetivo desta lei aplicar as penas e medidas de segurança voltadas à repressão do infrator por seu ato e, em especial, a promoção de sua reincorporação na sociedade. No item 27 da exposição, encontra-se a finalidade da realização de exames de personalidade no curso da execução penal para se determinar as mudanças da personalidade do agente e o grau de adequação às normas sociais e, nos artigos seguintes, cria-se a Comissão Técnica de Classificação, que ficará encarregada da elaboração de laudos e emissão de pareceres quanto ao merecimento do recluso ao deferimento de benefícios ou dos castigos.

Ademais, afirma que o trabalho carcerário é instrumento fundamental à reintegração do preso à comunidade, asseverando-se, inclusive, no item 56 que:

> O projeto conceitua o trabalho dos condenados presos como **dever social e condição de dignidade humana** – tal como dispõe a Constituição, no artigo 160 inciso II – assentando-o em dupla finalidade: educativa e produtiva.[394] (grifos aditados)

A imposição do trabalho como um dever social traz a dualidade deste instituto: é, ao mesmo tempo, um dever do preso e um direito seu. É dever, pois ele, ao praticar uma infração, assume um débito com a sociedade e, para que possa retornar ao seu convívio, há de saldar tal dívida, que se dá através da sua adequação às regras da comunidade; é, em tese, direito seu, uma vez que através do trabalho ele adquire mais rapidamente o senso de responsabilidade e obediência aos ditames da comunidade, tornando-se um corpo dócil.

No capítulo anterior desta dissertação, todas as mazelas trazidas pelo trabalho carcerário foram abordadas; o trabalho prisional em nada respeita a dignidade humana, haja

---

[392] CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008..p. 177-178.
[393] Cf. KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal e Legislação Complementar.** 2ª ed. Curitiba, JM, 2000.
[394] KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal e Legislação Complementar.** 2ª ed. Curitiba, JM, 2000. p. 61

vista que “massifica” o preso, o faz perder sua identidade e, atrelado à disciplina, ao horário e à repetição das tarefas, ele torna-se uma mera peça da máquina capitalista. Aqui, a suposta liberdade do preso em escolher se quer laborar ou não, se encontra mitigada, pois um homem recluso vê-se compelido a exercer uma atividade para receber o benefício da redução da pena. Ademais, a oferta de “prêmios” também é instrumento de adestramento do indivíduo, pois, a concessão de direitos engana o homem que entende que possui, com isto, um “poder”, quando de fato, nada possui; Salo de Carvalho assevera que:

> Interessante notar, porém, as conseqüências jurídicas impostas pela concepção administrativista em muitos casos ainda dominante. Admitir uma feição essencialmente administrativa (ou híbrida) da execução penal implica qualificar os *direitos* decorrentes dos incidentes como meros *benefícios* concedidos pelo Estado ao condenado, ou seja, medidas político-criminais facultadas ao juiz (regalias domésticas).Tal concepção contraria a idéia de que os incidentes de execução constituem-se como verdadeiros direitos públicos subjetivos dos apenadosfrente à Administração e que podem ser postulados perante o Poder Judiciário (direito de petição). Ou seja, direitos que atenuam a qualidade e/ou a quantidade da pena imposta pela sentença penal transitada em julgado.[395]

Em seguida, aborda os deveres dos presos, dentre os quais se encontra o conjunto de regras inerentes à boa convivência; saliente-se que a autoridade administrativa é que possui competência para afirmar quando um recluso age com comportamento satisfatório ou não[396], é um “bom” ou “mau” detento. Do artigo 65 ao 76 encontram-se os motivos para a previsão dos direitos do encarcerado, afirmando-se que, em razão da aprovação das Regras Mínimas da ONU[397], os países signatários foram, aos poucos, se adequando às suas determinações e, por conseguinte, o preso teria direito, em tese, a todos as garantias fundamentais de qualquer cidadão, exceto os direitos atingidos pela perda da sua liberdade. Cumpre lembrar que tais regras haviam sido aprovadas em 1955, quando o movimento da Nova Defesa Social era adotado em todo o mundo, sobretudo em razão do término da 2ª Guerra Mundial[398].

Neste sentido, a Lei de Execuções Penais adotou ainda as determinações contidas no IV Congresso da ONU sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, realizado

---

[395] CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p.165

[396] Nos itens 1.2.2 e 1.2.3 será demonstrado o quão perigoso e atentatório à dignidade da pessoa humana é a permissão à esfera administrativa, sem o crivo do judiciário, na determinação do bom comportamento do preso e conseqüente deferimento de benefícios e determinação de sua revogação.

[397] Cf. KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal e Legislação Complementar.** 2ª ed. Curitiba, JM, 2000.

[398] Percebe-se que, em razão do forte impacto sofrido pela sociedade mundial com o fim da Segunda Grande Guerra, inúmeros movimentos sociais surgiram, e a preocupação da Organização das Nações Unidas em estipular regras mínimas de tratamento dos presos, atentando-se para a ideologia da Nova Defesa Social, influenciou o Brasil e demais países a alterarem suas legilsações.

em Kioto, em 1975[399]. Resta deflagrado, portanto, que as pressões internacionais forçaram o Brasil a adotar tal entendimento, passando à população a falsa noção de que o sistema penitenciário preocupa-se, de fato, com o criminoso e que a função primordial da pena é a ressocialização.

A Exposição de Motivos trata ainda da disciplina. Com efeito, assim dispõe o artigo 77:

> 77. O Projeto enfrenta de maneira adequada a tormentosa questão da disciplina. Consagra o princípio da reserva legal e defende os condenados e presos provisórios das sanções coletivas ou das que possam colocar em perigo sua integridade física, vedando, ainda, o emprego da chamada cela escura (art. 44 e §§).[400]

Da análise do item acima transcrito exsurge duas situações: a primeira, que a aplicação da sanção disciplinar está adstrita ao princípio da reserva legal; a segunda, que é vedada a imposição de sanções que atentem contra a integridade física e psíquica do recluso, bem como a proibição do emprego da cela escura e castigos coletivos. Ora, como se pode afirmar que há o respeito à reserva legal se a autoridade administrativa do presídio possui a prerrogativa de determinar se houve ou não a violação a algum dever? Não há na LEP a previsão restrita do que se pode sustentar como falta disciplinar; trata-se de conceitos abertos que admitem inúmeras interpretações, haja vista o conceito de falta grave[401]. Ademais, estão sujeitos à disciplina os presos provisórios, ou seja, aqueles em que não há ainda uma certeza quanto a autoria e a materialidade do fato, o que viola o princípio do *in dúbio pro reo.*

Ao mesmo tempo, o art. 77 declara que não se pode aplicar sanção que venha a ofender a integridade física e psíquica do condenado, tampouco a implementação da cela escura. O cumprimento da pena nos estabelecimentos prisionais brasileiros já constitui, por si só, uma afronta à dignidade da pessoa humana em razão da superlotação e falta de higiene; outrossim, o Regime Disciplinar Diferenciado[402]é verdadeira tortura psicológica e física imposta aos reclusos que, supostamente, tenham praticado falta grave, ficando isolados do convívio com os demais presos até 360 (trezentos e sessenta dias), renováveis por até 1/6 (um sexto) da pena aplicada, conforme dispõe o art. 52 da Lei de Execuções Penais, com redação dada pela Lei nº 10792/03.

