

EOS



ISSN 1980—7430

REVISTA JURÍDICA DA FACULDADE DE DIREITO – V. I – Nº 4 – ANO III

DOM
BOSCO

Prisão Cautelar e Prisão como Pena: a Identidade na História*

André Ribeiro Giamberardino

Mestre em Direito do Estado (UFPR) e Especialista em Direito Penal e Criminologia (ICPC/UFPR). Advogado em Curitiba-PR.

1 Introdução. 2 Observações sobre a perspectiva na história. 3 A prisão como pena. 4 Considerações finais. 5 Referências.

Resumo

A compreensão efetivamente crítica da prisão cautelar exige a investigação e a identificação dos obstáculos epistemológicos que em regra distorcem seu estudo e limitam a visualização das funções reais por ela objetivamente exercidas. A carência de uma fundamentação consistente a justificar a aplicação de medida idêntica à punição sem condenação definitiva desemboca no argumento inaceitável que a trata como um “mal necessário”; seja em vertente mais autoritária, que expande sua aplicação dela fazendo medida de segurança pública, seja por via mais liberal, a qual entende ser a medida admissível quando cumpridora de escopos exclusivamente voltados à “tutela do processo” e limitada por princípios de excepcionalidade e proporcionalidade. O presente trabalho é uma adaptação de parte de dissertação de mestrado sobre o tema, enfocando-se a via do discurso histórico para buscar a identidade entre o cárcere cautelar e sua utilização como local para cumprimento de pena, não obstante se tratem de fenômenos distintos. Há, nesse sentido, um entrelaçamento entre custódia cautelar e prisão penal no processo histórico que fez da pena privativa de liberdade a modalidade hegemônica de punição na sociedade capitalista, destacando-se os aspectos concernentes à consagração da hipótese do internamento/isolamento e da educação para o trabalho através das casas de correção.

Palavras-chave: História da prisão; Casas de correção; Pena; Prisão cautelar

*Adaptação de parte da dissertação de mestrado apresentada em 29 de setembro de 2008 ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, intitulada “Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar”.

Abstract

The effectively critical understanding of the issue of processual prison requires the research and the identification of the epistemological obstacles that distort their study and limit the visualization of the real functions objectively performed by it. The lack of a consistent justification for a measure identical to punishment without final conviction ends in unacceptable argument that deal it as a “necessary evil”; both inside a authoritarian or a liberal vision: the first expands its utilization as a measure of public security and the last one admits the measure when complying scopes exclusively focused on “processual interest”, limited by principles of proporcionality and excepcionality. This is an adaptation of part of a master’s dissertation on the subject, focusing on the path of historic speech to seek the identity between the processual prison and its utilization as location of punishment, despite being distincte things. There is therefore an interlacing between processual prisons, or jails, and the penal prison in the historical process which converted the deprivation of liberty into the hegemonic form of punishment in capitalist society. It focuses on the aspects concerning the consecration of the hypothesis of isolation and education to work through the houses of correction.

Key words: History of prison; Houses of correction; Punishment; Processual prison

1 Introdução

É possível abordar a temática da custódia cautelar para além de enfoques meramente normativos, identificando não apenas sua identidade substancial com a pena de prisão, mas também uma equivalência quanto às funções reais objetivamente exercidas na forma de mecanismo central nas novas estratégias de controle social.

Identifica Hassemer, desde logo, problemas epistemológicos no debate sobre a prisão cautelar, na medida em que críticos e defensores da medida geralmente argumentam em planos de análise distintos¹; e é preciso bem diferenciar quando se trilha dentro de um modelo explicativo, em dimensão diversa daquela própria de modelos normativos ou valorativos. Só assim se bem compreenderá a tensão entre aqueles que querem fazer da medida uma política de luta contra o crime e os que enfatizam sua natureza estritamente processual, defendendo o respeito aos seus princípios limitadores. O embate, entretanto, não se resolve com a “vitória” de um ou outro lado, mesmo porque dentro do marco da filosofia da linguagem já se reconhece a insuficiência do controle interno que pretende efetivar garantias apenas pelo direito formal, ou seja, com meras palavras.

¹HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. p. 105-106.

A questão que se coloca é se ainda se pode honestamente conceber a hipótese de, uma vez observados e respeitados os princípios informadores voltados à limitação da utilização da prisão cautelar, utilizá-la enquanto medida estritamente processual, marcada pela excepcionalidade e pela proporcionalidade. Assim reflete e adverte Hassemer:

Apenas a partir dos fatos jurídicos não se pode deduzir nem a significação 'real' da prisão preventiva como instrumento de política criminal, nem o papel 'real' dos pressupostos da detenção. Com relação aos fundamentos da detenção não sabemos, estritamente, quais são os 'verdadeiros' fundamentos da prisão, tampouco quais foram 'realmente' conduzidos ao juiz, senão apenas aqueles apontados no decreto de prisão preventiva. Só a partir de parâmetros normativos é possível julgar quais são os pressupostos legítimos da prisão preventiva, onde estão seus limites, e se atualmente estes limites estão sendo ultrapassados.²

Na medida em que o controle interno pelo qual tanto se luta é todo fundado em parâmetros normativos, vê-se que há uma operacionalidade real em outro plano a prevalecer. Por isto é que a crítica se deve dar neste plano, não sendo suficientes os parâmetros normativos; optando-se, aqui, pela perspectiva segundo a qual, dentro das novas estratégias de controle social, marcadas por um modelo tecnocrático de gestão das penalidades, a prisão cautelar exerce papel assaz central que não se coloca passível de limitação pelas garantias formais.

Em outras palavras, significa dizer que a prisão cautelar existe para ser abusiva; e negá-lo sob as teses processualistas, mesmo que com a boa intenção de limitá-la e reduzir sua aplicação, implica risco de ocultar o desempenho de sua real função:

Em síntese, na América Latina há um desdobramento do sistema penal oficial em sistema penal cautelar e sistema penal de condenação, sendo o primeiro mais importante que o segundo, dado que abarca a imensa maioria da criminalização, produto de infrações de média e pequena gravidade. O direito penal autoritário reconhece a natureza penal e procura ampliá-la, ou melhor, sem reconhecer-lhe esse caráter, nega toda vigência ao princípio de inocência, ao passo que a doutrina liberal lhe nega caráter penal, com o objetivo de reduzir seu âmbito, sem perceber que, ao mesmo tempo, o está legitimando, sem que isso redunde em resultados práticos redutores.³

²HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. p. 113. Trad. livre. No original: "sólo a partir de los hechos jurídicos no pueden deducirse confiablemente ni la significación 'real' de la prisión preventiva como instrumento de política criminal, ni el papel 'real' de los presupuestos de la detención. Con relación a los fundamentos de la detención no sabemos, tomado estrictamente, cuáles son los 'verdaderos' fundamentos de la prisión, ni tampoco cuáles son han conducido 'realmente' al juez, sino sólo cuáles son los que él ha asentado en el decreto de prisión preventiva. Sólo a partir de parámetros normativos es posible juzgar cuáles son los presupuestos legítimos de la prisión preventiva, dónde se encuentran sus límites, y si actualmente estos límites están siendo sobrepasados".

³ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. p. 114.

A aproximação ao marco da realidade não pode ignorar as transformações no próprio modelo de Estado e da economia, não obstante se tratem, estes, de temas à parte e que mereceriam reflexão bem mais aprofundada. O essencial aqui é que fique claro como se abandona a utopia corretiva inerente ao projeto do cárcere como instituição punitiva e se passa a concebê-lo como instrumento administrativo de gestão tecnocrática da criminalidade segundo parâmetros de eficiência, mais do que nunca pautados na neutralização daqueles tidos como socialmente perigosos.⁴ A legitimação da prisão penal esteve e está ligada àquela da prisão processual, não podendo se conceber sua análise de forma distanciada:

E aí se encontra, em potencial, a tese que propomos, não para justificar a prisão preventiva, mas para explicar sua persistência enquanto instituição redentora de um sistema falho. (...) A prisão preventiva é uma peça satisfatória em um sistema penal no qual o encarceramento para eliminar é a sanção por excelência.⁵

Sabe-se que o direito penal e o direito processual penal têm objetos de estudo próprios e distintos, sendo, por isso, disciplinas autônomas e vinculadas por uma relação mútua de complementaridade funcional⁶, marcada pela instrumentalidade do processo com a qual se tem que qualquer punição só se realiza pelo intermédio da dimensão processual.⁷

A criminologia, por sua vez, consiste em um sistema de conceitos voltado à explicação e não à imputação de culpa ou mediação para a punição. Com o câmbio levado a cabo pelas teorias interacionistas, em um primeiro momento, e com a criminologia crítica, em especial, deixa-se de lado, ao menos parcialmente, o enfoque etiológico⁸, passando-se a um olhar externo e político que toma por objeto de estudo o próprio sistema constituído pelo direito penal, pelo processo penal e por suas agências operacionais; cambiando-se o objeto de estudo e o próprio método de estudo do objeto:

⁴BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição e normalização**: uma análise foucaultiana da jurisdição penal, p. 174: “Sabe-se que para o neoliberalismo os anormais e criminosos são aqueles que não consomem e representam algum perigo a esta ordem mercadológica excludente e as prisões neste contexto são verdadeiros mecanismos de contenção das massas excluídas”.

⁵VÉRIN, Jacques. La detention preventive et la Criminologie. **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé**. p. 919. Trad. livre. No original: “Et on trouve là, en puissance, la thèse que nous proposons, non point pour justifier la détention préventive, mais pour expliquer sa persistance comme institution de secours d’un système défaillant. (...) La détention préventive est une pièce satisfaisante dans un système pénal où l’emprisonnement éliminatoire constitue la sanction essentielle”.

⁶DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. p. 28.

⁷VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho Procesal Penal** (La realización penal). p. 106.

⁸CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. p. 711-712: “A Criminologia etiológica tem por objeto de estudo o criminoso e a criminalidade, concebidos como realidades ontológicas preexistentes ao sistema de justiça criminal e explicados pelo método positivista de causas biológicas, psicológicas e ambientais”.

O objeto de estudo é deslocado do criminoso e da criminalidade, como dados ontológicos preexistentes, para o processo de criminalização de sujeitos e fatos, como realidades construídas pelo sistema de controle social, capaz de mostrar o crime como qualidade atribuída a comportamentos ou pessoas pelo sistema de justiça criminal (...).⁹

É o que fez Becker quando definiu o desvio não como uma qualidade do ato, mas como um ato qualificado ou criado pela reação social.¹⁰ Segundo Baratta, ainda:

O ponto de vista do componente criminológico deixa de ser interno; a investigação se distancia da função auxiliar própria da criminologia etiológica. Adotar um ponto de vista externo ao sistema penal significa, entre outras coisas, que as definições de comportamento criminal produtos da instância do sistema (legislação, dogmática, jurisprudência, polícia e senso comum) não são mais consideradas como ponto de partida, mas como problema e objeto de estudo.¹¹

Vale observar que se toma função em uma acepção sociológica, referente ao papel objetivamente verificável exercido, distinguindo-se, assim, da finalidade meramente querida ou desejável¹². Desta forma, o discurso crítico criminológico faz a diferença e esclarece que há, por um lado, finalidades declaradas do sistema penal e, por outro, funções reais diferentes.

A análise da pena criminal não pode se limitar ao estudo das funções atribuídas pelo discurso oficial, definidas como funções declaradas ou manifestas da pena criminal; ao contrário, esse estudo deve rasgar o véu da aparência das funções declaradas ou manifestas da ideologia jurídica oficial, para identificar as funções reais ou latentes da pena criminal, que podem explicar sua existência, aplicação e execução nas sociedades

⁹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. p. 712. Também BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica? **Dei delitti e delle Pene**. p. 53: “Si è tenuto conto, in effetti, che ‘devianza’ e ‘criminalità’ non sono qualità ontologiche o ‘naturali’ di comportamenti e persone, ma piuttosto qualità che sono loro attribuite attraverso processi di definizione e di reazione sociale, informali ed istituzionali”.

¹⁰BECKER, Howard S. **Outsiders: saggi di sociologia della devianza**. p. 22.

¹¹BARATTA, Alessandro. La Política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. p. 34. Trad. livre. No original: “el punto de vista del componente criminológico deja de ser interno; la investigación toma distancia del rol auxiliar propio de la criminología etiológica. Adoptar un punto de vista externo al sistema penal significa, entre otras cosas, que las definiciones del comportamiento criminal producto de la instancia del sistema (legislación, dogmática, jurisprudencia, policía y sentido común) no sean consideradas más como punto de partida, sino como problema y objeto de estudio”.

¹²Nesse sentido, v. VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho Procesal Penal** (La realización penal). p. 107: “Enquanto os fins se referem a um aspecto programático da normatividade e acentuam um aspecto valorativo e de sentido geral da sistemática prescritiva e institucional, a função tende mais a compreender a operacionalidade real. A função é o exercício ou ação própria de um órgão, seu dinamismo, as particularidades que caracterizam uma determinada atividade”. Trad. livre. No original: “Mientras los fines refieren a un aspecto programático de la normatividad y acentúan un aspecto valorativo y de sentido general de la sistemática preceptiva e institucional, la función tiende mayormente a comprender la real operatividad. La función es el ejercicio o acción propia de un órgano, su dinamismo, las particularidades que caracterizan una determinada actividad”.

divididas em classes sociais antagônicas, fundadas na relação capital/trabalho assalariado, que define a separação força de trabalho/meios de produção das sociedades capitalistas contemporâneas.¹³

No âmbito de estudo da prisão cautelar, sob o presente enfoque, escapa-se de um plano estritamente legal, pois se toma sua própria existência e legitimação como objeto de estudo.¹⁴ Busca-se, assim, os lineamentos de um discurso crítico criminológico sobre a prisão cautelar que compreenda suas funções reais ou ocultas, objetivamente exercidas, de forma coerente ao que se faz com a pena de prisão.

