

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**A CRISE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O FRACASSO DO CÁRCERE  
SOB A ÓTICA DA REINCIDÊNCIA**

**THAÍS HOROWICZ GAVIÃO**

**Rio de Janeiro  
2018/2º SEMESTRE**

**THAÍS HOROWICZ GAVIÃO**

**A CRISE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O FRACASSO DO CÁRCERE  
SOB A ÓTICA DA REINCIDÊNCIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Hamilton Ferraz** e coorientação do **Professor Thiago Celli Moreira de Araujo**.

**Rio de Janeiro**  
**2018/2º SEMESTRE**

## FICHA CATALOGRÁFICA

### CIP - Catalogação na Publicação

G283c Gavião, Thaís Horowicz  
A crise do sistema prisional brasileiro e o fracasso do cárcere sob a ótica da reincidência / Thaís Horowicz Gavião. -- Rio de Janeiro, 2018. 81 f.

Orientador: Hamilton Ferraz.  
Coorientador: Thiago Celli Moreira de Araujo.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. crise do sistema prisional. 2. reincidência. 3. encarceramento em massa. 4. teorias da pena. 5. labelling approach. I. Ferraz, Hamilton, orient. II. Araujo, Thiago Celli Moreira de, coorient. III. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

**THAÍS HOROWICZ GAVIÃO**

**A CRISE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O FRACASSO DO CÁRCERE  
SOB A ÓTICA DA REINCIDÊNCIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Hamilton Ferraz** e coorientação do **Professor Thiago Celli Moreira de Araujo**.

Data da aprovação \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA:

---

Orientador

---

Coorientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

**Rio de Janeiro**  
**2018/2º SEMESTRE**

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus e a Meishu-Sama pela permissão espiritual de ter realizado um dos maiores sonhos da minha vida. Que essa graduação me ajude a contribuir para a felicidade do maior número de pessoas.

Aos meus antepassados, que estão comigo em todos os momentos. Em especial, aos meus avôs Lourival e Jacob, advogados, à minha vó Ony, a quem tenho especial carinho, e à minha avó Rachel, a segunda mãe que está sempre na minha mente e no meu coração. Vocês são minha raiz, e espero poder reencontra-los um dia.

Agradeço à minha mãe, Suzana, a pessoa que eu amo acima de todos. Não consigo imaginar um mundo sem sua presença, e tudo o que eu sou hoje é graças a você. Ao meu pai, que me fez aprender tanto sobre a vida e sobre mim mesma. Ao meu irmão, que me ensina todos os dias a ser uma pessoa melhor.

Ao Flávio, meu grande companheiro. Seu amor e seu carinho tornaram a minha trajetória muito mais gostosa, e seu apoio infinito é um lembrete eterno da sorte que eu tenho de ter ao meu lado. A todos os meus amigos, porque vocês fazem a vida valer a pena de ser vivida. Gu, Ka, Ana, Duda, Nath, Tammy, Karol, Amanda, Mari e Pi, obrigada por sempre me presentarem com risadas, conselhos e ombros.

Por fim, agradeço aos meus orientadores, Thiago e Hamilton, que me ajudaram em todas as etapas desta monografia da maneira mais leve e atenciosa que eu poderia esperar. Sem seu apoio esse trabalho não seria possível.

## RESUMO

O sistema penal brasileiro vive uma crise de superlotação do cárcere e alto nível de reincidência delitiva, tornando urgente o aprofundamento de estudos acerca das razões para o crescimento exponencial da população prisional, a fim de se propor soluções emergenciais e definitivas ao problema. O presente trabalho busca, portanto, analisar o surgimento da prisão no Brasil e no mundo sob um viés histórico e crítico-criminológico, e desta forma propor medidas alternativas que acabem com o encarceramento em massa. Para tanto, foi necessário realizar um estudo sobre dados das pesquisas prisionais do país e analisar construções doutrinárias acerca da ineficácia do cárcere como medida competente na resolução de conflitos penais. Neste sentido, concluiu-se que o Abolicionismo penal é a única medida seguramente efetiva como resposta ao problema, sem, contudo, desconsiderar providências paliativas no curto prazo.

**Palavras-chave:** crise do sistema prisional; reincidência; encarceramento em massa; teorias da pena; *labelling approach*.

## ABSTRACT

The Brazilian criminal system is currently experiencing a crisis regarding the overcrowding of its prisons, as the high level of crime recurrence, urging the need to improve on studies around the reasons of the exponential growth of prisional population, in order to propose definitive and emergencial solutions to these problems. The present study seeks to analyze the origins of the correctional system in Brazil, as in the whole world under the watchful eye of history and criminology, and thus, propose alternative actions to end the mass incarceration. For this purpose, it was necessary to conduct a study over Brazil's prisional research data, and analyze research conclusions around the ineffectiveness of incarceration as a positive policy to solve criminal struggles. In this sense, the research concludes that the abolition of prisons is the only effective measure to answer this problem, without, however, disregard palliative actions in a short term.

**Keywords:** correctional system crisis; recurrence; mass incarceration; punishment theory; labelling approach.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>1. CRISE DO SISTEMA PRISIONAL</b> .....	<b>12</b>
1.1. O SURGIMENTO DAS PRISÕES E SUA EVOLUÇÃO NA EUROPA .....	12
1.1.1. Prisão como sanção .....	12
1.1.2. Estado penal máximo: lei e ordem .....	17
1.2. O DESENVOLVIMENTO DO CÁRCERE NO BRASIL .....	19
1.3. O ALVO DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO.....	24
<b>2. TEORIAS DA PENA</b> .....	<b>32</b>
2.1. LEGITIMANTES.....	32
2.1.1. Absolutas / Retributivas .....	32
2.1.2. Relativas / Preventivas .....	34
2.1.3. Teorias Mistas .....	37
2.2. DESLEGITIMANTES .....	38
2.2.1. Abolicionismo.....	38
2.2.2. Minimalismo .....	39
2.2.3. <i>Labelling approach</i> .....	41
<b>3. O FRACASSO DO CÁRCERE SOB A ÓTICA DA REINCIDÊNCIA</b> .....	<b>51</b>
3.1. EFEITOS DA REINCIDÊNCIA .....	51
3.2. TEORIA DA COCULPABILIDADE .....	53
3.3. POR DENTRO DA PRISÃO .....	57
3.4. O PODER DA MÍDIA.....	60
3.5. FUNÇÕES DA PENA: A INEFICÁCIA DA PRISÃO .....	62
3.5.1. REINCIDÊNCIA: O SUCESSO DO SISTEMA PENAL .....	64
<b>4. ALTERNATIVAS</b> .....	<b>68</b>
4.1. SUPERAÇÃO DA PRISÃO.....	68
4.2. REDUÇÃO DO HIPERENCARCERAMENTO .....	69
4.3. SISTEMAS ALTERNATIVOS: APAC.....	71
4.4. DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS E MINIMALISMO PENAL .....	71
4.5. JUSTIÇA RESTAURATIVA E ABOLICIONISMO .....	72

<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>75</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>77</b>

## INTRODUÇÃO

Atualmente o Brasil passa por um momento crítico no seu sistema penal, onde, por um lado, vive-se um sentimento de impunidade, e por outro, extrapola-se diariamente o limite de vagas dos presídios com uma população que não decresce e nem estagna. Se, por um lado, grande parte da sociedade não se comove com os direitos humanos legítimos ao encarcerado, por outro, certamente não lhe é interessante a frequente ocorrência de crimes, pelo qual este estudo se apresenta especialmente relevante na medida em que se propõe a destrinchar o sistema punitivo e oferecer caminhos a serem seguidos.

Serão abordados diversos conceitos importantes para a compreensão do problema central, com respaldo em dados de pesquisa científica, legislação interna e comparada, decisões jurisprudenciais e, principalmente, críticas doutrinárias. O material consultado se apresenta como elemento de base para o descortinamento da história da prisão e para a análise do problema sob o prisma de reincidência.

O primeiro capítulo procura explicar o surgimento da prisão como instituto punitivo a partir da análise histórica do cenário europeu desde a Alta Idade Média até o momento atual. Desta forma, o estudo perpassa pela aplicação das penas corporais como forma de suplício e explica como se deu o avanço até a utilização do cárcere como um fim em si mesmo da pena. Mais adiante, explica o fenômeno da superlotação contemporânea surgida a partir do fim do Estado do Bem-Estar Social e a subsequente criação do Estado penal, que ainda na atualidade se faz presente e direciona a política penal a ser adotada.

Ainda neste capítulo, é ainda abordado o desenvolvimento do cárcere no Brasil, demonstrando-se que os países periféricos vivem a eterna exceção permanente. Após a apresentação de fatos históricos da prisão no país, faz-se uma análise do cenário atual de superpopulação carcerária, demonstrando-se que desde os primórdios do sistema penal brasileiro o racismo é fator positivado e constante, direcionando a persecução penal desde a criminalização dos costumes culturais dos escravos negros, até os dados estatísticos que evidenciam uma sobre-representação da população negra nas prisões atualmente.

No segundo capítulo são tratadas as teorias criminológicas que estudam a pena e a legitimidade do Estado (ou a falta dela) em aplicar sanções aos indivíduos transgressores da norma penal. Desta forma, inicialmente são apresentadas as teorias legitimantes, ou seja, aquelas que se propõem a confirmar a tutela estatal nos conflitos criminais a partir de algumas correntes. Elas são as teorias absolutas, relativas e mistas, sendo que as relativas podem se pautar em um viés *geral* (analisando os impactos sobre a sociedade como um todo), ou *especiais* (que têm como foco apenas o indivíduo).

Analisa-se ainda no segundo capítulo as teorias deslegitimantes da pena (Abolicionismo e Minimalismo), que fundamentam uma desconstrução dos argumentos legitimadores das teorias criminológicas e propõem alternativas ao sistema penal atualmente vigente. Este capítulo também apresenta a Teoria do Etiquetamento, ou *Labelling Approach*, que apesar de se mostrar uma teoria de médio alcance, é de importância fundamental para o desenvolvimento das teorias deslegitimantes e para a compreensão do fenômeno da cifra dourada.

Já no terceiro capítulo trata-se da reincidência e de seus efeitos sobre o encarcerado, principalmente quanto à adaptação no cárcere sob a forma de prisonização, preconizado por Augusto Thompson. Também é abordada a teoria da Culpabilidade para depositar no Estado uma parcela de responsabilidade penal no cometimento do ato delitivo pelo indivíduo marginalizado, ou seja, que não teve acesso às condições mínimas existenciais de tal modo que a negligência do Estado se torna fator fundamental no desenvolvimento daquele sujeito.

Também é feito um exame sobre a realidade interna do cárcere, principalmente quanto à superpopulação prisional e à ocorrência de tortura no espaço intramuros. Neste sentido, demonstra-se que a mídia atua de forma direta na legitimação da reputação estatal diante da sociedade. Por conseguinte, a partir desta visão prática e realista dos estabelecimentos penais, é realizado um confronto das teorias legitimantes da pena com o cárcere em si, a fim de comprovar-se a hipótese investigada de que a prisão é ineficaz como medida punitiva. Por fim, é verificado que a reincidência, na realidade, não atesta o fracasso da prisão, mas o seu sucesso, conforme crítica foucaultina que percebe o sistema penal como um ente controlador e gerador da delinquência útil.

Por fim, no quarto e último capítulo são apresentadas algumas alternativas e soluções para o problema do hiperencarceramento no Brasil. Desta forma, são expostas tanto medidas paliativas que objetivam amenizar o problema emergencial, quanto soluções concretas e definitivas (Minimalismo e Abolicionismo penal). Assim, o estudo se encerra após reproduzir um quadro geral do sistema carcerário no Brasil e no mundo, denunciando os principais motivos que condicionam essa realidade e propondo alternativas à pena, no lugar de penas alternativas, uma vez que esta segunda hipótese apenas perpetua um sistema já declaradamente falido.

## 1. CRISE DO SISTEMA PRISIONAL

*“Devemos ainda nos admirar que a prisão se pareça com as fábricas, com as escolas, com os quartéis, com os hospitais, e todos se pareçam com as prisões?”<sup>1</sup>*

### 1.1. O surgimento das prisões e sua evolução na Europa

#### 1.1.1. Prisão como sanção

A fim de se compreender os problemas do cárcere brasileiro, é preciso, primeiramente, entender como ocorreu o surgimento da prisão no mundo, e ainda, como foi lhe atribuída sua natureza sancionatória, que não era inerente à sua concepção.

George Rusche e Otto Kirchheimer ensinam que, inicialmente, na Alta Idade Média, o direito criminal desempenhava um papel de regulação das relações entre o senhor feudal e seus servos, a fim de se preservar a hierarquia social e promover a manutenção da ordem pública na Europa.<sup>2</sup>

À época, a resolução de conflitos era concretizada através do pagamento de fiança, cuja graduação variava “segundo o *status* social do malfeitor e da parte ofendida”.<sup>3</sup> Entretanto, logo surgiram os castigos corporais para as pessoas provenientes de classes inferiores, uma vez que estas não tinham possibilidade de arcar com o pagamento da fiança. Por conseguinte, a tutela de resolução de conflitos, que antes era privada, passou a ser do direito público:

Havia três forças principais contra o caráter privado do direito penal dos primórdios do medievo e que o transformaram num instrumento de dominação. Primeiro, o crescimento proeminente da função disciplinar do senhor feudal contra todos que estavam em situação de subordinação econômica. O único limite ao exercício desse poder disciplinar era a reclamação jurisdicional de um outro senhor feudal. Em segundo lugar, a luta das autoridades centrais para fortalecer sua influência através da extensão de seus direitos judiciais. [...]. O terceiro e mais importante fator a destacar era o interesse fiscal, comum às autoridades de todo tipo.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 219.

<sup>2</sup> KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 24.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 24 e 25.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 25 e 26.

Com o advento do capitalismo, e o conseqüente aumento da pobreza, houve um crescimento da criminalidade entre a classe proletária. Desse modo, ocorreu uma mudança no direito penal. O duplo sistema de fiança e punição corporal foi mantido, mas passou-se a punir mais severamente as classes empobrecidas, restringindo-lhes, por exemplo, a possibilidade de acordos privados em crimes como o furto.<sup>5</sup> Esta alteração, segundo Rusche Kirchheimer, não se deu pelo bem jurídico tutelado em si, mas sim pelo *status* da classe social do infrator. De forma oposta, os crimes praticados pelos membros das classes superiores, ainda que passíveis de pena de morte, poderiam ser resolvidos através de negociações. Essa mudança não é à toa. Vera Malaguti nos mostra que a história da criminologia está diretamente relacionada com o desenvolvimento do capitalismo, pois a “criminologia e a política criminal surgem como um eixo específico de racionalização, um saber/poder a serviço da acumulação de capital.”<sup>6</sup>

A partir do século XV a pena de morte, que antes era exceção, passa a se tornar a regra, suplementando assim o sistema de fianças antes preponderante.<sup>7</sup> Desta forma, a pena capital se tornou “um meio de tirar do caminho aqueles indivíduos alegadamente perigosos”.<sup>8</sup> No mesmo sentido, as demais penas físicas se tornaram ainda mais cruéis, passando a configurar verdadeiros suplícios que, conforme Michel Foucault, só viriam a ser extintas no início do século XIX.<sup>9</sup>

No Antigo Regime foram criadas leis que obrigavam os povos mais pobres a retornarem para suas cidades e vilas de origem. Concomitantemente, houve uma grande deterioração da condição de vida por conta da fome, das guerras e pela calamidade da peste negra, o que acabou por gerar o desaparecimento da reserva de mão de obra<sup>10</sup> e o surgimento das casas de correção para suprir esse *déficit*.<sup>11</sup>

O que é significativo no uso das galés como método de punição é o fato de ser uma iniciativa calcada em interesses somente econômicos e não penais. Isto é verdade tanto para a sentença quanto para a execução. A introdução e regulamentação da

---

<sup>5</sup> Ibid., p. 31 e 32.

<sup>6</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 23.

<sup>7</sup> KIRCHHEIMER, O.; RUSCHE, G. Op. cit., p. 37.

<sup>8</sup> Ibid., p. 38.

<sup>9</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 19.

<sup>10</sup> KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg Op. cit., p. 46 e 47.

<sup>11</sup> Ibid., p. 67.

servidão nas galés foram determinadas tão-somente pelo desejo de se obter a força de trabalho necessária nas condições mais baratas possíveis.<sup>12</sup>

A classe pobre, substanciada nos ‘criminosos’, passa, portanto, a ser utilizada como instrumento de acúmulo de capital. A esse respeito, trata ainda Malaguti:

É natural que os pobres, despossuídos até do próprio corpo, de sua força de trabalho, aparecessem como solução e como problema. Solução por serem a fonte de geração de riquezas materiais, e problema porque não podem fugir ou sair do controle, precisam ser sujeitados de mil formas visíveis e invisíveis.<sup>13</sup>

Ao longo dos séculos XVII e XVIII, a prisão se torna instrumento de disciplina do corpo, para torna-lo obediente e útil. O foco passa a ser aumentar as habilidades, melhorar as técnicas e otimizar a eficácia dos sujeitos<sup>14</sup>. Foucault disserta que “o poder disciplinar é com efeito um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior “adestrar”; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor”<sup>15</sup>. A utilidade do trabalho penal não seria sequer o lucro, mas a constituição de uma relação de poder onde o preso estaria submisso e ajustado ao aparelho de produção.<sup>16</sup>

As casas de correção e o processo de disciplinamento dos corpos dóceis narrado por Foucault teve como consequência o adestramento da sociedade para a criação da mão de obra necessária ao surgimento do Capitalismo Industrial.<sup>17</sup> Esse período histórico trouxe com si o crescimento da fome a ameaça de revolução - em 1810 ilustrado com o *slogan* inglês “Pão e Sangue” -, e com isso houve um aumento drástico das ocorrências de furtos e roubos.<sup>18</sup>

Até então, o cárcere era “simplesmente o lugar de detenção antes do julgamento, onde os réus quase sempre perdiam meses ou anos até que o caso chegasse ao fim”<sup>19</sup>, mas com a reforma do sistema penal, e as prisões - que até então somente em situações excepcionais eram aplicadas como pena condenatória - passam a ocorrer em larga escala como espécie

<sup>12</sup> Ibid., p. 85.

<sup>13</sup> BATISTA, V. M. Op. cit., p. 34.

<sup>14</sup> FOUCAULT, M. Op. cit., p. 135.

<sup>15</sup> Ibid., p. 167.

<sup>16</sup> Ibid., p. 236 e 237.

<sup>17</sup> FABRES, Thiago. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**. TEDx Talks. 29 out. 2015. 18min58s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=c8fM-qbIHIE>>. Acesso em: 13 out. 2018. Trecho: 3min15s-4min31s.

<sup>18</sup> KIRCHHEIMER, O.; RUSCHE, Georg. Op. cit., p. 136 a 147.

<sup>19</sup> Ibid., p. 94 e 95.

punitiva do crime. Neste sentido, Foucault ensina que a prisão constitui uma pena *óbvia*, porquanto a liberdade compõe um bem “universal e constante” a todas as pessoas, de modo que sua privação atingiria a todos em igual medida e, diferentemente da multa, seria uma punição mais *igualitária*, de forma que o castigo passa a constituir a supressão da liberdade e a ser contabilizado através do tempo.<sup>20</sup>

A reforma penal do fim do século XVIII é dirigida ao conjunto de conflitos e movimentações populares que derrubaram o *Ancien Régime*. É o grande medo da revolução e o descarte que a burguesia faz do proletariado que vão *iluminar* o novo direito penal. Novos conflitos, novas rebeliões, novos medos e principalmente a ideia que subjaz a ideia de nação, a ideia de *povo*, vão fazer com que o novo sistema penal agencie a conflitividade social. A justiça criminal e o poder punitivo se transformaram em um instrumento para o controle diferencial das ilegalidades populares. É para isto que foram concebidos historicamente a prisão e o sistema penal.<sup>21</sup>

A superlotação prisional decorrente desta nova política ocasionou a degradação das condições carcerárias, aumentando exponencialmente o índice de mortalidade. Inicialmente a imposição de trabalho aos presos, que antes se limitava às casas de correção, passou a ser realizada também nas prisões; entretanto, devido à falta de estímulo e péssima saúde dos prisioneiros, o lucro obtido não era suficiente para custear os estabelecimentos prisionais. Em paralelo a essa situação, a concorrência da mão de obra no mercado aberto gerou grandes críticas ao trabalho carcerário. Isso eliminou o caráter industrial das prisões, mas não o trabalho em si, que se tornou medida de tortura e repressão contra o ócio dos presos.<sup>22</sup>

Já na metade do século XIX, a Europa ingressa em um período de prosperidade que duraria até 1914. O desenvolvimento econômico se refletiu nos índices de criminalidade, o que gerou a retomada de pensamentos iluministas que dão ênfase a uma política de prevenção criminal<sup>23</sup>. Por fim, o suplício da pena é finalmente abolido na França em 1848, e a punição deixa de ser espetacularizada para se tornar a “parte mais velada do processo penal”<sup>24</sup>:

O sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. O castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos. Se a justiça ainda tiver que manipular e tocar o corpo dos

<sup>20</sup> FOUCAULT, M. Op. cit., p. 224.

