

A ORIGEM DAS PENAS E DAS PRISÕES E A MAXIMIZAÇÃO DO DIREITO PENAL COMO FORMA DE REPRESSÃO DO DELINQUENTE

THE ORIGIN OF SENTENCE AND PRISONS AND MAXIMIZING CRIMINAL LAW AS A MEANS OF REPRESSION OF OFFENDER

Diego Augusto Bayer⁵¹
Cidânia Aparecida Locatelli⁵²

Fecha de recepción: 2 de julio de 2016

Fecha de aceptación: 2 de julio de 2016

Referencia: BAYER, Diego Augusto. LOCATELLI, Cidânia Aparecida. *A origem das penas e das prisões e a maximização do direito penal como forma de repressão do delincente*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 2. Núm. 3. Págs. 79 a 92. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. A origem das penas e a derivação das teorias. 3. Do surgimento das prisões e da pena privativa de liberdade. 4. A utilização do Direito Penal para a repressão do delincente e o desvirtuamento da prisão. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

RESUMO

Este artigo teve como objetivo relatar em primeiro plano, em comparação com a obra *Vigiar e Punir* de Michel Foucault, a origem das penas e a derivação das teorias e a contraposição de Foucault, para após, expor sobre um retrospecto histórico do surgimento das prisões e da pena privativa de liberdade. Ao final, procurou-se demonstrar que utiliza-se

51 Aluno regular dos cursos para doutorado em Direito Penal pela Universidad de Buenos Aires. Especialista em Direito Penal (Uniassevi). Professor de Direito Penal e Criminologia do Centro Universitário Católica de Santa Catarina. Advogado Criminalista. Coordenador dos livros *Controvérsias Criminais: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia* (Volumes 01 e 02). Autor do livro *Julgamentos históricos: Casos que marcaram época e algumas mazelas do processo penal brasileiro*.

52 Pós Graduada em Direito Empresarial pela UNOESC. Pós Graduada em Direito Trabalhista pela UNINTER. Professora Universitária de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Advogada. Autora de artigos jurídicos em revistas especializadas.

da maximização das normas penais para tentar reprimir o delinquente, utilizando-se das penas e das prisões como modo de desvirtuar o seu caráter ressocializador. A pesquisa exploratória e bibliográfica fez com que fosse possível expor uma relação entre a visão de Foucault e outros doutrinadores, trazendo os pontos principais de cada pensamento.

PALAVRAS-CHAVE: Penas. Teorias das penas. Surgimento das prisões. Etiquetamento. Desvirtuamento do caráter ressocializados da pena.

ABSTRACT

This article aimed at reporting in the foreground, in comparison with the work *Discipline and Punish* by Michel Foucault, the origin of sentence and the derivation of the theories of Foucault and opposed to after, expound on a historical retrospective of the emergence of prisons and punishment deprivation of liberty. At the end, we tried to demonstrate that it is used to maximize the criminal rules to try to rebuke the offender, using sentence and prisons as a way of spoiling its character resocializing. Exploratory research and literature made it possible to expose a relationship between the vision of Foucault and other scholars, bringing the main points of each thought.

KEYWORDS: Sentence. Theories of sentence. Emergence of prisons. Labeling. Distortion of the character ressocializados punishment.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em seu livro *Vigiar e Punir: nascimento da prisão* (1987), Michel Foucault nos remete a constatação de que o Iluminismo não foi um movimento humanista. “Não se trata de um acaso, nem de uma gratuita e generosa humanização do sistema penal, mas da culminação de um longo processo”⁵³. Traz Foucault que o humanismo pregado pelo Iluminismo e um disfarce para perpetuar a estrutura do poder e da verdade. Para os penalistas esta afirmação é um paradoxo, eis que se vê no Iluminismo o marco fundamental para o surgimento da primeira geração dos Direitos do Homem.