2 Observações sobre a perspectiva histórica

Estudar a prisão cautelar como tema que reside ao lado da prisão como pena é uma opção que exige, em primeiro lugar, observações metodológicas do ponto de vista histórico, a começar pelo cuidado no manejo de conceitos sem atentar ao período, ao contexto e à experiência jurídica própria da civilização em que se inserem:

Realmente, conceitos como pessoa, liberdade, democracia, família, obrigação, propriedade, contrato, roubo, homicídio, são conhecidos como construções jurídicas desde os inícios da história do direito europeu. Contudo, se avançarmos um pouco na sua interpretação, logo veremos que por baixo da superfície da sua continuidade terminológica existem rupturas decisivas no seu significado semântico. (...) Por detrás da continuidade aparente na superfície das palavras está escondida uma descontinuidade radical na profundidade do sentido.¹⁵

O risco em não se tomar tais cuidados é incorrer na comparação leviana de conceitos, noções e instituições jurídicas com significados absolutamente diferentes, pressupondo-se sua evolução e continuidade. A observação vale para o próprio termo *imputado*, que segundo Marchetti pode ser considerado uma invenção tipicamente moderna:

¹³SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. p. 460. Observa PAVARINI que “desde o momento em que a pena veio a se ‘emancipar’ do ‘castigo divino’, foi ameaçada permanentemente pelo risco de ser descoberta pelo que, contingentemente, está por trás da ficção do que se quer fazer crer que é”; cf. PAVARINI, Massimo. La justificación imposible. La historia de la idea de pena entre justicia y utilidad. Capítulo Criminológico, p. 31. Trad. livre. No original: “desde el momento que la pena se ha venido que ‘emancipar’ del ‘castigo divino’, ha estado amenazada permanentemente por el riesgo de ser descubierta por lo que, contingentemente, está detrás de la ficción de lo que quiere hacer creer que es”.

¹⁴No mesmo sentido: VÉRIN, Jacques. La detention preventive et la Criminologie. **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé**. p. 917: “Não é a questão aqui determinar as razões que puderam conduzir neste ou naquele caso um juiz de instrução a prender um acusado, mas considerar a prisão preventiva como um fenômeno global. (...) não é à lei nem às disposições regulamentares que se deve imputar o uso extensivo da prisão preventiva”. Trad. livre. No original: “Il n’est pas question ici de déterminer les raisons qui ont pu conduire dans tel ou tel cas un juge d’instruction à incarcérer un prévenu, mais de considérer la détention préventive comme un phénomène global. (...) ce n’est pas à la loi ni aux dispositions réglementaires qu’il faut imputer l’usage extensif de la détention préventive”.

¹⁵HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura Jurídica Européia**. p. 26-27.

É claro que um sujeito a ser julgado (é o que entendemos por imputado) sempre esteve presente no processo penal. Mas há algumas considerações incontornáveis que levam a concluir que o reus do processo do antigo regime fosse coisa diversa do imputado do século XIX.¹⁶

Por outro lado, a redução da dimensão histórica à mera referência da existência de determinado instituto em outros tempos e em outras civilizações contribui tão-somente para sua naturalização, atribuindo-o legitimidade pela afirmação implícita de “haver sempre existido”. Por todos no Brasil, neste sentido, vê-se como Almeida Jr se refere rapidamente à prisão preventiva como medida existente nas legislações ática, romana e visigótica¹⁷, antes de adentrar no estudo da medida nas Ordenações portuguesas e na legislação brasileira a partir do Império; ou fazendo uma mera referência ao caráter excepcional da custódia cautelar no direito romano e nas monarquias da Baixa Idade Média¹⁸, explicando a prisão cautelar daqueles períodos e sociedades tão-somente como locais onde as pessoas aguardavam uma decisão final da justiça para receberem, depois, suas penas.¹⁹

A conclusão a que se acaba por chegar é que a “prisão preventiva, na sua configuração legal e alcance ou desiderato, foi evoluindo ao longo da história, sendo que a sua função é, hoje, de cariz estritamente processual”.²⁰

Tratam-se, porém, de estratégias glorificadoras do presente, próprias de um método historiográfico positivista, fundado na adoção de um modelo evolucionista crente no contínuo e constante progresso das instituições jurídicas:

Esta teoria do progresso linear resulta freqüentemente de o observador ler o passado desde a perspectiva daquilo que acabou por acontecer. (...) Promove uma sacralização do presente, glorificado como meta, como o único horizonte possível da evolução

¹⁶MARCHETTI, Paolo. *Testis Contra Se*. p. 5. Trad. livre. No original: “Certo un soggetto da giudicare (ed. è questo que noi intendiamo per imputato) è sempre stato presente nel processo penale. Ma ci sono alcune considerazioni che non possono esse eluse e che portano a concludere che il reus del processo di antico regime fosse cosa diversa dall'imputato del XIX secolo”.

¹⁷ALMEIDA JR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. vol. I, p. 343-345. No mesmo sentido: ROCHA, João Luís de Moraes. *Ordem Pública e Liberdade Individual*. p. 23: “Mais antiga, como se referiu, do que a prisão como pena, a prisão hoje denominada de preventiva, usada por gregos e romanos, existia na península ibérica desde os tempos da reconquista. Importada do direito romano foi adaptada aos usos e costumes nacionais, mais tarde vertida nas Ordenações Afonsinas, destas para as Ordenações Manuelinas e assim sucessivamente”.

¹⁸ALMEIDA JR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. p. 344: “o princípio geral dominante, nos primeiros tempo da Republica, era que o acusado, cidadão romano, devia ficar em liberdade até o julgamento, desde que desse fiadores idôneos como caução do seu comparecimento em juízo”. V. também: LUCA, Giuseppe. *Lineamenti della Tutela Cautelare Penale*. p. 12.

¹⁹V. por exemplo: ROCHA, João Luís de Moraes. *Ordem Pública e Liberdade Individual*. p. 22: “A prisão foi durante muitos séculos um lugar onde se guardavam as pessoas até uma decisão final de justiça. A privação de liberdade física servia para evitar a fuga do criminoso entre a captura e a execução da sentença. (...) Será assim possível afirmar que na antiga legislação pátria [N. A.: referindo-se a Portugal] a prisão era sobretudo preventiva”.

²⁰ROCHA, João Luís de Moraes. *Ordem Pública e Liberdade Individual*. p. 183.

humana e tem inspirado a chamada ‘teoria da modernização’, a qual propõe uma política do direito baseada num padrão de evolução artificialmente considerado como universal.²¹

Assim se faz da história um discurso legitimador do presente que ignora a autonomia do passado, reduzindo-o a uma espécie de estágio preparatório daquele. Tais “estratégias” são utilizadas com frequência no trato do tema da prisão cautelar e da própria pena de prisão, compreendendo a primeira como uma necessidade inquestionável e natural e esta última como um também natural e inevitável resultado de uma evolução²² da “barbárie à modernidade”.