<sup>21</sup> BATISTA, V. M. Op. cit., p. 96.

<sup>22</sup> KIRCHHEIMER, O.; RUSCHE, G. Op. cit., p. 147 a 158.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 193 a 195.

<sup>24</sup> FOUCAULT, M. Op. cit., p. 14.

justiçáveis, tal se fará à distância, propriamente, segundo regras rígidas e visando a um objetivo bem mais “elevado”.<sup>25</sup>

Os sujeitos do controle penal são substituídos: o carrasco dá lugar aos psicólogos e educadores, “juizes paralelos”<sup>26</sup> que vigiam os corpos condenados para que não se tornem os “objetos últimos da ação punitiva”.<sup>27</sup> A punição se dirige agora não mais ao corpo, mas à alma, e “o aparato da justiça punitiva tem que se ater, agora, a esta nova realidade, realidade incorpórea.”<sup>28</sup>

Calcular uma pena em função não do crime, mas de sua possível repetição. Visar não à ofensa passada, mas à desordem futura. Fazer de tal modo que o malfeitor não possa ter vontade de recomeçar, nem possibilidade de ter imitadores. Punir será então uma arte de efeitos; [...] É preciso punir exatamente o suficiente para impedir.<sup>29</sup>

A prisão se torna o “remédio para todas as doenças”<sup>30</sup>:

A prisão, peça essencial no conjunto das punições, **marca certamente um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à “humanidade”**. Mas também um momento importante na história desses mecanismos disciplinares que o novo poder de classe estava desenvolvendo: o momento em que aqueles colonizam a instituição judiciária. Na passagem dos dois séculos, uma nova legislação define o poder de punir como uma função geral da sociedade que é exercida da mesma maneira sobre todos os seus membros, e na qual cada um deles é igualmente representado; mas, ao fazer da detenção a pena por excelência, ela introduz processos de dominação característicos de um tipo particular de poder. **Uma justiça que se diz “igual”, um aparelho judiciário que se pretende “autônomo”, mas que é investido pelas assimetrias das sujeições disciplinares**, tal é a conjunção do nascimento da prisão, “pena das sociedades civilizadas”<sup>31, 32</sup> – texto grifado.

Para que isso pudesse ocorrer, Foucault discorre que a prisão precisou se tornar em “cela, oficina e hospital”, respectivamente através da i) hierarquização e isolamento individual que consolidaria o esquema político-moral; ii) o trabalho obrigatório constituindo o modelo econômico; e iii) a cura e a normalização formando o modelo técnico-médico.<sup>33</sup>

<sup>25</sup> Ibid., p. 16.

<sup>26</sup> Ibid., p. 25.

<sup>27</sup> Ibid., p. 16.

<sup>28</sup> Ibid., p. 21.

<sup>29</sup> Ibid., p. 92.

<sup>30</sup> CHABROUD, Ch. *Archives parlementaires*. T. XXVI, p. 618 apud FOUCAULT, Michel Op. cit., p. 115.

<sup>31</sup> ROSSI, P. *Traité de droit penal*. Vol. III, 1829, p. 169 apud FOUCAULT, Michel Op. cit., p. 224.

<sup>32</sup> FOUCAULT, Michel Op. cit., p. 223 e 224.

<sup>33</sup> Ibid., p. 241.

### 1.1.2. Estado penal máximo: lei e ordem

Com o fim do *Welfare State*, há um grande crescimento da desigualdade social, e consequentemente, dos índices de criminalidade decorrente das mazelas sociais. A solução liberal encontrada para este problema – a despeito da diminuição de investimento governamental nas políticas sociais como um todo – foi fortalecer a política criminal, destinando-lhe um alto nível de recursos estatais.<sup>34</sup> Loïc Wacquant analisa este fenômeno da seguinte forma:

a atrofia deliberada do Estado social corresponde à hipertrofia distópica do Estado penal: a miséria e a extinção de um tem como contrapartida direta e necessária a grandeza e a prosperidade insolente do outro.<sup>35</sup>

Taiguara critica a contradição entre a proposta de cartilha neoliberal e o intervencionismo na indústria de controle do crime e denuncia o disparate numérico deste contrassenso:

Em 1993 os Estados Unidos gastaram 50% a mais com suas prisões que com sua administração judiciária (32 bilhões de dólares a 21) enquanto dez anos antes os orçamentos dos dois eram praticamente idênticos (em torno de 7 bilhões cada). Neste mesmo ano, as unidades prisionais públicas contavam com mais de 600.000 empregados, correspondendo ao *status* de terceiro maior empregador dos pais [sic], **atrás apenas da General Motors e da rede de supermercados Walmart. Esse aumento de créditos ao sistema prisional só foi possível graças a cortes profundos nos orçamentos destinados a ajudas sociais, saúde e educação.** [...] Os gastos anuais com o sistema penal nos EUA chegaram a US\$210 bilhões em 1998, muito próximo do montante de US\$256 bilhões gastos no mesmo ano com as Forças Armadas. Para Nils Christie, **o custo da guerra contra os inimigos internos está se aproximando dos custos militares contra os inimigos externos.**<sup>36</sup> – texto grifado.

O Estado do bem-estar social daria lugar, portanto, ao que Foucault chama de “Estado Policial” e Wacquant de “Estado penal”.<sup>37</sup> Esse período seria marcado por uma base

<sup>34</sup> SOUZA, Taiguara Libano Soares e. **A Era do Grande Encarceramento: Tortura e Superlotação Prisional no Rio de Janeiro.** Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito. Rio de Janeiro, 2015, p. 111.

<sup>35</sup> WACQUANT, Loïc. **Três etapas para uma Antropologia histórica do neoliberalismo realmente existente** apud SOUZA, T. L. S. e Op. cit., p. 111.

<sup>36</sup> SOUZA, T. L. S. e Op. cit., p. 116.

<sup>37</sup> Ibid., p. 125.

ideológica de intolerância da criminalidade, sustentado em um “tripé ideológico entre as ideologias da defesa social, da segurança nacional e do direito penal do inimigo”.<sup>38</sup>

A mídia se torna uma aliada fundamental na legitimação desse Leviatã; o traficante de drogas é construído como o *inimigo público* do povo, e a guerra contra as drogas configura agora a principal base da estratégia legislativa de matéria criminal. Desta forma, o alarmismo e o medo social deram espaço para um agravamento das penas e flexibilização das garantias, consolidando assim o “dogma da pena como solução por excelência para os conflitos humanos”.<sup>39</sup> Luis Ferrajoli ensina que a construção do direito penal Máximo se dá a partir das seguintes medidas:

a) ampliação do rol de crimes; b) ampliação das penas de prisão de longa duração; c) regime de execução prisional mais severo; d) tolerância zero; e) redução da maioria penal; f) guerra às drogas; g) direito penal do inimigo.<sup>40</sup>

Atendendo ao interesse do capital, condutas cotidianas são criminalizadas e as favelas e periferias são segregadas, distanciando cada vez mais o *cidadão de bem* do inimigo público; os territórios não alcançados pelo Estado são classificados como Eixo do Mal e acabam caindo sob o domínio das “duas categorias fantasmáticas: o traficante e o terrorista”.<sup>41</sup> O terror precisava ser combatido: a *lei e a ordem* deveriam ser restauradas.

A necessidade proeminente legítima, portanto, uma perseguição desmedida e um aprisionamento em massa nunca antes testemunhado<sup>42</sup>. Entretanto, não eram os criminosos perigosos e violentos – aqueles que fundamentavam os discursos políticos e midiáticos –, que estavam abarrotando as cadeias, mas os pequenos delinquentes, autores de infrações insignificantes e provenientes da classe trabalhadora<sup>43</sup>.

Formava-se o perfil do inimigo público que hoje em dia já está consolidado: segundo Wacquant, nesse momento “seis penitenciários são negros ou latinos, menos da metade tinha

<sup>38</sup> BATISTA, Vera Malaguti Op. cit., p. 102.

<sup>39</sup> Ibid, p. 102.

<sup>40</sup> SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 125.

<sup>41</sup> BATISTA, V. M. Op. cit., p. 28.

<sup>42</sup> Ibid, p. 29.

<sup>43</sup> SOUZA, T. L. S. e Op. cit., p. 113 e 114.

emprego em tempo integral no momento de ser posta atrás das grades e dois terços provinham de famílias dispendo de uma renda inferior à metade do limite da pobreza. <sup>44</sup>”

Nesta esteira, percebe-se que **o aumento da população carcerária nos Estados Unidos não se deve, portanto, ao aumento da criminalidade violenta, mas, sim, à transfiguração do *modus operandi* do sistema punitivo em face das camadas mais empobrecidas da população.** O “encarceramento serve antes de tudo para ‘governar a ralé’ que incomoda bem mais do que para lutar contra crimes de sangue<sup>45</sup>”. <sup>46</sup> texto grifado.

A nova estratégia criminal criada através do neoliberalismo – que resultou em um “aumento da população carcerária dos EUA em um índice de 314% em 20 anos (1970-1991)”<sup>47</sup> - protagonizaria um endurecimento do controle punitivo em quase todo o Ocidente. Aqui no Brasil não foi diferente; sendo um país periférico, com heranças do “colonialismo exploratório, escravagismo e regimes políticos autoritários” <sup>48</sup>, a experiência seria definitivamente trágica.

## 1.2. O desenvolvimento do cárcere no Brasil

Como poderá se perceber mais adiante, a fragilidade da democracia brasileira adicionada ao altíssimo nível de desigualdade socioeconômica acentuaria substancialmente a força do Estado penal no nosso país. Desde o início da criação do Estado brasileiro, as minorias sempre se viram preteridas em relação às garantias individuais. Taiguara<sup>49</sup> e Walter Benjamin<sup>50</sup> analisam essa questão como a “exceção permanente” imposta aos povos oprimidos.

Destarte, importante ressaltar que assim como na Europa, a prisão no Brasil colonial era, inicialmente, tida apenas como uma medida cautelar até a execução da pena, que poderia vir a ser um castigo corporal ou a pena capital. Ainda assim, a superlotação e a precariedade

---

<sup>44</sup> WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres. A nova gestão penal da miséria nos Estados Unidos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 83.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 114.

<sup>46</sup> SOUZA, T. L. S. e. *Op. cit.*, p. 114.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>50</sup> BENJAMIN, W., **Sobre o conceito de história. Obras escolhidas** apud SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *Op. cit.*, p. 128.

do cárcere já eram questões presentes à época, tendo os detentos que arcar com suas próprias despesas, pois o Estado não fornecia nenhum tipo de assistência material<sup>51</sup>. De acordo com o relato de John Luccok, o estabelecimento se assemelhava “às nossas jaulas de animais ferozes, e dentro dele vagueiam os presos de modo muito semelhante a eles e com acomodações não muito superiores”<sup>52</sup>.

Em 1834 é inaugurado o sistema carcerário brasileiro com a criação da Casa de Correção da Corte na cidade do Rio de Janeiro, destinada à pena de prisão com trabalho. A capital do Império se pautava no modelo penal europeu – que estava sob a reforma humanista -, e por isso se propunha a superar a barbárie das prisões coloniais.<sup>53</sup> Entretanto, não era o que ocorria na prática, pois

a contradição do liberalismo jurídico-penal à brasileira fazia ainda constar em seu cotidiano os castigos físicos, a ausência de oficinas de trabalho e a permanência da escravidão como sustentáculo do modelo econômico<sup>54</sup>.

Além disso, Taiguara ainda diz que o real objetivo do Estado era segregar os indivíduos indesejáveis e apropriar o lucro da sua força de trabalho.

Pouco depois, foi criada a Casa de Detenção da Corte – para detenções de curto período -, estabelecida nas instalações da Casa de Correção e que logo começou a apresentar problemas na sua estrutura. Dentre eles, a superlotação. A fim de tentar solucionar o problema crônico do sistema penal brasileiro, foram criadas diversas unidades prisionais, como por exemplo, o antigo Lazareto, na Vila do Abraão, em Ilha Grande, e a Colônia Correccional de Dois Rios. Já em 1940, surgiu a Colônia Penal Cândido Mendes – que viria a ser implodida em 1962 – e a Penitenciária Cândido Mendes – implodida em 1994.<sup>55</sup>

A estadualização do Sistema Penitenciário gerou perda de investimentos em infraestrutura, o que desencadeou uma grave crise. As penitenciárias localizadas nos centros

---

<sup>51</sup> SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 159.

<sup>52</sup> NEIVA, Gerivaldo Alves. **Os Mutirões Carcerários e a Crise do Sistema Penitenciário**. Disponível em <<https://www.ibccrim.org.br/artigos/2010/07>>. Acesso em 26 out. 2018.

<sup>53</sup> SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 161 e 162.

<sup>54</sup> Ibid., p. 162.

<sup>55</sup> Ibid., p. 162 a 165.

urbanos foram desativadas ou implodidas, e suas estruturas foram estabelecidas em locais mais afastados. Um exemplo desta nova política é o Complexo Penitenciário de Bangu, inaugurado em 1987, e localizado próximo ao Lixão de Bangu, uma opção “segura” por ser distante do centro urbano.<sup>56</sup> A respeito dessa simbologia, trata Zygmunt Bauman:

Em suma, as prisões, como tantas outras instituições sociais, passaram a tarefa de reciclagem para o depósito de lixo. (...) Construir novas prisões, aumentar o número de delitos puníveis com a perda da liberdade, a política de tolerância zero e o estabelecimento de sentenças mais duras e mais longas podem ser medidas mais bem compreendidas como esforços para construir a deficiente e vacilante indústria de remoção de lixo – sobre uma nova base, mais atendida com as novas condições do mundo globalizado.<sup>57</sup>

É interessante constatar que, atualmente, o Leviatã brasileiro é dividido entre um polo repressivo, marcado pela forte persecução criminal, e outro assistencialista, ilustrado por programas como o Bolsa Família. De um modo, ou de outro, através de uma política permanente de exceção, a política criminal é hoje instrumentalizada para desanexar a população marginal, e assim assegurar as estruturas de dominação social. A legitimação dessa política repressiva só é possível devido à existência (criada propositalmente) da figura imaginária do inimigo público: o traficante.<sup>58</sup>

Até o início do século XX, o Estado penal era estabelecido com bases a garantir a “limpeza” social, mas neste período houve uma transição do modelo sanitário para o modelo bélico, firmado definitivamente na Ditadura Militar<sup>59</sup>, e demonstrado diariamente na atualidade com a atrocidade que são os autos de resistência:

O singular do neoliberalismo foi conjugar o sistema penal com novas tecnologias de controle, de vigilância, de constituição dos bairros pobres do mundo em campos de concentração. No Rio de Janeiro, de onde escrevo, a governamentalização da segurança pública conjuga o maior índice de mortos pela polícia, os famigerados autos de resistência (mais de mil por ano) com a *pacificação* das favelas.<sup>60</sup>

Os números produzidos por essa política governamental são dignos de guerra. Apenas nos últimos quatro anos já **houve um aumento de 124% dos homicídios decorrentes da**

---

<sup>56</sup> Ibid., p. 162 a 166.

<sup>57</sup> BAUMAN, Zygmunt, **Vidas Desperdiçadas**, p. 107.

<sup>58</sup> SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 147.

<sup>59</sup> Ibid., p. 145.

<sup>60</sup> BATISTA, Vera Malaguti Op. cit., p. 99.

**intervenção policial no Estado do Rio de Janeiro:** no ano de 2014 foram 584 vítimas, e em 2018, **1.308**<sup>61</sup>. Essa barbárie silenciosa é vivenciada cotidianamente pelos moradores das favelas cariocas, palco das trágicas ações das Unidades de Polícia Pacificadora e que selecionam criteriosamente o alvo a ser combatido: o pobre, negro, os “indignos de vida”.<sup>62</sup> Essa realidade paralela é descrita por Vera Malaguti como um

modelo que se assemelha aos territórios ocupados na Palestina: muros, controle minucioso da movimentação, novas armas, novas técnicas, mas principalmente uma gestão policial da vida. É o oficial de plantão da polícia que decide se vai ou não haver festa, batizado ou [sic] baile *funk*. Os jornais estampam fotos de policiais oferecendo chocolate na Páscoa, igualzinho aos soldados dos EUA no Iraque. Mas os moradores adultos se recusam a conversar. O Rio de Janeiro converteu-se num laboratório de projetos de controle social por ocupação que se inspiram na Colômbia, no Iraque, na Palestina, nos *territórios do mal*, como diria Bush.<sup>63</sup>

O resultado desse regime é uma população carcerária que ultrapassou pela primeira vez na história brasileira a taxa 700 mil detentos, colocando o país em 3º lugar no *ranking* de população carcerária mundial (ficando atrás apenas dos Estados Unidos e China), com uma defasagem de 358.663 vagas, ou seja, quase metade do contingente total:

**Tabela 1. Pessoas privadas de liberdade no Brasil em junho de 2016**

Brasil - Junho de 2016	
<b>População prisional</b>	<b>726.712</b>
Sistema Penitenciário	689.510
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	36.765
Sistema Penitenciário Federal	437
<b>Vagas</b>	<b>368.049</b>
<b>Déficit de vagas</b>	<b>358.663</b>
<b>Taxa de ocupação</b>	<b>197,4%</b>

<sup>61</sup> BRASIL, Instituto de Segurança Pública: ferramenta de pesquisa de visualização de dados. Disponível em <<http://www.ispvisualizacao.rj.gov.br/>>. Acesso em 26 out. 2018.

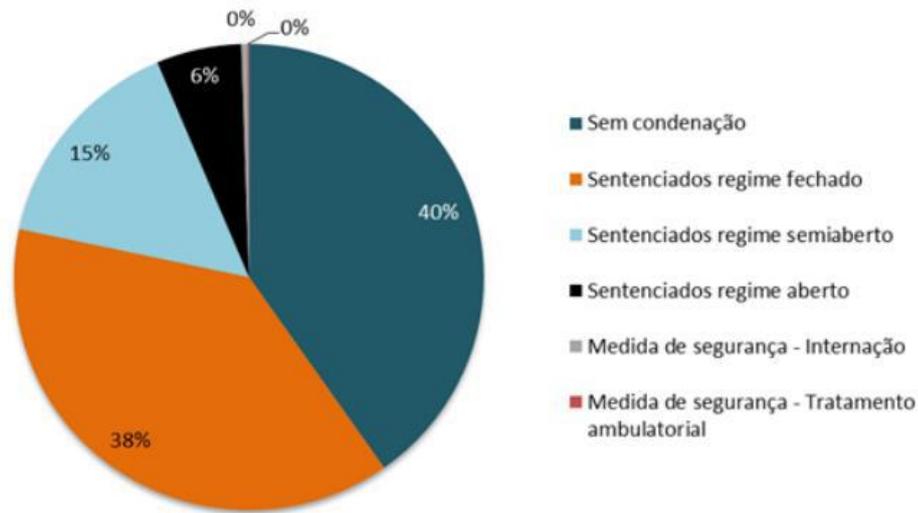
<sup>62</sup> ZACCONE, Orlando., **Indignos de vida:** A forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro.

<sup>63</sup> BATISTA, V. M. Op. cit., p. 99 e 100.

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016. Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016

Desse montante, a quantidade de presos provisórios, ou seja, aqueles que não foram julgados e não receberam decisão penal condenatória, totaliza a porcentagem extraordinária de 40% do total de presos:

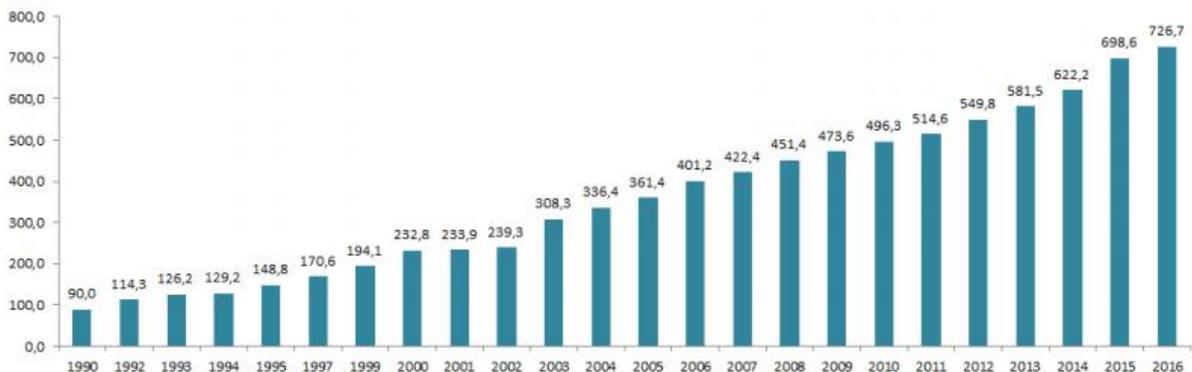
**Gráfico 5. Pessoas privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime**



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016. Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016

Por fim, frisa-se a taxa galopante de crescimento do exército carcerário do Brasil, que em 1990 era de apenas 90 mil presos, ou seja, nos últimos 28 anos houve um crescimento de **mais de 800%** da população prisional:

**Gráfico 1. Evolução das pessoas privadas de liberdade entre 1990 e 2016**



Fonte: Ministério da Justiça. A partir de 2005, dados do Infopen.

