

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

FABIANO LEPRE MARQUES

**O CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E
PENITENCIÁRIA E A DIGNIDADE DOS APENADOS CAPIXABAS:
UMA ABORDAGEM A PARTIR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

**VITÓRIA
2012**

FABIANO LEPRE MARQUES

**O CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E
PENITENCIÁRIA E A DIGNIDADE DOS APENADOS CAPIXABAS:
UMA ABORDAGEM A PARTIR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação/Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito.
Orientador: Professor Doutor Daury Cesar Fabriz.

VITÓRIA

2012

FABIANO LEPRE MARQUES

**O CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E
PENITENCIÁRIA E A DIGNIDADE DOS APENADOS CAPIXABAS:
UMA ABORDAGEM A PARTIR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação/Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovado em ____ de _____ de 2012.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Doutor Daury Cesar Fabriz
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Professor Doutor Thiago Fabres de Carvalho
Faculdade de Direito de Vitória

Professor Doutor José Luíz Quadros de Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais e Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais.

“Se o processo de criminalização é o mais poderoso mecanismo de reprodução das relações de desigualdade do capitalismo, a luta por uma sociedade democrática e igualitária seria inseparável da luta pela superação do sistema penal.”

(Alessandro Baratta)

A meu avô, Leopoldo Lepre, um exemplo em que me espelho.

A minha mãe, Maria das Graças Lepre Marques, a quem jamais conseguirei retribuir o amor a mim dispensado.

A Barbara, o grande amor da minha vida.

RESUMO

A dissertação, cuja pesquisa se inclui na linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, analisa a atuação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e se ela é determinante para a concretização dos direitos e da dignidade dos reclusos. São trabalhadas, assim, três questões. A primeira demonstra a situação dos reclusos no sistema capixaba de execução penal e destaca que isso não mudou muito após a intervenção daquele Conselho. A colocação dessa primeira questão permite o direcionamento da crítica a partir de uma análise teórica, em que se utilizam os apontamentos de Bourdieu, Wacquant, Bauman, Žižek, Jock Young, Garland, Jakobs, Baratta, Gabriel Ignacio Anitua e Thiago Fabres de Carvalho, demonstrando-se que não é por acaso que o sistema penitenciário capixaba funciona do jeito que funciona. Por fim, a terceira questão é uma constatação, a partir da dialética anteriormente desenvolvida, de que a atuação do Conselho deve ser aprimorada, a fim de que os direitos fundamentais dos apenados sejam concretizados e respeitados, promovendo-se, assim, a sua dignidade enquanto seres humanos; do contrário, não faz sentido a existência desse Conselho Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos fundamentais do recluso. Conselho Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias. Criminologia crítica. Habitus. Refugio humano. Segregação social. Políticas públicas. Segurança pública. Dignidade humana.

ABSTRACT

The following monographic work, which research is included on the research line “Democracy, Citizenship, and Fundamental Rights” of the Faculdade de Direito de Vitória Master of Laws Program, analyses the role played by the National Council of Criminal and Penitentiary Policies and whether it is determinant for the effectiveness of the rights and the dignity of prisoners. There are faced thus three questions. The first question demonstrates the prisoner’s situation within the capixaba criminal execution system and detaches that such condition has not changed too much after the Council intervention. Setting such question allows to direct the critics from a theoretical analysis, in which are utilized some of the appointments made by Bourdieu, Wacquant, Bauman, Žižek, Jock Young, Garland, Jakobs, Baratta, Gabriel Ignacio Anitua, and Thiago Fabres de Carvalho, demonstrating that the functioning of the capixaba penitentiary system is not a fortuity. Finally, the third question is a finding obtained since the previous developed dialectic that the Council performance must be enhanced for that the prisoner’s fundamental rights be concretized and respected, promoting, then, their dignity as human beings; or else, it makes no sense the existence of such Council.

KEYWORDS

Prisoner’s fundamental rights. National Council of Criminal and Penitentiary Policies. Critical criminology. Habitus. Human rubbish. Social segregation. Public policies. Public security. Human dignity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O CNPCP E A DIGNIDADE HUMANA NAS PENITENCIÁRIAS CAPIXABAS	11
1.1 ORIGEM, ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DO CNPCP	11
1.2 A ATUAÇÃO DO CNPCP	14
1.3 O CONCEITO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA	24
1.4 (IN)DIGNIDADE HUMANA NAS PENITENCIÁRIAS CAPIXABAS.....	32
2 A ROTULAÇÃO SOCIAL, SUA MANUTENÇÃO E CRÍTICA	43
2.1 A DISTINÇÃO PELA ROTULAÇÃO A PARTIR DO <i>HABITUS</i>	44
2.2 A SOCIEDADE QUE EXCLUI PARA CONTROLAR	54
2.3 O CONTROLE SOCIAL DOS INDESEJADOS.....	66
2.4 O ENFOQUE CRÍTICO DA CRIMINOLOGIA.....	76
3 O CNPCP E O ESTATUTO JURÍDICO DO RECLUSO	90
3.1 CNPCP E ATUAÇÃO EFICAZ	91
3.2 ESTATUTO JURÍDICO DO RECLUSO: UMA EXIGÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	95
CONSIDERAÇÕES FINAIS	102
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	106

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, inúmeros fatores têm permitido uma desagradável conclusão sobre a política penitenciária brasileira: ela está em processo de acentuada falência. E esse processo tem, paulatinamente, atingido todo o sistema público de execução penal brasileiro. O presente trabalho trata sobre um dos órgãos desse sistema e sobre sua atuação no que diz respeito à melhoria das condições de reclusos no sistema penitenciário.

Trata-se do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) e de se questionar se a sua atuação tem contribuído para a melhoria das condições dos reclusos no sistema penitenciário capixaba? Esse é o problema que justifica a pesquisa desenvolvida neste estudo. Três grandes temas são, então, trabalhados em cada capítulo do presente trabalho.

O primeiro capítulo demonstra a situação em que atualmente se encontra o sistema penitenciário capixaba e como a intervenção promovida pelo CNPCCP em 2009 contribuiu ou não para melhorar as condições dos reclusos, em especial no que diz respeito aos seus direitos e garantias fundamentais, e na promoção de sua dignidade enquanto seres humanos. Nesse sentido, são apresentados e analisados no *primeiro capítulo* as atribuições do CNPCCP, dando-se especial atenção ao Plano Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias (PNPCCP), principalmente no que atine à questão do fortalecimento do controle social e da preocupação, primária, com os estabelecimentos prisionais e, secundária, com as condições dos reclusos. Daí a demonstração da atual situação dos reclusos capixabas, ou seja, ao que eles têm sido submetidos, ao lado da análise do princípio da dignidade da pessoa humana de uma perspectiva penal-penitenciária.

Esse primeiro tema permite que seja melhor desenvolvido o segundo capítulo. Partindo-se das análises autorizadas pelas teorias de Pierre Bourdieu, Loïc Wacquant, Zygmunt Bauman, Slavoj Žižek, Jock Young, David Garland, Günther Jakobs, Alessandro Baratta, Gabriel Ignacio Anitua e Thiago Fabres de Carvalho, demonstra-se que não é por acaso que o sistema penitenciário brasileiro, inclusive o

capixaba, e os órgãos responsáveis por sua fiscalização e por seu correto funcionamento, dentre eles o CNPCP, funciona do modo como funciona. Demonstra-se no *segundo capítulo* como existe um *habitus* dominante que “justifica” o tratamento atualmente dispensado aos reclusos, isto é, a violação da dignidade e dos direitos fundamentais dos apenados, e de que maneira esse *habitus* se justifica.

O terceiro capítulo, decorrente das conclusões que são alcançadas nos capítulos precedentes, consiste na verificação de que o CNPCP deve atuar, junto dos outros órgãos do sistema brasileiro de execução penal, não apenas na construção de estabelecimentos prisionais, no aprimoramento das formas de controle social, mas também e principalmente na fiscalização sobre como é feita a execução das penas privativas de liberdade. Vale dizer, de como são tratados os reclusos e se os seus direitos e garantias fundamentais são respeitados e concretizados no interior dos estabelecimentos prisionais. Como é demonstrado no decorrer do estudo, há uma tendência a não se querer que a situação melhore e que a LEP e a Constituição Federal (CF/88) não sejam, nesse ponto, observadas. Em razão disso se conclui que a atuação do CNPCP é frágil, de forma que, a continuar com as atribuições que atualmente lhe são dadas, é um órgão desnecessário e supérfluo, já que não contribui de forma alguma para a melhoria das condições dos reclusos, e sim para apenas um encrudescimento do sistema de execução penal e de controle social, uma vez que não tem o poder-dever de interditar presídios, o que inviabiliza o prestígio da dignidade humana.

A análise desenvolvida nos três capítulos e resumida na conclusão deste trabalho justifica-se por uma série de razões. Justifica-se *academicamente* diante da lacuna existente no que pertine à atuação do CNPCP e à sua (des)necessidade dentro do sistema brasileiro de execução penal. Justifica-se *socialmente* diante do estado atual de submissão dos indivíduos no cumprimento de penas privativas de liberdade, em que se verifica uma contundente ausência do Estado no que guarda pertinência com a concretização dos direitos e garantias dos reclusos e ao respeito à sua dignidade. Justifica-se *profissionalmente* diante da atuação do pesquisador como advogado na Justiça Criminal do Espírito Santo.

Com isso, visa-se atingir os objetivos a seguir: apresentar a estrutura, as atribuições e o funcionamento do CNPCP; apresentar a situação a que estão submetidos os reclusos no sistema capixaba de execução penal; analisar o conceito jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana a partir da perspectiva penal-penitenciária; apontar se a intervenção do CNPCP no sistema prisional capixaba reverteu em melhorias quanto ao respeito dos direitos e da dignidade dos reclusos; analisar a atual situação dos apenados e a justificativa por detrás dela a partir da criminologia crítica; demonstrar a necessidade de um CNPCP mais atuante e do respeito à LEP e às normas constitucionais que permitem a existência de um estatuto jurídico do recluso, a fim de que sejam concretizados os direitos e as garantias fundamentais do recluso brasileiro e do capixaba.

Defende-se, nesse sentido, com fundamento em uma base teórica que, apesar de heterogênea, tem, para o caso, um entendimento conjunto homogêneo criminológico crítico-garantista de que o sistema penal-penitenciário é ineficiente e que a ausência estatal é justificada pela naturalização promovida pela sociedade capitalista atual de um *habitus* (Bourdieu) reproduzido pelas instâncias formais e informais de controle social (Garland) e determinante do processo de exclusão social (Žižek, Wacquant, Bauman) que contribui para justificar a existência de grupos que não têm direitos nem detêm o atributo da dignidade. Assim, defende-se que o sistema penitenciário brasileiro é fortemente discriminatório e que os órgãos responsáveis pelas políticas públicas na área e pela fiscalização têm atuação frágil e, no atual estado de coisas, supérflua, já que funcionalmente incapacitados de realizarem intervenções práticas como a interdição de estabelecimentos carcerários.

Para desenvolver isso, é fundamental a escolha da metodologia. Assim, o método utilizado para a confecção do presente trabalho é o dialético, consistente em um conjunto de processos que permite um confronto entre ideias, de modo que a situação apresentada no primeiro capítulo sobre como os reclusos são tratados no Espírito Santo é analisada criticamente, no segundo capítulo, demonstrando-se como é justificada a manutenção da situação, para, em seguida (no terceiro capítulo) concluir que a atuação do CNPCP não tem sido determinante para a melhoria do tratamento dos reclusos.

1 O CNPCP E A DIGNIDADE HUMANA NAS PENITENCIÁRIAS CAPIXABAS

O presente capítulo apresenta o CNPCP (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária), a sua atuação sob o prisma constitucional, principalmente no que diz respeito ao planejamento e à execução de políticas públicas para a melhoria do Sistema de Execução Penal Brasileiro (SEPB), bem como à fiscalização do respeito aos direitos fundamentais do apenado, assegurando sua dignidade humana. Depois de apresentada a atuação do CNPCP, é analisado o conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana da perspectiva penal-penitenciária, focando-se o caso do sistema prisional capixaba e como o CNPCP tem contribuído para o respeito dos direitos fundamentais do apenado e para a promoção de sua dignidade humana. A proposta, neste capítulo, é demonstrar como o indivíduo submetido a uma pena privativa de liberdade tem sido tratado na prática, ao arrepio da legislação e dos tratados adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Assim, com a análise que é empreendida nesta parte inicial do trabalho, demonstra-se a situação indigna a que os apenados capixabas estão sujeitos, abrindo-se espaço para uma análise a partir da criminologia crítica, o que será feito no segundo capítulo.

ORIGEM, ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DO CNPCP

A primeira referência legal ao CNPCP é encontrada no Decreto n. 76.387, de 02/10/1975, em cujo art. 2º, II, *d*, ao listar os órgãos que fazem parte da estrutura básica do Ministério da Justiça, aponta, dentre os órgãos colegiados, o Conselho Nacional de Política Penitenciária (CNPP), tendo sua competência estabelecida no art. 3º, VII, do mesmo diploma: “elaborar projetos objetivando aperfeiçoar a execução penal e o regime penitenciário”. O Decreto n. 84.632, de 11/04/1980, que dispõe sobre a composição do CNPP, altera a competência do órgão, que passa, a partir de então, a ter “por finalidade elaborar diretrizes, estabelecer normas e coordenar a execução da política penitenciária no território nacional”, devendo propor, no prazo de 120 dias da publicação do Decreto 84.632/1980, o seu Regimento Interno ao Ministro da Justiça.

O CNPP foi instalado em 26/06/1980¹, com sede na Capital Federal, Brasília, compondo-se à época, de acordo com o Decreto n. 84.750, de 28/05/1980, por: três professores, um de Direito Penal, um de Direito Processual Penal e um de Direito Penitenciário; três advogados de comprovada experiência profissional; dois administradores penitenciários; e dois membros representativos da comunidade. A minuta de seu primeiro Regimento Interno foi recebida na 1ª Reunião do CNPP, ocorrida em 21/07/1980². O nome CNPCP só aparece em 1984, no art. 61, I, da Lei 7.210, de 11/07/1984, a qual institui a Lei de Execução Penal (LEP).

O CNPCP – junto com o Juízo da Execução, o Ministério Público com competência para atuar na Execução Penal, o Conselho Penitenciário, os Departamentos Penitenciários, o Patronato, o Conselho da Comunidade e a Defensoria Pública – é um dos órgãos que forma o sistema de execução penal brasileiro (SEPB). Com sede na Capital da República, o CNPCP é subordinado ao Ministério da Justiça (MJ), sendo, atualmente, integrado por 13 membros, designados por ato do MJ, para um mandato de dois anos, permitida a recondução, renovando-se a cada ano um terço dos membros. Os membros serão designados dentre professores e profissionais da área do Direito Penal, do Direito Processual Penal, do Direito Penitenciário e de Ciências correlatas, além de contar com representantes da comunidade e dos Ministérios da área social (Saúde, Ciência e Tecnologia, Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Meio Ambiente e Previdência Social).

Enquanto órgão de execução penal, o CNPCP possui atribuições legais, estabelecidas pelo art. 64 da LEP, que determinam o seu funcionamento dentro do SEPB. Pela redação da LEP, pode-se observar que o CNPCP é um órgão nacional que atua tanto em âmbito federal quanto em âmbito estadual, o que condiz com o art. 24, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), que determina à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre direito penitenciário, o que tem ligação direta com a competência comum administrativa de zelar pelas instituições democráticas e conservar o patrimônio público (art. 23, I, da CRFB/88).

¹ BRASIL. *Diário Oficial da União*: 03/09/1980. Brasília: Imprensa Oficial, 1980, pp. 17.403-17.404.

² BRASIL. *Diário Oficial da União*: 04/09/1980. Brasília: Imprensa Oficial, 1980, p. 17.608.

Os dez incisos do art. 64 da LEP permitem extrair o exato papel do CNPCP, que deve ser exercido tanto em âmbito federal quanto em âmbito estadual: proposição de diretrizes para a política criminal, em especial quanto à prevenção de delitos, à administração da justiça criminal e à execução das penas e das medidas de segurança; contribuição na elaboração de planos ou programas nacionais de desenvolvimento, com a sugestão de metas e de prioridades da política criminal e penitenciária; promoção da avaliação periódica do sistema criminal e de execução penal brasileiro, adequando-o às necessidades do País; estímulo e promoção da pesquisa criminológica; elaboração do programa nacional penitenciário de formação e de aperfeiçoamento de servidores públicos; estabelecimento de regras sobre a construção e a arquitetura de estabelecimentos penais (penitenciárias, casas de albergado, hospitais de custódia, casas de passagem, e outros estabelecimentos); estabelecimento de critérios para a elaboração das estatísticas criminais; inspeção e fiscalização de estabelecimentos penais, bem como manter-se informado por meio de relatórios do Conselho Penitenciário, de requisições, de visitas ou de outros meios, a respeito do desenvolvimento da execução penal na federação brasileira, com a proposição às respectivas autoridades de medidas necessárias para o devido aprimoramento; representação ao juízo da execução ou à autoridade administrativa para a instauração de sindicância ou de procedimento administrativo, no caso de violação de normas quanto à execução penal; representação à autoridade competente para a interdição, integral ou parcial, de estabelecimentos penais.