A premissa evolucionista marca o processo penal quando se crê na modernidade como o início de uma era distinta da escuridão da Idade Média, como se o processo inquisitório ali gestado representasse um período “não civilizado”, mas já findo.²³ Com a modernidade e o pensamento liberal a prisão preventiva teria enfim se assumido como medida destinada a fins “estritamente processuais e sem significado ético”.²⁴

Já se referiu que a distinção entre uma prisão para punir e outra para manter sob custódia vem de longa data, o que não significa que se possa invocá-la de outros tempos e civilizações sem se ater ao contexto específico em que se insere cada conceito e teoria. É necessário, com efeito, abordar-se o tema com cuidado, sob pena de se supor que falar em função cautelar signifique o mesmo, por exemplo, na sociedade atual e na sociedade romana de séculos atrás; ou de se investigar a prisão como pena e a prisão cautelar, institutos absolutamente vinculados, em planos e abordagens distintas e distantes.

A partir de tais ressalvas é que se pode ver como a custódia cautelar ocupa um lugar muito importante no processo histórico pelo qual a prisão passa a ser a modalidade hegemônica de punição da sociedade capitalista²⁵, nestes termos colocados por Morris e Rothman:

²¹HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Européia*. p. 29.

²²Registre-se a posição, em outro sentido, de LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e a sua Conformidade Constitucional*. p. 3: observa o autor não se poder falar em “evolução histórica” da pena de prisão, cujo histórico é marcado por descontinuidades.

²³V. por exemplo: LUCA, Giuseppe. *Lineamenti della Tutela Cautelare Penale*. p. 14.

²⁴ROCHA, João Luís de Moraes. *Ordem Pública e Liberdade Individual*. p. 24.

²⁵PAVARINI, Massimo. *Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell’ossessione correzionale. Dei Delitti e Delle Pene*. p. 256: “o cárcere era já uma realidade conhecida também pelos sistemas penais (...) terminava por cumprir deveres de natureza endoprocessual, ou mesmo de medidas político-administrativas, ou mesmo, em algumas hipóteses, foi lugar onde podia vir aplicada uma pena corporal”. Trad. livre. No original: “il carcere era una realtà già conosciuta anche dai sistemi penali (...) esso finiva per adempiere a compiti di natura endoprocessuale, ovvero di misura politico-amministrativa, ovvero, in alcune ipotesi, fu luogo in cui poteva venire irrogata una pena corporale”.

Aplicar a distinção norte-americana entre *prison* e *jail* (cárcere preventivo) auxilia a investigação acerca dos propósitos da prisão. Simplificando, jails se destinam especialmente àqueles aguardando julgamento e aguardando punição; prisões são para os criminosos condenados cumprirem a pena. Por evidente, alguns criminosos devem ficar presos até serem trazidos a julgamento e, se condenados, até cumprirem a pena. Neste sentido o sistema de julgamento pressupõe a existência da *jail*. Se a prisão existe e se não sabemos o que mais fazer com um criminoso condenado para o qual não cabe a pena de morte, de açoitamento ou de exílio, ou ainda que não pode ter a permissão de fugir das conseqüências adversas de seu crime, por que não manter a prisão? Assim, sugerimos, a justificação original para a prisão pode ter sido a incapacitação. Seja como for, o encarceramento serve para remover um criminoso em potencial da comunidade.²⁶

O contexto específico no qual se quer tratar da incapacitação ou neutralização como escopo primário hoje exercido pela prisão, penal e processual, é aquele marcado pelas transformações políticas e econômicas sintetizadas no termo neoliberalismo²⁷, no qual, no âmbito das estratégias de controle social, o princípio da eficiência ocupa o vazio deixado pela crise dos ideais de ressocialização.

²⁶MORRIS, Norval; ROTHMAN, David J. Introduction. **The Oxford History of the Prison**. p. IX. Trad. livre. No original: "Applying the American distinction between prison and jail helps to launch the inquiry into the purposes of prison. Oversimplifying, jails hold mainly those awaiting trial and awaiting punishment; prisons hold convicted offenders as a punishment. Of course, some alleged criminals have to be held secure until brought to trial and, if convicted, until punishment. In this sense the system of trials presupposes the existence of the jail. If the cage exists, and if we do not know what else to do with a convicted offender who does not need to be killed or whipped or exiled yet who cannot be allowed to escape adverse consequences for his crime, why not continue the caging? So, we are suggesting, the original justification for the prison may have well been incapacitation. Whatever else, incarceration serves to remove a potential offender from the community".

²⁷COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. p. 38: "O nome deve-se a Lippmann, mas os fundamentos, no nascimento, estão marcados pela Sociedade de Mont Pèlerin (1947), encabeçada por Hayek, a qual vem fincada na inimidade de morte com o Estado de bem-estar europeu e com o New Deal norte-americano (Anderson). Embora o radical (neo) pudesse sugerir um novo liberalismo, em suma o que nele se tem uma negação do verdadeiro pensamento liberal, onde a liberdade não pode ser tomada desacompanhada da igualdade. Agora, o inimigo a ser combatido era – e segue sendo – o excesso de igualitarismo que permeia o Estado de bem-estar, fonte da sua hipertrofia". Concentrando-se, ainda, na dimensão econômica do termo "neoliberal", há, segundo José Carlos Valenzuela Feijóo, três acepções possíveis: "Às vezes, 'neoliberal' diz respeito às características comumente assumidas pela política econômica na fase recessiva do ciclo econômico. Nesse contexto, lidamos com um pacote muito característico de medidas e diretrizes de política econômica. Por exemplo: i) redução das despesas e do déficit públicos; ii) congelamento dos salários nominais e queda do salário real; iii) liberação de preços; iv) restrições no crédito e elevações das taxas de juros; v) desvalorização da moeda e liberalização do comércio exterior, etc.[...]. Uma segunda acepção possível do termo aponta em direção àquilo que poderíamos denominar uma ideologia ou filosofia econômica, cujo conteúdo básico reside numa visão (e pregação) *ultra-apologética do mercado*. No plano estritamente ideológico, defende-se que o mercado (ou, para sermos mais precisos, a lei do valor) assegura um aproveitamento pleno e eficiente dos recursos econômicos. Pela mesma razão, também garante o crescimento mais acelerado da produção. A isso, costuma-se acrescentar que um mercado livre de interferências garante estabilidade econômica e uma justa distribuição de renda, [...]". sendo a terceira acepção a compreensão de "neoliberal" como "um determinado padrão de acumulação, cf. FEIJÓO, José Carlos Valenzuela. **O Estado neoliberal e o caso mexicano**. Estado e políticas sociais no neoliberalismo (Organização de Ana Cristina Laurell). p. 12-14.

