

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE PONTA GROSSA
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
MESTRADO EM CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS**

SILVIA DE FREITAS MENDES

**CRÍTICA À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMO POLÍTICA PÚBLICA
DE SUPRESSÃO DA COMUNICAÇÃO**

**PONTA GROSSA
2009**

SILVIA DE FREITAS MENDES

**CRÍTICA À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMO POLÍTICA
PÚBLICA DE SUPRESSÃO DA COMUNICAÇÃO**

Dissertação apresentada como requisito à obtenção do Grau de Mestre no Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas - Linha de Pesquisa Estado, Direitos e Políticas Públicas - do Setor de Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Estadual de Ponta Grossa, ao Professor Doutor Paulo César Busato.

PONTA GROSSA

2009

Ficha Catalográfica Elaborada pelo Setor de Processos Técnicos BICEN/UEPG

M538c	Mendes, Silvia de Freitas Crítica à pena privativa de liberdade como política pública de supressão da comunicação. / Silvia de Freitas Mendes. Ponta Grossa, 2009. 98 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas.) - Universidade Estadual de Ponta Grossa. Orientador : Prof. Dr. Paulo César Busato 1. Pena privativa de liberdade. 2. Estado Democrático de Direito. 3. Comunicação. 4. Modernidade. I. Busato, Paulo César. II. T CDD: 341.5
-------	---

TERMO DE APROVAÇÃO

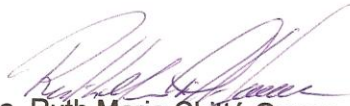
SILVIA DE FREITAS MENDES

**“CRÍTICA À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMO
POLÍTICA PÚBLICA DE SUPRESSÃO DA COMUNICAÇÃO”.**

**Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau
de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais
Aplicadas, Setor de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade
Estadual de Ponta Grossa, pela seguinte banca examinadora:**



Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato
UEPG - Universidade Estadual de Ponta Grossa



Profa. Dra. Ruth Maria Chittó Gauer
PU/RS - Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul



Profa. Dra. Dirceia Moreira
UEPG - Universidade Estadual de Ponta Grossa

À minha mãe, pela interação.

AGRADECIMENTOS

A meus pais e meus irmãos, por toda contribuição dada à elaboração desta dissertação.

Ao João Paulo, pelo incentivo e apoio na construção deste trabalho.

Ao Prof. Dr. Paulo César Busato, por compartilhar seu vasto conhecimento e pela amizade.

Às Professoras Doutoras Dircéia Moreira e Ruth Maria Chittó Gauer, pela contribuição para a realização deste trabalho.

Às amigas Gabriela, Mariana, Melissa e Francieli, pelas conversas e apoio durante todo o Mestrado.

À Capes.

Resumo: No presente trabalho serão abordadas as funções atribuídas à pena privativa de liberdade, sejam as propostas retributivas e preventivas, ou de sustentação do modo de produção capitalista ou como forma de exercício do poder disciplinar. Ocorre que tais proposições não se ajustam à crescente proliferação de modelos prisionais, onde não se permite a comunicação do condenado. Além disso, discutir-se-á se no panorama de um Estado Democrático de Direito existe espaço para esta espécie de pena. Para desenvolver esse tema foram estabelecidos como objetivos: analisar o uso político da pena desde um ponto de vista histórico; discutir a pretensão democrática da modernidade ou pós-modernidade e analisar criticamente a função da pena nas sociedades da Modernidade Interativa.

Palavras-chave: pena privativa de liberdade; Estado Democrático de Direito; comunicação; Modernidade.

Abstract: In the present dissertation he will be boarded the functions attributed to the punishment, they are the retribution and preventions, or of sustentation in the way of capitalist production, it occurs that such proposals are not adjusted to the proliferation of prisions models, where does not allow the communication of the convict. Moreover, it will be argued if in the panorama of a Democratic State of Right it exist space for this species of punishment. The objective in the dissertation are: to analyze the use political of the punishment since a historical point of view; to argue the democratic pretension of modernity and to critically analyze the function of the punishment in the societies of Interactive Modernity.

Keywords: punishment; Democratic State of Right; communication; Interactive Modernity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
 CAPÍTULO 1: A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMO POLÍTICA PÚBLICA.....	10
1.1 Origem da Prisão.....	10
1.1.1 A Concepção Materialista Histórica sobre a Origem da Prisão.....	10
1.1.2 A Origem da Prisão como Forma de Exercício do Poder Disciplinar.....	16
1.2 A Prisão como Castigo (Retribuição).....	18
1.2.1 A Retribuição no Estado Absolutista e no Estado Liberal.....	18
1.2.2 Posicionamentos sobre o retribucionismo.....	20
1.2.3 Crítica à Prisão como Castigo.....	23
1.3 A Prisão como Controle através da Ameaça (Prevenção Geral Negativa).....	25
1.3.1 Críticas à Prisão como Ameaça.....	26
1.3.1.1 Ofensa à proporcionalidade.....	26
1.3.1.2 Conversão da pena em instrumento de terror.....	27
1.4 A Prisão como Remédio (prevenção especial – ressocialização).....	28
1.4.1 Crítica à Prisão como Remédio.....	29
1.4.1.1 Ofensa às garantias individuais.....	30
1.4.2.2 Desproporção entre <i>quantum</i> de pena e gravidade do ato praticado.....	31
1.5 A Prisão como Fator de Estabilização Social (prevenção geral positiva).....	31
1.5.1 Prevenção geral positiva como estabilização da norma.....	32
1.5.1.1 Crítica à prevenção geral positiva como estabilização da norma.....	33
1.5.2 Prevenção geral positiva unificadora.....	35
 CAPÍTULO 2 – POLÍTICA CRIMINAL NA MODERNIDADE.....	39
2.1 O resgate funcionalista teleológico da importância da política criminal.....	39
2.2 A Política Criminal e as características do projeto da modernidade.....	42
2.2.1 Individualidade.....	43
2.2.2 Autonomia.....	47
2.2.3 Universalidade.....	48

2.3 A Política Criminal na pós-modernidade ou na continuidade da modernidade.....	49
2.3.1 A Política Criminal no Projeto Inacabado da Modernidade e o Estado Democrático de Direito.....	51
2.3.2 A Política Criminal na Modernidade Líquida.....	55
2.3.3 A Política Criminal na Modernidade Reflexiva	60
2.4 Discurso e práxis político-criminal na Modernidade Interativa.....	64
 CAPÍTULO 3 – A EXCLUSÃO DERIVADA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA MODERNIDADE INTERATIVA.....	68
3.1 As prisões hoje.....	68
3.1.1 Guetos	70
3.2 Os processos de criminalização.....	73
3.2.1 Processo de Criminalização Primária.....	74
3.2.2 Processo de Criminalização Secundária.....	78
3.3 O <i>labeling approach</i>	80
3.4 O modelo prisional do inimigo (eliminação pela supressão comunicativa).....	83
 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	86
 REFERÊNCIAS.....	89

INTRODUÇÃO

Várias são as funções atribuídas à pena privativa de liberdade, sejam as propostas retributivas e preventivas, ou de sustentação do modo de produção capitalista e também como exercício do poder disciplinar. Ocorre que o cárcere, adotado como Política Pública em Estados pretensamente Democráticos de Direito como o Brasil, vem impondo um modelo prisional que permite a impossibilidade de interação entre seres humanos via supressão comunicativa.

Diante disso, torna-se necessário discutir se no panorama de um Estado Democrático de Direito a pena privativa de liberdade, como Política Pública, pode ser considerada válida. Para tanto, foram traçados os seguintes objetivos: analisar o uso político da pena a partir de um ponto de vista histórico; discutir a pretensão democrática da modernidade em matéria político-criminal; tratar criticamente a função da pena privativa de liberdade na Modernidade Interativa.

Para o desenvolvimento dos objetivos, inicialmente será apresentado neste trabalho o posicionamento de que a origem da pena privativa de liberdade estaria associada ao surgimento do modo de produção capitalista. Em seguida, serão analisadas as funções de retribuição, prevenção geral negativa, prevenção especial e de prevenção geral positiva (estabilizadora e unificadora).

Após isso, será tratado a respeito da Política Criminal na Modernidade Interativa. Para tanto, apresentar-se-á o resgate funcionalista teleológico da importância da Política Criminal. A análise se dará também sobre a Política Criminal na pós-modernidade ou na continuidade da modernidade.

Além disso, será abordado o conceito de democracia associando-o a medidas político-criminais adotadas na atual fase da modernidade. Tratar-se-á também sobre a Política Criminal instituída com base no medo, risco e insegurança que permeiam as relações humanas. Na sequência, serão traçadas considerações sobre o discurso e práxis político-criminal.

Por fim, debater-se-á sobre a exclusão derivada da pena privativa de liberdade na Modernidade Interativa. Para isso, será levado em consideração a falta de interação entre os seres humanos decorrente do cárcere e também dos guetos/favelas. A abordagem se dará, ainda, em relação aos processos de criminalização e da teoria do *labeling approach*. Finalmente, será analisado o modelo prisional do inimigo.

CAPÍTULO 1: A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMO POLÍTICA PÚBLICA

1.1 Origem da Prisão

A origem da pena privativa de liberdade¹ usualmente é associada ao desenvolvimento do modo de produção capitalista² ou ao exercício do poder disciplinar. Apesar destes posicionamentos deve-se mencionar que não haveria consenso a respeito sobre a origem³ da pena privativa de liberdade. Nesse sentido, Bitencourt ao tratar sobre a história e evolução da pena de prisão, afirma que contradições podem existir ao se pretender apresentar uma ordem cronológica sobre a origem da pena de prisão⁴. Para fins de estudo das funções da privação da liberdade, no que se refere à origem desta espécie de pena, ater-se-á às concepções teóricas que associam tal origem ao desenvolvimento do capitalismo e a de Michel Foucault.

1.1.1 A Concepção Materialista Histórica sobre a Origem da Prisão

Conforme a concepção materialista histórica, ao longo dos séculos XVI ao XVIII foram criadas as chamadas casas de correção⁵, as quais serviam para

¹ Deve-se esclarecer que a privação de liberdade antes do século XVI fazia parte do sistema penal não como pena, mas sim como medida assecuratória. Conforme Melossi e Pavarini “Pode-se dizer que a sociedade feudal conhecia o cárcere preventivo e o cárcere por dívidas, mas não se pode afirmar que a simples privação da liberdade, prolongada por um determinado período de tempo e não acompanhada por nenhum outro sofrimento, fosse conhecida e portanto prevista como pena autônoma e ordinária.” MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Trad. Sérgio Lamarão. **Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (século XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006, p. 21. E ainda: “Durante todo período da Idade Média, a idéia de pena privativa de liberdade não aparece. Há, nesse período, um claro predomínio do direito germânico. A privação da liberdade continua a ter uma finalidade custodial aplicável àqueles que foram submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas.” BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.442.

² Conforme Santos “a teoria criminológica *materialista/dialética* introduz uma explicação política da emergência histórica da *retribuição equivalente*, como fenômeno sócio-estrutural específico das sociedades capitalistas: a função de *retribuição equivalente* da pena criminal corresponde aos fundamentos *materiais e ideológicos* das sociedades fundadas na relação *capital/trabalho assalariado*, porque existe como ‘*forma de equivalência*’ jurídica fundada nas *relações de produção* das sociedades capitalistas contemporâneas.” SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris: 2006, p. 469. Vide ainda GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **Funções da Pena Privativa de Liberdade no Sistema Penal Capitalista**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 14.

³ Afirma-se isso em virtude, por exemplo, da prisão eclesiástica na Idade Média. “A prisão eclesiástica, por sua vez, destinava-se aos clérigos rebeldes e respondia às idéias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, dando ao internamento um sentido de penitência e meditação.” BITENCOURT, *op. cit.*, p.442.

⁴ *Ibid.*, p.439.

⁵ Essas casas de correção também eram chamadas de casas de trabalho, *houses of corrections, bridewells, workhouses*.

trancar centenas de pessoas para que tivessem sua mão-de-obra explorada pelo mercantilismo, auxiliando, com isso, o surgimento do capitalismo no século XIX⁶. A função declarada atribuída a essas casas de correção era a de transformar os seres humanos em pessoas dignas, porém, a visão crítica sustenta que se tratava de uma fórmula de ajuste e submissão do apenado. A partir desses aspectos, será traçado, ainda que brevemente, um panorama histórico sobre o desenvolvimento das casas de trabalho.

Para iniciar a abordagem histórica sobre as casas de correção deve-se primeiramente mencionar que durante a Idade Média e início da Idade Moderna a prisão não era – e até meados do século XVIII – o destino da maioria dos condenados. As penitenciárias serviam na sua maioria para abrigar pessoas que esperavam por julgamento⁷.

Dessa forma, o Estado até meados do século XVIII não dava primazia à pena privativa de liberdade como forma de punição no momento da condenação. Essa privação de liberdade era aplicada antes da prolação da sentença. Ressalte-se que não eram destinados recursos para a manutenção dessas prisões, sendo que os carcereiros podiam obter vantagens dos detentos⁸.

Apesar de não ser aplicada a pena privativa nos moldes atuais, não se pode deixar de esclarecer que após a Idade Média, em meados do século XVI, as casas de correção diferenciavam-se das prisões apenas no nome⁹. Essas instituições acabavam por funcionar como penitenciárias utilizadas, segundo declarado pelo Estado¹⁰, para conter o aumento da vadiagem e mendicância, bem como corrigir uma gama de indivíduos¹¹. Frise-se que esse aumento de mendigos e

⁶ MELOSSI; PAVARINI, *op. cit.*, p. 20. Nesse sentido: SANTOS, *op. cit.*, p. 494.

⁷ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Trad. Gizlene Neder. **Punição e Estrutura Social**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, p. 94-95. Nesse sentido MELOSSI, PAVARINI, *op. cit.*, p. 21.

⁸ RUSCHE, KIRCHHEIMER, *op. cit.*, p. 95.

⁹ GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 129.

¹⁰ Conforme Guimarães “percebe-se o esforço das construções teóricas – inclusive fora do conhecimento especificamente penal – voltadas a dar um suporte ideológico direcionado, precipuamente, para justificar e legitimar a utilização do cárcere, de maneira que os objetivos realmente almejados fiquem, de todo, escamoteados, vez que inconciliáveis, de maneira essencial, com o que efetivamente declarado.” *Ibid.*, p. 124.

¹¹ Segundo Rusche e Kirchheimer “A primeira forma de prisão estava, então, estreitamente ligada às casas de correção manufatureiras. Uma vez que o objetivo principal não era a recuperação dos reclusos, mas a exploração racional da força de trabalho (...).” RUSCHE, KIRCHHEIMER, *op. cit.*, p. 99.

vagabundos teve como origem a expropriação dos meios de produção dos produtores na Europa do século XVI decorrente da falência do feudalismo¹². Assim,

A economia característica da propriedade quase feudal era primitiva e voltada para si mesma ou de qualquer forma ajustada para necessidades puramente regionais (...). Entretanto, no geral, o lavrador típico não era livre, e de fato estava quase afogado pela enchente de servidão que foi crescendo praticamente sem cessar desde fins do século XV e princípios do XVI.¹³

E ainda,

Os campos, mas sobretudo as cidades, que já representavam, com o desenvolvimento da atividade econômica e, em particular, do comércio, um pólo de atração notável, começaram a povoar-se com milhares de trabalhadores expropriados, convertidos em mendigos, vagabundos, às vezes bandidos, porém, em geral, numa multidão de desempregados.¹⁴

Esse aumento da pobreza na Inglaterra, no início do século XVI, por exemplo, forçou o reino a tomar algumas providências. Dentre elas, a criação de um estatuto, em 1530, o qual determinava o registro das pessoas consideradas vagabundas.¹⁵ Além disso, o rei inglês, por solicitação do clero, “autorizou o uso do castelo de Bridewell para acolher os vagabundos, os ociosos, os ladrões e os autores de delitos de menor importância.”¹⁶ Com a cessão do castelo de *Bridewell*, deu-se a instituição de uma casa de correção em Londres.

Nessa casa de correção visava-se, declaradamente, corrigir os internos através do trabalho forçado. Além disso, “deveria desencorajar outras

¹² MELOSSI, PAVARINI, *op. cit.*, p. 33-34. Nesse sentido também GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 124-125; GIORGI, Alessandro De. Trad. Sérgio Lamarão. **A Miséria Governada através do Sistema Penal**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006, p.41-42.

¹³ HOBBSBAWM, Eric J. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. **A Era das Revoluções: Europa 1789-1848**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2004, p. 32. E ainda: “Na região do Mar Báltico – a principal rota de comércio com a Europa Ocidental –, a agricultura servil produzia basicamente culturas de exportação para os países do Ocidente: trigo, fibra de linho, cânhamo e produtos florestais usados principalmente na fabricação de navios. Nas outras áreas, funcionava mais para os mercados regionais, que possuíam pelo menos uma zona de desenvolvimento urbano e manufatureiro relativamente avançado e de fácil acesso, como a Saxônia, a Boêmia e Viena. A maior parte dessa agricultura, todavia, continuava atrasada. A abertura da rota do Mar Negro e a crescente urbanização da Europa Ocidental, principalmente da Inglaterra, apenas haviam começado a estimular as exportações de trigo do cinturão de terra negra da Rússia, que viriam a ser a base do comércio externo russo até a industrialização da ex-URSS. A área de servidão oriental pode portanto ser considerada também uma ‘economia dependente’, produtora de alimentos e matérias-primas para a Europa Ocidental, de forma análoga às colônias de além-mar.” *Ibid.*, p. 33-34.

¹⁴ MELOSSI, PAVARINI, *op. cit.*, p. 34.

¹⁵ *Ibid.*, p. 36.

¹⁶ *Ibid.*, p. 36.

peessoas a seguirem o caminho da vagabundagem e do ócio, e assegurar o próprio auto-sustento através do trabalho.”¹⁷

Além da casa de correção inglesa, em Amsterdã foram criadas as *Rasphuis*. Essas casas de correção eram

o modelo de aparelho carcerário para *disciplina* da força de trabalho ociosa da Europa continental: o modelo de *Rasphuis* – cujo nome provém da ação de raspar madeira (proveniente da América do Sul, provavelmente o *pau-brasil*) para produzir tinta -, institui o *trabalho obrigatório* como método pedagógico para reconstruir o *homo oeconomicus*, com exclusão de *penas breves* (...).¹⁸

Com as *Rasphuis* verificava-se mais uma forma de se controlar a força de trabalho, por meio da privação de liberdade. Da mesma forma que as *workhouses* inglesas, as casas de correção holandesas valeram-se de mão-de-obra dos rotulados como vagabundos, mendigos e prostitutas para auxiliar na instituição do modo de produção capitalista¹⁹. Também foram criadas as denominadas “*Spinhis*, para mulheres, e em 1600 uma seção especial para jovens”²⁰.

Nesse ponto é necessário destacar que o Estado defendia declaradamente a função de correção das *workhouses*, tanto que a instituiu como política pública²¹, justificada na necessidade de conter o aumento de vagabundos e criminosos, por exemplo. Ocorre que, enquanto aprisionadas, deveriam trabalhar compulsoriamente, pois apenas assim poderiam ser corrigidos os considerados como vagabundos, mendigos, prostitutas, criminosos dentre outros²². Rusche e Kirchheimer ressaltavam que:

¹⁷ *Ibid.*, p. 36.

¹⁸ SANTOS, *op. cit.*, p. 494.

¹⁹ Importante traçar um paralelo entre as casas de correção e o modelo penitenciário de *Auburn* o qual era “baseado no *isolamento celular* durante a noite e no *trabalho comum* durante o dia, sob o *sistema do silêncio* (*silent system*). O *modelo auburniano* de penitenciária, conhecido como o *sistema penal americano*, introduz a exploração capitalista da força de trabalho encarcerada e organiza o trabalho na prisão igual ao trabalho na fábrica: a) durante o dia, o trabalho coletivo em máquinas na prisão, com a *lei do silêncio* para garantir a disciplina do trabalho em comum; b) durante a noite, confinamento celular. A dependência do sistema penitenciário em relação aos processos econômicos do mercado de trabalho determina novos parâmetros de execução penal, que orientam o *modelo de Auburn* menos para a correção pessoal e mais para o trabalho produtivo.” *Ibid.*, p. 497-498.

²⁰ BITENCOURT, *op. cit.*, p.445.

²¹ “A suposta finalidade da instituição, dirigida com mão de ferro, consistia na reforma dos delinquentes por meio do trabalho e da disciplina.” *Ibid.*, p.444. O autor citado afirma ainda que “O desenvolvimento e o auge das casas de trabalho terminam por estabelecer uma prova evidente sobre as íntimas relações que existem, ao menos em suas origens, entre a prisão e utilização da mão-de-obra do recluso, bem como a conexão com as suas condições de oferta e procura.” *Ibid.*, p.445.

²² Nesse ponto pode-se fazer uma comparação com a origem das medidas de segurança as quais operaram a exclusão de pessoas do meio social: “(...) quando fatos e leis criminais, expulsões e proibições de permanecer ou de habitar em lugar ou território determinado se repetem com insistência no tempo, em diferentes marcos ou

Nas atas do Conselho de Amsterdã de 15 de julho de 1589 lê-se: Uma vez que numerosos malfeitores, em sua maior parte pessoas jovens, são retirados das ruas desta cidade diariamente, e uma vez que a atitude dos cidadãos é tal que os júris hesitam em condenar pessoas jovens a penas corporais ou prisões perpétuas, os conselheiros indagam se não seria mais recomendável estabelecer uma casa e decretar que vagabundos, malfeitores, ladrões e outros possam ser recolhidos e obrigados a trabalhar para sua recuperação.²³

Vê-se que em Amsterdã, no século XVI, o governo se valeu do argumento de que havia um aumento no número de malfeitores e de que estes não estariam sendo condenados em virtude de sua idade. Com isso, visava, a partir da imposição do trabalho nas casas de correção, efetivar a política pública declarada na época de corrigir cidadãos. Ocorre que em virtude disso o governo holandês ultrapassou a esfera da mera correção. Com a instituição das casas de correção, privava-se a liberdade de pessoas que não possuíam empregos, consideradas vagabundas, prostitutas, e arrecadava-se mão-de-obra gratuita.

Nota-se que, apesar de ter sido declarada a função de correção das *workhouses*, não havia nem critérios, nem preocupação por parte do Estado em separar criminosos daqueles considerados vagabundos e mendigos. Tanto foi assim que

A essência da casa de correção era uma combinação de princípios das casas de assistência aos pobres (*poorhouse*), oficinas de trabalho (*workhouses*) e instituições penais. Seu objetivo principal era transformar a força de trabalho dos indesejáveis, tornando-a socialmente útil. Através do trabalho forçado dentro da instituição, os prisioneiros adquiririam hábitos industriais e, ao mesmo tempo, receberiam um treinamento profissional. Uma vez em liberdade, esperava-se, eles procurariam o mercado de trabalho voluntariamente. O segmento visado era constituído por mendigos aptos, vagabundos, desempregados, prostitutas e ladrões. Primeiramente, somente os que haviam cometido pequenos delitos eram admitidos; posteriormente, os flagelados, marginalizados e sentenciados com penas longas.²⁴

registros históricos, está claro que não são fruto do azar. (...) Porque ainda reconhecendo que o nascimento oficial e público das medidas de segurança se produz no final do século XIX, a linha dos postulados antropológicos e sociais do delito e das duvidosas propostas legislativas criminais, cujas idéias provocam a ruptura com o direito penal clássico que tinha se rendido por inteiro ao protagonismo e hegemonia das penas, o certo é que sem os indícios preventivos prévios, instalados no acervo universal penal que as tinham precedido e que constituíam todo um conjunto de conhecimentos acumulados, os quais estavam produzindo efeitos muito tempo antes, não tivesse sido possível sua irradiação ou eclosão jurídica e fazer parte do moderno direito criminal.” LEAL MEDINA, Julio. **La Historia de las Medidas de Seguridad:** de las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos. Navarra: Editorial Arazandi, 2006, p. 14, trad. nossa.

²³ RUSCHE, KIRCHHEIMER, *op. cit.*, p. 96.

²⁴ *Ibid.*, p. 69.

Portanto, mesmo havendo a defesa de que as casas de trabalho tinham como finalidade a correção, percebe-se, ante a falta de critérios para selecionar quem merecia correção, que a preocupação estatal era simplesmente aprisionar pessoas para explorar sua força de trabalho a fim de sustentar o mercantilismo²⁵. Dessa forma, a existência de tais casas contribuiu para a origem do capitalismo no século XIX.

Ainda pode-se inferir que o processo produtivo adotado pelas casas de correção tinha um baixo custo, possibilitando um alto lucro, já que “todo o sistema das casas de trabalho ou correção funcionava para garantir pequenos investimentos e altos lucros no processo de produção ali desenvolvido”²⁶. Desse modo, o fim correcional, ainda que declarado, não era o que se objetivava.

A partir dessa análise a respeito da exploração da força de trabalho na Europa, utilizando como exemplos a Inglaterra e Amsterdã, pode-se mencionar que as casas de correção, as quais podiam ser consideradas como prisões, tinham por função explorar pobres, desempregados e prostitutas. Nesse sentido:

(...) desde o início, o segredo da *workhouse* ou da *rasp-huis* reside na interpretação, em termos *ideais*, da concepção burguesa da vida e da sociedade, na preparação dos homens – em particular, os *pobres*, os *proletários* – a aceitar uma disciplina que os transforme em dóceis instrumentos da exploração.²⁷

Constata-se, desse modo, que o indivíduo era privado de sua liberdade por em tese ser vagabundo ou ter cometido algum delito, por ser pobre ou desempregado²⁸, sendo trancafiado em uma casa de correção para ter sua mão-de-obra explorada pelo Estado e classes dominantes. Serviram durante o século XVI ao XIX para sustentar o mercantilismo, culminando na origem do modo de produção

²⁵ Santos anota que “No mercantilismo do século XVII, a produção manufatureira, baseada em funções especializadas, encontra escassa força de trabalho, em geral dizimada por pestes, guerras e punições, o que determina alterações nas relações de mercado, com a elevação dos salários e do nível de vida dos trabalhadores: a política do sistema penal, para ajustar-se às mudanças estruturais, adota o trabalho forçado, extingue as penas corporais destruidoras da força de trabalho e introduz a prisão como principal modalidade punitiva.” SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006, p. 66.

²⁶ GUIMARÃES, *op. cit.*, 130-131.

²⁷ MELOSSI, PAVARINI, *op. cit.*, p. 55.

²⁸ Na legislação penal brasileira vigente, mais precisamente no Decreto-Lei nº 3688 de 03 de outubro de 1941 em seus artigos 59 (“Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação ilícita: pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses.”) e 60 (“Mendigar, por ociosidade ou cupidez: pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses.”), tipificam a vadiagem e mendicância.

capitalista. Essa breve análise do propósito estatal, no contexto apresentado, impede que se defenda a finalidade meramente corretiva das *workhouses*.