Sem dúvidas, o Grande Encarceramento é um fenômeno inédito de magnitude imprevisível, cuja busca é a “incipiente, mas promissora, indústria do controle do crime no Brasil, como revela Laurindo Minhoto:

Se, de um lado, há evidências fundadas de que a operação privada de estabelecimentos correccionais não tem executado um serviço mais eficiente nem tampouco mais barato, como também não tem conseguido fazer frente aos objetivos internos do sistema de justiça criminal, notadamente, o alívio da superpopulação e a reabilitação dos detentos, além de despertar forte polêmica, é certo que paradoxalmente as prisões privadas vêm se expandido e as companhias ampliando largamente suas margens de lucratividade.<sup>64,65</sup>

Neste sentido, há dois Projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional que propõem alterações na Lei de Execução Penal<sup>66</sup>. São os Projetos de Lei nº 513 de 2013 e o nº 580 de 2015, que preveem a possibilidade de exploração financeira do trabalho do encarcerado, evidenciando, dessa forma, indícios de uma tendência política cada vez maior de privatização das prisões. De fato, o setor da indústria do crime tem crescido continuamente, e o *lobby* para a expansão desse movimento conta com apoio de diversas agências políticas e midiáticas.<sup>67</sup> Essa questão é extremamente preocupante, principalmente porque o alvo do sistema penal pertence à classe social com menos poder de luta.

### 1.3. O alvo do sistema penal brasileiro

O caráter autoritário do Estado brasileiro foi concebido a partir do contexto inquisitorial da metrópole ibérica e replicada nas terras tupiniquins de maneira suficientemente estratégica para conter a ordem social da colônia. Essa natureza se perpetuou durante todo o período imperial, e deu ensejo à hierarquização dos homens livres sobre as demais minorias<sup>68</sup>:

No liberalismo à brasileira os direitos não podiam colidir com o “direito de propriedade em toda a sua plenitude”, como na Constituição de 1824, mantendo a escravidão sem referir-se a ela. Um conceito muito peculiar de cidadania vai-se

<sup>64</sup> MINHOTO, Laurindo Dias, **Privatização de presídios e criminalidade**. A gestão da violência no capitalismo global, p. 92.

<sup>65</sup> SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 153.

<sup>66</sup> BRASIL. Lei nº 7.210 11 de jul. de 1984. **Lei de Execução Penal**, Brasília, DF, jul. 1984. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em 11 de out. 2018.

<sup>67</sup> SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 154 155.

<sup>68</sup> Ibid., p. 129 e 130.

instaurando nos trópicos: homem-proprietário versus escravos, mulheres e não-proprietários.<sup>69</sup>

O racismo era, portanto, positivado e conferia uma condição de *semoventes* ao povo negro, que era tido à época como uma mera propriedade. Entretanto, tratando-se de direito penal, os escravos também eram responsabilizados, respondendo com penas corporais e de morte – ao passo que aos brancos livres cabia apenas pena de multa e prisão.<sup>70</sup>

O movimento de urbanização das grandes cidades, como Rio de Janeiro e São Paulo, ressignificou a punição dos escravos. Era necessário haver uma nova forma de controle social, e para isso, foram constituídos espaços públicos para os castigos. A publicidade da execução das penas tinha um caráter simbólico de flagelo à carne negra, e a punição de um era a punição de todos.<sup>71</sup> O aparato policial focou majoritariamente no controle penal das populações marginalizadas dos centros urbanos, “visando escravos e homens pobres livres que pudessem ser enquadrados na condição de vadiagem, mendicância ou ajuntamentos”.<sup>72</sup>

A legislação era decisiva em estruturar o racismo social. As mais diversas manifestações existenciais da classe negra eram criminalizadas, e isso se perpetuou nas legislações ulteriores. O Código Penal Republicano de 1890, por exemplo, previa em seu art. 402 a criminalização da capoeira, nos seguintes termos: “fazer nas ruas e praças públicas exercícios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação de capoeiragem.”<sup>73</sup>  
<sup>74</sup> Neste sentido, Fausto afirma que a legislativa tinha o “[...] propósito de reprimir uma camada social específica, discriminada pela cor”<sup>75</sup> e Silvio Almeida preconiza que as relações jurídicas têm natureza de imposição de poder, motivo pelo qual o racismo se faz presente nas ações estatais até os dias de hoje<sup>76</sup>:

<sup>69</sup> BATISTA, V. M., **O medo na cidade do Rio de Janeiro**, p. 25 apud SOUZA, Taiguara Libano Soares e. Op. cit., p. 130.

<sup>70</sup> SOUZA, Taiguara Libano Soares e. Op. cit., p. 130 e 131.

<sup>71</sup> DUARTE, Evandro Charles Piza., **Criminologia e Racismo: Introdução ao Processo de Recepção das Teorias Criminológicas no Brasil – Tomo I**. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Departamento de Direito. Florianópolis, 1998, p. 208 e 209.

<sup>72</sup> SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 162 e 163.

<sup>73</sup> BRASIL. Decreto nº 847 de 11 de out. de 1890. **Promulga o Código Penal**, 1890. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm)>. Acesso em 22 out. 2018.

<sup>74</sup> DUARTE, E. C. P. Op. cit., p. 242 e 243.

<sup>75</sup> FAUSTO, Boris. **Crimes e cotidiano: a criminalidade em São Paulo**, 1984.

<sup>76</sup> ALMEIDA, Silvio. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 104 e 105.

Essa concepção do direito alarga as possibilidades de compreensão do fenômeno jurídico, para além do legalismo e do normativismo juspositivista. O direito, portanto, apresenta-se como aquilo que Michel Foucault denominou como “mecanismo de sujeição e dominação”<sup>77</sup>, cuja relação pode ser vista em relações concretas de poder que são inseparáveis do racismo, como nos revelam cotidianamente as abordagens policiais, as audiências de custódia e as vidas nas prisões.<sup>78</sup>

A abertura do mercado de trabalho para os negros, fruto das tendências abolicionistas da década de 1870, dispunha de restrições profundas em sua regulação, e desta forma havia diversas funções proibidas para os *escravos*. Sua permanência na cidade dependia de autorização estatal, e suas casas eram alvo de inspeção policial constante. Para o branco, a casa era considerada *asilo inviolável*, ao passo que, para o negro, era onde se escondiam os criminosos.<sup>79</sup>

A abolição da escravatura foi necessária, pois as elites locais não podiam mais ser confundidas com a massa *bárbara* da população pela civilização europeia - apesar de terem perpetuado a barbárie justamente em nome de uma ciência civilizadora<sup>80</sup>. Entretanto, apesar de o racismo ter sido o fundamento ideológico da escravidão, a abolição não foi suficiente para reconfigurar as relações de poder. Na verdade, as classes dominantes produziram artefatos suficientes para garantir a manutenção da hierarquia social.<sup>81</sup> Primeiramente, através da criminalização secundária (conceito que será abordado mais adiante, no capítulo 2), uma vez que

[...] havia uma forte tendência de discriminação racial nos julgamentos do Tribunal do Júri. Os acusados pretos têm 38 pontos percentuais a mais de chances de condenação do que os acusados brancos, e os acusados pardos tem 20.5 pontos percentuais a mais de chances de condenação do que os acusados brancos. Por outro lado, quando a vítima é parda, o acusado tem 29.8 pontos percentuais a mais de chances de absolvição do que quando a vítima é branca, e se a vítima for preta, e não branca, o acusado tem 15.3 pontos percentuais a mais de chances de absolvição. É importante lembrar que, segundo as análises estatísticas [sic], o fato de o acusado ser preto é o que mais aumenta as probabilidades de condenação, e o fato de a vítima ser parda ou preta é o que mais aumenta as chances de absolvição.<sup>82</sup>

<sup>77</sup> FOUCAULT, Michel, **Microfísica do poder**, 2014; FOUCAULT, Michel **A verdade e as formas jurídicas**, 2002 apud ALMEIDA, S. Op. cit., p. 104 e 105.

<sup>78</sup> ALMEIDA, S. Op. cit., p. 104 e 105.

<sup>79</sup> DUARTE, E. C. P. Op. cit., p. 244 a 247.

<sup>80</sup> Ibid., p. 321.

<sup>81</sup> Ibid., p. 264.

<sup>82</sup> RIBEIRO, Carlos Antonio Costa, **Cor e criminalidade: estudo e análise da Justiça no Rio de Janeiro (1900-1930)**, 1995 apud DUARTE, E. C. P. Op. cit., p. 249.

E também através da criminalização primária, o que ocorreu, como por exemplo, com a defesa da redução da menoridade de 14 para 9 anos por Raymundo Rodrigues, que, de acordo com Evandro Duarte, seria uma mudança dirigida apenas aos jovens negros, enquanto que os demais seriam *protegidos* pelo sistema<sup>83</sup>:

[...] progresso, porque a sociedade habilitou-se por esse modo a reprimir ações antisociais de indivíduos, que mesmo no ponto de vista do livre arbítrio, já se deviam considerar responsáveis. Mas principalmente progresso, porque de acordo com os preceitos da teoria positivista dos meios preventivos, ou dos substitutivos penais, quanto mais baixa for a idade em que a ação da justiça, ou melhor do Estado se puder exercer sobre os menores, maiores probabilidades de êxito terá ela, visto como poderá chegar ainda a tempo de impedir a influência deletéria de um meio pernicioso sobre o caráter em via de formação, em época portanto em que a ação deles ainda possa ser dotada de eficácia. Com certeza os partidários da dilação do prazo da menoridade no Brasil que são também os partidários do livre arbítrio, não cogitaram na **rapidez da maturidade orgânica nas raças inferiores** e na absoluta impossibilidade conseqüente de modificá-las então.<sup>84</sup> – texto grifado.

Necessário dizer também que o recurso à mestiçagem como tentativa de desarticular os grupos étnicos índios e negros configurou não apenas um sequestro de identidade cultural<sup>85</sup>, mas sobretudo, destacou a tentativa de patologização das *raças inferiores*, ampliando-se a “condição de culpado não para o ato “criminoso”, mas para o ser negro”.<sup>86</sup> Neste sentido, Lombroso viria a defender a existência do criminoso nato<sup>87</sup>, cujas características físicas e biológicas poderiam evidenciar a sua predisposição à criminalidade.

E na totalidade social que determina a vida do indivíduo, Lombroso, em seu livro *L'uomo delinquente*, cuja primeira edição é de 1876, considerava o delito como um ente natural, “um fenômeno necessário, como o nascimento, a morte, a concepção”, determinado por causas biológicas de natureza sobretudo hereditária.

À tese propugnada pela Escola clássica, da responsabilidade moral, da absoluta imputabilidade do delinquente, Lombroso contrapunha, pois, um rígido determinismo biológico. A visão predominantemente antropológica de Lombroso (que, contudo, não negligenciava, como erroneamente certos críticos sustentam, os fatores psicológicos e sociais) seria depois ampliada por Garófalo, com a acentuação dos fatores psicológicos (a sua *Criminologia* é de 1905) e por Ferri, com a acentuação dos fatores sociológicos.<sup>88</sup>

<sup>83</sup> DUARTE, E. C. P. Op. cit., p. 317.

<sup>84</sup> RODRIGUES, Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**, 1957, p. 179 e 180 apud DUARTE, E. C. P. Op. cit., p. 317.

<sup>85</sup> DUARTE, E. C. P. Op. cit., p. 320.

<sup>86</sup> Ibid., p. 85.

<sup>87</sup> Ibid., p. 135.

<sup>88</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 38 e 39.

Duarte critica veementemente a tese lombrosiana, afirmando que o autor atende aos “interesses da burguesia branca europeia, na qual a diversidade equivale à degeneração”<sup>89</sup>, e racionaliza a violência étnica:

Em outras palavras, o leitor comum deve familiarizar-se com um discurso que ele já conhece: racionalização de uma série de preconceitos de sua visão de mundo, ao qual a ciência empresta a sua autoridade. Em segundo lugar, não é demais reafirmar, a empreitada lombrosiana contra os selvagens atinge as formas de expressão das populações não européias e racionaliza a violência que é dirigida contra eles. Ao transformar o selvagem em criminoso, justifica o projeto colonialista.<sup>90</sup>

De qualquer forma, com a nova política criminológica de centralizar o crime no autor do delito, o novo ordenamento deu maior ênfase persecutória às infrações características das classes *inferiores*, como vadiagem, prostituição, alcoolismo e embriaguez, além de uma ampla repressão à capoeira e às religiões de matriz africana. Em outras palavras, uma verdadeira **criminalização da pobreza**.<sup>91</sup>

Por conseguinte, destaca-se que o “crime do pobre” da atualidade é o tráfico de drogas, e não à toa que 26% dos homens presos, e 62% das mulheres encarceradas, estejam sob essa condição por conta do tráfico:

**Figura 6. Distribuição por gênero dos crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade, por tipo penal**



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

<sup>89</sup> DUARTE, E. C. P. Op. cit., p. 137.

<sup>90</sup> Ibid., p. 139.

<sup>91</sup> SOUZA, Taiguara Libano Soares e. Op. cit., p. 164.

Não é de se espantar, portanto, que haja uma sobre-representação da população negra dentro dos presídios brasileiros: enquanto apenas 53% dos brasileiros são negros, no cárcere a porcentagem sobe para 64%:

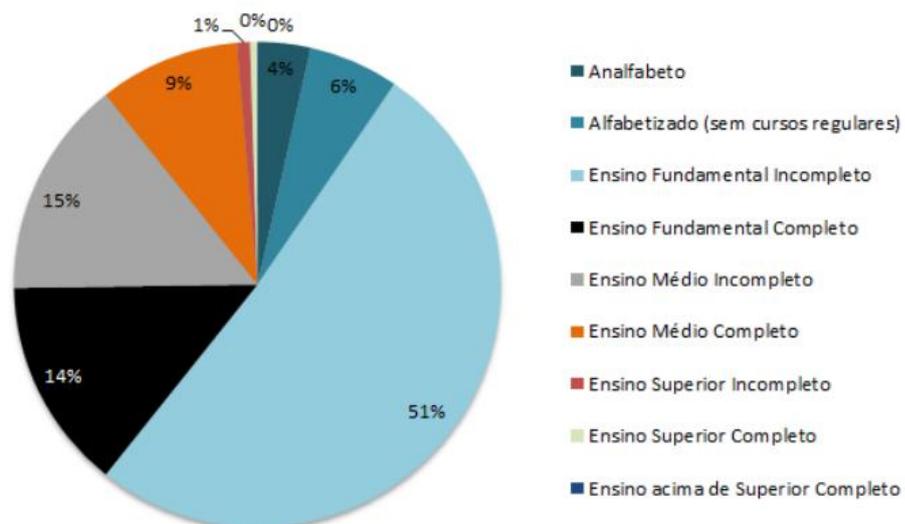
**Figura 4. Raça, cor ou etnia das pessoas privadas de liberdade e da população total**



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016; PNAD, 2015

Por fim, terminando de completar o estigma, 61% dos presos brasileiros sequer terminou o ensino fundamental:

**Gráfico 17. Escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil**



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

Assim é formado o **grande encarceramento**, onde o Estado penal aplica uma voraz e implacável seletividade, atingindo violentamente os segmentos mais vulneráveis da sociedade: os pobres e negros.<sup>92</sup> Neste sentido, popularizou-se um estudo criminológico que estabelecia uma relação de causalidade entre desordem e criminalidade, de modo que pequenos crimes logo evoluiriam para outros maiores. Esse estudo é a Teoria das Janelas Quebradas, difundido por James Q. Wilson em 1981 e desaguando na colônia brasileira pouco depois. Como consequência, se estabeleceu uma persecução insaciável e a criminalização dos pobres em todo o mundo.<sup>93</sup>

A Prefeitura do Rio hoje faz parte da vanguarda desse atraso: choque de ordem, remoções, prisões de camelôs, flanelinhas. A política de Tolerância Zero já é página virada em Nova York e recebeu profundas e oportunas críticas da criminologia em geral, mas ainda rende boas consultorias abaixo do Equador.

[...] Essa ideologia, ou cultura ou discurso criminológico, é que deu sustentação conceitual à política de criminalização do excedente de mão de obra para o grande encarceramento. Ela tem marcas no direito processual penal, além da expansão sem fronteiras do sistema penal [...].<sup>94</sup>

Dessa maneira, é declarada a guerra as drogas, e com a eleição da figura do traficante como o inimigo público a ser combatido.<sup>95</sup> Thiago Fabres explica a criminalização da pobreza da seguinte forma:

Então, a guerra às drogas é hoje o carro-chefe da produção social da violência que nós estamos vivendo. Cerca de mais de 30% da população carcerária brasileira está presa por tráfico de drogas, mais de 200 mil homens estão presos no Brasil por tráfico de drogas, e o tráfico de drogas é esse varejo da droga, não são políticos carregando nos seus helicópteros meia tonelada de cocaína. Não são. É o varejo da droga que essa juventude da periferia, dos morros, negra e pobre, encontra, na venda de drogas, uma fonte de renda mais diretamente acessível, num país de excluídos, num país de uma corrupção sistêmica e generalizada, e, portanto, é essa violência social que a criminalização das drogas produz, tanto pela disputa pelos mercados, pelas gangues, quanto pela operacionalidade letal e violenta que o sistema penal direciona sobre essas comunidades. Então, nós estamos vivendo hoje no Brasil, aqui mesmo no Espírito Santo, mas o Rio de Janeiro parece ser o grande paradigma, com as UPPs, essas ocupações militarizadas do território da pobreza, em nome dessa "guerra santa" contra as drogas, que, na verdade, representa uma guerra contra os pobres. **É exatamente isso que representa a guerra às drogas, essa fraude política, científica, histórica, como me referi, que, na verdade, se traduz numa guerra contra a pobreza e contra os pobres, sobretudo, numa criminalização da**

<sup>92</sup> SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 153.

<sup>93</sup> BATISTA, V. M. Op. cit., p. 103.

<sup>94</sup> Ibid, p. 103.

<sup>95</sup> SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 132

**miséria. É isso que o sistema penal brasileiro faz, criminalizar sistematicamente a miséria, as classes subalternas, criando historicamente inimigos pra justificar todo esse nível de letalidade.**<sup>96</sup> – texto grifado.

Desta forma, a legitimidade da política estatal criminológica é recorrentemente questionada pelos estudiosos do assunto. No último século alguns autores tentaram conceituar a importância da pena, e outros a criticaram. Neste sentido, é imperioso que se estabeleça um entendimento crítico do direito penal e a juridicidade do estabelecimento da pena.

---

<sup>96</sup> FABRES, Thiago. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**. TEDx Talks. 29 out. 2015. 18min58s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=c8fM-qbIHIE>>. Acesso em: 13 out. 2018. Trecho: 7min57s-9min39s.

## 2. TEORIAS DA PENA

Nas últimas décadas tem-se discutido bastante acerca dos fundamentos da pena e da sua legitimidade ou deslegitimidade. Essa concepção é de suma importância para que seja possível traçar caminhos de resolução dos problemas do cárcere – não só no Brasil, como no mundo inteiro.

Por conseguinte, o entendimento preponderante no direito penal acerca dos fundamentos da pena reside nas funções de *retribuição*, *prevenção geral* e *prevenção especial*. No entorno dessa análise, colocam-se dois campos opostos: as teorias legitimantes e as teorias deslegitimantes da pena. As primeiras se propõem a buscar justificativas teóricas que concederiam legitimação e racionalidade ao poder punitivo do Estado sobre os transgressores da lei penal. As segundas, por outro lado, buscam expor contradições das funções da pena para provar a ausência de fundamentos legítimos de sua existência.

### 2.1. Legitimantes

#### 2.1.1. Absolutas / Retributivas

As teorias legitimantes da pena se dividem entre absolutas, relativas e mistas. Inicialmente, conceitua-se as teorias absolutas como aquelas que independem de projeções sociais, ou seja, não têm como objetivo prevenir o crime, e nem encontrar nas relações sociais uma justificativa para a transgressão penal. Elas se baseiam no modelo iluminista do contrato social, de acordo com o qual a pena seria uma indenização pelo mal praticado, decorrente da dívida constituída a partir da quebra do contrato.<sup>97</sup>

Desta forma, o poder de punir seria um poder/dever do Estado, cuja origem seria o Princípio de Talião (olho por olho, dente por dente) e a finalidade seria puramente vingativa. Para Nilo Batista e Zaffaroni, “todas essas teorias se classificam de modo análogo desde

---

<sup>97</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53 a 56.

1830, e legitimam o confisco do conflito: tratam de racionalizar a exclusão da vítima do modelo punitivo<sup>98</sup>,<sup>99</sup>.