A simples leitura do art. 64 da LEP permite extrair que o CNPCP tem por atribuição principal contribuir na elaboração de políticas públicas nos setores criminal e penitenciário, mediante avaliações periódicas do sistema criminal brasileiro (SCB) e do SEPB, mediante inspeções nas penitenciárias e nos centros de detenção provisória. Ademais, o CNPCP, dentro do rol de políticas públicas também tem o papel de estimular e promover pesquisas na área das ciências criminais e de representar às autoridades competentes sobre casos de violação das normas de execução penal. Dessa maneira, pode-se afirmar que o CNPCP tem a atribuição de efetivar os comandos judiciais condenatórios e de proporcionar condições para a integração social do recluso, obviamente mediante políticas públicas criminais e penitenciárias, que, em suma, podem ser denominadas políticas sociais de segurança pública.

A ATUAÇÃO DO CNPCP

As políticas públicas sociais de segurança pública, que são a principal atribuição do CNPCP, têm respaldo nos arts. 5º (segurança enquanto direito individual e coletivo), 6º (segurança enquanto direito social), 21, XV (competência federal para organizar e manter os serviços oficiais de estatística de âmbito nacional), 22, XVIII (competência federal para legislar sobre sistema estatístico nacional), 23, I (competência comum dos entes federados para zelar pelas instituições democráticas) e X (competência comum dos entes federados para combater os fatores de marginalização) e 24, I (competência concorrente legislativa federal e estadual sobre direito penitenciário), todos dispositivos da Constituição Federal de 1988 (CF).

É importante destacar, nesse sentido, que a CF não apenas reconhece e garante a todos os indivíduos a inviolabilidade do direito à segurança (art. 5º, *caput*), como também o considera um direito social (art. 6º), possuindo um capítulo exclusivo sobre as diretrizes da segurança pública (art. 144). Esse reconhecimento permite que se determine como obrigação estatal a realização de políticas públicas que realizem efetivamente o direito fundamental à segurança pública. O CNPCP é um formulador e implementador de políticas públicas sociais de segurança pública. De acordo com Maria Paula Dallari Bucci:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados³.

A segurança pública, que é também um direito dos apenados, é um objetivo socialmente relevante e jurídico-politicamente determinado. Assim, dentre as políticas públicas que são planejadas e executadas pelo CNPCP nessa seara, a mais recente foi aprovada na 372ª Reunião Ordinária, em 26/04/2011. Trata-se do Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (PNPCP), cuja justificativa vem assim redigida:

³ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

As políticas públicas demandam uma liderança governamental em todas as instâncias, porém no caso da política criminal e penitenciária, parece que os governos não se sentem confiantes na possibilidade de impulsionar significativas mudanças e gerir com bons resultados. Essa descrença, aliada a um oportunismo legislativo e à lucratividade da mídia, alimentam um pernicioso fatalismo e um sentimento de vingança no povo brasileiro. Cresce o ódio de brasileiras/os contra brasileiras/os, é fortalecida a violência institucional e a “justiça” extrajudicial, instituem-se os estereótipos e ampliam-se as instituições e os custos do controle⁴.

O PNPCP não propõe o abolicionismo, e sim a manutenção do Direito Penal e uma tendência abolicionista em relação às penas privativas de liberdade (PPL). No PNPCP encontra-se um forte apelo em prol do fortalecimento tanto dos mecanismos formais quanto dos mecanismos informais de controle social. O PNPCP traz um rol de 14 medidas cujo fio condutor é a reformulação do modelo brasileiro de políticas públicas sociais de segurança pública, havendo para cada uma das medidas uma respectiva justificativa que determina a sua necessidade e que ações devem ser tomadas, bem como os efeitos positivos que elas podem ocasionar. As medidas são: (1) sistematização e institucionalização da justiça restaurativa; (2) criação e implantação de uma política de integração social dos egressos do sistema prisional; (3) aperfeiçoamento do sistema de penas e de medidas alternativas à prisão; (4) implantação da política de saúde mental no sistema prisional; (5) execução de ações específicas para os diferentes grupos; (6) coibição do uso abusivo da prisão provisória; (7) implantação dos órgãos de Defensoria Pública em todo o território nacional e com quadro de pessoal que seja suficiente para a demanda; (8) fortalecimento do controle social; (9) enfrentamento do tráfico de drogas e suas respectivas consequências; (10) estabelecimento de padrões de arquitetura prisional; (11) implantação de uma metodologia prisional nacional com uma gestão qualificada; (12) combate à ineficiência; (13) implantação de uma gestão legislativa estruturada e direcionada; (14) construção de uma visão de justiça criminal e de justiça social.

Uma análise superficial do PNPCP já permite destacar que ele não é sob qualquer ângulo inovador. E isso porque a concretização dos direitos fundamentais do preso

⁴ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, 2011, p. 1. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJE9614C8CITEMIDD1903654F8454D5982E839C80838708FPTBRNN.htm>. Acesso em: 28 jan. 2012.

estabelecidos pela CF, em seu art. 5º, seria suficiente para ir além do que pretende o PNPCP, como é possível inferir da seguinte lista de direitos fundamentais: não submissão de quaisquer pessoas a tratamento desumano ou degradante; prestação de assistência religiosa, na forma da lei em entidades civis e também militares de internação coletiva; punição, de acordo com o disposto em lei, de qualquer discriminação que atente contra os direitos fundamentais; cumprimento da pena, de acordo com a natureza do delito cometido, e com a idade e o sexo (opção sexual) do apenado, em estabelecimentos distintos; respeito à integridade física e moral dos presos; relaxamento imediato ou concessão de *habeas corpus* para prisões que forem efetuadas com ilegalidade ou com abuso.

De volta às 14 medidas do PNPCP, tem-se que uma delas é de interesse particularmente relevante para o presente estudo: o fortalecimento do controle social, de maneira que se lhe dá o devido destaque para, nos capítulos posteriores desta dissertação, aprofundar o debate sobre a questão do controle social.

Uma primeira análise deve ser feita sobre as evidências consideradas pelo CNPCP no que diz respeito ao fortalecimento do controle social. Por mais que o fato possa ser surpreendente, nenhuma das provas levantadas pelo CNPCP justifica que haja o fortalecimento. Pode-se resumir as evidências aos quatro seguintes pontos⁵: escassez de dados e de pesquisas na área específica das políticas públicas de segurança voltada para o controle social; dificuldades de acesso da sociedade civil ao sistema penal; submissão, pelas práticas policiais e também prisionais, dos presos a tratamentos desumanos ou degradantes; fragilidade institucional de conselhos comunitários, penitenciários ou patronais, dentre outros.

Não se entende como essas evidências que mais têm a ver com a 11ª medida, isto é, implementar uma metodologia prisional nacional com uma gestão qualificada, poderiam justificar o fortalecimento do controle social. Isso se deve ao fato de que controle social, como será desenvolvido mais adiante, significa algo como transformar todas as instâncias, formais e informais de controle social, em uma

⁵ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2011, p. 9.

espécie de Panóptico; e não, como parece entender o CNPCP, um controle da sociedade sobre o sistema prisional nacional, seja federal seja estadual.

O CNPCP parte de premissas e de conceitos equivocados. E a diferença é gritante: enquanto de um lado se tem o controle do crime; do outro se tem o controle de políticas públicas. Daí que não se possa pretender o fortalecimento do controle social, e sim o do controle da sociedade sobre o investimento público direcionado para as políticas públicas específicas da área. O detalhamento da medida bem demonstra que o CNPCP utiliza uma terminologia equivocada:

...o sistema penal, nas suas três instâncias (policial, judicial e penitenciária), por tratar-se de um mecanismo de coerção, tende a fechar-se institucionalmente. As prisões são conhecidas como instituições totais, que, por obrigarem os sujeitos a viver exclusivamente no mesmo espaço, com a mesma rotina, com as mesmas pessoas e por ter uma hierarquia bem definida e desigual (funcionários e presos), propicia com facilidade o adoecimento psíquico, a infantilização, o abuso de poder e a perda de parâmetros sociais. É fundamental que esses espaços possam ser oxigenados com a presença da sociedade civil, inclusive para que a sociedade se envolva na prevenção da criminalidade e não reforce a ideologia da vingança, criando cada vez mais estereótipos⁶.

O objetivo da medida é, portanto, o fortalecimento da participação da sociedade na gestão das instâncias formais de controle social, para que haja uma maior fiscalização sobre o respeito aos direitos fundamentais do recluso, mediante a criação de mecanismos preventivos contra os abusos no sistema prisional e de um sistema detalhado de informações sobre ele. O mais interessante é que, embora a legislação penal atualmente em vigor já preveja há um bom tempo a existência de um tal sistema de informações, a sua implementação até então não ocorreu, o que prejudica qualquer estudo sério sobre o estado do SEPB.

Além de fortalecer os conselhos, é preciso fortalecer também as corregedorias e as ouvidorias autônomas ligadas à questão penitenciária e criminal e instituir procedimentos investigatórios e estatísticos adequados. Portanto, o que se pretende, realmente, é um maior controle social de políticas públicas do setor, e não que haja um maior controle social do crime: procura-se implementar uma gestão prisional qualificada, baseada num modelo participativo, não expandir o Panóptico.

⁶ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2011, p. 8.

O PNPCP contém outra medida que muito interessa também ao presente estudo é a que diz respeito aos padrões de arquitetura prisional. As evidências levantadas pelo CNPCP são as duas seguintes⁷: (1) a inadequação da grande maioria dos espaços prisionais no Brasil; e (2) o alto custo das vagas construídas⁸. Esta última evidência é dividida em quatro objetivos: redução da tensão dentro das unidades prisionais, isto é, redução das condições de estresse a que são submetidos os agentes e os apenados; garantia de maior segurança tanto para presos quanto para funcionários; implantação de atividades educativas, laborais, sociais, esportivas, culturais e recreativas (de lazer); redução das doenças respiratórias e dermatológicas nas unidades prisionais.

Para atingir os objetivos supracitados, o CNPCP entende que são necessárias ao menos as seguintes ações⁹: (1) estabelecer padrões de pequena, de média e de grande complexidade para cada uma das construções prisionais, considerando tanto as especificidades do público que será abrigado (normalmente da periculosidade do preso) quanto as atividades que devem existir nas unidades; (2) garantir que os espaços sejam pensados a partir das necessidades das pessoas que os habitam, que nele trabalham e que os visitam; ou seja, os estabelecimentos penais devem permitir o correto desenvolvimento da dignidade humana daqueles que neles se encontram para cumprir a pena pelo delito cometido, viabilizando, portanto, a sua ressocialização. As estratégias de segurança devem ser garantidas sem desprezar o desenvolvimento sadio e seguro da vida; (3) respeitar os princípios de acessibilidade, de desenho universal e da ecologia humana; (4) proporcionar a gestão com os Estados para o cumprimento dos padrões estabelecidos na Resolução 03/2005 do CNPCP, e suas alterações; (5) o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e os departamentos estaduais responsáveis pela administração prisional devem aprovar apenas projetos em conformidade com a Resolução 03/2005 do CNPCP, e suas alterações, e demais normas contidas na legislação pertinente; e (6) eliminar o uso de celas-container.

⁷ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2011, p. 12.

⁸ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2011, p. 12.

⁹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2011, p. 11-12.

A medida sobre padrões de arquitetura prisional volta-se claramente ao respeito dos direitos fundamentais do recluso e da dignidade humana do preso, temas fundamentais à presente dissertação.

Ademais, a implementação de referida medida deve-se aliar a estratégias de segurança dentro dos estabelecimentos prisionais e nas regiões circunvizinhas. Neste sentido, o CNPCP editou a Resolução, 03/2005, que detalha a estrutura mínima para os diversos setores de uma penitenciária, para garantir, por exemplo, condições mínimas de salubridade e de higiene. O que se liga fundamentalmente com o tema investigado neste trabalho: a atuação do CNPCP para a promoção e para a preservação dos direitos fundamentais e da dignidade humana dos apenados capixabas.

Além disso, deve-se observar a Resolução 05/2006 do CNPCP, voltada para a implementação de políticas públicas para a melhoria da execução penal no Brasil, que recomenda seis ações prioritárias: pesquisa, análise e difusão de informações sobre a gestão do sistema penitenciário e a crise do sistema penal, com vistas, principalmente, a cumprir as disposições constitucionais relativas ao exercício do *ius puniendi* (poder de punir); educação em serviço e desenvolvimento institucional na execução penal, no intuito de capacitar os operadores do sistema penitenciário-penal, melhorando sua gestão; construção, reforma, ampliação e aparelhamento de estabelecimentos penais, a fim de aumentar as vagas e reduzir o povoamento carcerário, bem como de adequar os estabelecimentos prisionais às disposições constitucionais para o respeito à dignidade do apenado; articulação e apoio a ações, atividades e projetos de reintegração social, para, assim, promover a capacitação dos apenados, tanto por meio de cursos profissionalizantes quanto por meio de oportunidades de estudo; implantação do sistema penitenciário federal, com vistas a uma gestão centralizada dos estabelecimentos penais e a um apoio mais direto às unidades federadas na custódia de presos condenados ou provisórios; e controle público e social, a fim de que haja a constante melhoria do sistema.

Nesse sentido é que se pretende analisar criticamente se o CNPCP tem desempenhado um papel determinante na realização efetiva dos direitos fundamentais do recluso, especialmente na proteção de sua dignidade. Como

inexiste política pública criminal e penitenciária dissociada de política pública social, já que a primeira depende da existência necessária da segunda¹⁰, a toda política pública lançada pelo CNPCP deve se ligar pelo menos uma política social que lhe dê o devido suporte.

Para se ter uma ideia da atuação do CNPCP quanto à fiscalização do respeito aos direitos do apenado, pode-se citar a Resolução n. 08, de 30 de maio de 2006, em que se recomendou, “em obediência às garantias e princípios constitucionais, que a inviolabilidade da privacidade nas entrevistas do preso com seu advogado seja assegurada em todas as unidades prisionais”, de maneira que o ambiente onde se der a entrevista “não poderá ser monitorado por meio eletrônico de qualquer natureza”.

Essa resolução é apenas a ponta do *iceberg*. Como ela há várias outras que, ao lado do PNPCP e mesmo do art. 64 da LEP, esclarecem que o papel do CNPCP direciona-se muito mais para a melhoria do sistema penal, é dizer, do controle social oficial do crime do que para uma melhoria na situação dos apenados. Nesse sentido, é evidente a preocupação imediata com a construção de presídios e de centros de detenção provisória, e uma preocupação mediata com os direitos dos reclusos.

Essa preocupação do CNPCP com os estabelecimentos prisionais destaca a visão ultrapassada que o órgão tem de que a prisão está entre os meios mais eficazes de controle social do crime, e que a atenção com sua gestão, estrutura e arquitetura sobra em relação à atenção dada aos direitos dos reclusos. Isso, como será analisado nesta dissertação, decorre da manutenção das relações de poder, reproduzindo-se uma prática imposta e naturalizada pelas próprias instâncias de controle social. Como, aliás, observa Sérgio Salomão Shecaira, ao afirmar que o controle social exercido pelo Estado é tão seletivo quanto discriminatório, implantando e executando uma verdadeira distinção dentro do sistema, que permite falar em inimigos e em cidadãos perante o sistema prisional¹¹.

¹⁰ D'URSO, Luiz Flávio Borges. Proposta de uma nova política criminal para o Brasil. *Revista Jurídica do Instituto de Pesquisas e Estudos*, n. 22, ago./nov. 1998, p. 280.

¹¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 291-292.

O art. 1º da LEP traz a clara orientação de proporcionar condições que realizem de maneira efetiva a harmônica integração social do recluso, de forma que o CNPCP deveria ter uma atitude muito mais ativa e até proativa na proteção e na realização dos direitos dos reclusos, não se restringindo a buscar este resultado por meio de estabelecimentos penais melhores ou do fortalecimento do controle social do crime.

De todos os oito órgãos que atuam na execução penal (art. 61 da LEP), o CNPCP é aquele cuja estrutura mais se aproxima de um órgão que poderia realizar algo como um controle externo sobre os outros órgãos também responsáveis pela fiscalização do sistema prisional, mormente no que diz respeito aos direitos fundamentais dos reclusos.

O art. 66, VIII, da LEP, por exemplo, confere ao juízo da execução o poder de interditar estabelecimento penal cujo funcionamento infrinja os dispositivos da LEP. Tal poder deveria ser estendido ao CNPCP, já que raros são os juízes que se dispõem a inspecionar referidos locais e a apurar se as recorrentes notícias midiáticas sobre presos em containers ou em micro-ônibus são verdadeiras ou falsas, bem como são raras as instâncias oficiais que ajudam a realizar um controle externo, e ainda mais raro o controle da sociedade. Urge que, enquanto ao CNPCP não for estendida referida atribuição, haja uma preocupação maior do Conselho com a proteção e com a realização efetiva dos direitos fundamentais dos reclusos.

A atuação do CNPCP deveria ser voltada imediatamente para a busca imediata da efetivação do princípio fundamental do ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana. Contudo, deve-se observar, desde logo, que uma mudança deste porte na prática penitenciária brasileira depende da naturalização de uma nova prática e também de uma mudança nas relações de poder. Apesar da dificuldade de se proceder a esse tipo de transformação e de, no momento em que ele se situar em transição do modelo antigo para o novo, manter o foco, não permitindo desvios por questões políticas, é preciso que se dê a devida atenção ao esforço de elaboração de um estatuto jurídico do recluso que ultrapasse as meras previsões programáticas da LEP e contribua para o respeito à dignidade humana do apenado.