1.1.2 A Origem da Prisão Como Forma de Exercício do Poder Disciplinar

Diversamente do posicionamento acima exposto, Michel Foucault, ao tratar sobre o cárcere, afirmava ser este “menos recente do que se diz”²⁹. Lecionava que no final do século XVIII e início do XIX, a privação de liberdade foi caracterizada como uma forma de detenção³⁰, porém, seria um mecanismo já utilizado em outros lugares³¹. Segundo Foucault,

A forma-prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais. Ela se constitui fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo, e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza.³²

Desse modo, percebe-se que a origem da prisão, para Foucault, não estaria vinculada à modalidade de pena descrita na legislação penal e também desvinculada da noção de sustentação do modo de produção capitalista. Teria sua origem fora do âmbito judicial, como uma forma de se exercer disciplina sobre as pessoas. Essa disciplina e a vigilância exercida no cárcere destinava-se a docilizar corpos e almas. Assim,

A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência.

A partir disso, a prisão seria mais uma forma de se controlar pessoas, valendo-se de um poder disciplinar. Conforme Foucault,

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

²⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramalhete. 34 ed. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 195.

³⁰ No antiguidade à prisão era mecanismo processual ou garantia da execução da pena, em geral, de morte.

³¹ FOUCAULT, *op.cit.*, p. 195.

³² *Ibid.*, p. 195.

retirar e se apropriar ainda mais e melhor. Ele não amarra as forças para reduzi-las; procura ligá-las para multiplicá-las e utilizá-las num todo.³³

Com essa noção sobre poder disciplinar, nota-se a possibilidade de se controlar pessoas também na prisão, fazendo com que pratiquem ou deixem de praticar o que quem detém o poder almeja. Segundo Foucault, o exercício do poder disciplinar, nas prisões, se dá manifestamente. Conforme este autor:

Não será que, de modo geral, o sistema penal é a forma em que o poder como poder se mostra da maneira mais manifesta? Prender alguém, mantê-lo na prisão, privá-lo de alimentação, de aquecimento, impedi-lo de sair, de fazer amor etc., é a manifestação de poder mais delirante que se possa imaginar.³⁴

Nas prisões, portanto, o exercício do poder disciplinar seria explícito. A imposição da pena privativa de liberdade ao sujeito que cometeu um delito, a forma de execução dessa pena, denotam seu caráter repressivo para disciplinar corpos e almas. Foucault afirmava que sua,

hipótese é que a prisão esteve, desde sua origem, ligada a uma projeto de transformação dos indivíduos. Habitualmente se acredita que a prisão era uma espécie de depósito de criminosos, depósito cujos inconvenientes se teriam constatado por seu funcionamento, de tal forma que se teria dito ser necessário reformar as prisões, fazer delas um instrumento de transformação dos indivíduos. Isto não é verdade: os textos, os programas, as declarações de intenção estão aí para mostrar. Desde o começo a prisão devia ser um instrumento tão aperfeiçoado quando a escola, a caserna ou o hospital, e agir com precisão sobre os indivíduos. O fracasso foi imediato e registrado quase ao mesmo tempo que o próprio projeto.³⁵

Como se vê o ser humano seria controlado e transformado pelo poder disciplinar pela aplicação da pena privativa de liberdade. A partir dessa análise da origem da prisão, verifica-se que para Foucault não haveria associação entre o surgimento da prisão e a origem do modo de produção capitalista³⁶. A prisão seria mais uma forma de poder disciplinar sobre o ser humano.

³³ *Ibid.*, p. 143.

³⁴ FOUCAULT, Michel. Trad. Roberto Machado. 12ª Ed. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1996, p. 72-73.

³⁵ *Ibid.*, p. 131.

³⁶ Em sentido contrário, procurando associar a posição de Foucault e a concepção materialista SANTOS, Juarez Cirino dos. 3ª ed. **Direito Penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p.479.

1.2 A Prisão como Castigo (Retribuição)

Sobre a função atribuída à pena privativa de liberdade, como política pública estatal, pode ser mencionada a retribuição. À essa noção de privação de liberdade com fundamento na retribuição, é possível apresentar uma perspectiva religiosa. De acordo com essa perspectiva, implantou-se a prisão eclesiástica, por meio da qual os clérigos não obedientes eram recolhidos “em uma ala dos mosteiros para que, por meio de penitência e oração, se arrependessem do mal causado”³⁷.

Além dessa concepção sobre a retribuição, há também a perspectiva de que através da pena privativa de liberdade fosse retribuído ao autor de delito o mal que causou ao meio social. Com essa retribuição, almeja-se que, através da prisão, ao autor do delito seja retribuído o mal que causou no meio social, pretendendo-se, assim, alcançar a justiça³⁸. Há, ainda, a noção retributiva de que a partir da pena o condenado teria a possibilidade de expiar sua culpa³⁹.

Diante disso, serão tratadas algumas vertentes do retribucionismo. Fora isso, será apresentada uma crítica ao entendimento da prisão como castigo.

1.2.1 A Retribuição no Estado Absolutista e no Estado Liberal

Com o nascimento do Estado Absolutista, o soberano era tido como um representante de Deus na Terra, dotado de poderes considerados divinos. Influenciada por isso, a noção de privação de liberdade como castigo da época estabelecia que o fim da pena era a expiação do pecado, revestindo-se de um caráter religioso. Nesse sentido, lição de Busato e Montes Huapaya:

A pena, neste Estado, adquire conotações religiosas. Como na figura do rei recaía a representação do Estado e a representação da justiça divina sobre a terra, qualquer pessoa que se rebelasse contra o Estado ou contrariasse qualquer disposição legal atentava contra a figura do soberano e contra o

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.445.

³⁸ CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho Penal Español: parte general, I introducción**. Madrid: Editorial Tecnos, 1997, p 20.

³⁹ Conforme Stratenwerth “o ponto de partida material e histórico da compreensão da pena está na idéia de retribuição: a consideração de que o ato cometido pelo autor deve ser expiado mediante a imposição de um mal correspondente a ele.” STRATENWERTH, Günther. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. **Derecho Penal: parte general, el hecho punible**. Navarra: Editorial Arazandi, 2005, p. 25, trad. nossa. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 205 e 206.

próprio Deus. A pena, neste contexto, *expiava* o pecado cometido pelo indivíduo.⁴⁰

Esse entendimento de pena como castigo ao pecado cometido vigorava no Estado Absoluto, mas com o surgimento do Estado Liberal o sentido de Estado, indivíduo e sociedade⁴¹ foram modificados. Conseqüentemente, foi influenciada a concepção sobre a pena como retribuição. Com a noção da existência de um contrato social, diferentemente do Estado Absolutista, passou a competir à Assembléia Geral a formulação das leis, e logo a necessidade de que a pena também fosse subordinada à lei⁴².

Com isso, a pena privativa de liberdade passou a ser considerada como retribuição àquele que desequilibrasse a ordem jurídica aprovada pelos homens e consagrada nas leis. Conforme Busato e Montes Huapaya:

A Assembléia Geral substituiu o soberano na formulação das leis, e a pena passou a ser considerada como *retribuição* pela perturbação da ordem jurídica adotada pelos homens e consagrada nas leis. O Direito natural divino cede passagem ao Direito natural racional. À expiação sucede a retribuição, à razão divina sucede a razão de Estado, e à lei divina, a lei dos homens, expressa na Assembléia Geral.⁴³

Assim, a pena privativa de liberdade passou a ser instituída, mediante lei, como política pública estatal. Em razão disso, supera-se a concepção

⁴⁰ BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro. **Introdução ao Direito Penal**: fundamentos para um sistema penal democrático. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 179. Nesse sentido BITENCOURT, *op. cit.*, p. 82; *Id.* **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 100.

⁴¹ BUSATO, MONTES HUAPAYA, *op. cit.*, p. 179.

⁴² Segundo Rousseau: “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral, e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte do todo. Imediatamente, esse ato de associação produz, em lugar da pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os votos da assembléia, e que, por esse mesmo ato, ganha sua unidade, seu *eu* comum, sua vida e sua vontade. Essa pessoa pública, que se forma, desse modo, pela união de todas as outras, tomava antigamente o nome de *cidade* e, hoje, o de *república* ou de *corpo político*, o qual é chamado por seus membros de *Estado* quando passivo, *soberano* quando ativo, e *potência* quando comparado a seus semelhantes. Quanto aos associados, recebem eles, coletivamente, o nome de *povo* e se chamam, em particular, *cidadãos*, enquanto partícipes de autoridade soberana, e *súditos* enquanto submetidos às leis do Estado.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. Trad. de Lourdes Santos Machado. **Do Contrato Social**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 71. Ainda Locke afirmava: “O único modo legítimo pelo qual alguém abre mão de sua liberdade natural e assume os laços da sociedade civil consiste no acordo com outras pessoas para se juntar e unir-se em comunidade, para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, com a garantia de gozar de suas posses, e de maior proteção contra quem não faça parte dela. Qualquer número de homens pode fazê-lo, porque não prejudica a liberdade dos demais, que ficam como estavam, livres no estado de natureza. Quando certo número de homens acordou assim em constituir uma comunidade com governo, ficam, de fato, fazendo parte dela e formando um corpo político, no qual a maioria tem a prerrogativa de agir e resolver por todos.” LOCKE, John. Trad. Alex Marins. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 76. Vide também BITENCOURT, *op. cit.*, p. 101.

⁴³ BUSATO, MONTES HUAPAYA, *op. cit.*, p. 179.

de que o sujeito ativo de delito era um pecador, de que a pena serviria como forma para alcançar a redenção. Essa noção é substituída pela razão humana, bem como pelas diretrizes do contrato social, decorrências do Estado Liberal.

Dentro dessa abordagem, convém citar alguns aspectos das teorias retributivas em Kant e Hegel, assim como em Mezger e Welzel, talvez os principais autores na filosofia e no Direito Penal a defenderem concepções desta natureza.

1.2.2 Posicionamentos sobre o retribucionismo

Dentre as várias vertentes do retribucionismo, há a proposta por Immanuel Kant. Esse autor abordava a pena como retribuição em uma perspectiva subjetiva. Considera-se subjetiva porque analisada a partir daquele que comete o delito, e não necessariamente daquele que aplica a pena⁴⁴.

Kant tratava a lei penal como um imperativo categórico⁴⁵. Assim, se alguém cometesse determinado ato transformaria isso em uma lei geral, o que ensejaria a possibilidade de se praticar ato idêntico contra si próprio. Dessa forma, deveria existir proporcionalidade entre o delito praticado por determinada pessoa e a pena, sendo, ainda, esta da mesma natureza daquele.

Diante disso, “a pena deveria ser igual ao delito (*ius talionis*) para ser justa. O delinqüente merece o mesmo mal que causou. O talião representa a idéia de retribuição circunscrita ao mesmo mal que tenha causado.”⁴⁶ Portanto, através da aplicação da pena da mesma natureza do delito praticado é que se poderia recuperar a justiça.

Outro posicionamento sobre o retribucionismo pode ser encontrado em Georg Wilhelm Friedrich Hegel. O mencionado autor partia de uma concepção objetiva sobre o retribucionismo, já que analisava a pena sob o aspecto de quem pode aplicá-la: o Estado⁴⁷.

Para Hegel, a pena deveria corresponder ao valor simbólico do delito⁴⁸. Nesse ponto difere de Kant, pois este entendia que a pena a ser aplicada

⁴⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Retribución y Prevención General**: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal. Montevideo/Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2007, p. 65, trad. nossa.

⁴⁵ KANT, Immanuel. Trad. Leopoldo Holzbach. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 47.

⁴⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 72, trad. nossa.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 65, trad. nossa.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 103, trad. nossa.

deveria ser da mesma natureza do ato praticado pelo condenado, a fim de obter o mesmo resultado alcançado por este último. Assim, para Hegel

O valor como equivalência interna das coisas que na sua existência exterior são especificamente muito diferentes é uma noção que aparece já nos contratos (...), bem como a ação civil contra o crime (§ 95º), e por ela a representação transita da característica imediata da coisa para o universal. No crime em que o caráter indefinido da ação constitui uma determinação fundamental, as determinações específicas exteriores são mais apagadas e a igualdade já apenas pode ser regra para a essência do que o criminoso merece mas não para a forma exterior desta pena. Só do ponto de vista desta última é que a punição do roubo ou do assassinio a pena pecuniária ou a de prisão são desiguais pois, quanto ao valor, à propriedade comum de constituírem danos, são comparáveis. É então que, como vimos, cumpre à inteligência procurar a aproximação da igualdade de valor. Se não se conceber a virtual conexão interior do crime e do ato que o suprime e não se aperceber, por conseguinte, a idéia do valor e da comparabilidade segundo o valor, acaba-se por apenas se ver, na pena propriamente dita, a ligação arbitrária de um mal com uma ação proibida.⁴⁹

A partir do posicionamento de Hegel, percebe-se que esse filósofo não considerava a lei de Talião para a aplicação da pena. Entendia que a pena não teria a mesma natureza do delito praticado. Dessa forma, “deve existir uma equivalência valorativa entre delito e pena de acordo com os interesses e fins de uma determinada organização social.”⁵⁰

Além dos posicionamentos dos filósofos Kant e Hegel, encontra-se produções teóricas sobre o retribucionismo, já no século XX, entre os juristas. Dentre estes, pode-se citar Edmund Mezger e Hans Welzel. Para o primeiro, a pena também tinha como finalidade a retribuição/castigo, pois “sem uma justa retribuição do mal que tenha sido cometido em uma comunidade ordenada, a própria comunidade e seu ordenamento jurídico se desmoronam.”⁵¹

Mezger afirmava que, com a retribuição ao ato cometido pelo indivíduo é que se poderia valorar a pena em relação àquele, sendo isso uma questão de justiça. Assim “(...) o fim da retribuição, a justa valoração da pena em relação com o fato culpável cometido pelo autor, é uma questão de ‘justiça’ e por isso não admite nem uma resposta ‘relativa’.”⁵²

Explicava ainda que:

⁴⁹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Trad. Orlando Vitorino. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 92.

⁵⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 105, trad. nossa.

⁵¹ MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**: parte general. Trad. Ricardo C. Nuñez. México: Cardenas Editor, 2ª ed., 1990, p. 379, trad. nossa.

⁵² *Ibid.*, p. 380, trad. nossa.

O Estado tem liberdade para decidir se e até que ponto quer recorrer à pena em sentido jurídico como meio de luta contra o delito e até que ponto quer complementá-la com simples medidas de segurança e correção (...). Mas, no que se refere à pena em sentido estrito, esta pode ser somente uma RETRIBUIÇÃO JUSTA. Tal exigência rege 'absolutamente' e a ela devem submeter-se 'de direito' todas as demais exigências. 'A pena não deve deixar de ser uma expiação justa; do contrário, não seria fiel à sua essência verdadeira e não seria idônea para a realização de suas funções.'⁵³

Nota-se que para Mezger a pena justificava-se pela retribuição, sendo somente a partir dessa concepção é que se poderia dar uma resposta justa ao indivíduo que cometeu um delito. Verifica-se, portanto, como decorrência da pena ser uma retribuição justa, a necessidade de se primar pela proporcionalidade.

Em Welzel, também é possível evidenciar a prisão como castigo, sendo que este autor limitava tal castigo com base na culpabilidade do autor do delito. Para esse jurista:

(...) resulta correto que o delinqüente sofra de acordo com o grau de sua culpabilidade. Deste sentido da pena se seguem tanto a justificação como medida do mal da pena: a pena se justifica como retribuição adequada à medida de culpabilidade. (...) A retribuição justa da infração culpável do direito apresenta ante aos olhos de todos o desvalor de ação e reforça com isso o juízo ético-social; estabelece a harmonia entre o merecimento de pena (...) e possibilita finalmente ao autor a tomar sobre si a pena como justa expiação de sua culpa.⁵⁴

Assim, para Welzel a pena tinha por finalidade a retribuição. Sendo a pena graduada segundo a culpabilidade do agente, reforçando, enfim, o prevalecimento dos valores ético-sociais⁵⁵.

A despeito dos posicionamentos apresentados a respeito da prisão como castigo, não se pode negar que esta trouxe a noção de proporcionalidade, ou seja, as penas deveriam ser aplicadas conforme o mal cometido. Apesar de

⁵³ *Ibid.*, p. 380, trad. nossa.

⁵⁴ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 326 e 327, trad. nossa.

⁵⁵ Feijoo Sánchez cita em seu livro *Retribución y Prevención General: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal* que a concepção de Welzel sobre a função ético-social do Direito Penal como instrumento para conformar e assegurar um determinado sentimento ético-social conforme é vinculada às teorias da prevenção geral positiva. Anota o jurista: "De fato se considera Welzel, mediante essa perspectiva básica de sua teoria, um precursor da teoria da prevenção geral positiva, quando ele sempre manteve uma teoria retributiva da pena que tentou enriquecer com novas perspectivas. Talvez isso tenha sido assim na medida em que, para este autor, a retribuição (a estigmatização e o castigo do abandono dos valores básicos da atitude jurídica por parte do sujeito) tinha como consequência o fortalecimento da atitude permanente de fidelidade ao Direito por parte dos cidadãos." FEIJOO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 270-271-272, trad. nossa.

contribuir com a noção de proporcionalidade, nota-se que a prisão como castigo, deixa de cumprir qualquer função.

1.2.3 Crítica à Prisão como Castigo

Após ser apresentado alguns posicionamentos favoráveis à pena de prisão utilizada por Estados como forma de castigo, torna-se importante destacar uma das críticas feitas a este entendimento. Tal crítica centra-se no fato de que a simples aplicação da pena privativa de liberdade para retribuir o mal cometido pelo indivíduo no meio social não é capaz de cumprir qualquer finalidade. Nesse sentido, Figueiredo Dias:

Como teoria dos **finis da pena**, porém, a doutrina da retribuição deve ser **recusada**. Logo porque ela não é (verdadeiramente não quer ser, nem pode ser) uma teoria dos *finis* da pena. Ela visa justamente o contrário, isto é, a consideração da pena como **entidade independente de fins** (...).⁵⁶

E ainda:

Uma pena retributiva esgota o seu sentido no *mal* que se faz sofrer ao delinquente como compensação ou expiação do mal do crime; nesta medida é uma doutrina puramente **social-negativa**, que quer acabar por se revelar não só estranha a, mas no fundo inimiga de qualquer tentativa de *socialização* do delinquente e de *restauração da paz jurídica* da comunidade afectada pelo crime; inimiga, em suma, de qualquer *actuação preventiva* e, assim, da pretensão de controle e domínio do fenómeno da criminalidade.⁵⁷

Vê-se, portanto, que o Estado, ao adotar como política pública a pena privativa de liberdade como mera retribuição, não visa o cumprimento de qualquer finalidade⁵⁸. Espera-se mais que prisão como castigo em Estados Democráticos de Direito⁵⁹. Nestes a política pública instituída para punir aqueles que cometem um delito não pode estar focada em castigos. Assim,

⁵⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral, tomo I, questões fundamentais a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 45.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 46-47.

⁵⁸ ROXIN, Claus. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. **Derecho Penal**: parte general, tomo I, fundamentos, la estructura de la teoria Del delito. Madrid: Civitas, 2000, p. 81-82; STRATENWERTH, *op. cit.*, p. 25.

⁵⁹ O conceito de Estado Democrático de Direito adotado no presente trabalho é o proposto por Jürgen Habermas, o qual será abordado no Capítulo 2, item 2.3.1.

(...) a teorização política e jusfilosófica do papel da pena tem superado historicamente a teoria retribucionista. A crise do Estado liberal, e portanto das relações complementares e pacíficas entre o Estado e a Sociedade civil, a crise da idéia de ordem social perfeita e não contraditória a ser defendida mediante a reinstauração da ordem jurídica por meio da pena, são razões mais que suficientes para o abandono do puro **retribucionismo**, por constituir uma **filosofia da pena em desacordo com a realidade histórica presente**; isto é, com a complexa malha de relações entre o Estado e Sociedade civil e com o fenômeno da criminalidade neste contexto.⁶⁰

Atualmente, não é permitido privar uma pessoa de sua liberdade tão-somente como forma de castigá-la pelo delito que cometeu, privando-a da sua rede de possibilidades de comunicação. Destaca-se, também, que a pena privativa de liberdade como política pública que não visa cumprir finalidade alguma, conseqüentemente não se preocupa com o meio social. Dessa forma:

A teoria retributiva não encontra o sentido da pena na persecução de nem um fim socialmente útil, mas sim que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria ‘absoluta’, porque para ela o fim da pena é independente, ‘desvinculado’ de seu efeito social.⁶¹

Com isso, não seria permitido a Estados Democráticos de Direito a admissão de políticas públicas que primem por castigos a serem aplicados a seus cidadãos. Desse modo

A pena deve legitimar-se levando em consideração sua eficácia ou utilidade prática. Para retribuir um delito com uma pena é preciso justificar socialmente por quê ou para quê se retribui. As teorias absolutas adoecem de um grave defeito político-criminal desde uma perspectiva moderna: não permitem chegar a conclusão de que uma pena inútil é uma pena injusta, nem que somente é preciso manter as penas enquanto tenham alguma utilidade social (somente a pena útil é uma pena legítima).⁶²

Diante disso, deve-se primar pela redução dos castigos, tendo em vista que não se consegue justificar os motivos da aplicação da pena pela teoria retributiva. Seria através de políticas públicas – e não simples “políticas penais”⁶³ – possível reduzir o fosso de desigualdades sociais.

⁶⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel. **Curso de Derecho Penal**: parte general. Barcelona: Cedecs Editorial, 1997, p. 78, trad. nossa.

⁶¹ ROXIN, *op. cit.*, p. 81-82, trad. nossa.

⁶² FEIJOO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 78, trad. nossa.

⁶³ Conforme Juarez Cirino dos Santos “No Brasil e, de modo geral, nos países periféricos, a *política criminal* do Estado exclui políticas públicas de emprego, salário, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares, como programas oficiais capazes de alterar ou de reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações

1.3 A Prisão como Controle através da Ameaça (Prevenção Geral Negativa)

Fora o entendimento de prisão como castigo, a pena privativa de liberdade instituída como política pública pode ter a função de prevenção geral. Com a adoção de uma política pública baseada na prevenção geral, pretende-se intimidar ou ameaçar indivíduos⁶⁴ valendo-se da determinação legal de penas. Um dos grandes precursores da prevenção geral foi Paul Johann Anselm von Feuerbach⁶⁵. Este, influenciado pelos ideais do Estado Liberal⁶⁶, desenvolveu a teoria da coação psicológica. Conforme essa teoria, não bastaria aplicar a pena a pretexto de castigar o indivíduo, seria necessário coagi-lo psicologicamente através da pena. Em razão disso, afirmava que o Estado deveria se antecipar à prática delitiva⁶⁷.

Dessa forma, pretendia-se através de disposições legais, nas quais estaria determinado o *quantum* de pena a ser aplicada aos indivíduos, ser a privação de liberdade capaz de intimidar quem pretendesse cometer algum delito. Feuerbach justificava tal teoria afirmando que as lesões jurídicas não se coadunavam com o objetivo do Estado de que nem um indivíduo viesse a praticar delitos, por isso, teria aquele o direito e o dever de criar institutos para coibir tal prática⁶⁸.

A partir da aceitação da pena privativa de liberdade como forma de ameaçar os cidadãos, nota-se a pretensão de atribuir alguma função àquela espécie

estruturais do crime e da criminalidade; por isso, o que deveria ser a *política criminal* do Estado existe, de fato, como simples *política penal* instituída pelo Código Penal e leis complementares (...).” SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 451.

⁶⁴ Segundo Elias: “Atualmente a função primordial do termo ‘indivíduo’ consiste em expressar a idéia de que todo ser humano do mundo é ou deve ser uma entidade autônoma e, ao mesmo tempo, de que cada ser humano é, em certos aspectos, diferente de todos os demais, e talvez deva sê-lo.” ELIAS, Norbert. Trad. Vera Ribeiro. **A Sociedade dos Indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994, p. 130.

⁶⁵ Convém destacar que a noção de prevenção geral surge antes da teoria formulada por Feuerbach. Afirmam Quintero Olivares, Morales Prats e Prats Canut: “(...) As doutrinas da prevenção geral gozaram de grande aceitação no século passado, mas a idéia pode encontrar-se muito antes no pensamento de PROTÁGORAS, ARISTÓTELES, GROCIO e HOBBS.” QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS, PRATS CANUT, *op. cit.*, p. 79, trad. nossa.

⁶⁶ Segundo Feijoo Sánchez “(...) Feuerbach pretende liberar as bases do Direito Penal de referências éticas e vinculá-las aos fins do Estado Liberal.” FEIJOO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 132, trad. nossa.

⁶⁷ “(...) deverá existir outra coação junto à física, que se antecipe à consumação da lesão jurídica e que, proveniente do Estado, seja eficaz em cada caso particular, sem que requeira o prévio conhecimento da lesão. Uma natureza dessa ordem somente pode ser de índole psicológica.” FEUERBACH, *op. cit.*, p. 60, trad. nossa.

⁶⁸ “Toda forma de lesão jurídica contradiz o objetivo do Estado, ou seja, que no Estado não tenha nem uma lesão jurídica. Por isso, o Estado tem o direito e o dever de encontrar institutos, mediante os quais se impeça a ocorrência de lesões jurídicas.” *Ibid.*, p. 58-59, trad. nossa.

de pena⁶⁹. Com isso, diferentemente da privação de liberdade como forma de castigo, a prevenção geral tem um caráter utilitário⁷⁰.

1.3.1 Críticas à Prisão como Ameaça

Apesar de atribuir a função de intimidação à pena privativa de liberdade, a teoria da prevenção geral não ficou imune a críticas. Embora sejam várias, aqui serão abordadas apenas duas delas consideradas principais⁷¹. A primeira é decorrência de problemas com o princípio da proporcionalidade das penas e a segunda diz respeito à atemorização permanente contra os cidadãos.

1.3.1.1 Ofensa à proporcionalidade

Em relação à ofensa ao princípio de proporcionalidade⁷², ressalta-se que tal é consequência de se adotar a prisão simplesmente como instrumento ameaçador, levando em consideração muito mais os impulsos que conduziram o agente a praticar o delito, do que propriamente o ato praticado.⁷³ Desse modo,

(...) fatos de grande lesividade social e muito perturbadores, mas que acarretaram escassas vantagens ao delinqüente, deveriam ter uma pena pequena, enquanto outros fatos de baixa lesividade e capacidade de perturbação, mas com os quais o delinqüente poderia conseguir uma grande satisfação, deveriam ter uma pena mais elevada.⁷⁴

Com isso, conclui-se pela infringência do princípio de proporcionalidade, pois pela prevenção geral negativa os impulsos que levam o agente a delinquir devem ter penas mais elevadas em relação aos atos efetivamente

⁶⁹ “A fundamentação do Estado e do Direito liberais no contrato social, concebido como pacto que os homens subscrevem por razões de *utilidade*, conduzia a designar a pena á função utilitária de proteção da sociedade através da prevenção dos delitos, cuja essência se via, em princípio, em constituir um ‘dano social’.” MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Buenos Aires/Montevideo: Julio César Faira Editor, 2006, p. 101, trad. nossa. Vide CEREZO MIR, *op. cit.*, p. 21-22.