Salo de Carvalho relembra que no medievo as massas criminalizadas não possuíam nada além de seu corpo, e por isso pagavam, inicialmente, com penas corporais, e depois - quando este modelo não mais atendia à pretensão de racionalização do sistema punitivo - com a alma, através do sequestro do tempo (bem tangível universal), conforme preconizado por Foucault.<sup>100</sup>

Na linha desse pensamento criminológico, encontra-se Kant, que afirmava ser a lei um imperativo categórico que deve sempre ser respeitado. De acordo com Kant, o crime seria uma infração de ordem moral, e a pena seria a compensação pelo desvio praticado:

Se a sociedade civil resolver autodissolver-se, com a concordância de todos os seus cidadãos, mesmo assim, caso esta sociedade habitar uma ilha e resolver abandoná-la espalhando-se pelo mundo, o último assassino condenado e preso teria que ser executado, antes do abandono final da ilha pelo último membro do povo. Isto deverá assim acontecer para que cada um receba a punição equivalente aos seus atos e a dívida de sangue não permaneça vinculada ao povo<sup>101</sup>

A punição, portanto, esgotaria a dívida gerada pelo mal causado, ideia essa respaldada em sua visão de *justiça*. Entretanto, é necessário ressaltar que Kant não acreditava no caráter utilitário ou preventivo da pena, ou seja, não poderia haver um objetivo de se melhorar o homem ou preveni-lo de cometer crimes, pois desta forma o Estado estaria utilizando o ser humano como um instrumento, e isso seria imoral.<sup>102 103</sup>

De outra forma, Hegel entendia a pena como derivação dialética da violação do direito: "a pena é a negação da negação do Direito. Desta forma, a imposição da sanção penal

---

<sup>98</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro **Direito Penal Brasileiro. Vol. I.** Rio de Janeiro, Revan, 2003, p. 114 e 115.

<sup>99</sup> SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 56.

<sup>100</sup> CARVALHO, S. de. op. cit., 2013, p. 53 a 56

<sup>101</sup> KANT, Immanuel., **Fundamentação da metafísica dos costumes**, p. 176 apud SOUZA, Taiguara Libano Soares e. Op. cit., p. 58.

<sup>102</sup> CARVALHO, S. de. op. cit., 2013, p. 53 a 56.

<sup>103</sup> SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 56 a 58.

representaria a afirmação do direito.<sup>104+105</sup> Para Hegel, portanto, o fundamento é de ordem *jurídica*, pois visa reestabelecer a vontade da lei, violada pela vontade do delincente. A eliminação do mal pelo mal, para Hegel, produz valor positivo, e por isso a pena seria justificada pela necessidade de recomposição do direito violado.<sup>106</sup>

As teorias absolutas constituíram a narrativa de maior estabilidade na modernidade, estruturando os modelos jurídico-penais até meados do século passado, e tendo ainda uma intrínseca relação com a ideia de culpabilidade. A partir da década de 70 as teorias de prevenção geral negativa operaram o desgaste das narrativas retributivas. Para Roxin, apesar dessas teorias estabelecerem limite ao poder punitivo do Estado, elas não se sustentam do ponto de vista científico, havendo, inclusive, incompatibilidade do fundamento retributivo para com a finalidade do direito penal na proteção subsidiária de bens jurídicos.<sup>107</sup>

### **2.1.2. Relativas / Preventivas**

Já as teorias preventivas partem do pressuposto que a pena possui finalidade de natureza política e de utilidade para a sociedade, não constituindo - como nas teorias absolutas - um fim em si mesmas, mas representando um determinado meio para se alcançar um fim (como condenado por Kant). A pena tem, portanto, um condão utilitarista e finalístico, pretendendo prevenir futuros delitos. Elas nascem na transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal, e são construídas com base nos interesses da época, quais sejam, os de fortalecimento do modelo econômico capitalista. São divididas entre teorias da prevenção geral (positiva e negativa), e teorias da prevenção especial (positiva e negativa).<sup>108</sup>

#### **2.1.2.1. Prevenção Geral Negativa**

De acordo com Feuerbach, a cominação da pena teria como objetivo a intimidação geral da sociedade diante de uma ameaça abstrata de punição. Já a aplicação da pena teria "efeito

---

<sup>104</sup>. HEGEL, Georg Wilhelm Friederich, **Princípios da Filosofia do Direito**, p. 87 apud SOUZA, Taiguara Libano Soares e. Op. cit., p. 58

<sup>105</sup>. SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 58.

<sup>106</sup>. CARVALHO, S. de. op. cit., 2013, p. 55.

<sup>107</sup>. Ibid., p. 57 e 58.

<sup>108</sup>. SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 60.

dissuasório à coletividade através da concreta sanção penal"<sup>109</sup> e a punição serviria como forma de prevenção através do exemplo. A principal crítica a essa corrente seria a ineficácia para alcançar os fins pretendidos, pois a ameaça não é suficiente para dissuadir o cometimento de um crime.<sup>110</sup> Cirino dos Santos ensina:

Afirma-se que não é a gravidade da pena - ou o rigor da execução penal -, mas a certeza da punição que pode desestimular o autor de praticar crimes - uma velha teoria já enunciada por Beccaria, sempre retomada como teoria moderna pelo discurso de intelectuais e políticos do controle<sup>111</sup>

Além disso, assim como nas teorias absolutas, há uma falta de critério quanto ao limite de culpabilidade, o que geraria uma tendência ao "terror estatal. Pois quem quiser intimidar através da pena tenderá a reforçar esse efeito tão severamente quanto possível"<sup>112</sup>. E, por fim, coadunado com a crítica kantiana sobre a moralidade do utilitarismo preventivo, há críticas a respeito de se instrumentalizar o ser humano como um objeto, o que seria "inaceitável nos marcos do Estado Democrático de Direito"<sup>113</sup>. Neste ponto, cabe ainda a crítica de Nilo Batista e Zaffaroni, que observam que essa concepção implica na inevitabilidade de um enfoque do poder punitivo nas classes vulneráveis.

### 2.1.2.2. Prevenção Geral Positiva

Por outro lado, a teoria da prevenção geral sob o viés positivo busca inculcar na sociedade a noção de obediência ao ordenamento jurídico. Neste sentido, Jakobs - de forma próxima a Hegel - acredita que a pena tenha como função comprovar a força do poder estatal, demonstrando a vigência do sistema legislativo através da execução da pena cominada. Claus Roxin, por sua vez, enxerga a pena como instrumento subsidiário para proteção de bens jurídicos<sup>114</sup>.

---

<sup>109</sup>. Ibid., p. 61.

<sup>110</sup> Ibid., p. 61.

<sup>111</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Manual de Direito Penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2002, p. 245.

<sup>112</sup> ROXIN, Claus., **Problemas fundamentais de direito penal**, p. 23 apud SOUZA, Taiguara Libano Soares e. Op. cit., p. 62.

<sup>113</sup> SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 62.

<sup>114</sup> Ibid., p. 63.

Aqui cabem as mesmas críticas às teorias absolutas/retributivas, e ainda o fato de que na concepção de Jakobs, o direito não serve ao homem, mas à manutenção do próprio sistema. Roxin é criticado ainda por estabelecer suposições quanto ao aumento de confiança no Estado que não concebidas na realidade concreta<sup>115</sup>.

### 2.1.2.3. Prevenção Especial Positiva

As teorias especiais, contrariamente às teorias gerais, incorrem sobre o indivíduo, e não sobre a coletividade. Sob o viés positivo, as teorias especiais se propõem a reeducar, reinserir e recuperar o condenado na modernidade, pois o objetivo da pena seria evitar a reincidência delitiva. Os teóricos iluministas dessa vertente eram chamados por Foucault de "ortopedistas da moral"<sup>116</sup>.<sup>117</sup> Entretanto, como evidenciado por Muñoz Conde,

Falar, portanto, de ressocialização do delinquente sem questionar, ao mesmo tempo, o conjunto normativo a que se pretende incorporá-lo, significa aceitar como perfeita a ordem social vigente sem questionar nenhuma de suas estruturas, nem mesmo aquelas mais diretamente relacionadas com o delito praticado.<sup>118</sup>

Não só isso, como deve-se criticar ainda a ineficácia do isolamento como forma de ressocialização, questionando também a razoabilidade de se esperar a recuperação pessoal do preso que está submetido a condições carcerárias desumanas e degradantes, que tanto se fazem presentes nas prisões dos países periféricos<sup>119</sup>.

Nilo Batista e Zaffaroni denunciam ainda que a justificativa da legitimidade da pena dessa corrente criminológica não leva em consideração todos os direitos suprimidos não atingidos pela sentença condenatória, o que afronta a dignidade humana, e Claus Roxin destaca que se a função da prisão é prevenir a reincidência, nos casos em que não houvesse esse perigo ela seria dispensável<sup>120</sup>.

---

<sup>115</sup> Ibid., p. 63 e 64.

<sup>116</sup> FOUCAULT, M. Op. cit. p. 15.

<sup>117</sup> SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 64.

<sup>118</sup> MUNOZ CONDE, Francisco, *La ressocialización del delincuente: análisis y crítica de um mito*, p. 135 apud SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 65.

<sup>119</sup> Ibid., p. 65.

<sup>120</sup> Ibid, p. 65 e 66.

#### 2.1.2.4. Prevenção Especial Negativa

A corrente da prevenção especial negativa enxerga a pena como um instrumento de inocuidade do condenado, como por exemplo, a pena de morte, a prisão perpétua e o isolamento celular. Portanto, a utilidade da pena seria simplesmente a "eliminação de um perigo, pelo maior tempo possível (neutralização)".<sup>121</sup>

Ferrajoli questiona a efetividade dessa medida, uma vez que as grades não impedem totalmente que o preso pratique ou comande delitos de dentro da prisão, e Zaffaroni e Nilo Batista aduzem que a mera neutralização física está fora do conceito do que se entende por direito dentro do atual horizonte cultural. Apontam que:

ao nível teórico, a ideia de uma sanção jurídica é incompatível com a criação de um mero obstáculo mecânico ou físico, porque este não motiva o comportamento, mas apenas o impede, o que fere o conceito de pessoa (art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e art. 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos).<sup>122</sup>

#### 2.1.3. Teorias Mistas

As teorias mistas agregam aspectos das teorias absolutas e relativas, conceituando a pena como um fenômeno complexo onde em cada etapa de sua ocorrência - cominação, aplicação, e execução - preponderaria uma finalidade diferente. O Código Penal de 1940 abraçaria essa corrente, onde o art. 59 prevê a pena "conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime"<sup>123</sup>. Ou seja, estariam presentes tanto a função retributiva da pena, quanto a função preventiva (especial e geral)<sup>124</sup>.

Nilo Batista e Zaffaroni pontuam que a pluralidade de justificativas evidencia o caráter contraditório individual de cada uma delas. Além disso, todas as críticas já expostas anteriormente são válidas também às teorias mistas<sup>125</sup>.

---

<sup>121</sup> Ibid., p. 66 e 67.

<sup>122</sup> BATISTA, N. et al., **Direito penal brasileiro**, v. 1, p. 128 apud SOUZA, Taiguara Libano Soares e. Op. cit., p. 67.

<sup>123</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 7 de dez. de 1940. **Código Penal**, Brasília, DF, dez. 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 15 de out. 2018

<sup>124</sup> SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 68.

<sup>125</sup> Ibid., p. 69.

## 2.2. Deslegitimantes

Confrontando os discursos legitimantes da pena, diversos autores se posicionaram para contestar a justificação penalógica do sistema jurídico. Neste sentido, destacam-se principalmente o abolicionismo e o minimalismo penal.

### 2.2.1. Abolicionismo

O abolicionismo ganhou forças nas décadas de 60 e 70, e apontou múltiplas críticas ao sistema penal. Inicialmente, destaca-se que o abolicionismo acusa a existência do sistema penal como um problema social que causa mais problemas do que os resolve. Além disso, sua eficácia seria questionada ante a sua seletividade e perseguição às classes vulnerabilizadas. A respeito dessa corrente, ensina Vera Malaguti:

Por fim, no espectro das políticas criminais contemporâneas ressurgiu, fortemente, o abolicionismo, como decorrência também do grande encarceramento. No capítulo de Anitua sobre o abolicionismo, ele o aponta como a crítica mais profunda à “racionalização” do poder de punir, que só aumenta a violência. Como diz Passetti, a pena, ou o castigo, não está só no sistema penal; ela é um dispositivo que produz assujeitamentos e verticalizações na pedagogia, na psicologia, na família. É uma lógica instaurada a partir da escolástica e, para Louk Hulsman, a escolástica é a verdadeira fundadora da lógica penal. A crítica foucaultiana, baseada também em Rusche, propõe uma desconstrução da pena e do sistema penal a partir do desvelamento de suas funções históricas e concretas. Como na “Lei e Ordem” e no Direito Penal Mínimo, não há maniqueísmos. O abolicionismo é amplo, está na deslegitimação mais profunda da pena em diferentes estratégias políticas e jurídicas: no liberalismo, no marxismo, no anarquismo, mas também na criminologia crítica e no garantismo.<sup>126</sup>

Questiona-se também a ideologia oficial da pena, e sua ênfase na reação, e não na prevenção dos crimes. Neste sentido, quanto à corrente da prevenção geral, os abolicionistas afirmam que a existência jurídica de inúmeros tipos penais não é suficiente para assegurar sua prevenção. No que diz respeito à prevenção especial, “as desumanas condições da execução penal tornam a ressocialização uma utopia irrealizável”.<sup>127</sup> Por fim, criticam ainda o garantismo, pois alegam que ao buscar limitar o poder punitivo, acaba-se por legitimá-lo.<sup>128</sup>

<sup>126</sup>. BATISTA, V. M. Op. cit., p. 108.

<sup>127</sup>. SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 75.

<sup>128</sup>. Ibid., p. 75.

A principal crítica ao Abolicionismo é quanto à sua utopia de concretização. Neste sentido, Ferrajoli diz que mesmo que não houvesse delito, "um modelo de auto-regulação social espontânea seria irremediavelmente utópico". Salo de Carvalho, por sua vez, refuta a aplicabilidade desse modelo jurídico em realidades marginais como a latino-americana.<sup>129</sup> Entretanto, pontua que o garantismo deve ser utilizado como um meio para o fim abolicionista:

É Salo de Carvalho que entende o garantismo como uma estratégia abolicionista a partir do conhecimento histórico das funções da pena e do sistema penal. Curiosamente, parte da esquerda, ao tratar do sistema penal, despreza as garantias (como privilégios de classe) mas não descarta a pena.<sup>130</sup>

### 2.2.2. Minimalismo

Diferenciando-se do abolicionismo, os minimalistas não descartam a existência da esfera jurídica penal. Entretanto, propõem as mesmas críticas que os abolicionistas, e por isso defendem uma redução absoluta do sistema penal, limitando-o tanto quanto possível:

Considerando-se a pena como a intervenção estatal mais gravosa em face do indivíduo, a perspectiva minimalista estabelece que não deve ser acionado o direito penal, e, por conseguinte, a pena criminal, caso existam outros instrumentos jurídicos não-penais capazes de resolver ou mitigar o conflito social. O Direito Penal, portanto, deveria ser constantemente contido pelo Princípio da Intervenção Mínima, permeado pelas noções de fragmentariedade e subsidiariedade. Desta forma, pugna por medidas de política criminal como descriminalização, descarcerização, diminuição das penas, alternativas penais e penas alternativas.<sup>131</sup>

Encabeçando o minimalismo radical, Alessandro Baratta entendia que não seria possível a substituição do direito penal enquanto não houvesse a substituição da nossa sociedade burguesa por uma melhor, na qual seria possível a reapropriação da autogestão da sociedade, inclusive no controle do desvio. A base do direito penal, na visão de Baratta, são os Direitos Humanos, que devem limitar o Estado e ao mesmo tempo definir objeto de tutela do direito penal.<sup>132</sup>

<sup>129</sup>. Ibid., p. 76.

<sup>130</sup>. BATISTA, V. M. Op. cit., p. 107 e 108.

<sup>131</sup>. SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 77.

<sup>132</sup>. Ibid., p. 76 e 77.

Juarez Cirino dos Santos, também em uma corrente minimalista, defende a teoria dialética da pena, através da qual questiona a veracidade nas alegações das teorias legitimantes, ou seja, em relação à suposta função de controle do crime e ressocialização do condenado, alegando que a real função do cárcere é a "reprodução das relações de produção e da massa criminalizada"<sup>133</sup>, de forma que o sistema punitivo constitui um fenômeno social ligado ao processo de produção. Portanto, a teoria da dialética da pena aduz:

a) a pena criminal cumpre a função de retribuição equivalente do crime nas sociedades modernas, precisamente mediante a neutralização de condenados reais durante a execução da pena; b) as outras funções (i) de correção individual (prevenção especial positiva, destruída pela experiência histórica e arquivada pelo labelling approach) e (ii) de afirmação da validade da norma (prevenção geral positiva, em contradição com a correlação sistema penal/mercado de trabalho) constituem retórica encobridora das funções reais da pena criminal, de garantia da desigualdade social e da opressão de classes da relação capital/trabalho das sociedades contemporâneas.<sup>134</sup>

Há ainda a vertente da teoria agnóstica da pena, preconizada por Nilo Batista e Zaffaroni, que afirma que "tudo o que foi dito sobre a punição é falso e irreal, principalmente sua finalidade medicinal"<sup>135</sup>, e que a teoria agnóstica confessa não conhecer a função da pena, enxergando-a apenas como um limitador do direito sem que se provoque a legitimação do Estado penal. Os efeitos positivos do poder punitivo seriam "inalcançáveis por meio da sanção penal, por se tratarem de teorias falsas ou não-generalizáveis".<sup>136</sup>

As teorias deslegitimantes da pena foram inculcadas em momento posterior às teorias do desvio, ou seja, aquelas em que o enfoque da causa criminal não era o crime, mas seu autor. Como já tratado no capítulo 1, Lombroso e Wilson, com a teoria do criminoso nato e a teoria das janelas quebradas, respectivamente, encabeçaram um movimento doutrinário de atribuição do crime ao sujeito, e não qualquer sujeito, pois esses estudos sempre desaguavam na mesma figura social, ou seja, naquele pertencente às classes vulneráveis e estigmatizadas.

---

<sup>133</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC, Lúmen Juris, 2005., p. 78.

<sup>134</sup> CIRINO DOS SANTOS, J., 2002 Op. cit., p. 261.

<sup>135</sup> CARVALHO, Salo de, **Garantismo e direito de punir: teoria agnóstica da pena** apud SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 80

<sup>136</sup> SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 80.

A transição desse período para o momento das teorias deslegitimantes só foi possível graças à escola do *labelling approach*, que denuncia o caráter segregacionista do direito penal que atua politicamente em todas as esferas do delito para garantir a manutenção da hierarquia social. Neste sentido, por mais que o *labelling approach* tenha sido superado por conta da sua capacidade de “médio alcance”<sup>137</sup> em solucionar a questão criminológica, sua contribuição foi de fundamental importância para o desenvolvimento da criminologia crítica, e o entendimento desse estudo é indispensável para que se entenda o fracasso do cárcere.

### 2.2.3. *Labelling approach*

Destarte, cumpre dizer que, a despeito da obviedade dessa conceituação, crime é tudo aquilo que a lei assim define, e nada mais. Conforme aduzido por Augusto Thompson, “não há ato, por mais imoral e agressivo que se apresente, que se possa chamar de crime, se este caráter não lhe é atribuído por uma lei penal”.<sup>138</sup> Desta forma, condutas que são consideradas crimes em outros países, não o são aqui; e ainda, no mesmo sentido incorreria a explicação para a descriminalização de certas condutas ao longo do tempo. Neste sentido, Baratta diz que “a criminalidade não se existe na natureza, mas é uma *realidade* construída socialmente através de processos de definição e de interação”<sup>139</sup>:

Precisamente na abertura de sua célebre exposição sobre criminalidade, em *Les règles de la méthode sociologique* (1895), Durkheim critica a então incontroversa representação do crime como fenômeno patológico: “Se existe um fato cujo caráter patológico parece incontestável, é o crime. Todos os criminólogos estão de acordo sobre esse ponto”<sup>140</sup>. Por outro lado, observa Durkheim, encontramos o fenômeno criminal em todo tipo de sociedade: “não existe nenhuma na qual não exista uma criminalidade”<sup>141</sup>. Ainda que suas características qualitativas variem, o delito “aparece estreitamente ligados às condições de toda vida coletiva”<sup>142</sup>. Por tal razão, considerar o crime como uma doença social “significa admitir que a doença não é algo acidental, mas, ao contrário, deriva, em certos casos, da constituição fundamental do ser vivente”. Mas isto reconduziria a confundir a fisiologia da vida social com a sua patologia. O delito faz parte, enquanto elemento funcional, da fisiologia e não da patologia da vida social. Somente as suas formas anormais, por exemplo, no caso de crescimento excessivo, podem ser consideradas como

<sup>137</sup>. BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 116

<sup>138</sup>. THOMPSON, Augusto. **Quem São os Criminosos. O Crime e o Criminoso: Entes Políticos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 24

<sup>139</sup>. BARATTA, A. Op. cit., p. 108.

<sup>140</sup>. DURKHEIM, Émile. *Les règles de la méthode sociologique*, 1968, p. 65 apud BARATTA, A. Op. cit., p. 60.

<sup>141</sup>. Ibid., p. 60.