Sobre este indivíduo que se esconde esse paradoxo para os penalistas. Foucault traz que:

O indivíduo é, sem dúvida, o átomo fictício de uma representação ‘ideológica’ da sociedade; mas é também uma realidade fabricada por essa tecnologia específica de poder que se chama a ‘disciplina’. Temos que deixar de descrever sempre os efeitos de poder em termos negativos:

53 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual do Direito Penal Brasileiro: parte geral*. São Paulo: Editora RT, 1997, p.277.

ele 'exclui', 'reprime', 'recalca', 'censura', 'abstrai', 'mascara', 'esconde'. Na verdade o poder produz; ele produz realidade; produz campos de objetos e rituais da verdade. O indivíduo e o conhecimento que dele se pode ter se originam nessa produção⁵⁴.

O homem não é pensado a partir do próprio homem, mas sim, etiquetado através do que chamamos de *labeling approach*. Com este etiquetamento, há uma maximização do direito penal, criando-se normas penais para tentar solucionar os 'problemas' e excluir as pessoas que 'não são iguais'. Zaffaroni e Pierangeli (1997, p.64) definem que essa nova realidade obriga o Estado a encontrar um lugar para os 'inimigos' e é neste momento que há um desvirtuamento do caráter ressocializador da prisão. Esta prisão, que deveria ser para reeducar o preso, vem sendo utilizada apenas como um lugar para manter trancafiado aquele que 'não é igual'.

2. A ORIGEM DAS PENAS E A DERIVAÇÃO DAS TEORIAS

As penas sofreram muitas mutações durante toda a história, podendo estas serem divididas em duas fases: a) a primitiva, que comporta a vingança privada (Talião e Código de Hamurabi), a vingança divina (Código de Manu), a vingança pública (a pena era entendida como meio de conservação do Estado – Roma Antiga) e b) humanitária, surgida no ano de 1.764, com a obra de Cesare Bonesanna, o Marquês de Beccaria, intitulada Dos delitos e das penas. Em cada uma dessas fases, a pena apresenta sentido e finalidades distintas.

A origem da pena vem com o surgimento da humanidade, onde as civilizações mais antigas já conheciam o significado desta punição quando violados os direitos de outrem. Acerca disso, traz Dotti (2001, p.123) que:

Em todos os tempos, em todas as raças ainda as mais rudes ou degeneradas, encontramos a pena como o *malum passions quod infligitur propter malum acciones*, como uma invasão na esfera do poder e da vontade do indivíduo que ofendeu e porque ofendeu as esferas do poder e da vontade de outrem.

Nos primórdios da civilização, a concepção da pena girava em torno da prevalência da lei do mais forte, onde cabia a auto composição, conhecida como vingança privada, utilizada por que foi ofendido para sanar o mal cometido, sendo facultado a resolução por sua própria força, de seu grupo ou de sua família, para assim conseguir exercê-la em desfavor de quem o prejudicou.

⁵⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis, Vozes, 1987, p.172.

A pena de Talião foi o primeiro passo repressivo contra o abuso nas penas, onde delimitou ao impor que delinquente sofresse um sofrimento igual ao que produzira com sua ação. Tal pena foi adotada no Código de Hamurabi, onde havia explícito que toda lesão causada a outrem se pagaria na mesma moeda, formando-se o famoso jargão “olho por olho, dente por dente”. Trazem os historiadores que a pena de Talião também foi utilizada em outros códigos da época, tal como a Lei das XII Tábuas, Pentateuco e no Código de Manu.

No período da vingança divina, dominava-se a ideia de que a repressão era a satisfação da divindade, qual fora ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do Deus ofendido. Este período era colocado em prática o chamado direito penal religioso, teocrático e sacerdotal. Com este caráter de vingança divina, onde os principais códigos criados foram o da Índia, China, Pérsia, Israel e Babilônia, qual tinha como base a purificação da alma do criminoso através do castigo, para que ele pudesse alcançar a “bem-aventurança”, ficando a aplicação da pena a cargo do sacerdote.