---

[399] Cf. KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal e Legislação Complementar.** 2ª ed. Curitiba, JM, 2000.
[400] Idem. Ibidem. p. 65.
[401] Atente-se para o que já foi abordado neste trabalho no Título I.
[402] Remete-se o leitor para as considerações realizadas no Título I deste trabalho

Por fim, insta tratar ainda dos incidentes de execução, previstos do item 159 ao item 167 e, em especial, o quanto disposto no art. 164, que consagra o ideal ressocializador que norteia a LEP:

> 164. A instituição e a prática das conversões demonstram a orientação da reforma como um todo, **consistente em dinamizar o quadro de execução de tal maneira que a pena finalmente cumprida não é, necessariamente, a pena da sentença. Esta possibilidade, permanentemente aberta, traduz o inegável empenho em dignificar o procedimento executivo das medidas de reação ao delito, em atenção ao interesse público e na dependência exclusiva da conduta e das condições pessoais do condenado**. Todas as hipóteses de conversão, quer para agravar, quer para atenuar, resultam, necessariamente, do comportamento do condenado, embora sejam também considerados os antecedentes e a personalidade, mas de modo a complementar a investigação dos requisitos. [403] (grifos aditados).

Não há o respeito à sentença penal condenatória proferida pelo judiciário, conferindo o poder à esfera administrativa de alterar o *quantum* determinado na pena, o que deflagra o sistema inquisitorial em detrimento do sistema acusatório, violando-se garantias do recluso, pois ele sequer sabe qual critério será utilizado pela autoridade carcerária para determinar se ele possui bom comportamento e merece o recebimento de um benefício, ou se é considerado como um recluso "mau", que desafia a imposição de um castigo e de uma forma mais severa do cumprimento da pena. É o que se passa a analisar no item seguinte deste trabalho.

1.2.2 A coisa julgada penal

A coisa julgada penal há de ser observada para que não se incorra no discurso ressocializador. O respeito ao título executivo judicial, cumprindo-o integralmente, deflagra o respeito às garantias do indivíduo. A imposição de critérios para determinar o ganho ou a perda de benefícios, condiciona o recluso ao ideal ressocializador, ao correcionalismo, à submissão do preso às regras da sociedade, ao "bom" e "mau". Ao sujeito bom, dê-se benefícios, prêmios, para que ele se sinta bem e se torne mais facilmente adestrável; ao indivíduo "mau" retire-se as garantias e imponha-se os castigos, para que ele se arrependa de sua conduta e venha a se modificar. Salo de Carvalho assevera que:

> Nítido, pois, que a alteração da coisa julgada na esfera executiva é intrínseca ao projeto correcionalista. Quando se legitima a possibilidade de alteração do título executivo, em face da existência de "fatos novos" – *a sentença só se mantém enquanto as coisas estiverem no mesmo pé (rebus sic stantibus)* –, em realidade se

[403] Cf. KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal e Legislação Complementar.** 2ª ed. Curitiba, JM, 2000. p. 81.

> está condicionando a estabilidade da sanção não apenas a circunstâncias não existentes no momento da condenação (*v.g.* comportamento carcerário), mas, sobretudo, a fatos futuros imprevisíveis (*v.g.* prognose de reincidência), justificando um sistema processual penal inquisitivo, de corte antropológico, na melhor tradição etiológica.
>
> Neste aspecto, **lícita a crítica ao sistema progressivo que, apesar de se apresentar ao público como mecanismo humanitário, legitima um modelo absolutamente antigarantista que torna incertos o tempo e a forma de resposta ao desvio. Assim, o aumento da pena em sede executiva contraria um modelo de garantias, sua redução estruturada no princípio do arrependimento, é igualmente ofensiva aos direitos fundamentais**.[404] (grifos aditados).

A exigência de certos comportamentos dentro do cárcere, como instrumentos para o deferimento de direitos ao preso, determina que os postulados da Nova Defesa Social são integralmente aplicados e obedecidos pela Lei de Execuções Penais. Apenas o "bom" detento pode progredir de regime, obter livramento condicional e outros benefícios, pois está passando, com sucesso, pelo procedimento de "purificação" de sua personalidade, adaptando-se, coerentemente, com as regras da sociedade. Ao preso "mau", há de se impor castigos e a retirada de direitos – sem se observar os direitos adquiridos – para que ele se arrependa de seus pecados e torne-se obediente, sem questionar a autoridade de quem o classifica como "desviante".

Ferrajoli,[405] neste sentido, critica a técnica do arrependimento como castradora e manipuladora da personalidade do indivíduo; decerto, o recluso vê-se obrigado a pensar e agir de acordo com os interesses do Estado, a fim de que se livre, antecipadamente, das mazelas do cárcere; o incorrigível deve ser punido à cumprir da forma mais degradante possível sua pena, alterando-se, inclusive, a sentença do magistrado, para que "compreenda" o mal perpetrado à comunidade com a prática de seu crime.

Como exemplo, tem-se o Regime Disciplinar Diferenciado em que, embora o infrator tenha sido condenado ao cumprimento do regime fechado, é submetido, ao longo da pena, ao regime fechadíssimo, lhe sendo vedado contato com os demais presos, agravando sua situação, afrontando seus direitos e burlando a sentença do magistrado. Neste sentido, colhe-se lições de Ferrajoli:

> A segunda finalidade outorgada à execução é a correção do réu num sentido verdadeiramente *disciplinar*. **Os benefícios e as reduções da pena concedidos com as medidas alternativas resultam de fato condicionados, no sistema da pena flexível, à boa conduta do réu, ao seu arrependimento ou a outros juízos**

---

[404] CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 195-196

[405] Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 373-377.