<sup>142</sup>. Ibid., p. 60.

patológicas. Portanto, nos limites qualitativos e quantitativos da sua função psicossocial, o delito é não só “um fenômeno inevitável, embora repugnante, devido à irredutível maldade humana”. Mas também “uma parte integrante de toda sociedade sã<sup>143</sup>”.<sup>144</sup>

Logo, os delitos que hoje são considerados crimes, em algum momento passaram por uma espécie de filtro. Nesta seara, a Teoria do *Labelling Approach*, ou Teoria do Etiquetamento, ensina que essa seleção é feita de forma política, ou seja, a criminalidade seria decorrente de um processo de criminalização, seria uma “realidade social atribuída”. E essa seleção, realizada pelos detentores do poder, produz a construção de estereótipos, que sempre se concentram nos estratos mais pobres da sociedade<sup>145</sup>.

Baratta nos mostra que, analisando-se a população carcerária do ponto de vista macrossociológico, fica evidente o antagonismo das relações de poder entre quem prende e quem é preso. Somente desta forma, diz o autor, seria possível auferir-se o verdadeiro significado da prisão, para então entender que é por conta desse fundamento que nos países de capitalismo avançado a massa carcerária é economicamente mais débil, e não por conta de uma suposta *patologia* da criminalidade.<sup>146</sup> Como disse Vera Malaguti, “quem não entender a luta de classes por trás dos processos de criminalização não dará conta do problema”.<sup>147</sup>

A sociologia contemporânea brasileira deveria se debruçar sobre essa discussão, incorporando a conflitividade social à agenda criminológica. O que esses autores afirmam, a partir das ideias de criminalização primária e secundária e da seletividade penal, é que é fundamental compreender quem tem o poder de definir o que é crime. Na história brasileira, as estratégias de sobrevivência, de lazer, a arte de curar, as religiões e as manifestações culturais de matrizes africanas foram sempre criminalizadas: do samba ao *funk*.<sup>148</sup>

Taiguara evidencia que o sistema penal, portanto, atua de forma a assegurar a punição seletiva de ilegalidade dos desvios dos “despossuídos”<sup>149</sup>. Desta forma, o processo de etiquetamento ocorre em todas as etapas da criminalização: na tipificação da conduta (criação

---

<sup>143</sup> Ibid., p. 60.

<sup>144</sup> BARATTA, A. Op. cit., p. 60.

<sup>145</sup> Ibid., p. 77.

<sup>146</sup> Ibid., p. 106.

<sup>147</sup> Ibid., p. 90.

<sup>148</sup> Ibid., p. 77.

<sup>149</sup> SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 73.

da norma), na persecução penal (seleção do indivíduo) e na recepção social (o etiquetamento operado pela própria sociedade).

### 2.2.3.1. Criminalização primária

O etiquetamento primário, como já narrado no item 1.3, criminaliza a classe *indesejada* desde o Brasil colonial, com a proibição da capoeiragem e das religiões de matriz africana, dentre outros exemplos. Neste sentido, Silvio Almeida ensina que o direito é um instrumento de manutenção do *status quo* utilizado pelas classes detentoras do poder, e que por isso o sistema jurídico brasileiro é impregnado pelo racismo:

As concepções institucionalistas parecem compatíveis com o direito visto como manifestação do poder. Se o direito é produzido pelas instituições que, por sua vez, são resultantes das lutas pelo poder na sociedade, as leis são uma extensão do poder político do grupo que detém o poder institucional. **O direito, nesse caso, é meio e não fim; o direito é uma tecnologia de controle social utilizada para a consecução de objetivos políticos** e para a correção do funcionamento institucional, como por exemplo, o combate ao racismo por meio de ações afirmativas. Mas da mesma forma que podemos analisar a relação entre direito e poder na direção do antirracismo, **a história nos demonstra que, na maioria dos casos, a simbiose entre direito e poder teve o racismo como seu elemento de ligação.**<sup>150</sup> – texto grifado.

Neste sentido, o Código Penal de 1940<sup>151</sup> confere ampla proteção à classe dominante no capítulo dos crimes contra o patrimônio. De acordo com Thompson, o delito moral por detrás desses tipos penais seria “transferir bens ou direitos de uma pessoa para outra, sem o pleno conhecimento e concordância da primeira”. Entretanto, não é à toa que tantas condutas que violam esse “crime” não sejam tipificadas. De acordo com o autor, o legislador escolheu propositalmente “estilhaçar” a violação patrimonial em diversas figuras para, atendendo aos interesses das classes superiores, subtrair determinadas condutas<sup>152</sup>.

Isso é que permite permanecerem fora da área penal hipóteses como as de jogadas de bolsa de valores; não-pagamento de empréstimos estatais obtidos mediante oferecimento de garantias inexistentes ou de valor muito inferior àquele por que foram avaliadas; recebimento de subsídios governamentais em contradição com o fim a que se destinam; concorrências de cartas marcadas; jogos contábeis; transações fictícias entre firmas de um mesmo conglomerado; operações triangulares;

<sup>150</sup> ALMEIDA, Silvio Op. cit., p. 105

<sup>151</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 7 de dez. de 1940. **Código Penal**, Brasília, DF, dez. 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 15 de out. 2018

<sup>152</sup> THOMPSON, A., 2007 Op. cit., p. 48.

especulação através de retenção de mercadorias; evasão de impostos; subida artificial de preços; esmagamento de empresas concorrentes, de sorte a obter o domínio do mercado e imposição de condições escorchantes; fraudes ao consumidor; anúncios falsos; enfim, toda a imensa gama de operações aptas a permitir a auferição de pingues lucros e que caracterizam a retirada de bens e direitos dos outros (em geral, largas faixas da população) contra a vontade deles e sem que tenham conhecimento de estarem sendo defraudados. Tais condutas, contudo, revelam insubmissão a se amoldarem a qualquer dos muitos perceptivos inscritos na legislação.<sup>153</sup>

Para Thompson, essa distinção criminal é selecionada a partir da percepção de que as pessoas mais pobres tendem a lidar com as coisas em espécie (objeto, dinheiro), enquanto que as classes dominantes, com seus símbolos (títulos, papéis).<sup>154</sup> Neste sentido, exemplifica-se esse argumento com a previsão de extinção da punibilidade do autor que comete o crime de apropriação indébita de tributo quando, a qualquer tempo, realiza o pagamento do débito tributário<sup>155</sup>. Outro exemplo de etiquetamento na criminalização primária é a incompreensível disparidade na cominação da pena do tráfico e da lesão corporal: o indivíduo que trafica uma pequena quantidade de drogas pode ficar mais tempo preso (pena de 5 a 15 anos<sup>156</sup>) do que aquele que realiza o esquiteamento do membro de um ser humano (pena de 2 a 8 anos<sup>157</sup>).

O etiquetamento na criminalização primária é um fenômeno histórico, e se no passado ele era muito mais nítido – com a óbvia seletividade na criminalização dos costumes da classe negra -, é porque perceber o preconceito de um grupo dominador é muito mais fácil estando fora dele (como ocorre quando estudamos sociedades antigas). Entretanto, encontrando-se na posição dominadora essa compreensão se torna muito mais complexa, e conseqüentemente, as discriminações se apresentam de forma muito mais sutis, quase que imperceptíveis.

---

<sup>153</sup> THOMPSON, A., 2007 Op. cit., p. 50.

<sup>154</sup> Ibid. p. 50 e 51.

<sup>155</sup> CUNHA, Rogério Sanches. STJ: **Pagamento a qualquer tempo extingue punibilidade do crime tributário**. Meu site jurídico, 2017. Disponível em <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/10/06/stj-pagamento-qualquer-tempo-extingue-punibilidade-crime-tributario/>>. Acesso em 8 de nov. 2018

<sup>156</sup> BRASIL. Lei nº 11.343 23 de ago. de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas**, Brasília, DF, ago. 2006, art.33. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em 12 de nov. 2018.

<sup>157</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 7 de dez. de 1940. **Código Penal**, Brasília, DF, dez. 1940, art. 129, §2º. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 15 de out. 2018.

### 2.2.3.2. Criminalização secundária

A criminalização secundária é a etapa que mais evidencia o *labelling approach*. Como já pontuado no item 1.3, as prisões brasileiras deixam muito claro quem é o alvo do sistema penal, e essa seleção é consubstanciada na escolha dos criminosos a serem presos. Isso significa dizer que nem todos os criminosos, ou seja, os sujeitos que praticam violação às normas penais, são penalizados por seus desvios. Na realidade, se assim o fosse, toda a população brasileira estaria atrás das grades. Conforme Luisa Tavares:

Certo é que, se todos os crimes expressamente previstos no ordenamento jurídico fossem, de forma concreta, perseguidos pelos órgãos estatais, “*praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado*”<sup>158</sup>.<sup>159</sup>

Essa seletividade na criminalização é tão manifesta, que em março do presente ano de 2018 o ator Gregório Duvivier publicou em seu perfil de *Facebook*,<sup>160</sup> atualmente a maior rede social da internet, uma foto na qual estava rodeado de *Cannabis*, planta da qual a maconha é derivada, sabendo que nunca seria sequer investigado por qualquer crime. Não há dúvidas que, se postada por um membro de uma classe marginalizada, essa foto renderia uma investigação profunda e constituiria prova de uma ação penal:

Thompson ainda afirma que a interpretação que se dá ao crime do estelionato é seletiva, pois seu comando penal seria genérico, principalmente quanto ao conceito de *fraude*<sup>161</sup>. Para ele, a interpretação literal do dispositivo incluiria inúmeras condutas da classe dominante, e que intencionalmente são excluídas do conceito de estelionato pelos agentes do direito penal:<sup>162</sup>

<sup>158</sup> ZAFFARONI, E. R., **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 28.

<sup>159</sup> TAVARES, Luisa de Araujo. **Efeitos da Prisonização: A Ineficácia da Prisão como Sanção Penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Palma, 2018, p. 16.

<sup>160</sup> DUVIVIER, Gregório. **Post do Facebook**. 01 de mar. de 2018. Disponível em <<https://www.facebook.com/gregoriioduvivier/photos/a.397668916961740/1711582688903683/?type=3&theater>>. Acesso em 4 de nov. de 2018.

<sup>161</sup> **Estelionato**

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 7 de dez. de 1940. **Código Penal**, Brasília, DF, dez. 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 15 de out. 2018

<sup>162</sup> THOMPSON, A., 2007 Op. cit., p. 51.

Levando ao pé da letra o comando transcrito, a indústria e o comércio entrariam em colapso, uma vez que em todo negócio há, sempre, pelo menos, induzimento a erro mediante artifício. O massacre dos anúncios não visa a outra coisa senão a facilitar a obtenção daquele resultado, pelo entorpecimento da capacidade de percepção dos consumidores. Talvez por isso os comentaristas, em geral, costumam criticar a fórmula legal do estelionato, por a considerarem ampla em demasia: “fraude” seria expressão vaga, de limites imprecisos, capaz de abarcar uma enorme variedade de atos, muitos dos quais, por certo, não estavam nas cogitações do legislador ao instituir o delito. Se o anúncio da televisão e, depois, o vendedor da loja me afirmam que dada mercadoria é tanto a melhor como a mais barata que existe na praça e por isso a compro, vindo mais tarde a constatar que não era uma coisa nem outro, parece que fui “induzido em erro” “mediante artifício”, ou seja: fui vítima de estelionato. Para a sociedade burguesa, como salta aos olhos, **qualificar fato dessa natureza como crime representaria um insuportável despautério.**<sup>163</sup> – texto grifado.

O autor entende que os juristas “lançam-se às mais engenhosas ginásticas legalísticas” para impedir que o estelionato seja interpretado em desfavor da classe burguesa, de modo que, na prática, trata-se de forma diferente condutas idênticas a depender de quem as comete. Assim, o estelionato só estaria configurado quando i) houvesse “intensa perturbação social ou intenso e difuso alarme coletivo”; ou quando ii) inoportunamente a possibilidade de ressarcir o dano na área civil, sendo este segundo decisivo para enquadrar o ato como uma fraude penal ou civil.

Desta forma, Thompson incorre na alegação de que o estelionato é criminalizado porque é comumente praticado pela classe pobre. De outra forma, nos casos como o de fraude civil é aplicado o princípio da *Ultima Ratio*, pois o direito penal é instrumento de poder contra as classes inferiores.<sup>164</sup>

### 2.2.3.2.1. Criminalidade oculta: cifra negra e dourada

Apesar de haver mais de 700.000 pessoas encarceradas no Brasil, estima-se que o número de criminosos seja exorbitantemente superior. Em verdade, dificilmente há alguém que não tenha cometido um crime alguma vez. Assim, a fatia populacional que consegue escapar da punição estatal é chamada de *cifra negra*. Dificilmente é possível chegar a uma estimativa aproximada desta contagem, mas são diversos os casos em que sua solidez fica evidente.

---

<sup>163</sup> Ibid., p. 51.

<sup>164</sup> Ibid., p.52 a 54.

Uma após outra, oito mulheres idosas, cada qual vivendo sozinha na mesma rua em Manhattan, foram encontradas mortas durante a primavera e verão de 1974. Ninguém havia enxergado qualquer ligação entre as mortes, duas das quais haviam sido atribuídas a causas naturais e duas a alcoolismo. Quando um jovem ex-presos foi questionado sobre a última das mulheres a morrer, ele confessou à polícia que as havia matado a todas e ainda mais duas.<sup>165</sup>

A impunidade de um crime pode se dar por diversos fatores. Mesmo após relatados à polícia, não necessariamente vão implicar na persecução penal, ou ainda, na execução da pena.

Destarte, a polícia poderá, para evitar o crescimento das estatísticas e o aumento do volume de trabalho, desincentivar o denunciante a proceder no registro do crime. Em seguida, ainda que haja o registro, não necessariamente a investigação irá vingar, principalmente quando se trata de crimes contra o patrimônio, como roubo e furto. Nesses casos, dificilmente os agentes de polícia sequer iniciam a devida apuração do delito. Podem ainda ser investigados, mas não gerar inquérito, ou então, serem arquivados pelo Ministério Público (o clássico “arquite-se). E ainda, pode haver a denúncia, mas o autor ser absolvido – mesmo que tenha, efetivamente, cometido o crime, como por exemplo, com a utilização do princípio *in dubio pro reu*. E por fim, mesmo havendo expedição do mandado de prisão, o autor pode escapar à execução da pena.<sup>166</sup>

Isso significa dizer - de forma bastante assertiva -, que a população carcerária representa apenas uma pequena parte dos indivíduos que, fossem outros fatores que influenciassem a persecução penal, estariam presos.

O fenômeno da cifra negra explica, por exemplo, o “quadro falso da distribuição da criminalidade nos grupos sociais”<sup>167</sup>, ou seja, o porquê de os delitos estarem aparentemente concentrados nas classes mais pobres, e a consequente irrazoabilidade das teorias do desvio do crime. As infrações praticadas pelos indivíduos socialmente privilegiados têm uma massiva - talvez quase absoluta - parcela de ocorrências diluídas ao longo de todas as etapas

<sup>165</sup> RADZINOWICZ, Leon & KING, Joan. *The Growth of Crime*. 1977, p. 32 apud THOMPSON, A. 2007. Op. cit., p. 6.

<sup>166</sup> THOMPSON, A. 2007 Op. cit., p. 5-18.

<sup>167</sup> BARATTA, A. Op. cit., p. 102.

da perseguição penal, perdendo-se por diversas razões e compondo a cifra negra dos crimes de colarinho branco, ou melhor, a *cifra dourada*.<sup>168</sup>

De início, o cidadão de bem, diferentemente do morador da favela, tem direito à “sagrada privacidade”, e a polícia só entra em seu lar se for por ele chamado. Além disso, os membros das classes superiores raramente apelam às agências penais para buscar a resolução de um conflito; as irregularidades por eles cometidas são “tratadas no âmbito estrito do clube dos jogadores”.<sup>169</sup>

O apelo às organizações ordinárias da justiça criminal, para cuidar dos deslizes da gente fina, geraria a impressão de que seus componentes são tão ordinários como os representantes do populacho, algo em completa oposição ao prestigiado conto da carochinha do princípio da meritocracia.<sup>170</sup>

E ainda quando, em raras vezes, esses crimes são efetivamente denunciados, haverá todos os obstáculos supramencionados da burocracia penal (a mesma burocracia que abandona o marginalizado na prisão provisória).<sup>171</sup>

Baratta discorre que são três os tipos de fatores que explicam a cifra dourada: de natureza social, jurídico-formal e econômica. A primeira ocorreria por conta do i) prestígio dos autores do crime; ii) o “escasso efeito estigmatizante das sanções aplicadas”; e iii) a falta de esteriótipo desse perfil – como acontece com os estratos desfavorecidos. A segunda se daria devido à “competência de comissões especiais, ao lado da competência de órgãos ordinários, para certas formas de infrações, em certas sociedades”. Por fim, a explicação econômica para a cifra dourada seria o acesso aos recursos privilegiados de defesa, como a possibilidade de contratar bons advogados e a capacidade de pressão sobre os denunciante.<sup>172</sup>

Em decorrência dessa política, a criminalidade estereotipada influencia a orientação dos órgãos oficiais e a formação da opinião pública, que por sua vez, são decisivos na punibilidade seletiva do direito penal.<sup>173</sup> Ainda que haja clamor popular pela perseguição dos

<sup>168</sup> THOMPSON, A., 2007 Op. cit., p. 56-57.

<sup>169</sup> THOMPSON, A., 2007 Op. cit., p. 56-57.

<sup>170</sup> Ibid., p. 57.

<sup>171</sup> Ibid., p. 57.

<sup>172</sup> BARATTA, A. Op. cit., p. 102.

<sup>173</sup> Ibid., p. 102-103.

criminosos do colarinho branco, Thompson ensina que essa pressão acabaria por consolidar o sistema seletivo, uma vez que lhes iludiria quanto à possibilidade de extirpação dos *criminosos infiltrados*, e que, sendo expulsos, tudo se resolveria: Assim, a atenção pública seria desviada para supostos “defeitos meramente acidentais do funcionamento do sistema”, sem que a população percebesse que, na realidade, são questões inerentes à sua própria estrutura.<sup>174</sup>

Assim como a descoberta da cifra negra da criminalidade desnudou a inconsistência do positivismo criminológico, o reconhecimento da incapacidade recuperadora das penas e medidas de segurança evidenciou o sentido oculto - reacionário, desumanizante, interessado - do direito penal corretivo. Engalanado com as cores vistosas do progresso e da benemerência, por isso endossado ingenuamente por liberais e homens de boa vontade, atua, de fato, como eficiente ferramenta da opressão/repressão, a fornecer-lhe meios tão duros e cruéis quanto os castigos empregados pelo direito penal retributivo. Pior: na medida em que oculta o verdadeiro objetivo atrás da fraseologia da ressocialização do delinquente, cega as pessoas quanto à violência dos métodos empregados, dificultando, assim, o surgimento de movimentos de resistência contra eles.<sup>175</sup>

### 2.2.3.3. Criminalização terciária

Por fim, o terceiro momento em que a criminalização se faz estigmatizante é na reinserção do condenado na sociedade. Conforme Thompson disserta, o sujeito rico poderá ser considerado imoral, esperto, desonesto, porém nunca será estereotipado como um *criminoso*, um bandido, delinquente, nunca será visto como alguém que merece viver as mazelas do cárcere.<sup>176</sup> O sujeito rotulado, por sua vez, encontra grande dificuldade de retornar ao meio social, e acaba mantendo a imagem que lhe foi lhe atribuída. Ele perpetua o papel de criminoso e desta forma torna inevitável a *reincidência*.

Portanto, conforme aduzido por Thompson resta comprovada a hipótese de que “a justiça criminal é discriminatória, sendo perfeitamente identificável o norte da bússola que orienta seus afazeres.”<sup>177</sup>

<sup>174</sup> THOMPSON, A., 2007. Op. cit., p. 57.

<sup>175</sup> Ibid., 96.

<sup>176</sup> Ibid., p. 54.

<sup>177</sup> Ibid., p. 59.

Baratta critica o *labelling approach*, pois entende que ele universaliza a criminalidade e, na medida em que se limita ao cenário político e despreza a estrutura econômica do fenômeno, acaba sendo uma teoria de “médio alcance”. Para o autor, o etiquetamento não explica o significado dos “comportamentos socialmente negativos e da criminalização”, pois este entendimento prescindiria de uma análise sobre as relações de produção e de distribuição na sociedade. Neste sentido, explica que o desvio possui um significado social, independentemente da definição de criminalidade, exprimindo, por exemplo, as contradições do sistema socioeconômico.

Ainda com o grande mérito de ter, definitivamente, orientado a atenção da criminologia sobre o processo de criminalização e sobre as relações de hegemonia que o regulam na sociedade tardo-capitalista, a teoria do *labelling* permanece, pois, frequentemente, tanto do ponto de vista teórico como prático, dentro do sistema socioeconômico de cuja superfície fenomênica parte.<sup>178</sup>

Entretanto, o conceito do *labelling approach*, ainda que não dê conta de esgotar a investigação sobre a criminalidade, é de fundamental importância para compreendermos a crise do sistema carcerário e o problema de reincidência no Brasil. Conforme trataremos no próximo capítulo, o etiquetamento é a essência da criminalização das drogas e da formação do traficante como o inimigo público do país, e sem dúvidas permeia toda a construção penal do nosso sistema jurídico.