Na época da vingança pública, o objetivo era garantir a segurança do príncipe ou soberano, através de pena cruel e severa, visando intimidação, sendo aplicada pelo monarca, a livre arbítrio, mas em nome de Deus. Apesar de não haver quaisquer garantias aos súditos ou subordinados, esta fase apresentou uma evolução na aplicação das penas, pois outorga a sua aplicação ao Estado, ainda que este a exerça com rigor desmedido.

No que tange a este período, Noronha (1997, p.21) descreve que:

O direito e o poder de punir emanavam de Júpiter, o criador e protetor do universo. Dele provinha o poder dos reis e em seu nome se procedia a o julgamento do litígio e a imposição do castigo.

Combatendo todas as penas abusivas e desproporcionais, os julgamentos parciais e os métodos desumanos de produção de prova, surge Cesare Bonesanna, o Marquês de Beccaria, inaugurando o período humanista, despertando na consciência comum a necessidade de modificações e reformas no direito repressivo.

Marquês de Beccaria ao invés de entregar-se a vida despreocupada e cômoda que sua posição proporcionava, preferiu voltar suas vistas para os infelizes e desgraçados que sofriam os rigores e as arbitrariedades da justiça daquela época, expondo seu pensamento através de seu famoso livro “Dos delitos e das penas” do ano de 1.764.

Seu pensamento teve continuidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1.789, onde houve a finalidade de construir

um sistema penal mais justo e humano, o que, conseqüentemente, se refletiu nas espécies e finalidades das penas de prisão.

A partir daí várias são as teorias que procuram justificar o fim da pena, onde as penas foram evoluindo em face de um sentido maior de humanização. Podemos dividir as teorias em quatro pontos: a) Teoria absolutista ou retributiva da pena; b) Teoria relativa ou de prevenção; c) Teoria Mista ou Unificadora; d) Teorias extremadas da pena: abolicionismo penal, direito penal máximo e garantismo penal.

Para a teoria absolutista, a pena tem a finalidade retributiva, atuando como uma resposta ao infrator pelo mal cometido, não se vinculando a fim algum, impondo-se a pena com a exclusiva tarefa de realizar justiça.

Kant, segundo Carvalho (2003, p.122), foi um dos grandes defensores desta teoria:

O modelo penalógico de Kant é estruturado na premissa básica de que a pena não pode ter jamais a finalidade de melhorar ou corrigir o homem, ou seja, o fim utilitário ilegítimo. Se o direito utilizasse a pena como instrumento de dissuasão, acabaria por mediatizar o homem, tornando imoral. Logo, a penalidade teria como *telos* a imposição de um mal decorrente da violação do dever jurídico, encontrando neste mal (violação do direito) sua devida proporção. Muito embora utilize critérios de medida e proporção da pena, Kant rememorarão modelos primitivos de vingança privada. A teoria absoluta da pena sob o viés Kantiano recupera o princípio taliônico, encobrimdo-o, no entanto, pelos pressupostos de civilidade e legalidade.

Tentando suprir as falhas desta teoria, surgiu a teoria relativa ou preventiva. Esta teoria parte do pressuposto de que o crime pode ser evitado, reconhecendo que a pena também causa um mal ao infrator, não bastando apenas a retribuição do mal pelo mal. Cria-se então a pena como instrumento político-criminal, buscando uma alternativa possível a ser realizada e que possa efetivamente evitar/prevenir o cometimento de outro crime.

O caráter preventivo da pena dividiu-se em dois aspectos, geral e especial, que, por sua vez, subdividiram-se em outros dois cada. Desta forma, encontramos hoje quatro enfoques de caráter preventivo: a) geral negativo; b) geral positivo; c) especial negativo; e d) especial positivo.

A prevenção geral negativa busca no poder intimidativo que o Direito Penal representa a toda sociedade, destinatária da norma penal, a prevenção da prática criminosa, procurando a intimidação através da tipificação de determinadas condutas. Traz a ideia de desestimular as pessoas de praticarem o crime pela ameaça da pena. Já a prevenção geral positiva visa demonstrar e reafirmar a eficiência do Direito Penal, por

meio da afirmação da validade das normas, tentando neutralizar o efeito negativo do delito para a sociedade, aumentando a consciência jurídica.