⁷⁰ Como precursores do utilitarismo desta tendência BECCARIA, Cesare. Trad. Torrieri Guimarães. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007, p.49; BENTHAM, Jeremy. Trad. Guacira Lopes Louro (Perrot), M. D. Magno (Miller), Tomaz Tadeu da Silva (Bentham e Werret). Org. Tomaz Tadeu da Silva. **O Panóptico**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000, p. 29-30.

⁷¹ FEIJOO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 146 e ss.; BUSATO, MONTES HUAPAYA, *op. cit.*, p. 188.

⁷² Segundo Roxin “a idéia de intimidação tende a penas desproporcionalmente duras, que vão além da medida da culpabilidade, e em seu exagero tropeça em dúvidas constitucionais (...).” ROXIN, Claus. Trad. Manuel Abanto Vázquez. **La Teoría Del Delito: en la discusión actual**. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007, p. 80, trad. nossa. Vide também QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS, PRATS CANUT, *op. cit.*, p. 79.

⁷³ FEIJOO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 142, trad. nossa.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 142, trad. nossa.

praticados. Diante disso, um Estado Democrático de Direito não pode admitir tal desproporcionalidade⁷⁵. Por óbvio, quando se está diante de um delito praticado, deve-se analisar a repercussão de sua prática, a sua gravidade e não se ater, somente, a impulsos. Considerar que o impulso do agente não lhe rendeu frutos⁷⁶ e que, por isso, merece uma pena menor, não seria o objetivo do mencionado Estado.

1.3.1.2 Conversão da pena em instrumento de terror

Outra crítica elaborada contra à prevenção geral seria que a partir da adoção de tal função da pena privativa de liberdade por um Estado, este admite que seus cidadãos sejam atemorizados permanentemente⁷⁷. Esse temor decorre da admissão de que ao se cominar penas privativas de liberdade em códigos ou legislação penal extravagante, estar-se-ia ameaçando todos os indivíduos⁷⁸, até mesmo aqueles que jamais viessem a delinquir⁷⁹.

Ao se permitir tal atemorização, nega-se o princípio da dignidade da pessoa humana⁸⁰. Graças a esse princípio protege-se, ou ao menos se pretende

⁷⁵ “Como toda arma perigosa, a pena preventiva deve submeter-se a um controle rigoroso. Um Estado democrático tem de evitar que se converta em um fim em si mesmo ou ao serviço de interesses não convenientes para a maioria dos cidadãos, ou que desconheça os limites que deve respeitar frente à minoria e todo indivíduo.” MIR PUIG, *op. cit.*, p. 104, trad. nossa.

⁷⁶ Conforme Hassemer e Muñoz Conde: “A teoria da *prevenção geral*, como *teoria da coação psicológica*, é filha do espírito da Ilustração, entendendo que a pessoa atua racionalmente, ponderando os custos e benefícios de suas ações. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 347, trad. nossa. Vide SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Trad. de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. **Eficiência e Direito Penal**. Coleção Estudos de Direito Penal. Barueri: Manole, 2004, p. 26-27.

⁷⁷ Roxin afirma que a prevenção geral “ao querer prevenir o delito mediante as normas penais constitui, fundamentalmente, uma teoria da ameaça penal.” ROXIN, Claus. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García conlledo, Javier de Vicente Remesal. **Derecho Penal: parte general**, tomo I, fundamentos, la estructura de la teoría Del delito. Madrid: Civitas, 2000, p. 90, trad. nossa. Nesse sentido também QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS, PRATS CANUT, *op. cit.*, p. 79; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 459.

⁷⁸ Roxin afirma que “Certamente existe hoje unanimidade acerca de que somente uma parte das pessoas com tendência à criminalidade cometem o fato com tanto cálculo que lhes possa afetar uma ‘intimidação’ e nessas pessoas tão pouco funciona a intimidação pela magnitude da pena com que se ameaça, mas sim a dimensão do risco de ser apanhados. Político-socialmente deve-se tirar disso a conclusão de que não é a agravação das ameaças penais, como se exige uma ou outra vez pelo caráter público, mas sim uma intensificação da persecução penal (p. ex. reforço e melhor treinamento da polícia) pode ter êxito em relação à prevenção geral.” ROXIN, *op. cit.*, p. 91, trad. nossa.

⁷⁹ “Desde o ponto de vista empírico, está mais que demonstrado que as reformas penais que continuamente se produzem nas cominações penais aplicáveis às formas mais graves de criminalidade (terrorismo, narcotráfico em grande escala), aumentando a gravidade das penas, não produzem o esperado efeito intimidatório naqueles que intervêm nestes fatos.” HASSEMER, MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 347-348, trad. nossa.

⁸⁰ Segundo Sarlet: “não há como negar que uma definição clara do que seja efetivamente esta dignidade não parece ser possível, uma vez que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos. Mesmo assim, não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar as situações em que é espezinhada e agredida. (...) Constitui uma categoria axiológica aberta, sendo inadequado conceituá-lo de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza

proteger, os cidadãos, assegurando-lhes garantias mínimas de liberdade e segurança, por exemplo.

Infelizmente, corriqueiramente, para ter a sensação de segurança, os legisladores lançam mão do Direito Penal⁸¹. Com a publicação de mais normas penais, seja ao tipificar novas condutas ou ao aumentar penas, pretendem conter a criminalidade. A partir disso, é perceptível a ameaça proveniente de tais normas.

1.4 A Prisão como Remédio (prevenção especial – ressocialização)

Além de instituir como política pública a privação de liberdade com propósitos retributivos ou ameaçadores, é possível utilizá-la como remédio a fim de obter a ressocialização⁸² do condenado, ou seja, a prevenção especial⁸³. Através da ressocialização, pretende-se que o condenado não cometa mais delitos. Também como pretensão da prevenção especial não se pode deixar de mencionar a hipótese de condenados incorrigíveis, que por essa vertente deveriam ser inocuizados. É consequência desse posicionamento considerar o indivíduo “(...) como um foco de perigo para bens jurídicos, os quais o Direito deve proteger.”⁸⁴

Franz von Liszt foi o defensor mais destacado da prevenção especial. Esse autor, influenciado pelo positivismo, afirmava em seu Programa de Marburgo de 1882 que delinquentes capazes mereciam correção, delinquentes ocasionais deveriam ser intimidados e os incorrigíveis inocuizados⁸⁵.

com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 117.

⁸¹ “Afinadas com a postura de ‘reagir com o Direito Penal’ contra a espiral crescente da criminalidade, as instâncias legislativas têm respondido com uma profusão de normas recrudescentes, que não guardam nenhuma preocupação com a preservação de garantias.” BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo, quem é você?, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 66, p. 315-371, maio-junho, 2007.

⁸² No presente trabalho não serão feitas distinções entre os termos ressocialização, reeducação e reabilitação.

⁸³ Ressalte-se que Santos faz diferenciação entre prevenção especial negativa e prevenção especial positiva. A “prevenção especial *negativa* de segurança social através da *neutralização* (ou da *inocuidade*) do criminoso, consiste na incapacitação do preso para praticar novos crimes contra a coletividade (...); por outro lado, a prevenção especial *positiva* de *correção* (ou de *ressocialização*, ou de *reeducação* etc.)”. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 457. Nesse sentido também CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de Política Criminal: orientado para a vítima de crime**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2008, p. 180.

⁸⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 167, trad. nossa.

⁸⁵ É possível, nesse ponto, mencionar a associação desta tendência à criminologia biologicista e ao positivismo científico, já que as “teorias baseadas sobre as características biológicas e psicológicas” diferenciavam “os sujeitos ‘criminosos’ dos indivíduos ‘normais’”. A criminologia biologicista (positivista) enfrentava a criminalidade e a resposta penal como se fosse “possível individualizar os ‘sinais’ antropológicos da criminalidade e de observar os indivíduos assim ‘assinalados’ em zonas rigidamente circunscritas dentro do âmbito do universo social (as instituições totais, ou seja, o cárcere e o manicômio judiciário). A este fato novo

Com a prevenção especial, almeja-se fazer prevalecer o entendimento de que o indivíduo, pelo delito que cometeu, seja submetido a tratamento. Dessa forma,

A idéia central da prevenção especial gravita sobre a convicção de que o sujeito delinqüente é um ser irremediavelmente arrastado ao delito por **causas biológicas e culturais – determinismo** total, frente ao indeterminismo dos clássicos – e por isso, não tem nada a ver com os cidadãos normais. A pena, conseqüentemente, não tem porque ser considerada como um problema para a população em geral, mas sim como questão que afeta unicamente o delinqüente, cuja personalidade não guarda relação com a do resto. O que a sociedade deve considerar é o modo de tratar o delinqüente, antes de mais nada para proteger-se e, em segundo lugar, para **reeducá-lo e reinseri-lo**, uma vez curado, se isso é possível, na sociedade, e se não o for, é inocuizado indefinidamente.⁸⁶

Diante disso, o condenado seria considerado como um indivíduo anormal no meio social. Conseqüentemente, acaba sendo tratado como se doente fosse, necessitando ser remediado com pena privativa de liberdade, de acordo com a prevenção especial. Finalmente, se os destinatários da prevenção especial são cidadãos que já delinqüiram, conclui-se pela existência de um direcionamento mais restrito em relação ao proporcionado pela prevenção geral.

1.4.1 Crítica à Prisão como Remédio

Dentre as críticas feitas à prisão como remédio, pode-se fazer referência à ofensa das garantias individuais⁸⁷ ao se adotar a prevenção especial como política pública, bem como a desproporção que pode existir entre o *quantum* de pena aplicada e a gravidade do fato cometido pelo agente.

na história da ciência pode-se associar o início de uma nova disciplina científica. Por isso, tende-se a ver nas escolas positivistas o começo da criminologia como uma nova disciplina, isto é, um universo de discurso autônomo. Este tem por objeto não propriamente o delito, considerado como conceito jurídico, mas o homem delinqüente, considerado como um indivíduo *diferente* e, como tal, clinicamente observável.” BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: ICC, 2002, p. 29.

⁸⁶ QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS, PRATS CANUT, *op. cit.*, p. 80, trad. nossa.

⁸⁷ Conforme Feijoo Sánchez: “Uma pena baseada coerentemente em critérios preventivo-especiais tem que infringir certas exigências de um Direito garantista, colocando em sério perigo os direitos e as garantias institucionais individuais.” FEIJOO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 196, trad. nossa.

1.4.1.1 Ofensa às garantias individuais

No que diz respeito à ofensa de garantias individuais, é importante destacar que o tratamento aplicado ao condenado, em decorrência da adoção da função da pena proposta pela prevenção especial, “(...) constitui uma grave intervenção na vida do recluso, sem oferecer grandes resultados.”⁸⁸

A interferência feita na vida do indivíduo submetido à prisão para que seja ressocializado, significa mais que privação da liberdade de ir e vir, mas também da liberdade de escolha. Vários condenados são submetidos ao mesmo processo de ressocialização, não levando em consideração as diferenças existentes entre os seres humanos⁸⁹.

Outro ponto a ser destacado é que mesmo interferindo na dignidade e liberdade do indivíduo, a fim de ressocializá-lo, existem dúvidas quanto a efetividade da prisão como remédio. Afirmar-se isso porque ao retornar ao meio social o ex-condenado pode vir a reincidir. Isso a teoria da prevenção especial não responde. Nesse sentido:

Mas o que realmente a teoria da prevenção especial deixa de responder é a questão de se oferece soluções realmente idôneas ou de se coopera produtivamente na contínua volta da criminalidade, aumentando as cifras de reincidência, ao não poder levar a cabo satisfatoriamente a tarefa de reinserção social, a qual é seu objetivo.⁹⁰

Dessa forma, a prisão como remédio viola dignidade e liberdade do indivíduo, mas não garante sua melhora. A política pública estatal que tem como objetivo a prevenção especial, vale-se de um remédio extremamente agressivo (pena privativa de liberdade) não ressocializando uma parcela das pessoas que passam pelo cárcere. Assim, difícil crer ser a prisão o melhor remédio.

⁸⁸ HASSEMER, MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 346, trad. nossa.

⁸⁹ Segundo Santos “programas de ressocialização devem respeitar a autonomia do preso e, por isso, deveriam ser limitados a casos individuais *voluntários*, de ajuda à disposição de *auto-ajuda* do encarcerado: afinal, o condenado ao pode ser compelido ao tratamento penitenciário, o Estado não tem o direito de *melhorar pessoas* segundo critérios morais próprios e, enfim, prender pessoas fundado na necessidade de melhoria terapêutica é injustificável.” SANTOS, *op. cit.*, p. 458.

⁹⁰ HASSEMER, MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 347, trad. nossa.

1.4.2.2 Desproporção entre *quantum* de pena e gravidade do ato praticado

Como crítica à função da pena privativa de liberdade como prevenção especial, também pode-se mencionar a falta de proporcionalidade que pode existir entre a pena merecida pelo agente pelo ato que praticou e a efetivamente aplicada para fins de tratamento. Tal crítica se justifica em razão de existirem pessoas que cometeram delitos não tão graves, mas que seriam consideradas perigosas ou ainda, indivíduos que cometeram delitos graves, mas que não possuem alto grau de periculosidade.

Em decorrência disso, surge grande entrave, porque dificilmente um juiz ou perito conseguirá determinar precisamente o grau de periculosidade do agente. Graças a essa imprecisão, ofende-se as garantias individuais de condenados, pois não haveria proporcionalidade entre a pena e o ato cometido, nem ao menos proporção entre pena e periculosidade do autor como pretende a prevenção especial. Com isso, pode existir uma super dosagem do remédio pena privativa de liberdade a quem nem necessita e uma dose escassa aos que fossem altamente perigosos.

Essa imprecisão, portanto, pode fazer com que o indivíduo considerado perigoso perca boa parte do seu tempo de vida dentro de uma prisão. Permanecendo encarcerado graças à indeterminação de seu caráter perigoso ao meio social.

1.5 A Prisão como Fator de Estabilização Social (prevenção geral positiva)

Diante das críticas elaboradas às teorias retributiva e preventiva da pena privativa de liberdade, há uma tentativa de se aprimorar a teoria da prevenção geral⁹¹. Essa função preventiva passa a ser denominada de prevenção geral positiva, sobre a qual pode ser apresentada duas correntes de viés funcionalista: pena como reação à ofensa cometida contra a norma, para manter a estabilização desta; e a outra vertente fundada na produção de três efeitos (de aprendizagem, confiança no Direito e pacificação social).

Como um dos defensores mais expressivos da primeira vertente da prevenção geral positiva pode-se citar Günther Jakobs, o qual desenvolve sua teoria

⁹¹ Vide BUSATO, MONTES HUAPAYA, *op. cit.*, p. 198; FEIJOO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 261-262, trad. nossa.

a respeito da pena levando em consideração a estabilização da norma. Com o jurista alemão Claus Roxin, é possível verificar a junção entre prevenção geral e especial para a produção dos efeitos de aprendizagem, confiança no Direito e pacificação social.

1.5.1 Prevenção geral positiva como estabilização da norma

Günther Jakobs é um dos grandes defensores da prevenção geral positiva como forma de estabilização da norma. Esse autor defende que as pessoas vivem em um mundo já conformado, no qual existem normas estáveis e, portanto, as pessoas não poderiam vir a desrespeitar tais normas. Dessa forma:

Uma decepção específica no âmbito dos contatos sociais afeta aquelas expectativas que derivam da pretensão frente à outra parte de que serão respeitadas as normas vigentes, podendo a pretensão contradizer ao juízo cognitivo. Exemplo: Tampouco quem vê como o condutor bebe renuncia a sua pretensão a uma viagem segura. A uma expectativa normativa não se tem de renunciar nem sequer em casos de decepção, somente que esta pode manter-se (contrafaticamente), se como falha decisiva não se define a expectativa do decepcionado, somente a infração da norma por parte daquele que a decepçiona.⁹²

Percebe-se que Jakobs pretende dar grande importância à norma. Para garantir a estabilização da norma, seria necessário a pena. Conforme o mencionado autor:

Somente a expectativa consistente no fato de que quem participa no contato social vai querer respeitar as normas não torna planejados tais contatos, já que a outra parte não somente deve ter a boa vontade de respeitar a ordem, mas deve também saber quando está diante de um comportamento normativamente regulado. Exemplo: Quem não quer pôr em perigo os outros, somente pode comportar-se não perigosamente se sabe quais comportamentos são perigosos. Não é possível respeitar a norma sem o conhecimento de como está conformado o mundo e segundo quais regras estão inter-relacionadas as mudanças, apesar do qual somente está garantida juridicamente a vontade de respeitar a norma, mas não assim o conhecimento pertinente para considerar aplicável a norma. Essa limitação tem o seguinte fundamento: Sem o conhecimento necessário para orientar-se no mundo ninguém pode viver metodicamente; e esforçar-se suficientemente para conseguir este conhecimento vem já garantido pelo fato de que em caso contrário, ameaça produzir-se um fracasso vital como *poena naturalis*. À disposição a observar a norma lhe falta uma garantia 'natural' desse tipo; tal é o motivo de que seja necessária uma sanção.⁹³

⁹² JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general, fundamentos y teoría de la imputación. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1997, p. 10, trad. nossa.

⁹³ *Ibid.*, p. 11, trad. nossa.

Diante disso, seria necessário a existência de normas para preservar o convívio social. A partir do momento em que se violasse alguma dessas normas, o que desestabilizaria o sistema normativo, ao transgressor seria aplicada uma pena. Exige-se, portanto, que o autor atue conforme a norma. Assim:

*a contradição à norma por meio de uma conduta é a infração da norma. Uma infração normativa é, portanto, uma desautorização da norma. Esta desautorização dá lugar a um conflito social na medida em que se põe em evidência a norma como modelo de orientação.*⁹⁴

Como se vê, a realização de uma conduta contrária à norma ensejaria a aplicação de pena. Sendo a pena uma

*reação frente a infração de uma norma. Mediante a reação sempre se põe de manifesto que tenha de observar-se a norma. E a reação demonstrativa sempre tem lugar a custa do responsável pela infração da norma (por 'a custa de' se entende, neste contexto, a perda de qualquer bem).*⁹⁵

Pode-se notar na teoria da pena formulada por Günther Jakobs que há uma grande preocupação em se preservar ou proteger a norma. A partir disso, infere-se que a proteção do bem jurídico não estaria em primeiro plano para Jakobs.

1.5.1.1 Crítica à prevenção geral positiva como estabilização da norma

Como se assinalou, o posicionamento de Jakobs sobre a prevenção geral positiva pretende preservar a norma, ou melhor, a estabilização do sistema normativo. Ocorre que, ao se adotar tal perspectiva, acaba-se por se preterir a proteção de bens jurídicos. Nesse sentido,

no aspecto fundamental para um Direito Penal garantista, resulta que se desatende ao objeto de proteção jurídico-penal, qual seja, o bem jurídico. Castiga-se, então, pelo fato de o autor do delito rebelar-se contra a norma em vez de produzir a ofensa a um bem jurídico. O que sucede é que quando se defende a norma independentemente de seu conteúdo, com o que não há nenhuma segurança jurídica, a norma em si mesma pode adquirir qualquer conteúdo, qualquer valor. Pode estar refletindo um Estado democrático ou ocultando um Estado totalitário. Daí a necessidade do elemento referencial ao bem jurídico que evidencia ou põe a descoberto o que realmente se protege com o Direito.⁹⁶

⁹⁴ *Ibid.*, p. 13, trad. nossa.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 08, trad. nossa.

⁹⁶ BUSATO, MONTES HUAPAYA, *op. cit.*, p. 204.

Desse modo, privilegiar a norma implica em sonegar proteção ao próprio cidadão, dado que, em muitos casos⁹⁷, é o titular do bem jurídico. Além do mais em Estados Democráticos de Direito, deve prevalecer a proteção de bens jurídicos, já que em tais Estados estabelece-se um rol de direitos e garantias do qual é destinatário o indivíduo e não a norma. Em razão disso, para se ter um Direito Penal Democrático submetido aos cidadãos

Pressupõe que não entendamos o Direito como um sistema normativo cujo sentido se esgota na manutenção de suas próprias normas, ao estilo de Luhmann e Jakobs, mas sim como um sistema a serviço das necessidades dos seres humanos.⁹⁸

Nota-se, portanto, que não cabe admitir uma submissão tamanha do cidadão frente à norma. Não se quer dizer com isso que seja permitido infringir as normas penais, mas que o centro do Direito Penal deve ser o indivíduo dotado de direitos e garantias e não a norma. Conforme Mir Puig “Basear a teoria jurídica no reconhecimento de que o Direito deve servir ao cidadão me parece imprescindível para uma *concepção democrática de Direito*”⁹⁹.

Como o indivíduo é detentor de direitos e garantias, não há possibilidade de se aceitar a concepção de Jakobs, tendo em vista a eliminação de garantias para se alcançar a estabilização da norma. Acreditar que a pena privativa de liberdade visa proteger a norma estar-se-ia dando azo ao surgimento de um “neoretribucionismo, que elimina de seu ideário aqueles únicos aspectos ‘garantistas’ ínsitos ao retribucionismo clássico, o chamado princípio de proporcionalidade”¹⁰⁰.

A perspectiva retribucionista criticada por não atribuir função alguma à pena, trouxe o aspecto positivo da proporcionalidade. Veja-se que a prevenção geral positiva proposta por Jakobs opera um retrocesso ao alçar a norma como objeto de proteção do Direito Penal, já que sob pena de alcançar a mencionada proteção pode não se pautar na definição legal do *quantum* de pena ou sua aplicação, no princípio da proporcionalidade.

⁹⁷ Frise-se que o Código Penal, em alguns casos, determina ser o titular do bem jurídico tutelado pela norma penal o Estado. Isso se dá, por exemplo, nos crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública em Geral (artigo 312 ao 327).

⁹⁸ MIR PUIG, *op. cit.*, p. 334, trad. nossa.

⁹⁹ MIR PUIG, *op. cit.*, p. 335, trad. nossa.

¹⁰⁰ QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS, PRATS CANUT, *op. cit.*, p. 88, trad. nossa.

Diante do exposto, a teoria sobre a função da pena privativa de liberdade proposta por Jakobs não pode prevalecer em um Estado Democrático de Direito. Isso se dá em virtude de que em tais Estados os indivíduos são dotados de direitos e garantias, o que impede ser a norma o centro de proteção do Direito Penal.

1.5.2 Prevenção geral positiva unificadora

Além do posicionamento de Günther Jakobs, Claus Roxin apresenta uma perspectiva integradora, unindo prevenção geral e especial¹⁰¹. Conforme este autor a prevenção geral positiva teria como destinatários todos os cidadãos fiéis ao Direito¹⁰². Nisso se diferenciaria da prevenção geral negativa, na qual os destinatários seriam pessoas que pudessem em algum momento delinquir¹⁰³. Dessa forma

o destinatário da prevenção geral já não é somente aquele que poder cair na criminalidade. Querer intimidar este, mediante o Direito penal tampouco promete êxito, pois o delinquente costuma confiar que não será descoberto e, por isso, não teme o Direito Penal. Nisto se baseia o retrocesso da prevenção geral negativa na recente discussão. O destinatário da prevenção geral positiva é, sobretudo, o cidadão fiel ao Direito, a quem se deve transmitir, mediante uma justiça penal em funcionamento, uma sensação de segurança e uma atitude aprovadora frente ao Estado e seu ordenamento jurídico.¹⁰⁴

Fora afastar a ameaça decorrente da teoria da prevenção geral negativa, a qual seria incapaz de influenciar os cidadãos para que não cometessem delitos, Roxin atribui à sua concepção sobre a prevenção geral a produção de três efeitos. Tais efeitos seriam: de aprendizagem, de confiança na norma e de pacificação social. Conforme Roxin,

¹⁰¹ “Não resta dúvida de que o ponto de partida ideológico da teoria da prevenção geral está claro. Enquanto tende a evitar delitos, está orientada, ao contrário da teoria retributiva, imediatamente à missão de proteção do Direito penal e não perde tão pouco seu sentido por um reconhecimento da prevenção especial. Pois, não é suficiente, sob o ponto de vista da evitação do delito, com que a pena atue somente sobre os já reincidentes; mas é desejável político-socialmente prevenir ademais a comissão de delitos em geral e desde um princípio, e justamente esta é a meta das proposições preventivo-gerais.” ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**, tomo I, fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2000, p. 92, trad. nossa.

¹⁰² *Id.* **La Teoría del Delito: en la discusión actual**. Trad. Manuel Abanto Vázquez. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007, p. 79.

¹⁰³ MIR PUIG, *op. cit.*, p. 43; HASSEMER, MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 347.

¹⁰⁴ ROXIN, *op. cit.*, p. 79, trad. nossa.

Na realidade, na prevenção geral positiva pode ser observado três fins e efeitos distintos, se bem imbricados entre si: o efeito de aprendizagem, motivado social pedagogicamente; o 'exercício na confiança do Direito que se origina na população pela atividade da justiça penal; o efeito de confiança que surge quando o cidadão vê que o Direito se aplica; e, finalmente, o efeito de pacificação, que se produz quando a consciência jurídica geral se tranqüiliza, em virtude da sanção, sobre o desrespeito da lei e considera solucionado o conflito com o autor. Sobre o efeito de pacificação, mencionado em último lugar, se alude hoje freqüentemente para a justificação de reações jurídico-penais com o termo 'prevenção integradora'.¹⁰⁵

Como se vê, Roxin defende que os cidadãos estimulados pedagogicamente podem confiar no Direito. Tais cidadãos, a partir dessa confiança, sentir-se-iam mais seguros.

Fora esses efeitos, Roxin afirma ter a privação de liberdade um limite político-criminal: o princípio de culpabilidade¹⁰⁶. Com a observância desse princípio, seriam evitadas penas desproporcionais. Desse modo,

a idéia da prevenção geral positiva alcança penas moderadas. O efeito da aprendizagem, desde o início, não está vinculado à determinada medida de pena. E o efeito de confiança e de pacificação pressupõe uma pena justa, ou seja, concordam com as exigências do princípio de culpabilidade. As penas draconianas, que não guardam relação com a culpabilidade individual do autor, caracterizam as ditaduras e, por isso, são mais prejudiciais para o efeito da confiança e de pacificação da pena.¹⁰⁷

Portanto, é através do princípio de culpabilidade que a privação de liberdade ganharia conotação garantista. Finalmente, Roxin defende que a prevenção geral positiva não depende, para cumprir seus efeitos, apenas da legislação e justiça penais. O autor pugna pela utilização de outros meios para se alcançar a prevenção geral, não deixando somente "nas mãos dos políticos as ponderações e delimitações que são necessárias, mas deve ser reconhecido que estas são tarefas, em primeiro lugar, da ciência do Direito e, neste caso, também das ciências sociais"¹⁰⁸.