---

<sup>178</sup> BARATTA, A., 2007 Op. cit., p. 115 e 116.

### 3. O FRACASSO DO CÁRCERE SOB A ÓTICA DA REINCIDÊNCIA

“*Que outras coisas fazes, além de fabricar ladrões para então puni-los?*”<sup>179</sup>

#### 3.1. Efeitos da reincidência

Inicialmente, necessário dizer que o Código Penal de 1940 define a reincidência de um sujeito como o cometimento de um novo delito após o trânsito em julgado de sentença condenatória que o tenha condenado por crime anterior<sup>180</sup>. Entretanto, para fins processuais, os efeitos da reincidência não serão aplicados se o novo delito for cometido cinco anos ou mais após a extinção da primeira pena<sup>181</sup>.

Por outro lado, para fins de análise da reincidência como um fenômeno sociológico, o limite temporal do Código Penal não deve ser levado em conta. Isso porque, ainda que decorridos cinco anos entre um delito e outro, os efeitos do crime sobre a sociedade são os mesmos. Ou seja, para fins de *reação social*, pouco importa as nuances da lei, pois o que afeta os cidadãos diretamente é o cometimento de delitos, independentemente da consequência processual disso.

A reincidência é um instituto extremamente complexo, e decorre de múltiplos fatores. Primeiramente, destaca-se os inúmeros obstáculos que o ex-detento encontra ao retornar ao mundo extramuros. Dentre eles, um dos pontos mais fortes ao se tratar da reinserção do preso na sociedade é aquele que se refere aos efeitos que a prisionização implica ao presidiário.

<sup>179</sup> RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. Op. cit., p. 41.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 7 de dez. de 1940. **Código Penal**, Brasília, DF, dez. 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 15 de out. 2018

<sup>180</sup> Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 7 de dez. de 1940. **Código Penal**, Brasília, DF, dez. 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 15 de out. 2018

<sup>181</sup> Art. 63. - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 7 de dez. de 1940. **Código Penal**, Brasília, DF, dez. 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 15 de out. 2018

Neste sentido, Augusto Thompson ensina que prisonização é a assimilação que aqueles que vivem no cárcere (presos, carcereiros, psicólogos e funcionários) fazem dos costumes sociais exclusivos da prisão, que são “estabelecidos, precipuamente, pelos internos mais endurecidos, mais persistentes e menos propensos a melhoras”. Desta forma, esse processo seria fundamental para a sobrevivência psicológica no cárcere<sup>182</sup>, e se mostra um grande peso para aquele que tenta retornar à sociedade.

Nesta seara, é importante denunciar a contradição latente que existe em aprisionar para ressocializar. Isso porque o bom preso é aquele que se adequa aos costumes sociais do cárcere, que é um local de *reclusão*. Logo, configura-se uma verdadeira antinomia esperar comportamento diverso de *exclusão* ao devolver o ex-condenado para os meios sociais<sup>183</sup>. Conforme Thompson, “treinar homens para a vida livre, submetendo-os a condições de cativeiro’ afigura-se ‘tão absurdo como alguém se preparar para uma corrida, ficando na cama por semanas<sup>184</sup>”.

Ademais, há uma imensa dificuldade de se conseguir um emprego. Conforme explicado no capítulo anterior, o rótulo aplicado ao *criminoso* é de tal força que é praticamente impossível o empregador não estigmatizar o ex-presidiário, e por isso o indivíduo muitas vezes não é inserido no mercado de trabalho. De acordo com Foucault, este problema já se fazia presente no final do século XVIII, quando a necessidade que os *bons cidadãos* tinham de identificar (e segregar) os criminosos era tão grande, que eles deviam ser marcados com a letra R<sup>185</sup>.

Sendo assim, diante de um sistema penal tão segregacionista quanto este, a reincidência torna-se praticamente inevitável. Os fatores que levaram inicialmente o sujeito a cometer o delito não irão desaparecer ao longo da condenação; pelo contrário, irão apenas agravar-se. Desta forma, o alto nível de desigualdade social acentua profundamente o cometimento de determinados crimes das classes menos favorecidas, porque a luta de classes é sempre o pano de fundo do direito penal.

---

<sup>182</sup> THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 95.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>184</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>185</sup> FOUCAULT, M. *Op. cit.*, p. 99.

### 3.2. Teoria da Cculpabilidade

Considerando, portanto, a relação entre crime e desigualdade social, torna-se importante tratar da Teoria da Cculpabilidade, desenvolvida por Zaffaroni e Pierangeli, pela qual os autores entendem que a responsabilidade dos crimes é parcialmente devida ao Estado.

Inicialmente, cumpre dizer que a Escola Clássica pregava pela responsabilização total do autor do crime a partir do fundamento do livre-arbítrio, que seria o único fator a fundamentar a ação delitiva. Por sua vez, a Escola Positiva entendia pela ocorrência do determinismo, de acordo com a qual o homem seria apenas um fruto do meio. Entretanto, mostra-se mais arrazoada a visão de Rogério Greco, que se posicionava pela mútua convivência dessas duas correntes, pois em maior ou menor grau, apesar de possuímos a liberdade de escolha, esta é inevitavelmente influenciada por fatores externos ao indivíduo.<sup>186</sup>

De acordo com a Teoria da Cculpabilidade, os delitos praticados por indivíduos marginalizados, sem acesso à educação, moradia, saúde, dentre outros direitos fundamentais, só seriam cometidos devido à omissão estatal, e desta forma o Estado deve absorver parte da culpa imputada ao sujeito do crime:

Todo sujeito age numa circunstância dada e com um âmbito de autodeterminação também dado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma ‘co-culpabilidade’, com a qual a própria sociedade deve arcar”.<sup>187</sup>

A Cculpabilidade, portanto, evidencia a parcela da responsabilidade que deve ser atribuída ao Estado “quando da prática de determinados delitos pelos cidadãos marginalizados, que tem a sua autodeterminação reduzida pelo menosprezo de seus Direito

<sup>186</sup> BOLDRINI, Luan Campos. **Da cculpabilidade penal**. Jus, 2013. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/25909/da-cculpabilidade-penal/1>>. Acesso em 6 de nov. de 2018.

<sup>187</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral**, 2009 apud BOLDRINI, Luan Campos. **Da cculpabilidade penal**. Jus, 2013. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/25909/da-cculpabilidade-penal/1>>. Acesso em 6 de nov. de 2018.

Fundamentais pelo Ente Estatal”.<sup>188</sup> A fundamentação deste entendimento estaria na redação do art. 3º, III, da Constituição Federal, em que se coloca como objetivo fundamental do Estado brasileiro “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”<sup>189</sup>.

Evidentemente que o Estado brasileiro não logrou êxito em cumprir com o referido objetivo. Considerando, portanto, que não é possível haver uma autopunição penal do Estado, é imprescindível que seja aplicada uma justa análise dos casos concretos para extrair da punição a parcela de culpa do crime que não cabe ao agente infrator, levando-se em consideração os aspectos sociais que determinaram a ocorrência do fato. Somente desta forma seria possível haver uma justa e verdadeira individualização da pena.<sup>190</sup>

Alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros já manifestaram a positivação da Cocolpabilidade. O Código Penal peruano, por exemplo, em seu art. 45, determina que no momento da determinação da pena deve-se levar em consideração alguns pressupostos, dentre eles “*las carencias sociales que hubiese sufrido el agente*”<sup>191</sup>. Da mesma forma, o Código Penal Argentino traz a previsão expressa da Cocolpabilidade:

ARTICULO 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

[...]

2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.<sup>192</sup>

<sup>188</sup> BOLDRINI, L. C. Op. cit.

<sup>189</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, art. 3º, III, Brasília, DF, 1988.

Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 6 de nov. de 2018.

<sup>190</sup> BOLDRINI, L. C. Op. cit.

<sup>191</sup> PERU. Decreto Legislativo nº 635 de 1991. **Código Penal**, art. 45. Disponível em

<[http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones\\_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf)>. Acesso em 6 de nov. de 2018..

<sup>192</sup> ARGENTINA. Ley nº 11.179 de 1984. Código Penal. Disponível em

<[https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_penal\\_de\\_la\\_republica\\_argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_de_la_republica_argentina.pdf)>. Acesso em 06 nov. 2018.

Rogério Greco entende que no Brasil a Cocolpabilidade deve ser entendida como uma atenuante genérica, baseada no art. 66 do Código Penal<sup>193</sup>, podendo vir a gerar a absolvição do autor. O autor exemplifica com um caso onde um casal de moradores de rua é surpreendido por um policial durante o ato de relação sexual, e que por estarem em posição social marginalizada – em decorrência do não cumprimento do Estado brasileiro no seu objetivo fundamental do art. 3º, III, CRFB -, não seria justa a punição pela prática do delito de ato obsceno.

Não poderíamos, portanto, no exemplo fornecido, concluir que o casal atuou culpavelmente, quando a responsabilidade, na verdade, seria da sociedade que os obrigou a isso. Pode acontecer, contudo, que alguém pratique determinada infração penal porque, marginalizado pela própria sociedade, não consegue emprego e, por essa razão, o meio social no qual foi forçosamente inserido entende que seja razoável tomar com as próprias mãos aquilo que a sociedade não lhe permite conquistar com seu trabalho. A divisão de responsabilidades entre o agente e a sociedade permitirá a aplicação de uma atenuante genérica, diminuindo, pois, a reprimenda relativa à infração penal por ele cometida.<sup>194</sup>

A Cocolpabilidade não é reconhecida pelos Tribunais brasileiros, e alguns autores a criticam alegando que, a partir dessa lógica, poder-se-ia chegar à culpabilização de diversos outros agentes que teriam contribuído para a ocorrência do crime, como por exemplo, os pais ausentes de um criminoso. É claro que não é possível atribuir a responsabilidade de um crime para toda essa cadeia, mas a responsabilidade estatal se difere das demais na medida em que o Estado avocou para si mesmo a responsabilidade de erradicação da pobreza e das desigualdades sociais, e (também) por conta do seu insucesso é que ocorrem determinados crimes. Logo, considerando que o *jus puniendi* é legitimado a partir do Contrato Social, o descumprimento das obrigações do Estado implicaria o sopesamento da responsabilidade do autor do crime.

Ademais, a Cocolpabilidade do Estado é ainda mais determinante na reincidência delitativa. Isso porque a partir do momento em que ele toma para si a responsabilidade de

---

<sup>193</sup> Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 7 de dez. de 1940. Código Penal, Brasília, DF, dez. 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 15 de out. 2018.

<sup>194</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Geral Volume I**, 2011, p. 426 apud BOLDRINI, L. C. Op. cit.

recuperação do condenado, e para isso sequestra diversos direitos fundamentais do sujeito, o fracasso de seu objetivo é absurdamente teratológico.

O sujeito cresce em um meio marginalizado porque o Estado falhou com suas obrigações; devido a esta situação, comete um delito que, diferente fosse sua realidade, nunca viria a cometer; o Estado o pune integralmente, se ausentando da sua própria responsabilidade; o sujeito é mantido em reclusão pelo Estado, muitas vezes em locais insalubres, com deficiência de alimento e saúde, e perde uma parte da sua vida sob o pretexto de que ele “precisa aprender a não cometer crimes”; após sua soltura, o sujeito se vê novamente abandonado pelo Estado, e agora em situação ainda pior – estigmatizado e mais desprezado pelo meio social. O fim da crônica poderá ser outro senão a reincidência? E a culpa continuará sendo integralmente desse indivíduo?

Pois de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, sim. E isso se aplica de tal modo que não só o sujeito irá responder novamente com a parcela absoluta da culpa, como agora sua situação processual fica muito mais agravada, como por exemplo, com a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos na hipótese de crime doloso<sup>195</sup>, ou com o aumento de 1/3 a metade do prazo para a obtenção do livramento condicional<sup>196</sup>, e também com a estipulação de regime inicial fechado para o início de cumprimento da pena de reclusão<sup>197</sup>, dentre tantos outros cruéis exemplos.

---

<sup>195</sup> **Penas restritivas de direitos**

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

II - o réu não for **reincidente** em crime doloso;

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 7 de dez. de 1940. **Código Penal**, Brasília, DF, dez. 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 15 de out. 2018.

<sup>196</sup> **Requisitos do livramento condicional**

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

II - cumprida mais da metade se o condenado for **reincidente** em crime doloso;

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 7 de dez. de 1940. **Código Penal**, Brasília, DF, dez. 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 15 de out. 2018.

<sup>197</sup> **Reclusão e detenção**

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do

condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: b) o condenado **não reincidente**, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado **não reincidente**, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Resta claro, portanto, o quão arbitrário é o sistema jurídico brasileiro, e por isso as pesquisas sobre a função do cárcere e o sistema prisional brasileiro são imperiosamente cruciais para minimizar-se as injustiças punitivas. Ademais, o descarte da Teoria da Culpabilidade acarreta transformar o direito penal em apenas “um instrumento de controle de classe, seletivo e opressivo, que se presta a perpetuar as desigualdades sociais”<sup>198</sup>.

### 3.3. Por dentro da prisão

A vida intramuros, conforme já exposto, requer uma renúncia total das individualidades do condenado. Para adaptar-se ao novo meio, o sujeito precisa se entregar integralmente, abdicando do seu corpo, da sua mente e da sua alma. A premissa basilar da prisão é atuar de forma contrária aos interesses do preso, e com isso o ambiente se torna hostil e miserável.

Para além da restrição da liberdade, as regras administrativas do cárcere são permeadas com o afronte a diversos outros direitos fundamentais, como por exemplo, as revistas íntimas a que são submetidos cotidianamente. Neste sentido, Simone Buffard descreve:

A revista corporal é vista, sempre, como uma violação, qualquer que seja a natureza – às vezes real \_ daquele que a opera e cuja situação é tão penosa quanto à do preso. Entre as múltiplas queixas expressas pelos detentos, ela aparece raramente ou, então, sob uma forma atenuada, ou escamoteada, sem esses pormenores crus, geralmente abundantes, por força de seus propósitos. Aqueles dentro nós que, acidentalmente, foram vítimas da experiência, por parte de zelosos agentes alfandegários, podem fazer idéia dessas apalpadelas, mesmo que elas não tenham chegado à exploração da cavidade anal. Tanto quanto os fiscais da aduana, os guardas não experimentam prazer com essa maçada, e se os detentos os suspeitam de goza-lás, é porque estes se sentem, então, como objetos submetidos ao desejo do outrem. A revista não é nem pode ser considerada como uma simples operação de controle; ela agride, ao mesmo tempo, o corpo real, o corpo imaginário e o corpo simbólico. O homem revistado é um homem possuído..<sup>199</sup>

De acordo com o art. 39, VI, da Lei de Execução Penal<sup>200</sup> o condenado poderá ser submetido a sanções disciplinares durante sua estadia no estabelecimento prisional.

---

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 7 de dez. de 1940. **Código Penal**, Brasília, DF, dez. 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 15 de out. 2018.

<sup>198</sup> BOLDRINI, L. C Op. cit.

<sup>199</sup> BUFFARD, Simone. *Les frois penitenciaire*, 1973, p. 47 e 48 apud THOMPSON, A., 2002 Op. cit., p. 63.

<sup>200</sup> **Dos Deveres**

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

Entretanto, frequentemente tais sanções são aplicadas de forma injusta ou arbitrária, com respaldo no art. 54 da LEP (“as sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor), violando assim diversos princípios que norteiam nosso ordenamento jurídico como o processo legal, ampla defesa, proporcionalidade e segurança jurídica. Muitas das vezes a imposição das sanções ocorrem por motivos banais, como riscar a parede ou não cumprir determinado horário estabelecido.<sup>201</sup> Em relatório de 2011 do Subcomitê das Nações Unidas para a Prevenção à Tortura (SPT), após visita aos presídios brasileiros, foi constatado que

[...] a punição era frequentemente aplicada como reação às reclamações, de modo regular. Também ficou evidente que os detentos não confiavam em nenhum mecanismo de queixa disponível. De acordo com alegações de detentos no presídio Nelson Hungria, os prisioneiros mantidos em segregação disciplinar eram confinados 24 horas por dia, por trás de uma porta dupla de metal. As sete celas de punição, nesse presídio, eram frequentemente inundadas pela água da chuva.<sup>202</sup>

O retribucionismo é ainda mais manifesto no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), tão desumano que grande parte da doutrina entende essa espécie de sanção como inconstitucional. Afigura-se igualmente injusto a aplicação de sanções coletivas, através das quais muitas vezes galerias inteiras ficam sem direito a visita de familiares ou banho de sol.<sup>203</sup>

Todas essas questões se tornam ainda mais agravadas devido à superlotação dos presídios no Brasil. Conforme exposto no capítulo 1, em 2016 a população prisional do país era de 726.712 presos, havendo vagas para apenas 368.049 pessoas, ou seja, um déficit de praticamente 50%<sup>204</sup>. Destes 726 mil presos, 40% deles sequer tiveram sentença condenatória, estando detidos apenas como medida cautelar. Neste sentido, destaca-se que grande parcela das prisões provisórias são desnecessárias, arbitrárias e ilegais devido à banalização da prisão cautelar.<sup>205</sup>

---

VI - submissão à sanção disciplinar imposta;

BRASIL. Lei nº 7.210 11 de jul. de 1984. **Lei de Execução Penal**, Brasília, DF, jul. 1984. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em 11 de out. 2018.

<sup>201</sup> SOUZA, T. L. S. e Op. cit., p. 218.

<sup>202</sup> Subcomitê das Nações Unidas para a Prevenção à Tortura, **Relatório de visita ao Brasil – 2011** apud SOUZA, T. Op. cit., p. 219.

<sup>203</sup> SOUZA, T. L. S. e Op. cit., p. 220.

<sup>204</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento de Informações Penitenciárias**. Infopen, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/infopen-levantamento.pdf>>. Acessado em 04 nov. 2018.

<sup>205</sup> SOUZA, T. L. S. e Op. cit., p. 301.

Além disso, um dos motivos mais descabidos para tamanha sobrecarga se deve à campanha de guerra às drogas vigorosamente adotada desde o período da Ditadura Militar. Quase 30% das prisões se dão por conta do tráfico, o que torna a descriminalização das drogas um assunto urgente e imprescindível. Essa cartilha do Estado é carente de legitimidade e fundamentação, pois não há outro motivo nesta política senão a perseguição aos pobres.

O Brasil é um dos países onde há o maior número de pessoas encarceradas no planeta. Nós temos a terceira maior população carcerária do mundo - estamos atrás dos EUA em primeiro lugar e da China em segundo - e também temos um dos maiores índices de violência letal, ou seja, o país em que mais morre gente no dia a dia. A polícia no Brasil, por exemplo, mata seis pessoas por dia. Nenhuma outra polícia do mundo produz uma letalidade tão assustadora quanto a nossa e, ao mesmo tempo, é a polícia que mais morre também. Então, a gente vive de fato um momento de guerra, ou seja, o Brasil atravessa índices de violência letal que são comparáveis a países que estão vivendo situações de guerra declarada, e o Brasil não está vivendo uma situação de guerra declarada. Então, é uma guerra contra, sobretudo, a meu ver, a pobreza e os pobres, uma ocupação militarizada do território da pobreza, em nome de uma guerra às drogas, sobretudo.<sup>206</sup>

A superlotação é especialmente grave porque gera um ambiente propício à ocorrência de práticas de tortura, que ocorrem tanto de forma direta, como através do agravamento das sanções legais de forma exploratória. A violência institucionalizada é tão notória que em pesquisa da Anistia Internacional foi constatado que 80% dos entrevistados não se sentiam seguros sob a tutela da polícia.<sup>207</sup> Já o Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura colheu diversos relatos de tortura física por espancamento, inclusive com a imobilização das vítimas pelo uso de algemas.<sup>208</sup>

A tortura nos presídios também pode ocorrer através de intimidações aterrorizantes – como com a imposição indiscriminada de sanções disciplinares -, uso excessivo da força para o cumprimento da lei – inclusive com o emprego desnecessário de armamento de baixa letalidade e imposição de castigos -, e até mesmo através do RDD – que atenta contra a dignidade humana do encarcerado<sup>209</sup>. Entretanto, a punibilidade dos agentes infratores que

<sup>206</sup> FABRES, Thiago. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**. TEDx Talks. 29 out. 2015. 18min58s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=c8fM-qbIHIE>>. Acesso em: 13 out. 2018. Trecho: 2min12s-3min15s.

<sup>207</sup> BARIFOUSE, Rafael. **Brasil lidera ranking de medo de tortura policial**. BBC, 2014. Disponível em <[https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/05/140512\\_brasil\\_tortura\\_vale\\_rb](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/05/140512_brasil_tortura_vale_rb)>. Acesso em 06 nov. 2018

<sup>208</sup> SOUZA, T. L. S. e Op. cit., p. 254.