Quanto a prevenção especial, esta se diferencia da geral porque tem por destinatário o infrator e não a sociedade. A prevenção especial negativa tem por finalidade impedir a possível nova ação do infrator, e para isso, utiliza-se de técnicas discutíveis e extremadas (pena de morte e isolamento). Já a prevenção especial positiva percebe o infrator passível de recuperação e encontra a melhor forma para evitar que ele cometa novo crime, através de um trabalho multidisciplinar com sociólogos, psicólogos, assistentes sociais entre outros.

Notando que somente a teoria preventiva não teria o sucesso pretendido, surge a teoria mista ou unificadora. A teoria mista procurou reunir caracteres da prevenção e da retribuição. Esta teoria trouxe que ao aplicar a pena, esta deveria ser dosada de modo suficiente que repreve e previna o crime, e possibilite o retorno do infrator ressocializado.

Na tentativa de encontrar soluções para o crescente aumento da criminalidade e ineficácia da pena como prevenção, surgem teorias que vão de um extremo ao outro. A teoria do abolicionismo penal sustenta a descriminalização e a despenalização de certas condutas, para que se resolva a ineficácia do sistema carcerário. A teoria do direito penal máximo já é o oposto da teoria abolicionista, entendendo que quanto mais severo o direito penal, quanto mais condutas punir e quanto maior for a pena, menos criminalidade haverá.

Já a teoria do garantismo penal é um meio termo entre o abolicionismo e o direito penal máximo. Ele respeita a estrita legalidade, procurando minimizar a violência e maximizar a liberdade por meio de limites ao *jus puniendi*. A ideia é a de que o Estado, detentor do direito de punir, precisa respeitar as garantias individuais previstas na Constituição Federal para aplicar uma sanção.

Esse modelo apresenta os seguintes caracteres: não há crime sem pena; não há crime sem lei; não há lei penal sem necessidade; não há necessidade de lei penal sem lesão; não há lesão sem conduta; não há conduta sem dolo e sem culpa; não há culpa sem o devido processo legal; não há processo sem acusação; não há acusação sem prova que a fundamente; não há prova sem ampla defesa.

Foucault chama a atenção de que esta reforma, antes de humanista, é a passagem de um mecanismo histórico-ritual dos suplícios para um mecanismo científico-disciplinar onde, a partir do início do século XIX, a prisão torna-se a punição mais comum. “O Direito Penal passa a poupar o corpo para agir diretamente na alma, melhor, que ‘cria a alma’⁵⁵.”

55 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3.ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de criminologia, 2002.

3. DO SURGIMENTO DAS PRISÕES E DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

As prisões tem sua origem na Antiguidade, onde era completamente desconhecida a privação da liberdade como meio de reeducação e reinserção do condenado na sociedade, sendo considerada estritamente uma sanção penal. As prisões eram utilizadas somente como forma de custódia ao prisioneiro que estivesse aguardando julgamento ou execução de pena de morte.

Com a evolução das penas e o momento em que o Estado chamou para si a responsabilidade de aplica-las, diminuiu as penas de morte, necessitando de uma solução mais adequada. A partir daí, temos o surgimento e o desenvolvimento da pena privativa de liberdade e a necessidade da construção de prisões organizadas para punição dos infratores.

O país pioneiro na implantação do sistema penitenciário foi a Holanda, no século XVI, surgindo as prisões como instituições. As primeiras construções penitenciárias como instituições fora a Penitenciária de Bremem, em 1609, a primeira Instituição Francesa, em 1656, o Hospício de São Miguel, em Roma, no ano de 1703, e a Casa de Correção de Grand, em 1775.

Os sistemas prisionais também evoluíram muito durante o decorrer dos anos, podendo os sistemas serem divididos em quatro formas: a) sistema panóptico; b) sistema filadélfico; c) sistema auburniano; e d) sistema progressivo.