¹⁰⁵ *Id.* Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. **Derecho Penal:** parte general, tomo I, fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 2000, p. 91 e 92, trad. nossa.

¹⁰⁶ Sobre o princípio de culpabilidade vide GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho penal, introducción.** Madrid: Servicio publicaciones facultad de derecho, 2000, p.395; GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 53 e 54; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 525; BUSATO, MONTES HUAPAYA, *op. cit.*, p. 143.

¹⁰⁷ ROXIN, Claus. **La Teoría del Delito:** en la discusión actual. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007, p. 80, trad. nossa.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 81, trad. nossa.

Apesar da importância conferida à Política Criminal por Roxin, nota-se que em decorrência da função que atribui à pena privativa de liberdade, também haveria uma proteção à norma. O argumento de que a aplicação das normas penais se deveria ao fato de proporcionar às pessoas a confiança no Direito Penal, e que estas sejam fiéis a tais normas, também pode justificar o arrefecimento deste ramo do Direito. Ao falhar o Direito Penal, diante da ausência da confiança e da fidelidade almejadas das pessoas, seria necessário mais normas, talvez mais severas¹⁰⁹.

Desse modo, como afirma Hassemer, o Direito Penal, o Direito Processual Penal e as penas são necessários para restringir o controle social¹¹⁰. As normas penais devem limitar a própria atuação e aplicação do Direito Penal, não sendo possível justificar sua expansão na falta de fidelidade por parte dos indivíduos nas normas penais.

Com isso, a perspectiva da prevenção geral positiva limitadora defendida por Hassemer, visa conter a criação de normas penais mais severas. Nesse sentido,

Não somente o Juiz, mas também aqueles que legislam em matéria penal estão sujeitos aos limites de um Direito penal formalizado. Assim, e no marco das reações contra a criminalidade, o legislador está submetido ao princípio da proporcionalidade, de tal forma que só pode estabelecer tipos penais e penas no marco dos limites fixados pela idoneidade, a necessidade e a moderação. Diante disso, está sujeito ao princípio de proteção de bens jurídicos, assim como deve estar dedicado à tarefa de reduzir, até onde seja possível, o Direito penal em seu caráter de ‘ultima ratio’, como último meio.¹¹¹

Dessa forma, o Direito Penal e suas penas devem se amoldar ao princípio da proporcionalidade, relacionado à proteção de bens jurídicos, reduzindo seu campo de atuação. Assim, o Direito Penal “tem sua origem no estabelecimento de limites”¹¹².

Ante o exposto, nota-se que várias são as funções atribuídas à pena privativa de liberdade. Tais funções podem ser adotadas como políticas públicas por determinados Estados a fim de reduzir os índices de criminalidade e com isso

¹⁰⁹ Segundo Vives Antón: “o funcionalismo teleológico é ‘moderado’ porque não deixa de ser funcionalismo. Com isso, obtém resultados juridicamente aceitáveis; mas, paga por eles um alto custo: seu sistema é ‘gramaticalmente’ incongruente.” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. Valência: Tirant Lo Blanch, 1996, p. 449, trad. nossa.

¹¹⁰ HASSEMER, Winfried. **Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal**. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 34.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 35.

¹¹² *Ibid.*, p. 36.

aumentar o sentimento de segurança dos indivíduos. Em face disso, pretende-se analisar no próximo capítulo Política Criminal que vem sendo adotada na modernidade.

CAPÍTULO 2: POLÍTICA CRIMINAL NA MODERNIDADE

Atualmente os indivíduos têm se deparado com a instabilidade das relações humanas, bem como com a insegurança decorrente da sensação de que sempre podem ser vítimas de um risco. Esse sentimento faz com que algumas pessoas exijam ou procurem amenizar essa insegurança.

Dado esse panorama, Estados Democráticos de Direito vêm instituindo através da Política Criminal¹¹³ normas penais que acabam por enrijecer a pena privativa de liberdade. Valem-se, portanto, do Direito Penal como instrumento para combater os riscos e inimigos que amedrontam os indivíduos e acabam por interferir na liberdade e autonomia, porque os vinculam à perspectiva de que apenas o Direito Penal seria a solução, propagando como ideal universalista a redução da liberdade.

Diante disso, pode-se desejar uma Política Criminal mais atenta ao controle social do intolerável, de cunho mais garantista, ou uma Política Criminal que auxilie a expansão do Direito Penal, a qual favoreceria o enrijecimento da pena privativa de liberdade, não tendo a pessoa humana como seu centro de proteção.

A partir disso, será apresentado o resgate funcionalista teleológico da importância da Política Criminal, assim como alguns aspectos da crise da modernidade, bem como a discussão sobre a continuidade ou não da modernidade, relacionando tais temas à política criminal. Ademais, abordar-se-á o discurso e prática político-criminal de Estado Democrático de Direito.

2.1 O resgate funcionalista teleológico da importância da política criminal

O tema função da pena privativa de liberdade está intimamente relacionado à Política Criminal. Isso se deve ao fato de que é a Política Criminal a responsável por nortear todos os temas de Direito Penal. A partir desse

¹¹³ Nesse trabalho o termo Política Criminal será utilizado como a atividade estatal, “entendida como a política pública adotada para tentar solucionar ou combater a criminalidade.” BUSATO, MONTES HUAPAYA, *op. cit.*, p. 16. Não obstante a essa delimitação do conceito de Política Criminal, deve-se ressaltar que esta pode ser compreendida como atividade científica. Neste sentido, “significa a visão que os juristas, sociólogos ou filósofos, dentre outros, têm a respeito da Política Criminal adotada pelo Estado”. *Ibid.*, p. 16. Ainda sobre o conceito de Política Criminal ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 274.

entendimento não se pode tratar de temas penais simplesmente à luz do Direito Penal, mas sim da Ciência Penal¹¹⁴.

Essa concepção de integração entre Direito Penal e Política Criminal nem sempre prevaleceu. No século XIX, influenciado pelo positivismo¹¹⁵, Franz Von Liszt, *apud* Roxin, defendia ser o Direito Penal a barreira intransponível da política criminal¹¹⁶. Como afirma Roxin, “O positivismo como teoria jurídica caracteriza-se por banir da esfera do direito as dimensões do social e do político.”¹¹⁷

Hoje, um Direito Penal isolado da Política Criminal não se sustenta, nem muito menos corresponde à preservação dos direitos e garantias fundamentais de um Estado Democrático de Direito. Nesses Estados, os quais devem preferir garantias frente a arbitrariedades, a Política Criminal deve ser um dos componentes da Ciência Penal. Há de se mencionar que não pode ser qualquer Política Criminal, mas sim a que tenha como centro de proteção a pessoa humana.

Não se pode aceitar, portanto, que Estados Democráticos de Direito se fiem simplesmente em previsões legais. Em tais Estados, é necessário, através da Política Criminal, avaliar as condições sociais e assim instituir medidas que primem pela dignidade da pessoa humana. Desse modo, impossível opor barreiras a fim de não se dar a devida importância à Política Criminal. Assim,

enquanto abstrações cada vez mais altas se afastam numa razão crescente da realidade, o desenvolvimento dos pontos de vista político-criminais exige que passe em revista toda a matéria de regulamentação; só a variedade da vida, com todas suas transformações, possibilita a concretização das medidas que permitem uma solução correta, isto é, adaptada às peculiaridades do caso concreto.¹¹⁸

¹¹⁴ “na atualidade, podemos sustentar que existe um marcado interesse em uma Ciência Penal única, na qual se integrem todos os conhecimentos normativos, criminológicos e político-criminais que tenham como único fim a tarefa de luta contra a criminalidade. Cada ciência integrada, isso sim, oferece, sem ser uma menos importante que a outra, sua especialidade para a consecução do objetivo comum.” BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 22. Nesse sentido também HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 143.

¹¹⁵ Sobre o positivismo discorre Busato: “O legislador, como o juiz, tem obrigações vinculantes para com a preservação de um modelo humanista de Estado social e democrático de Direito. Não importam, o mínimo de suas vontades. Ademais, qualquer discussão que parta do ponto de vista da norma posta está, de entrada, fadada ao fracasso de não ser suficientemente abrangente. É que a discussão interna do tópico legislativo não permite a visão externa do meio onde ele se insere; estando postando sob a árvore, não é possível enxergar a floresta.” BUSATO, Paulo César. A Progressão de Regime Prisional como Exigência Funcionalista-Teleológica do Sistema de Execução Penal. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 09, nº 2, p. 387-416, mai./ago. 2004.

¹¹⁶ ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 01.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 12.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 83.

Imprescindível, dessa forma, possibilitar a interação entre Política Criminal e Direito Penal. A mera preocupação com a instituição de normas penais, sem o auxílio de uma Política Criminal preocupada com o controle social do intolerável e cujo centro de proteção seja a pessoa humana, está longe de reduzir taxas de criminalidade e preservar a dignidade da pessoa humana quando da privação de liberdade.

Assim sendo, Política Criminal e Direito Penal não podem estar separados¹¹⁹. Devem seguir juntos, primando, portanto, por garantias e princípios que regularão e limitarão a pena privativa de liberdade¹²⁰. Conforme Roxin,

Direito penal e política criminal: se se seguir o que demonstrei, não se trata de opostos, como são apresentados pela tradição de nossa ciência. O direito penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica.¹²¹

Logo, através da Política Criminal se poderá dar ou não um norte garantista ao Direito Penal. Caso prime pelos direitos e garantias individuais, poderá controlar a expansão do Direito Penal, bem como o enrijecimento da pena privativa de liberdade. Poderão ser afastadas, também, as funções retributivas, preventivas geral (negativa e positiva) e especial atribuídas à pena. Isso se deve ao fato de a concepção retributiva não atribuir finalidade alguma à pena; da perspectiva preventivo-geral negativa impor uma ameaça; da prevenção especial pretender através da pena privativa de liberdade aplicar um tratamento ao condenado; da prevenção geral positiva estabilizadora da norma preocupar-se com a mera proteção da norma; e a prevenção geral unificadora pretender um efeito de aprendizagem no

¹¹⁹ Conforme Busato “Foi somente a partir da retomada da perspectiva normativa da teoria do delito, que arranca da proposta funcionalista teleológica de Roxin nos anos setenta do último século que se afasta por completo o discurso de isolamento entre a dogmática e as perspectivas criminológica, político-criminal e sociológica (...)” BUSATO, Paulo César. Por que, afinal, aplicam-se penas? In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo**: livro em homenagem ao Prof.º Dr.º Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 515.

¹²⁰ “Se conclui por reconhecer uma inevitável vinculação entre a Dogmática e a Política criminal, de um modo tal que esta última deve sempre ser levada em consideração para a elaboração da primeira. Aponta-se como sintoma claro desta interrelação o choque que o moderno Direito penal vive hoje entre o desenvolvimento de instrumentos de controle e a manutenção das garantias fundamentais expressas em princípios. É evidente que o avanço dogmático encontra hoje uma forte barreira na face político-criminal dos princípios fundamentais fazendo com que o axioma de Von Liszt seja atualmente tomado às avessas, quer dizer considerando que o Direito penal deve estar a serviço de uma Política criminal e ser *funcionalizado* por ela.” BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da filosofia da linguagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 77-78.

¹²¹ ROXIN, *op. cit.*, p. 82.

cidadão. Como se vê nem uma dessas funções atribuídas à pena, protege integralmente a dignidade da pessoa humana.

2.2 A Política Criminal e as características do projeto da modernidade

Ao tratar sobre Política Criminal em Estados Democráticos de Direito, deve-se ressaltar que as medidas tomadas por esses Estados para tentar controlar a criminalidade restam influenciadas pelas características do momento em que se vive. A discussão sobre o momento atual pode ser focada no debate da existência de uma pós-modernidade ou da continuidade da modernidade, estando esta em uma nova fase. Para tanto, é necessário inicialmente definir o termo modernidade. Segundo Touraine

A modernidade é a criação permanente do mundo por um ser humano que desfruta do seu poder e da sua aptidão para criar informações e linguagens, ao mesmo tempo que se defende contra suas criações desde o momento em que elas se voltam contra ele.¹²²

E ainda,

O termo modernidade significa a compreensão de uma época histórica que se estende do século XVI ao século XVIII. Este é um período muito longo para que pensemos em uma única modernidade. Nesta época instaurou-se um fluxo contínuo de trocas culturais, formando uma rede cada vez mais densa de comunicações mundiais que vai da expansão colonialista à mundialização.¹²³

A modernidade não significaria um período estanque, mas sim constituída por várias fases. Fases estas que variam conforme suas peculiaridades e o fluxo de comunicação e interação entre as pessoas. A modernidade pode ser analisada com base em três características: a individualidade, a autonomia e a universalidade¹²⁴. Ao se considerar a modernidade composta por fases, o significado de tais características deve ser analisado conforme o período em que se vive. Com base nisso, e também no sentimento de insegurança que assola os seres humanos

¹²² TOURAINE, Alain. **Crítica da Modernidade**. Trad. Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 243.

¹²³ GAUER, Ruth Maria Chittó. Modernidade, Direito Penal e Conservadorismo Judicial. In: **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo**: livro em homenagem ao Profº Drº Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 597-609. Conforme Hobsbawm: “O final do século XVIII era, pelos padrões medievais ou do século XVI, uma era de comunicações rápidas e abundantes, e mesmo antes da revolução das ferrovias, eram notáveis os aperfeiçoamentos nas estradas, nos veículos puxados a cavalo e no serviço postal.” HOBBSBAWM, *op. cit.*, p. 25.

¹²⁴ ROUANET, Sérgio Paulo. **Mal-estar na Modernidade**. São Paulo: Cia das Letras, 1993, p. 09.

atualmente, foram escolhidas as características supramencionadas. Ressalte-se que o estudo central é sobre Política Criminal, sendo assim, serão traçados alguns aspectos sobre as referidas características da modernidade associadas a questões político-criminais.

2.2.1 Individualidade

Segundo Rouanet, individualidade significaria que os seres humanos deveriam ser tratados “como pessoas concretas e não como integrantes de uma coletividade”¹²⁵. Isso se deve ao fato de que nem sempre a pessoa humana foi considerada individualmente, pois em dados momentos históricos como, por exemplo, no Estado Romano da Antigüidade¹²⁶, entendia-se o indivíduo como simples parte do todo. Segundo Elias,

A identidade grupal da pessoa isolada, sua identidade-nós, tu ou eles, desempenhava um papel importante demais na práxis social do mundo antigo, comparado ao da identidade-eu, para gerar a necessidade de qualquer conceito universal relativo à pessoa isolada como uma entidade quase-agrupal.¹²⁷

Portanto, a identidade-nós prevalecia no mundo antigo em relação à pessoa considerada isoladamente, com suas características próprias. Além de apontar esse prevalecimento da identidade-nós, Elias explicava que a palavra indivíduo estava associada, no latim medieval, ao que era indivisível¹²⁸. Esse autor esclarecia também que “A palavra *individuum* foi usada, no contexto dos problemas da lógica formal, para expressar o caso singular numa espécie – não apenas a

¹²⁵ ROUANET, Sérgio Paulo. **Mal-estar na Modernidade**. São Paulo: Cia das Letras, 1993, p. 09. Sobre o individualismo Hobsbawm afirma: “Um individualismo secular, racionalista e progressista dominava o pensamento ‘esclarecido’. Libertar o indivíduo das algemas que o agrilhoavam era o seu principal objetivo: do tradicionalismo ignorante da Idade Média, que ainda lançava sua sombra pelo mundo, da superstição das igrejas (distintas da religião ‘racional’ ou ‘natural’), da irracionalidade que dividia os homens em uma hierarquia de patentes mais baixas e mais altas de acordo com o nascimento ou algum outro critério irrelevante. A liberdade, a igualdade e, em seguida, a fraternidade de todos os homens eram seus *slogans*. No devido tempo se tornaram os *slogans* da Revolução Francesa. O reinado da liberdade individual não poderia deixar de ter as conseqüências mais benéficas.” HOBBSAWM, *op. cit.*, p. 25. No presente trabalho não foram feitas distinções entre os termos indivíduo e pessoa.

¹²⁶ Segundo Elias “O Estado romano republicano da Antigüidade exemplo clássico de um estágio de desenvolvimento em que o sentimento de pertencer à família, à tribo e ao Estado, ou seja, a identidade-nós de cada pessoa isolada, tinha muito mais peso do que hoje na balança nós-eu.” ELIAS, Norbert. **A Sociedade dos Indivíduos**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994, p. 130.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 131.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 133.

humana, mas qualquer espécie.”¹²⁹ Dessa forma, Elias conclui que a palavra indivíduo, como pessoa considerada isoladamente, “foi, provavelmente, uma ocorrência do século XVII.”¹³⁰

Mas a conquista da individualidade como característica, como forma de considerar a pessoa em si mesma, de acordo com suas peculiaridades, segundo Rouanet, já no século XVIII teria se degenerado¹³¹. A noção de que o indivíduo seria sujeito de direitos e não simplesmente mais um dentre vários, transforma-se em um individualismo exacerbado¹³².

Este individualismo exacerbado reflete-se na Política Criminal. Exemplo disso seria a Lei 8072/90, a qual foi editada em razão do sentimento de insegurança dos indivíduos¹³³. Isso demonstra a preocupação do ser humano com si próprio, o qual exige mais normas penais, porque deseja mais segurança. Admite-se a aplicação de normas penais mais rigorosas, sem considerar que problemas sociais, que atingem o seu semelhante, não podem e nem serão resolvidos com Direito Penal. Transforma aquele que cometeu um delito em inimigo. Sobre essa condição de inimigo defende Jakobs:

Certamente, uma pessoa também pode ser construída *contrafaticamente* como pessoa; porém, precisamente, não de modo permanente ou sequer preponderante. Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito penal do inimigo. Com isso não se pode resolver o problema de como tratar os indivíduos que não permitem sua inclusão em uma constituição cidadã.¹³⁴

¹²⁹ *Ibid.*, p. 133.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 133.

¹³¹ “o individualismo degenerou facilmente, no século XVIII, numa apologia insensata do interesse pessoal, ignorando-se a utilidade coletiva, e do prazer hedonístico, quaisquer que fossem suas conseqüências. Além disso, o caráter atomístico desse individualismo levou a desconhecer que todo indivíduo é social e que o *telos* da individuação crescente só pode ser alcançado socialmente.” ROUANET, *op. cit.*, p. 16.

¹³² “A individualidade também não desperta entusiasmo. Em vez disso, há por lado um hiperindividualismo exasperado, mistura de Lei de Gerson e de consumismo de Zona Franca.” *Ibid.*, p. 10.

¹³³ Sobre a edição da lei 8072/90 leciona Monteiro: “devemos entender o momento de pânico que atingia alguns setores da sociedade brasileiro, sobretudo por causa da onda de seqüestros no Rio de Janeiro, culminando com o do empresário Roberto Medina, irmão do Deputado Federal pelo Estado do Rio de Janeiro, Rubens Medina, considerado a gota d’água para a edição da lei. O clima emocional para o surgimento de dispositivos duros que combatessem os chamados *crimes hediondos* estava assim criado. A sociedade exigia uma providência drástica para pôr fim ao ambiente de insegurança vivido no País. O governo precisava dar ao povo a sensação de segurança.” MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos: textos, comentários e aspectos polêmicos**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 04.

¹³⁴ JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2ª ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 42-43. Ainda sobre o tema leciona Gracia Martín: “O paradigma em torno do qual os seus defensores pretendem constituir o Direito Penal do inimigo

Nota-se a preocupação com a própria segurança em detrimento dos demais, reforçando o individualismo exacerbado, podendo chegar ao ponto de classificar uma pessoa como não pessoa. Transforma o ser humano, cidadão de um Estado Democrático de Direito, em não pessoa, logo sem direitos e garantias.

O individualismo pode ser observado também na divisão do mundo feita por Bauman. Este afirma que o mundo estaria dividido em dois pólos¹³⁵. O primeiro seria o pólo dos “globalmente móveis”¹³⁶, para os quais não existem barreiras. No segundo pólo, estariam os indivíduos sem mobilidade. Estes últimos estão “impedidos de se mover e assim fadados a suportar passivamente qualquer mudança que afete a localidade onde estão presos, o espaço real está se fechando rapidamente”¹³⁷. Outro aspecto que diferencia os globalmente móveis dos “imóveis”, é que estes dispõem de todo o tempo, enquanto aqueles, por mais que sejam dotados de mobilidade, não têm tempo¹³⁸.

Vê-se que no mundo contemporâneo haveria duas espécies de indivíduos. Levando-as em consideração, uma delas não condiz com a perspectiva de individualidade propugnada pelo “projeto civilizatório da modernidade”¹³⁹. Há um descompasso entre oportunidades oferecidas para os indivíduos dos dois mundos,

Para os habitantes do Primeiro Mundo – o mundo cada vez mais cosmopolita e extraterritorial dos homens de negócio globais, dos controladores globais da cultura e dos acadêmicos globais – as fronteiras dos Estados foram derrubadas, como o foram para as mercadorias, o capital e as finanças. Para os habitantes do Segundo Mundo, os muros constituídos pelos controles de imigração, as leis de residência, a política de ‘ruas limpas’ e ‘tolerância zero’ ficaram mais altos; os fossos que os separam dos locais de desejo e da sonhada redenção ficaram mais profundos, ao passo que todas as pontes, assim que se tenta atravessá-las, revelam-se pontes levadiças.¹⁴⁰

consiste em atribuir a condição de “inimigos” do sistema social a determinados indivíduos. A condição de inimigo significa privação e negação da condição de *pessoa* e sua consideração como *não-pessoa*.” GRACIA MARTÍN, Luis. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. Trad. Luiz Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 132.

¹³⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 96.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 96.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 96.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 96.

¹³⁹ ROUANET, *op. cit.*, p. 09.

¹⁴⁰ BAUMAN, *op. cit.*, p. 97.

Portanto, atualmente, conforme Bauman, existiriam indivíduos turistas e indivíduos vagabundos¹⁴¹. Para aqueles, tudo, *status* de sujeito de direitos, mobilidade espacial ou virtual. Para estes, imobilidade seja nos presídios ou nas favelas/guetos¹⁴².

O individualismo, no sentido de preocupar-se apenas consigo mesmo, por parte dos turistas percebe-se no fato de quererem distância dos vagabundos. Estes são vistos “Como indesejáveis, são naturalmente estigmatizados, viram bodes expiatórios. Mas seu crime é apenas desejar ser como os turistas... sem ter os meios de realizar os seus desejos como os turistas”¹⁴³.

Desse modo, os vagabundos são apenas indivíduos sem muitas oportunidades. Rompe com a noção de individualidade proposta pela modernidade, sendo fruto do individualismo exacerbado. Como afirma Young:

o novo individualismo que emerge no bojo da sociedade de consumo está preocupado com escolhas pluralistas (ele cria novos estilos subculturais livremente, numa bricolagem a partir do passado e do presente), está preocupado com auto-realização (o indivíduo cria um estilo de vida e uma identidade pessoal através da escolha), ele é hedonista e imediato (a velha personalidade keynesiana que encerrava um equilíbrio entre trabalho e lazer, produção e consumo, gratificação adiada e imediatismo, passa a pender nesta direção), e acima de tudo é voluntarista (a escolha é valorizada, a liberdade parece possível, a tradição é desvalorizada).¹⁴⁴

Essa descrição sobre o individualismo exacerbado denota a preocupação do indivíduo consigo mesmo em detrimento do outro. Isso repercute na Política Criminal, dado que corriqueiramente exige-se que ao outro seja aplicado normas penais mais severas. Exige-se a aplicação de penas mais severas àqueles considerados criminosos. A estes um mundo sem oportunidades com todo tempo do mundo, o isolamento em prisões e guetos a fim de que não atrapalhem o mundo das oportunidades.

¹⁴¹ BAUMAN, *op. cit.*, p. 100-101. Para Bauman, o termo vagabundo significa aquelas pessoas que “não podem realmente se permitir as opções sofisticadas em que se espera que sobressaiam os consumidores; seu potencial de consumo é tão limitado quanto seus recursos.” *Ibid.*, p. 104.

¹⁴² *Ibid.*, p. 96.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 104-105.

¹⁴⁴ YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 29.

2.2.2 Autonomia

A autonomia, como característica da modernidade, pode ser entendida como a aptidão das pessoas pensarem por si mesmas, “sem a tutela da religião ou da ideologia”¹⁴⁵. Essa autonomia pode ser analisada sob três aspectos: intelectual, econômico e político.

A autonomia intelectual, como proposta do Iluminismo¹⁴⁶, visava a libertação do indivíduo frente à religião, seu “objetivo básico era libertar a razão do preconceito, isto é, da opinião sem julgamento”¹⁴⁷. Isso foi decorrência da dominação por autoridades do pensamento dos seres humanos. Antes do Iluminismo o indivíduo tinha sua liberdade de pensar tolhida pela “autoridade, religiosa ou secular”¹⁴⁸.

O Iluminismo ainda conferiu importância à autonomia política, a qual consistia na “liberdade de ação do homem no espaço público”¹⁴⁹. Através da autonomia política, veda-se sejam cometidos abusos, por parte dos governantes, que atinjam a liberdade do indivíduo¹⁵⁰.

Por fim, a autonomia econômica. Esta seria necessária para prover as necessidades materiais dos indivíduos, tentando impedir a desigualdade entre os homens. Sobre a igualdade, afirmava Rousseau que

quanto à igualdade, não se deve entender por essa palavra que sejam absolutamente os mesmos graus de poder e de riqueza, mas, quanto ao poder, que esteja distanciado de qualquer violência e nunca se exerça senão em virtude do posto e das leis e, quanto à riqueza, que nenhum cidadão seja suficientemente opulento para poder comprar um outro e não haja nenhum tão pobre que se veja constrangido a vender-se;¹⁵¹

Assim, para tentar reduzir o fosso de desigualdade existente entre os cidadãos seria necessário que estes fossem também autônomos

¹⁴⁵ ROUANET, *op. cit.*, p. 09.