3 A prisão como pena

A instituição penitenciária surge quando a privação de liberdade passa a ser o mecanismo punitivo central da sociedade capitalista, há pouco mais de dois séculos. Uma primeira observação se deve dar sobre a necessidade de se distinguir a compreensão do cárcere como prática de exclusão e isolamento, de um lado, e as teorias justificadoras da privação de liberdade como pena, de outro, na medida em que “o modelo carcerário se realiza como ‘pena’ em um tempo cronologicamente sucessivo à sua oferta enquanto lugar de práticas de exclusão”.²⁸

Rejeitando-se qualquer perspectiva que pretenda explicar as transformações decorrentes do pensamento iluminista enquanto signo de uma “evolução” ou mesmo “humanização” da punição, é certo que o tema deve ser abordado sob a ótica de “uma profunda ruptura com relação à historiografia jurídico-penal tradicional. As transformações históricas da pena representam não o resultado do progresso da sociedade, mas, pelo contrário, a evolução das estratégias com as quais a primeira das ‘duas nações’ sempre impôs sua própria ordem social à segunda”.²⁹

Um primeiro marco neste sentido é o trabalho de Rusche e Kirchheimer, cuja hipótese é a de que “todo sistema de produção tende a descobrir punições que correspondem às suas relações de produção”.³⁰ Foucault, pouco mais tarde, identificou nas mudanças a estratégia de uma nova economia do castigo e uma nova gestão das ilegalidades³¹, voltando-se o sistema à proteção prioritária dos bens e da propriedade.

Assim, antes “o corpo dos condenados se tornava coisa do rei, sobre a qual o soberano imprimia sua marca e deixava cair os efeitos de seu poder. Agora, ele será antes um bem social, objeto de uma apropriação coletiva e útil”³², devendo ser o castigo um signo visível e que servisse como sinal decifrável de lição a todos.

²⁸PAVARINI, Massimo. *Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell'ossessione correzionale. Dei Delitti e Delle Pene*. p. 255. Trad. livre. No original: “il modello carcerario si realizza come ‘pena’ in un tempo cronologicamente successivo al suo offrirsi come luogo di pratiche dell'esclusione”.

²⁹GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. p. 38.

³⁰RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. p. 18-19: “Portanto, se uma economia escravista acha que o suprimento de escravos é insuficiente e a demanda pressiona, não se despreza a penalidade da escravidão. No feudalismo, por outro lado, não apenas esta forma de punição cai em desuso, quanto nenhum outro método foi descoberto para o uso da força de trabalho do condenado. O retorno para antigos métodos, pena capital ou corporal, foi então necessário, uma vez que a introdução de pena pecuniária para todas as classes era impossível em termos econômicos. A casa de correção foi o ponto alto do mercantilismo e possibilitou o incremento de um novo modo de produção. A importância econômica da casa de correção desapareceu, entretanto, com o aparecimento do sistema fabril. (...) na transição para a moderna sociedade industrial, que requer o trabalho livre como condição necessária para o emprego da força de trabalho, o papel do condenado foi reduzido ao mínimo”.

³¹FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. p. 69-70. V. também GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. p. 26: “Diante do espetáculo da mendicância, da pobreza e da dissolução moral oferecida pelos pobres na Europa entre os séculos XVII e XVIII, as estratégias do poder mudam lentamente, passando de uma função negativa, de destruição e eliminação física do desvio, a uma função positiva, de recuperação, disciplinamento e normalização dos diferentes”. Para uma análise da jurisdição penal a partir da visão deste autor, v. BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal*. Tese (Doutorado). UFPR – Universidade Federal do Paraná, 2005.

³²FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. p. 91.

O cárcere convivia, até então, com a imposição de sanções que geralmente sacrificavam bens do condenado: a riqueza, a integridade física, a vida, a honra, sem se considerar a perda da liberdade por um determinado período de tempo um castigo apropriado:

E isto, simplesmente, porque a liberdade não era considerada um valor cuja privação pudesse ser considerada um sofrimento ou um mal. Certamente existia o cárcere, mas como simples lugar de custódia onde o imputado aguardava o processo: antes da aparição do sistema de produção capitalista não existia a prisão como local de execução da pena propriamente dita (...). Apenas com a aparição do novo sistema de produção a liberdade adquiriu um valor econômico: com efeito, apenas quando todas as formas de riqueza social foram reconhecidas no denominador comum do trabalho humano medido pelo tempo, ou seja de trabalho assalariado, foi concebível uma pena que privasse o culpado de um quantum de liberdade, ou seja, de um quantum de trabalho assalariado.³³

De fato, o encarceramento de indivíduos até a “invenção penitenciária” guardava finalidades outras que a punição em si mesma.³⁴ De acordo com Foucault, “a prisão assegura que temos alguém, não o pune. É este o princípio geral”.³⁵ Não se pode, porém, conforme referido, pretender falar das diferentes formas de expressão desta “prisão processual” sem concentrar sobre cada período, sociedade e contexto específico um estudo com a dedicação e a atenção merecidas³⁶, pois o isolamento de indivíduos pode guardar significados substancialmente muito próprios e diversos.

A transformação da prisão em locus de punição surge acompanhada de um ideal de transformação do sujeito, o que pode ser visualizado, no recorte aqui relevante e sem se preocupar com uma linearidade entre os diferentes períodos históricos, tanto quando a internação e o isolamento se tornam a modalidade hegemônica de punição como quando se estrutura o Estado de Bem-estar (*Welfare State*), após a Segunda Guerra Mundial.

³³PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**. p. 36. Trad. livre. No original: “Y esto, simplemente, porque la libertad no era considerada un valor cuya privación pudiese considerarse como un sufrimiento, como un mal. Ciertamente existía ya la cárcel, pero como simple lugar de custodia donde el imputado esperaba el proceso: antes de la aparición del sistema de producción capitalista no existía la cárcel como lugar de ejecución de la pena propriamente dicha (...). Sólo con la aparición del nuevo sistema de producción la libertad adquirió un valor económico: en efecto, sólo cuando todas las formas de riqueza social fueron reconocidas al común denominador de trabajo humano medido en el tiempo, o sea de trabajo asalariado, fue concebible una pena que privase al culpable de un quantum de libertad, es decir, de un quantum de trabajo asalariado”.

³⁴MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**. p. 21: “Pode-se dizer que a sociedade feudal conhecia o cárcere preventivo e o cárcere por dívidas (...). Esta tese, que tende a sublinhar a natureza essencialmente processual do cárcere medieval, é acolhida quase unanimemente pela ciência histórico-penal”.

³⁵FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. p. 98.

³⁶Ver, neste sentido, o excelente MORRIS, Norval; ROTHMAN, David J. (org.). **The Oxford History of the Prison: the practice of punishment in western society**. New York: Oxford University Press, 2005; especialmente, sobre o tema, “Prison before the prison: the ancient and medieval worlds” (p. 3-43), de Edward M. Peters.

Algo a se anotar, em primeiro lugar, é que a forma de se compreender e tratar a questão da pobreza foi um fator determinante na configuração das políticas que levaram à “invenção penitenciária”. O marco desta é a experiência chamada de grande internamento³⁷, resultado direto, por sua vez, das mudanças de tratamento do pauperismo entre os séculos XVII e XIX.