Nesse sentido, seria interessante a criação de um estatuto nacional e de estatutos estaduais, bem como a criação de Conselhos Estaduais de Política Criminal e Penitenciária (CEPCP) que contribuíssem com a atuação do CNPCP, melhorando significativamente a proteção e a realização dos direitos fundamentais do recluso, efetivando, assim sua dignidade, ao contrário do que vem ainda acontecendo no cenário capixaba.

É a partir da perspectiva assistencial ou protetiva do princípio da dignidade da pessoa humana que se propõe a remodelação da atuação do CNPCP e a criação de estatutos jurídicos para os reclusos, para que haja uma melhoria das condições dos apenados, já que o encarceramento é visto como uma submissão involuntária do indivíduo a um tratamento que, pela CF e pela LEP, deveria permitir sua readaptação e sua reinserção na sociedade, devendo, portanto, o Estado, enquanto mantenedor das penitenciárias, ser visto como agente responsável por tais finalidades.

Se a função da execução penal é, além de realizar o controle social através da aplicação da sanção penal¹², promover a reintegração do apenado à sociedade, com o respeito aos seus direitos fundamentais, então, como bem aponta Ingo Sarlet, é preciso que Estado, sociedade e ordem jurídica tomem a sério os direitos fundamentais do encarcerado, pois, quem “não trata com seriedade os direitos fundamentais e, acima de tudo, não leva a sério a própria humanidade que habita em cada uma e em todas as pessoas e que as faz merecedora de respeito e consideração recíprocos¹³”, não leva a sério a dignidade da pessoa humana.

O CNPCP foi criado, dentre outras atribuições, para, principalmente, dar efetividade à LEP, atuando na promoção de políticas públicas penais voltadas para preservar e proteger a dignidade humana do encarcerado. Tais políticas públicas devem ser entendidas como programas de ação governamental, “visando coordenar os meios à

¹² HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro. Direito penal do inimigo, ou um Direito Penal pelas metades. *Revista Ciências Penais*, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-jun. 2010, p. 215.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 145.

disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados¹⁴ na área penitenciária.

Todavia, como a LEP teve a sua eficácia social quase que totalmente esvaziada diante da falta de controle formal e informal sobre o sistema prisional, e, como já demonstrado na presente dissertação, a própria visão do CNPCP volta-se muito mais para a melhoria dos estabelecimentos prisionais do que para a efetivação dos direitos fundamentais dos reclusos, esvaziando-se parte da atribuição do CNPCP.

Assim, a sociedade, em virtude da prática que nela se encontra encrustado e reproduzido quase que mecanicamente e com relativamente poucas análises críticas, posiciona-se para demandar das instâncias oficiais de controle do crime uma atuação mais repressiva contra indivíduos e contra condutas indesejados. Neste passo, a análise a partir da perspectiva da criminologia crítica sobre o papel do CNPCP quanto à defesa dos direitos fundamentais do recluso, que é o elo mais fraco do Estado Penal, visando à preservação de sua dignidade, torna-se fundamental.

Sabe-se, por certo, que a criminologia crítica não serve apenas para criticar essa situação, o seu papel é muito mais forte e amplo. Alessandro Baratta indica que a atenção da criminologia crítica dirige seu foco “para o processo de criminalização, identificando nele um dos maiores nós teóricos e práticos das relações sociais de desigualdade próprias da sociedade capitalista¹⁵”, tendo como um de seus objetivos precípuos “estender ao campo do direito penal, de modo rigoroso, a crítica do direito desigual¹⁶”. É esse, aliás, o ponto de partida criminológico da crítica feita na presente dissertação.

Não se trata, portanto, de uma defesa contrária ao direito penal, abolicionista por assim dizer, mas de um movimento contrário às penas privativas de liberdade ou, pelo menos, contrário à maneira como elas são aplicadas, principalmente no que diz respeito à violação dos direitos fundamentais dos reclusos e, conseqüentemente, de sua dignidade humana.

¹⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. Obra citada, 2006, p. 39.

¹⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 197.

¹⁶ BARATTA, Alessandro. Obra citada, 2002, p. 197.

Assim, não é demais destacar que o Estado – enquanto instância legítima para determinar que condutas devam ser reprovadas também determinar de que forma elas sejam punidas ou não – é responsável pela propagação de uma cultura de controle que deteriora os direitos dos reclusos.

É aí que se destaca que a atuação do CNPCP e de possíveis CEPCP deveria ser o de, segundo uma perspectiva crítico-criminológica, determinar um controle social mais humanista, que confira ao recluso, o gozo dos direitos que a CF e a LEP lhe asseguram, e o efetivo respeito à sua dignidade. Com isso se antecipa o ponto de crítica aqui adotado à atuação que o CNPCP tem tido dentro do SEPB: a abordagem da reação e do controle social sob o etiquetamento.

A crítica a partir da criminologia à essa atuação do Estado brasileiro, tendo como caso paradigmático as condições dos presídios capixabas é o foco da presente dissertação, que apresentará a flagrante necessidade de transformação da atuação do CNPCP. É preciso que o Brasil, enfim, se assuma como um Estado Democrático de Direitos, reconhecendo a necessidade de haver uma mudança na prática do controle social do crime.

O CONCEITO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Vista de maneira ampla a atuação do CNPCP, é preciso analisar o conceito do princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de lançar uma das bases da crítica elaborada neste trabalho.

A dignidade da pessoa humana é o princípio máximo dos Estados Democráticos de Direito do pós-Segunda Guerra Mundial. Segundo Fábio Konder Comparato, a dignidade é um atributo intrínseco do ser humano, existente desde quando surgiram os primeiros homínídeos na Terra, embora sua proteção seja recente¹⁷. E, de fato,

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12.

Norberto Bobbio¹⁸ já havia observado que os chamados direitos humanos têm, atualmente, a sua existência muito mais dependente de uma proclamação solene do que de sua real efetivação. Outros autores, como Joaquín Herrera Flores, são mais incisivos e vão afirmar que a dignidade humana, assim como os direitos humanos, não são intrínsecos ao ser humano, e sim que são um produto cultural¹⁹, isto é, que a dignidade se constitui em uma luta diária pela busca de bens que assegurem uma vida digna, o que torna bastante próximas as questões da dignidade e penitenciária aqui interrelacionadas.

Assim é que se pode dizer que a dignidade humana é “um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo²⁰”. Na verdade, é o pilar principal do sistema de proteção aos direitos dos indivíduos em todos os sistemas constitucionais democráticos, e também no sistema internacional. No entanto, embora a dignidade se apresente com toda essa força, o fato é que a inexistência de contornos específicos para o seu uso a têm tornado uma espécie de bola de cristal em que o intérprete pode ver aquilo que bem entender²¹, e muitas vezes o intérprete vê inclusive que certos indivíduos ao se comportar de forma infame ou ao desrespeitar a dignidade de outro ser humano não têm direito à observância de sua dignidade.

Criou-se uma ilusão: protegeu-se, juridicamente, uma dignidade cujo conteúdo não se sabe exatamente qual é, abrindo-se, então, espaço para o uso da imaginação²². O propósito é indicar contornos de proteção jurídica para um conceito de dignidade humana, partindo-se de uma abordagem jurídico-constitucional. Afastam-se, assim, as ponderações de cunho filosófico ou antropológico em que se pesquisa o que significa ser humano, ser pessoa e ser digno, ou seja, em que se enxerga a dignidade como um atributo ontológico.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 37.

¹⁹ HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Trad. Luciana Caplan et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 26.

²¹ TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Trad. Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 17.

²² TRIBE, Laurence; DORF, Michael. Obra citada, 2007, p. 13.

O ponto fulcral, aqui, é apenas enxergar os contornos jurídicos, e, portanto, culturais, de proteção da dignidade do apenado. Se a dignidade se liga intrinsecamente aos direitos fundamentais de todo e qualquer ser humano contra atos de outro indivíduo ou do Estado que a violem ou que a exponham a ameaças graves e também em favor de prestações, ou seja, de efetivação de direitos; então, um dos aspectos de proteção do princípio da dignidade humana é a proteção e a promoção da dignidade do apenado, que não pode ser tratado como objeto dentro do sistema penitenciário, nem como inimigo, seja da sociedade seja do Estado Democrático de Direito.

Em um Estado que assume a natureza democrática e se baseia no direito não se pode admitir, sob qualquer fundamento, o desrespeito à dignidade humana de qualquer pessoa, nem daqueles que, atentando contra a dignidade de outrem, foram privados de sua liberdade como forma de punição, o que não significa que respeitar a dignidade humana equivalha a livrar alguém das consequências advindas de suas decisões equivocadas²³. Assumir, ainda que de forma velada, que o apenado não tem direito à promoção ou à proteção de sua dignidade é assumir a natureza totalitária de Estado baseada na vontade pessoal do governante. E não é muito difícil encontrar Estados autodeclarados Democráticos de Direito que, na prática, são totalitários.

Como afirma Ana Paula de Barcellos, a Constituição é a moda do mundo moderno, de maneira que mesmo países subjugados por sistemas de governo totalitários ou por fundamentalistas governantes utilizam-se de cartas constitucionais, que, muitas vezes, reconhecem direitos e dignidade, e até a existência (formal) de democracia, tornando-se muito mais um repositório de esperanças²⁴, que não serão cumpridas. É essa, aliás, uma das grandes promessas não só de várias Constituições, mesmo de Estados Democráticos de Direito, mas também do século XXI: efetivar os direitos fundamentais. No entanto, para isso, é preciso antes e durante promover e proteger a dignidade da pessoa humana.

²³ STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 210.

²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 15-16.

A dignidade humana é o princípio dos princípios constitucionais, ou seja, o epicentro de todo o sistema de direitos reconhecidos pela Constituição federal²⁵. E isso é bem observado pela doutrina, como aponta, dentre outros juristas, Maria Celina Bodin de Moraes, para quem a Constituição de 1988 consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como “o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática²⁶”. Valor este que, na percuciente lição de Ana Paula de Barcellos, é “um dos poucos consensos teóricos do mundo contemporâneo²⁷”. Isso, contudo, não lhe retira a indeterminação conceitual ou a indefinição de seus limites ou contornos, confirmando-a, portanto, como um produto cultural, dependente da sociedade que a vê, considerados fatores como tempo e espaço.

Essa indeterminação ou indefinição revela a riqueza de componentes que formam o princípio da dignidade humana²⁸ e destaca a razão pela qual é tão difícil sua aplicação, haja vista que é um princípio tratado como suporte para todos os direitos, enumerados ou não pela Constituição, tornando-se um princípio absoluto²⁹, isto é, quase uma regra inafastável, mas de conteúdo indeterminado. É a partir disso que se pode afirmar que o princípio da dignidade humana é multidimensional, mas que deve existir um núcleo duro a partir do qual ela possa ser definida para todas as situações e, assim, devidamente compreendida e aplicada, evitando-se o seu uso indiscriminado, que poderá resultar na complicada situação de servir para justificar e para impedir violações a direitos.

Flademir Belinati Martins³⁰ e Stephan Kirste³¹ afirmam que desde a Antiguidade Clássica greco-romana se tem procurado uma noção de dignidade humana como um valor absoluto, como um fim em si; e, desde então, tem-se visto a dignidade

²⁵ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 136.

²⁶ BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade humana. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord.). *Princípios do direito contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14.

²⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Obra citada*, 2008, p. 121.

²⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Obra citada*, 2008, p. 181.

²⁹ FERREIRA, Hélio Rios; FERREIRA, Heliomar Rios. A impossibilidade de relativização da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 73. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 193.

³⁰ MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2005, pp. 21-31.

³¹ KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 176-178.

como um conceito multifacetado. Dessa forma, a dignidade da pessoa humana pode ser vista como um antigo valor ético-filosófico, cujos contornos jurídicos não são senão muito recentes.

A função própria do princípio da dignidade da pessoa humana é tão variável, que cumpre a cada Estado estabelecê-la, ou seja, a dignidade humana é, efetivamente, um produto cultural, dependendo sua configuração da sociedade que é observada. Assim, é preciso partir de algum lugar para que se possa chegar ao conceito aqui almejado.

Como base na ideia clássica sobre a ideia de valor intrínseco³² e no pensamento cristão de que “a dignidade é inerente ao homem como espécie; e ela existe *in actu* só no homem como indivíduo, passando desta forma a residir na alma de cada ser humano³³”, tem-se a concepção de que a dignidade humana é uma qualidade que possibilita que o ser humano construa, livre e independentemente, sua existência e seu destino³⁴.

O STF (Supremo Tribunal Federal), aliás, deixa claro em alguns de seus julgados que o conceito jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana não pode prescindir de padrões éticos e morais. Por exemplo, no *Habeas corpus* n. 82.424³⁵ ficou assentado que a Constituição de 1988 adota padrões éticos e morais sob os quais ergue o Estado Democrático de Direito brasileiro, vedando-se condutas racistas que desrespeitem a dignidade do ser humano e a sua pacífica convivência na sociedade. Outro exemplo que pode ser colhido na jurisprudência do STF é trazido pelos Recursos Extraordinários n. 398.041³⁶ e n. 541.627³⁷, em que se firmou que:

A Constituição de 1988 traz um robusto conjunto normativo que visa à proteção e à efetivação dos direitos fundamentais do ser humano. A

³² SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, 2006, p. 29.

³³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Obra citada, 2006, pp. 8-9.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, 2006, p. 31.

³⁵ Relator para o acórdão Ministro Presidente Maurício Corrêa, julgado em 17/09/2003 pelo Plenário e publicado no DJ de 19/03/2004.

³⁶ Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 30/11/2006 pelo Plenário e publicado no DJE em 19/12/2008.

³⁷ Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 14/10/2008 pela Segunda Turma e publicado no DJE em 21/11/2008.

existência de trabalhadores a laborar sob escolta, alguns acorrentados, em situação de total violação da liberdade e da autodeterminação de cada um, configura crime contra a organização do trabalho. Quaisquer condutas que possam ser tidas como violadoras não somente do sistema de órgãos e instituições com atribuições para proteger os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também dos próprios trabalhadores, atingindo-os em esferas que lhes são mais caras, em que a Constituição lhes confere proteção máxima, são enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto das relações de trabalho.

O STF adota, portanto, um conceito filosófico, e não jurídico, o que inviabiliza saber como e em que sentido a dignidade humana deve ser protegida na sociedade brasileira; ou seja, ao não focar no conceito jurídico-cultural, o STF faz com que o conceito de dignidade humana permaneça indefinido. Apesar de o princípio da dignidade humana ser um atributo intrínseco à condição humana, ontológico, há que se pesquisar por seu conceito jurídico-cultural, isto é, pelos contornos jurídicos de sua proteção e de sua promoção dentro de uma determinada sociedade.

Como a dignidade humana é vista como o princípio dos princípios constitucionais do qual irradia a fundamentação dos direitos reconhecidos constitucionalmente, não é difícil se concluir que se ela é o núcleo central, de que há um grupo de direitos fundamentais que lhe dão esses contornos. Passa-se a ver, então, a dignidade humana como um núcleo de direitos que não pode ser violado sob qualquer razão. E, assim, talvez se possa dizer que as melhores situações para a análise dos contornos jurídicos de proteção do princípio em tela são aquelas em que os indivíduos se encontram impossibilitados de exercer alguma de suas faculdades, como, por exemplo, a liberdade de ir e vir, como é o caso aqui proposto.

Analisa-se os contornos jurídicos do princípio da dignidade da pessoa humana a partir da situação de indivíduos que são submetidos a penas privativas de liberdade no sistema penitenciário capixaba. Assim, tais contornos são analisados, primeiro, de modo geral, para, depois, serem especificados para a situação concreta aqui destacada.

Nesse sentido, juridicamente, a dignidade humana é um princípio que, embora fundamente todo o sistema jurídico, não determina todas as condutas, isto é, é um princípio jurídico relativo. Por esse princípio jurídico, todos nascem iguais em

dignidade, mas no decurso da vida essa dignidade pode se manifestar em diferentes graus de força, de acordo com as capacidades das pessoas e com os tipos de vida que elas escolherem levar. Assim, na prática, a dignidade humana é juridicamente relativa, o que se comprova pela defesa de um mínimo existencial para a proteção da dignidade do indivíduo, de maneira que, logicamente, tudo o que estivesse além do mínimo seria adicional, extrapolando a dignidade. Portanto, é a dignidade, sob o mínimo existencial, que seria absoluta.

Dessa forma, qualquer fato que extrapole esse mínimo pode sofrer restrição, como ocorre, por exemplo, no direito penal, em que a pena incide sobre a liberdade de ir e vir do indivíduo – fosse essa liberdade de locomoção parte de um conceito absoluto de dignidade, toda prisão privativa de liberdade seria inconstitucional. No entanto, a Constituição de 1988 permite a imposição de penas privativas de liberdade, o que realça a relativização da dignidade da pessoa humana no sistema jurídico. Nesse sentido, o mínimo existencial relaciona-se com as circunstâncias decorrentes da privação de liberdade, determinando que a liberdade pode ser restringida em certos aspectos, de maneira que não é o gozo de uma liberdade em sentido amplo que vai determinar o cumprimento da dignidade humana.