O Sistema Panóptico, apresentado no final do século XVII por Geremias Bentham, era um tipo de prisão celular, caracterizada pela forma radical em que uma só pessoa podia exercer em qualquer momento, num posto de observação, a vigilância dos interiores das celas. Neste sistema o prisioneiro ficava trancado em sua cela, sozinho, espionado por um sentinela, sem que o pudesse ver, não havendo assim perigo de evasão, de projetos de novos crimes, más influências e violência.

Entendendo que o sistema panóptico não era o adequado, a Prisão de Walmut foi construída na cidade da Filadélfia, adotando um sistema que ficou conhecido como filadélfico. Neste sistema os presos passavam o tempo todo em celas individuais, sendo aplicada a regra do silêncio absoluto. Entendia-se que o condenado deveria utilizar o tempo da prisão para refletir e se arrepender de seus erros. Tinha caráter religioso acentuado e procurava utilizar a prática do trabalho como instrumento para a reinserção (SEDREZ, 2008).

A necessidade e a vontade de superar os defeitos e as limitações do regime celular foram algumas das razões para o surgimento do sistema auburniano, em que eram adotados o trabalho em comum e a regra do silêncio absoluto. Criado em 1818, na cidade de Alburn, Nova

torque, este sistema era baseado principalmente no trabalho forçado do apenado, considerando que ele seria ressocializado através do trabalho.

Por fim, baseando-se nos sistemas anteriormente adotados, criou-se o ainda no século XIX o sistema progressivo, mais precisamente em 1846, na Inglaterra. No presídio da Ilha de Norfolk, o Capitão da Armada Inglesa, Alexander Maconochie, introduziu o sistema de marcas, segundo o qual o condenado recebia vales quando o comportamento era positivo e os perdia quando não se comportava bem. Ainda na Inglaterra o sistema foi aprimorado, criando-se fases de progressão de regime, além de que, com a evolução do comportamento, o condenado recebia regalias, podendo chegar até ao livramento condicional.

Explica Falconi (1998):

Posteriormente, ainda na Inglaterra, o sistema foi aprimorado, introduzindo-se três fases no cumprimento da pena privativa de liberdade: a primeira consistia num período de prova, com absoluto isolamento celular; na segunda, já o apenado tinha direito ao trabalho comum, mas obedecendo ao *silence system*, originário de época anterior; finalmente o condenado era transferido para o *Public Work-House*, passando daí em diante por regalias cada vez maiores até alcançar o livramento condicional. (p.62)

4. A UTILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL PARA A REPRESSÃO DO DELINQUENTE E O DESVIRTUAMENTO DA PRISÃO E DA PENA

No entanto, para Foucault (1987), a prisão como um modo humano de repressão aos delitos é uma ficção. Esta se utilizando da prisão para tentar reprimir o delincente e não como a forma de ressocializar o delincente para este ser colocado novamente na sociedade. Neste ponto é importante fazer uma relação com o pensamento de Foucault no que tange o suplício e as penas proporcionais.

Segundo Foucault (1987), a lei é simbolizada no corpo punido. No sistema inquisitivo, o suplício era um antecedente e uma consequência. Servia para se obter a confissão que era prova plena, tortura este regulamentada, desde o momento de sua utilização, a duração, os instrumentos permitidos e a intensidade. O suplício antes de ser uma pena tem um significado de determinar a verdade no processo: “O corpo do interrogado no suplício constitui o ponto de aplicação do castigo e o lugar de extorsão da verdade”⁵⁶. O povo passa a ter medo porque qualquer um poderia ser condenado.

O sistema penal é formado de vários órgãos criados pelo Estado para combater o crime. Estes órgãos atuam desde a prevenção do crime, a detecção do crime e a execução da pena pelo criminoso. Zaffaroni e

56 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Lúcia M. Ponde Vassalo. Petrópolis, Vozes, 1987.

Pierangeli (1997, p.63) trazem que o sistema penal é o controle social punitivo institucionalizado.

