

Aspectos histórico-evolutivos das penas e o reformismo penal

Luverci Galastri Neto¹

Roberto da Freiria Estevão²

Resumo: O direito penal sofreu diversas mudanças com o passar da história, principalmente no que se refere aos seus objetivos sociais, chegando ao que hoje se apresenta como principal sistema penal a restrição da liberdade, com o fim principal, em tese, da reforma social do apenado, o que se pretende demonstrar nesta pesquisa. Entre os séculos XVII e XX alguns autores escreveram sobre a reforma das penas, o que será também aqui estudado. O presente trabalho pretende abordar tal evolução e seus aspectos, desde os primórdios da pena até os autores reformistas que fundamentaram o principal sistema atualmente vigente. O método utilizado para a pesquisa será o dedutivo e se dará através de análise doutrinária e outras bases de dados sobre as penas.

Palavras-chave: Direito Penal, Evolução das Penas.

INTRODUÇÃO

Quando a humanidade abre mão da integralidade de suas liberdades para viver em sociedade, ou seja, para viver em segurança, se submete a um Estado e suas leis, incluindo a lei penal.

Diz Beccaria que

a soma de todas essas porções de liberdade sacrificadas ao bem de cada um forma a soberania de uma nação e o soberano é o legítimo depositário e administrador daquela; mas não bastava formar este depósito, precisava defendê-lo da privada usurpação de qualquer homem em particular, o qual procura sempre retirar do depósito não só a própria porção, mas ainda usurpar-se da dos demais. Era preciso ter alguns motivos sensíveis que bastassem a dissuadir o despótico ânimo de qualquer homem de submergir, no antigo caos, as leis da sociedade. Estes motivos sensíveis são as penas estabelecidas contra os infratores das leis.³

¹ Estudante do 10º termo de Direito no Centro de Ensino Eurípides Soares da Rocha – UNIVEM.

² Doutor em Ciências Sociais - Unesp Marília. Mestre em Direito - Univem. Professor de Filosofia do Direito, Introdução ao Direito e História do Direito no Univem, desde 1997. Advogado em Marília. Procurador de Justiça Aposentado - MPSP

³ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Alexis Augusto Couto de Brito – Prefácio: René Ariel Dotti – São Paulo : Quartier Latin, 2005.

Na mesma linha do que expõe o pensamento de Thomas Hobbes, em *O Leviatã*, o autor justifica o surgimento das leis, nesse caso da lei penal, com o advento do Contrato Social (Jean-Jacques Rousseau, 1712-1778), em que o Estado fornece segurança à sociedade, e daí surge o seu direito de punir.

A pena, entretanto, enfrentou diversos períodos, sofreu muitas mudanças, principalmente no que se refere ao seu objetivo social, atualmente tendo como principal meio a restrição da liberdade com o fim, em tese, de reforma social do apenado, conforme se verá neste trabalho.

Pretende-se, portanto, apresentar um estudo sobre tais mudanças históricas da pena, desde seus primórdios até os reformistas que iniciaram as obras que fundamentaram o sistema que hoje se apresenta como principal sistema penal.

A pesquisa se dará por meio do método dedutivo, através da análise de obras que tratam da evolução do direito penal e das penas e de obras literárias que tratam do sistema penitenciário.

I. EVOLUÇÃO DAS PENAS

Busca-se nesse tópico demonstrar as variadas mudanças do direito penal, suas melhorias e retrocessos, modelos distintos das penas, com seus momentos históricos aproximados. Entretanto, não há consenso entre os autores em relação a uma divisão histórico-evolutiva do direito penal, mesmo porque sua origem é tão remota quanto a da humanidade, dificultando uma análise exata aprofundada e estas mudanças ocorreram em momentos diferentes a depender da cultura e do período de cada região.

Cabe ressaltar que muitas vezes a evolução das penas guarda maior relação com a evolução cultural de determinadas regiões e menor com o período histórico. Como se verá adiante, algumas regiões discutiam penas mais eficazes e menos cruéis muito antes do que em outras regiões, justamente pela diferença cultural de tal e qual.

O Direito Penal tem sua origem vinculada à própria organização do homem em sociedade, apesar de seus objetivos serem distintos em diferentes períodos históricos, tendo, no início, caráter de vingança social e, após, evoluído na direção da promoção da justiça⁴, somando-se hoje ao caráter reeducador do apenado.

⁴ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** (arts. 1º ao 120) – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 43

Segundo Thomas Hobbes “quando não existe um poder comum capaz de manter os homens numa atitude de respeito, temos a condição que denominamos guerra; uma guerra de todos contra todos.”⁵

Isso porque o autor considera que, pela natureza humana, o homem tende a querer o que é de seus semelhantes, mesmo que não necessite do que está sendo tomado destes; tende a querer impor-lhes respeito, devendo, portanto, ser controlado. Por isso o filósofo defendia que a imposição de tal controle seja realizada por meio das leis, dizendo que “enquanto não existir uma lei, a proibição será inútil”⁶.

Desta forma, podemos afirmar que o surgimento das penas, consequentes das leis, estão diretamente ligadas ao surgimento de sociedades organizadas.

Na Antiguidade, as primeiras penas que se tem conhecimento tinham caráter de vingança, denominada fase da vingança penal e sendo dividida em: vingança divina, a qual era composta por penas cruéis, desumanas e degradantes, pautadas no medo que os grupos sociais tinham de ser punidos pelos deuses pelos erros cometidos por seus membros, levando-os a aplicar as penas eles próprios, buscando a satisfação dos deuses com isso; e vingança privada, onde, uma vez cometido o crime, a punição partia da própria vítima ou de pessoas ligadas ao seu grupo social.

De início, em vista da falta de regulamentação da aplicação das penas, estas eram aplicadas de formas desproporcionais e poderiam ultrapassar a pessoa do acusado, atingindo seus próximos. Com a evolução social, mas ainda ligada à vingança social, surgiu a Lei de Talião, regulada pelo Código de Hamurabi (por volta do século XVIII a. C.), que graduava a pena de forma a igualar-se à ofensa. Ainda admitia desde penas cruéis a meramente patrimoniais, como a devolução do triplo do que havia sido tomado⁷, diferenciando a aplicação entre homens livres e escravos. A regra de Talião também fora utilizada na Lei das XII Tábuas.

Por fim, a última fase da vingança penal na Antiguidade era a Vingança Pública, que já demonstrava um maior fortalecimento do Estado e da organização societária, de modo que aquele passa a assumir o papel de agente aplicador das penas, legitimando sua intervenção nos conflitos particulares. Sua principal função era proteger a própria existência do Estado,

⁵ HOBBS, Thomas, 1588-1679. **Leviatã**, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil; tradução Rosina D'Angina; consultor jurídico Théo de Magalhães. – 2. ed. – São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 104

⁶ Op. Cit. p. 106

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** : volume 1 : parte geral. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 166.

aplicador das penas públicas. Porém, as penas continuaram com aspectos cruéis e violentos e transcendendo a pessoa do culpado, atingindo seus descendentes.⁸

Em relação especificamente às penas de prisões na Antiguidade, era utilizada, em geral, apenas como medida cautelar, uma fase anterior à aplicação da pena principal, quais sejam de morte, penas corporais e infamantes, ou seja, lugar de custódia e tortura.