Para o STF³⁸, a noção de mínimo existencial é uma decorrência implícita da dignidade humana, sendo tão grande a relação entre ambos que se chega a falar em condições adequadas para uma existência digna, ou seja, que o Poder Público deve agir para efetivar, por meio de políticas públicas, um complexo de prerrogativas que assegure à pessoa uma existência digna. Porém, não se entende existir com dignidade apenas como sobreviver dignamente, o conceito, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, tem uma elasticidade maior.

A doutrina têm se ocupado bastante em determinar um conceito de mínimo existencial que possa representar dignidade da pessoa humana. Por exemplo, de acordo com Ada Pellegrini Grinover, “o mínimo existencial é considerado um direito

³⁸ ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, DJE de 15-9-2011.

às condições mínimas de existência humana digna³⁹”. Nesse mesmo passo, pode-se encontrar a lição de Ricardo Lobo Torres, para quem o mínimo existencial é “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado (...) e que ainda exige prestações estatais positivas⁴⁰”. E Ingo Wolfgang Sarlet, embora utilize a expressão “garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais⁴¹”, atesta, no mesmo sentido, que o mínimo existencial tem a função de proteger o núcleo duro dos direitos fundamentais, que se relacionaria, portanto, com a dignidade da pessoa humana, um núcleo sem o qual cada direito perderia sua mínima eficácia. Assim, ter um direito a condições de existência digna não significa necessariamente gozar de total liberdade de ir e vir ou permanecer, é plausível e possível que um indivíduo não goze de tal liberdade, e, ainda assim, seja tratado dignamente.

Esses conceitos são normalmente utilizados para o conceito de dignidade humana, ficando claro que a dignidade humana e o mínimo existencial têm uma relação tão próxima que chegam a se confundir. No entanto, apenas em uma situação abstrata se poderia dizer que o conceito jurídico de dignidade humana abrange todo e qualquer direito, ao contrário do que entende o STF. Para o STF, o conteúdo da dignidade é amplíssimo, havendo julgados em que ela aparece relacionada com o direito a prestações positivas do Estado e fruição de direitos sociais básicos, como educação, proteção integral da criança e do adolescente, saúde, assistência social, moradia, alimentação e segurança⁴²; o direito de liberdade⁴³; o tratamento do condenado preso⁴⁴; a saúde da gestante e a autonomia privada em relação ao

³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 132.

⁴⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 35.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 402.

⁴² ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, DJE de 15-9-2011.

⁴³ HC 101.505, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-12-2009, Segunda Turma, DJE de 12-2-2010; HC 100.185, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 8-6-2010, Segunda Turma, DJE de 6-8-2010; HC 100.742, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-11-2009, Segunda Turma, Informativo 566; HC 101.055, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 3-11-2009, Segunda Turma, DJE de 18-12-2009.

⁴⁴ HC 98.675, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-6-2009, Segunda Turma, DJE de 21-8-2009; RHC 94.358, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 29-4-2008, Segunda Turma, Informativo 504; HC 94.404, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18-11-2008, Segunda Turma, DJE de 18-6-2010; HC 93.782, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 16-9-2008, Primeira Turma, DJE de 17-10-2008; HC 100.953, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 16-3-2010, Segunda Turma, DJE de

direito de abortar no caso de fato anencéfalo⁴⁵; o direito de defesa⁴⁶; os direitos da personalidade⁴⁷; o direito de não ter instaurado inquérito quando evidente a atipicidade da conduta⁴⁸; o direito de não ser conduzido coercitivamente para a produção de provas⁴⁹; o direito de não ser torturado⁵⁰, embora a anistia dada a agentes políticos que torturaram pessoas durante o regime militar não figure como violação à dignidade humana, de acordo com o próprio Supremo⁵¹.

E esses são apenas alguns dos direitos que o STF vincula à noção de dignidade da pessoa humana. Portanto, o STF adota um conceito de linhas largas para o princípio da dignidade humana, deixando-o, conseqüentemente, indefinido. Assim, deve-se deixar de lado esse conceito e adotar um menos extenso, mais próximo à realidade jurídico-cultural brasileira, que é o que se faz ao se pesquisar a partir da situação de indignidade a que são submetidos os apenados. Nesse sentido, adota-se, como ponto de partida, o conceito, baseado no mínimo existencial, de que a dignidade humana consiste no conjunto de oportunidades mínimas que viabilizam o exercício da autonomia individual, desde que respeitadas as normas jurídicas vigentes na sociedade e os direitos alheios.

(IN)DIGNIDADE HUMANA NAS PENITENCIÁRIAS CAPIXABAS

O contorno jurídico do princípio da dignidade humana a partir da perspectiva penal-penitenciária, utilizando o exemplo das penitenciárias capixabas para indicar qual o estatuto mínimo dos direitos fundamentais do apenado, tem de passar pelos casos recentes da CASCUVI e das celas metálicas de Novo Horizonte, destacando-se, assim, o ideal (conteúdo abstrato da dignidade humana) e o real (a situação a que

9-4-2010; HC 95.984, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 10-2-2009, Segunda Turma, DJE de 8-5-2009.

⁴⁵ ADPF 54-QO, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 27-4-2005, Plenário, DJ de 31-8-2007.

⁴⁶ HC 89.176, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 22-8-2006, Segunda Turma, DJ de 22-9-2006.

⁴⁷ RE 248.869, voto do Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 7-8-2003, Plenário, DJ de 12-3-2004.

⁴⁸ HC 82.969, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 30-9-2003, Segunda Turma, DJ de 17-10-2003.

⁴⁹ HC 71.373, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 10-11-1994, Plenário, DJ de 22-11-1996.

⁵⁰ HC 70.389, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-6-1994, Plenário, DJ de 10-8-2001.

⁵¹ ADPF 153, voto do Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-4-2010, Plenário, DJE de 6-8-2010.

têm sido submetidos os condenados à pena privativa de liberdade no Brasil, em especial no Espírito Santo).

Humberto Ribeiro Júnior destaca que a crise do sistema penitenciário capixaba começou a aparecer em agosto de 2005, quando

(...) o Sindicato dos Trabalhadores e Servidores Públicos do Espírito Santo começou a denunciar formalmente as péssimas condições dos presídios capixabas, que se encontravam superlotados, com os prédios deteriorados, sem equipamentos administrativos e sem política de recursos humanos⁵².

Entre 2006, início da crise, e 2009, quando a crise estourou com mais vigor, foram feitas várias denúncias sobre as condições do sistema penitenciário capixaba, além de algumas inspeções pelo CNPCP e pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), bem como foram aplicadas duas medidas cautelares pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) ao Espírito Santo e feita uma denúncia à Organização das Nações Unidas (ONU), o que consolidaria, em 2009, o episódio conhecido como as “masmorras de Hartung”⁵³.

Deve-se destacar o Relatório de Visita ao Espírito Santo, produzido em 27 de abril de 2009⁵⁴. Dois foram os presídios visitados nos dias 16 e 17 de abril: a Casa de Custódia de Viana – CASCUVI e o presídio de Novo Horizonte na Serra, conhecido como o presídio de celas metálicas (celas dentro de containers). Na CASCUVI havia 1.177 detentos, 807 acima da capacidade máxima do estabelecimento. As condições de salubridade e higiene são destacadas no Relatório:

O estado de deterioração dos edifícios é digno de nota. Como não há qualquer controle sobre os presos, partes dos pavilhões, em sucessivos períodos, foram sendo destruídas. Não há luz elétrica. Não há chuveiros. A água é fornecida somente ao final do dia. Durante a noite, os pavilhões são iluminados com holofotes direcionados das muralhas. O estado de higiene é de causar nojo. Colônias de moscas, mosquitos, insetos e ratos são visualizáveis por quaisquer visitantes. Restos de alimentos são encontráveis

⁵² RIBEIRO JÚNIOR, Humberto. *Encarceramento em massa e criminalização da pobreza no Espírito Santo: as políticas penitenciárias e de segurança pública do governo de Paulo Hartung (2003-2010)*. Vitória: Causa, 2012, p. 36.

⁵³ RIBEIRO JÚNIOR, Humberto. Obra citada, 2012, p. 41.

⁵⁴ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *CNPCP: relatório de visita ao Espírito Santo*, 2009. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJE9614C8CITEMIDA5701978080B47B798B690E484B49285PTBRNN.htm>. Acesso em: 29 jan. 2012.

em meio ao pátio. Larvas foram fotografadas em várias áreas do presídio (...) ⁵⁵.

Em 2009, de acordo com a descrição do relatório, havia um grande descaso com a dignidade do apenado, o que desrespeitava tanto a Resolução 03/2005 quanto a legislação penitenciária e criminal, e mais a Constituição de 1988. A mesma situação foi verificada no presídio-container de Novo Horizonte, que tinha quase 400 presos, embora a capacidade máxima fosse de 144. De acordo com o relatório: “o local é absolutamente insalubre ⁵⁶”, sendo que, segundo depoimentos de presos, “a temperatura, no verão, passa de 45 graus ⁵⁷”.

Sob as celas encontramos um rio de esgoto (a manilha estava quebrada há semanas). Na água preta e fétida encontravam-se insetos, larvas, roedores, garrafas de refrigerantes, restos de marmitas, restos de comida, sujeiras de todos os tipos. A profundidade daquele rio de fezes e dejetos chegava a quarenta centímetros, aproximadamente. O cheiro era de causar náuseas. Todos nós chegamos à conclusão que nunca havíamos visto tão alto grau de degradação. Poucas vezes na história, seres humanos foram submetidos a tanto desrespeito ⁵⁸.

O Relatório de Vistoria ao Espírito Santo foi entregue, em maio de 2009, pelo CNPCP ao Procurador-Regional da República (PGR), mediante um ofício, solicitando intervenção federal no Espírito Santo, por conta tanto da precariedade dos estabelecimentos prisionais quanto dos descasos com os direitos e dignidade dos apenados capixabas. O pedido tramitou na PGR sob o Procedimento Administrativo 1.00.000.03755/2009-57, sendo reforçado pela petição elaborada pela CONECTAS Direitos Humanos, dirigida ao PGR em outubro do mesmo ano.

Na petição da CONECTAS há fotografias que demonstram os casos de tortura e de morte de reclusos, inclusive com esquartejamento, dentro da CASCUVI ⁵⁹. O pedido efetuado pela CONECTAS foi que a análise do Procedimento Administrativo de intervenção federal fosse feita em caráter de urgência e, caso o PGR não entendesse pela conveniência e oportunidade deste pedido, que fosse suscitado um incidente de deslocamento de competência da Justiça estadual para a Justiça

⁵⁵ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *CNPCP*: relatório de visita ao Espírito Santo, 2009, p. 2.

⁵⁶ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *CNPCP*: relatório de visita ao Espírito Santo, 2009, p. 4.

⁵⁷ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *CNPCP*: relatório de visita ao Espírito Santo, 2009, p. 4.

⁵⁸ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *CNPCP*: relatório de visita ao Espírito Santo, 2009, p. 4.

⁵⁹ Disponível em: http://www.estadao.com.br/especiais/2009/11/crimesnobrasil_if_es.pdf. Acesso em: 29 jan. 2012.

federal dos processos de execução então em trâmite sobre as questões referentes aos presídios de celas metálicas e à Casa de Custódia de Viana. Além disso, requereu sua participação no procedimento na qualidade de interessada.

Em maio de 2011, o Relatório “Violações de Direitos Humanos no Sistema Prisional do Espírito Santo: atuação da sociedade civil⁶⁰”, destacou a emblematicidade da ineficiência do sistema prisional capixaba, bem como a absoluta ausência do Estado no campo das políticas públicas na área de segurança pública, além da falta de efetivo controle social do crime, tanto pelas instâncias formais quanto pelas informais, redundando na (so)negação de direitos humanos fundamentais e situações de indignidade. Representativo disso foi uma concessão, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no *habeas corpus* (HC) 142.513, em março de 2010, de liberdade a um acusado alojado em um container em Cariacica, no Espírito Santo.

A ementa do Acórdão proferido pelo STJ para o HC 142.513 apresenta uma ideia da discussão:

Prisão (preventiva). Cumprimento (em contêiner). Ilegalidade (manifesta). Princípios e normas (constitucionais e infraconstitucionais). 1. Se se usa contêiner como cela, trata-se de uso inadequado, inadequado e ilegítimo, inadequado e ilegal. Caso de manifesta ilegalidade. 2. Não se admitem, entre outras penas, penas cruéis – a prisão cautelar mais não é do que a execução antecipada de pena (Cód. Penal, art. 42). 3. Entre as normas e os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, estão: dignidade da pessoa humana, prisão somente com previsão legal, respeito à integridade física e moral dos presos, presunção de inocência, relaxamento de prisão ilegal, execução visando à harmônica integração social do condenado e do internado. 4. Caso, pois, de prisão inadequada e desonrante; desumana também. 5. Não se combate a violência do crime com a violência da prisão. 6. Habeas corpus deferido, substituindo-se a prisão em contêiner por prisão domiciliar, com extensão a tantos quantos – homens e mulheres – estejam presos nas mesmas condições (STJ, HC 412.513/ES, Rel. Min. Nilson Naves, 6ª Turma, decisão unânime, julgamento em 23.03.2010, publicado em 10.05.2010).

A humanidade presente no Relatório do Voto do Ministro Relator opõe-se à frieza do parecer do Subprocurador-Geral da República, que opinou pela denegação da ordem, pois, invés de analisar a situação a que o preso havia sido submetido, limitou-se a analisar tão-somente a legalidade da prisão provisória, revelando um formalismo profundo e a pureza do direito, que parece não se afetar pelo que

⁶⁰ Disponível em: http://www.conectas.org/documentos/SistemaPrisional_ES_final.pdf. Acesso em: 29 jan. 2012.

acontece no mundo social. O parecer deixou de lado a análise das condições a que o paciente foi submetido ao ser alojado num container, embora a petição pela qual foi impetrado o remédio destacasse patentemente o descaso total em relação aos direitos do paciente preso. Como o parecer era destacadamente desumano, o Ministro Relator do HC solicitou, por telefone, informações à Superintendência de Polícia Prisional do Estado do Espírito Santo, confirmando que o paciente estava preso em uma cela-container, o que muito bem poderia ter sido feito pelo Subprocurador-Geral da República.

Independentemente do crime cometido pelo paciente, acondicionar qualquer ser humano em um container vilipendia integralmente a CRFB/88, violando a dignidade humana. Ora, a CRFB/88 prevê como espécie de pena a privação da liberdade, e veda a existência de penas cruéis e de tratamentos desumanos e degradantes de quaisquer tipos. Ademais, a situação não se restringe aos estabelecimentos destinados à detenção ou à reclusão.

De acordo com o ofício elaborado em 2005, assinado pelos juízes de direito da 5ª Vara Criminal de Vitória – Privativa de Execuções, encaminhado ao então governador do Espírito Santo, são destacadas as graves violações cometidas contra os direitos humanos e a dignidade humana no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP, conhecido como “Manicômio Judiciário”) verificadas pela inspeção efetuada pelos referidos magistrados, os quais, na sua decisão de interditar o HCTP, relatam:

Verificamos que lá se encontra talvez um dos mais sérios problemas de todo o sistema prisional do Espírito Santo, pois consideramos que as condições a que os internos são submetidos os equiparam a animais irracionais, ou escravos esquecidos nas masmorras da Colônia e do Império. Primeiramente temos que considerar que tal estabelecimento é, ou deveria ser, um HOSPITAL com características de presídio, mas, na verdade, não é nem uma coisa nem outra⁶¹.

As evidências produzidas ou não por Relatórios do CNPCP, destacam como o sistema prisional capixaba trata com descaso os seus apenados⁶². Descaso este

⁶¹ Disponível em: http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a_pdf/relatorio_cdhcf_tortura_br_2005.pdf. Acesso em: 29 jan. 2012.

⁶² Há um interessante *clipping* de notícias produzido pela CONECTAS Direitos Humanos disponível em: http://www.conectas.org/documentos/clipping_espiritosanto2.pdf. Acesso em: 29 jan. 2012.

que, apesar das denúncias e das interdições de estabelecimentos, reitera-se diariamente, sem que nada seja feito a respeito, ainda que tenham sido desativadas as celas-container e a CASCUVI tenha sido interdita e demolida em 2009.

Mais de três anos depois, a situação não melhorou muito, ainda que a CASCUVI e as celas metálicas de Novo Horizonte tenham sido desativadas. Em janeiro de 2011, no Centro de Detenção Provisória (CDP) de Aracruz foi feita uma gravação⁶³ em que presos nus eram obrigados a fazerem exercícios físicos até a sua completa exaustão e a andarem agachados no escuro⁶⁴.