Como os órgãos do sistema penal são criados pelo Estado, estes seguem a política que o estado possui. Atualmente, as regras são ditadas pelo neoliberalismo, trazendo graves consequências para o Direito. Batista (2002, p.272) traz que:

O empreendimento neoliberal, capaz de destruir parques industriais nacionais inteiros, com conseqüentes taxas alarmantes de desemprego; capaz de “flexibilizar” direitos trabalhistas, com a inevitável criação de subempregos; capaz de, tomando a insegurança econômica como princípio doutrinário, restringir a aposentadoria e auxílios previdenciários, capaz de, em nome da competitividade, aniquilar procedimentos subsidiados sem considerar o custo social de seus escombros; o empreendimento neoliberal precisa de um poder punitivo, onipresente e capilarizado, para o controle penal dos contingentes humanos que ele mesmo marginaliza.

Desta forma, o neoliberalismo se coloca como a política do individual, prezando pela exclusão das pessoas que não são iguais. O Estado deixou de ser o responsável pelo “bem estar social” e passou a ser o Estado Penal. Este Estado tem como prioridade cuidar dos excluídos através da esfera criminal, através das prisões. E a mídia é parte integrante desta mudança, onde é responsável pela rotulação dos excluídos, banindo-os do convívio social, além de, manipular a opinião da massa para expandir os limites do Sistema Penal.

A partir do neoliberalismo criou-se a criminalização primária e secundária. Baratta (2002, p. 161) expõe que a criminalização primária consiste na prática do legislador em escolher quais condutas serão consideradas infrações. Consiste no momento em que as condutas desviadas não foram internalizadas pelo cidadão. É a lei penal agindo sob o cidadão.

Baratta (2002, p.165) conclui ainda que, a criminalização secundária se dá pela decorrência de problemas sociais causados pela estigmatização, ou seja, no momento em que se identifica o acusado, este é rotulado pela mídia, ficando assim também identificado perante a sociedade. Portanto, a criminalização criada através da política neoliberal, produz uma ideia de um Estado severo, aumentando sua popularidade.

Conforme Young (2002, p.191), essa forma criada inverte a causalidade “a criminalidade causa problema para a sociedade”, ao invés de “a sociedade causa o problema da criminalidade”, dando a entender que devemos nos livrar do problema, ao invés de tentar resolve-lo. A partir dessa propagação de políticas e o sistema penal cada vez mais carregado, forma-se uma sensação de intranquilidade, gerando uma dominação do “medo”. Bauman (2008, p.8) traz que:

O medo é mais assustador quando difuso, disperso, indistinto, desvinculado, desancorado, flutuante, sem endereço nem motivos claros; quando nos assombra sem que haja uma explicação visível, quando a ameaça que devemos temer pode ser vislumbrada em toda parte, mas em lugar algum se pode vê-la. “Medo” é o nome que damos a nossa incerteza: nossa ignorância da ameaça e do que deve ser feito – do que pode e do que não pode – para fazê-la parar ou enfrentá-la, cessá-la estiver além do nosso alcance.

Na tentativa de combater este medo, agravado pela vulnerabilidade e impossibilidade de prever uma possível vitimização, reage-se através da criminalização primária, utilizando-se do poder legislativo para a criação de normas penais para a solução do problema. O Direito Penal passa a ser apenas um confronto aos medos sociais, ao invés de atuar como instrumento garantidor dos bens juridicamente protegidos.

Esta criação de normas penais para combater a criminalidade não previne as pessoas da vitimização, e tão somente servem para superlotar as penitenciárias, uma vez que não atuam no foco do problema, e sim, tentam apenas maquiagem os problemas através da criação das normas.

Esta nova realidade criada através do neoliberalismo divide as pessoas em dois grupos, os que estão dentro da nova ordem e os que estão fora, cabendo a mídia reproduzir esta divisão como os “bons” e os “maus”, os “amigos” e os “inimigos”. Zaffaroni e Pierangeli (1997, p.64) definem que essa nova realidade obriga o Estado a encontrar um lugar para os “inimigos” e, através do Direito Penal, forma estas características, selecionando qualidades pessoais e não somente as condutas, atendendo apenas a uma função simbólica de combater os medos. Esta característica é o que a Criminologia Crítica chama de rotulação, etiquetamento, criação de estereótipo do criminoso.