Os lugares utilizados como prisão eram os piores: “horrendos calabouços, aposentos frequentemente em ruínas ou insalubres castelos, torres, conventos abandonados, palácios e outros edifícios”⁹, até mesmo fossas eram utilizadas como prisão para os condenados na antiguidade.

Grécia e Roma também utilizaram a prisão por dívida, ou seja, penalidade civil em que o devedor era retido a critério do credor até saldada sua dívida.

Ainda na Antiguidade, tem-se notícia de aplicação de penas de trabalhos forçados a escravos e indivíduos considerados de classes inferiores. Já em relação aos membros de classes superiores “eram condenados a trabalhos forçados temporários de caráter público”.¹⁰

Segundo Bitencourt, “podem-se encontrar certos resquícios de pena privativa de liberdade” até o século XVIII d. C., “quando adquirem relevo as compilações legais da época dos princípios humanísticos de correção e moralização dos delinquentes por meio da pena”.¹¹ À exemplo, pode-se lembrar das penas dispostas no Código de Manu em que “a pena cumpria uma função eminentemente moral, porque purificava aquele que suportava”.¹²

Por outro lado, segundo Zaffaroni e Pierangeli, ao tratarem do direito penal greco-romano, dizem que

em Atenas a pena havia perdido a crueldade que caracterizava as penas antigas. Como consequência da base política da pólis (cidade-estado grega), sua lei penal não tinha base teocrática: os gregos não julgavam em nome dos deuses. Embora as legislações de Atenas e Esparta diferenciassem notavelmente, não há dúvida que tanto uma como a outra estavam bem distantes da concepção teocrática do Estado. Com Grécia e Roma o direito penal se laiciza¹³

⁸ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120) – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 43 e 44.

⁹ Op. Cit.

¹⁰ Op. Cit.

¹¹ Op. Cit.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** : volume 1 : parte geral. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 165.

¹³ Op. Cit. p. 168.

Na Idade Média muito pouco pode-se falar de melhoria do Direito Penal mas, pelo contrário, tratou-se de um período de retrocessos no que se refere às penas, buscando tão somente infligir um caráter eminentemente intimidador.

Durante todo o período da Idade Média, a ideia de pena privativa de liberdade não aparece. Há, nesse período, um claro predomínio do direito germânico. A privação da liberdade continua a ter uma finalidade custodial, aplicável àqueles que seriam “submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas. A amputação de braços, pernas, olhos, língua, mutilações diversas, queima de carne a fogo, e a morte, em suas mais variadas formas, constituem o espetáculo favorito das multidões desse período histórico”.

As sanções criminais na Idade Média estavam submetidas ao arbítrio dos governantes, que as impunham em função do status social a que pertencia o réu. Referidas sanções podiam ser substituídas por prestações em metal ou espécie, restando a pena de prisão, excepcionalmente, para aqueles casos em que os crimes não tinham suficiente gravidade para sofrer condenação à morte ou a penas de mutilação.

No entanto, nessa época surgem a prisão do Estado e a prisão eclesiástica. Na prisão de Estado, na Idade Média, somente podiam ser recolhidos os inimigos do poder, real ou senhorial, que tivessem cometido delitos de traição, e os adversários políticos dos governantes. A prisão de Estado apresenta duas modalidades: a prisão-custódia, onde o réu espera a execução da verdadeira pena aplicada (morte, açoite, mutilações etc.), ou como detenção temporal ou perpétua, ou ainda até receber o perdão real. Essas prisões tinham, não raras vezes, originariamente outra finalidade e, por isso, não apresentavam uma arquitetura adequada. (...)

A prisão eclesiástica, por sua vez, destinava-se aos clérigos rebeldes e respondia às ideias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, dando ao internamento um sentido de penitência e meditação. (...)

A prisão canônica era mais humana que a do regime secular, baseado em suplícios e mutilações, porém é impossível equipará-la à prisão moderna. Foi por iniciativa eclesiástica que no século XII surgiram as prisões subterrâneas, que tornaram célebre a expressão *vade in pace*; os réus eram despedidos com essas palavras porque aquele que entrava naquelas prisões não saía com vida. Eram masmorras às quais se descia por meio de escadas ou através de polos onde os presos eram dependurados por uma corda.¹⁴

A Idade Média se caracterizou por um direito ordálico, sujeitando os apenados a provas cruéis a fim de se provar sua maldade, de modo que se o prisioneiro superasse essas barbáries, estaria claro que Deus não o abandonou e que era inocente. Por razões naturais, os resultados desses julgamentos eram altamente errôneos. Além disso, Bitencourt lembra que o direito na Idade Média era profundamente corrompido, com a presença constante de corrupção judicial por parte dos juízes.¹⁵

Ainda segundo o autor

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão** : causas e alternativas -4. ed.-São Paulo : Saraiva, 2011. p. 19.

¹⁵ Op. Cit.

De toda a Idade Média, caracterizada por um sistema punitivo desumano e ineficaz, só poderia destacar-se a influência penitencial canônica, que deixou como sequele positiva o isolamento celular, o arrependimento e a correção do delinquente, assim como outras ideias voltadas à procura da reabilitação do recluso.

(...)

O direito canônico contribuiu consideravelmente para com o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras ideias sobre a reforma do delinquente.¹⁶

Daí deriva a denominação dada aos estabelecimentos correcionais como “penitenciárias”, derivada do vocábulo “penitência”, dada a ligação dos delitos a pecados na Idade Média.

Já com relação ao direito penal romano, assim como se observava em qualquer povo primitivo, teve uma origem sacra. A partir da Lei das XII tábuas ocorre a laicização desse direito e a distinção entre delitos públicos (perseguidos pelos representantes do Estado) e privados (perseguidos pelos particulares em seu próprio interesse), os quais posteriormente também se transferiram ao Estado e submeteram-se a penas públicas. Esta última mudança foi o que tornou, em Roma, com o advento do Império, o direito penal em um direito público.

Ainda segundo Zaffaroni e Pierangeli, citando Pessina, “no caso de Roma, pode-se concluir que o direito penal de Justiniano é a expressão do princípio de que a conservação do Estado é o fundamento da punição”.¹⁷

O direito penal germânico (séculos V ao XI d. C.) experimentou evolução ao longo de sua história. Seu início foi de penas cruéis e com caráter privado, sendo a pena mais grave dos germanos a “perda da paz” (*Frieldlosigkeit*), onde qualquer pessoa poderia matar o apenado impunemente. No âmbito privado existia a *Faida* ou inimizade contra o infrator e sua família, existindo o que se chamava de “vingança de sangue” (*Blutrache*) por parte do ofendido e seus familiares contra o ofensor e seus familiares, e que também poderia ser resolvida através de uma composição consistente no pagamento de uma quantia à vítima ou seus familiares denominada *Wertgeld*. Posteriormente a “vingança de sangue” fora abolida, transferindo-se ao Estado o dever de aplicar a pena, limitando-se as *Faidas* a composição entre ofendidos e ofensores. Também poderiam ser resolvidos os litígios privados através de combate judicial, que era uma ordália, ou seja, juízo de Deus. Todo o seu direito penal tinha um caráter individualista.