Algumas ações positivas foram, entretanto, tomadas. No final de 2011, foi criada a Comissão de Enfrentamento à Tortura, resultante de uma parceria entre o Governo do Estado, a Procuradoria-Geral de Justiça e a Ordem dos Advogados do Espírito Santo e o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, tendo este, inclusive, criado um “torturômetro⁶⁵”, que mensura há quanto tempo não há denúncias sobre torturas no Estado. De acordo com informações disponibilizadas no *site* do Tribunal de Justiça do Espírito Santo⁶⁶ (TJES), a contagem do torturômetro foi interrompida pelo menos 30 vezes até 20/01/2012. São várias as denúncias de torturas e de maus tratos registradas em vários estabelecimentos prisionais do Estado: Penitenciária Regional de São Mareus, CDP de Colatina, CDP de Xuri (Vila Velha), CDP da Serra, Presídio de Segurança Máxima de Viana, CDP de Aracruz, Unidade de Atendimento Inicial (UNAI) em Maruípe, Penitenciária Feminina de Tucum (Cariacica), Casa de Custódia de Vila Velha.

É interessante que mesmo depois da intervenção do CNPCP, com a denúncia de entidades de Direitos Humanos e com a criação de uma comissão para enfrentar a

⁶³ Vídeo disponível em: CBN. Vídeo de tortura em presídio mostra presos nus praticando exercícios. Disponível em: http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2012/02/noticias/cbn_vitoria/reportagem/1124190-video-de-tortura-em-presidio-mostra-presos-nus-praticando-exercicios.html. Acesso em: 14 jul. 2012.

⁶⁴ A GAZETA. *Agentes*: Estado sabia de vídeo havia um ano. Detentos foram obrigados a agacharem-se, nus, no escuro (29/02/2012). Disponível em: http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2012/03/noticias/a_gazeta/dia_a_dia/1128221-agentes-estado-sabia-de-video-havia-um-ano.html. Acesso em: 14 jul. 2012.

⁶⁵ Disponível em: http://www.tjes.jus.br/index.php?option=com_mad4joomla&jid=4&Itemid=151. Acesso em: 14 jul. 2012.

⁶⁶ Disponível em: http://www.tjes.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3178:falta-texto&catid=3:ultimasnoticias. Acesso em: 14 jul. 2012.

tortura no sistema penitenciário capixaba, ainda existam violações aos direitos fundamentais dos apenados, bem como à sua dignidade. Essa situação, para o Relator Especial da Organização das Nações Unidas sobre a Tortura, Manfred Nowak, revela uma profunda contradição em relação à proteção de direitos humanos em um Estado Democrático de Direito, como relata:

[...] Em vários países fiquei simplesmente chocado com a maneira como os seres humanos são tratados nas prisões. A partir do momento em que são colocados atrás das grades, os detentos perdem a maior parte de seus direitos humanos e parecem ser esquecidos pelo mundo exterior. Além das punições corporais e outras formas de violência, o que mais me preocupa é a *privação da maior parte dos direitos humanos, principalmente alimentação, água, vestuário, assistência médica, higiene, privacidade, segurança, e um mínimo de espaço para uma existência humana digna*. A combinação de privação e não cumprimento desses direitos existenciais conduz a uma prática sistemática de tratamentos degradantes e punições desumanas. Acredito que a maneira pela qual a sociedade trata os seus detentos reflete a sua cultura acerca dos direitos humanos em geral⁶⁷.

No que diz respeito à atuação estatal em relação aos direitos fundamentais dos seres humanos, a seara penal é a que melhor dialoga com a sua proteção e a sua promoção. Ora, se o Estado não consegue proporcionar àqueles que estão sob sua direta responsabilidade condições minimamente dignas de existência, então há algo de errado em sua atuação. Como afirma o próprio Nowak Manfred, em relação às condições que ele observou ao redor do planeta:

A maioria dessas condições desumanas de detenção não é resultado de uma carência de recursos financeiros ou pobreza, mas de uma política de punição e de um sistema defasado da justiça penal, da corrupção, da falta de respeito com os seres humanos que estão atrás das grades e da falta de regras claramente definidas e legalmente vinculadas com os direitos humanos dos detentos⁶⁸.

No âmbito das Nações Unidas existe um documento denominado *Regras Mínimas para o Tratamento de Presos*, no entanto tais regras são apenas sugestivas, não gerando qualquer vinculatividade ou obrigatoriedade para os Países membros das Nações Unidas. No entanto, no caso brasileiro há a LEP, que é, em tese, de cumprimento obrigatório, além de tratados e convenções internacionais sobre

⁶⁷ NOWAK, Manfred. Discurso inaugural. In: *Relatório das Nações Unidas e outras boas práticas no tratamento de presos no sistema de justiça criminal: anais do workshop realizado no 12º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal*. Brasília: STF/HEUNI, 2011, p. 19-20.

⁶⁸ NOWAK, Manfred. Obra citada, 2011, p. 23.

direitos humanos, que desde 2008 têm *status* de normas supralegais, e também as próprias normas constitucionais estabelecedoras de direitos fundamentais.

A LEP determina que todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei devam ser assegurados ao condenado, sem quaisquer distinções, impondo-se o respeito à sua integridade física e moral. O preso tem direito, dentre outros: à atribuição de trabalho e sua remuneração; à previdência social; à constituição de pecúlio; a continuar a exercer atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores à pena, desde que compatíveis com sua execução; à proteção contra formas de sensacionalismo; à entrevista pessoal e reservada com o advogado (ou com o defensor público, se for o caso); ao chamamento pelo nome; à igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências de individualização da pena; à audiência especial com o diretor do estabelecimento; a representar e a peticionar perante qualquer autoridade, para defesa de direitos; a obter, anualmente, atestado de pena a cumprir, sob pena de responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Acresça-se ao rol acima o direito à assistência: material, entendida como o fornecimento de alimentação suficiente, vestuário e instalações higiênicas; à saúde, compreendendo atendimento médico, farmacêutico e odontológico, e, quando for o caso, acompanhamento pré-natal e pós-parto; jurídica, para os presos sem recursos financeiros para constituir advogado; educacional, compreendendo instrução escolar (ensino de primeiro grau obrigatório) e formação profissional em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico; social, para amparar o preso e prepará-lo para seu retorno à liberdade; e religiosa, sendo permitida aos presos a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal e a posse de livros de instrução religiosa.

Além desse rol, o preso também tem direito à proporcionalidade na distribuição do tempo entre trabalho, descanso e recreação; à visita de cônjuge, de companheira(o), de parentes e amigos em dias determinados; e ao contato com o mundo exterior mediante correspondência escrita, leitura e outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. No entanto, a teor do parágrafo único do art. 41 da LEP, esses três direitos podem ser suspensos ou restringidos mediante

ato motivado pelo diretor do estabelecimento. Ou seja, apenas esses três direitos e mais nenhum outro pode ser restringido ou ter suspenso seu exercício.

Mas não são apenas os dispositivos da LEP que devem ser observados. Também há que se observar convenções e tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil. Nesse sentido, pode-se recordar o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto n. 592, de 06/07/1992), cujo art. 7º dispõe que “ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”. E o art. 10(1) completa o sentido: “toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana”.

Na mesma linha, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica – Decreto n. 678, de 06/11/1992), cujo art. 5º, determina que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral” (item 1), de maneira que “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”, e, assim, “toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano” (item 2).

Ademais, há que se observar os dispositivos constitucionais, em que se estabelece que a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental do Estado brasileiro (art. 1º, III), assegurando-se às pessoas, nesse diapasão, que não serão submetidas a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), nem a penas cruéis (art. 5º, XLVII, e), devendo-se, sempre, respeitar a integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX). Diante disso, verifica-se que os dispositivos dos tratados e das convenções internacionais sobre direitos humanos e os dispositivos da LEP estão em consonância com os direitos protegidos pela CF.

Pela situação das penitenciárias capixabas tanto em 2009, quando o CNPCP esteve no Estado e quando foram feitas denúncias incisivas sobre violação de direitos humanos, quanto atualmente, diante das recorrentes denúncias sobre a prática de tortura, o que se extrai é que a legislação, as normas suprelegais e a Constituição

não têm sido observadas e sequer respeitadas pelo Estado quando o assunto é o bem-estar dos apenados.

O Estado, ao não observar os direitos fundamentais e a dignidade humana dos apenados demonstra um claro descompromisso com a sociedade. A rotulação que é comumente promovida em relação aos presos não decorre apenas da discriminação social, mas também da discriminação estatal, pois o Estado não demonstra qualquer interesse em arcar com sua responsabilidade de recuperar e de reintegrar os presos comuns, como aqueles submetidos a condições degradantes ou desumanas no Espírito Santo, à sociedade.

Essa ausência de preocupação estatal fica ainda mais evidente quando se verifica que as diretrizes estabelecidas pela LEP não são cumpridas ou não o são satisfatoriamente, e quando se observa que a atuação do CNPCP tem se voltado muito mais à manutenção das prisões e das penas privativas de liberdade como um mecanismo entendido como mais efetivo de controle social do que à promoção de um estatuto jurídico dos reclusos.

Mais do que a insalubridade e a indignidade das celas metálicas de Novo Horizonte, devem ser observadas as condições da maioria dos presídios do País, especialmente no que diz respeito à superlotação e às condições insalubres a que são submetidos os presos comuns, sem falar que não há, em geral, presídios em que sejam feitos trabalhos de reeducação e de reintegração social, ou seja, o sistema penitenciário brasileiro, de uma forma geral, fornece uma educação voltada para o crime⁶⁹, não para a ressocialização, alcançando-se algo como um direito penitenciário do inimigo⁷⁰, ou como um modelo bélico de política criminal⁷¹.

Nesse passo, é imprescindível lançar um novo olhar sobre a questão penitenciária brasileira, especialmente a capixaba, e procurar estabelecer um estatuto jurídico do recluso que seja realmente eficiente, a partir da participação cooperativa entre as

⁶⁹ AMORIM, Carlos. *CV-PCC: a irmandade do crime*. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

⁷⁰ ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio. Aproximación a un "derecho penitenciario del enemigo". *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, n. 253, 2007, p. 31.

⁷¹ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1997, p. 146.

instâncias formais e informais no controle social do crime e da fiscalização interna e externa sobre as políticas públicas sociais de segurança pública, especialmente no âmbito penitenciário, em nível nacional. Para fazer isso, o próximo capítulo cuidará de uma análise teórica sobre a situação a que são submetidos os presos capixabas, apresentando a teoria que subjaz à manutenção dessa prática, para, em seguida, no mesmo capítulo, fazer sua crítica.

2 A ROTULAÇÃO SOCIAL, SUA MANUTENÇÃO E CRÍTICA

No primeiro capítulo apresentou-se não apenas o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – o CNPCP, mas também o estado em que se encontrava e em que ainda se encontra o sistema penitenciário capixaba. Demonstrou-se, então, a partir do conceito do princípio da dignidade da pessoa humana a situação de indignidade a que atualmente os apenados capixabas se acham submetidos. A proposta do capítulo anterior foi, assim, a de descrever o sistema penitenciário capixaba como ele é efetivamente, destacando que, mesmo depois da intervenção do CNPCP e das denúncias sobre violação de direitos humanos dos presos, o tratamento dispensado ao apenado capixaba não mudou muito, gerando a tendência de uma permanência de uma prática de violação de direitos e da dignidade humana a partir de um controle social efetuado pela via da rotulação, que distingue aquele que será tratado como cidadão e aquele que será tratado como inimigo.

O presente capítulo traz duas análises. A primeira é a identificação da justificativa sobre o sistema penitenciário, a partir de uma análise a respeito das bases que dão o fundamento para a manutenção da violação de direitos dos apenados como se isso fosse de alguma forma justificável. Essas bases são apontadas como advindo de uma política de segurança pública baseada no controle social rotulador que distingue os cidadãos em duas categorias, aqueles que são “amigos” do sistema e aqueles que dele são “inimigos”, o que é mantido por uma prática que tem como finalidade a perpetuação do poder nas mãos da elite. A segunda é a crítica sobre essa justificativa, partindo-se da criminologia crítica para demonstrar como, na prática, há a manutenção de algo que se tem, na teoria, abominado. Essa segunda crítica prepara o campo para a proposta a ser feita no terceiro e derradeiro capítulo sobre a necessidade de um CNPCP mais atuante e de um estatuto jurídico do recluso.

2.1 A DISTINÇÃO PELA ROTULAÇÃO A PARTIR DO HABITUS

A violação dos direitos fundamentais e da dignidade do apenado, embora não seja justificável em um Estado Democrático de Direito, justifica-se dentro do sistema de necessidades capitalistas, isto é, da manutenção dos mercados. É dizer, por detrás do problema criminal há todo um conjunto de necessidades que, embora coloquem em contradição as previsões sobre direitos fundamentais e humanos com a prática penal, devem ser atendidas para a sobrevivência das instituições e do modelo estatal atualmente adotado. Como aponta Thiago Fabres de Carvalho, o campo penal brasileiro qualifica-se sob uma clara desigualdade aberta, baseada em uma seletividade arbitrária que promove um estado de exceção permanente⁷².

A manutenção das elites no poder depende da existência de grupos marginalizados, e só existem tentativas de inclusão porque há processos de exclusão. Dessa forma, o modelo capitalista se propaga, espalhando a cultura do individualismo e da propriedade privada. A ponto de se poder afirmar que as exigências do mundo moderno são “as exigências de regulação e segurança, de controle e domesticação, especialmente dos segmentos aliados do acesso aos bens e ao consumo⁷³”, isto é, a manutenção da ordem a partir do controle social exercido sobre determinados setores da sociedade que são *distinguidos* daqueles que não estão sujeitos ao controle por algum motivo.

O Estado, para poder reafirmar e manter suas instituições, cria, então, mecanismos que permitem distinguir indivíduos que deveriam ser tratados como iguais. Aplica-se, assim, o princípio da igualdade material para justificar determinados privilégios (ou direitos, como se prefere muitas vezes dizer). Argumenta-se que os iguais devem ser tratados na medida de sua igualdade e os desiguais na medida de sua desigualdade. Aberrações como foro por prerrogativa de função e prisão especial são apenas alguns dos exemplos que traduzem a existência de privilégios e não de direitos dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro, promovendo a mal-

⁷² CARVALHO, Thiago Fabres de. O “direito penal do inimigo” e o “direito penal do *homo sacer* da baixada”: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro, p. 4. Disponível em: <http://www.ihj.org.br/pdfs/Artigo_Thiago_Fabres.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2012.

⁷³ CARVALHO, Thiago Fabres de. Obra citada, p. 16.

afamada distinção entre aqueles que têm direito aos favores da lei e aqueles que têm direito aos rigores da lei.

Propaga-se, portanto, a ideia de que a sociedade é composta por setores ou por classes, rotulando-se cada uma delas a partir de uma escolha arbitrária, imposta de cima para baixo, isto é, determinada culturalmente por aqueles que detêm o poder e naturalizada a partir de instâncias formais ou informais na sociedade. É como se o Estado dividisse a sociedade em grupos de controle, mas só escolhesse controlar efetivamente alguns deles. Um exemplo disso é o controle sobre o tráfico de drogas e outras substâncias entorpecentes, enquanto se diga veladamente que as classes mais abastadas são as que financiam o tráfico, o controle estatal foca-se nas bocas-de-fumo ou nas favelas, onde residem as classes menos abastadas, as quais são escolhidas como grupos de controle, ou seja, grupos sujeitos ao controle e aos rigores da lei.

Realiza-se, assim, uma *distinção* entre grupos de indivíduos, promovendo aquilo que se convencionou chamar de subcidadania ou de processo descivilizador, mediante a invenção daquilo que Loïc Wacquant chama de *underclass*, que é formada, em geral, por excluídos do sistema, que podem, supostamente, ser indentificados por um conjunto de características que se interligam:

(...) uma sexualidade fora de controle, famílias chefiadas por mulheres, altas taxas de absenteísmo e reprovação nas escolas, consumo e tráfico de drogas, além de propensão ao crime violento, “dependência” persistente em relação ao auxílio público, desemprego endêmico (devido, de acordo com algumas versões, à rejeição ao trabalho e à recusa em ajustar-se às estruturas convencionais da sociedade), isolamento em áreas com alta densidade de famílias problemáticas etc⁷⁴.

O conceito de *underclass* vincula-se, portanto, claramente ao de grupo submetido ao controle social mediante uma distinção, uma rotulação. É interessante observar que o próprio sistema capitalista é responsável por, ao mesmo tempo, determinar quem são os excluídos e por controlá-los. Ou seja, os excluídos são aqueles que o sistema, baseado fortemente no consumo e na propriedade privada, vistos como portas de acesso à cidadania, determina que terão um acesso precário a essas

⁷⁴ WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto*. Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 44.

portas, criando a figura da subcidadania: os subcidadãos são membros dos grupos que o próprio sistema determina devam ser controlados.

A isso se pode chamar, no Brasil, de processo de favelização. Aproveitando-se a lição de Loïc Wacquant sobre a formação de guetos, pode-se dizer que uma favela não é tão-só um conglomerado de famílias pobres ou uma reunião de condições sociais indesejáveis (falta de renda, condições precárias de saneamento e de habitação, criminalidade endêmica, promiscuidade, consumo de drogas, violência infantil e doméstica etc.), e sim uma instituição, embora informal, do Estado, onde “uma população considerada mal-afamada, corrompida e perigosa é mantida sob isolamento e controle⁷⁵”.