¹⁴⁶ Rouanet propõe uma distinção entre Iluminismo e Ilustração, para ele “O Iluminismo é um *ens rationis*, não uma época ou um movimento. Por isso sempre o distingo da Ilustração, que designa, esta sim, um momento na história cultural do Ocidente. Enquanto construção, o Iluminismo tem uma existência meramente conceitual: é a destilação teórica da corrente de idéias que floresceu no século XVII em torno de filósofos enciclopedistas como Voltaire e Diderot, e de ‘herdeiros’ dessa corrente, como o liberalismo e o socialismo, que, incorporando de modo seletivo certas categorias da Ilustração, levaram adiante a cruzada ilustrada pela emancipação do homem.” *Ibid.*, p. 13-14.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 16.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 16.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 17.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 17.

¹⁵¹ ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 127.

economicamente. Por conseguinte, condições materiais auxiliariam, porém não bastariam à efetivação da igualdade.

Atualmente, a autonomia dos indivíduos, em matéria político-criminal, vem sendo cerceada. Ao perceber a fragilização e insegurança de pessoas diante de alguns crimes, a mídia vale-se do discurso de que a solução é a instituição de mais normas penais, cada vez mais severas. Tal discurso acaba por influenciar a opinião de uma gama de indivíduos, os quais aceitam a argumentação midiática como verdade.

A influência exercida pela mídia em relação a algumas pessoas demonstra a fragilidade de sua autonomia. Essas pessoas seriam influenciadas para defender a criação de leis penais mais duras, as quais a partir do momento que entram em vigor podem restringir a liberdade inclusive daqueles que clamaram por sua instituição.

2.2.3 Universalidade

Além da autonomia, a universalidade também é característica da modernidade. Essa significaria que todos os seres humanos seriam destinatários do projeto civilizatório da modernidade, “independentemente de barreiras nacionais, étnicas ou culturais”¹⁵². Em razão desse universalismo, todos os cidadãos deveriam ser considerados como indivíduos, e não uma parte que constitui o todo, considerados sujeitos de direitos, autônomos intelectual, política e economicamente.

Ocorre que na atual fase da modernidade os seres humanos têm sido destinatários dos efeitos deletérios do individualismo exacerbado e da perda de sua autonomia. Isso se verifica nas Políticas Criminais que instituem mais normas penais, o que permite enxergar no outro um inimigo.

Dessa maneira, há a universalização da aplicação de normas penais e do medo. O sentimento de insegurança faz com que os indivíduos desconfiem cada vez mais de seus pares. Isso faz com que exijam a instituição de mais normas penais, o que lhes faz crer ser possível estar seguro.

Os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos da América podem ser considerados como um exemplo para o

¹⁵² ROUANET, *op. cit.*, p. 09.

desencadeamento de Políticas Criminais do Inimigo. As pessoas amedrontadas, inseguras enxergam no outro um inimigo e querem mais segurança, a qual se busca com normas penais mais rigorosas. Porém, essas normas têm como destinatários todos os indivíduos e apesar de serem instituídas em um determinado país, acabam por influenciar vários Estados.

Apesar de o Brasil não ter sido alvo de ataques terroristas, a lei 8072/90 determina que terrorismo é crime¹⁵³. Esse panorama é fruto de um Direito Penal do Inimigo, redutor de direitos e garantias fundamentais do indivíduo, sob o pretexto de protegê-lo. Sobre o Direito Penal do Inimigo afirma Muñoz Conde:

este tipo de Direito penal excepcional, contrário aos princípios liberais do Estado de Direito e inclusive aos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e declarações internacionais de direitos humanos, também está começando a aparecer nos Estados Democráticos de Direito, que acolhem em suas constituições e textos jurídicos fundamentais princípios básicos de Direito penal material do Estado de Direito, como o de legalidade, proporcionalidade, culpabilidade e, sobretudo, os de caráter processual penal, como o da presunção de inocência, devido processo legal e outras garantias do acusado em um processo penal. O tráfico de drogas, o terrorismo e o fantasma da criminalidade organizada tem sido os problemas que tem dado e estão dando lugar a este tipo de Direito penal excepcional.¹⁵⁴

A partir dessas considerações, nota-se que a Política Criminal adotada por um Estado Democrático de Direito pode ser influenciada por um Direito Penal do Inimigo. Este suprime garantias, aumenta os rigores da pena privativa de liberdade, no afã de proteger os indivíduos. Tais medidas reforçam a noção de que na sociedade existem indivíduos que merecem ser protegidos e outros que devem ser considerados como inimigos. Essa consideração de seres humanos como inimigos alimenta, conseqüentemente, o individualismo exacerbado, o qual acaba por se universalizar.

2.3 A Política Criminal na pós-modernidade ou na continuidade da modernidade

Além dessa análise da individualidade, autonomia e universalidade, deve-se apresentar a discussão sobre a continuidade ou não da modernidade, a fim

¹⁵³ Artigo 2º da Lei 8072/90. Ressalte-se que a legislação brasileira apenas menciona que terrorismo é crime equiparado a hediondo, mas não o define.

¹⁵⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. **De la Tolerancia Cero, al Derecho penal del enemigo**. Managua: Servicios Gráficos, 2005, p. 40, trad. nossa.

de se analisar a Política Criminal na atualidade. Para os defensores da pós-modernidade, as referidas características não teriam sido conquistadas e, logo, superadas. Já para os defensores da continuidade da modernidade, esta estaria em uma nova fase para se promover a efetivação das características da modernidade supramencionadas.

Para Jean-François Lyotard, defensor da existência da pós-modernidade, os seres humanos não estariam inseridos em uma nova fase da modernidade, mas sim na pós-modernidade. Lyotard propunha a seguinte hipótese de trabalho:

a de que o saber, muda de estatuto ao mesmo tempo que as sociedades entram na idade dita pós-industrial e as culturas na idade dita pós-moderna. Esta passagem começou desde pelo menos o final dos anos 50, marcando para a Europa o fim de sua reconstrução.¹⁵⁵

A partir dessa hipótese, Lyotard afirmava que o “saber científico é uma espécie de discurso”¹⁵⁶. Defendia que as informações tecnológicas influenciariam a produção do saber e que poderia se “prever que tudo o que no saber constituído não é traduzível será abandonado, e que a orientação das novas pesquisas se subordinará à condição de tradutibilidade dos resultados eventuais da linguagem de máquina”¹⁵⁷.

Como se pode notar, para Lyotard a pós-modernidade estava intimamente relacionada à evolução tecnológica. Essa influência da máquina na produção do conhecimento romperia com ideais iluministas, dando início à pós-modernidade e não somente a uma nova fase da modernidade.

Além do posicionamento de Lyotard, há os defensores da continuidade da modernidade. Apesar de serem vários os autores que tratam sobre o tema, trazendo perspectivas diferentes a respeito da sucessão de etapas da modernidade, apresentar-se-á a visão de alguns deles como Jürgen Habermas (o qual deve ser tratado como um elo entre a continuidade do projeto da modernidade e rompimento), Zygmunt Bauman e Ulrich Beck.

¹⁵⁵ LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós-Moderna**. 5ª ed. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio Editor, 1998, p. 03.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 03.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 04.

2.3.1 A Política Criminal no Projeto Inacabado da Modernidade e o Estado Democrático de Direito

Ao tratar sobre Política Criminal em Estados Democráticos de Direito, faz-se necessário analisar a concepção de Jürgen Habermas sobre tais Estados na atual fase da modernidade. Esse filósofo pode ser considerado um elo entre a continuidade e o rompimento da modernidade¹⁵⁸, dado que para ele o que restou do projeto da modernidade seria o “Estado democrático de direito”¹⁵⁹. A fim de dar continuidade ao que restou do projeto da modernidade, Habermas propõe uma mudança de paradigma e um novo conceito de democracia. Essa concepção de Estado Democrático de Direito acaba por influenciar a elaboração da Política Criminal.

Ao acreditar ser o Estado Democrático de Direito o que resta do projeto da modernidade, Habermas propõe uma mudança de paradigma, embora entenda que esta não tenha havido, mas admitindo que o paradigma da consciência está esgotado e “Sendo assim os sintomas do esgotamento devem dissolver-se na transição para o paradigma da compreensão”¹⁶⁰.

Sugere que “o paradigma do conhecimento de objectos (sic) tem de ser substituído pelo paradigma da compreensão mútua entre sujeitos capazes de falar e agir”¹⁶¹. Com o paradigma da compreensão,

Os sujeitos capazes de fala e de ação, que ante o pano de fundo de um mundo comum da vida, entendem-se mutuamente sobre algo no mundo, podem ter frente ao meio de sua linguagem uma atitude tanto dependente como autônoma: eles podem utilizar os sistemas de regras gramaticais, que tornam sua prática, em proveito próprio. Ambos os momentos são co-originais. De um lado, os sujeitos, encontram-se sempre num mundo aberto e estruturado lingüisticamente e se nutrem de contextos de sentido gramaticalmente pré-moldados. Nesta medida, a linguagem se faz valer frente aos sujeitos falantes como sendo algo objetivo e processual, como a estrutura que molda as condições possibilitadoras. De outro lado, o mundo

¹⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. Trad. de Ana Maria Bernardo, José Rui Meirelles Pereira, Manuel José Simões Loureiro, Maria Antónia Espadinha Soares, Maria Helena Rodrigues de Carvalho, Maria Leopoldina de Almeida e Sara Cabral Seruya. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998, p. 58. Observe-se que Habermas não pretende defender a existência da pós-modernidade, mas sim salvar a modernidade com uma nova proposta sobre o conceito de democracia.

¹⁵⁹ “Parece que restou um único candidato capaz de afirmar a atualidade da Revolução Francesa: trata-se do Estado democrático de direito. A democracia e os direitos formam o núcleo universalista do Estado constitucional, que resultou das múltiplas variantes da Revolução Americana e Francesa.” *Id.* **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Volume II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 252.

¹⁶⁰ HABERMAS, *op. cit.*, p. 277.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 276.

da vida, aberto e estruturado lingüisticamente, encontra o seu ponto de apoio somente na prática de entendimento de uma comunidade de linguagem.¹⁶²

Pela proposta de Habermas há uma relação entre sujeitos que possam comunicar-se. Diversamente da perspectiva do paradigma da consciência, o qual considerava uma relação entre um sujeito e um objeto.

A perspectiva de Habermas desemboca em uma proposta também para o conceito de razão. Com o advento do Iluminismo, o homem foi considerado como um ser dotado de razão, o que lhe proporcionaria liberdade e emancipação. Ocorre que essa mesma razão foi utilizada também como instrumento de dominação. Assim,

essa razão dominadora permitia, também, recuperar a imagem de uma natureza não-oprimida, e em certos momentos pensar projetos de libertação. O Iluminismo é as duas coisas: dominação através de uma razão que calcula e manipula e ao mesmo tempo a única perspectiva possível de quebrar o jugo do mundo reificado. Essa é a 'dialética do Iluminismo': unidade da repressão e do progresso, da liberdade e da barbárie.¹⁶³

Portanto, através da razão, pretendia-se libertar o homem das amarras da religião e das autoridades, transformando-o em um indivíduo autônomo. Porém, essa mesma razão tolheu a liberdade desse indivíduo, mas através do paradigma da compreensão a razão pode ser obtida via o entendimento entre sujeitos. A partir de um agir comunicativo

a coordenação bem sucedida da ação não está apoiada na racionalidade teleológica dos planos individuais de ação, mas na força racionalmente motivadora de atos de entendimento, portanto, numa racionalidade que se manifesta nas condições requeridas para um acordo obtido comunicativamente.¹⁶⁴

Dessa forma, a razão do ser humano estaria evidenciada quando da possibilidade de comunicação com outro indivíduo, decorrência do paradigma da compreensão, o qual se exige uma relação entre sujeitos. Em virtude dessa mudança no referencial metodológico filosófico, seria possível evidenciar uma nova fase da modernidade. Trata-se de uma tentativa de dar continuidade ao projeto da modernidade valendo-se do paradigma da compreensão.

¹⁶² *Id. Pensamento Pós-Metafísico: estudos filosóficos*. 2ª. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 52.

¹⁶³ ROUANET, Sérgio Paulo. *As Razões do Iluminismo*. São Paulo: Cia das Letras, 2000, p. 333.

¹⁶⁴ HABERMAS, *op. cit.*, p. 72.

Com o paradigma da compreensão, Habermas propõe um novo conceito de democracia, a democracia como processo¹⁶⁵. O autor desenvolve este conceito com base na teoria do discurso, assumindo elementos tanto da concepção liberal como republicana sobre democracia, mas “compondo-os de modo diverso”¹⁶⁶, pendendo um pouco mais para a segunda concepção¹⁶⁷. Sobre a formulação de seu conceito de democracia Habermas afirma que:

Na teoria do discurso, o desabrochar da política deliberativa não depende de uma cidadania capaz de agir coletivamente e sim, da institucionalização dos correspondentes processos e pressupostos comunicacionais, como também do jogo entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas que se formaram de modo informal. A procedimentalização da soberania popular e a ligação do sistema político às redes periféricas da esfera pública política implicam a imagem de uma sociedade descentrada. Em todo o caso, esse modelo de democracia não precisa mais operar com o conceito de uma totalidade social centrada no Estado, representado como um sujeito superdimensionado e agindo em função de um objetivo. Ele também não representa a totalidade num sistema de normas constitucionais que regulam de modo neutro o equilíbrio do poder e dos interesses segundo o modelo do mercado. Pois, a teoria do discurso dispensa os clichês da filosofia da consciência que recomendam que atribuamos, de um lado, a prática de autodeterminação dos sujeitos privados a um sujeito da sociedade como um todo, e, de outro lado, que imputemos a dominação anônima das leis a sujeitos particulares que concorrem entre si. No primeiro caso, a cidadania é vista como um ator coletivo que reflete a totalidade e age em função dela; no segundo, os atores singulares funcionam como variável dependente em processos do poder que se realizam cegamente porque, além dos atos de escolha individual, existem decisões coletivas agregadas, porém não realizadas conscientemente.¹⁶⁸

E ainda:

A teoria do discurso conta com a intersubjetividade de processos de entendimento, situada num *nível superior*, os quais se realizam através de procedimentos democráticos ou na rede comunicacional de esferas públicas políticas. Essas comunicações destituídas de sujeito – que acontecem dentro e fora do complexo parlamentar e de suas corporações – formam arenas nas quais pode acontecer uma formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de matérias relevantes para toda a sociedade e necessitadas de regulamentação. O fluxo comunicacional que serpeia entre formação pública da vontade, decisões institucionalizadas e deliberações legislativas, garante a transformação do poder produzido comunicativamente, e da influência adquirida através da publicidade, em poder aplicável administrativamente pelo caminho da legislação.¹⁶⁹

¹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Volume II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 19.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 21.

¹⁶⁷ *Id.* **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 36.

¹⁶⁸ HABERMAS, *op. cit.*, p. 21.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 21 e 22.

Portanto, Habermas propõe que a democracia se dá através de processos de comunicação, no qual os sujeitos teriam a possibilidade de apresentar seu(s) argumento(s) a respeito dos mais variados temas. Em decorrência dessa concepção, a democracia não estaria vinculada à noção de que um sujeito seria o representante de todos os sujeitos. Isso impede que a decisão de um ator, ao qual se atribui o *status* de representante, prevaleça como decisão da maioria.

A proposta de Habermas afasta a ilusão de que se vive em uma democracia, na qual os indivíduos teriam seus interesses defendidos por seus representantes. Ao se eleger determinado indivíduo para que exerça o mandato de deputado federal, este poderá propor projetos de lei que prevejam formas de enrijecimento na execução da pena de prisão ou a criação de novos tipos penais. Tal proposta legislativa não expressa o interesse de todas as pessoas, já que não lhes foi permitido a apresentação de seus argumentos. De projetos de lei elaborados por parlamentares, é possível resultar a vedação da comunicação de indivíduos presos. Isso também implica ofensa ao Estado Democrático de Direito, conforme a proposta de Habermas.

A impossibilidade de apresentação dos argumentos não se dá apenas no que respeita à elaboração de leis penais. Essa impossibilidade também se verifica na adoção de medidas político-criminais por parte do Poder Executivo para conter a criminalidade. Exemplo disso foi a recente adoção de pistolas Taser¹⁷⁰ para serem utilizadas por policiais da Força Nacional Brasileira. Ressalte-se que os guardas municipais de São José dos Pinhais no Estado do Paraná já fazem uso das mencionadas pistolas¹⁷¹.

A adoção das pistolas Taser foi justificada por, em princípio, não ser uma arma letal. Ocorre que a população não teve oportunidade de apresentar seus argumentos a respeito do tema, dado que a pistola no mínimo fere a integridade física e a capacidade de resistência aos impulsos elétricos pode variar de pessoa para pessoa. Diante disso, verifica-se a adoção de medidas político-criminais sem a prévia oitiva dos argumentos dos indivíduos, os quais poderão ser seu alvo.

A democracia como processo, portanto, implica oportunizar a exposição do argumento de cada indivíduo. A importância dessa concepção sobre

¹⁷⁰ “Pistolas Taser são armamentos não-letais que emitem impulso elétricos na forma de ondas, com o mesmo formato das ondas cerebrais.” http://www.taserbrasil.com.br/taser_informacoes_para_projetos.pdf. Acesso em 27 de janeiro de 2009.

¹⁷¹ <http://www.sjp.pr.gov.br/porta/portal/noticia.php?id=1232652495013777> Acesso em 28 de janeiro de 2009.

democracia na Política Criminal pode ocasionar a limitação da expansão do Direito Penal, bem como a instituição de medidas político-criminais que preservem a dignidade da pessoa humana.

2.3.2 A Política Criminal na Modernidade Líquida

Para se analisar a Política Criminal, pode-se apresentar a concepção de Zygmunt Bauman sobre a atual fase da modernidade. Bauman cunhou a expressão Modernidade Líquida, para se referir ao atual estágio da modernidade. Antes de fazer referência ao significado da mencionada expressão, é necessário esclarecer que Bauman utilizava a expressão pós-modernidade, mas acabou por preteri-la.

Bauman, no ano de 2004, em entrevista publicada na revista Tempo Social, explicou o motivo que o levou a utilizar o termo Modernidade Líquida. Afirma ele que preferiu falar em modernidade líquida em virtude da confusão semântica decorrente das expressões sociologia pós-moderna e sociologia da pós-modernidade¹⁷². O autor explica:

fiquei cansado de tentar esclarecer uma confusão semântica que não distingue sociologia pós-moderna de sociologia da pós-modernidade, "pós-modernismo" de "pós-modernidade". No meu vocabulário, "pós-modernidade" significa uma sociedade (ou, se se prefere, um tipo de condição humana), enquanto "pós-modernismo" refere-se a uma visão de mundo que pode surgir, mas não necessariamente, da condição pós — moderna. Procurei sempre enfatizar que, do mesmo modo que ser um ornitólogo não significa ser um pássaro, ser um sociólogo da pós-modernidade não significa ser um pós-modernista, o que definitivamente não sou. Ser um pós-modernista significa ter uma ideologia, uma percepção do mundo, uma determinada hierarquia de valores que, entre outras coisas, descarta a idéia de um tipo de regulamentação normativa da comunidade humana, assume que todos os tipos de vida humana se equivalem, que todas as sociedades são igualmente boas ou más; enfim, uma ideologia que se recusa a fazer qualquer julgamento e a debater seriamente questões relativas a modos de vida viciosos e virtuosos, pois, no limite, acredita que não há nada a ser debatido. Isso é pós-modernismo. Mas eu sempre estive interessado na sociologia da pós-modernidade, ou seja, meu tema tem sempre sido compreender esse tipo curioso e em muitos sentidos misterioso de sociedade que vem surgindo ao nosso redor; e a vejo como uma condição que ainda se mantém eminentemente moderna na suas ambições e *modus operandi* (ou seja, no seu esforço de modernização compulsiva, obsessiva), mas que está desprovida das antigas ilusões de que o fim da

¹⁷² PALLARES-BURKE, Maria Lúcia Garcia. Entrevista com Zigmunt Bauman. **Tempo social**, São Paulo, v. 16, n. 1, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702004000100015&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 21 de abril de 2008. doi: 10.1590/S0103-20702004000100015.

jornada estava logo adiante. É nesse sentido que pós-modernidade é, para mim, modernidade sem ilusões.¹⁷³

Para Bauman a pós-modernidade não significa a descontinuidade da modernidade, mas sim a possibilidade de análise da sociedade. Logo, essa concepção não se confunde com pós-modernismo que, segundo Bauman, seria uma visão sobre o mundo que não permitiria a discussão sobre a própria sociedade.

Para evitar a confusão terminológica entre pós-modernidade e pós-modernismo, Bauman optou pelo termo Modernidade Líquida. Essa expressão é detalhada em seu livro de mesmo nome¹⁷⁴, sendo que se vale da comparação entre fluidos e sólidos para apresentar o seu conceito de modernidade líquida. O autor aponta algumas características dos fluidos, mostrando as alterações que estes podem operar nos sólidos. Afirma que

Os fluidos se movem facilmente. Eles 'fluem', 'escorrem', 'esvaem-se', 'respingam', 'transbordam', 'vazam', 'inundam', 'borrifam', 'pingam'; são 'filtrados', 'destilados'; diferentemente dos sólidos, não são facilmente contidos – contornam certos obstáculos, dissolvem outros e invadem ou inundam seu caminho. Do encontro com sólidos emergem intactos, enquanto os sólidos que encontraram, se permanecem sólidos, são alterados – ficam molhados ou encharcados. A extraordinária mobilidade dos fluidos é o que os associa à idéia de 'leveza'. Há líquidos que, centímetro cúbico por centímetro cúbico, são mais pesados que muitos sólidos, mas ainda assim tendemos a vê-los como mais leves, menos 'pesados' que qualquer sólido. Associamos 'leveza' ou 'ausência de peso' à mobilidade e à inconstância: sabemos pela prática que quanto mais leves viajamos, com maior facilidade e rapidez nos movemos.¹⁷⁵

Nota-se que os líquidos possuindo a qualidade da fluidez¹⁷⁶, têm maior mobilidade, sendo capazes de alterar os sólidos. Dada essa fluidez, Bauman utiliza o termo líquido para definir esse estágio da modernidade, no qual tudo é passageiro, tudo é temporário. Para os líquidos, a forma não importa, não se fixam no espaço, para eles o tempo é mais importante¹⁷⁷.

¹⁷³ PALLARES-BURKE, Maria Lúcia Garcia. Entrevista com Zigmunt Bauman. **Tempo social**, São Paulo, v. 16, n. 1, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702004000100015&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 21 de abril de 2008. doi: 10.1590/S0103-20702004000100015.

¹⁷⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 08.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 08.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 07.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 07.

Essa Modernidade Líquida defendida por Bauman possui algumas características. Dentre elas: a explosão da comunicação e velocidade da informação; a insegurança e o ressentimento em relação a estranhos¹⁷⁸.

Em relação à primeira característica, a explosão da comunicação e velocidade da informação, há que se considerar que graças ao desenvolvimento tecnológico operou-se um avanço nos meios de comunicação. Em poucos instantes permite-se via e-mail que duas ou mais pessoas se comuniquem, apesar de estarem em diferentes partes do mundo. Com isso, os seres humanos se quer dependem do transporte físico de seus corpos para conseguirem se comunicar. Anota Bauman

Dentre todos os fatores técnicos da mobilidade, um papel particularmente importante foi desempenhado pelo transporte da informação – o tipo de comunicação que não envolve o movimento de corpos físicos ou só o faz secundária e marginalmente. Desenvolveram-se de forma consistente meios técnicos que também permitiram à informação viajar independente dos seus portadores físicos – e independente também dos objetos sobre os quais informava: meios que libertaram os ‘significantes’ do controle dos ‘significados’. A separação dos movimentos da informação em relação aos movimentos dos seus portadores e objetos permitiu por sua vez a diferenciação de suas velocidades; o movimento da informação ganhava velocidade num ritmo muito mais rápido que a viagem dos corpos ou a mudança da situação sobre a qual se informava.¹⁷⁹

A partir da possibilidade de comunicação através da internet as pessoas humanas acabam por se comunicar muito mais rápido. O tempo que é essencial, não pode ser perdido com longas viagens para tratar de certos assuntos. Agora um simples e-mail ou uma conversa virtual permite não só conhecer outras pessoas ou conversar com familiares que estão distantes (territorialmente falando), como também a realização de negócios entre grandes investidores. Diz Bauman

Com o tempo de comunicação e encolhendo para a insignificância do instante, o espaço e os delimitadores de espaço deixam de importar, pelo menos para aqueles cujas ações podem se mover na velocidade de mensagem eletrônica.¹⁸⁰

E ainda:

¹⁷⁸ Apesar de ter sido relacionadas apenas duas características, no decorrer da análise de ambas serão pontuadas outras, ainda que brevemente, como por exemplo a crise do Estado-nação.

¹⁷⁹ BAUMAN, *op. cit.*, p. 21.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 20.

O golpe mortal na ‘naturalidade’ do entendimento comunitário foi desferido, porém, pelo advento da informática: a emancipação do fluxo de informação proveniente do transporte dos corpos. A partir do momento em que a informação passa a viajar independente de seus portadores, e numa velocidade muito além da capacidade dos meios mais avançados de transporte (...) a fronteira entre o ‘dentro’ e o ‘fora’ não pode mais ser estabelecida e muito menos mantida.¹⁸¹

Nota-se, portanto, que em decorrência da relação existente entre velocidade da comunicação e meios de comunicação, como computadores conectados à internet, há uma superação dos espaços, das delimitações territoriais. Não importa se o indivíduo está em outro Estado, o que importa é a possibilidade de comunicação, e que esta seja veloz.

Com essas considerações percebe-se que os chamados Estados-nação tornaram-se “cada vez mais irrelevantes para as principais ações da vida no século XXI”¹⁸². Há um rompimento de fronteiras em termos comunicativos. Não é necessário sair do seu Estado para se comunicar com pessoas que estejam em outros países. Bauman pontua que a nova elite não se prende a endereços que identifiquem um determinado lugar, mas o que importa a ela é o endereço de e-mail e o número do telefone celular¹⁸³. Apesar de terem todo o espaço, falta-lhes tempo. “Essas pessoas estão constantemente ocupadas e sempre ‘sem tempo’, pois cada momento não é extensivo – experiência idêntica a de ter o tempo ‘todo tomado’.”¹⁸⁴ Enquanto isso, aqueles “vagabundos”¹⁸⁵, estão sendo esmagados “pela carga de uma abundância de tempo redundante e inútil, que não têm com que preencher”¹⁸⁶.

Os Estados-Nação não foram atingidos apenas no aspecto territorial, mas também no econômico e cultural¹⁸⁷. A economia dos países está submetida às

¹⁸¹ BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: a busca pela segurança. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p. 18.

¹⁸² *Ibid.*, p. 53.

¹⁸³ Conforme Bauman: “O mundo habitado pela nova elite não é porém definido por seu ‘endereço permanente’ (no antigo sentido físico e topográfico). Seu mundo não tem outro ‘endereço permanente’ que não o e-mail e o número do telefone celular. A nova elite não é definida por qualquer localidade: é em verdade extraterritorial.” *Ibid.*, p. 53.