O caráter privado das penas foi se perdendo ao longo do tempo no direito germânico que se tornava praticamente inteiramente público.

¹⁶ Op. Cit. p. 20.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro : volume 1 : parte geral. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 172.

Este período é lembrado tendo em vista “sua tendência ao restabelecimento da paz social por via da reparação” e “sua função verdadeiramente reparadora do bem jurídico frente à tendência estatista do direito romano, que é o que passa a legislação penal posterior e predomina até nossos dias”,¹⁸ muito embora seja também lembrado pelas crueldades de suas penas.

No Brasil, a primeira notícia que se tem de aplicação de uma legislação penal é com o início da colonização pelos Portugueses, com a aplicação das Ordenações Manuelinas, que seguia o sistema das Ordenações Afonsinas, a qual tinha por finalidade “conter os homens por meio de terror e sangue”; havia muitos delitos religiosos, crimes punidos com pena de morte e clara desigualdade na aplicação da lei penal em vista do sistema feudal, e que, após a divisão do território em capitanias, eram aplicadas pelos donatários livremente. Zaffaroni e Pierangeli afirmam, entretanto, que apenas as Ordenações Filipinas tiveram efetiva aplicação no Brasil, que vigeu até o advento do Código Criminal do Império, em 1830, que não trouxe alterações relevantes de ordem prática em relação às Ordenações Afonsinas.¹⁹

No final da Idade Média para o início da Idade Moderna, há uma crise das penas corporais e desumanas, que passam a ser rejeitadas pela sociedade, principalmente a pena de morte, o que leva a uma conscientização de que a mudança seria necessária.

Nesse período histórico, diante da grande pobreza que se estende pela Europa, inicia-se um movimento de desenvolvimento das penas privativas de liberdade, construindo-se prisões organizadas para a correção dos apenados, visto que se percebeu que suas misérias não decorriam de suas próprias vontades, bem como eram muitos para apená-los com a morte. Suas finalidades eram reformar os delinquentes por meio do trabalho e disciplina, prevenção geral desestimulando outros para a delinquência e o autofinanciamento dos encarcerados, que percebiam vantagem econômica com o trabalho. A iniciativa surte efeito e pouco tempo depois as casas se espalham pela Inglaterra, onde tiveram origem. No início, tais instituições eram utilizadas para aqueles que cometiam pequenos delitos, mantendo-se as penas cruéis para os crimes mais graves. Acreditava-se que por meio de trabalho e ensinamentos religiosos os delinquentes seriam reformados. Apesar disso, determinados locais implementaram formas adaptadas das penas de prisões em que aos presos era infligido trabalhos desumanos e submetidos a escravidão.

Sob influência de obras como de Filippo Franci, Hipólito Francini, autores do iluminismo, e a obra prisional de Clemente XI, começa-se a pensar em um sistema prisional

¹⁸ Op. Cit. p. 173.

¹⁹ Op. Cit. p. 181 a 188.

voltado à proporcionalidade da pena de acordo com o delito cometido e a força física espiritual do réu, dando importância à reintegração do apenado à sociedade.

Bitencourt lembra, entretanto, as posições defendidas principalmente por Melossi e Pavarini que a alteração da prisão como medida cautelar anterior à pena para a própria punição, iniciada nos países Inglaterra e Holanda, está intimamente ligada com a ascensão do modelo capitalista de Estado, servindo, principalmente, não como instituição reintegradora do detento à sociedade, mas como instrumento de submissão do preso ao regime capitalista, como forma de domesticação ao trabalho e como meio de demonstrar a hegemonia burguesa, inclusive para o proletariado que assistia de fora.²⁰ Portanto, o surgimento da pena de prisão, na verdade, não está ligado a um progresso que alterou o sistema de vingança social punitivista para reeducador social, mas uma mudança da forma de demonstração de poder do Estado e de uma determinada classe social, que deixa de infligir sofrimento físico (ou ao menos deixa de ser o foco principal da pena) para impor uma dominação moral e social, domesticando a classe pobre ao trabalho e a sua submissão à burguesia.

Deve-se ressaltar que não há como se afirmar que o capitalismo foi a causa do surgimento da pena de prisão propriamente dita ou se apenas a superestrutura do Estado totalmente influenciada pelo novo sistema de governo refletiu na segregação punitiva. O que não se pode negar é que, de uma forma ou de outra, o surgimento da pena de prisão como pena teve grande influência do sistema capitalista, mas também deve-se considerar os estudos criminais e penológicos com propósito reformista que indicavam que a segregação da liberdade poderia surtir maiores efeitos na reintegração social do apenado.

II. OS REFORMISTAS

Diante da mudança de pensamentos entre o final da Idade Média e o começo da Idade Moderna, alguns autores, entre eles iluministas (principalmente representados por Voltaire, Montesquieu e Rousseau)²¹, iniciaram um movimento para a mudança do sistema penal, de modo que consideravam que a pena cruel, com a finalidade de vingança social, de demonstrar o poder do Estado à sociedade utilizando o medo como meio de evitar delitos ou revoltas, por meio de demonstrações de penas físicas públicas, era equivocado, além de um desrespeito ao ser humano. Defendiam que a pena deve ser proporcional ao crime e

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** : volume 1 : parte geral. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 23 a 25.

²¹ Op. Cit. p. 27.

considerando-se o perfil do delinquente e que, dessa forma, produziria uma impressão externa mais eficaz do que a utilizada, respeitando, ao mesmo tempo, os corpos dos apenados.

a) Cesare Beccaria

Um importante pensador reformista do século XVIII, Cesare Beccaria, foi autor da obra “Dos Delitos e das Penas”, em que se percebe uma influência de iluministas, como Rousseau e Montesquieu.

O autor combatia as penas cruéis, defendendo que as penas deveriam ser aplicadas somente quando absolutamente necessária, tratando-se penalmente todos os membros da sociedade de forma igualitária, por meio de leis gerais, que obrigassem a todos. Quando desatendidas estas leis, o Estado buscaria a punição em nome da sociedade que viu quebrado o contrato social, em contrapartida à palavra do acusado que se diz inocente e julgado por um magistrado imparcial.

Escreve ainda que a pena deve ter um propósito útil à sociedade, buscando o fim a que se presta, e evitar a crueldade das penas. Este fim penal, segundo o autor, é evitar novos delitos, ou seja, um fim preventivo, e que seja eficaz da maneira menos tormentosa ao corpo do acusado, não infligindo sofrimento desnecessário. Narra que a pena cruel nada mais é que um espetáculo passageiro e que não cumpre seu papel preventivo, pois não demonstra uma continuidade da eficácia penal, como seria numa pena leve e proporcional ao delito. Expõe, ainda, que quanto mais cruel é o sistema penal, maior o índice de bárbara criminalidade.