E, continuando na lição de Loïc Wacquant, quando este fala sobre os elementos caracterizadores de um gueto, que podem ser transplantados muito bem para a caracterização de uma favela: (a) estigma ou rotulação dos que habitam uma favela; (b) limite territorial bem definido do espaço que uma favela ocupa dentro da cidade; (c) confinamento espacial de seus habitantes, não se misturando com os outros bairros da cidade; (d) encapsulamento institucional⁷⁶. Isso gera tanto um ostracismo social forçado como permite a exploração econômica e social da situação⁷⁷, permitindo a manutenção do sistema capitalista, do modelo penal e das regras do jogo. E a “justificativa” para esse processo de distinção é a igual à utilizada para a questão penitenciária: *o direito à segurança*.

O que se pode chamar de políticas públicas de segurança pública criam, segundo a lição de Loïc Wacquant, um regime que pode ser denominado liberal-paternalista:

(...) Ele é *liberal* no topo, para com o capital e as classes privilegiadas, produzindo o aumento da desigualdade social e da marginalidade; e *paternalista* e punitivo na base, para com aqueles já desestabilizados seja pela conjunção da reestruturação do emprego com o enfraquecimento da proteção do Estado de bem-estar social, seja pela reconversão de ambos em instrumentos para vigiar os pobres⁷⁸.

⁷⁵ WACQUANT, Loïc. Obra citada, 2008, p. 65.

⁷⁶ WACQUANT, Loïc. O que é gueto? Construindo um conceito sociológico. *Revista de Sociologia e Política*, n. 23, 2004, p. 157.

⁷⁷ WACQUANT, Loïc. Obra citada, 2004, p. 157.

⁷⁸ WACQUANT, Loïc. Obra citada, 2008, p. 94.

Assim como as favelas são um instrumento de segregação social, as prisões têm também a mesma função: servir como uma espécie de “ação afirmativa carcerária”⁷⁹ para o controle de populações indesejadas. A manutenção do modelo capitalista de Estado Democrático de Direito baseado no individualismo e na propriedade privada leva à constante reafirmação da necessidade de segurança pública, fortalecendo a ideia de um Estado penal. Obviamente as políticas públicas de segurança pública se voltam para a proteção de uma parcela da sociedade em detrimento da outra. Basta identificar as características da população carcerária para entender como funcionam as políticas públicas de segurança pública e a lógica do sistema penal brasileiro.

O foco das repreensões pelo Estado penal reside nos chamados crimes de colarinho azul (praticados por trabalhadores, normalmente em situação precária de trabalho, distinguindo-se dos crimes de colarinho branco, que são praticados por autoridades, mormente os crimes de corrupção) e no combate às organizações criminosas, cuja definição prática teima em não incluir autoridades corruptas que se organizam para desviar dinheiros públicos, e sim apenas traficantes de drogas e de armas, mas não os traficantes de influências. Nesse sentido, o sistema penal é altamente seletivo, beirando as raias da arbitrariedade. De acordo com Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, as instâncias de poder utilizam o direito penal como resposta para os conflitos e os problemas sociais, convertendo a resposta penal em uma resposta simbólica para os anseios da sociedade por segurança pública⁸⁰.

Há, atualmente, no Brasil, mecanismos de controle prisional chamados de regimes diferenciados de cumprimento de pena privativa de liberdade. São assujeitados a tais regimes normalmente os chefes de organizações criminosas como o Primeiro Comando da Capital, o Comando Vermelho ou o Terceiro Comando, mas não há, ainda, um exemplo de confinamento dos chefes das linhas de corrupção dentro do governo. O que há é uma clara distinção entre quem pode ser submetido a regimes diferenciados e quem tem o privilégio de não ser. Naturalizou-se no cidadão a ideia de que segurança e ordem pública serão alcançadas quando houver o efetivo controle sobre as populações indesejadas, que são aquelas que movimentam a

⁷⁹ WACQUANT, Loïc. Obra citada, 2008, p. 96.

⁸⁰ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina. *São Paulo em Perspectiva*, vol. 18, n. 1, 2004, p. 40.

criminalidade e a violência, ou que simplesmente são invisibilizados pela sociedade. Como aponta Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo,

Embora não se possa estabelecer uma relação direta de causa e efeito entre pobreza e violência, é inegável que a geografia das mortes violentas demonstra uma concentração nas periferias pobres e não nos bairros ricos. Lembrando a lição de Paulo Sérgio Pinheiro de que há uma interdependência de fato entre os direitos políticos, civis e socioeconômicos, Angelina Peralva vai destacar que o tema da desigualdade social não pode ser dissociado das explicações para a criminalidade⁸¹.

De fato, a desigualdade social tem forte relação com a questão da criminalidade, e isso advém principalmente da configuração do modelo capitalista, que depende da existência de desigualdade social para que se possam estabelecer relações de poder. Ou seja, a manutenção de desigualdades é uma das características do sistema capitalista e também do modelo penal brasileiro; e, mais, embora a desigualdade social não seja o único fator de criminalidade, ela é tratada como se fosse. Isso conduz à conclusão óbvia, embora lucidamente evitada, pois seria sacrilégio contra o Estado Democrático de Direito assumi-la abertamente, de que o controle social sobre a criminalidade é propositadamente ineficiente porque a manutenção do Estado e do modelo penal dependem da manutenção de focos de criminalidade. E isso é notado também por Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, quando destaca que

Ainda persiste (...) uma violenta crise no sistema de justiça criminal (incapacidade do Estado em aplicar as leis e garantir a segurança da população): os crimes crescem em velocidade acelerada, muito além da capacidade de resposta por parte das agências encarregadas do controle repressivo da ordem pública; cresce o sentimento coletivo de impunidade (os crimes crescem, se tornam mais violentos e não chegam a ser punidos); também ocorrem outras consequências: aumento da seletividade dos casos a serem investigados com o conseqüente aumento do arbítrio e da corrupção; excesso de formalismos contribuindo para acentuar a morosidade judicial e processual; elevado número de casos arquivados por impossibilidade de investigá-los (...). O acentuado sentimento de medo e insegurança diante da violência e do crime, o peso do autoritarismo social e da herança do regime ditatorial nas agências encarregadas do controle do crime, o déficit de funcionamento da justiça penal em todas as suas instâncias, a polarização de opiniões pró e contra os direitos humanos, são apontados (...) como elementos que tornaram extremamente complexo o cenário social no qual as questões de segurança pública e justiça penal são tratadas⁸².

⁸¹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Criminalidade e justiça penal na América Latina. *Sociologias*, vol. 7, n. 13, 2005, p. 227.

⁸² AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Obra citada, 2005, p. 228-229.

Se houvesse efetiva vontade dos governantes em mudar esse quadro não se empreenderia uma reforma do Código Penal ou do Código de Processo Penal, como tem ocorrido nos últimos anos. Muito mais arrazoada seria uma mudança estrutural no sistema penal e também no sistema penitenciário brasileiros, com o treinamento de pessoal e o aumento dos salários, a fim de evitar, por exemplo, corrupção ou tráfico de influência, além, e principalmente, de realizar melhorias nas penitenciárias, para que a sanção penal seja adequada à sua função declarada, mas descumprida: reeducar para o convívio social para reinserir na sociedade.

Na verdade, a prisão tem sido utilizada, como refere Loïc Wacquant, como um aspirador da escória social, no claro sentido de limpeza social, ou seja, de “retirar do espaço público o refugo da sociedade de mercado⁸³”. Embora os indesejados sejam tratados como refugo, sua presença é imprescindível para a manutenção do sistema penal e da sociedade de mercado, e, assim, das relações de poder. Dito com outras palavras, o controle social só é possível e necessário porque há um processo de rotulação e distinção que serve para manter as relações de poder.

Os indivíduos que se encontram em posições privilegiadas de controle da sociedade têm a necessidade de manter a dualidade entre opressores e oprimidos, entre donos dos meios de produção e proletários, ou, ainda, entre aqueles que têm acesso aos privilégios da lei e aqueles que têm acesso aos rigores da lei. São exatamente os que têm direito aos favores legais que são os responsáveis pela criação de rótulos sociais, que são naturalizados por meio da reprodução de um determinado *habitus*.

O *habitus* é visto, neste trabalho, a partir da noção lançada por Pierre Bourdieu, de quem foi aluno Loïc Wacquant, cujas ideias são largamente utilizadas aqui para a análise do atual sistema penal brasileiro. De acordo com Wacquant, a noção de *habitus* surge na filosofia antiga, tendo sido recuperada na década de 1960 por Bourdieu “para forjar uma teoria disposicional da ação capaz de reintroduzir na antropologia estruturalista a capacidade inventiva dos agentes⁸⁴”. E destaca:

⁸³ WACQUANT, Loïc. A aberração carcerária à moda francesa. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, vol. 47, n. 2, 2004, p. 217.

⁸⁴ WACQUANT, Loïc. Notas para esclarecer a noção de *habitus*. *Revista Brasileira de Sociologia da Emoção*, vol. 6, n. 16, 2007, p. 6-7.

As raízes do habitus encontram-se na noção aristotélica de *hexis*, elaborada na sua doutrina sobre a virtude, significando um estado adquirido e firmemente estabelecido do caráter moral que orienta os nossos sentimentos e desejos numa situação e, como tal, a nossa conduta. No século treze, o termo foi traduzido para [o] Latim como habitus (participio passado do verbo *habere*, ter ou possuir) por Tomás de Aquino na sua *Summa Theologiae*, em que adquiriu o sentido acrescentado de capacidade para crescer através da atividade, ou disposição durável suspensa a maior caminho entre potência e ação propositada. Foi usado parcimoniosamente e descritivamente por sociólogos da geração clássica como Émile Durkheim (no seu curso sobre *L'Évolution Pédagogique en France*, de 1904-5), pelo seu sobrinho e colaborador próximo Marcel Mauss (mais destacadamente no seu ensaio sobre “*As técnicas do corpo*”, de 1934), assim como por Max Weber (na sua discussão sobre o ascetismo religioso em *Wirtschaft und Gesellschaft*, de 1918) e Thorstein Veblen (que medita sobre o “habitus mental predatório” dos industriais em *The Theory of the Leisure Class*, de 1899). A noção ressurgiu na fenomenologia, de forma mais proeminente nos escritos de Edmund Husserl, que designava por habitus a conduta mental entre experiências passadas e ações vindouras. Husserl (1947/1973) também usava como cognato conceptual o termo *Habitualität*, mais tarde traduzido para [o] Inglês pelo seu aluno Alfred Schutz como “conhecimento habitual” (e daí a sua adoção pela etnometodologia), uma noção que se assemelha com a de hábito, generalizada por Maurice Merleau-Ponty (1945) na sua análise sobre o “corpo vivido” como o impulsor silencioso do comportamento social. O habitus também figura de passagem nos escritos de outro estudante de Husserl, Norbert Elias, que fala de “habitus psíquico das pessoas ‘civilizadas’” no estudo clássico *Über den Process der Zivilisierung* (1937)⁸⁵.

Mas é com Bourdieu que se encontra uma nova visão do termo *habitus*, estabelecendo-se como uma noção que permite verificar como a sociedade (exterioridade) se torna depositada nas pessoas (interioridade) “sob a forma de disposições duráveis, ou capacidades treinadas e propensões estruturadas para pensar, sentir e agir de modos determinados, que e não as guiam nas suas respostas (...) e solicitações do seu meio social⁸⁶”. O *habitus* é, portanto, uma disposição que de algum modo se incorpora no modo de ser do indivíduo, condicionando-o, tanto no que diz respeito ao seu comportamento quanto no que tem a ver com a sua visão de mundo⁸⁷. Nesse sentido, deve-se trazer o entendimento do próprio sociólogo francês, Pierre Bourdieu, sobre o significado e o alcance da reforçada noção de *habitus*. Para ele,

(...) o *habitus*, enquanto disposição geral e transponível, realiza uma aplicação sistemática e universal, estendida para além dos limites do que foi diretamente adquirido, da necessidade inerente às condições de aprendizagem: é o que faz com que o conjunto das práticas de um agente –

⁸⁵ WACQUANT, Loïc. Obra citada, 2007, p. 7-8.

⁸⁶ WACQUANT, Loïc. Obra citada, 2007, p. 8-9.

⁸⁷ RAUD, Cécile. Bourdieu e a nova sociologia econômica. *Tempo Social – Revista de Sociologia da USP*, vol. 19, n. 2, nov. 2007, p. 216.

ou do conjunto dos agentes que são o produto de condições semelhantes – são sistemáticas por serem o produto da aplicação de esquemas idênticos – ou mutuamente convertíveis – e, ao mesmo tempo, sistematicamente distintas das práticas constitutivas de um outro estilo de vida⁸⁸.

Em uma sociedade existem várias espécies de *habita* em voga, e não apenas um só *habitus*. O sistema penal e penitenciário adotam, por exemplo, um *habitus* que lhes é próprio. Um *habitus* baseado amplamente em vários dos elementos da sociedade capitalista que subjaz ao atual Estado Democrático de Direito: no individualismo, na exclusão, na propriedade privada, no consumismo, na intolerância. Daí se poder conceber a prisão como um tipo de *habitus* baseado em um controle social que é altamente rotulador e que em virtude da distinção que é produzida dentro da própria sociedade mantém o ideal de reabilitação do preso exatamente como um ideal⁸⁹, uma utopia cuja tendência é nunca se concretizar.

O *habitus* é responsável por estabelecer um conjunto ou um sistema de condições que é, ao mesmo tempo, um sistema de diferenças e que permite realizar distinções no seio da sociedade, produzindo um conjunto de práticas vistas como naturais, isto é, como se fossem uma herança genética daquele determinado grupo⁹⁰. Assim, por exemplo, enquanto para determinados grupos é construído um *habitus* baseado na ideia simbólica de que para manter a segurança pública é preciso isolar grupos de indivíduos tidos como indesejados para o progresso social, para outros grupos é forjado um *habitus* segundo o qual a sua condição como indesejados justifica tanto as suas perspectivas de vida quanto o tratamento que irão receber do Estado em virtude dessas perspectivas que lhes são oferecidas. Sendo assim, Bourdieu afirma que

(...) o *habitus* integra o conjunto dos efeitos das determinações impostas pelas condições materiais de existência (cuja eficácia se encontra cada vez mais subordinada ao efeito da ação de formação e de informação previamente suportada à medida que se avança no tempo). Ele é a *classe incorporada* – incluindo propriedades biológicas socialmente modeladas, tais como sexo ou idade – e, em todos os casos de deslocamento intergeracional ou intrageracional, distingue-se (em seus efeitos) da *classe objetivada* em determinado momento (sob a forma de propriedades, diplomas, etc.) no sentido em que ele perpetua um estado diferente das

⁸⁸ BOURDIEU, Pierre. *A distinção: crítica social do julgamento*. Trad. Daniela Kern e Guilherme J. F. Teixeira. São Paulo: Edusp, 2007, p. 163.

⁸⁹ CICOUREL, Aaron V. As manifestações institucionais e cotidianas do *habitus*. *Tempo Social – Revista de Sociologia da USP*, vol. 19, n. 1, jun. 2007, p. 170.

⁹⁰ BOURDIEU, Pierre. Obra citada, 2007, p. 164.

condições materiais de existência, aquelas de que ele é o produto e, neste caso, diferem mais ou menos das condições de sua atualização. As determinações que, ao longo de toda a existência, se exercem sobre os agentes constituem um sistema no interior do qual um peso predominante cabe, por um lado, a fatores, tais como o capital possuído, definido em seu volume global e, também, em sua estrutura, e, por outro, à posição correlata nas relações de produção (identificada através da profissão, com todas as determinações que lhe estão associadas, tais como a influência das condições de trabalho, do meio profissional, etc.)⁹¹.

Cada *habitus* apresenta-se como o resultado da naturalização de um arbitrário cultural que determina a organização de um grupo de indivíduos – pode-se dizer de uma classe social – e, conseqüentemente, de toda a sociedade. A explicação de Pierre Bourdieu sobre o processo de naturalização encontra-se em um livro em coautoria com Jean-Claude Passeron e que é uma crítica ao sistema de ensino. Logo no início do livro, os autores destacam que o *habitus* é um poder de violência simbólica que é naturalizado por uma autoridade por meio de um trabalho específico de naturalização, que deve ser feito durante um longo tempo “para produzir uma formação durável, é dizer, um *habitus* produzido pela interiorização dos princípios de uma arbitrariedade cultural capaz de se perpetuar⁹²” mesmo depois de cessado o trabalho específico de sua naturalização.

Essa perpetuação permite a reprodução do *habitus*, que normalmente é feita de modo inconsciente, haja vista que a naturalização é feita por mecanismos legítimos ou legitimados, e ocorre paulatina e sorrateiramente, passando a fazer parte da vida do indivíduo como se fosse algo bastante natural ou pelo menos imprescindível para a vida em sociedade⁹³. Uma vez naturalizado, o *habitus* será reproduzido pela pessoa sem a necessidade de intervenção da autoridade, salvo para a hipótese correicional, ou seja, a não ser que seja necessário readequar o comportamento do indivíduo ao *habitus* ao qual ele deveria se sujeitar. O *habitus*, ou seja, aquilo que é resultado da naturalização de um arbitrário cultural, é, dessa forma, decorrência do exercício de um poder de violência simbólica, isto é: “todo poder que logra impor significados e impô-los como legítimos dissimulando as relações de força nas quais

⁹¹ BOURDIEU, Pierre. Obra citada, 2007, p. 410.