¹⁸⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 96.

¹⁸⁵ Segundo Bauman vagabundos seriam aqueles que “não podem realmente se permitir as opções sofisticadas em que se espera que sobressaiam os consumidores; seu potencial de consumo é tão limitado quanto seus recursos.” *Ibid.*, p. 104.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 96.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 71-72.

ordens globais e não locais, qualquer desrespeito a tais ordens implica a “imediata e furiosa punição dos mercados mundiais”¹⁸⁸.

Dessa forma, tudo está sujeito à fluidez. Na Modernidade Líquida, nem mesmo o Estado consegue manter sólidas barreiras para conter os avanços da globalização e a repercussão disso nas relações humanas.

Ainda, uma das grandes repercussões nas relações humanas, dada a fluidez da Modernidade Líquida, é a insegurança. Esta decorre dos medos que aterrorizam as pessoas¹⁸⁹. Bauman afirma que

As oportunidades de ter medo estão entre as poucas coisas que não se encontram em falta nesta nossa época, altamente carente em matéria de certeza, segurança e proteção. Os medos são muitos e variados. Pessoas de diferentes categorias sociais, etárias e de gênero são atormentadas por seus próprios medos; há também aqueles que todos nós compartilhamos – seja qual for a parte do planeta em que possamos ter nascido ou que tenhamos escolhido (ou sido forçados a escolher) para viver.¹⁹⁰

Tais medos acabam por impedir que os indivíduos vivam normalmente, que freqüentem determinados lugares, por exemplo. Além disso, colaboram para que se enxergue o outro como um inimigo, um estranho¹⁹¹. Assim,

O outro – lançado numa condição de forçada estranheza, guardada e cultivada pelas fronteiras espaciais estritamente vigiadas, mantido a distância e impedido de ter um acesso comunicativo regular ou esporádico – é além disso mantido na categoria de estranho, efetivamente despojado da singularidade individual, pessoal, a única coisa que poderia impedir a estereotipagem e assim contrabalançar ou mitigar o impacto subjugador da lei – também da lei criminal.¹⁹²

Portanto, o outro é caracterizado como uma ameaça àqueles que se sentem incluídos na sociedade de consumo, acaba sendo o destinatário da legislação penal. Essa sensação de insegurança possibilita impulsionar a instituição

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 74. Exemplo disso é atual crise econômico-financeira, a qual não atingiu apenas um país, mas traz repercussões para os demais Estados.

¹⁸⁹ “A preocupação com a segurança pessoal, inflada e sobrecarregada de sentidos para além de sua capacidade em função dos tributários de insegurança e incerteza psicológica, eleva-se ainda acima de todos os outros medos articulados, lançando sombra ainda mais acentuada sobre todas as outras razões de ansiedade.” *Ibid.*, p. 127.

¹⁹⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, p. 31.

¹⁹¹ “Podemos afirmar que a variedade moderna de insegurança é caracterizada distintivamente pelo medo da maleficência e dos malfetores *humanos*. Ela é desencadeada pela suspeita em relação a outros seres humanos e suas intenções, e pela recusa em confiar na constância e na confiabilidade do companheirismo humano, e deriva, em última instância, de nossa inabilidade e/ou indisposição para tornar esse companheirismo duradouro e seguro, e portanto confiável.” BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007, p. 63.

¹⁹² BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 115-116.

de Políticas Criminais, as quais auxiliam na expansão do Direito Penal, bem como no enrijecimento das penas privativas de liberdade¹⁹³. A sensação de insegurança provenientes desses medos, os quais afetam um número indeterminado de pessoas, colabora para que sejam elaboradas normas penais que aumentam o número de condutas consideradas delitivas, bem como as que alteram a forma de execução da pena privativa de liberdade.

Exemplo disso é a lei 8.072/90, a qual determinou em seu artigo 5º a alteração do artigo 83 do Código Penal, dificultando a concessão de livramento condicional no caso de crimes hediondos e tráfico ilícito de drogas, tortura e terrorismo. Por tal alteração, o indivíduo que tenha cometido algum dos crimes referidos, para fazer ser beneficiado pelo livramento condicional terá que cumprir no mínimo 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade. Ressalta-se que o mesmo artigo prevê a proibição da concessão do livramento caso o cidadão seja reincidente específico. Com essa determinação, demonstra-se o arrefecimento das normas penais, reduzindo a esfera de liberdade individual. É o inimigo da sociedade isolado por mais tempo na prisão, a pretexto de ser ele o causador dos medos e insegurança.

Portanto, a sensação de insegurança é uma tônica da Modernidade Líquida. Tal sensação acaba por se tornar uma justificativa para a elaboração de normas penais redutoras da esfera de liberdade dos cidadãos, servindo como o principal instrumento de Política Criminal.

2.3.3 A Política Criminal na Modernidade Reflexiva

A Política Criminal na fase atual da modernidade também pode ser analisada a partir da categoria risco¹⁹⁴. Para tanto, faz-se necessário tratar sobre a

¹⁹³ Segundo Bauman “A construção de novas prisões, a redação de novos estatutos que multiplicam as infrações puníveis com prisão e o aumento das penas – todas essas medidas aumentam a popularidade dos governos, dando-lhes a imagem de severos, capazes, decididos e, acima de tudo, a de que ‘fazem algo’ não apenas explicitamente pela segurança individual dos governados mas, por extensão, também pela garantia e certeza deles – e fazê-lo de uma forma altamente dramática, palpável, visível e tão convincente.” BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 127.

¹⁹⁴ Luhmann faz distinção entre os termos risco e perigo: “A distinção entre risco e perigo tem como base um procedimento de atribuição, depende, pois, de por quem e como são imputados quaisquer danos. No caso de uma auto-atribuição se trata de riscos, em caso de atribuição alheia, se trata de perigos. Somente para os fumantes representa um risco o câncer, para os demais é, como sempre, um perigo. Conseqüentemente, quando um dano qualquer se considera como consequência da própria decisão e se atribuem a esta decisão, se trata de riscos, com

Modernidade Reflexiva proposta por Ulrich Beck. Esse autor parte da existência de uma segunda modernidade, a qual seria o reflexo da primeira modernidade. Beck caracteriza essas duas modernidades, afirmando que a primeira modernidade foi

baseada nas sociedades de estados-nação, nas quais as relações e redes sociais e as comunidades se entendem essencialmente em um sentido territorial. As pautas coletivas de vida, progresso e controle, pleno emprego e exploração da natureza, típicas desta primeira modernidade restam minadas por cinco processos inter-relacionados: a globalização, a individualização, a revolução dos gêneros, o subemprego e os riscos globais (como a crise ecológica e o colapso dos mercados globais). O autêntico desafio teórico e político da segunda modernidade é o fato de que a sociedade deve responder simultaneamente a todos estes desafios.¹⁹⁵

Percebe-se que a primeira modernidade foi marcada pela existência dos Estados-nação, para os quais a delimitação territorial tinha grande importância, diversamente do que ocorre atualmente, já que fronteiras são desconsideradas para fins de investimentos. Outra característica da primeira modernidade, apontada por Beck, é a exploração da natureza. Essa exploração auxiliou no avanço técnico e científico, mas causou danos que são suportados na segunda modernidade.

A segunda modernidade, portanto, é o reflexo da primeira¹⁹⁶. Todos os abusos cometidos na primeira se voltam contra os habitantes da Terra. Isso não se refere apenas a aspectos naturais, mas também econômicos¹⁹⁷. Vive-se sob as ameaças climáticas, bem como sob as ameaças da pobreza.

Dada essas ameaças constantes da Modernidade Reflexiva, é possível afirmar que os seres humanos vivem em uma sociedade de risco. Afirma Beck:

independência de se, e desde quais concepções de racionalidade se tem calculado os riscos frente às possibilidades. Supõe-se, então, que os danos não haveriam ocorrido se tivesse adotado uma decisão diferente. Por sua vez, se fala em perigo quando, e na medida em que sejam quais forem os danos que forem atribuídos a causas que estejam fora do controle. Estas podem ser acontecimentos inevitáveis da natureza ou, também, decisões de outras pessoas, grupos ou organizações.” LUHMANN, Niklas. Riesgo y Peligro. In: **Las Contradicciones Culturales de la Modernidad**. Josetxo Beriain y Maya Aguiluz (coord.) Barcelona: Anthropos Editorial, 2007, p.379-380.

¹⁹⁵ BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo Global**. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI, 2002, p. 02, trad. nossa.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 02, trad. nossa.

¹⁹⁷ Conforme Beck “A sociedade de risco global abre o discurso público e a ciência social is desafios da crise ecológica, que, como sabemos agora, são globais, locais e pessoais ao mesmo tempo. E isso não é tudo. Na ‘era global’, o tema do risco une âmbitos da nova política transnacional, por demais díspares, com a questão da democracia cosmopolita: com s nova economia política da incerteza, os mercados financeiros, os conflitos transculturais por alimentos e outros produtos (crise das ‘vacas loucas’), as ‘comunidades de risco’ emergentes e a anarquia das relações internacionais.” *Ibid.*, p. 06-07, trad. nossa.

Risco é o enfoque moderno da previsão e controle das conseqüências futuras da ação humana, as diversas conseqüências não desejadas da modernização radicalizada. É uma intenção (institucionalizada) de colonizar o futuro, um mapa cognitivo. Toda sociedade, por suposto, experimentou perigos. Mas o regime de risco é uma função de uma nova ordem: não é nacional, mas sim global.¹⁹⁸

Assim, a mencionada sociedade de risco, graças à busca incansável por avanços científicos e tecnológicos, fez com que a vida dos indivíduos ficasse sujeita aos riscos. Essa sociedade, conforme Beck, seria fruto da sociedade industrial. Nesta os homens se apropriaram dos recursos naturais, explorando-os sob a justificativa de alcançar o avanço técnico-científico. Tal exploração fez com que a natureza se voltasse contra seus exploradores. Desse modo,

Esta experiência, que fez cambalear-se por um instante a nossa forma de vida, reflete o fato de que o sistema industrial mundial se encontra a mercê da 'natureza' integrada e contaminada industrialmente. A contraposição da natureza e sociedade é uma construção do século XIX que servia ao duplo fim de dominar e ignorar a natureza. A natureza está submetida e esgotada no final do século XX, e desse modo passou de um fenômeno exterior a um interior, passou de um fenômeno dado a um produzido.¹⁹⁹

Nota-se que, dada à exploração da natureza para avançar tecnologicamente, houve uma degradação ambiental da qual surgem vários riscos à sociedade. Em decorrência desse panorama, quanto mais riscos existirem maior será a preocupação em se tutelar mais bens jurídicos. “O objetivo da sociedade de risco é que todos sejam *protegidos* do veneno”²⁰⁰. Em decorrência disso, estaria em marcha um movimento na sociedade de risco: “*Tenho medo! No lugar da comunidade da miséria aparece a comunidade do medo.*”²⁰¹

Esse medo e os riscos refletem-se na Política Criminal Brasileira. Exemplo disso é a Lei 9605/98, que em prol da proteção ambiental, expandiu o rol de condutas delitivas. Ocorre que vários dos tipos penais previstos na referida lei são normas penais em branco. Essa espécie de norma penal, para ser aplicada, exige complementação via outras normas²⁰².

¹⁹⁸ BECK, *op. cit.*, p. 05, trad. nossa.

¹⁹⁹ *Id.* **La sociedad del Riesgo:** hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M^a Rosa Borrás. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1998, p. 13, trad. nossa.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 55, trad. nossa.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 56, trad. nossa.

²⁰² “A defesa de um direito penal com tipos abertos, difusos, indeterminados, ou com normas penais dependentes de uma normatividade integradora (normas penais em branco), ou de um regramento judicial, são características de um Direito Penal autoritário e demasiadamente repressivo, inadmissível no atual estado de desenvolvimento da civilização.” GIACOMOLLI, Nereu José. O Princípio da Legalidade como Limite do *ius puniendi* e Proteção

Os artigos 38 e 38-A da Lei 9605/98 são normas penais em branco, complementadas via portarias provenientes do Poder Executivo. Ao determinarem a observância às “normas de proteção”, permitem que tal Poder legisle em matéria penal.

Em razão disso, a pretexto de conter um risco – degradação da flora brasileira – infringe-se ao menos dois requisitos decorrentes do princípio da legalidade²⁰³: o da *lex scripta* e o da *lex certa*. Pelo requisito da *lex scripta* impõe-se que as normas penais sejam veiculadas via leis em sentido formal. Torna-se imprescindível a previsão de delitos e penas em leis emanadas do Poder Legislativo²⁰⁴. Com isso, não se pode permitir ao Poder Executivo legislar em matéria penal.

Fora essa infringência ao princípio da legalidade, as normas penais em branco previstas nos dispositivos na Lei 9605/98 desrespeitam o requisito da *lex certa*. Por esse requisito “todas as leis penais devem ser formuladas da maneira mais clara, inequívoca e exaustiva possível, a fim que se dêem a conhecer por inteiro a seus destinatários: o cidadão e o juiz”²⁰⁵.

As normas penais em branco não observam o requisito *lex certa*, pois não oferecem a clareza exigida. Isso se deve à dificuldade em se encontrar portarias, bem como à facilidade na alteração de tais atos administrativos, o que impossibilita seu conhecimento por cidadãos e operadores do direito.

Diante disso, nota-se a repercussão da atual sociedade de risco na Política Criminal Brasileira. Para se conter a degradação ambiental, admitiu-se a criação de mais tipos penais e a utilização da técnica de formulação das normas penais em branco²⁰⁶.

Ante ao exposto, a Política Criminal da atual fase da modernidade é impulsionada pela elaboração de leis penais. Essa elaboração se dá sem a possibilidade de apresentação do argumento dos cidadãos, justificadas pelos medos, riscos e insegurança que assolam os seres humanos. Percebe-se que ao

dos Direitos Fundamentais. In: **Direito Penal em Tempos de Crise**. Lenio Streck (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 163.

²⁰³ “O limite que impõe este princípio formal condiciona a atuação do Estado durante todo o processo criminal; isto é, influi na forma do estabelecimento da lei, dos delitos e de suas penas, de seus procedimentos e da forma de cumprimento das penas.” BUSATO, MONTES HUAPAYA, *op. cit.*, p. 123.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 135.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 139.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 109.

não se permitir a apresentação do próprio argumento na elaboração das leis penais, há a inviabilidade de interação entre as pessoas, admitindo apenas a interação entre alguns grupos.

Os medos, riscos e insegurança impulsionam o afastamento entre os indivíduos, o que implica também na falta de interação. Essa falta de interação alcança a Política Criminal ao instituir medidas/leis que fomentam a segregação entre pessoas e não-pessoas/presos. Diante disso, considerando a necessidade de interação entre os seres humanos via as mais diversas formas de comunicação, adotar-se-á o termo Modernidade Interativa para se referir à atual fase da modernidade.

2.4 Discurso e práxis político-criminal na Modernidade Interativa

Devido aos medos e riscos nas relações humanas e o sentimento de insegurança, há uma busca por mais segurança. Os riscos existentes na Modernidade Interativa despertam nos seres humanos a sensação de estarem sob a iminência de uma desgraça.

Com isso, os representantes do povo encontram subsídios para a instituição de uma Política Criminal contrária ao controle penal apenas do intolerável²⁰⁷. Afasta-se, sob o discurso de que se pretende aumentar a segurança dos cidadãos, a Política Criminal fundada em garantias, dando azo à instituição de uma Política Criminal do Inimigo²⁰⁸, esta impossibilita a interação entre os indivíduos.

Em razão disso, com fundamento, busca pela segurança, auxilia-se o enrijecimento da pena privativa de liberdade²⁰⁹, seguindo-se os nortes de uma Política Criminal do Inimigo. Dessa forma,

O discurso que aparece então é o da necessidade absoluta de segurança, que faz justificar um tratamento diferenciado e recrudescente ao delinqüente, convertendo o modelo de controle social do intolerável em um

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 70.

²⁰⁸ “Simultaneamente a esse novo rigor punitivo, o Estado contemporâneo foi esmaecendo sua agenda protetora dos direitos dos cidadãos.” TEIXEIRA, Alessandra; MATSUDA, Fernanda Emy; SALLA, Fernando; ALVAREZ, Marcos César. O Sistema Prisional: um debate necessário. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 67, p. 236, jul-ago 2007.

²⁰⁹ “O que impulsiona esse impressionante crescimento da população encarcerada no Brasil e no mundo é um conjunto de medidas legislativas e de práticas nas instituições de internação e reclusão articuladas com políticas penais cada vez mais severas.” *Ibid.*, p. 238.

modelo intolerável de controle social, transformando-se de um Direito penal do risco em um Direito penal do inimigo.²¹⁰

Com isso, mesmo valendo-se do discurso político-criminal da busca pela segurança, reduz-se a liberdade dos indivíduos. O Direito Penal, guiado por este discurso, aumenta o controle através da privação de liberdade e conseqüentemente sua possibilidade de interação. Ao se adotar tal perspectiva, distancia-se do “controle social do intolerável, visando à proteção seletiva de bens jurídicos”²¹¹.

Essa Política Criminal do Inimigo encontra como pretexto para criar mais tipos penais e enrijecer a pena privativa de liberdade na suposta existência de insegurança na Modernidade Interativa. Pode-se afirmar que a sensação de insegurança se deve não propriamente a riscos existentes, mas sim ao distanciamento das fontes de risco, o que não proporciona o conhecimento suficiente a respeito de determinadas atividades. Assim, “A distância para com as fontes de risco gera uma falsa sensação de insegurança, que faz com que o homem migre em busca de uma segurança que lhe é apresentada falsamente na embalagem do Direito penal”²¹².

Apesar disso, instituem-se medidas penais restritivas de liberdade em Estados Democráticos de Direito. Investe-se na criação de mais prisões, pune-se com mais pena privativa de liberdade para se tentar banir a insegurança do indivíduo. Nesse sentido, Bauman afirma que

A construção de novas prisões, a redação de novos estatutos que multiplicam as infrações puníveis com prisão e o aumento das penas – todas essas medidas aumentam a popularidade dos governos, dando-lhes a imagem de severos, capazes, decididos e, acima de tudo, a de que ‘fazem algo’ não apenas explicitamente pela segurança individual dos governados mas, por extensão, também pela garantia e certeza deles – e fazê-lo de uma forma altamente dramática, palpável, visível e tão convincente.²¹³

Nota-se que o Estado através da Política Criminal simplesmente legisla para fazer prevalecer medidas que pouco se adaptam a um Estado

²¹⁰ BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo, quem é você? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 66, p. 322, mai-jun 2007.

²¹¹ *Id.* Por que, afinal, aplicam-se penas? In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo**: livro em homenagem ao Prof.º Dr.º Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 522.

²¹² BUSATO, *op. cit.*, p. 321.

²¹³ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as conseqüências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 127.

Democrático de Direito. Isso enseja a afronta o princípio da dignidade da pessoa humana e conseqüentemente da defesa dos direitos e garantias fundamentais.

Com isso, torna-se cada vez mais difícil de se conquistar a segurança. Além disso, se as medidas estatais giram em torno apenas da produção legislativa penal, deixa-se de lado aspectos sociais, os quais poderiam auxiliar na busca pela interação daqueles que são transformados em inimigos. Assim,

Esperar que o Estado, se chamado ou pressionado adequadamente, fará algo palpável para mitigar a insegurança da existência não é mais realista do que esperar o fim da seca por meio de uma dança da chuva. Parece cada vez mais claro que o conforto de uma existência segura precisa ser procurado por outros meios. A segurança, como todos os outros aspectos da vida humana num mundo inexoravelmente individualizado e privatizado, é uma tarefa que toca a cada indivíduo.²¹⁴

O Estado, portanto, atuando por meio de legislação penal não age em prol dos indivíduos. A admissão de pena privativa de liberdade mais severa e a criação de mais presídios demonstram o controle social que pode ser exercido sobre a população e não a busca por segurança.

A cada nova lei penal há uma mera sensação de segurança por parte dos cidadãos ou de que o Estado toma providências para combater a criminalidade, mas ao se editar cada vez mais leis penais, perde-se mais liberdade e a possibilidade de interação. Há um conflito entre segurança e liberdade. Os cidadãos sufocados pela insegurança se deixam levar pelo entusiasmo da edição de mais uma lei penal. Inebriados por esse entusiasmo não percebem que perdem liberdade e autonomia. Afinal, as normas penais têm como destinatários todos os indivíduos e não apenas o considerado como estranho²¹⁵. A respeito desse conflito existente na Modernidade Interativa entre a busca por segurança e a perda da liberdade, afirma Bauman que “segurança sem liberdade é escravidão”²¹⁶ “e a liberdade sem segurança equivale a estar perdido e abandonado”²¹⁷.

²¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 102.

²¹⁵ Estranho para Bauman significa aquele que é “mantido a distância e impedido de ter um acesso comunicativo regular ou esporádico – é além disso mantido na categoria de estranho, efetivamente despojado da singularidade individual, pessoal, a única coisa que poderia impedir a estereotipagem e assim contrabalançar ou mitigar o impacto subjugador da lei – também da lei criminal.” BAUMAN, *op. cit.*, p. 106.

²¹⁶ BAUMAN, *op. cit.*, p. 24.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 24.

A Política Criminal do Inimigo, portanto, não condiz com o projeto da modernidade. Não atende ao individualismo, à autonomia, nem à universalidade desses ideais. Priva a pessoa humana de sua liberdade, atingindo até mesmo sua liberdade de comunicação. Ao atingir a liberdade de comunicação, inviabiliza a oportunidade de o indivíduo apresentar seus argumentos, rompe com a instituição de um Estado Democrático de Direito, o qual passa a efetivar a exclusão de cidadãos via pena privativa de liberdade.

CAPÍTULO 3: A EXCLUSÃO DERIVADA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA MODERNIDADE INTERATIVA

Com a instituição de leis penais com novos tipos penais e penas privativas de liberdades mais severas, como medidas político-criminais, impede-se a interação entre os indivíduos. Diante disso, será abordado neste capítulo a exclusão operada pelo cárcere, bem como pelos guetos/favelas.

Para demonstrar a falta de interação e a exclusão de pessoas na Modernidade Interativa, torna-se necessária a análise dos processos de criminalização primária e secundária. Além disso, será tratado sobre a teoria do *labeling approach*.

E, finalmente, a apresentação do modelo prisional do inimigo. Tal apresentação se deve pelo fato de referido modelo prisional impedir a interação do preso via supressão da possibilidade de comunicação, inviabilizando sua própria existência.

3.1 As prisões hoje

Na Modernidade Interativa há uma gama de excluídos²¹⁸, aqueles indesejáveis, sem muitas oportunidades, os quais são assolados pela falta de preservação de sua individualidade e autonomia. Ao instituir Política Criminal do Inimigo, o Estado Democrático de Direito contribui para a exclusão de seres humanos²¹⁹. O instrumento utilizado para a efetivação da impossibilidade de interação entre os indivíduos, bem como para se atingir o ápice da exclusão, é a pena privativa de liberdade²²⁰.

²¹⁸ “A transição da modernidade à modernidade recente pode ser vista como um movimento que se dá de uma sociedade inclusiva para uma sociedade excludente. Isto é, de uma sociedade cuja tônica estava na assimilação e na incorporação para uma que separa e exclui.” YOUNG, *op. cit.*, p. 23.

²¹⁹ “o Estado contemporâneo foi esmaecendo sua agenda protetora dos direitos dos cidadãos. Novas preocupações em termos de políticas de segurança deslocaram a pauta *welfarista*, ao menos onde esta era hegemônica, para uma pauta mais coercitiva, policial, penal, voltada especialmente para o controle social.” TEIXEIRA, MATSUDA, SALLA, ALVAREZ, *op. cit.*, p. 236. Nesse sentido ainda BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007, p. 55.

²²⁰ “O Sistema de Justiça Criminal no Brasil tem privilegiado as condenações às penas privativas de liberdade. Ao longo dos últimos anos, tais condenações têm sido empregadas com muito maior frequência pelo Poder Judiciário cuja tendência mais representativa parece apontar – na maior parte dos estados, pelo menos – para um endurecimento da execução penal e para a prolatação de sentenças mais longas.” ROLIM, Marcos. *Prisão e Ideologia: Limites e Possibilidades para a Reforma Prisional no Brasil*. In: CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. parte I, p. 78.

As prisões vêm sendo utilizadas como depósitos de excluídos. Tais estabelecimentos servem como forma para afastar um problema, o grande número de pobres que habitam o mundo, sendo tratados como um risco para a sociedade. Como afirma Bauman,

A separação espacial que produz um confinamento forçado tem sido ao longo dos séculos uma forma quase visceral e instintiva de reagir a toda diferença e particularmente à diferença que não podia ser acomodada nem se desejava acomodar na rede habitual das relações sociais.²²¹

Desse modo, as prisões são utilizadas para isolar os indesejáveis, aqueles com quem não se pretende interagir. As penitenciárias auxiliam a concretização do ideal da política da sociedade dos turistas. Nesse sentido,

Um mundo sem vagabundos é a utopia da sociedade dos turistas. A política da sociedade dos turistas pode ser em grande parte explicada – como a obsessão com a ‘lei e a ordem’, a criminalização da pobreza, o recorrente extermínio dos parasitas etc. – como um esforço contínuo e obstinado para elevar a realidade social, contra as evidências, ao nível dessa utopia.²²²

Assim, pretende-se isolar nas prisões aqueles que não podem consumir, que na imensa maioria são os indivíduos mais fracos e estigmatizados. O lema é trancafiar a pobreza, valendo-se do argumento busca por mais segurança da maioria.

Ocorre que a maioria não é composta por incluídos – proprietários do espaço e sem tempo -, mas sim por excluídos – sem espaço, porém com tempo. Penitenciárias são locais para abrigar a maioria, a qual isolada não tem possibilidade de apresentar seus argumentos, de interagir com quem desejarem. Isso privilegia uma minoria, contrariando a perspectiva de um Estado Democrático de Direito.

Trancafiados, os excluídos são considerados como estranhos, como problema que deve ser afastado do meio social, porque além de contrariar a ordem, são perigosos, são um risco²²³. O cárcere configura-se como a Política Pública

²²¹ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 114.

²²² *Ibid.*, p. 106.

²²³ “As novas estratégias penais se caracterizam cada vez mais como dispositivos de gestão do risco e de repressão preventiva das populações consideradas portadoras desse risco. Não se trata de aprisionar criminosos perigosos individuais, isto é, de neutralizar fatores de risco individual, mas sim de gerir, ao nível de populações inteiras, uma carga de risco que não se pode (e, de resto, não se está interessado em) reduzir.” GIORGI, *op. cit.*, p. 97. No mesmo sentido GIORGI, Alessandro de. **El Gobierno de la Excedencia: postfordismo y control de la multitud**. Trad. José Ángel Brandariz García e Hernán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006, p. 129.

destina aos excluídos²²⁴. Rompe-se, dessa forma, com o ideal de uma Política Criminal baseada apenas no controle social do intolerável²²⁵. Vale-se da pena privativa de liberdade como instrumento de terror contra a pobreza²²⁶. É o pobre na condição de inimigo.