> **de valor semelhantes em torno da sua personalidade**. Compreende-se o **caráter acentuadamente negocial** que desta forma vem a assumir a vida carcerária: **o preso que pretenda aproveitar os benefícios deverá oferecer cotidianamente provas de sua sensibilidade e disponibilidade ao tratamento, até que sua personalidade seja julgada meritória**.[406] (grifos aditados).

Com efeito, há ainda outra questão a ser discutida: o poder que é conferido à autoridade administrativa em intervir sobre o "merecimento" do preso em progredir ou regredir de regime. Explica-se: deixar o diretor do estabelecimento prisional tecer juízo de mérito acerca do condenado, afirmando se ele tem bom ou mau comportamento, se ele praticou falta grave[407], participou de motins, rebeliões, se pairam suspeitas sobre ele de que faz parte de organizações criminosas ou ainda se é um detento exemplar, trata-se de afronta às garantias do indivíduo, pois a esfera administrativa passa a ter o poder de alterar o título executivo judicial, sem que seja, inclusive, observado o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Não há, na prática, a judicialização[408] na execução da pena, pois mesmo que a Lei de Execuções Penais preveja em seu bojo que, nos casos de piora da situação do preso, como a revogação de benefícios e a regressão de regime, há a exigência da submissão de tal pedido à Vara de Execuções Penais com a garantia ao devido processo legal (art. 59), reserva legal (art. 45), direito de defesa (art. 59) e motivação da decisão, o que se observa é que, de fato, o magistrado apenas homologa o pensamento formulado pela esfera administrativa, consagrando o procedimento inquisitorial.

1.2.3 A individualização da pena e o Exame Criminológico

A submissão do deferimento de benefícios e revogação dos mesmos aos laudos e perícias criminológicas, sob a escusa de se respeitar o princípio da individualização da pena – que não ocorreria somente no momento da imposição da pena pelo magistrado, mas está presente também no curso do cumprimento da pena – consiste no instrumento de controle social dos mais importantes, haja vista que, raramente, o juiz da Vara de Execuções Penais não adota integralmente o parecer emitido por técnicos, pois estes, em tese, possuem

[406] Idem. Ibidem. p. 375.
[407] Remete-se o leitor ao título I deste trabalho.
[408] Cf. CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 189-90.

conhecimento altamente especializado, que foge à área de atuação do magistrado. Foucault, neste sentido, evidencia que:

> **O exame combina as técnicas da hierarquia que vigia e as da sanção que normaliza**. É um controle normalizante, uma vigilância que permite qualificar, classificar e punir. Estabelece sobre os indivíduos uma visibilidade através da qual eles são diferenciados e sancionados. É por isso que, em todos os dispositivos de disciplina, o exame é altamente ritualizado. **Nele vêm-se reunir a cerimônia do poder e a forma da experiência, a demonstração da força e o estabelecimento da verdade. No coração dos processos de disciplina, ele manifesta a sujeição dos que são percebidos como objetos e a objetivação dos que se sujeitam.** A superposição das relações de poder e das de saber assume no exame todo o seu brilho visível. Mais uma inovação da era clássica que os historiadores deixaram na sombra. Faz-se a história das experiências com cegos de nascença, meninos-lobo ou com a hipnose. **Mas quem fará a história mais geral, mais vaga, mais determinante também, do "exame" – de seus rituais, de seus métodos, de seus jogos de perguntas e respostas, de seus sistemas de notas e classificação**?[409] (grifos aditados).

Não há, portanto, critério objetivo para trazer uma segurança ao recluso de como será elaborado e realizado o exame, gerando uma incerteza sem precedentes. Ademais, a quem compete afirmar que um indivíduo é normal ou anormal, que possui um comportamento desviante ou que está afastado da sociedade? E a realização do exame, com a comprovação da "doença" do apenado, submetendo-o a um castigo dentro do cárcere – regressão do regime, por exemplo, ou revogação de algum benefício – deflagrando a necessidade de permanecer, por mais tempo, recluso, irá sanar seu problema, trará a cura para a sua patologia? Decerto que não, pois é sabido que a prisão não liberta, não cura, apenas adoece o ser humano. A busca por um cumprimento da pena de prisão por um curto espaço de tempo deve ser o objetivo principal numa perspectiva garantista, e a abolição de todo e qualquer exame criminológico há de ser um objetivo mediato.

De fato, o exame criminológico como instrumento revelador – em verdade, taxativo – da personalidade do recluso é importante ferramenta de castração e anulação do indivíduo, uma vez que os padrões sociais pré-moldados são utilizados para classificá-lo como "bom" ou "mau" detento, merecedor de um benefício ou não. Quanto mais próximo da "normalidade" da sociedade, ou seja, considerado como próximo a ser reeducado, readaptado aos padrões da comunidade, mais direitos e benefícios o preso terá; a Comissão Técnica de Classificação e o Centro de Observação Criminológica são responsáveis por moldar a personalidade do condenado e exercem o juízo de valor para afirmar se ele está apto ao retorno à sociedade ou não.

---

[409] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. 26ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 154.

Tal exame é modelo de controle social, como bem adverte Salo de Carvalho, referindo-se ao pensamento de Vera Malagutti Batista:

> Já se disse que o mais perverso modelo de controle social é aquele que funde o discurso do direito com o discurso da psiquiatria, ou seja, que regride aos modelos positivistas de coalização conceitual do jurídico com a criminologia naturalista. Outrossim, o sonho positivista de medição da periculosidade encontra guarida nesse sistema. Retomando conceitos como *propensão ao delito, causas da delinqüência e personalidade voltada para o crime*, o discurso oficial se reproduz desde o inteior do modelo, condicionando a decisão do magistrado ao exame clínico-criminológico – *psicólogos, psiquiatras, pedagogos, médicos e assistentes sociais trabalham em seus pareceres, estudos de caso e diagnósticos, da maneira mais acrítica, com as mesmas categorias utilizadas na introdução das idéias de Lombroso no Brasil*. [410]

Trata-se de clara herança do modelo positivista que remonta aos ideais de Lombroso, na perseguição aos indivíduos perigosos, devendo neutralizá-los. A subjetivação rompe com os critérios de racionalidade para a aplicação e execução da pena e induz o cidadão a um sentimento de insegurança.