No Medievo se assumia a pobreza como fenômeno natural e sobre o qual se valorizava sobremaneira a caridade. Também nos Estados Unidos do século XVIII, com uma economia ainda predominantemente rural, interpretava-se a pobreza como um fenômeno natural à comunidade, tratada com políticas de assistência, ao mesmo tempo em que se legislava com rigor em relação a imigrantes pobres e clandestinos.

Pois muda, e muito, a visão que se tinha sobre a pobreza e a mendicância quando mudanças na estrutura econômica produzem a demanda por força de trabalho. Tendo por base uma nova ética de exaltação ao labor, passa-se inclusive a se tomar a caridade como prática negativa:

Em fins do século XVI, a crescente escassez de força de trabalho pressionou a mudança no tratamento dos pobres. (...). Em toda parte havia queixas amargas sobre a escassez de força de trabalho causada pela mendicância. As leis de repressão aos pobres consideraram este problema. Ao contrário da política do início do século XVI, cuja principal meta era a eliminação da mendicância, o novo programa tinha propósitos mais diretamente econômicos.³⁸

Discrimina-se, assim, entre uma pobreza inocente e outra culpável, tomando por critério a aptidão para o “trabalho subordinado”.³⁹ Quis-se aplicar para a primeira, não apta para o trabalho, tais como velhos e crianças, políticas assistenciais, e para a segunda, que poderia, mas não estava trabalhando, a coerção através de um vasto arquipélago institucional.

Assim emerge a hipótese institucional, definida como o “internamento compulsório das massas dos pobres, ociosos e vagabundos nesses espaços definidos, onde a administração pública devia encarregar-se da sua educação através do trabalho”⁴⁰, a partir da qual nascem as instituições denominadas casas de trabalho ou de correção, locais de internamento para o trabalho forçado.

Segundo Rusche e Kirchheimer, a “primeira instituição criada com o propósito de limpar as cidades de vagabundos e mendigos foi, provavelmente, a Bridewell, em

³⁷PAVARINI, Massimo. *Control y dominación*. p. 36.

³⁸RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. p. 59-60.

³⁹PAVARINI, Massimo. *Control y dominación*. p. 32.

⁴⁰MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*. p. 181. V. também: GIORGI, Alessandro De. *A miséria governada através do sistema penal*. p. 41.

London (1555)⁴¹; mas se atribui à Holanda a criação do modelo mais influente na Europa, aberto em 1596 e denominado *Rasp-huis*.⁴²

O modelo se alastra pela Europa⁴³ e também, mais tarde, nos Estados Unidos, com a função de “socializar a disciplina e a ética manufatureira a quem era, por origem e educação, diferente”.⁴⁴ Identifica-se, assim, uma dupla finalidade: “por um lado, havia uma tentativa puramente disciplinar (...); por outro lado, a escassez de mão-de-obra na primeira metade do século XVII levava a enfatizar a necessidade de fornecer aos internos uma preparação profissional”.⁴⁵ Em outras palavras, visava-se “transformar a força de trabalho dos indesejáveis, tornando-a socialmente útil. (...) Uma vez em liberdade, esperava-se, eles procurariam o mercado de trabalho voluntariamente”.⁴⁶

No Brasil o modelo chegou em 1850, com a construção, no Rio de Janeiro, da Casa de Correção da Corte, tida como “a primeira penitenciária brasileira, dentro de um projeto de aproximar a estrutura repressiva do país com os modelos europeus e norte-americanos”.⁴⁷

Paulatinamente, o internamento se torna a pena propriamente dita. Constatou-se nos EUA e na Inglaterra “os cárceres propriamente ditos – referimo-nos aqui aos *jails* como institutos de custódia preventiva – vazios ou quase vazios, enquanto as *houses of correction* ou *workhouses* abarrotadas por uma população extremamente heterogênea”⁴⁸, o que apenas demonstra a vinculação estabelecida entre pobreza e questão criminal.

Com as transformações econômicas que encerram o período mercantilista, inverte-se a situação do mercado de trabalho, agora com excedente de mão-de-obra. Sem mais demandar por trabalhadores, “as classes dirigentes não tinham mais necessidade das medidas coercitivas que foram empregadas no período mercantilista para substituir a ausência de pressão econômica sobre as classes trabalhadoras”.⁴⁹ Logicamente, as casas de correção perderam sua razão de ser, sendo substituídas pela fábrica e pelo trabalho livre.⁵⁰

⁴¹RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. p. 61.

⁴²FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. p. 100; MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**, p. 43: “A casa de trabalho holandesa era conhecida por toda a parte pelo termo *Rasp-huis*, porque a atividade de trabalho fundamental que ali se desenvolvia consistia em raspar, com uma serra de várias lâminas, um certo tipo de madeira até transformá-la em pó, do qual os tintureiros retiravam o pigmento usado para tingir os fios”.

⁴³Ver MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**. p. 48 e ss. Entre outros exemplos, surge a Casa di lavoro y correzione (Itália), o Hôpital Generale (França), e as Workhouses (Inglaterra).

⁴⁴PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**. p. 33. Trad. Livre. No original: “socializar a la disciplina y a la ética manufacterera a quien era, por origen y educación, extraño”.

⁴⁵MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**. p. 57-58.

⁴⁶RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. p. 63.

⁴⁷CASARA, Rubens R. **Interpretação retrospectiva**. p. 42-43. A instituição foi posteriormente transformada no Presídio Frei Caneca, implodido no final de 2006.

⁴⁸MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**. p. 185.

⁴⁹RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. p. 118.

⁵⁰RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. p. 126.

Nesse momento, os locais utilizados como cárcere cautelar são “convertidos” em espaço para cumprimento de pena: “As prisões existentes não encontraram novas demandas. Em sua maioria, os edifícios previamente utilizados pelos prisioneiros que esperam julgamento eram agora usados para a execução da sentença de prisão”.⁵¹

Tal relação histórica com a custódia cautelar é bastante nítida nos Estados Unidos. Observa-se preliminarmente, porém, que esta ali se identifica com a jail, “uma prisão distrital ou municipal”⁵², especialmente voltada à custódia de acusados à espera de julgamento, e que convivem, hoje, com as prisões federais e estaduais.