Aos excluídos, pobres, estranhos é destinada a Política Pública do encarceramento²²⁷. Através dessa política pretende-se transmitir que o Estado Democrático de Direito busca meios para manter a segurança da sociedade. O oferecimento de segurança mediante o encarceramento sugere

que há novos e amplos setores da população visados por uma razão ou outra como uma ameaça à ordem social e que sua expulsão forçada do intercâmbio social através da prisão é vista como um método eficiente de neutralizar a ameaça ou acalmar a ansiedade pública provocada por essa ameaça.²²⁸

O afastamento de pessoas do convívio social através do encarceramento, não contribui para a preservação da dignidade da pessoa humana, nem à democracia como processo. Auxilia na marginalização de pessoas presas e na inviabilização destas de apresentarem suas opiniões e argumentos.

3.1.1 Guetos

Além das prisões, pode-se mencionar como outra forma de aprisionamento, e conseqüentemente de exclusão, os guetos. Estes podem ser

²²⁴ “Tal como as pessoas sem emprego, os criminosos (ou seja, aqueles destinados à prisão, acusados e aguardando julgamento, sob supervisão da polícia ou simplesmente com ficha na polícia) não são mais vistos como temporariamente expulsos da vida social normal e destinados a serem ‘reeducados’, ‘reabilitados’ e ‘reenviados à comunidade’ na primeira oportunidade – mas como permanentemente marginalizados, inadequados para a ‘reciclagem social’ e designados a serem mantidos permanentemente fora, longe da comunidade dos cidadãos cumpridores da lei.” BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007, p.76.

²²⁵ BUSATO, MONTES HUAPAYA, *op. cit.*, p. 70.

²²⁶ “O aumento da criminalidade resulta num aumento da população encarcerada. É claro, não há uma relação linear, mas a ausência deste aspecto não elimina o fato de que as populações carcerárias da maioria dos países aumenta a longo prazo, numa resposta, talvez equivocada, à necessidade de controlar a criminalidade.” YOUNG, *op. cit.*, p. 37.

²²⁷ As pessoas pobres “são geridas cada vez menos pelos instrumentos de regulação ‘social’ da pobreza e cada vez mais pelos dispositivos de repressão penal do desvio.” GIORGI, Alessandro de. **A Miséria Governada através do Sistema Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006, p. 96.

²²⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 122-123.

classificados como verdadeiros ou como voluntários²²⁹. Bauman aponta que no primeiro caso, os excluídos não podem sair desses locais, enquanto nos guetos voluntários impede-se a entrada dos indesejáveis, de intrusos.²³⁰

No caso dos guetos verdadeiros, Wacquant explica que sua formação inicial pode ser equiparada à uma “*instituição de exclusão racial* nas primeiras décadas do século XX”²³¹. Esses guetos seriam o local destinado aos negros, ressaltando o referido autor que os brancos étnicos²³² também foram segregados na sociedade estadunidense²³³. Assim, os guetos podem ser conceituados como

um dispositivo sócio-espacial que permite a um grupo estatutário, dominante num quadro urbano, ostracizar e explorar, simultaneamente, um grupo subordinado, portador de um capital simbólico negativo, isto é, de uma propriedade corporal percebida como algo que torna todo o contato com ele degradante.²³⁴

Nota-se que, nos guetos verdadeiros, há também o aprisionamento dos excluídos e a impossibilidade de interação com outras pessoas. A pobreza também tem como endereço os guetos. Portanto, na Modernidade Interativa, os guetos também são utilizados para isolar o pobre/inimigo.

Desse modo, os guetos verdadeiros operam uma “relação de controle e de fechamento etno-racial”²³⁵. Wacquant destaca que o gueto

opera à maneira de uma prisão etno-racial: coloca na gaiola, digamos assim, uma categoria desprovida de honra e reduz severamente as oportunidades de vida de seus membros, ao assegurar ao grupo estatutário dominante, que reside em suas imediações, a ‘monopolização dos bens ou das oportunidades materiais e espirituais’.²³⁶

²²⁹ *Id. Comunidade*: a busca por segurança no mundo atual. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p. 106.

²³⁰ *Ibid.*, p. 106.

²³¹ WACQUANT, Loïc. **Los condenados de la ciudad**: guetos, periferias y Estado. Trad. Marcos Mayer. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2007, p. 70.

²³² Segundo Wacquant os brancos étnicos seriam as pessoas de origem italiana, irlandesa, polonesa, eslava, judia, por exemplo. *Ibid.*, p. 70.

²³³ *Ibid.*, p. 70. Ainda sobre definição de gueto afirma Bauman: “gueto quer dizer ‘impossibilidade de comunidade’. Essa característica do gueto torna a política de exclusão incorporada na segregação espacial e na imobilização uma escolha duplamente segura e a prova de riscos numa sociedade que não pode mais manter todos os seus membros participando do jogo, mas deseja manter todos os que podem jogar ocupados e felizes, e acima de tudo obedientes.” BAUMAN, *op. cit.*, p. 111.

²³⁴ WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. [A Onda Punitiva]. 3ª ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2007, p. 344.

²³⁵ *Ibid.*, p. 345.

²³⁶ *Ibid.*, p. 345.

Sempre na perspectiva do isolamento espacial – já que os excluídos não podem se locomover pelo mundo como os turistas -, nos guetos, assim como nas prisões, afasta-se os indesejáveis. Isolando mais pobres nos guetos/favelas²³⁷, invalido a possibilidade de comunicação dessas pessoas. Segrego mais inimigos, invalido seus argumentos pelo fato de viverem em prisões etno-raciais, por mais que falem, não têm voz, sua tentativa de interação é anulada.

E a partir do isolamento, evidencia-se ainda mais as semelhanças existentes entre prisão e gueto. Ambos são espaços determinados para o depósito de miseráveis. Miseráveis estes considerados um risco para os que estão inseridos na sociedade de consumo.

Além da prisão e do gueto ora denominado verdadeiro, pode-se fazer menção aos guetos voluntários. Segundo Bauman,

Os guetos voluntários diferem dos verdadeiros num aspecto decisivo. Os guetos reais são lugares dos quais não se pode sair (como diz Wacquant, os habitantes dos guetos negros norte-americanos ‘não podem casualmente atravessar para o bairro branco adjacente, sob pena de serem seguidos e detidos, quando não hostilizados, pela polícia’); o principal propósito do gueto voluntário, ao contrário é impedir a entrada de intrusos – os de dentro podem sair à vontade.²³⁸

Essa diferenciação feita por Bauman entre os guetos verdadeiros e os guetos voluntários, vem a reforçar a noção de exclusão dos pobres. Os incluídos, trancafiados em seus condomínios de luxo, visam proteger-se dos excluídos, já que estes foram alçados à condição de inimigo, de produtores de risco.

Ressalte-se que apesar de trancafiados nos guetos voluntários, os incluídos têm a possibilidade de se locomover para onde quiserem e no momento que quiserem. Isso já não ocorre com a população que habita prisões e guetos verdadeiros/reais. Tal população não pode ir para onde quiser, nem na hora que quiser, como pobres inimigos devem permanecer onde estão. Assim, “Os guetos

²³⁷ “No Brasil, por exemplo, a etiqueta favela funde e confunde os distritos operários estáveis que seguem oferecendo sólidos portos de integração proletária à cidade, as zonas em que as vítimas da ‘desindustrialização regressiva’ são abandonadas à própria sorte em uma economia informal dominada pelas atividades criminais e a violência entrópica que estas geram, e os enclaves de marginais definidos pela experiência de um estigma de grupo e uma decadência coletiva.” WACQUANT, Loïc. **Los condenados de la ciudad:** guetos, periferias y Estado. Trad. Marcos Mayer. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2007, p. 23-24.

²³⁸ BAUMAN, *op. cit.*, p. 106.

reais implicam na negação da liberdade. Os guetos voluntários pretendem servir à causa da liberdade.”²³⁹

A proliferação do medo vem a impulsionar a criação dos guetos voluntários. Na modernidade líquida, os seres humanos sentem medo de tudo e de todos. E o miserável é fator de risco, causando medo nos incluídos, fazendo-os se isolarem em residências com muros altos e diversos equipamentos de segurança, bem como refletindo na adoção de um Direito Penal cada vez mais agressivo e, conseqüentemente, em uma pena privativa de liberdade cada vez mais dura. Bauman afirma que,

Dada a intensidade do medo, se não existissem estranhos eles teriam que ser inventados. E eles são inventados, ou construídos, diariamente: pela vigilância do bairro, pela tevê de circuito fechado, guardas armados até os dentes. A vigilância e as façanhas defensivas/agressivas que ela engendra criam seu próprio objeto. Graças a elas, o estranho é metamorfoseado em alienígena, e o alienígena, numa ameaça. As ansiedades esparsas e flutuantes ganham um núcleo sólido.²⁴⁰

A sensação de medo faz com que as pessoas se fechem em suas residências ou condomínios, vendo no excluído a personificação do inimigo. A ânsia por mais segurança reflete-se na expansão penal, reduzindo a esfera de liberdade dos cidadãos. Sente-se medo do desconhecido, por mais que não se tenha motivos para temê-lo.

Desse modo, o simples fato de dizer tenho medo, sem saber exatamente do que se tem medo, faz com que excluídos sejam aprisionados em prisões ou em guetos e que incluídos procurem habitar guetos voluntários. O argumento tenho medo produz a efetivação da segregação, do isolamento das pessoas, fazendo com que, através de políticas penais severas, aumente-se cada vez mais o número de excluídos.

3.2 Os Processos de Criminalização

O medo e a iminência de um risco vêm influenciando a vida das pessoas na Modernidade Interativa, já que gera um sentimento de insegurança²⁴¹.

²³⁹ *Ibid.*, p. 106.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 105.

²⁴¹ “Podemos afirmar que a variedade moderna de insegurança é caracterizada distintivamente pelo medo da maleficência e dos malfeitores *humanos*. Ela é desencadeada pela suspeita em relação a outros seres humanos e

Esta insegurança acaba sendo utilizada como argumento para a produção de normas penais.

A produção de normas penais, e sua conseqüente aplicação, se dão via processos de criminalização. Dado que a criação e aplicação das leis penais interferem na interação entre os seres humanos, serão tratados tanto o processo de criminalização primária e como o de criminalização secundária.

3.2.1 Processo de Criminalização Primária

Através do processo de criminalização primária são elaboradas as normas penais, tipificam-se mais condutas e as respectivas penas²⁴². A produção de normas penais, apesar de vir justificada pelo aumento da segurança, permite a expansão do Direito Penal, o qual, como controle social mais gravoso, deveria se ocupar apenas do intolerável.

Ocorre que dada à sensação de medo e à insegurança, os representantes do povo acabam por justificar uma expansão penal e a ampliação das possibilidades de aplicação da pena privativa de liberdade. É o Direito Penal utilizado como instrumento de Política Criminal na busca incansável por segurança. Dessa forma,

A sociedade brasileira, entre aturdida e perplexa, pensa que o Direito Penal e Processual penal, com leis mais severas, como a dos crimes hediondos, lhe trará a sonhada segurança. Ledo engano, pois só a diminuição do nosso enorme desnível social, a contínua luta pela erradicação dos bolsões de miséria, e o investimento na infância e na juventude nos darão um futuro melhor. Todavia, ao invés de leis penais e processuais-penais mais inteligentes, editamos leis mais rigorosas.²⁴³

Diante disso, a criação de novos delitos e respectivas penas, se dá por processos de criminalização sob o pretexto de que são instituídos para o

suas intenções, e pela recusa em confiar na constância e na confiabilidade do companheirismo humano, e derivam em última instância, de nossa inabilidade e/ou indisposição para tornar esse companheirismo duradouro e seguro, e portanto confiável.” BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007, p. 63.

²⁴² “No processo de ‘criminalização primária’ são selecionadas as condutas que põem em risco o sistema e estabelecem suas definições com suas respectivas conseqüências jurídicas: penas ou medidas de segurança.” BUSATO, MONTES HUAPAYA, *op. cit.*, p. 88.

²⁴³ DELMANTO, Roberto. Da Máfia ao RDD. **Boletim do IBCCrim**, n. 163. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, jun. 2006, p. 05.

aumento da segurança²⁴⁴. Porém, a inserção de novos dispositivos incriminadores amplia a insegurança, dado que aumenta o espectro de admissibilidade de intervenção do controle penal. A tentativa de reduzir insegurança não deve girar em torno do Direito Penal, e sim de Políticas Públicas que auxiliem a inclusão de miseráveis, contrariando a política da eliminação. Nesse sentido Queiroz,

a necessidade de segurança dos cidadãos não é somente uma necessidade de proteção da criminalidade e de processos de criminalização, pois a segurança dos cidadãos corresponde também à necessidade de estar e sentir-se garantidos no exercício de todos os seus próprios direitos: direito à vida, à liberdade, ao livre desenvolvimento da personalidade e das suas próprias capacidades, direito de expressar-se, de comunicar-se, direito à qualidade de vida, assim como o direito de controlar e influir sobre as condições das quais depende, em concreto, a existência de cada um.²⁴⁵

Portanto, a Política Criminal deve observar os referidos direitos dos indivíduos, inclusive o que diz respeito à participação daqueles na elaboração e escolha das medidas político-criminais. A mera criação de normas penais contribui para a exclusão social e não para o aumento da segurança. Não se pode crer que apenas com tais normas será possível resolver os problemas sociais.

Dessa forma, imaginar que a produção de normas penais irá acabar com os medos que fazem os seres humanos se sentirem inseguros é um tanto quanto ingênuo. Não se pode olvidar que a aplicação de tais normas implica na privação de liberdade.

Apesar disso, a resposta dada aos cidadãos continua sendo o Direito Penal. Às crises de segurança vivenciadas no Brasil, por exemplo, são dadas respostas penais²⁴⁶. Cria-se mais normas penais, as quais permitem a expansão penal²⁴⁷.

²⁴⁴ “Fica claramente demonstrado, em nosso país, como as legislações próprias de emergência, que visam ‘acalmar’ a população ou ‘conter’ um determinado tipo de criminalidade, trazem, porém, sob um manto cinzento, a supressão de direitos e garantias fundamentais preconizados na Carta Política. Veja-se, por exemplo, a Lei dos Crimes Hediondos, em que o caráter publicitário ganhou força, porém, não se demonstrou uma efetividade com a edição da referida lei.” CALLEGARI, André Luís. A Concretização dos Direitos Constitucionais: uma leitura dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade nos delitos sexuais. In: **Direito Penal em Tempos de Crise**. Lenio Streck (or.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 135.

²⁴⁵ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 3ª ed. rev. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 111.

²⁴⁶ Ao tratar sobre a crise de segurança no Brasil que ocorreu no ano de 2006, mais especificamente no Estado de São Paulo, Neto e Salla afirmam: “A lógica das iniciativas propostas pelo poder legislativo e pelos governos federal e estadual foi a de impor maior rigor disciplinar nas prisões, ampliar, a severidade nas punições legais já existentes e aumentar a capacidade punitiva e repressiva do Estado. Em parte, tais iniciativas atestam o fracasso de medidas igualmente severas já adotadas anteriormente, como é o caso do Regime Disciplinar Diferenciado

Destaque-se que essa produção de normas penais acaba sendo explorada pela mídia. Esta serve como veículo para incutir nos cidadãos a concepção de que o Direito Penal seria solução para se controlar os índices de criminalidade. O cidadão é assolado por uma gama de informações, as quais podem influenciar a formação de opinião sobre a(s) forma(s) de reduzir a prática delitiva. Assim,

A própria mídia tem maneiras próprias de produzir o seu relato, muitas vezes, ao mesmo tempo em que informa, seduz o expectador com a formação e reformulação de opiniões gerando também, muitas vezes, alienação. A TV digital, talvez, faça isso melhor, com as imagens cada vez mais nítidas, passando a sensação de que quem assiste faz parte da trama e esta faz parte de sua vida, uma mistura cada vez mais intensa e sem distinções entre as fronteiras do real e o não-real.²⁴⁸

Através dos meios de comunicação, portanto, veiculam-se notícias sobre o aumento da violência, os crimes que foram praticados, isso acaba por apavorar a população, fazendo parecer estar sempre sob a iminência de uma desgraça. A veiculação dessas notícias pode obter da população a aprovação do prevailecimento do discurso da insegurança, com o qual se pretende legitimar a expansão penal.

O discurso da insegurança é o do risco, do medo, o qual ao transmitir aos indivíduos a noção de que se necessita da criminalização de outras condutas ou agravamento das penas, reduz a esfera de liberdade de todos sem que se dêem conta. Sobre a influência na formulação da opinião pública, afirma Busato

O efeito criador de opinião, no entanto, fica bastante claro pela análise dos recentes levantamentos estatísticos efetuados pelo *Datafolha*, mencionados pelo editorial do *Boletim do IBCCrim* n. 166, onde se menciona que 'do total de 6.969 entrevistados em todo o País, 51% querem a pena de morte e 84% defendem a redução da maioria penal de 18 para 16 anos'. Estes

(RDD), e a apontam para as enormes dificuldades, não reconhecidas pelas autoridades governamentais, de gestão dos órgãos responsáveis pela segurança pública, em particular as polícias e o sistema prisional, na contenção da criminalidade dentro e fora das prisões.” NETO, Paulo de Mesquita; SALLA, Fernando. Uma Análise da Crise de Segurança Pública de maio de 2006. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº 68, set-out, 2007, p. 328-329.

²⁴⁷ “Percebe-se uma tendência ao endurecimento da legislação e das práticas penais, tentativas de redução da imputabilidade penal, uma expansão na criminalização de condutas, acompanhada de um aumento das penas, com o direito penal atingindo setores antes tradicionalmente alheios ao controle criminal.” MADEIRA, Lúcia Mori. Leituras Criminológicas e Política Criminal na Modernidade Tardia. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, n. 28, ano VIII, jan-mar, 2008, p. 78.

²⁴⁸ SOUSA, Emanuel Bruno Lopes de; BRASIL, Glaucíria Mota. O Espetáculo da Punição e o Elogio à Violência. **IV Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura**, Salvador-BA. Disponível em <http://www.cult.ufba.br/enecult2008/14572.pdf>. Acesso em 03 de agosto de 2008, p. 07.

dados são pertinentes à demonstração de que a opinião pública em geral resta contaminada por uma idéia de lei e de ordem. É um panorama claramente revelador da existência de um Direito penal do inimigo genuinamente brasileiro.²⁴⁹

Assim, é corriqueiro presenciar representantes do poder legislativo, por exemplo, na mídia fazendo pronunciamentos no sentido de afirmar que será criada determinada lei para se combater a prática delitiva, o que auxiliaria na formação da opinião de alguns cidadãos sobre temas penais. Em virtude disso, cria-se mais Direito Penal, o qual é tido como a grande fórmula para responder à falta de segurança no país.

Ante a realidade social que se apresenta, a proliferação de normas penais não vêm contribuindo para a diminuição da prática delitiva²⁵⁰. Como afirma Cervini “a criminalização pode ser utilizada pelo legislador como aparente solução para um problema social.”²⁵¹ Apesar disso, insiste-se na produção de normas penais, as quais não reduzem a alta taxa de criminalidade, já que esta se deve muito mais à ausência de planejamento e estrutura sociais, dada a miséria, a falta de educação, de trabalho que assola o país²⁵².

Valendo-se dessa realidade adversa, os detentores do poder, pretendendo desviar a atenção do que seria a solução mais próxima do ideal direcionam sua função típica à elaboração de projetos para a criação de novos tipos penais. Essa resposta instantânea, a qual pode visar fins eleitorais, e, portanto,

²⁴⁹ BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo, quem é você? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 66, p. 352, mai-jun, 2007.

²⁵⁰ “O endurecimento da legislação não leva a uma redução da violência e criminalidade, senão contribui para tornar o sistema punitivo – penitenciário – ainda mais caótico, mais violador de direitos humanos e mais incentivador de violência, partindo daquela premissa de que o sistema punitivo muito mais do que dissuadir a prática do crime incita o seu cometimento, em esferas muito mais complexas e desenvolvidas de atuação. Se há alguma explicação para a implementação de tais medidas punitivistas, estas se restringem à prestação de contas ao senso comum, ávido por produções legais e embasbacado pela experiência da tolerância zero nova iorquina.” MADEIRA, *op. cit.*, p. 78.

²⁵¹ CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 94.

²⁵² Conforme anota Muñoz Conde o fato de se recorrer “(...) ao Direito penal, demonstra até que ponta muitos políticos estão mais decididos a utilizar a via repressiva punitiva, como única forma de lutar contra estes problemas, antes de adotar medidas sociais ou econômicas para preveni-los, e se não eliminá-los por completo, reduzi-los.” MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 13. E ainda: “A criminalização serve ao político, assim, como reação substitutiva. O legislador, seja conscientemente ou não, se vale de sua função latente de exoneração e se livra da responsabilização em outros setores. Dito de modo mais simples: a criminalização entra no lugar de outras medidas políticas. Esse efeito é o que caracteriza o direito penal simbólico na sua modalidade de legislação álibi. E enquanto ele permanecer latente, tanto melhor para o político, ou seja, a latência marca o limite de funcionamento do mecanismo de enganação.” FIGUEIREDO, Frederico. Política Criminal Populista: para uma crítica do direito penal instrumental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 70, ano 16, jan-fev, 2008, p. 123.

configurar um agir estratégico²⁵³, não reduz os problemas de ordem social, acaba agravando tais problemas, aumentando a prática delitiva²⁵⁴. Os detentores do poder considerados como “formadores de opinião são, na verdade, vendedores de ilusão, oferecendo uma falsa segurança, que, afinal, nunca chega”²⁵⁵.

Percebe-se, que através do discurso do medo e da insegurança, abre-se espaço para a proliferação de normas penais. Com a instituição dessas normas tenta-se transmitir segurança à população. Ocorre que a utilização do Direito Penal para controlar a criminalidade, faz reduzir a esfera de liberdade dos indivíduos.

3.2.2 Processo de Criminalização Secundária

Além do processo de criminalização primária, há também o processo de criminalização secundária²⁵⁶. Este resta configurado quando da aplicação das normas penais por advogados, promotores, juízes e policiais, por exemplo, os quais põem “em marcha todo o aparato incriminador”²⁵⁷. Desta aplicação poderá resultar a imposição de uma pena privativa de liberdade, bem como das regras que regem a forma de sua execução.

A desenfreada produção de normas penais pelo processo de criminalização primária repercutirá no aumento da aplicação dessas normas. Ao se valer cada vez mais do Direito Penal sob o pretexto de reduzir criminalidade, diminuir ou talvez acabar com a sensação de medo que assola os indivíduos, o

²⁵³ “(...) a existência de grupos de pressão (“lobbies”) e de acordos, pactos e concessões mútuas entre os grupos políticos é uma realidade que condiciona as decisões legislativas e de governo em qualquer país democrático.” HASSEMER, MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 162, trad. nossa.

²⁵⁴ “(...) a raiz do fenômeno criminológico brasileiro se encontra muito mais nas graves distorções sociais e econômicas (...)” BUSATO, Paulo César. **Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um Direito Penal do inimigo** in Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, RS, Editora Notadez/PUCRS, 2004, p. 140.

²⁵⁵ *Id.* Quem é o inimigo, quem é você? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 66, p. 351, mai-jun, 2007.

²⁵⁶ “Enquanto a criminalização primária (elaboração de leis penais) é uma declaração que, em geral, se refere a condutas e atos, a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo (ou seja, o avanço de uma série de atos em princípio públicos para assegurar se, na realidade, o acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude que, no caso de privação de liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisionização).” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.43.

²⁵⁷ BUSATO, MONTES HUAPAYA, *op. cit.*, p. 88.

Estado Democrático de Direito foge dos ideais de individualidade, autonomia e universalidade da modernidade.

Na Modernidade Interativa, o medo e a conseqüente insegurança, impulsionam também a aplicação das normas penais. Essa aplicação, especialmente no que pertine à privação de liberdade, ganha espaço.

Um exemplo de lei penal passível de aplicação que atinge o ideal da modernidade “Estado Democrático de Direito” é a lei 10.792/03, a qual alterou a Lei de Execução Penal Brasileira (7.210/84), em seu artigo 52, instituindo o Regime Disciplinar Diferenciado. Conforme o mencionado artigo este regime poderá ser aplicado:

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

I – duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II – recolhimento em cela individual;

III – visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV – o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.²⁵⁸

Graças ao dispositivo penal descrito, permite-se a supressão da comunicação do indivíduo através de seu isolamento. Inserindo-se o preso no Regime Disciplinar Diferenciado, desconsidera-se a liberdade de um cidadão apresentar seus argumentos, o qual já tem sua liberdade de locomoção restringida.

A aplicação dessa norma penal, e antes disso, sua criação, justificada em um discurso retributivo e preventivo contra a insegurança, vão contra a perspectiva do Estado Democrático de Direito. Ao se considerar a democracia como processo, configurada pela possibilidade de cada indivíduo apresentar seu

²⁵⁸ Artigo 52 da Lei 7210/84.

argumento²⁵⁹, não se pode permitir que o isolamento de presos através do Regime Disciplinar Diferenciado seja efetivado.

Diante do exposto, os processos de criminalização primária e secundária reforçam a exclusão de pessoas. Procurar solucionar problemas sociais com Direito Penal, e mais especificamente com a aplicação rigorosa de pena privativa de liberdade na Modernidade Interativa, não prima pela consideração do indivíduo, de sua autonomia e da universalização desses valores, nem muito menos pelo prevalecimento do Estado Democrático de Direito.

3.3 O *labeling approach*

A partir dos processos de criminalização primária e secundária, com a tipificação de novas condutas e aplicação das normas penais, acaba-se por estigmatizar algumas pessoas. Dentre essas pessoas estão os privados de liberdade, os quais são excluídos do meio social e também podem estar sujeitos ao isolamento decorrente da aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado. Dada essa estigmatização causada pelo exercício do controle penal, faz-se necessário tratar sobre a teoria do *labeling approach*. Esta teoria,

parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinqüente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinqüência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como 'delinqüente'. Neste sentido, o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes.²⁶⁰

²⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Volume II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 19.

²⁶⁰ BARATTA, *op. cit.*, p. 86. Sobre *labeling approach* ainda: ZIPF, Heinz. **Introducción a la Criminología**. Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, p. 116-117; conforme Hassemer e Muñoz Conde: A teoria da definição insiste, com razão, em que a fronteira entre os delinqüentes e os não delinqüentes é oscilante, que a criminalização é um processo, um fato interativo, que a delinqüência é algo que se 'cria'. O sistema penal, quando tem que escolher as diferentes respostas possíveis ao problema da delinqüência, não parte da segurança, mas sim da incerteza. HASSEMER, MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 162, trad. nossa.