Não é a intensidade da pena que faz mais efeito sobre o ânimo humano, mas a extensão dela; porque a nossa sensibilidade é mais fácil e estavelmente movida pelas mínimas mas replicadas impressões, do que por um forte mas passageiro movimento.²²

Defende que a pena deve ser proporcional ao delito praticado, tratando as penas como obstáculos (mais uma vez, trata a pena como prevenção e não repressão), justificando que, se a cada delito for cominada uma pena proporcional, se prevenirá melhor, pois se um delito menor tem uma pena igual a um delito mais grave, o ofensor terá maior propensão à prática de crimes mais lesivos.

Cita o autor:

²² BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Alexis Augusto Couto de Brito – Prefácio: René Ariel Dotti – São Paulo : Quartier Latin, 2005. p. 87 e 88.

Se uma pena igual é destinada a dois delitos que desigualmente ofendem a sociedade, os homens não encontrarão um obstáculo mais forte para cometer o maior delito, se junto com este eles encontram uma maior vantagem.

(...)

Para que uma pena seja justa não deve ter senão somente aqueles graus de intensidade que bastam a demover os homens dos delitos²³

Beccaria leciona que para a quantificação da pena deve-se utilizar a extensão do dano à sociedade, ou seja, um requisito objetivo, e não a intenção do agente, um requisito subjetivo, pois estaria menos propenso a penas desproporcionais e arbitrariedades, de modo que sujeitos gravemente mal intencionados podem causar danos ínfimos à sociedade, enquanto sujeitos não mal intencionados podem causar danos relevantes ao meio social.

Um importante ponto abordado pelo autor é que a pena deve ser a menor possível, sendo executado no menor prazo entre o delito e seu início, ou seja, o processo cognitivo deve ser célere, fundamentando que deve-se evitar o sentimento de angústia pela incerteza da condenação pelo acusado, e aumentando a associação das ideias de delito e pena. Além disso, ressalta que a prisão-custódia deve ser utilizada apenas em casos de excepcional necessidade, mais uma vez argumentando que o acusado não deve sofrer mais do que o necessário, de modo que a pena deve ser eficaz para a sociedade mas razoável para o apenado.

O autor conclui seu livro expondo o que chama de “um teorema geral muito útil, mas pouco conforme ao costume”:

Para que toda pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, proporcional aos delitos, e ditada pelas leis.²⁴

b) Jeremy Bentham

Outro pensador importantíssimo para a reforma do sistema penal foi Jeremy Bentham, autor de “Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos”.

Na mesma linha do que defendiam Beccaria e Montesquieu, Bentham trata a pena como caráter preventivo de ações ilícitas, pois desencoraja aquele que pensa em cometer um delito ao refletir que não compensa diante da pena a ele cominada. Além disso, fundamenta que quando se faz executar a pena ante aqueles que delinquiram, desencoraja também os demais membros da sociedade, que percebem que se também cometeram um ilícito, também estarão sujeitos àquela determinada pena. Até quando executada a pena deve ter o fim de

²³ Op. Cit. p. 49.

²⁴ Op. Cit. p. 124.

prevenção, pois, segundo o autor, quando o apenado cumpri-la deve sair reformado (melhoramento moral) e desencorajado de cometer novo delito. Por isso defende que a pena real deve ser a menor possível, enquanto a pena aparente deve ser a maior possível (ser exemplar).

Diz ainda que a pena deve ser “econômica”, sendo aquela que produz o efeito que se pretende com o menor sofrimento possível infligido ao réu. Chama de dispendiosa aquela que produz mais mal do que bem, ou quando se poderia alcançar os efeitos pretendidos de forma menos gravosa.

Bentham lembra ainda que devemos respeitar os apenados, conforme se destaca nesse interessante trecho de sua obra:

Não se deve esquecer, como acontece muitas vezes, que o réu é membro da comunidade, como outro qualquer indivíduo, e que até mesmo na razão de parte lesada não devemos perder de vista os seus interesses: o seu bem é proporcionalmente o bem de todos, o seu mal, o mal da comunidade: eis aqui a base, a sólida base das ideias morais da justiça: podem haver casos em que o interesse do réu seja sacrificado ao interesse geral; mas ainda mesmo assim tem direitos, que devemos respeitar²⁵

A obra ainda dá seguimento na ideia de Beccaria de que as penas devem ser proporcionais aos delitos, mas segundo Bentham, seu antecessor se limitou a escrever de forma genérica, e este procura estabelecer como se chega a essa pena, de modo que propõe que a pena deve ter um mínimo e um máximo, os quais não pode ultrapassar.

Estabelece premissas, quais sejam: o mal da pena deve ser maior que o interesse no delito; quando se puder provar que a natureza do delito leva a crer que o acusado o cometeu repetidas vezes, a pena deve alcançar todas elas, sob pena de ficar aquém da motivação da ação criminosa; o receio de ser penalizado deve ser maior que o interesse do réu em delinquir, além de quanto maior for a probabilidade de descoberta do delito, menor deve ser a pena; quando ocorrerem dois crimes, deve-se aplicar a pena mais forte, compatível com o crime de maior reprovabilidade (comensurabilidade), bem como quando ocorrerem dois crimes de mesma natureza, porém um mais grave que o outro, suas penas também devem ser proporcionais (divisibilidade); a extensão da pena deve ser proporcional à extensão do delito; os juízes devem ser prudentes e apenar cada pessoa de forma individualizada diante das características pessoais de cada um (estado, fortuna, idade, sexo, etc), fazendo com que a pena seja eficaz para todas as pessoas (certeza-igualdade); a pena deve ser reparável, ou poder-se revogar e, quando não for possível, que haja uma compensação ao apenado; tirar o poder do

²⁵ BENTHAM, Jeremy (1748-1832), **Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos**. p. 25 e 26.

apenado de fazer o mal quando necessário e de maneira menos aflitiva possível; utilizar a pena para reparar o dano, tirando algum proveito, quando possível; deve ter popularidade, a comunidade deve aceita-la como útil; em favor da pena aparente, a pena deve ser mais clara e simples possível para que todos entendam as consequências penais do delito e possam refletir quando tentados a delinquir.

Bentham, entretanto, admite em casos específicos a imposição de penas cruéis quando, segundo o autor, for a única medida possível a se resolver o problema do delito, admitindo até a pena capital, mas sempre tratando-as como casos excepcionais. Justifica dizendo que toda pena, mais ou menos, é de certa maneira cruel e causa abalo no apenado. Por isso, diz que a pena desumana deve ser justificada de maneira objetiva, e não subjetiva. Inclusive descreve as hipóteses das penas que não se deve impor, sendo elas: quando mal fundadas, ou seja, quando não há delito a se punir; penas de que não se tira proveito, quando a pena é ineficaz, inútil; penas supérfluas, sendo essas as desnecessárias, quando se é possível chegar ao mesmo fim com meios mais suaves e; penas muito dispendiosas, ou seja, quando a pena causa um mal maior do que aquele causado pelo delito.