1.3 A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO: TÉCNICA HERMENÊUTICA CONCRETIZADORA

Conforme demonstrado no título I deste trabalho, o modelo mais adequado para se promover uma interpretação da lei penal é a técnica hermenêutica concretizadora[411]; destarte, ciente de sua pré-compreensão, o intérprete parte do caso concreto, lança os *topoi* e, a partir deles, concretiza a norma penal, observando, porém, o limite que lhe é imposto, qual seja, a Constituição.

Percebe-se que este método de interpretação – não apenas interpretação, mas concretização da própria norma – se encontra em perfeita harmonia com os postulados do garantismo, afinal, propõe-se aqui a leitura da lei penal à luz da Constituição Federal, observando-se e preservando-se os direitos e garantias fundamentais do homem e do cidadão.

Decerto, ao analisar a Lei de Execuções Penais em diversas passagens vislumbra-se que inexiste o respeito aos direitos consagrados na Constituição, dentre eles o princípio da legalidade, do contraditório e da ampla defesa, da não aplicação das penas degradantes e cruéis, do direito adquirido e, o principal, o princípio da dignidade da pessoa humana.

---

[410] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** história da violência nas prisões. 26ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 185.

[411] Cf. HESSE, Konrad. ***Escritos de Derecho Constitucional.*** Trad. Pedro Cruz Villalon. 2ª ed. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1992.

Observando o quanto já ventilado nesta dissertação, foi possível destacar o quão inconstitucional é o Regime Disciplinar Diferenciado; mas não apenas ele: a própria Lei nº 7210/84 afronta as garantias do recluso, a começar por sua exposição de motivos, também já demonstrado neste trabalho.

O garantismo preceitua, como limites ao exercício do poder punitivo estatal, um regime de estrita legalidade, lastreado na idéia de racionalidade fechada. Dessa forma, a punição encontra sua legitimação e limitação na observância de dez axiomas[412], presentes nas Constituições dos daqueles Estados que optam pelo regime democrático de direito.

Assim sendo, o garantismo busca a aplicação da Constituição, dos direitos individuais, como o princípio da presunção de inocência, a salvaguarda da liberdade e, principalmente, a dignidade da pessoa humana, não apenas na fase da perseguição criminal, da fase do processo de conhecimento, mas, sobretudo, também na fase de execução das penas, observado às pessoas efetivamente condenadas, os detentos. Deste modo, deve ser observado o princípio da dignidade da pessoa humana, pois os apenados não perdem sua condição humana por terem cometido um delito. Neste sentido, analisando os princípios fundamentais constitucionais e o Direito Penal, Alessandra Rapassi afirma que:

> Então, o direito penal, enquanto meio de controle social, conjunto de normas elaboradas e aplicadas pelo Estado, "que ligam o crime, como fato, a pena como conseqüência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas" (Marques, 1954:11), é produto de determinado sistema social, econômico e político, que se faz espelhar nos princípios fundamentais constitucionais, os quais se revelam nos princípios de direito penal constitucional ou nos valores constitucionais influentes em matéria penal.[413]

Diante das normas processuais e materiais analisadas neste trabalho, em clara afronta aos direitos e garantias fundamentais do homem e do cidadão, percebe-se que existe a clara e urgente necessidade de se repensar a Execução Penal à luz da Constituição. Com efeito, não se deve perder de vista que a fonte normativa das leis é a Carta Magna, razão pela qual se busca assegurar a Execução Penal Constitucional. Por conseguinte, a fonte legitimadora e que, ao mesmo tempo limita a atuação do legislador, é a própria Constituição.

---

[412] São eles: A1 Nulla poena sine crimine; A2 Nullum crimen sine lege; A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate; A4 Nulla necessitas sine iniuria; A5 Nulla iniuria sine actione; A6 Nulla actio sine culpa; A7 Nulla culpa sine iudicio; A8 Nullum indicium sine accusatione; A9 Nulla acusatio sine probatione; A10 Nulla probatio sine defensione. (Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006)

[413] PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Proteção Penal do Meio Ambiente.** São Paulo: Atlas, 2000. p. 21.

Ademais, insta salientar ainda que deve ser sempre observado o caráter subsidiário do Direito Penal e a imposição da pena como *ultima ratio*, pois, caso contrário, será ilegítima. Destarte, conforme já afirmado neste trabalho, os crimes contra a propriedade, contra a honra, contra a Administração Pública e, em especial, contra o Fisco[414] devem ser tutelados pelos demais ramos do Direito, em perfeita harmonia com o disposto nos princípios constitucionais de Direito Penal, quais sejam, o princípio da intervenção mínima e o princípio da fragmentariedade. Com efeito, salienta Érika Carvalho:

> No que concerne aos princípios penais de garantia – notadamente o princípio de proteção exclusiva de bens jurídicos, o da fragmentariedade e o da subsidiariedade – é oportuno unificar as circunstâncias geralmente reconduzidas à punibilidade não significa que tais diretrizes político-criminais limitadoras da intervenção penal não devam influir sobre a previsão e configuração dos mencionados elementos. É indubitável que esses princípios figuram como limites infranqueáveis ao *ius puniendi* estatal e, em virtude disso, a atividade normativa deve se realizar em conformidade com seu conteúdo.[415]

Convém, neste momento, propor uma releitura da Lei de Execução Penal, à luz da Carta Política de 1988. Há, portanto, de se observar o tempo máximo da pena privativa de liberdade em 10 (dez) anos; a revogação dos artigos que instituem os direitos e a disciplina do preso e, por conseqüência, a imposição das sanções, em especial utilizando-se do critério aberto "falta grave", que fere o princípio da legalidade. Deve-se, ainda revogar o exame criminológico e o Regime Disciplinar Diferenciado, tendo em vista que afrontam a dignidade da pessoa humana, a vedação das penas cruéis e degradantes e a presunção de inocência, uma vez que este regime aplica-se, inclusive, ao preso provisório.

Neste sentido, a Lei de Execuções Penais, em verdade, não é um diploma concretizado, uma vez que não foram observados os limites impostos pela Constituição; para que ela seja legítima, é mister que se abandone os artigos contrários aos princípios da Carta Política.

---

[414] Apenas à título de exemplo, sem pretender tratar de forma pormenorizada destes delitos em razão do corte metodológico.