<sup>209</sup> SOUZA, T. L. S. e Op. cit., p. 256 e 257.

atuam diretamente nestas ocorrências é difícil de ser aplicada no caso concreto, por diversos fatores. Dentre eles, encontram-se:

i) muitas vezes as lesões decorrentes da violência se perdem dias após, o que inviabiliza o reconhecimento em exame de corpo de delito; ii) vítima muitas vezes tem medo de proceder a denúncia pelo elevado risco de represálias; iii) vítima pode não ter informações ou não obter condições de acessar os canais de denúncias; iv) as perícias criminais, de modo geral, são realizadas precariamente; v) o corporativismo muitas vezes presente nos estabelecimentos prisionais, bem como nas corregedorias, alimenta uma cultura de não responsabilização do agente perpetrador da tortura; vi) as delegacias de polícia e representantes do Ministério Público, na maioria das vezes, não conduzem investigações baseados em prova testemunhal de presos ou diante da insuficiência de outras provas; vii) o Poder Judiciário padece de uma tradição de permissividade com tais práticas, redundando num cenário de não responsabilização<sup>210</sup>

Ademais, destaca-se ainda que a tortura só encontra espaço para ser praticada porque há uma *permissão moral* da sociedade para tal. Luisa Tavares nos mostra que isso ocorre porque o preso é coisificado e “considerado pertencente a uma classe inferior à do ser humano”, assim como os negros na escravatura, e os judeus na Alemanha nazista<sup>211</sup>.

Com isso, deflagra-se a profunda hipocrisia das sociedades democráticas quanto à aplicação da prisão-pena, uma vez que permitem, em seu interior, o engendramento de um sistema movido por ditames ditatoriais. Os altos muros do cárcere servem como instrumento para legitimar uma cegueira coletiva que, por sua vez, sustenta um instituto originalmente corrupto e falido: [...] <sup>212</sup>

### 3.4. O poder da mídia

Um ponto muito importante nessa questão é o fato de que a aceitação social supramencionada não é uma circunstância espontânea. Em verdade, ela é fruto de uma política midiática de legitimação do cárcere, conforme aduzido por Vera Malaguti:

Com o auxílio luxuoso da mídia e suas campanhas de alarme social, inculcaram as teorias do senso comum, ampliando o espectro punitivo, impoem penalidades mais severas, flexibilizando as garantias, mas, principalmente, fortalecendo o dogma da pena como solução por excelência para conflitos humanos. Nilo Batista demonstra as relações entre mídia e sistema penal no capitalismo de barbárie, denunciando seu

<sup>210</sup> SOUZA, T. L. S. e Op. cit., p. 254.

<sup>211</sup> TAVARES, L. de A. Op cit., p. 32 e 33.

<sup>212</sup> Ibid., p. 31.

inédito protagonismo. Quem pauta as agências do sistema penal é o monopólio global da mídia no Brasil<sup>213</sup>

A repetição diária das mesmas notícias, em relação aos mesmos delitos, praticados pela mesma classe marginalizada torna permissível a constante vigília do poder estatal. Desde as crônicas dos folhetins o delinquente é visto como um *outsider*, alguém alheio à existência familiar, e que tão de tão estranho e de tão constante, torna-se a ameaça oculta da sociedade, nunca vista, mas sempre presente, sempre perigosa e assustadora<sup>214</sup>. A este inimigo, não cabe o conforto da prisão, nem direitos humanos. A lei midiática impera: bandido bom é bandido morto.

Como explicado no capítulo 1, o fim do *Welfare State* desencadeou o surgimento do Estado penal, cuja concentração de investimentos se destina majoritariamente ao fortalecimento do poder de polícia. É nesse contexto que a mídia se faz imprescindível, porque como a política pública não pode mais reduzir a violência, o espetáculo criminal concentrará a atenção da sociedade<sup>215</sup>.

O ciclo se torna vicioso: o Estado se perpetuará omissivo; o marginal praticará o delito; a mídia documentará os fatos; a sociedade assiste ao espetáculo, e o Estado continuará omissivo. E ele não precisa fazer mais nada. A espetacularização midiática e a certidão de antecedentes criminais são suficientes para que o ex-condenado não tenha a chance de se *infiltrar* entre os cidadãos de bem. Desta forma, a exposição da imagem do *bandido* – tenha ele cometido ou não o crime, seja ou não condenado - é profundamente conveniente para o Estado.

Em verdade, se a prisão fosse eficaz em sua premissa de recuperação do criminoso, não haveria nenhuma motivação para que se permitisse a divulgação das notícias ora discutidas, porque não haveria no mundo fático o interesse público que atualmente as legitima. Ou seja, o motivo central de se existir a certidão de antecedentes criminais e de se expor o nome e a imagem dos réus e condenado é o fato de que a sociedade tem o direito de saber o risco que corre ao estar perto desse indivíduo. Porém, isso constitui um paradoxo, pois **se o Estado**

---

<sup>213</sup> BATISTA, V. M. Op. cit., p. 102.

<sup>214</sup> FOUCAULT, M. Op. cit., p. 281.

<sup>215</sup> BATISTA, V. M. Op. cit., p. 100.

**afirma que o sujeito continua constituindo uma ameaça mesmo após sua soltura, é porque assume que a prisão não é eficaz como instituição recuperadora.**

Conforme recitado por Vera Malaguti, “perdemos a mordida crítica que tínhamos contra o autoritarismo na saída da ditadura e hoje aplaudimos a tortura e o extermínio dos inimigos de plantão. O importante é traduzir toda a conflitividade social em punição.”<sup>216</sup>

### **3.5. Funções da pena: a ineficácia da prisão**

Em síntese, as teorias que legitimam a pena se fundamentam em pelo menos uma das seguintes funções: retributiva, preventiva geral (negativa e positiva) e preventiva especial (positiva e negativa). Conforme aduzido no capítulo 2, todas essas funções já foram devidamente rechaçadas pela melhor doutrina. Entretanto, após o descortinamento realizado sobre o cenário do contexto prisional brasileiro, faz-se mister confrontar as correntes doutrinárias legitimadoras da pena com a realidade prática a que se dirigem.

Destarte, a função geral negativa, que preconiza a pena como necessária para dissuadir a coletividade através de uma ameaça abstrata de punição, é facilmente desconstruída pelos dados estatísticos aqui apresentados. Como é possível considerar que a prisão cumpre tal função considerando, primeiramente, que em todo o mundo se continua praticando crimes, independentemente do quanto se prenda?

No Brasil isso se torna especialmente claro, pois como temos a terceira maior população carcerária do planeta, entender a prisão brasileira como instituição competente na diminuição do crime significaria dizer que a ineficácia do cárcere implicaria em um número ainda maior de delitos. Entretanto, conforme bem observado por Dráuzio Varella, a despeito do crescimento exponencial da população carcerária, a violência não diminuiu; pelo contrário, aumentou significativamente nos últimos anos.

Eu cheguei no Carandiru em 1989, né, então são na verdade 28 anos acompanhando o que acontece dentro do sistema. E a mudança maior foi que o aprisionamento aumentou muito no Brasil. Nós tínhamos naquela época 90 mil pessoas presas, quase a totalidade eram homens. Hoje nós temos uma participação feminina maior e

<sup>216</sup> BATISTA, V. M. Op. cit., p. 101.

nós temos um total de 650 mil presos no Brasil. A população carcerária aumentou 700% nesse período todo. E as cidades continuam inseguras, porque antes as cidades inseguras eram São Paulo, Rio, agora é o Brasil inteiro. Cidades de médio porte, e até cidades pequenas são vítimas de violência hoje. **Então acho que a violência se disseminou pelo país, o que mostra que o aprisionamento *per se* não traz segurança.** Aquele bandido que está na rua assaltando, vai preso e ele para de assaltar, mas isso não significa que haja uma diminuição da violência como um todo, que é o que a sociedade imagina, né.<sup>217</sup>

Em relação à função preventiva especial positiva, torna-se ainda mais disparatado cogitar que a prisão seja eficaz para tal fim. De acordo com esta corrente, a pena deve atuar na recuperação do condenado para impedir a reincidência delitiva. Entretanto, as altíssimas taxas de reincidência (que serão pormenorizadas no próprio item deste capítulo) comprovam o fracasso dessa proposta.

Além disso, como já dito, a própria lógica de se isolar para ressocializar é contraditória, principalmente considerando as condições sub-humanas das prisões brasileiras. Por fim, destaca-se que, de acordo com esta função, a pena seria impotente em relação aos crimes “passionais”, que, de acordo com Foucault, seria o crime “involuntário, irrefletido, ligado a circunstâncias extraordinárias, que não tem por certo a desculpa da loucura, mas promete nunca ser um crime habitual.”<sup>218</sup>

A função preventiva especial negativa tampouco se mostra coerente na utilização da prisão como forma de neutralização do sujeito. A superlotação no Brasil torna absolutamente impossível haver um controle eficaz dos presidiários, de modo que, conforme já dito anteriormente, a prisão não impede totalmente o preso de cometer novos delitos, seja contra outros presidiários, seja contra as pessoas que vivem extramuros. Um clássico exemplo são os golpes aplicados por celular, pelos quais os presidiários - que “têm celular como qualquer pessoa”<sup>219</sup> -, frequentemente praticam extorsão.<sup>220221222</sup>

---

<sup>217</sup> VARELLA, Drauzio. 'Carandiru' a 'Prisioneiras': entrevista com Drauzio Varella. Nexo Jornal, 2017. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=EDg6yESqKT8&feature=youtu.be>>. Acesso em 8 nov. 2018.

<sup>218</sup> FOUCAULT, M. Op. cit., p. 99.

<sup>219</sup> G1. 'Presos têm celular como qualquer pessoa', diz agente penitenciário. Globo, 16 out. 2015. Disponível em <<http://g1.globo.com/pernambuco/noticia/2015/10/presos-tem-celular-como-qualquer-pessoa-diz-agente-penitenciario.html>>. Acesso em 8 nov. 2018.

<sup>220</sup> G1. Presidiários aplicam golpes por telefone; saiba como se proteger. Globo, 28 jul. 2017. Disponível em <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/07/presidiarios-aplicam-golpes-por-telefone-saiba-como-se-proteger.html>>. Acesso em 8 nov. 2018.

Por conseguinte, cabe dizer que não é possível negar que a prisão cause uma dor tão grande ao condenado, que, de fato, concretiza-se a função da retribuição punitiva. Entretanto, não nos parece proporcional ou até mesmo socialmente relevante que o Estado mobilize a máquina burocrática e o dinheiro público para, pura e simplesmente, causar dor aos seus cidadãos. Tampouco entendemos justo que se retire das vítimas o protagonismo dessa dinâmica para depositar a um terceiro sujeito o poder de decisão sobre suas escolhas. Nesta esteira, também não é razoável que a pena (ainda que legalmente prevista) seja executada apenas para comprovar a força do poder estatal, conforme aduzido pela corrente preventiva geral positiva, pois seguindo a linha de Kant, a utilização do ser humano como um instrumento constituiria uma violação da moralidade.

Como resultado, portanto, é possível perceber que a prisão, principalmente no Brasil, não encontra nenhum respaldo lógico para legitimar o *jus puniendi* do Estado, e essa falência fica ainda mais incontestável ao se analisar os da reincidência delitiva.

### 3.5.1. Reincidência: o sucesso do sistema penal

Auferir precisamente o índice de reincidência no Brasil tem sido tarefa quase impossível, uma vez que, por um lado, não existe um método empírico totalmente seguro, e por outro não há consenso entre os estudiosos sobre a sua definição<sup>223</sup>. Em pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), por exemplo, foram considerados apenas os casos de *reincidência jurídica*, ou seja, quando o sujeito comete dois delitos cujo segundo trânsito em julgado se dá em até cinco anos após o cumprimento da primeira sentença. O resultado dessa pesquisa foi um índice de 24,4%.

---

<sup>221</sup> G1. **Advogada grava ligação de presidiário durante tentativa de golpe em Campos, no RJ**. Globo, 19 mai. 2016. Disponível em <<http://g1.globo.com/rj/regiao-serrana/rjintertv-2edicao/videos/v/advogada-grava-ligacao-de-presidiario-durante-tentativa-de-golpe-em-campos-no-rj/5035735/>>. Acesso em 8 nov. 2018.

<sup>222</sup> G1. **Mulher surpreende golpista no CE: 'Em que presídio tu está?', pergunta**. Globo, 24 mar. 2015. Disponível em <<http://g1.globo.com/ceara/noticia/2015/03/mulher-surpreende-golpista-no-ce-em-que-presidio-tu-esta-pergunta.html>>. Acesso em 8 nov. 2018.

<sup>223</sup> SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 183.

**Tabela 2. Número de apenados, não reincidentes e reincidentes**

UFs da amostra	Processos válidos	Não reincidentes	Reincidentes
Al, MG, PE, PR e RJ	817	618	199
%	100	75,6	24,4 <sup>1</sup>

Fonte: Pesquisa Ipea/CNJ, 2013.

Nota: <sup>1</sup> Refere-se à média ponderada por estado.

Elaboração dos autores.

Por outro lado, a reincidência carcerária, ou seja, aquela em que considera apenas a reentrada no sistema carcerário, independentemente de condenação ou lapso entre os crimes, chegou à **taxa de 70%**, pela pesquisa do Departamento Penitenciário Nacional em 2001, e em outras pesquisas há índices variados, de acordo com o critério específico:

**Quadro 1. Principais pesquisas nacionais sobre reincidência**

Autor	Título	Conceito de reincidência utilizado na pesquisa	Taxa de reincidência
Sérgio Adorno; Eliana Bordini	<i>A Prisão sob a Ótica de seus Protagonistas: Itinerário de uma pesquisa.</i>	Reincidência criminal – mais de um crime, condenação em dois deles, independentemente dos cinco anos.	São Paulo: 29,34%.
Sérgio Adorno; Eliana Bordini	<i>Reincidência e Reincidentes Penitenciários em São Paulo (1974-1985).</i>	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança.	São Paulo: 46,3%.
Julita Lemgruber	<i>Reincidência e Reincidentes Penitenciários no Sistema Penal do Estado do Rio de Janeiro.</i>	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança. Segundo a autora: “compreende reincidente penitenciário como quem tendo cumprido (tal) pena ou (tal) medida de segurança, veio a ser novamente recolhido a estabelecimento penal para cumprir nova pena ou medida de segurança” (Lemgruber, 1989, p. 45).	Rio de Janeiro: 30,7%.
Túlio Kahn	<i>Além das Grades: radiografia e alternativas ao sistema prisional.</i>	Reincidência penal – nova condenação, mas não necessariamente para cumprimento de pena de prisão. Segundo Kahn, pode-se assumir que nos casos de crimes mais graves os conceitos de reincidência penal e reincidência penitenciária medem basicamente as mesmas coisas, uma vez que crimes graves quase sempre são punidos com prisão.	São Paulo: 50%, em 1994; 45,2%, em 1995; 47%, em 1996; na década de 1970, a taxa não passou de 32%.
Depen	Dados de 2001 para Brasil e de 2006 para Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro.	Reincidência penitenciária – considerando presos condenados e provisórios com passagem anterior no sistema prisional.	Brasil: 70%; e Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro: 55,15%.

Fonte: Pesquisa Ipea/CNJ, 2013 (revisão bibliográfica).

Elaboração dos autores.

Essas pesquisas, ainda que não tenham sido formuladas pelo mesmo método, ilustram perfeitamente o caos do sistema carcerário: a prisão não previne a criminalidade. Esta realidade não se apresenta só no Brasil, e tampouco é contemporânea. Foucault já apontava reflexões a respeito desse problema. De acordo como autor,

As prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumenta-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta: [...]

**A detenção provoca a reincidência;** depois de sair da prisão, têm-se mais chance que antes de voltar para ela, os condenados são, em proporção considerável, antigos detentos; [...] <sup>224</sup> – texto grifado

Desta forma, Foucault entende a prisão como um “duplo erro econômico”: de uma forma direta, pelo custo intrínseco de sua organização, e de uma forma indireta, pelo custo da delinquência que ela não reprime.<sup>225</sup> E pior, ao fazer cair na miséria a família desamparada do detento, que muitas vezes é o provedor da família, também *fabrica* indiretamente delinquentes.<sup>226</sup>

Conforme refletido por Thompson, o fracasso da prisão é atribuído a diversos fatores estruturais do sistema penitenciário, como falta de verbas, insuficiência de terapeutas, treinamento dos agentes policiais, dentre outros.<sup>227</sup> Entretanto, conforme Foucault, “temos que nos admirar que há 150 anos a proclamação do fracasso da prisão se acompanhe sempre da sua manutenção”.<sup>228</sup> Neste sentido, o autor defende que o fracasso da prisão foi um fracasso **propositual**, e que a pergunta não deve ser *como resolver o problema*, mas *para o que ele serve*.

Assim, ele denuncia o cinismo do Estado em fingir que os castigos se destinam a suprimir as infrações, e também ao continuar perseguindo os condenados mesmo após terem “quitado” sua dívida. Foucault propõe que essa dinâmica é uma estratégia para “organizar a transgressão das leis numa tática geral de sujeições”. Ou seja, o sistema penal seria um instrumento de dominação para diferenciar determinados infratores, e sublinhar “uma forma de ilegalidade que parece resumir simbolicamente todas as outras”, que é a delinquência.<sup>229</sup>

A delinquência é apenas uma das formas da ilegalidade, e é *produzida* pelo Estado na medida em que ele investiu e organizou um papel instrumental em relação às outras

<sup>224</sup> FOUCAULT, M. Op. cit., p. 259-260.

<sup>225</sup> Ibid., p. 263.

<sup>226</sup> Ibid., p. 263.

<sup>227</sup> THOMPSON, A., 2002. Op. cit., prefácio à 1ª edição.

<sup>228</sup> FOUCAULT, M. Op. cit., p. 267.

<sup>229</sup> Ibid., p. 267.

ilegalidades. O delinquente, portanto, não estaria fora da lei, mas seria sua própria essência. A norma legal produz o delinquente como sujeito patologizado e atende aos interesses da classe dominante.<sup>230</sup> Assim, Foucault nos ensina o conceito de “delinquência útil”, pela qual,

Os tráficos de armas, os de álcool nos países de lei seca, ou mais recentemente os de droga, mostrariam da mesma maneira esse funcionamento da “delinquência útil”; a existência de uma proibição legal cria em torno dela um campo de práticas ilegais, sobre o qual se chega a exercer controle e a tirar um lucro ilícito por meio de elementos ilegais, mas tornados manejáveis por sua organização em delinquência. Esta é um instrumento para gerir e explorar as ilegalidades.<sup>231</sup>

Por isso, o autor enxerga a reincidência não como um fracasso, mas como um sucesso da prisão, pois representa o atestado de que o objetivo foi cumprido. O delinquente criminalizado é um objeto de muito valor para a classe dominante, e por isso, mesmo após “um século e meio de “fracasso”, a prisão continua a existir, produzindo os mesmos efeitos e que se têm os maiores escrúpulos em derrubá-la.”<sup>232</sup> Portanto, é obrigatória a discussão sobre os novos rumos que o sistema penal devem adotar, não só no Brasil, mas no mundo.

---

<sup>230</sup> Ibid., p. 271-274.

<sup>231</sup> Ibid., p. 274.

<sup>232</sup> Ibid., p. 272.

## 4. ALTERNATIVAS

### 4.1. Superação da prisão

Os debates contemporâneos acerca da resposta para o problema carcerário giram majoritariamente em torno da privatização do cárcere. Em relação à criminalidade, discute-se a diminuição da menoridade penal e aumento da cominação das penas. Essas são falsas soluções, que de nenhuma forma são capazes de resolver o cerne da questão, e que apenas afastam a responsabilidade estatal e depositam nos marginalizados uma obrigação que não lhes cabe.

Primeiramente, Foucault nos mostra que a prisão é “incapaz de responder às especificidades dos crimes”, porque é “inútil à sociedade, até nociva”.<sup>233</sup> No mesmo sentido, Thompson ensina que a penitenciária tem que ser vista como uma instituição custodial, e não reformativa, pois “enquanto permanecemos gravitando em torno dessa falácia, abstermo-nos de examinar seriamente outras viáveis soluções para o problema penal”.<sup>234</sup> Portanto, o caráter sancionatório da prisão deve ser esvaziado, porque hoje são apenas fábricas de delinquência e reincidência.<sup>235</sup>

Ao insucesso do cárcere, se atribui a “deficiência dos recursos empregados no sistema penitenciário”.<sup>236</sup> Entretanto, o centro do problema é acreditar na punição como forma de melhora, porque punir e reformar são conceitos diametralmente opostos, de forma que “reformar criminosos pela prisão traduz uma falácia”, independentemente do quanto se aumente o investimento de recursos.<sup>237</sup>

E à pergunta: alguém já conseguiu fazer prisão punitiva ser reformativa? – a experiência penitenciária, de mais de cento e cinquenta anos, responde: não, em nenhuma época e em nenhum lugar.<sup>238</sup>

---

<sup>233</sup> Ibid., p. 112.

<sup>234</sup> THOMPSON, A., 2002. Op. cit., p. 96.

<sup>235</sup> TAVARES, L. de A. Op. Cit., p. 42.

<sup>236</sup> THOMPSON, A., 2002. Op. cit., p. 16.

<sup>237</sup> Ibid. p. 5-6.

<sup>238</sup> Ibid., p. 10.