O autor, ao abordar sobre a pena de prisão, distinguindo a prisão-custódia (simples prisão) e prisão pena (aflitiva), defende que pode ser amoldada para todo tipo de delito, de modo que possui várias vertentes e modos de se lhe aplicar. Diz ainda que a pena de prisão deve ser curta e aflitiva, de modo que o apenado sinta as consequências do delito e não se acostume com a pena.

Analisa o autor que a pena de prisão é eficiente em relação à obstrução do agente que pretende fazer o mal quando está encarcerado; porém entende não ser uma pena econômica quando não se é utilizada a força de trabalho dos encarcerados, pois dispense muito custo ao Estado e favorece a ociosidade dos apenados; considera desigual pois submete todos os tipos de sujeitos a uma mesma pena, de modo que alguns sentirão mais que os outros seus flagelos; entende ter a qualidade da divisibilidade, pois pode ser diminuída ou exasperada sua severidade e seu prazo de duração; entende que pode ser exemplar se o Estado construir as prisões com características que individualizem e cause temor à comunidade; por fim, entende que há simplicidade de descrição na pena de prisão pois qualquer pessoa entende o que é a restrição da liberdade.

Bentham escreve que a prisão solitária e desligada do mundo exterior, inclusive dos demais detentos, é mais efetiva do que as demais: primeiro porque traz um sofrimento maior, mas principalmente porque aguça a reflexão do detento que se arrependerá mais rápido, diante da falta da vida em comunidade, dos familiares, da liberdade, etc. A aglomeração de presos,

por outro lado, não surte efeito em alguns detentos e, pelo contrário, tem a tendência de deixá-los piores, pois se corrompem uns aos outros quando em contato.

Trecho interessante da obra também aborda sobre a quem deve recair os custos da prisão. Desde a implantação do sistema de prisão como pena principal se discute se deve ser o detento o custeador do sistema penitenciário, pois ele é quem o deu causa. Bentham diz que não, pois antes de ser-lhe uma pena, é um bem de toda a comunidade, e seria injusto apenas os presos arcarem com as despesas de algo que beneficia a toda a comunidade. Argumenta, ainda, que aqueles que foram presos por crimes patrimoniais o praticaram justamente pela falta de dinheiro e não teriam condições de pagar pela carceragem.

O autor defende ainda a divisão dos presos por prisões destinadas a cada tipo de delito, inclusive àqueles presos por dívidas civis, a quem a prisão serviria apenas como prevenção, sem rigores.

Além disso, aborda sobre penas alternativas à prisão, que chama de penas restritivas, como as penas que impedem o homem de fazer tal ou qual coisa, gozar de um direito comum ou um direito que estava gozando, apesar de entender que seja de difícil fiscalização, como também não traz efeito aparente. Cita como exemplo a restrição do ofensor de frequentar os mesmos locais que o ofendido, entendendo ser excelente para crimes que envolvem insultos pessoais.

Também expõe o que chama de penas ativas, ou seja, o réu cumpre um trabalho, uma atividade, em troca de não cumprir a pena mais gravosa. O autor vê com bons olhos essa modalidade penal pois se pode tirar um proveito no trabalho exercido pelo réu, deixando a pena, se bem aproveitada, mais econômica, cumpre o requisito da igualdade, pois todos sentirão a repugnância de prestar um trabalho que não lhe agrada e o tipo de trabalho pode ser adaptado às circunstâncias pessoais de cada réu, pode ser exemplar se caracterizar a vestimenta do réu que cumpre tal pena, é eficaz na reforma do detento, pois não terá tempo de trocar informações criminosas com os demais pois estarão ocupados com o trabalho e vigiados por um guarda enquanto trabalham e, por fim, nos crimes patrimoniais (que constituem sua maioria) são análogos à pena, pois, segundo Bentham, aqueles que cometem tais delitos o fazem por aversão ao trabalho e têm sua origem na ociosidade.

O autor foi o criador da ideia do panoptico, posteriormente estudada por Michel Foucault, e na obra analisada destaca as três ideias fundamentais de tal sistema prisional, sendo elas: 1) sua arquitetura, propícia para a fiscalização, sendo um edifício circular com seus quartos em volta, com muitos andares e no centro o quarto do inspetor, que tem visão de todos os quartos dos detentos; 2) sistema custeado por um particular por meio de um contrato

de administração, ficando ele com o lucro do trabalho dos presos. O administrador ficará encarregado de ensinar aos presos seus ofícios, indicando-lhes suas funções e pagando determinada quantia do resultado a eles como forma de incentivo; 3) o administrador ficará responsável pela integridade dos presos, sendo indenizado por isso e indenizando por aqueles que morrerem ou fugirem, tendo em vista a natureza de seu encargo. O panoptico, segundo o autor, deverá ficar aberto aos representantes do Estado a todo momento e em determinados horários a toda a comunidade, de maneira que cumpra sua função de pena aparente, sendo uma característica importante a transparência do instituto prisional.

As vantagens do panoptico é que é exemplar, ou seja, cumpre bem o papel de pena aparente, pois trata-se de um estabelecimento transparente e aberto ao público diariamente, a reforma do condenado (que também é um de seus fins), em vista que, por meio do trabalho exercido na prisão, incentivará com a parte do lucro repartido para o condenado, com a aprendizagem de um novo ofício e o levará a não mais aceitar a ociosidade se lhe era característica, previne a troca de experiências entre os detentos sobre a vida criminosa, como também há a divisão dos detentos classificando-os conforme a gravidade de seus delitos e a amplitude de seus vícios e, por fim, o ensino que será transmitido aos detentos. Ainda, com o trabalho e geração de lucro do detento, poderá ser utilizado para reparar o dano à vítima e será econômico tendo em vista sua geração de lucro, que pagará as despesas dos condenados.

c) Michel Foucault

O filósofo é autor de “Vigiar e Punir”, importante obra sobre o sistema penal e que será abordado nesse trabalho. A obra é do final do século XX e, portanto, o autor conseguiu analisar as mudanças ocorridas pela humanização das penas à partir do século XVIII.

Entretanto, Foucault defende que o poder sobre o corpo do condenado nunca deixou de existir. Apesar do fim das penas públicas e os espetáculos cruéis, a prisão como privação pura e simples da liberdade nunca funcionou sem afligir sofrimento físico ao condenado. A possível mudança, portanto, pode ter se dado no objetivo da pena, mas em relação à intensidade de seu sofrimento, não há como se afirmar.

Essa mudança no fim da pena, conforme escreve, deixa de ser uma sucinta análise do fato praticado e da pena imputada para as circunstâncias que englobam a motivação do delito e as características subjetivas do sujeito ativo. Os motivos de tê-lo praticado, qual a pena adequada para sua reforma, qual o grau de culpabilidade (e se há culpabilidade), se o sujeito era capaz de se autodeterminar no momento da prática do fato, se o sujeito sofre de alguma

patologia que o levou a cometê-lo, etc. Também lembra que os juízes passaram a ser auxiliados por um corpo técnico que o ajuda durante o processo e após a sentença, como médicos, peritos, entre outros, e o acompanhamento do preso durante a execução de sua pena auferindo seu poder de melhora. Isso, para o autor, demonstra que o direito penal está buscando mais a reforma do que simplesmente o suplício do apenado, e um processo de humanização das penas.