[415] CARVALHO, Érika Mendes de. **Punibilidade e Delito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 454-455.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo quanto analisado nesta dissertação, conclui-se que:

1. A ressocialização é uma ficção jurídica, um ídolo – levando-se em consideração o pensamento de Bacon – um mito – adotando-se as lições de Cassirer;

2. De fato, a ressocialização possui um discurso revelado, dito oficial e esconde um discurso não revelado e suas funções não declaradas;

3. Partindo-se destas premissas, passou-se a análise da construção das ficções jurídicas através da linguagem, realcionando esta com o Direito, o saber e o poder; decerto, aquele que se utiliza da linguagem cria o Direito e determina qual é o saber oficial e, por conseguinte, detém o poder da sociedade;

4. Com fulcro nesta afirmação foi analisada a figura do "bom" intérprete e a hermenêutica desejada, uma vez que a classe dominante impõe a sociedade não apenas a eleição de bens jurídicos não essenciais para sua sobrevivência, como exige a interpretação orientada de suas verdades, ditas absolutas, sem que se permita ao cidadão comum a possibilidade de questionar tais dogmas;

5. Decerto, o "bom" intérprete é aquele que se utiliza das regras tradicionais de interpretação e propagam as falsas idéias, uma vez que tais métodos não promovem um raciocínio crítico, mas meramente um juízo de repetição;

6. Foram então estudados os métodos empregados pelos cientistas, apontados como homens próximos da exatidão dos raciocínios, para se chegar a conclusão de que, de fato, não existe uma única verdade, e cada homem constrói sua verdade a partir de sua pré-compreensão e de suas experiências;

7. Outrossim, propugna-se pelo uso de técnicas novas de interpretação que permitem um juízo crítico, racional, questionando os dogmas propagados pelo Estado, dentre eles o cerne deste trabalho, qual seja, a ressocialização como função da pena;

8. Os métodos da tópica-retórica, a técnica hermenêutica concretizadora, a teoria da argumentação e a sociedade aberta dos intérpretes foram estudados, traçando-se um paralelo com a Lei de Execuções Penais, propondo-se uma releitura da mesma e da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior

Tribunal de Justiça, para se constatar que conceitos tidos como “verdades” não são legítimos, como a própria ressocialização, a falta grave, as sanções disciplinares e o Regime Disciplinar Diferenciado;

9. Ao final da primeira parte desta dissertação, atentando-se sempre para a relação entre linguagem, Direito e poder, demonstrou-se que a Lei de Execuções Penais é uma legislação simbólica, haja vista que foi criada para passar a falsa noção à sociedade de que o Estado preocupa-se com o bem-estar do infrator, que através desta lei a responsabilidade diante da prática de novos delitos é do criminoso e não do ente estatal (legislação álibi) e que com tal diploma a criminalidade iria reduzir, pois garante a eficaz execução da pena, devolvendo o criminoso completamente recuperado à sociedade;

10. No título II deste trabalho, atentando para as lições de Nietzsche, Freud e Bergeret, compreendeu-se que o homem é um ser gregário por natureza, e diante de tal necessidade em se agrupar, surgem regras para nortear uma convivência pacífica;

11. Diante da criação das regras, surgem as violações das mesmas, pois o homem é um “animal de rapina”, que controla seus impulsos para conviver em sociedade; a repressão de tais instintos, por vezes não é controlada, e o homem dá vazão a sua animalidade e rompe com a norma;

12. Sabendo-se da existência de uma tensão natural entre duas forças contrapostas, quais sejam, a necessidade de se agrupar e a lei da sobrevivência, entende-se que o delito é algo natural e intrínseco à própria sociedade;

13. Desta constatação surgem duas conclusões: o Direito Penal há de existir, assim como a sanção penal, porém estes apenas se legitimam como instrumentos limitadores do poder de punir do Estado e para evitar o exercício da vingança de sangue pela sociedade e apenas poderá atuar para proteger os bens jurídicos mais importantes para a comunidade dos ataques mais graves do homem; a segunda conclusão que se alcança é que aquele que pratica um delito não perde sua condição humana, de ser social; por isso não deve ser “ressocializado”;

14. Em seguida, analisou-se, de forma breve, o fundamento da punição ao longo da história, compreendendo-se que na Idade Antiga e na Idade Média a sanção era imposta tão somente para garantir a manutenção de um grupo no poder; ademais, com o iluminismo e o surgimento da Escola Clássica, o objetivo da aplicação de uma

pena residia, a priori, na defesa social, protegendo dos cidadãos do crime e garantindo-se que o delinqüente iria se reeducar e não mais voltaria a praticar crimes; na Escola Positivista, a dualidade bem/mal adquire maior força e a defesa social é pautada na defesa do cidadão do "bem" do convívio com o homem "mau", o doente, anormal;

15. A defesa social foi em seguida pormenorizada, destacando-se sua concepção para Prins, Gramática e Marc Ancel. A dualidade bem/mal foi mantida e o caráter correcionalista da pena foi reforçado. Destarte, pune-se para proteger a sociedade do convívio com o criminoso, mas pune-se também para que este indivíduo seja submetido a um procedimento de cura, purificação, qual seja, a ressocialização para retornar ao convívio da comunidade devidamente reeducado, apto, agora, a obedecer as regras da comunidade;

16. Num momento posterior, buscou-se estudar a Teoria da Anomia de Durkheim, o *labeling approach*, o Movimento da Lei e Ordem, o Direito Penal do Inimigo e a Teoria Social Deficiente, em razão do uso ou afastamento dos argumentos da defesa social para legitimar ou deslegitimar o Direito Penal e a pena;

17. Com as lições de Durkheim e Merton percebeu-se que o delito é algo normal na sociedade e faz parte de sua estrutura, pois existem dois tipos de sociedade: a cultural e a social, sendo que a cultural corresponde aos padrões de desenvolvimento que são almejados pelos homens e a social são os meios que eles dispõem para alcançar estes objetivos; quando há o acoplamento perfeito entre a sociedade cultural à social, há a sociedade perfeita, harmônica. Como as comunidades não são assim, sempre existirá o crime;

18. O *labeling approach* entende que o Direito Penal seleciona condutas e criminoso, punindo apenas os indivíduos pobres e nunca os ricos, tendo-se a criminalidade revelada e as cifras ocultas; no Movimento da Lei e Ordem, ao contrário, há a máxima legitimação do Direito Penal e pune-se para garantir a completa funcionalidade da sociedade, não se admitindo qualquer comportamento desviante; a teoria social defeituosa, por sua vez, constata que mesmos os indivíduos aparentemente "normais", "bons", praticam crimes, o que não se permite, portanto, afirmar que a delinqüência advém de fatores necessariamente biopsicológicos;