A partir da aplicação das normas penais há a conseqüente rotulação de indivíduos como inimigos, aqueles que transmitem e efetivam a insegurança no Estado Democrático de Direito. Desse modo, para “que uma pessoa se converta em autor de um delito não é algo que dependa somente de suas condições de vida pessoais ou de sua situação social, mas também das instâncias formais de controle social.”²⁶¹

Na Modernidade Interativa, a insistência de que se vive em um ambiente de insegurança extrema impulsiona os seres humanos a verem no outro um inimigo, alguém que lhe representa um risco. Bauman afirma que,

Todo caso de infelicidade socialmente determinada é, portanto, um desafio, um caso de abuso e um chamado às armas. Se a ‘proteção realmente disponível’ e os benefícios de que desfrutamos estão aquém do ideal, se os relacionamentos ainda não são do nosso gosto, se os regulamentos não são o que deveriam (e, acreditamos, poderiam) ser, tendemos a suspeitar que haja pelo menos uma repreensível escassez de boa vontade, porém com mais frequência presumimos a existência de maquinações hostis, complôs, conspirações, intenções criminosas, um inimigo à nossa porta ou sob nossa cama, um culpado cujo nome e endereço ainda estão por se revelar, que está para ser levado diante da justiça.²⁶²

Vive-se sob o constante medo de que alguém promoverá um ataque a algum bem jurídico. Esse medo impulsiona os indivíduos a rotular outros pares como inimigos, exigindo uma providência estatal. E a providência é a aplicação de normas penais.

A aplicação do instrumental penal auxilia na estigmatização de pessoas humanas. Ao se aplicar o Regime Disciplinar Diferenciado, permite-se ainda mais a exclusão e rotulação. Isso se deve ao fato de que entre os excluídos/rotulados que habitam as prisões, existem aqueles que por mais uma vez são excluídos e rotulados: os isolados e incomunicáveis. Invalida-se o processo de comunicação pela estigmatização. Se determinado preso está incomunicável isso pode ser associado por alguns ao fato de ser uma pessoa extremamente perigosa. E o que é isso senão mais um rótulo!

A aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado reforça a estigmatização do preso, o qual já é considerado como criminoso. O parágrafo primeiro do artigo 52 da Lei de Execução Penal Brasileira possibilita o isolamento de

²⁶¹ HASSEMER, MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 162, trad.nossa.

²⁶² BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007, p. 62-63.

presos considerados como de alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. Assim, o isolamento de presos com base no parágrafo primeiro do artigo 52, possibilita a estigmatização de pessoas como altamente perigosas²⁶³, permitindo que sejam tratadas como inimigas do Estado Democrático de Direito²⁶⁴.

Ocorre que a punição em Estados Democráticos de Direito deve se dar em decorrência do que a pessoa fez e não do que ela é. Dessa forma, estigmatizar o preso provisório pelo fato de considerá-lo pelo que ele é, ou seja, perigoso, permitindo seu isolamento, está na contramão do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido,

A ninguém se deve castigar ou estigmatizar por ser degenerado, perverso ou anti-social, mas tão-somente por seus atos concretos e executados. A personalidade do sujeito unicamente pode ser considerada pelo Direito para que se lhe reconheça como responsável, habilitando-o para ser sujeito de imputação subjetiva e a efeito de uma adequada individualização da pena.²⁶⁵

O preso isolado que tem sua comunicação vedada, recebe o rótulo de inimigo, de extremamente perigoso. Esta estigmatização, com sua nova exclusão, contraria a perspectiva moderna de preservação do indivíduo, sua autonomia e da universalização desses valores. E ainda, ofende o Estado Democrático de Direito, dada a impossibilidade do indivíduo apresentar seus argumentos.

O preso submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado representa, e dessa forma resta estigmatizado, como um grande risco para a sociedade. É o preso considerado perigoso, como a personificação do risco.

²⁶³ Ao tratarem sobre os motivos que levaram à instituição do Regime Disciplinar Diferenciado Carvalho e Freire afirmam que: “A medida de recrudescimento disciplinar esteve igualmente relacionada com a necessidade de o Poder Público reafirmar seu controle sobre os estabelecimentos prisionais. O exemplo mais nítido do ‘pânico’ estatal em demonstrar à sociedade sua incapacidade ocorreu no episódio *Fernandinho Beira-Mar*. Naquele momento, a construção do *anti-herói nacional* – personificado na figura do líder da facção Comando Vermelho – associada ao homicídio de dois Magistrados de Varas de Execuções Penais – 14 de março de 2003 em São Paulo (SP) e 24 de março em Vitória (ES) – agregaram o elemento que faltava para a implantação definitiva das medidas de maximização dos métodos de contenção e neutralização.” CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 274.

²⁶⁴ Isso conduz à proposta de Jakobs segundo o qual “quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal; por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas sim deve ser combatido como inimigo.” JAKOBS, Günther. **Derecho Penal del Enemigo**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003, p. 56.

²⁶⁵ BUSATO, MONTES HUAPAYA, *op. cit.*, p. 73.

3.4 O modelo prisional do inimigo (eliminação pela supressão comunicativa)

A Política Criminal da Modernidade Interativa vem adotando medidas que tendem a suprimir a possibilidade de interação entre seres humanos via a supressão comunicativa. Dessa forma cria um modelo prisional do inimigo, já que transforma a privação de liberdade mais severa ao permitir o isolamento do indivíduo para que não possa interagir com os demais²⁶⁶.

Nesses modelos prisionais o preso provisório ou condenado isolados não podem sair da cela, ou se saem não lhes é permitido a comunicação com qualquer pessoa. O isolamento comunicativo é permitido no ordenamento brasileiro graças à edição da lei 10.792/03. Esta, com a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado, possibilitou o isolamento de presos quando da prática de crime doloso que constitua falta grave que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas sujeitará o preso provisório ou condenado²⁶⁷. Também permite-se a imposição de Regime Disciplinar Diferenciado no caso de presos nacionais ou estrangeiros, os quais sejam considerados como pessoas de alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade²⁶⁸. E ao existirem fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organização criminosa, quadrilha ou bando também é possível sujeitar o preso ao Regime Disciplinar Diferenciado²⁶⁹.

Esta segregação de pessoas, retirando-lhes a possibilidade de comunicação, demonstra que a Política Criminal Brasileira instituída para conter a criminalidade, é cada vez mais aprimorada para anular os indivíduos²⁷⁰. A adoção do

²⁶⁶ Ressalte-se que apesar da criação de medidas político-criminais mais severas como o Regime Disciplinar Diferenciado, a população carcerária aumenta a cada dia. “O significativo crescimento da população prisional brasileira e o intenso recrudescimento das estratégias de controle social e das políticas penitenciárias não foram capazes de fazer frente aos problemas relativos ao crime e às prisões.” TEIXEIRA, MATSUDA, SALLA, ALVAREZ, *op. cit.*, p. 250.

²⁶⁷ Artigo 52, *caput* da Lei 7.210/84.

²⁶⁸ Artigo 52, § 1º da Lei 7.210/84.

²⁶⁹ Artigo 52, § 2º da Lei 7.210/84.

²⁷⁰ Ressalte-se que o modelo prisional do inimigo não é adotado apenas pelo Estado Democrático Brasileiro, também o é pelos Estados Unidos da América. Neste Estado há a denominada prisão. Conforme Bauman: “A prisão de Pelican Bay, segundo entusiástica reportagem do ‘Los Angeles Times’ de 1º de maio de 1990, é ‘inteiramente automatizada e planejada de modo que cada interno praticamente não tem qualquer contato direto com os guardas ou outros internos’. A maior parte do tempo os internos ficam em ‘celas sem janelas, feitas de sólidos blocos de concreto e aço inoxidável ... Eles não trabalham em indústrias de prisão; não têm acesso a recreação; não se misturam com outros internos.’ Até os guardas ‘são trancados em guaritas de controle envidraçadas, comunicando-se com os prisioneiros através de um sistema de alto-falantes’ e raramente ou nunca sendo vistos por eles. A única tarefa dos guardas é cuidar para que os prisioneiros fiquem trancados em suas celas – quer dizer, incomunicáveis, sem ver e sem ser vistos. Se não fosse pelo fato de que os prisioneiros ainda comem e defecam, as celas poderiam ser tidas como caixões.” BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 116.

Regime Disciplinar Diferenciado implica na retirada da oportunidade do preso apresentar seus argumentos, suas opiniões. Conforme Bauman a segregação espacial entre pessoas

que produz um confinamento forçado tem sido ao longo dos séculos uma forma quase visceral e instintiva de reagir a toda diferença e particularmente à diferença que não podia ser acomodada nem se desejava acomodar na rede habitual das relações sociais. O significado mais profundo da separação espacial era a proibição ou suspensão da comunicação e, portanto, a perpetuação forçada do isolamento.²⁷¹

Dessa forma, ao isolar pessoas no cárcere, afasta-os ainda mais do convívio com seres humanos, nega a estes a possibilidade de interação. Além disso, nega as funções retributivas e preventivas da pena privativa de liberdade, já que há a anulação do indivíduo preso através da impossibilidade de se comunicar. Nesta condição de autor de delito o indivíduo é qualificado como estranho, o qual, em decorrência de seu mau comportamento, mereceria o isolamento. Assim,

O outro – lançado numa condição de forçada estranheza, guardada e cultivada pelas fronteiras espaciais estritamente vigiadas, mantido a distância e impedido de ter um acesso comunicativo regular ou esporádico – é além disso mantido na categoria de estranho, efetivamente despojado da singularidade individual, pessoal, a única coisa que poderia impedir a estereotipagem e assim contrabalançar ou mitigar o impacto subjugador da lei – também da lei criminal.²⁷²

Desse modo, a pena aplicada em modelos prisionais onde não se permite a comunicação do condenado, vem sendo utilizada como forma de eliminar o preso. Infere-se, portanto, que em uma era, na qual a interação entre seres humanos ganha grande importância, possibilitando a própria existência do sujeito, verifica-se que ao se privar este de sua possibilidade de comunicação, a pena privativa de liberdade estaria cumprindo a função de eliminação.

O Regime Disciplinar Diferenciado, como instrumento de uma política Criminal do Inimigo, elimina o indivíduo do meio social. Sob os argumentos de que há um risco ou de que as pessoas se sentem inseguras, desconsidera-se a pessoa do preso e veda-lhe a possibilidade de apresentar seus argumentos, até mesmo no que diz respeito às medidas político-criminais adotadas, no Estado Democrático de Direito Brasileiro.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 114.

²⁷² *Ibid.*, p. 115-116.

O Estado Democrático de Direito deve primar pela interação entre seus cidadãos, principalmente pela viabilidade de sua comunicação para que possam apresentar seus argumentos sobre os mais diversos temas. O Regime Disciplinar Diferenciado afasta tal ideal, desconsidera a autonomia do indivíduo, pois anula-o pela supressão comunicativa. Reforça também o individualismo exacerbado ao provocar a sensação de que presos são a escória do meio social, os causadores da insegurança.

Graças ao modelo prisional do inimigo, trata-se o indivíduo como um objeto, dando preferência ao paradigma da consciência. Dessa forma, resta preterida a proposta de Habermas sobre o paradigma da compreensão, pelo qual haveria uma relação intersubjetiva entre os responsáveis pelo controle social e os responsabilizados pela conduta desviada. Suprime-se a comunicação, suprime-se a razão comunicativa do sujeito, o que impede a obtenção de entendimento entre as pessoas²⁷³ e impede a afirmação da própria existência do sujeito.

²⁷³ Conforme Habermas: Uma teoria da linguagem pode levar em conta a auto-referência e a forma da proposição e considerá-las equivalentes, a partir do momento em que ela não se orienta mais semanticamente pela compreensão de proposições, mas pragmaticamente, pelos proferimentos através das quais os falantes se entendem mutuamente sobre algo. A fim de entender-se sobre algo, os participantes não necessitam apenas compreender as proposições utilizadas nos proferimentos: eles têm de ser capazes de se comportar uns em relação aos outros, assumindo o papel de falantes e ouvintes – no círculo de membros não participantes de sua (ou de uma) comunidade lingüística. As relações recíprocas e interpessoais, determinadas pelos papéis do falante, tornam possível uma auto-relação, que não precisa mais pressupor a reflexão solitária do sujeito agente ou cognoscente sobre si mesmo enquanto consciência prévia. A auto-referência surge de um contexto *interativo*.” HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-Metafísico**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 33.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para desenvolver o tema das funções atribuídas à pena privativa de liberdade, mais especificamente a respeito de tal função em modelos prisionais onde há a supressão da comunicação, foi necessário inicialmente tratar sobre a origem da referida espécie de pena. Sobre este tópico apresentou-se duas perspectivas a cerca da origem da prisão como pena: a que relaciona seu surgimento à origem do modo de produção capitalista e, uma segunda posição, que afirma que o cárcere já existia antes de ser considerado como pena prevista em lei, pois relacionado ao exercício do poder disciplinar em outros âmbitos que não as penitenciárias.

Após essa abordagem, foram apresentadas as funções atribuídas à pena privativa de liberdade. Dentre tais funções tratou-se primeiramente sobre a retributiva.

Por esta concepção, a prisão pode ser compreendida como uma forma de expiação do pecado, tendo uma conotação religiosa. Além dessa conotação, também tratou-se da retribuição como forma de compensar o mal causado no meio social por aquele que comete um delito. Em relação à retribuição, apresentou-se uma crítica. Esta consiste no argumento de que ao retribuir um mal, a privação de liberdade não cumpre finalidade alguma. Institui-se privação de liberdade como Política Pública de segurança, mas sem ao menos justificar sua finalidade, retribui-se um mal com outro mal.

Como outra função atribuída à prisão foi estudada a teoria da prevenção geral negativa. Por esta teoria, não bastava a mera coação física através do cárcere, seria necessário também a coação psicológica. Essa coação seria exercida através da previsão de penas em lei, a fim de intimidar todas as pessoas. Em razão dessa idéia de intimidação, foram tecidas duas críticas à função de prevenção geral negativa. A primeira refere-se à infração ao princípio de proporcionalidade, tendo em vista que ao instituir penas mais severas legalmente a fim de intimidar pessoas, se pode considerar mais graves os impulsos que levaram o agente a delinquir do que o resultado do delito praticado. A segunda foi transformar a pena como instrumento de terror. Isso se deve exatamente pela previsão legal de penas para atemorizar todas as pessoas, para que estas não venham a praticar delitos.

Além da prevenção geral negativa, foi tratado sobre a prevenção especial. A prevenção especial prevê a possibilidade de utilização da pena privativa de liberdade como forma de tratamento para obter a ressocialização do condenado. Em relação à essa concepção também apresentou-se duas críticas, pois ao adotar o cárcere como Política Pública há ofensa a garantias do indivíduo, vindo a interferir em sua vida, na sua possibilidade de escolha, bem como a não considerar as diferenças existentes entre as pessoas. Também como crítica à prevenção especial fez-se menção ao fato de existir uma desproporção entre o *quantum* de pena e a gravidade do delito praticado. Ao se aplicar a pena como forma de tratamento, não se sabe quando este surtirá efeitos, podendo suplantiar uma pena proporcional ao ato praticado pelo agente.

Outra função da pena privativa de liberdade apresentada no presente trabalho foi a de prevenção geral positiva. Ao abordar essa perspectiva, tratou-se inicialmente o posicionamento que defende ser a pena privativa de liberdade uma reação à ofensa cometida contra a norma, a fim de manter a estabilização do sistema normativo. Pela segunda vertente, a função de prevenção geral positiva estaria associada a três efeitos: o de aprendizagem, de confiança e de pacificação. Seus destinatários seriam as pessoas fiéis ao direito, merecedoras de segurança. Esta vertente pode auxiliar a expansão do Direito Penal, já que a partir do momento em que os indivíduos não confiem nas normas penais, permite-se a instituição de novas normas, talvez mais severas. Porém, essa segunda concepção pode ser contida se compreendido, conforme Hassemer, ser a criação de normas penais para a limitação do próprio Direito Penal.

Após tratar sobre as funções atribuídas à pena privativa de liberdade, fez-se uma abordagem sobre a importância da Política Criminal, bem como o estudo do conceito de democracia como processo de comunicação e a atual fase da Modernidade e algumas de suas características, associando-as a questões político-criminais. Ressaltou-se a influência do medo e do risco na instituição da Política Criminal Brasileira. Tratou-se também sobre o discurso e práxis político-criminal na atual fase da Modernidade.

Ainda para o desenvolvimento do tema do presente trabalho, abordou-se sobre as prisões da atual fase da modernidade e também sobre os guetos que acabam por aprisionar seus moradores. Também fez-se uma abordagem

sobre os processos de criminalização, a influência do medo e do risco na elaboração de leis penais e a conseqüente aplicação destas às pessoas.

Em relação à elaboração de legislação penal, tratou-se sobre instituição, pela lei 10792/03, à qual inseriu na Lei de Execução Penal Brasileira o Regime Disciplinar Diferenciado. Por este regime há a possibilidade de isolar o preso, suprimindo sua comunicação. Também foi ressaltada a estigmatização do preso com o isolamento no Regime Disciplinar Diferenciado. E, finalmente, tratou-se sobre o modelo prisional do inimigo, o qual tem como característica fundamental a supressão da comunicação dos indivíduos presos, impossibilitando sua interação com os demais.

Diante do que foi tratado neste trabalho, verificou-se que a instituição de Políticas Públicas de segurança se ampara nas funções retributivas e preventivas atribuídas à pena privativa de liberdade na atual fase da modernidade. No entanto, tais funções não são na realidade atendidas pelo modelo prisional do inimigo. Isso acaba por esvaziar o discurso justificador da instituição de medidas político-criminais supressoras da comunicação do indivíduo.

Com a instituição desses modelos prisionais do inimigo, nos quais a supressão comunicativa é a tônica, impede-se a interação de pessoas e a conseqüente inviabilização da apresentação de seus argumentos. Isso contraria a perspectiva de um Estado Democrático de Direito, levando-se em consideração o conceito de democracia como processo de comunicação, bem como o paradigma da compreensão proposto por Habermas, pelo qual se deve considerar a compreensão entre dois sujeitos capazes de falar e agir. Ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, o qual permite a supressão comunicativa do preso, inviabiliza-se um dos sujeitos, o qual deveria participar do processo de comunicação, de apresentar seus argumentos, dessa forma há sua própria anulação.

Assim, a Política Criminal Brasileira ao permitir a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado cede ao clamor do medo, do risco e da insegurança. Atribui à pena privativa de liberdade a função de eliminação do indivíduo, dada a supressão da possibilidade de interação comunicativa com os demais, podendo ser esta interação considerada como direito fundamental do sujeito na sociedade da Modernidade Interativa. Com isso, a pena privativa de liberdade, conforme o modelo prisional do inimigo, não pode ser considerada válida como Política Pública em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: ICC, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: a busca pela segurança. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

_____. **Globalização**: as consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

_____. **Medo Líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

_____. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Tempos Líquidos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.

BECCARIA, Cesare. Trad. Torrieri Guimarães. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI, 2002.

_____. **La sociedad del Riesgo**: hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Mª Rosa Borrás. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1998.

BENTHAM, Jeremy. Trad. Guacira Lopes Louro (Perrot), M. D. Magno (Miller), Tomaz Tadeu da Silva (Bentham e Werret). Org. Tomaz Tadeu da Silva. **O Panóptico**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Tratado de Direito Penal:** parte geral. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUSATO, Paulo César. A Progressão de Regime Prisional como Exigência Funcionalista-Teleológica do Sistema de Execução Penal. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 09, nº 2, p. 387-416, mai./ago. 2004.

_____. **Direito Penal e Ação Significativa:** uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da filosofia da linguagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Quem é o inimigo, quem é você? in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 66, p. 315-371, maio-junho, 2007.

_____. Por que, afinal, aplicam-se penas? In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo:** livro em homenagem ao Prof.º Dr.º Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um Direito Penal do inimigo in *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, RS, Editora Notadez/PUCRS, 2004.

_____; MONTES HUAPAYA, Sandro. **Introdução ao Direito Penal:** fundamentos para um sistema penal democrático. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CALLEGARI, André Luís. A Concretização dos Direitos Constitucionais: uma leitura dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade nos delitos sexuais. In: **Direito Penal em Tempos de Crise**. Lenio Streck (or.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de Política Criminal:** orientado para a vítima de crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2008.

CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho Penal Español:** parte general, I introducción. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.

CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DELMANTO, Roberto. Da Máfia ao RDD. **Boletim do IBCCrim**, n. 163. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, jun. 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral, tomo I, questões fundamentais a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ELIAS, Norbert. **A Sociedade dos Indivíduos**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Retribución y Prevención General**: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal. Montevideo/Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. **Tratado de Direito Penal**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989.

FIGUEIREDO, Frederico. Política Criminal Populista: para uma crítica do direito penal instrumental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 70, ano 16, jan-fev, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramalheite. 34 ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. Trad. Roberto Machado. 12ª Ed. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1996.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho penal, introducción**. Madrid: Servicio publicaciones facultad de derecho, 2000.

GAUER, Ruth Maria Chittó. Modernidade, Direito Penal e Conservadorismo Judicial. In: **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo**: livro em homenagem ao Profº Drº Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. O Princípio da Legalidade como Limite do *ius puniendi* e Proteção dos Direitos Fundamentais. In: **Direito Penal em Tempos de Crise**. Lenio Streck (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 151-175.

GIORGI, Alessandro De. Trad. Sérgio Lamarão. **A Miséria Governada através do Sistema Penal**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.

_____. **El Gobierno de la Excedencia**: postfordismo y control de la multitud. Trad. José Ángel Brandariz García e Hernán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GRACIA MARTÍN, Luis. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. Trad. Luiz Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **Funções da Pena Privativa de Liberdade no Sistema Penal Capitalista**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Volume II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. Trad. de Ana Maria Bernardo, José Rui Meirelles Pereira, Manuel José Simões Loureiro, Maria Antónia Espadinha Soares, Maria Helena Rodrigues de Carvalho, Maria Leopoldina de Almeida e Sara Cabral Seruya. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998.

_____. **Pensamento Pós-Metafísico**: estudos filosóficos. 2ª. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

HASSEMER, Winfried. **Por qué no deve suprimirse el Derecho Penal**. México: Instituto Nacional de Ciências Penais, 2003.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Trad. Orlando Vitorino. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOBBSAWM, Eric J. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. **A Era das Revoluções: Europa 1789-1848**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2004.

<http://www.sjp.pr.gov.br/portal/noticia.php?id=1232652495013777>. Acesso em 28 de janeiro de 2009.

http://www.taserbrasil.com.br/taser_informacoes_para_projetos.pdf. Acesso em 27 em janeiro de 2009.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general, fundamentos y teoria de la imputación. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1997.

_____. **Derecho Penal del Enemigo**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003.

_____. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. 2ª ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KANT, Immanuel. Trad. Leopoldo Holzbach. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LEAL MEDINA, Julio. **La Historia de las Medidas de Seguridad**: de las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos. Navarra: Editorial Arazandi, 2006.

LOCKE, John. Trad. Alex Marins. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós-Moderna**. 5ª ed. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio Editor, 1998.

LUHMANN, Niklas. Riesgo y Peligro. In: **Las Contradicciones Culturales de la Modernidad**. Josetxo Beriain y Maya Aguiluz (coord.) Barcelona: Anthropos Editorial, 2007, p. 358-403.

MADEIRA, Lígia Mori. Leituras Criminológicas e Política Criminal na Modernidade Tardia. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, n. 28, ano VIII, jan-mar, 2008.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Trad. Sérgio Lamarão. **Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (século XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006.

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**: parte general. Trad. Ricardo C. Nuñez. México: Cardenas Editor, 2ª ed., 1990.

MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Buenos Aires/Montevideo: Julio César Fairs Editor, 2006.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos**: textos, comentários e aspectos polêmicos. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **De la Tolerancia Cero, al Derecho penal del enemigo**. Managua: Servicios Gráficos, 2005.

NETO, Paulo de Mesquita; SALLA, Fernando. Uma Análise da Crise de Segurança Pública de maio de 2006. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº 68, set-out, 2007, p. 309-351.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**: legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal. 3ª ed. rev. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel. **Curso de Derecho Penal**: parte general. Barcelona: Cedecs Editorial, 1997.

PALLARES-BURKE, Maria Lúcia Garcia. Entrevista com Zigmunt Bauman. **Tempo social**, São Paulo, v. 16, n 1, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702004000100015&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 21 abril de 2008. doi: 10.1590/S0103-20702004000100015.

ROLIM, Marcos. *Prisão e Ideologia: Limites e Possibilidades para a Reforma Prisional no Brasil*. In: CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, parte I, p. 77-109.

ROUANET, Sérgio Paulo. **Mal-estar na Modernidade**. São Paulo: Cia das Letras, 1993.

_____. **As Razões do Iluminismo**. São Paulo: Cia das Letras, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Trad. de Lourdes Santos Machado. **Do Contrato Social**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

ROXIN, Claus. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. **Derecho Penal**: parte general, tomo I, fundamentos, la estructura de la teoría Del delito. Madrid: Civitas, 2000.

_____. Trad. Manuel Abanto Vázquez. **La Teoría Del Delito**: en la discusión actual. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007.

_____. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Trad. Gizlene Neder. **Punição e Estrutura Social**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

_____. 3ª ed. **Direito Penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

_____. **A Criminologia Radical**. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Trad. de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. **Eficiência e Direito Penal**. Coleção Estudos de Direito Penal. Barueri: Manole, 2004.

SOUSA, Emanuel Bruno Lopes de; BRASIL, Glaucíria Mota. O Espetáculo da Punição e o Elogio à Violência. **IV Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura**, Salvador-BA. Disponível em <http://www.cult.ufba.br/enecult2008/14572.pdf>. Acesso em 03 de agosto de 2008, p. 07.

STRATENWERTH, Günther. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. **Derecho Penal**: parte general, el hecho punible. Navarra: Editorial Arazandi, 2005.

TEIXEIRA, Alessandra; MATSUDA, Fernanda Emy; SALLA, Fernando; ALVAREZ, Marcos César. O Sistema Prisional: um debate necessário. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 67, jul-ago 2007, p. 233-252.

TOURAINE, Alain. **Crítica da Modernidade**. Trad. Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. Valência: Tirant Lo Blanch, 1996.

YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

WACQUANT, Loïc. **Los condenados de la ciudad**: guetos, periferias y Estado. Trad. Marcos Mayer. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2007.

_____. **Punir os Pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. [A Onda Punitiva]. 3ª ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2007.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZIPF, Heinz. **Introducción a la Criminología**. Editoriales de Derecho Reunidas, 1979.