Foucault argumenta que as penas não devem ser tratadas (ao menos não exclusivamente) como uma maneira de reprimir os delitos, pois se assim o fizer, ela pode ser severa ou indulgente. Ela está ligada a uma série de efeitos positivos e úteis à sociedade.

Sustenta o autor que o suplício que era imposto aos condenados quando as penas eram cruéis e públicas, além de todos os fins que acima foram expostos, tinham o fim de demonstrar o poder do Príncipe, do Estado, que respondia a um sujeito que o desrespeitara com toda a força que tinha, de forma que toda a espetacularização do suplício era cercada por militares e representantes do Estado, ou seja, era acima de tudo uma demonstração de poder à comunidade e aos inimigos, de trazer a confissão do réu à público por meio da maneira torturante com que lhe era aplicada a pena e aproximar o seu sofrimento ao sofrimento que imputara à vítima, impondo-lhe uma pena parecida com o crime que cometera.

O autor lembra, porém, que o fato de levar o suplício ao público como demonstração de poder do Estado e a justiça que se fazia, com a penalização dos criminosos, voltou-se contra o próprio Estado, de maneira que a população, muitas vezes, tomava a penalização como diminuta, excessiva ou mesmo injusta, ou quando o supliciado era um dos seus, e iniciaram-se os conflitos nos rituais de execução. Chega, então, o momento em que surge o conflito entre comunidade, que não aceita mais o suplício dos condenados, e Estado, que quer impor seu poder por meio das penas cruéis. Surge a necessidade, segundo o autor, de trocar a vingança pela punição.

O menor crime ataca toda a sociedade; e toda a sociedade – inclusive o criminoso – está presente na menor punição. O castigo penal é então uma função generalizada, coextensiva ao corpo social e a cada um de seus elementos. Coloca-se então o problema da “medida” e da economia do poder de punir.²⁶

Também lembra o autor que as penas tiveram de ser mudadas com a alteração da natureza dos delitos, popularizando-se os delitos de bens pelas classes mais pobres, muitas vezes contra seus próprios pares e os delitos de direitos pela burguesia, isso tudo em vista da

²⁶ FOULCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987. p. 76.

valorização e da ascensão do capitalismo na sociedade, uma mudança de valores com o capital no topo.

O autor então inicia o estudo a função da pena, e narra

Calcular uma pena em função não do crime, mas de sua possível repetição. Visar não à ofensa passada mas à desordem futura. Fazer de tal modo que o malfeitor não possa ter vontade de recomeçar, nem possibilidade de ter imitadores. Punir será então uma arte dos efeitos²⁷

Porém, não mais utilizar penas desmedidas para servir de exemplo, pois não há economia nesse caso; a pena deverá ser suficiente para ser exemplar e econômica.

Para estabelecer os parâmetros dessa pena suficiente, Foucault estabelece seis regras:

1) a regra da quantidade mínima, em que a desvantagem de cometer o crime é maior do que a vantagem, causando desinteresse no agente; 2) regra da idealidade suficiente, em que a representação da pena faz os sujeitos temê-la, mas não sua própria realidade, seu sofrimento imposto; 3) regra dos efeitos laterais, a qual diz que a pena deve causar o maior efeito na comunidade e o menor no corpo do condenado; 4) regra da certeza perfeita, pela qual deve estar claro a todos os membros da sociedade a certeza de que para cada delito haverá uma pena inevitável; 5) regra da verdade comum, ou seja, o delito a que se pune deve estar justamente provado, obedecendo aos critérios gerais de qualquer verdade, uma verdade justa; e 6) regra da especificação ideal, todos os delitos devem estar exaustivamente presentes em uma codificação, e deve existir uma individualização da pena de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Nesse sentido, expõe também seis condições para o que entende fundamental para que a pena seja aparente suficiente a fim de evitar novos delitos: 1) ser tão pouco arbitrários quanto possível, em que o autor traz uma ideia muito parecida à de Benthan na analogia, quando o crime deve ter íntima relação com a pena a ele cominada para que, assim que o sujeito pensar em cometê-lo, lembrar-se da pena a que está disposto; 2) diminuir o interesse pelo crime em contrapartida ao aumento do interesse de evitar a pena; 3) o tempo da pena será adequado, e sua intensidade deve ser diminuída com a produção de efeitos positivos. A pena, segundo o autor, que não tem fim não cumpre sua função, mas apenas traz custo à sociedade que não vê o apenado reformado, e este não vê vantagem na sua melhora; 4) tornar aparente à sociedade que aquele apenado que causou um mal à comunidade está lhes sendo útil, pagando por seu erro com seu trabalho em prol da própria sociedade, como trabalhos públicos; 5) a

²⁷ Op. Cit. p. 78.

pena deve servir como instrução aos espectadores; deve-se, logo após o crime, definir sua pena, para que haja uma ligação entre eles e que transpareça um restabelecimento da lei e, ao mesmo tempo, um luto da sociedade por ter um de seus concidadãos perdido pelo delito que cometeu e pela pena que irá cumprir, longe da comunidade; e 6) por fim, que seja disseminada a ideia de que o crime é uma má escolha e que a pena é muito mais desinteressante que as vantagens do delito. Trabalhar uma publicidade que leve à comunidade essa ideia e que acabe com aquela de que o criminoso pode ser um herói, mas ligar aos delitos apenas a imagem de desgraça, de desvantagens.

Ao abordar sobre a pena de prisão, Foucault inicia lembrando as críticas que os pensadores dos séculos XVIII e XIX fizeram ao uso da restrição da liberdade por vários motivos, como não cumprir o papel de pena aparente, pois os encarcerados ficavam cercados por muros e não se sabia o que estava passando dentro das prisões. Acreditavam que não havia como punir vários tipos de crimes da mesma forma, sendo inadequado e, ainda mais, que seria inapropriado para qualquer tipo de crime, pois não reforma o criminoso mas somente o detém. Criticavam também a ilegalidade das prisões pois encarceravam várias pessoas por ordem do poder executivo, sem ter direito a um processo que resultasse em sua culpa.

Mas então por que, segundo o autor, a prisão começou a funcionar e vem sendo até hoje a principal pena adotada pelas comunidades? Explica que existiram projetos em que buscava-se reformar o comportamento e o espírito do detento, pois percebeu-se que os crimes, em sua grande maioria, se davam por motivos econômicos e pela ociosidade, de modo que as prisões começaram a ensinar os prisioneiros a valorizar o trabalho e o ganho que através dele se dá, através de uma rotina de trabalho que pagava sua prisão, seu dano à sociedade, lhe gerava lucro para quando saísse do estabelecimento penal e lhe fornecia um aprendizado de uma profissão, ensinamentos espirituais e, às noites, silêncio para que pudessem refletir.