Para Bourdieu (1997, p.22), violência simbólica é aquela “violência que se exerce com a cumplicidade tácita dos que a sofrem e também, com a frequência dos que a exercem, na medida em que uns e outros são inconscientes de exercê-la ou sofrê-la”. Este processo de etiquetamento, rotulação, criação de estereótipo criminoso, é tido como a manifestação mais cruel da violência simbólica exercida pela mídia.

Os termos “estigma”, “etiquetamento”, “estereótipos criminosos”, constituem a chamada teoria do etiquetamento (ou *labelling approach*). A teoria do etiquetamento possui como tese central, conforme Andrade (2003, p.41) que:

(...) o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social, isto é, de processos formais e informais de definição e seleção.

Esta teoria, também pode ser chamada de criminologia da reação social. Segundo Becker (*apud* Castro, 1983, p.99), a tese da criminologia da reação social entende que

(...) os grupos sociais produzem o desvio ao criar regras cuja a infração constitui o desvio, ao aplicar estas regras a pessoas particulares e a classificá-las como estranha. Deste ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa realiza, mas sim uma consequência de que outros apliquem regras e sanções a um transgressor. O desviante é alguém a quem foi aplicado este rótulo com êxito; o comportamento desviante é a conduta que a gente rotula desse modo.

Moretsohn (p. 19) chama esta prática de discurso higienista "(...) que expressam a naturalização dos conflitos sociais, simplificados a partir de estereótipos ('bandido' versus 'cidadãos do bem') que reproduzem o senso comum a respeito e deixam ileso a estrutura radicalmente segregadora e violenta da própria sociedade que reproduz o crime e a exclusão".

Desta forma, através da estigmatização do criminoso, se legitima o sistema repressivo a agir de forma brutal, muitas vezes até com a morte de pessoas inocentes, sendo justificada estas mortes pela legítima defesa ou pela ausência de valor dessa vida. E em alguns casos, não ocorre a morte física do acusado, mas a morte civil deste, visto que mesmo inocentado, já foi condenado pela mídia.

Na versão francesa da obra *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*, versão original, Foucault utiliza-se da expressão "ilegalismo". Todavia, na tradução para o português fala-se em ilegalidade. Ilegalidade é "illegalité" diferente de "illégalisme" que deveria ser traduzido como ilegalismo⁵⁷. Ilegalismo remete à idéia de um mecanismo praticado à par da legalidade. Denuncia-se uma justiça penal "irregular" devido à "multiplicidade de instâncias" que compunha o poder: justiça dos senhores, justiça do rei, do policial, do povo. Havia lacunas no sistema.

Essa noção de ilegalismo visa responder a dificuldade de se explicar como teria sido possível aparecer uma nova tática punitiva. Beccaria (1993) apresentava a ideologia da defesa social onde o Direito Penal deveria proteger a sociedade através de uma pena proporcional. Mas, entre a lei e a ilegalidade há um sistema punitivo, neutro, que irá, justamente, definir se a ilegalidade será aceita ou não. Foucault denuncia um interesse de forças, poderes ocultos, onde a legalidade e a ilegalidade se acomodam e são aceitas.

Ilegalismo é, por assim dizer, um regime de tolerância. Não é tão longe da nossa realidade quando se apontam os mecanismos de exclusão da criminalidade econômica⁵⁸, por exemplo. Há diversas formas de

57 FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 130, nota 201.

58 CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. 1.ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

ilegalismo: isenção legal, inobservância da fiscalização, negligência na apuração dos fatos, desclassificação, imunidades parlamentares, etc..

Em Foucault, se demonstra que o sentido da Reforma não pode ser encontrado na sensibilidade do humanismo, mas no âmbito de uma transformação no regime dos ilegalismos presentes em uma nova política de gestão dos ilegalismos⁵⁹. Muda-se, então, o foco dos ilegalismos dos direitos do homem, do humanismo, para os bens: esse o real significado da reforma humanista do Direito Penal em Foucault. Mudança do ilegalismo do domínio dos direitos para o domínio dos bens.