19. No título III desta dissertação pode-se analisar as funções da pena e a relação entre o Estado, o Direito Penal e o capitalismo, concluindo-se que o ente

estatal pune certas condutas para proteger aos interesses das classes dominantes, a exemplo a punição dos crimes contra o patrimônio, contra a Administração Pública e contra o Fisco, que deveriam ser tutelados por outros ramos do Direito;

20. Com efeito, foram analisadas as funções da pena, retributiva, da prevenção geral, prevenção especial e a teoria dialética unificadora de Roxin, salientando, em cada uma delas, as críticas formuladas pela doutrina, em especial os adeptos do garantismo, com enfoque em Ferrajoli;

21. No capítulo seguinte deste título, discorreu-se sobre o conceito não revelado da ressocialização, partindo-se da análise etmológica deste termo e trazendo-se à lume toda carga de valores submersas, atrelando-se tal constatação ao pensamento de Durkheim. O fato social é criado pela comunidade, a regra e o castigo, por conseguinte, também. O homem ao nascer é socializado e não perde tal condição, de ser humano, quando pratica um crime; com este discurso o ente estatal objetiva passar a falsa noção de que o homem ao delinqüir perde sua condição humana e apenas quando é submetido ao tratamento penal readquire esta condição;

22. Ademais, em seguida, vislumbrou-se a função não declarada da ressocialização, tendo sido criticados os fundamentos das teorias da pena, questionando-se o que se define como “bom”, “mau”, “certo”, “errado” e “sociável”;

23. Analisou-se também o emprego dos termos “anulação”, “castração”, “estigma”, “comportamento desviante”, “indesejável”, “alienação”, “diferente” e a carga de valores que se esconde por trás dessas palavras;

24. Com efeito, entendeu-se que a prevenção especial positiva visa, em verdade, *anular* o indivíduo considerado pela sociedade como *diferente*;

25. Através do trabalho subordinado, da disciplina, do horário, ocorre a castração intelectual do indivíduo e, conseqüente deterioração de sua identidade e o reforço do *estigma*;

26. Com a reclusão do preso, ocorre o processo de “desaculturação” do condenado e a “culturalização prisional”;

27. Conclui-se que o Direito Penal desempenha uma função simbólica: transmite a falsa impressão de proteção da sociedade e do bem-estar da população

quando, em verdade, possui a função de “etiquetar” certos cidadãos, selecionar determinados bens, consagrando a ideologia da “Nova Defesa Social”;

28. Com o discurso da “ressocialização” o ente estatal objetiva passar a falsa noção de que é o único ser capaz de “purificar” o delinqüente, devolvendo-o à sociedade apto a tecer suas relações normais;

29. A “ressocialização” é, pois, instrumento à disposição do Estado para *castrar* intelectualmente o homem delinqüente. O trabalho – como já visto neste artigo – é importante ferramenta para *anulação* do indivíduo; trata-se da vertente positiva da prevenção especial. O ente estatal, através da aplicação de uma pena, iria purificar o delinqüente, prepara-lo ao retorno à sociedade; por meio do trabalho e da imposição de horários rígidos, irá treinar a disciplina e a obediência, de tal forma que o preso assimile as noções de bem e mal, certo e errado, regra e castigo, nutridas pela própria comunidade, a tal ponto de retornar ao convívio da mesma, devidamente adestrado;

30. No último título deste trabalho, restou demonstrado que a solução mais viável e honesta para tal problemática é o garantismo penal;

31. Ao se analisar as teorias abolicionistas, a Criminologia Radical e o *labeling approach*, o funcionalismo sistêmico radical e o funcionalismo teleológico moderado, constatou-se que tais vertentes não devem ser adotadas, ou por deslegitimarem o Direito Penal, o que conduziria a um estado de anarquia e violência sem precedentes, ou por reforçarem os dogmas da sociedade sem se tecer um juízo crítico, ou porque caem no falacioso discurso ressocializador; todavia, de todas estas correntes, foram extraídas valiosas lições, em especial, a necessidade de se punir apenas as condutas graves que ataquem os bens jurídicos essenciais, bem como a proteção à dignidade da pessoa humana;

32. Por fim, propôs-se uma releitura da Lei de Execuções Penais a partir do garantismo, por meio da técnica hermenêutica concretizadora, que promove uma interpretação da norma conforme a Constituição;

33. Assim sendo, há de se observar a coisa julgada penal, o fim da concessão de prêmios e castigos no cárcere, a abolição do exame criminológico, a aplicação da pena privativa de liberdade em no máximo 10 (dez) anos e, em especial, o respeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito:** uma crítica à verdade na ética e na ciência. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALBERGARIA, Jason. **Manual de Direito Penitenciário.** Rio de Janeiro: AIDE, 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001

ALVES, Roque de Brito. **Constituição e Direito Penal.** Disponível em: <www.aidpbrasil.org.br> Acesso em: 17 de jul 2009.

ANCEL, Marc. **A Nova Defesa Social.** Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ANDRADE, Ricardo Luís Sant´anna de. **A Filosofia do Direito e do Estado em Santo Tomás de Aquino.** Disponível em: <http://www.pgj.ce.gov.br/artigos/print.asp?iCodigo=25> Acesso em: 01 jun 2009.

ANNES, Sérgio Paulo. **História resumida da psiquiatria**. Disponível em: <http://www.annes.com.br/escritos/artigo09.htm> Acesso em: 25 mar. 2008

ARENDT, Hannah**. A condição humana**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARISTÓTELES. ***Órganon.*** São Paulo: Edipro, 2005.

_____.**Retórica.** São Paulo: Rideel, 2007.

_____. **Política.** São Paulo: Martin Claret, 2008.

AZEVEDO, Jackson Chaves de. **Reforma e "contra"-reforma penal no Brasil**. Florianópolis: OAB-SC, 1999.

BACON, Francis. ***Novum Organum*** **ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza**. Trad. José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano Lopes. **Da necessidade da declaração e respeito aos direitos trabalhistas dos presos e o papel do Ministério Público do Trabalho no combate à exploração da mão de obra carcerária.** Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/fernanda_ravazzano_lopes_baqueiro.pdf > Acesso em: 01 jan 2009.

_____. **O regime de terror no Estado Democrático de Direito no Brasil e na Itália: a busca pelo Direito Processual Penal Constitucional em oposição ao Processo Penal de Emergência**. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_agosto2008/convidados/con3.doc> Acesso em: 01 jan 2009.