As primeiras medidas de isolamento adotadas na sociedade norte-americana, séculos antes, destinadas aos imigrantes ilegais, já remetiam aos cárceres preventivos. Neste sentido anota Pavarini que foi a legislação de Nova York, em 1683 e em 1721, que previu “as primeiras formas de internamento obrigatório por um período determinado nas *jails*, os primeiros cárceres preventivos”.⁵³ Mais tarde, a paradigmática *Alburn Prison*, criada em 1787 na Filadélfia, Pensilvânia, nasce de uma prisão originalmente destinada a abrigar acusados à espera de julgamento, a *Walnut Street Jail*.⁵⁴ Embora teleologicamente voltadas a finalidades diferentes e mesmo considerando terem se contraposto em determinados momentos, é importante reconhecer o liame entre as casas de correção e os locais de custódia com finalidades oficialmente processuais:

As houses of correction ou workhouses se apresentam, originalmente, como apêndices arquitetônicos da jail. Nelas, a disciplina é praticamente a mesma imposta no cárcere preventivo. Todavia, a população internada nessas instituições é bem diferente. A maior parte dos prisioneiros é constituída por pequenos transgressores da lei aos quais não era aplicada nenhuma pena corporal, por aqueles que tinham infringido a lei sobre a imigração e, sobretudo, por ociosos e vagabundos.⁵⁵

Pondera-se, assim, que “se a *jail* havia mantido a sua finalidade original de cárcere preventivo, era bem outro, de um ponto de vista factual, o sistema de controle social que se baseava na hipótese institucional da *house of correction* ou, dada a flexibilidade terminológica com a qual este instituto era designado, *workhouse*”.⁵⁶ As

⁵¹RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. p. 138.

⁵²McCONVILLE, Sean. Local Prison: The Jail. *The Oxford History of the Prison: the practice of punishment in western society*. p. 267. Trad. livre. No original: “a county or municipal prison”.

⁵³MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*. p. 157.

⁵⁴MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*. p. 187: “Com base numa lei, foi determinada a construção de um edifício celular no jardim interno do cárcere (preventivo) de Walnut Street, no qual ficariam internados, em solitary confinement, os condenados à pena de prisão; a velha construção preexistente deveria continuar servindo de cárcere preventivo”.

⁵⁵MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*. p. 161.

⁵⁶MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*. p. 184.

finalidades oficiais eram, evidentemente, diferentes⁵⁷; porém, há de notar como ambas se entrelaçam, do ponto de vista funcional, no processo histórico que produziu a instituição penitenciária e conferiu caráter de pena ao cárcere.

Neste sentido, a jail passa de “rival” das outras instituições também voltadas ao controle da vagabundagem⁵⁸, para a assimilação da casa de correção como uma instituição só. Em outras palavras, pode-se dizer haver uma relação de continuidade entre ambas:

A sobreposição e uma relutância dos municípios em prover os recursos necessários resultaram em uma assimilação gradual da casa de correção na jail [cárcere preventivo]. Havia uma tentativa de revitalização das casas de correção no fim do século XVIII, mas elas eram, então, simples apêndices da jail, utilizadas para a punição de contraventores e em regra compartilhando o mesmo guarda. (...) Em 1865, a legislação inglesa reuniu as casas de correção e as jails. Estritamente falando, depois dessa data a Inglaterra não teve mais jails mas apenas a jail e a casa de correção equiparados, mais adequadamente conhecidos pelo termo genérico ‘prisão’.⁵⁹

Com a consagração da prisão como pena, abandona-se uma política criminal de aniquilação em prol de um modelo penitenciário legitimado pela finalidade de reintegração de quem se pôs fora do pacto social, delinqüindo. Foucault tem a prisão, desde o início, como um lugar de correção e “transformação técnica dos indivíduos”.⁶⁰ O sujeito abstrato, violador da norma penal, torna-se “sujeito concreto de necessidades materiais, em algo que finalmente poderia ser observado, espiado, estudado, em última instância, conhecido”⁶¹, o qual será tomado como objeto de estudo pelas teorias criminológicas etiológicas.

⁵⁷McCONVILLE, Sean. Local Prison: The Jail. **The Oxford History of the Prison: The Practice of Punishment in Western Society**. p. 271: “Até tempos relativamente recentes a noção da jail para reformar o criminoso era desconhecida e de fato parecia bizarra. Pessoas eram presas para aguardarem seu julgamento e a execução da sentença, fosse ela o flagelo, a morte ou o banimento”. Trad. livre. No original: “Until relatively recent times the notion of using a jail to reform the offender was unknown and indeed would have seemed bizarre. People were held to await their trial and to await the execution of sentence, whether that be flogging, death, or banishment”.

⁵⁸McCONVILLE, Sean. Local Prison: The Jail. **The Oxford History of the Prison: the practice of punishment in western society**. p. 281.

⁵⁹McCONVILLE, Sean. Local Prison: The Jail. **The Oxford History of the Prison: the practice of punishment in western society**. p. 282. Trad. livre. No original: “The overlap and a reluctance of the counties to provide proper funding resulted in the gradual assimilation of the house of correction into the jail. There was an attempted revival at the end of the eighteenth century, but by then most houses of correction were simply wings of the jail, used for the punishment of misdemeanants and usually sharing the same keeper. (...). In 1865, legislation amalgamated the houses of correction and jails in England. Strictly speaking, after that date England no longer had jails but only the assimilated jail and house of correction, which ought more properly to be known by the generic ‘prison’”.

⁶⁰FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. p. 196.

⁶¹PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**. p. 37-38. Trad. Livre. No original: “sujeito concreto de necessidades materiales, en algo que finalmente podia ser observado, espiado, estudiado, en última instância conocido”. V. também: FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. p. 212-213.

O modelo correcional apresenta uma obsessão pedagógica⁶², com a qual “a punição é uma técnica de coerção dos indivíduos; ela utiliza processos de treinamento do corpo – não sinais – com os traços que deixa, sob a forma de hábitos, no comportamento”.⁶³ Trata-se de, sob a égide do poder disciplinar, produzir sujeitos através do treinamento de seus corpos até se tornarem dóceis e úteis:

A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos ‘dóceis’. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência). Em uma palavra: ela dissocia o poder do corpo; faz dele por um lado uma ‘aptidão’, uma ‘capacidade’ que ela procura aumentar; e inverte por outro lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz dela uma relação de sujeição estrita.⁶⁴

O objetivo da pena de prisão foi, portanto, fazer do criminoso um proletário, ou seja, “educar (ou reeducar) o criminoso (não-proprietário) a ser proletário socialmente não perigoso, isto é, ser não-proprietário sem ameaçar a propriedade”.⁶⁵ Tendo-se, então, a base para a construção de um sistema para a reintegração social do preso, observa Coutinho que o sistema foi criticado por conservadores e progressistas:

Estes, porque a recuperação, quando realizada no modelo idealizado, tinha cariz ortopédico e, portanto, buscava a ‘docilização’ do apenado, conformando-o ao poder, em visível violação dos seus direitos fundamentais (...) Os conservadores, da sua parte, nunca viram com bons olhos as tentativas de recuperação porque elas implicavam gastos, a seu ver desnecessários, mormente em razão de jamais terem sequer imaginado a mínima responsabilidade da sociedade – e do Estado – na situação individual do criminoso.⁶⁶

Vê-se, em suma, que a teoria da pena moderna é a história de sua justificação, em especial de como a pena justa (meramente retributiva) passa a pena útil (com finalidades preventivas).⁶⁷ Com a crise do chamado Estado de Bem-estar e do modelo penal fundado no paradigma da ressocialização, o que se vê é a emergência de modelos

⁶²PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto*. p. 64.

⁶³FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. p. 108.

⁶⁴FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. p. 119.