Fonseca (2002, p.139) traz que:

“Mais do que um ‘ato ilegal’, portanto, do que uma ‘ilegalidade’ determinada, a noção de ilegalismo encerra a idéia de um certo regime funcional de atos considerados ilegais no interior de uma dada legislação, em vigor no interior de uma sociedade. A idéia que parece estar ligada à noção de ilegalismo é aquela de ‘gestão’, gestão de um certo número de práticas, gestão de um certo número de ilegalidades ou irregularidades que, considerada (a gestão) em conjunto, representa em si mesma uma certa regularidade”.

Se cria a partir daí uma ficção, de que a lei será para toda a sociedade. Foucault (1994, p.719) expõe que:

“O ilegalismo não é um acidente, uma imperfeição mais ou menos inevitável. É um elemento absolutamente positivo do funcionamento social, cujo papel está previsto na estratégia geral da sociedade. Todo dispositivo legislativo dispôs espaços protegidos e aproveitáveis em que a lei pode ser violada, outros em que pode ser ignorada, outros, enfim, em que as infrações são sancionadas (...) Ao final de contas, diria que a lei não é feita para impedir tal ou tal tipo de comportamento, mas para diferenciar as maneiras de se fazer circular a própria lei.”

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme os estudos efetuados, verificou-se que Michel Foucault em sua obra *Vigiar e Punir: nascimento da prisão* (1987) demonstra de forma convicta que o Iluminismo, através do humanismo, tentou fazer crer que com as evoluções das prisões e das penas, vieram trazer mais sensibilidade para o sistema penal, de modo que passou-se a utilizar das penas e prisões para ressocializar o delinquente, mas que no entanto, isto foi uma maquiagem utilizada para poder retirar da sociedade os infratores.

Com uma análise histórica das penas e suas teorias, bem como, da evolução das prisões e da pena privativa de liberdade, procurou-se

59 FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

demonstrar-se que a evolução das penas e prisões não fora apenas um 'marco do iluminismo', e sim, uma evolução histórica necessária.

Michel Foucault traz que mesmo com os etiquetamentos e a exclusão dos infratores da sociedade através do enclausuramento, existem ilegalismos que a sociedade acaba 'aceitando', fazendo com que a lei que 'deveria ser para todos' para a ser uma lei para 'apenas alguns'.

Portanto, compreende-se que, na atualidade, a política do neoliberalismo e a mídia, fazem com que ocorra uma maximização do Direito Penal através da criação de normas penais, trazendo insegurança para a sociedade, como se fosse com a criação das normas que não iria ocorrer os fatos criminosos. Desta forma, vem ocorrendo uma superlotação no sistema carcerário, desvirtuando o caráter ressocializador da pena, fazendo com que o preso, ao invés de voltar reeducado para a sociedade, volte mais delinquente do que quando foi detido.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3.ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. In: *Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade*, ano 7, nº 12, Rio de Janeiro, Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2º semestre de 2002, p. 271 – 288.

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

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão: A influência do jornalismo e os jogos olímpicos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASTRO, Lola Anyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

- CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas? Neoliberalismo e ordem Global*. Trad. Pedro Jorgensen Jr. 4ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FALCONI, Romeu. *Sistema prisional: reinserção social?*. São Paulo: Ícone, 1998.
- FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *“Des supplices aux cellules”, Dits et écrits*. Paris: Gallimard, 1994. v. 2.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis, Vozes, 1987.
- MORETZSOHN, Sylvia. *Imprensa e criminologia – o papel do jornalismo nas políticas de exclusão social*. Disponível em <http://www.bocc.ubi.pt/pag/moretzsohn-sylvia-imprensa-criminologia.pdf>. Acesso em 13 ago. 2012.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal, Vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- SEDREZ, Marilise. *A privatização das penitenciárias*. 2008. 119 f.. Monografia (Superior) – Curso de Direito, Departamento do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí, 2008. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Marilize%20Sedrez.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2012.
- 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.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. São Paulo: Editora RT, 1997.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.