⁹² BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. *La reproducción: elementos para una teoría del sistema de enseñanza*. Trad. J. Melendres y M. Subirats. 2. ed. México, DF: Fontamara, 1996, p. 72. Tradução livre de: “(...) como trabajo de inculcación con una duración, suficiente para producir una formación duradera, o sea, un *habitus* como producto de la interiorización de los principios de una arbitrariedad cultural capaz de perpetuarse...”.

⁹³ BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. Obra citada, 1996, p. 52.

baseia sua força, agrega sua própria força, é dizer, uma força especificamente simbólica, a estas relações de força⁹⁴.

Assim, todo *habitus* é naturalizado a partir de um poder simbólico, que, como afirma Bourdieu, é um “poder de construção da realidade⁹⁵”, isto é, um “poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem⁹⁶”. Dito de outra forma, é preciso que se concorde com a autoridade legítima ou legitimada para realizar uma determinada naturalização e que não se questione nem a sua legitimidade, bem como não se questione a legitimidade do processo. Funciona como a aceitação de um dogma religioso: para fazer parte de uma determinada Igreja é preciso não negar certos dogmas. Ou, ainda, para fazer parte de uma sociedade e ser visto como um cidadão é preciso não negar nem deslegitimar determinadas situações postas pelo poder dominante. Cria-se, então, em torno disso tudo uma forte carga simbólica, podendo-se destacar que, para Bourdieu,

(...) Os símbolos são os instrumentos por excelência da “integração social”: enquanto instrumentos de conhecimento e de comunicação (...), eles tornam possível o *consensus* acerca do sentido do mundo social que contribui fundamentalmente para a reprodução da ordem social (...)⁹⁷.

Essas instâncias que fazem uso de símbolos e de um poder de violência simbólica são as mesmas que realizam o controle social. E as penitenciárias são uma dessas instâncias que, ligadas ao Estado e, por isso, formais, realizam esse tipo de controle. Nesse sentido, cumpre observar que a população carcerária é basicamente formada por indivíduos que fazem parte daqueles grupos tidos como indesejáveis, de modo que o encarceramento funcionaria como um outro tipo de isolamento, como um tipo de ação afirmativa carcerária, no dizer de Loïc Wacquant. É que quando instâncias informais de controle social, como as favelas, não cumprem seu objetivo de manter separados seus habitantes, ou ao menos as ações ou o seu resultado, do resto da

⁹⁴ BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. Obra citada, 1996, p. 44. Tradução livre de: “(...) todo poder que logra imponer significados e imponerlos como legítimos disimulando las relaciones de fuerza en las que se basa su fuerza, agrega su propia fuerza, es decir, una fuerza especificamente simbólica, a estas relaciones de fuerza”.

⁹⁵ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 9.

⁹⁶ BOURDIEU, Pierre. Obra citada, 1989, p. 7-8.

⁹⁷ BOURDIEU, Pierre. Obra citada, 1989, p. 10.

sociedade, acabam determinando que o Estado intervenha, o que acontece por meio das ações afirmativas carcerárias. O encarceramento surge claramente como uma espécie política pública de exclusão social, como, aliás, aponta Wacquant:

Assim como no seu nascimento, a prisão como instituição está diretamente vinculada ao conjunto de organizações e programas encarregados de prestar “assistência” às populações desfavorecidas, e alinhada à crescente interpenetração organizacional e ideológica entre os setores penal e social do estado pós-keynesiano. Por um lado, a lógica panóptica e punitiva própria ao campo penal tende a contaminar e em seguida redefinir os objetivos e mecanismos de prestação de assistência pública. (...) Por outro lado, as instalações correccionais devem, *nolens volens*, em condições de penúria e emergência permanentes, enfrentar as adversidades médicas e sociais que a sua “clientela” não conseguiu resolver do lado de fora (...) ⁹⁸.

As penitenciárias têm se tornado, então, cada vez mais uma clara e viável opção para um isolamento mais efetivo das populações indesejadas, fortalecendo o Estado penal, resultando de uma verdadeira expansão penal. O que se coaduna com o tipo de sociedade sobre a qual se erigiu o Estado Democrático de Direito brasileiro, que, embora simbolicamente democrático, funda-se em perversas desigualdades que o levam a se tornar um Estado Democrático peculiar, uma vez que construído sobre uma sociedade fortemente excludente e, por isso, antidemocrática. Tal configuração da sociedade brasileira pauta-se em duas curiosas culturas: a primeira é a cultura da exclusão, que se liga à segunda, que é a cultura do controle; ou seja, para que haja um controle mais efetivo de grupos rotulados como indesejados é preciso que exista um processo de exclusão consistente, um *habitus*, mantido permanentemente até que se alterem as regras do jogo e os donos do poder.

2.2 A SOCIEDADE QUE EXCLUI PARA CONTROLAR

Diante desse quadro é preciso identificar como o sistema penal brasileiro age para realizar o controle social. Subjaz ao modelo cultural de controle social brasileiro uma sociedade fortemente excludente, baseada em um Estado neoliberal e capitalista cujo conjunto de práticas, de instituições e de discursos relacionados ao âmbito penitenciário firmado sobre um paradoxo: “pretende remediar com um ‘mais Estado’

⁹⁸ WACQUANT, Loïc. O lugar da prisão na nova administração da pobreza. *Novos Estudos – CEBRAP*, n. 80, mar. 2008, p. 14-15.

policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social que é a *própria causa* da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países⁹⁹.

Dá-se uma solução criminal a um problema que não é apenas criminal, utilizando-se do atraente argumento de uma maior segurança pública. Assim, como afirma Loïc Wacquant, em uma pequena nota aos leitores brasileiros de seu livro *As prisões da miséria*, o conjunto de práticas, instituições e discursos ligados à pena, e, assim, ao modelo penitenciário neoliberal, que ele chama de “penalidade neoliberal”,

(...) reafirma a onipotência do Leviatã no domínio restrito da manutenção da ordem pública – simbolizada pela luta contra a delinquência de rua – no momento em que este afirma-se e verifica-se incapaz de conter a decomposição do trabalho assalariado e de refrear a hiper mobilidade do capital, as quais, capturando-a como tenazes, desestabilizam a sociedade inteira. E isso não é uma simples coincidência: é justamente *porque* as elites do Estado, tendo se convertido à ideologia do mercado-total vinda dos Estados Unidos, diminuem suas prerrogativas na frente econômica e social que é preciso aumentar e reforçar suas missões em matéria de “segurança”, subitamente relegada à mera dimensão criminal. No entanto, e sobretudo, a penalidade neoliberal ainda é mais sedutora e mais funesta quando aplicada em países ao mesmo tempo atingidos por fortes desigualdades de condições e de oportunidades de vida e desprovidos de tradição democrática e de instituições capaz de amortecer os choques causados pela mutação do trabalho e do indivíduo no limiar do novo século¹⁰⁰.

Essa é uma interessante descrição que se amolda com perfeição ao modelo penal e penitenciário brasileiro, uma vez que “a insegurança criminal no Brasil tem a particularidade de não ser atenuada, mas nitidamente *agravada* pela intervenção das forças da ordem¹⁰¹”. Ou seja, as instituições oficiais de controle social, em especial as instituições prisionais, do modo como estão constituídas e a partir da prática que delas emana, tendem cada vez mais a aprofundar as desigualdades sociais e, em vez de reeducar seus “clientes” para o convívio social, assumem um compromisso perverso de formar o contrapeso da manutenção do sistema penal. É dizer, o próprio Estado é o responsável por manter a criminalidade que o sustenta enquanto principal instância que luta contra a criminalidade – em outros termos, o Estado joga dos dois lados.

⁹⁹ WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 7.

¹⁰⁰ WACQUANT, Loïc. Obra citada, 2001, p. 7.

¹⁰¹ WACQUANT, Loïc. Obra citada, 2001, p. 9.

E a descrição fornecida por Wacquant do estado das prisões brasileiras é, além de correto, atual:

(...) É o estado apavorante das prisões do país, que se parecem mais com *campos de concentração para pobres*, ou com empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do que com instituições judiciais servindo para alguma função penalógica – dissuasão, neutralização ou reinserção. O sistema penitenciário brasileiro acumula com efeito as taras das piores jaulas do Terceiro Mundo, mas levadas a uma escala digna do Primeiro Mundo, por sua dimensão e pela indiferença estudada dos políticos e do público: entumimento estarrecedor dos estabelecimentos, o que se traduz por condições de vida e de higiene abomináveis, caracterizadas pela falta de espaço, ar, luz e alimentação (nos distritos policiais, os detentos, frequentemente inocentes, são empilhados, meses e até anos a fio em completa ilegalidade, até oito em celas concebidas para uma única pessoa, como na Casa de Detenção de São Paulo, onde são reconhecidos pelo aspecto raquítico e tez amarelada, o que lhes vale o apelido de “amarelos”); negação de acesso à assistência jurídica e aos cuidados elementares de saúde, cujo resultado é a aceleração dramática da difusão da tuberculose e do vírus HIV entre as classes populares; violência pandêmica entre detentos, sob forma de maus-tratos, extorsões, sovas, estupros e assassinatos, em razão da superlotação superacentuada, da ausência de separação entre as diversas categorias de criminosos, da inatividade forçada (embora a lei estipule que todos os prisioneiros devam participar de programas de educação ou de formação) e das carências da supervisão¹⁰².

As “ações afirmativas carcerárias” existem, então, não apenas para trazer à tutela do Estado o isolamento das populações consideradas indesejadas, já que o isolamento proporcionado pelas favelas não tem cumprido satisfatoriamente o seu papel, mas também para manter o programa perverso de exclusão social, perpetuando tanto as desigualdades sociais quanto a criminalidade. Propaga-se o *habitus* do capitalismo: a necessidade de haver uma divisão social entre o alvo (o oprimido) e o beneficiário (o opressor) do sistema¹⁰³, isto é, entre classes ou camadas sociais, determinando, claramente, a existência de desigualdades sociais que serão determinantes para que se possa melhor identificar os rótulos, ou seja, aqueles indivíduos que estão sujeitos a um controle efetivo por parte do Estado e da própria sociedade e aqueles que estão sujeitos a um controle frouxo, quando há controle.

Esse arbitrário cultural capitalista é fortemente marcado pelo individualismo, que é uma característica do liberalismo clássico e que, embora tenha, teoricamente,

¹⁰² WACQUANT, Loïc. Obra citada, 2001, p. 11.

¹⁰³ WACQUANT, Loïc. Obra citada, 2001, p. 37.

cedido diante do socialismo¹⁰⁴, é característica forte na sociedade pós-moderna, ou, para utilizar a expressão de Zygmunt Bauman, na modernidade líquida. É esse *habitus* que, reproduzido desde sempre, contribui para criar o que Bauman chama de “refugo humano”, que nada mais é que um produto inevitável da modernidade¹⁰⁵.

Refugo é tudo aquilo que é dispensável, e, enquanto tal, rejeitado por ser inútil, indesejado, desnecessário. Refugo é, enfim, aquilo que vai para o lixo. No caso das formas de convívio entre os seres humanos, explica o professor polonês, o refugo são aqueles indivíduos que “não se ajustam à forma projetada nem podem ser ajustados a ela¹⁰⁶”. São seres humanos que por algum motivo, independentemente de sua clareza, são excluídos do convívio humano comum, não sendo abrangidos nem pelas leis positivas nem sendo portadores de direitos humanos¹⁰⁷. E cada vez mais a modernidade líquida aumenta a quantidade de refugo, de lixo humano, gerando um amplo contingente de pessoas indesejadas, uma superpopulação.

“Superpopulação” é uma ficção atuarial: um codinome para a parição de um número de pessoas que, em vez de ajudarem a economia a funcionar com tranquilidade, tornam muito mais difícil a obtenção, para não falar na elevação, dos índices pelos quais se mede e avalia o funcionamento adequado. A quantidade desses indivíduos parece crescer de maneira incontrolável, aumentando continuamente as despesas, mas não os ganhos. Numa sociedade de produtores, essas são as pessoas cuja mão de obra não pode ser empregada com utilidade, já que todos os bens que a demanda atual e futura é capaz de absorver podem ser produzidos – e produzidos com maior rapidez, maior lucratividade e de modo mais “econômico” – sem que elas sejam mantidas em seus empregos. Numa sociedade de consumidores, elas são os “consumidores falhos” – pessoas carentes do dinheiro que lhes permitiria ampliar a capacidade do mercado consumidor, e que criam um novo tipo de demanda a que a indústria de consumo, orientada para o lucro, não pode responder nem “colonizar” de maneira lucrativa. Os consumidores são os principais ativos da sociedade de consumo. Enquanto os consumidores falhos são os seus passivos mais irritantes e custosos¹⁰⁸.

Cria-se, portanto, cada vez mais um enorme contingente de lixo humano, decorrente da reprodução cada vez mais inconsciente de diversos *habitus* engrenados que se direcionam para um *habitus* maior que é a manutenção do sistema capitalista, que

¹⁰⁴ PINHEIRO FARO, Julio. Liberalismos políticos. *Revista dos Tribunais*, vol. 914. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 285-317, dez. 2011, p. 304.

¹⁰⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p. 12.

¹⁰⁶ BAUMAN, Zygmunt. Obra citada, 2005, p. 42.

¹⁰⁷ BAUMAN, Zygmunt. Obra citada, 2005, p. 44.

¹⁰⁸ BAUMAN, Zygmunt. Obra citada, 2005, p. 52-53.

influencia e determina diversos, senão todos os, setores da sociedade. Isso permite lembrar o tom melancólico com que Žižek aponta, ao defender o comunismo, que o capitalismo é que é revolucionário:

(...) Da tecnologia à ideologia, ele mudou toda a paisagem nas últimas décadas, enquanto os conservadores, assim como os sociais-democratas, em sua maioria, apenas reagiram a essas mudanças, tentando desesperadamente se agarrar às antigas conquistas¹⁰⁹.

Um movimento revolucionário que, invés de produzir uma sociedade melhor, tende a se aproximar do que Žižek chama de ponto zero apocalíptico, formado por quatro crises de expressão global, dentre elas o crescimento contínuo e explosivo das divisões e das exclusões sociais¹¹⁰. A ideia de refugio, não apenas humano, assume é assumida, então, junto com a ideia de “reciclagem”: reutiliza-se todo lixo¹¹¹, ainda que de uma forma perversa (embora sempre voltada ou sempre alegada para a manutenção do sistema).

Assim, são criadas pessoas ou classes redundantes, tanto dentro da sociedade – o que explica a existência de favelas, de um lado, e de condomínios fechados murados e sob um enorme aparato de segurança pessoal, de outro lado – quanto fora dela – como, por exemplo, políticas de controle de imigrações e de entrada de estrangeiros –, assim como à margem dela, quando os indivíduos são, literalmente, jogados no lixo, ou, para utilizar uma situação concreta, presos em contêineres, em celas metálicas que fazem as vezes de penitenciárias em Estados que se declaram e que se afirmam democráticos de direito e de direitos. Como afirma Bauman,

A proximidade imediata de amplas e crescentes aglomerações de “pessoas refugadas”, que tendem a ser duradouras e permanentes, exige políticas segregacionistas mais estritas e medidas de segurança extraordinárias para que a “saúde da sociedade” e o “funcionamento normal” do sistema social não sejam ameaçados. As notórias tarefas de “administração da tensão” e “manutenção do padrão”, que, segundo Talcott Parsons, todo sistema precisa desempenhar a fim de sobreviver, hoje se resumem quase totalmente em separar de modo estrito o “refugio humano” do restante da sociedade, excluí-lo do arcabouço jurídico em que se conduzem as atividades dos demais e “neutralizá-lo”. O “refugio humano” não pode mais ser removido para depósitos de lixo distantes e fixado firmemente fora dos

¹⁰⁹ ŽIŽEK, Slavoj. *Vivendo no fim dos tempos*. Trad. Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2012, p. 305.

¹¹⁰ ŽIŽEK, Slavoj. Obra citada, 2012, p. 11-12.

¹¹¹ ŽIŽEK, Slavoj. Obra citada, 2012, p. 48.

limites da “vida normal”. Precisa, assim, ser lacrado em contêineres fechados com rigor¹¹².

Trancar seres humanos em contêineres lacrados significa, nessa ordem de coisas, enjaulá-los como se fossem animais. Mas, ao contrário dos animais enjaulados em um zoológico, nas penitenciárias não há o entretenimento de se ver uma fauna exótica ou rara, o que há é um depósito definitivo de seres humanos vivos, porém tratados como se fossem lixo, sujeitos às piores e inimagináveis condições de vida, doenças, infecções e torturas, psicológicas e físicas. Trata-se do *homo sacer*, um modelo ideal-típico, construído por Agamben, de pessoa excluída da jurisdição humana, um ser humano cuja vida, da perspectiva humana ou divina, não tem qualquer valor¹¹³. Um claro refugio da sociedade líquida, diria Bauman.