⁶⁵MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*. p. 216.

⁶⁶COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O gozo pela punição (em face de um estado sem recursos). *Estudos Constitucionais*. p. 139-140.

⁶⁷V. sobre o tema PAVARINI, Massimo. La justificación imposible. La historia de la idea de pena entre justicia y utilidad. *Capítulo Criminológico*. n.º 21, 1993, Maracaibo: Universidad del Zulia, p. 29-41; e também: PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto*, p. 57: “Perdida essa razão universal de justiça, sobre a qual se havia fundado, sua sobrevivência esteve marcada pela precariedade: para existir deve demonstrar agora servir para alguma outra coisa. Ao não estar mais em condições de expressar um ideal universal de justiça, em seu processo de laicização a pena termina por se poder justificar apenas e enquanto meio de alcançar uma finalidade”. Trad. livre. No original: “Perdida esa razón universal de justicia, sobre la que se había fundado, su supervivencia estuvo signada por la precariedad: para existir debe demostrar ahora servir para alguna otra cosa. Al no estar más en condiciones de expresar un universal de justicia, en su proceso de laicización la pena termina por poder justificarse sólo por y en cuanto medio para alcanzar un fin”.

justificativos que atribuem à prisão a estrita função de prevenção especial negativa, ou seja, de incapacitação, até então submersa pelos ideais de intimidação geral e correção do delinqüente.

4 Considerações finais

Não obstante, a admissão pelo “discurso oficial” de que a prisão não corrige, mas tão-somente retira do convívio social aqueles a quem se considera “perigoso”, pode se explicar como um momento de excepcional sinceridade: segundo Pavarini, “o sistema penal já não tem necessidade de mentir”.⁶⁸

A pena, agora, é a pena sem utilidade, é a pena que não transforma, é a pena que não se justifica: “não é expressiva, não é programática, não deseja produzir intencionalmente sofrimento. Intenta apenas reduzir o risco social da criminalidade, pondo quem se tem como perigoso em condição de não causar dano, neutralizando-o”⁶⁹; sem embargo de permanecer, sempre, o gozo coletivo com a punição de alguns.⁷⁰

A categoria da “perigosidade” remete a uma tipologia criminológica ligada à criminalização da pobreza, o que de todo se coaduna com a ação eficiente que no âmbito da justiça penal se traduz, em uma palavra, na exclusão, em definitivo e no sentido mais radical de neutralização física, senão eliminação, dos em regra já excluídos⁷¹ do acesso aos bens fundamentais para viver e crescer com dignidade, e especialmente nos países periféricos como o Brasil.

5 Referências

- ALMEIDA JR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**. 3ª ed. v. 1. Rio de Janeiro: Typ. Batista de Souza, 1920.
- BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica? **Dei delitti e delle Pene**, nº 1, 1991, Bari: Edizione Scientifiche Italiane, p. 53-81.

⁶⁸PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto**. p. 20. Trad. Livre. No original: “el sistema penal ya no tiene necesidad de mentir”. Sobre o “fim das utopias” punitivas, ver também GARLAND, David. *The Culture of Control*, p. 14: “Recent years have witnessed a remarkable turnaround in the fortunes of the prison. An institution with a long history of utopian expectations and periodic attempts to reinvent itself – first as a penitentiary, then a reformatory, and most recently as a correctional facility – has finally seen its ambition reduced to the ground-zero of incapacitation and retributive punishment”.

⁶⁹PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto**. p. 26. Trad. Livre. No original: “no es expresiva, no es programática, no desea producir intencionalmente sufrimiento. Intenta sólo reducir el riesgo social de la criminalidad poniendo en condición de no dañar a quien se advierte como peligroso, neutralizándolo”.

⁷⁰COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O gozo pela punição (em face de um estado sem recursos). **Estudos Constitucionais**. p. 147.

⁷¹COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. p. 41: “Incluído, da sua parte, é aquele que está dentro do mercado, consumindo e, de conseqüência, produzindo. O excluído, por seu turno, sobrevive das migalhas porque, à margem do mercado (é um não-consumidor), coloca-se na condição de descartável e, portanto, no quadro atual, mostra-se como um empecilho, dado continuar demandando pelas necessidades básicas”.

- _____. La Política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 29, 2000, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 27-52.
- BECKER, Howard S. **Outsiders**: saggi di sociologia della devianza. Tradução de Mauro Croce, Claire-Lise Vuadens e Diego Brignoli. 4. ed. Torino: Gruppo Abele, 1997.
- BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição e normalização**: uma análise foucaultiana da jurisdição penal. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, Tese (Doutorado em Direito), 2005.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O gozo pela punição (em face de um estado sem recursos). **Estudos Constitucionais** (Organização de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, José Luis Bolzan de Moraes e Lênio Luiz Streck). Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 137-150.
- _____. O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, nº 31, 1999, Curitiba: Editora da UFPR, p. 37-49.
- DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**: la carcerazione preventiva. Padova: Cedam, 1953.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.
- FEIJÓO, José Carlos Valenzuela. O Estado neoliberal e o caso mexicano. **Estado e políticas sociais no neoliberalismo** (Organização de Ana Cristina Laurell). 3ª ed. São Paulo: Cortez Editora, 1995.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Tradução de Raquel Ramalhe. 25ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GARLAND, David. **The Culture of Control**: crime and social order in contemporary society. Chicago: University of Chicago Press, 2001.
- GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan / ICC, 2006.
- HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. 2ª ed. Tradução de Patricia Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.
- HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura Jurídica Européia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- MARCHETTI, Paolo. **Testis Contra Se**: l'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna. Milano: Giuffrè Editore, 1994.

- McCONVILLE, Sean. Local Prison: the jail. **The Oxford History of the Prison: The Practice of Punishment in Western Society** (Organização de Norval Morris e David Rothman). New York: Oxford University Press, 2005, p. 266-294.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006
- MORRIS, Norval; ROTHMAN, David J. (org.). **The Oxford History of the Prison: the practice of punishment in western society**. New York: Oxford University Press, 2005.
- PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. 6ª ed. México: Siglo Veintiuno, 1998.
- _____. Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell'ossessione correzionale. **Dei Delitti e Delle Pene**, n.º 2, 1986, Bari: Edizione Scientifiche Italiane, p. 251-276.
- _____. La justificación imposible. La historia de la idea de pena entre justicia y utilidad. **Capítulo Criminológico**, n.º 21, 1993, Maracaibo: Universidad del Zulia, p. 29-41.
- _____. **Un arte abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad**. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2006.
- ROCHA, João Luís de Moraes. **Ordem Pública e Liberdade Individual: um estudo sobre a prisão preventiva**. Coimbra: Almedina, 2005.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 3ª ed. Curitiba: Lumen Juris, ICPC, 2008.
- VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho Procesal Penal (La realización penal)**. Tomos I e II. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2004.
- VÉRIN, Jacques. La detention preventive et la Criminologie. **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé**, n.º 1, jan/mar. 1969, p. 917-924.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.