O autor realiza um estudo acerca da mudança que começa a existir nos modos de disciplina escolares, militares e fabril, em que o foco se altera para uma domesticação de cada indivíduo e uma disciplina com exercício de poder sobre os corpos para deixá-los dóceis, obedientes para o trabalho. Lembra que esta domesticação se dá por meio de processos de disciplina com exercícios práticos de desenvolvimento gradual dos corpos. Isso se dava, principalmente, pela separação dos indivíduos singularmente ou por grupos de semelhantes, em que os ensinamentos eram realizados de forma que pudessem se desenvolver com o mínimo de auxílio dos disciplinadores, mas muito mais sua observação como sinal de hierarquia.

Começa, então, a concluir que esse processo só é possível através de uma vigilância constante, por meio de uma arquitetura desenvolvida para dar constante observação aos disciplinadores dos vigiados. Foucault escreve sobre a função normalizadora por meio da qual se conseguirá esse resultado através de um sistema de penas e gratificações disciplinares que terão a função de reduzir os desvios. Isso se dará através de normatização das penalidades, colaborando para a homogeneidade das regras e, ao mesmo tempo, a possibilidade de gradação da pena diante do caso concreto.

Ao mesmo tempo, conforme o autor, se desenvolve cada vez mais um processo de análise individualizada das características do sujeito que está sendo ensinado, treinado ou tratado. Cada vez mais analisa-se o caso específico, individualizado, suas nuances, o que será feito e trará efeito naquele caso daquele sujeito. Uma disciplina individualizada que corrige os anormais.

Daí inicia uma análise do que chama de exame, que, diferente das vigilâncias, é o ato de observar o detento e registrar suas características, como, por exemplo, as melhoras que obteve no decorrer da pena, sua personalidade, etc.

Foucault então chega à conclusão de que o projeto do Panoptico, de Bentham (abordado no tópico anterior) seria o mais adequado para essa vigilância constante (ou que o detento se sinta vigiado constantemente, que é o mais importante, segundo o autor), pois o guardião tem a possibilidade de ver os detentos a todo tempo sem ser visto por eles, bem como o projeto seria aberto ao público, o que torna mais provável também o detento ao fazer algo errado ser pego até por um qualquer, e não só pelo representante do Estado, executor do poder. Também é abordado na obra todas as demais vantagens do modelo arquitetônico já levantadas por seu criador, entre elas a dificuldade de exageros do poder Estatal diante da grande observação da sociedade à essa instituição aberta e transparente, considerando-o mais eficaz e mais adequado do que o modelo tradicional de penas privativas de liberdade.

Duas imagens, portanto, da disciplina. Num extremo, a disciplina-bloco, a instituição fechada, estabelecida à margem, e toda voltada para funções negativas: fazer parar o mal, romper as comunicações, suspender o tempo. No outro extremo, com o panoptismo, temos a disciplina-mecanismo: um dispositivo funcional que deve melhorar o exercício do poder tornando-o mais rápido, mais leve, mais eficaz, um desenho das coerções sutis para uma sociedade que está por vir.²⁸

²⁸ Op. Cit. p. 173.

Assim, o panoptismo trouxe uma nova dimensão do exercício do poder do soberano sobre os indivíduos do contrato social, poder este antes demonstrado publicamente, agora é invisível, discreto. A punição é trocada pelo vigiar e treinar de forma útil o detento.

Ao iniciar seu estudo sobre a pena de prisão, Foucault lembra que no século XIX a prisão começou a ser tratada com caráter de obviedade, com todas as outras punições esquecidas e substituídas pela detenção.

E se, em pouco mais de um século, o clima de obviedade se transformou, não desapareceu. Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E entretanto não “vemos” o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão.²⁹

Fundamenta essa obviedade tendo em vista que a liberdade é um direito igual para todos e sua perda afetará qualquer membro da comunidade, ou seja, é um castigo igualitário. Também ressalta que ela permite quantificar a pena de acordo com a variável do tempo. Analisa ainda a ideia de que a prisão parece ser a mais eficiente na correção do detento (função técnica de correção), pois sempre teve esse como um fim principal. Aliás, a reforma da pena de prisão, segundo o autor, é tão contemporânea quanto seu nascimento como pena principal, estando sempre junto à pena de prisão a ideia de sua readequação.

Para que a pena de prisão tenha algum efeito, o autor traz alguns princípios que se deve seguir e que podem transformar a pena de prisão numa pena produtiva: 1) o isolamento, pois isolado de tudo, da sociedade, dos outros detentos, do mundo exterior, em primeiro lugar, não cumprirá junto a outros detentos, o que pode incentivar revoltas, outros delitos, contribuir para a imoralidade, gerar a delinquência e, em segundo lugar e mais importante, porque é essencial para a reforma do detento, fazendo-o refletir, sentir remorso; 2) o trabalho do detento, que o tira da ociosidade, fazendo-o ter como hábito uma rotina regular de trabalho, dando-o uma ocupação nos dias mórbidos da prisão, fazendo-o dar valor ao labor e ao salário, transformando-o em um proletário; 3) a justa duração da pena, ou seja, não basta quantificá-la no ato da condenação, se a pena cumprir o seu fim de regeneração do condenado antes do prazo fixado na sentença, deve ser interrompida, sob pena de causar sofrimento excessivo ao detento e custo inútil ao Estado, pois se a pena é individualizada, seus efeitos também o são e, portanto, sua duração também o deve ser.

Volta a falar do exame, pois conclui que o panoptico, além de contribuir para a vigilância, é muito adequado à colheita de informações relacionadas ao condenado, e ressalta

²⁹ Op. Cit.

que isso deve contribuir para estabelecer o tempo necessário de continuidade da prisão ou de seu termo pela completa reforma do detento, como também as características da pena a ser cumprida, de modo a individualizar a reprimenda.

Apesar de tudo isso, o autor revela que após a prisão (em todas as suas vertentes) começar a se tornar o principal meio de punição, a reincidência aumentou e o número de detentos também. Isso se dava, por exemplo, pela arbitrariedade da administração pública, que os submetia a situações violentas na prisão, fazia-os realizar trabalhos inúteis que não os educava, mas plantava nos detentos um sentimento de ódio e injustiça em vez de reflexão e arrependimento, submetendo-os a punições que a lei não previa que eles o deveriam ser. Os guardas também não eram preparados para o trabalho.

O espaço não era adequado para os detentos, pois ficavam em muitas oportunidades todos juntos, ambiente propício para troca de informações sobre crimes, sobre corrupção, ensino dos primários pelos mais experientes e organização criminosa contra aqueles que o afligiam, gerando a delinquência. Além disso, o Estado os forçava a carregar a condenação mesmo após cumprida sua pena, pois deviam apresentar um documento que mencionava tal cumprimento em todos os lugares em que se apresentavam. Ou seja, a pena realmente não havia cessado, continuava após sua saída do cárcere. A vigilância constante após sair da prisão ocasionava o desemprego, a miséria, a dificuldade de se tornar novamente uma pessoa comum, e o levava à reincidência.