BARATTA, Alessandro. *Ressocialización o control social. Por um concepto crítico de "reintegración social" del condenado*. *In* **Sistema penal para o Terceiro Milênio: atos do Colóquio Marc Ancel.** Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal:** introdução à sociologia do Direito Penal. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. ***Criminologia y sistema penal.*** Montevideo- Buenos Aires: Julio César Faira, 2004.

BARBERIO, Tonino. ***L'osservazione scientifica della personalità del detenuto*** Disponível em: <http://www.altrodiritto.unifi.it/misure/barberio/nav.htm?notecap2.htm> Acesso em: 01 jan 2009

BATISTA, Nilo. **A reabilitação da cela surda.** Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.11, p. 1-2, 2003.

_____. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** Trad. Deocleciano Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003.

BERGUERET, Jean. ***Violência fundamental****: El apuntalamiento instintivo de la pulsión libidinal*. *Revue Française de Psychanalyse,* Nº 6, 1984

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral I.** 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOITERE, La. **O discurso da Servidão Voluntária.** Disponível em: <file:///C|/site/livros_gratis/discurso_da_servidao_voluntaria> Acesso em: 01 jun 2009

BRASIL. Lei de Execuções Penais. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm > Acesso em: 01 jan 2008
BRUNO, Aníbal. **Direito Penal Tomo 1º**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus* nº 978.305.3/00. Des. Rel. Borges Pereira. Disponível em: < http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/confereCodigo.do> Acesso em: 06 jul 2009

BUENO, Amilton; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo.** 2ª ed. Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*, 2008.

CARVALHO, Érika Mendes de. **Punibilidade e Delito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

CARVALHO, Salo de. **Anti manual de Criminologia.** Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*, 2008.

_____. **Pena e Garantias.** 3ª ed. Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*, 2008.

_____. **Garantismo e Direito de punir:** Teoria Agnóstica da pena**.** Disponível em: < http://andreischmidt.sites.uol.com.br> Acesso em: 01 jun 2009

CASSELA, César Augusto de Oliveira. **A literatura e a figura da significação**. Disponível em: <http://www.unicamp.br/iel/site/alunos/publicacoes/textos/l00001.htm> Acesso em: 10 jul 2008.

CASSIRER, Ernest. **Linguagem e mito**. São Paulo: Perspectiva, 1972.

_____.**O mito do Estado**. São Paulo: Códex, 2003

CHOUKR, Hassan Fauzi**. Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lúmen, 2002

COSSIO, Carlos. ***La Valoración Jurídica y La ciencia del derecho.*** Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954

_____. ***El Derecho en el Derecho Judicial.*** Buenos Aires: Guilhermo Kraft Ltda. 1994

COSTA, Alexandre Araújo. **A teoria da argumentação de Alexy.** Disponível em <http://www.arcos.adv.br> Acesso em 01 Dez 2008

CERVINI, Raúl. *Nuevas reflexiones sobre extravictimización mediática de los operadore de La justicia*. **Conferência proferida no "Seminário Internacional - Imprensa Investigativa: sensacionalismo e criminalidade",** realizado pelo Centro de Estudos Judiciários, nos dias 7 e 8 de novembro de 2002, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, Brasília-DF.

CHRISTIE, Nils; et. al. ***De los Delictos e De las Victimas***. Buenos Aires: *Ad-Hoc*, 1992.

_____. **Una sensata cantidad de delito.** Buenos Aires: Del Puerto, 2004.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. **Introdução à Criminologia.** Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*. 2008.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Criminologia.** 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao "verdade, dúvida e certeza", de F*rancesco Carnelutti*, para os operadores do direito. *In* **Revista de Estudos Criminais, ano IV, n. 14, 2004. p. 77-94.**

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DESCARTES, René. **Discurso do método e Regras para direção do espírito**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Matin Claret, 2002.

_____. O que é fato social? *In*: **As regras do método sociológico**. São Paulo: Matin Claret, 2002

FERNANDES, Vladimir**. Mito e Religião na Filosofia de Cassirer e a Moral Religiosa**. Disponível em <http://www.hottopos.com/notand11/vladimir.htm.>Acesso em: 01 mar. 2008

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantias**: La ley Del más débil***. 4ª ed. Madrid: *Trotta* S.A., 2004.

_____; ATIENZA, Manuel. ***Jurisdición y Argumentación nel Estado Constitucional de Derecho.*** Ciudad de México: *Universidad Nacional Autónoma de México*, 2005.

_____. Direito e Razão: **Teoria do Garantismo Penal.** 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** técnica, decisão, dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERRI, Enrico. *La Scuola Criminale positiva***: *conferenza del Prof. Enrico Ferri nella Università di Napoli.*** Napoli: Libraio, 1885.

FEYERABEND, Paul K. **Contra o método.** Trad. Cezar Augusto Mortari. São Paulo: UNESP, 2007.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do Discurso**. Trad. de Edmundo Cordeiro e Antônio Bento. Paris: Gallimard, 1971**.**

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 1999

_____. **Vigiar e punir:** história da violência nas prisões**.** 26 ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002

FREUD, Sigmund**. Futuro de uma ilusão, o mal-estar na civilização e outros trabalhos.** Rio de Janeiro**:** Imago, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. I. 5 ed. Petrópolis: Vozes, 2003

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

GOFFMAN, Erving. **Estigma:** notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**.** Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4ª ed. Rio de Janeiro: Gen LTC, 1988

GOMES, Geder Luiz Rocha. **A Substituição da Prisão –** alternativas penais: legitimidade e adequação**.** Salvador: Podivm, 2008.

_____. **O conflito entre a Defesa Social e o respeito às garantias fundamentais.** Disponível em: <www.lfg.com.br> Acesso em: 06 jul 2009.

GOMES, Luiz Flávio; RAMOS, Elisa Maria Rudge. **Perda dos dias remidos: procedimento disciplinar e ausência de interrogatório judicial.** Disponível em: <www.lfg.com.br> Acesso em 17 jul 2009

GOULD, Stephen Jay. **A falsa medida do homem.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.** 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral.** Vol I. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2006

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista.** Rio de Janeiro: Revan, 2007

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse**. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constiituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

HASSAMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos; In:* ***Pena y Estado***. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

HEGENBERG, Leônidas**. Etapas da investigação científica**, vol I. São Paulo: EPU e EDUSP, 1976.

HESSE, Konrad. ***Escritos de derecho constitucional***. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992

_____. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

HIRECHE, Gamil Foppel El. **A Função da Pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Análise Criminológica das Organizações Criminosas**: da inexistência à impossibilidade de Conceituação e suas Repercussões no Ordenamento Jurídico Pátrio. Manifestação do Direito Penal do Inimigo.** Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*, 2005.