De acordo com o autor, o motivo para o insucesso global da prisão se dá ao fato de que a alegação de falta de recursos é apenas uma estratégia de manutenção do sistema. Thompson explica que nunca é estabelecido um objetivo quantitativo de investimentos; ninguém nunca sabe *precisamente* a medida ideal de recursos.

Essa indefinição garante perpetuidade à justificativa mencionada, pois permite seja aplicada *ad eternum*: se um novo estabelecimento é inaugurado, com mais e melhores recursos do que os existentes, e vem a falhar, vale, quanto a ele, a mesma explicação usada para os outros: carência de *recursos necessários* – sem que ninguém se dê ao trabalho de fixar, em quadro definido, os limites da “necessidade”. [...]

A **explicação genérica, vaga, serve de desculpa universal**, uma vez que, nunca tendo sido estabelecido, precisamente, qual o número e quais os requisitos ótimos, relativamente aos funcionários, a desculpa valerá sempre, em qualquer caso concreto.<sup>239</sup> – texto grifado.

Qual seria, então, a alternativa à prisão?

#### 4.2. Redução do hiperencarceramento

Dentro do próprio sistema penal vigente, existem diversas medidas legalmente previstas que poderiam ser utilizadas em favor da política do desencarceramento. Uma delas é através da vedação da aplicação de regime de pena mais gravoso na hipótese de falta de vagas no regime adequado. Desta forma, adquirindo o direito da progressão para o regime semiaberto, e não havendo vaga em tais estabelecimentos, deverá ser concedida a progressão *per saltum* para o regime aberto, pois caso contrário, estaria configurado o desvio de execução, “vicissitude crônica” que “conduz a um conjunto de ilegalidades na execução penal”.<sup>240</sup>

Um outro ponto é o reconhecimento do Supremo Tribunal Federal acerca da existência de indenização por danos morais ao preso que é detido em local degradante.<sup>241</sup> A inovação foi dada pelo ministro Luís Roberto Barroso, que através do seu voto-vista do Recurso Extraordinário (RE) 580.252,<sup>242</sup> propôs a possibilidade de remição de dias da pena, em

<sup>239</sup> Ibid., p. 17.

<sup>240</sup> SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 314/316.

<sup>241</sup> STF. **Estado deve indenizar preso em situação degradante, decide STF**. STF, 16 fev. 2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352>>. Acesso em 14 nov. 2018.

<sup>242</sup> STF. Recurso Extraordinário: RE 580.252. **Voto-vista do Ministro Luis Roberto Barroso**. STF, 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252LRB.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2018.

substituição à indenização pecuniária, analogicamente ao art. 126 da Lei de Execução Penal.<sup>243</sup>

A medida já foi adotada na Itália, onde a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) identificou que a superpopulação carcerária na Itália possuía caráter estrutural e por isso determinou que o governo italiano adotasse um conjunto de medidas aptas a reduzir a superlotação. Desta forma, foi estabelecido como remédio compensatório o mecanismo de reparação *in natura*, consistente na remição de um dia de pena para cada dez dias de detenção em condições degradantes ou desumanas. A medida foi bem-sucedida, e a CEDH confirmou ter havido diminuição no problema da superlotação e dignidade dos encarcerados, motivo pelo qual essa medida mostra-se atrativa à realidade brasileira.

Por fim, uma medida inovadora seria a de se estipular o regime inicial do preso não com base no tempo da pena, como atualmente é feito, mas considerando as circunstâncias judiciais, conforme o determinado no art. 33, §3º c/c art. 59, III, do Código Penal.<sup>244</sup> Desta forma, o sujeito que, por exemplo, pratica um homicídio passional (crime isolado em sua vida), ainda que seu ato seja reprovável, não haveria motivo para ser submetido ao mesmo sistema que aquele que sujeito que pratica o crime reiteradas vezes.<sup>245</sup>

Entretanto, nenhuma dessas medidas constitui uma solução real para o problema, pois servem apenas como medidas paliativas para o problema emergencial do hiperencarceramento. Por conseguinte, é imperioso que se analise propostas que se proponham a sanar definitivamente a questão carcerária.

---

<sup>243</sup> **Da Remição.**

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>.

<sup>244</sup> **Reclusão e detenção.**

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

**Fixação da pena.**

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm)>.

<sup>245</sup> TAVARES, L. de A. Op. cit., p. 45-52.

### 4.3. Sistemas Alternativos: APAC

Ainda na esteira paliativa da questão, outra providência interessante é a promoção de sistemas alternativos, onde há um tratamento mais humanizado do condenado, atendendo ao respeito à sua dignidade e integridade física. Neste sentido, destaca-se a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC), organização social sem fins lucrativos cuja metodologia visa a efetiva reintegração do condenado à sociedade.

Através desse sistema, o encarcerado tem a possibilidade de cumprir sua pena em local adequado, que atende aos padrões de higiene necessários, e que sequer possui a vigília de agentes penitenciários, diferenciando-se bastante do modelo fabril de *vigília* das prisões comuns.<sup>246</sup> Desta forma, mostra-se uma alternativa muito mais adequada do que as prisões comuns, mas ainda não representando a solução definitiva da questão. Conforme Taiguara,

é preciso não perder de vista a potência crítica, reduzindo-se a mera legitimação do sistema punitivo que resulte em reforçar sua eficácia invertida. A contenção do sistema penal deve ter por horizonte não seu aprimoramento biopolítico, mas sim um passo à frente para sua desconstrução.<sup>247</sup>

### 4.4. Descriminalização das drogas e Minimalismo penal

Como já elucidado nesse estudo, um dos grandes problemas do encarceramento em massa no Brasil é a persecução penal que constitui a guerra às drogas. Respalhado pela mídia, o Estado elegeu o traficante como o principal inimigo público dos últimos 30 anos, lotando assim quase 30% dos presídios com presos provisórios e condenados por tráfico.

Também esclarecemos o quanto esse anseio está ligado com a utilização do *labelling approach* em todos os níveis de criminalização: primária (lei), secundária (persecução) e terciária (recepção social). O traficante perseguido é aquele que representa a classe marginalizada, muitas vezes negro, de origem pobre e pertencente ao território segregado do Estado brasileiro: as favelas.

---

<sup>246</sup> Ibid., p. 53-55.

<sup>247</sup> SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 326.

A descriminalização das drogas é de suma importância, principalmente no contexto global em que nos encontramos, pois tem-se formado uma tendência sólida em diversos países para que o consumo e a venda de drogas não sejam mais tutelados pelo direito penal. É um primeiro passo para a concretização do Abolicionismo, que por sua vez é a verdadeira solução para o sistema penal.

Neste sentido, na medida em que o Abolicionismo é a meta a ser alcançada, o Minimalismo traduz a estratégia a ser traçada<sup>248</sup>, pois é através desse modelo em que será possível promover uma retração do poder punitivo. Conforme Taiguara, “poder-se-ia apontar a superação da prisão e do sistema penal como a estratégia de fundo, como horizonte maior, e as disputas sobre distintas políticas criminais no sentido de minimização do modelo punitivo, como tática”<sup>249</sup>.

#### **4.5. Justiça Restaurativa e Abolicionismo**

Solucionar definitivamente o âmago da crise carcerária é repensar a sua natureza a partir da análise histórica do seu surgimento. Desta forma, no capítulo 1 analisou-se que o surgimento do Estado como sujeito participativo dos conflitos penais se deu pelo interesse fiscal no recolhimento das fianças, o que evidencia a proposição de Vera Malaguti de que a história da criminologia se pauta no atendimento de interesses econômicos de cada época. Assim, a fim de se alcançar a superação do sistema punitivo, é necessário promover a devolução do protagonismo aos únicos sujeitos verdadeiramente implicados na dinâmica penal: a vítima e o infrator.

Nesta seara, Luisa Tavares ensina que o sistema atual é retributivo, e seu modelo não produz justiça e nem constitui um instrumento eficaz na responsabilização do indivíduo.<sup>250</sup> Em contraposição, apresenta-se a Justiça Restaurativa, um modelo de resolução de conflitos

---

<sup>248</sup> BATISTA, V. M. Op. cit., p. 111.

<sup>249</sup> SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 327.

<sup>250</sup> TAVARES, L. de S. Op. cit., p. 59.

de “atuação multilateral para que, assim, o conflito seja superado e transformado de maneira efetiva”.<sup>251</sup> A autora explica ainda que trata-se de uma

“*ética aplicada*” que trabalha com a “*responsabilização coletiva e participativa*”, uma vez que enxerga a convivência entre as pessoas como um sistema complexo e interligado: cada ato ofensivo simboliza um “*esgarçamento na teia de relações*”, possuindo, dessa forma, inúmeras causas e gerando, por conseguinte, múltiplos efeitos e desdobramentos. Corresponde a um “*modo de ser estar no mundo*”, com valores como, por exemplo, igualdade de preocupação tanto com o autor como também com o receptor do ato; dilui-se, assim, a noção cristalizada de “agressor” e “vítima” que, no modelo penal retributivo, atua como uma tarja estigmatizante.<sup>252</sup>

Respalhando o exposto, Taiguara nos mostra que “trata-se, assim, não de clamar por penas alternativas, mas pela formulação de efetivas alternativas penais”,<sup>253</sup> e desta forma atender às demandas de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, alicerçado no respeito à dignidade humana e à Carta Magna de 1988.

A superação do paradigma retributivo, direcionado apenas à retribuição do mal causado, sem representar vantagem à comunidade, ao infrator e, sobretudo, à vítima, exige, como aponta Zehr, “trocar as lentes pelas quais enxergamos o crime e a justiça”.<sup>254</sup>

Portanto, a Justiça Restaurativa se apresenta como uma forma de autoimplicação, e a “consequente responsabilização possibilita a mudança, não retirando do autor do dano, da infração ou do crime a sua dignidade e dimensão humana.”<sup>255</sup> Assim, é possível dizer que a Justiça Restaurativa configura uma alternativa abolicionista, pois possibilita a construção de um sistema de mediação dos conflitos nas infrações que atualmente são tuteladas pelo Estado penal. Como bem aduzido por Thiago Fabres,

A violência é ineliminável. A violência é um componente da nossa existência. Nós não eliminaremos jamais a violência. A violência faz parte de nós, ela está em nós. Mas o sistema de justiça penal é um mecanismo absolutamente degradante, humilhante e de produção de muito mais dor e sofrimento do que a violência que ele deseja combater.”<sup>256</sup>

<sup>251</sup> Ibid., p. 63.

<sup>252</sup> Ibid., p. 60-61.

<sup>253</sup> SOUZA, T. L. S. e. Op. cit., p. 311.

<sup>254</sup> Ibid., p. 311.

<sup>255</sup> TAVARES, L. de S. Op. cit., p. 65.

<sup>256</sup> FABRES, Thiago. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**. TEDx Talks. 29 out. 2015. 18min58s.

Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=c8fM-qbIHIE>>. Acesso em: 13 out. 2018. Trecho: 7min57s-9min39s.

Portanto, apesar de vivenciarmos um momento histórico-político que dificilmente permitirá a implementação dessa medida, o conhecimento não irá retroceder, e ao fim de cada ciclo será sempre possível rediscutir e reavivar as proposições abolicionistas que, sem nenhuma dúvida, representam atualmente o único caminho justo a ser seguido.

## CONCLUSÃO

Ao longo dessa pesquisa restou demonstrado que a história do sistema penal sempre esteve atrelada ao desenvolvimento do sistema capitalista, e que até hoje a prisão é utilizada como instrumento de controle e segregação de uma classe marginalizada a fim de se atender aos interesses da classe dominante. Como exposto, os índices de criminalidade aumentam e diminuem conforme o nível de desigualdade social: a prosperidade da Europa no final do século XIX deu ensejo à diminuição da criminalidade, e o fim do *Welfare State* produziu o seu aumento. Até mesmo na realidade contemporânea essa realidade se faz presente. A Suécia e a Noruega, países que reconhecidamente possuem um nível de desigualdade quase nulo, estão com sua população carcerária diminuindo de tal modo que diversos presídios estão sendo fechados nos últimos anos.<sup>257</sup>

Entretanto, ressalta-se que esse conceito de criminalidade leva em consideração apenas a visão popular sobre o instituto, pois a Teoria do Etiquetamento elucida que todas as camadas sociais cometem crimes, mas que somente a classe estigmatizada é efetivamente perseguida e punida. A criminalidade - como sinônimo de cometimento de crimes -, nunca vai acabar, porque o desvio é inerente à lei. Neste sentido, não haveria razão de existir a lei se não houvesse espaço para seu descumprimento. Entretanto, se por um lado a classe dominante têm seus desvios cominados como infrações civis, os desvios das classes inferiores são propositadamente encaixados na esfera penal.

Neste sentido, conforme aduzido por Foucault, a reincidência não é um atestado do fracasso do cárcere, mas de seu sucesso, pois sempre que se conclui pela ineficácia do cárcere, adotam-se medidas para promover a sua manutenção. Assim, analisa-se que a prisão serve como um mecanismo de controle e sujeição, que de último modo representa um instrumento de dominação para diferenciar determinados infratores e destacar aqueles que lhe servem de outra maneira. Esse processo se concretiza através da produção da delinquência útil, que promove ao seu entorno um campo de práticas ilegais que, por sua vez, permitem a exploração do lucro ilícito.

---

<sup>257</sup> GOMES, Luiz Flavio. **Suécia e Holanda fecham suas prisões**. Jornal GGN, 26 out. 2015. Disponível em <<https://jornalggm.com.br/noticia/suecia-e-holanda-fecham-suas-prisoas-por-luiz-flavio-gomes>>. Acesso em 18 nov. 2018.

Por causa disso, não haveria nenhuma outra forma de encerrar o problema do hiperencarceramento sem se extinguir, na mesma medida, a própria existência do direito penal. Isso ocorre porque o direito penal é o ente abstrato encarregado de administrar a gestão da delinquência em seu próprio favor. Assim, a resolução última da crise carcerária se dará apenas com a implementação do Abolicionismo penal, e por isso é necessário retirar do Estado o *jus puniendi* para se devolver aos sujeitos do delito – autor e vítima – o protagonismo das decisões.

Por fim, importante dizer que enquanto o Abolicionismo é a meta a ser alcançada, o garantismo é o caminho a ser percorrido. É preciso que se adote medidas imediatas para diminuir gradativamente a jurisdição estatal, e possibilitar a sua extinção definitiva de uma forma saudável para os sujeitos submetidos ao sistema punitivo. Portanto, sugeriu-se neste estudo o fortalecimento dos sistemas penais alternativos – principalmente as APAC's -, e a adoção de algumas medidas processuais, como a progressão de regime *per saltum* nos casos de falta de vaga no regime correto, além da estipulação do regime inicial baseada nas circunstâncias judiciais do acusado.

Conclui-se que apesar de vivermos uma crise prisional sem precedentes, e ainda que esta crise seja propositada e atenda aos interesses do capital, é possível traçar novos rumos no direito penal para promover a sua retração gradativa até que seja possível substituí-lo por um sistema melhor. Assim, espera-se que a Justiça Restaurativa seja o novo modelo de resolução de conflitos, trazendo paz às relações, e minimizando a dor de todas as partes envolvidas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silvio. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

ARGENTINA. *Ley* nº 11.179 de 1984. **Código Penal**. Disponível em <[https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_penal\\_de\\_la\\_republica\\_argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_de_la_republica_argentina.pdf)>. Acesso em 06 nov. 2018

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARIFOUSE, Rafael. **Brasil lidera ranking de medo de tortura policial**. BBC, 2014. Disponível em <[https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/05/140512\\_brasil\\_tortura\\_vale\\_rb](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/05/140512_brasil_tortura_vale_rb)>. Acesso em 06 nov. 2018

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BOLDRINI, Luan Campos. **Da coculpabilidade penal**. Jus, 2013. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/25909/da-coculpabilidade-penal/1>>. Acesso em 6 de nov. de 2018.

BRASIL, Instituto de Segurança Pública: **ferramenta de pesquisa de visualização de dados**. Disponível em <<http://www.ispvisualizacao.rj.gov.br/>>. Acesso em 26 out. 2018.

BRASIL, Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. **Reincidência Criminal no Brasil: Relatório de Pesquisa**. Ipea, 2015. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>>. Acesso em 29 out. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento de Informações Penitenciárias**. Infopen, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/infopen-levantamento.pdf>>. Acessado em 04 nov. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília, DF, 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 6 de nov. de 2018.

BRASIL. Decreto nº 847 de 11 de out. de 1890. **Código Penal de 1890**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm)>. Acesso em 22 out. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 7 de dez. de 1940. **Código Penal**, Brasília, DF, dez. 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm)>. Acesso em 15 de out. 2018

BRASIL. Lei nº 7.210 11 de jul. de 1984. **Lei de Execução Penal**, Brasília, DF, jul. 1984. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em 11 de out. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.343 23 de ago. de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas**, Brasília, DF, ago. 2006. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em 12 de nov. 2018.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Manual de Direito Penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2002, p. 245.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC, Lúmen Juris, 2005.

CUNHA, Rogério Sanches. **STJ: Pagamento a qualquer tempo extingue punibilidade do crime tributário**. Meu site jurídico, 2017. Disponível em <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/10/06/stj-pagamento-qualquer-tempo-extingue-punibilidade-crime-tributario/>>. Acesso em 8 de nov. 2018.

DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia e Racismo: Introdução ao Processo de Recepção das Teorias Criminológicas no Brasil – Tomo I**. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Departamento de Direito. Florianópolis, 1998.

DUVIVIER, Gregorio. **Post do Facebook**. 01 de mar. de 2018. Disponível em <<https://www.facebook.com/gregorioduvivier/photos/a.397668916961740/1711582688903683/?type=3&theater>>. Acesso em 4 de nov. de 2018.

FABRES, Thiago. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**. TEDx Talks. 29 out. 2015. 18min58s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=c8fM-qbIHIE>>.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

G1. **Mulher surpreende golpista no CE: 'Em que presídio tu está?', pergunta**. Globo, 24 mar. 2015. Disponível em <<http://g1.globo.com/ceara/noticia/2015/03/mulher-surpreende-golpista-no-ce-em-que-presidio-tu-esta-pergunta.html>>. Acesso em 8 nov. 2018.

G1. **'Presos têm celular como qualquer pessoa', diz agente penitenciário.** Globo, 16 out. 2015. Disponível em <<http://g1.globo.com/pernambuco/noticia/2015/10/presos-tem-celular-como-qualquer-pessoa-diz-agente-penitenciario.html>>. Acesso em 8 nov. 2018.

G1. **Advogada grava ligação de presidiário durante tentativa de golpe em Campos, no RJ.** Globo, 19 mai. 2016. Disponível em <<http://g1.globo.com/rj/regiao-serrana/rjintertv-2edicao/videos/v/advogada-grava-ligacao-de-presidiario-durante-tentativa-de-golpe-em-campos-no-rj/5035735/>>. Acesso em 8 nov. 2018.

G1. **Presidiários aplicam golpes por telefone; saiba como se proteger.** Globo, 28 jul. 2017. Disponível em <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/07/presidiarios-aplicam-golpes-por-telefone-saiba-como-se-proteger.html>>. Acesso em 8 nov. 2018.

GOMES, Luiz Flavio. **Suécia e Holanda fecham suas prisões.** Jornal GGN, 26 out. 2015. Disponível em <<https://jornalggm.com.br/noticia/suecia-e-holanda-fecham-suas-prisoos-por-luiz-flavio-gomes>>. Acesso em 18 nov. 2018.

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

MENDES, Gilmar. País discute eficácia do cumprimento de penas alternativas. In: Ministério da Justiça. 2008. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>> Acesso em

NEIVA, Gerivaldo Alves. **Os Mutirões Carcerários e a Crise do Sistema Penitenciário.** Disponível em <<https://www.ibccrim.org.br/artigos/2010/07>>. Acesso em 26 out. 2018.

PERU. Decreto Legislativo nº 635 de 1991. **Código Penal.** Disponível em <[http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones\\_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf)>. Acesso em 6 de nov. de 2018.

SOUZA, Taiguara Libano Soares e. **A Era do Grande Encarceramento: Tortura e Superlotação Prisional no Rio de Janeiro.** Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito. Rio de Janeiro, 2015.

STF. **Estado deve indenizar preso em situação degradante, decide STF.** STF, 16 fev. 2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352>>. Acesso em 14 nov. 2018.

STF. Recurso Extraordinário: RE 580.252. **Voto-vista do Ministro Luis Roberto Barroso.** STF, 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252LRB.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2018.

TAVARES, Luisa de Araujo. **Efeitos da Prisionização: A Ineficácia da Prisão como Sanção Penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Palma, 2018.

THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

THOMPSON, Augusto. **Quem São os Criminosos. O Crime e o Criminoso: Entes Políticos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VARELLA, Drauzio. **'Carandiru' a 'Prisioneiras': entrevista com Drauzio Varella**. Nexo Jornal, 2017. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=EDg6yESqKT8&feature=youtu.be>>. Acesso em 8 nov. 2018.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres. A nova gestão penal da miséria nos Estados Unidos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 28.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro **Direito Penal Brasileiro. Vol. I**. Rio de Janeiro, Revan, 2003, p. 114 e 115.