Desta forma, a prisão indiretamente gerava a reincidência. E isto acontecia, segundo o autor, porque não se aplicavam os princípios que há muito se tinham dispostos para que tal pena fosse efetiva, sendo eles: 1) Princípio da correção, que estabelece como fim da pena a mudança comportamental do indivíduo; 2) Princípio da classificação, ou seja, os detentos devem ser isolados ou, no mínimo, divididos por classes de periculosidade, natureza do crime e características pessoais; 3) Princípio da modulação das penas, dispondo que as penas devem ser moduladas de acordo com a recuperação do condenado, pois este é seu fim principal e se torna excessiva quando vai além; 4) Princípio do trabalho como obrigação e como direito, que, conforme o autor, o trabalho não agrava a pena, mas a suaviza, permite que aprenda um novo ofício, dá recursos a ele e a sua família; 5) Princípio da educação penitenciária, que tem por fim estabelecer que a educação [direito] do detento é o melhor meio para sua recuperação e uma obrigação do poder público para com ele, interessante inclusive à sociedade; 6) Princípio do controle técnico da detenção, pois o sistema prisional deve ser controlado por pessoas com especialidades nos ramos úteis ao tratamento do detento e que tenham capacidade de zelar pela melhor recuperação dos indivíduos; e 7) Princípios das instituições

anexas, de modo que ao detento devem ser dadas oportunidades durante e logo após sua saída da prisão para que consiga se reabilitar em sociedade.

Foucault, porém, explica que esse “fracasso” da prisão não foi bem um fracasso, mas de certo modo atingiu o objetivo de classes burguesas, empregadores, políticas, em marginalizar o operário, classes mais pobres que se negaram a se submeter à ascensão do capitalismo com a revolução industrial. A lei penal claramente, segundo o autor, não é para toda a sociedade, apesar de vestir essa ideia de universalidade, ela é dirigida objetivamente a atingir uma classe mais pobre, que serão julgadas sempre pela classe que está no outro extremo da pirâmide social. As leis à partir do século XVIII, somadas ao sistema carcerário, tinham como fim não reformar os infratores, mas marcar essa determinada classe social como delinquente, portanto não queria torna-las dóceis, mas impor-lhes limites, rotulá-los não mais como infratores da lei, mas como delinquentes.

As vantagens que se tiraria disso, segundo o autor, é que seria uma delinquência controlada, pois o Estado saberia quem são os delinquentes, se infiltraria em seus meios, favoreceria a delação, os criminosos seriam um grupo fechado e passível de vigilância constante, que cercados pelo poder público, não conseguiriam se expandir e se limitariam a pequenos delitos, que acabariam recaindo sobre os próprios pobres pela falta de poder pessoal e de armamentos. “Pode-se dizer que a delinquência, solidificada por um sistema penal concentrado sobre a prisão, representa um desvio de ilegalidade para os circuitos de lucro e de poder ilícitos da classe dominante”.³⁰

CONCLUSÃO

Apesar de todo o cenário enfrentado pelas penas durante toda a organização da sociedade da humanidade e dos esforços pelos autores que estudavam e propunham uma reforma do direito penal em relação às penas, e apesar de quase três séculos de testes e mudanças no sistema penal que tem como principal meio a pena de prisão, há ainda muito a se mudar.

No Brasil, por exemplo, segundo relatório de pesquisa realizado pelo IPEA junto ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2015³¹, a população carcerária cresceu cerca de 83 vezes em setenta anos, com uma população carcerária, em 2012, de 515.482 para

³⁰ Op. Cit. p. 233.

³¹ http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf disponível em 25/07/2018, às 11h04.

303.741 vagas. A taxa de reincidência era de aproximadamente 70%, também auxiliado pela dificuldade dos egressos em conseguir um emprego³².

Conforme o relatório INFOPEN de 2016³³, a população carcerária era de 726.712, para 368.049 vagas. Cerca de 60% dos presos são negros, 51% não possui ensino fundamental completo e 80% não possui ensino médio completo. 44% estão presos por tráfico de drogas e cerca de 31% por crimes patrimoniais. Infelizmente a pesquisa não abordou sobre a condição socioeconômica, mas pelos dados apresentados fica claro que o sistema penitenciário é composto, em sua quase totalidade, por pessoas pobres.

Não há como reformar os detentos ante uma população tão inflada e desproporcional ao número de vagas, e que não deixa de cumprir sua pena mesmo após a saída do cárcere, o que está refletido no percentual de reincidência.

É impossível concluir, no presente trabalho, o motivo do atraso do sistema penal, mas os índices apresentados quase trinta anos após seu trabalho estão em acordo com a teoria apresentada por Michel Foucault. O sistema penal ainda é composto por população socialmente hipossuficiente. O número de reincidência ainda continua grande e a cada ano aumenta, não existindo dados positivos que indicam um esforço governamental para a mudança desse cenário.

Não existem mais formalmente no direito penal brasileiro, por exemplo, penas que infligem sofrimento físico, mas indiretamente estão submetidos a tratamentos desumanos, como a superlotação carcerária, violência sistêmica entre agentes penitenciários ou policiais e detentos e até entre os próprios detentos, gerando, inclusive, guerras entre facções dentro dos presídios como os massacres do início de 2017³⁴, falta de condições mínimas de saneamento básico e atendimento médico aos detentos³⁵, circulação de drogas dentro dos presídios, entre muitos outros fatores.

Desta forma, conclui-se que, apesar de ter apresentado alguns progressos ao longo do tempo, como o encaminhamento na maioria das nações para a extinção de penas desumanas impostas e penas capitais, ainda há muito o que se melhorar para que o sistema penal se torne efetivo e cumpra o que foi proposto pelos pensadores reformistas.

³² <https://projeto colabora.com.br/inclusao-social/mao-de-obra-invisivel/> disponível em 26/07/2018 às 10h39.

³³ http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf disponível em 25/07/2018 às 11h13.

³⁴ <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/02/massacre-completa-1-mes-no-am-e-mais-de-100-presos-seguem-foragidos.html> - Disponível em 05/02/2017 às 17h09m.

³⁵ <http://www5.usp.br/100983/presidio-paraibano-ilustra-realidade-do-carcere-no-brasil/> - Disponível em 05/02/2017 às 17h25m.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Alexis Augusto Couto de Brito – Prefácio: René Ariel Dotti – São Paulo : Quartier Latin, 2005.

BENTHAM, Jeremy (1748-1832), **Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos**.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão** : causas e alternativas - 4. ed.- São Paulo : Saraiva, 2011. E-Book. ISBN : 9788502119994

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120) – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016.

FOULCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987.

HOBBS, Thomas, 1588-1679. **Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**; tradução Rosina D'Angina; consultor jurídico Thélío de Magalhães. – 2. ed. – São Paulo: Martin Claret, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques (1712-1778), **O Contrato Social**.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** : volume 1 : parte geral. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.