_____. **Remição X Fuga:** *Quid júris?* Disponível em: <http://www.gamilfoppel.adv.br/artigos/Gamil%Foppel%20-%20Remicao%20Fuga.pdf> Acesso em: 01 jan 2008.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas**: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993.

JAKOBS, Günther; et. al. ***Sobre El Estado de La teoria Del delito.*** Madrid: *Civitas* S.A., 2000.

_____. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal.** Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

_____; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo, noções e críticas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal e Legislação Complementar.** 2ª ed. Curitiba, JM, 2000.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** 8ª edição. Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*, 2008.

LOPES, Antônio Dionísio. A reincidência (re-incidência); *In*: **Crime e Sociedade.** Org. Cezar Roberto Bitencourt. Curitiba, Juruá, 1999.

MAMELUQUE, Maria da Glória Caxito**. A subjetividade do encarcerado, um desafio para a psicologia.** Disponível em: <http://pepsic.bvs-psi.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932006000400009&lng=pt&nrm=iso> Acesso em: 06 jul 2009.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Psicologia do Crime**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARX, Karl. **O Capital.** 1ª ed. São Paulo: Centauro, 2005.

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

MELOSSI, Dario. ***El Estado Del control social:*** *Un estudio sociológico de los conceptos de estado y control social en la conformación de la democracia***.** Madrid: *Siglo Veintiuno de España* S.A., 1992.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da Percepção**. Trad. Carlos Alberto Ribeiro Moura. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Pena e Sofrimento; *In* **Revista do Programa de Pós Graduação da Ufba 2008.2.** Salvador, Universidade Federal da Bahia, 2008.

MIR PUIG, Santiago. ***Funcion de la pena y teoria del delito en el Estado social y democratico de Derecho***. 2ª ed. Barcelona: Casa Editorial, 1982

MOCCIA, Sergio. ***El Derecho Penal entre Ser y Valor****: función de La pena y sistemática teleológica.* Tad. Antonio Bonanno. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira, 2003.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007

NIETZSCHE, Friedrich. **A Genealogia da Moral.** São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

_____. **Para além do bem e do mal.** São Paulo: Martin Claret, 2002

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OSORIO, Juan L. Fuentes. ***Los medios de comunicación y el derecho penal***. Disponível em: < http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf > Acesso em: 01 jun 2009.

PADUANI, Célio Cesar. **Da Remição na Lei de Execução Penal.** Belo Horizonte: *Del Rey*, 2002.

PIERANTONI, Claudio. ***El milenio en la patrística****: ¿alternativa entre interpretación literal e interpretación alegórica?* Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 1960.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa, um novo caminho?** Disponível em:<http://www.ibjr.justicarestaurativa.nom.br/pdfs/des02052008/Justica_umnovocaminho.pdf> Acesso em: 26 mai 2009.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas.** São Paulo: Max Limonad, 1998.

POPPER, Karl Raymund. **Lógica das ciências sociais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

POQUET, Alessandro. ***Temas de Derecho Penal y Criminologia.*** Buenos Aires: Ediar, 2005.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Proteção Penal do Meio Ambiente.** São Paulo: Atlas, 2000.

PRADO, Luiz Régis. **Direito Penal Econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PUIG, Santiago Mir. ***El Derecho Penal en El Estado.*** Barcelona: Ariel S.A. 1994.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do Direito Penal:** lineamentos para um Direito Penal mínimo. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

_____. **Funções do Direito Penal**: legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RAMIREZ, Juan Bustos; FERRAJOLI, Luigi; et. al. ***Prevención y Teoria de La pena***. Santiago: *Jurídico Conosul Ltda*, 1995.

RIBEIRO, Bruno de Morais. As modificações recentes havidas no conceito de ressocialização ou reintegração social e a discussão atual acerca desse conceito; *In* **Direito penal**

contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 115.

RODRIGUES, Fábio Della Paschoa. **O arbitrário do signo, sentido e referência**. Disponível em: <http://www.unicamp.br/iel/site/alunos/publicacoes/textos/a00001.htm> Acesso em: 10 jul 2008.

ROXIN, Claus; ARTZ, Cunther; TIEDMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ROXIN, Claus. **Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? (Sobre a legitimação das proibições penais)**. Disponível em: <http://www.blogdolfg.com.br>. Acesso em: 01 jan. 2008.

ROXIN, Claus. ***Teoria Del Tipo Penal.*** Buenos Aires: *Depalma*. 1979.

_____. **Problemas Fundamentais de Direito Penal.** Lisboa: Vega, 1979.

_____. ***Culpabilidad e Derecho Penal***. Trad. Munõz Conde. Madrid: Réus S.A., 1981.

_____. ***Derecho Penal Parte General.*** Trad. Diego-Manuel Luson Peña et.al. Madrid: *Civitas* S.A., 1997.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SAAVEDRA, Modesto. ***Opinión pública libre: y médios de comunicación social en La argumentación jurídica nel Tribunal Constitucional Español***. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaAutor.html?Ref=8411> Acesso em: 06 jul 2009.

SALDAÑA, Quintiliano. **Nova Criminologia.** 2ª ed. Campinas, Russel, 2006.

SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. ***Los indeseados como enemigos: La exclusión de seres humanos del status personae***. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc> Acesso em: 01 jun 2009

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. **Um discurso sobre as ciências**. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal Parte Geral.** 2ª Ed. São Paulo: *Lúmen Júris*, 2007.

_____. **A Criminologia Radical.** 3ª Ed. São Paulo: *Lúmen Júris.* 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à prisão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed**.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SOARES, José. **O crime em Durkheim**. Disponível em: <http://www.iesambi.org.br/sociologia/crime_durkheim_2006.htm> Acesso em: 25 mar. 2008.

TODOROV, Tzvetan. **Simbolismo e interpretação.** São Paulo: Edições 70, 1978.

ZAFFARONI Eugenio Raúl. ***Criminologia:*** *aproximación desde un Margen***.** Bogotá: *Temis* S.A., 1988.

_____. ***Hacia un realismo penal marginal*** Caracas: *Monte Ávila Latinoamericana*, 1992

_____. **Em busca das penas perdidas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. ***En torno de La questión penal.*** Montevieo-Buenos Aires: Julio César Faira, 2005.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da Miséria.** Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **Punir os pobres, a nova gestão da miséria nos Estados Unidos: a onda punitiva.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e a sua linguagem.** 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.