O *homo sacer*, vai dizer Žižek, não é propriamente um indivíduo ou um grupo deles, e sim uma maneira de tratar os seres humanos, como resume o filósofo esloveno: “no nível da lei, somos tratados como cidadãos, sujeitos legais; no nível de seu complemento obscuro, do superego, dessa lei incondicional vazia, somos tratados como *homo sacer*¹¹⁴”. Assim, ser tratado como *homo sacer* é como retornar a um estado de natureza – uma situação em que vale a lei do mais forte, em que cada indivíduo está por si e se não tiver força suficiente sucumbirá diante do mais forte. Logo, vai dizer Žižek, todos são potencialmente excluídos, já que estão sujeitos às opções políticas¹¹⁵, ou seja (e Žižek afirma isso com base em Kant):

(...) o status legal de um mesmo ato muda com o tempo. Aquilo que é crime sujeito a punição durante a rebelião torna-se o oposto – ou melhor, simplesmente desaparece como mediador evanescente que cancela/apaga retroativamente a si mesmo em seu resultado – depois que a nova ordem legal é estabelecida. O mesmo se aplica ao princípio, ao surgimento da ordem legal a partir do violento “estado de natureza” – Kant sabe muito bem que não há momento histórico do “contrato social”: a unidade e a lei da sociedade civil se impõem ao povo por um ato de violência cujo agente não é motivado por considerações morais (...)¹¹⁶.

Trata-se do que Žižek chama, inspirado em Giorgio Agamben, de biopolítica. O ser humano (qualquer ser humano) é objeto da biopolítica, em que os “possíveis direitos políticos e de cidadania nos são concedidos como um gesto secundário, segundo

¹¹² BAUMAN, Zygmunt. Obra citada, 2005, p. 107.

¹¹³ BAUMAN, Zygmunt. Obra citada, 2005, p. 44.

¹¹⁴ ŽIŽEK, Slavoj. Obra citada, 2012, p. 113.

¹¹⁵ ŽIŽEK, Slavoj. Obra citada, 2012, p. 113.

¹¹⁶ ŽIŽEK, Slavoj. Obra citada, 2012, p. 45.

considerações estratégicas biopolíticas¹¹⁷”. Daí afirmar o filósofo esloveno que para o filósofo italiano “o *homo sacer* é a ‘verdade’ de todos nós, e representa a posição zero de todos nós¹¹⁸”. Cada indivíduo tem, em si, o potencial (ditado pelos jogos da política, ou da biopolítica) de revelar o seu lado *homo sacer*, de indesejado, de refugio, de inimigo do sistema, e que será trancado em um contêineres (abstrato ou real).

O sistema penal fornece esses contêineres. No sucinto e preciso resumo de David Garland sobre a transformação atual, as prisões, que, na era da reciclagem, “funcionavam como a extremidade do setor correccional”, hoje são “concebidas de modo muito mais explícito como um mecanismo de exclusão e controle”. São os muros, e não o que acontece dentro deles, que “agora são vistos como o elemento mais importante e valioso da instituição”. Na melhor das hipóteses, a intenção de “reabilitar”, “reformatar”, “reeducar” e devolver a ovelha desgarrada do rebanho é ocasionalmente louvada da boca para fora – e, quando isso acontece, se contrapõe ao coro raivoso clamando por sangue, com os principais tabloides no papel de maestros e a liderança política fazendo todos os solos. De forma explícita, o principal e talvez único propósito das prisões não é ser apenas um depósito de lixo qualquer, mas o depósito final, definitivo. Uma vez rejeitado, sempre rejeitado. Para um ex-presidiário sob condicional ou *sursis*, retornar à sociedade é quase impossível, mas é quase certo retornar à prisão. Em vez de orientar e facilitar o caminho ‘de volta à comunidade’ para presidiários que cumpriram sua pena, a função dos agentes da condicional é manter a comunidade a salvo do perigo perpétuo temporariamente à solta. “Os interesses dos delinquentes condenados, quando chegam a ser considerados, são vistos como opostos aos interesses do público”¹¹⁹.

Cria-se, assim, uma horda de seres humanos que, em decorrência da naturalização de um *habitus* dominante, são vistos como o cancro da sociedade, como o motivo pelo qual a sociedade não se desenvolve nem progride. O belo discurso contido nas leis e na Constituição, gravando-se, portanto, como um direito ou uma garantia humana fundamental (art. 5º, XLIX, CF/88), de que o preso conservará todos os seus direitos não atingidos pela perda da liberdade, devendo as autoridades respeitar tanto sua integridade física quanto moral, parece, ou, melhor, fica na abstrata e fria letra da lei, contrastando com a cruel e fria (ou quente, por conta do sangue jorrado) realidade dos presídios brasileiros. Se há alguma matéria em que a Constituição brasileira de 1988 se revele contundentemente programática, esse lugar é o conjunto de políticas públicas criminais e penitenciárias de promoção e de proteção da dignidade humana dos apenados e de respeito aos seus direitos. Estabelecer a garantia fundamental (art. 5º, XLVII, e, CF/88) de que não haverá

¹¹⁷ ŽIŽEK, Slavoj. Obra citada, 2012, p. 113.

¹¹⁸ ŽIŽEK, Slavoj. Obra citada, 2012, p. 113.

¹¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. Obra citada, 2005, p. 107-108.

penas cruéis e permitir que indivíduos sejam trancados em celas-contêineres ou submetidos a condições degradantes é uma clara contradição dentro de um Estado que se autodeclara democrático e de direito.

A ideia moderna de que as penas têm caráter reprovatório e preventivo, conduzindo o apenado a se reintegrar à sociedade, sempre foi apenas um discurso bonito para justificar o enjaulamento de seres humanos. Bauman aponta que Donald Clemmer, sozinho, e Lloyd W. McCorkle e Richard R. Korn, em parceria, em estudos empíricos realizados na primeira metade do século XX, destacaram que os verdadeiros efeitos do encarceramento não eram reeducar e reabilitar, como se teorizava e se argumentava publicamente, e sim aplicar um *habitus* específico, a que eles chamaram de “cultura de prisão” ou de “escola do crime”, e que funciona a partir do seguinte mecanismo: a prisão funciona como um *locus* de rejeição simbólica – ou, nos termos de Bourdieu, de rejeição pelo exercício de um poder de violência simbólica – e de exclusão física (social), o que tem por objetivo fazer com que o indivíduo indesejado (o refugio humano ou *homo sacer*) aceite sua situação; naturalizado esse arbitrário cultural no indivíduo preso, ele é levado, embora não seja a única opção, muitas vezes a construir uma estratégia de defesa: rejeitar quem o rejeita, ou seja, a criar um sentimento antissocial, o que é fundamental para que, depois de cumprida a sua pena, saia da prisão e volte a praticar crimes¹²⁰.

Como bem observa Bauman, embora as prisões tenham surgido com o propósito de serem casas de correção para disciplinar os apenados¹²¹, desde a sua criação até hoje os pesquisadores e especialistas ainda muito discutem se elas preencheram, efetivamente, alguma vez, o seu propósito, publicamente declarado, de reabilitar os internos para o convívio social; ao contrário, os especialistas afirmam quase que em tom unânime que as condições endêmicas inerentes a esses estabelecimentos laboram contra o propósito reabilitador¹²².

Assim, não se pode ser romântico a ponto de afirmar que “as prisões, como tantas outras instituições sociais, passaram da tarefa de reciclagem para a de depósito de

¹²⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 134-135.

¹²¹ BAUMAN, Zygmunt. Obra citada, 1999, p. 116-117.

¹²² BAUMAN, Zygmunt. Obra citada, 1999, p. 118.

lixo¹²³". Na verdade, essa mudança de tarefa nunca existiu, desde o surgimento das prisões a ideia foi a de isolar o *homo sacer*, o indesejado, o redundante, o refugo, o lixo humano, e reciclá-lo de uma maneira perversa (para a manutenção do sistema). E a história da humanidade dá exemplos de que as prisões, em seus mais variados tipos e estilos, serviram exclusivamente para excluir da convivência social pessoas que pudessem ou possam de alguma forma questionar o *habitus* dominante e abrir os olhos dos demais para a falácia de dogmas arbitrariamente implantados na cultura social. Um primeiro exemplo é dado pela Santa Inquisição, que via nos hereges (os mouros, os homossexuais, os deficientes, alguns filósofos e cientistas, entre outros) inimigos a serem eliminados, e normalmente eram queimados em fogueiras; bem assim, os judeus, presos políticos e homossexuais que, durante a Segunda Guerra, foram isolados pelos nazistas em campos de concentração, sendo vistos também como inimigos e tendo a mesma destinação, serem eliminados nas câmaras de gás ou nos fuzilamentos em massa. E o mais interessante, os dois casos foram buscar a sua justificativa e legitimidade na lei, divina ou positiva, e no *habitus* predominante.

A Justiça penal e as penitenciárias têm a mesma função, *mutatis mutandis*, dos tribunais da Santa Inquisição e suas fogueiras e dos campos de concentração e suas câmaras de gás: confinar o inimigo, isolando-o, a fim de que não conspurque a sociedade humana "saudável", até que estejam aptos a colaborar com ela, de uma forma ou de outra. Assim, faz sentido a observação de Bauman sobre o papel das prisões na atualidade de que, diante de uma modernidade cada vez mais líquida, se reciclar o lixo não traz lucros, o melhor é acelerar tanto a biodegradação quanto a decomposição do preso por meio do seu isolamento do habitat humano normal¹²⁴. Isso confirma, ainda segundo Bauman, que a punição pelo encarceramento visa neutralizar o contágio da sociedade pelo lixo humano, o que torna a prisão um mecanismo de perpetuação da exclusão social¹²⁵, que, no fim das contas, é uma forma de manter o sistema capitalista. O capitalismo é naturalmente um sistema de exclusão social, ou, como afirma Slavoj Žižek, "Só no capitalismo a exploração é 'naturalizada', inscrita no funcionamento da economia, e não o resultado da pressão

¹²³ BAUMAN, Zygmunt. Obra citada, 2005, p. 108.

¹²⁴ BAUMAN, Zygmunt. Obra citada, 2005, p. 108.

¹²⁵ BAUMAN, Zygmunt. Obra citada, 1999, p. 122, 123 e 130.

e da violência extraeconômicas¹²⁶”. E é aí que se posiciona fortemente o seu *habitus* próprio: o capitalismo não decorre da violência explícita, e sim da violência a partir do poder, ou, utilizando a célebre expressão de Bourdieu, de um poder de violência simbólica. Nesse sentido,

(...) é fundamental distinguir poder de *violência*: o poder é psicológico, uma força moral que faz as pessoas quererem obedecer, enquanto a violência impõe a obediência por meio da coação física. Os que empregam a violência podem impor temporariamente sua vontade, mas seu comando é sempre tênue, porque, quando a violência acaba ou a ameaça diminui, há ainda menos incentivo para obedecer às autoridades. O controle pela violência exige vigilância constante. Violência de menos é ineficaz; violência demais gera revolta. A violência pode destruir o poder antigo, mas nunca poderá criar a autoridade que legitima o poder novo. Portanto, a violência é a base mais fraca possível para a construção de um governo. A violência é a arma preferida do impotente: em geral, os que não têm muito poder tentam controlar ou influenciar os outros usando a violência. Esta raramente cria poder¹²⁷.

O capitalismo só se mantém, então, se houver exclusão social, pois esta equilibra (de maneira perversa, é claro) todo o sistema. E a exclusão só é mantida porque há por detrás dela um *habitus* fortemente arraigado de que ela é necessária, já que a manutenção de um *status quo* só é possível, quando as pessoas, consciente ou inconscientemente, por ela se interessam.

Devemos sempre ter em mente a lição tão claramente elaborada por La Boétie no tratado sobre *la servitude volontaire* [a servidão voluntária]: o poder (a subordinação de muitos a um) não é um estado de coisas objetivo que persiste, mesmo que o ignoremos; ele é algo que só persiste com a participação de seus sujeitos, se for ativamente auxiliado e mantido em funcionamento por eles. O que devemos evitar aqui é a difícil situação da bela alma, descrita por Hegel: o sujeito que lamenta e protesta o tempo todo contra o destino, mas não vê que participa ativamente do estado de coisas que deplora. Não obedecemos ao poder nem o tememos por ser em si tão poderoso; ao contrário, o poder parece poderoso porque assim o tratamos¹²⁸.

Žižek aponta muito bem como a oposição dialética entre exclusão e inclusão social faz-se necessária numa sociedade capitalista: no final do século XX, com mais força na primeira década do século XXI, nota-se “uma mobilização cada vez maior de motivos ideológicos-sociais¹²⁹”, baseada na participação em “um movimento coletivo

¹²⁶ ŽIŽEK, Slavoj. Obra citada, 2012, p. 166.

¹²⁷ ŽIŽEK, Slavoj. Obra citada, 2012, p. 277-278.

¹²⁸ ŽIŽEK, Slavoj. Obra citada, 2012, p. 287.

¹²⁹ ŽIŽEK, Slavoj. Obra citada, 2012, p. 248.

maior, de cuidar da natureza e do bem-estar dos doentes, dos pobres e dos necessitados, de fazer algo por eles¹³⁰. Žižek chama isso, com clara ironia, de “capitalismo ético”, e traz como exemplo exemplo disso a Toms Shoes:

O lema “Um por um” é a chave que revela o mecanismo ideológico que sustenta a Toms Shoes: a própria relação entre consumismo egoísta e caridade altruísta torna-se uma relação de troca, isto é, o pecado do consumismo (comprar um novo par de sapatos) é pago e apagado pelo fato de sabermos que alguém que realmente precisa ganhou um par de sapatos de graça¹³¹.

Portanto, a exclusão da exclusão social significaria, na ordem capitalista, sua própria ruína, de modo que ou o processo de exclusão é contínuo ou o capitalismo tenderá a sucumbir. Esse processo contínuo de exclusão social, como destaca Jock Young, fortaleceu-se nas décadas de 1980 e 1990 e decorre “das tentativas de controlar a criminalidade resultante das circunstâncias transformadas e da natureza excludente do próprio comportamento antissocial¹³²”. Trata-se de observação equivalente àquela feita por Bauman, com base dos trabalhos de Donald Clemmer e de Lloyd W. McCorkle e Richard R. Korn, sobre o fato de as prisões nunca terem atingido sua meta alegada de reabilitação social, mas de naturalização arbitrária nos apenados de um *habitus* que os direciona a tomar consciência de sua situação de indesejados e a rejeitarem quem os rejeita, assumindo o mesmo traço da sociedade que os trata como refúgio humano: o individualismo. Trata-se do paradoxo do individualismo, nos moldes a que se refere Jock Young¹³³.

De um lado há indivíduos que comandam uma sociedade que exclui, porque ávidos por sua segurança pessoal. Essa sociedade, ao legitimar os processos de exclusão, especialmente mediante o encarceramento, como mecanismos de eliminação do lixo humano, cria algo que ela própria se propõe a combater: a crescente criminalidade que ameaça a segurança de seus membros. Ou seja, de outro lado, o produto dos processos de exclusão – no caso, os presos – são confinados em estabelecimentos que não os reabilitam para a vida social, e sim que os habilitam para a vida contra a

¹³⁰ ŽIŽEK, Slavoj. Obra citada, 2012, p. 248.

¹³¹ ŽIŽEK, Slavoj. Obra citada, 2012, p. 248.

¹³² YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 22-23.

¹³³ YOUNG, Jock. Obra citada, 2002, p. 30.

sociedade. Dito de outra maneira, a sociedade cria a criminalidade, bem como a sua própria necessidade de combatê-la. Escreve o criminólogo britânico:

(...) Subculturas estão frequentemente em colisão: a diversidade pode obstar a diversidade. A insatisfação face à situação social, a frustração de aspirações e o desejo podem dar lugar a uma variedade de respostas políticas, religiosas e culturais capazes de abrir possibilidades para os imediatamente concernidos, mas também podem, frequentemente de propósito, fechar e restringir as possibilidades de outros. Também podem criar respostas criminais, e estas encerram muito frequentemente a característica de restringir terceiros¹³⁴.

E continua, no sentido de demonstrar como os excluídos acabam por aderir ao jogo da exclusão, que, baseado na cultura do controle, resulta no aumento das taxas de criminalidade¹³⁵, Jock Young:

(...) os excluídos criam divisões entre eles mesmos, com frequência sobre bases étnicas, muitas vezes quanto à parte da cidade em que se mora, ou, mais prosaicamente (ainda que para alguns profundamente), para que time de futebol se torce. É muito importante observar (...) que isso cria problemas de segurança e tranquilidade para outros membros da comunidade, particularmente mulheres. Eles são excluídos, criam uma identidade que é rejeitadora e excludente, excluem outros mediante agressão e dispensa, e são, por sua vez, excluídos e dispensados por outros, sejam diretores de escola, seguranças de *shoppings* ou supermercados, cidadãos “honestos” ou o policial em sua ronda. A *dialética da exclusão* está em curso, uma amplificação do desvio que acentua progressivamente a marginalidade, num processo pírrico que envolve tanto a sociedade mais ampla como, crucialmente, seus próprios atores, os quais, na melhor hipótese, se metem na armadilha de uma série de empregos sem nenhuma perspectiva, ou, na pior, de uma subclasse de ociosidade e desespero¹³⁶.

Argumenta-se, junto com Young e com Žižek, e mesmo com Bauman e Wacquant, que a criminologia pautada na lógica capitalista-individualista está em crise, e isso, no fim das contas, representa a crise da modernidade líquida na qual atualmente se vive. Cada vez mais há uma maior número de pessoas rotuladas como indesejadas (*homo sacer*, refugo humano) na sociedade porque vistas como obstáculos ao desenvolvimento econômico e ao progresso social. Um aumento desse número representa a necessidade de maior e mais rígido controle social, o que contribui cada vez mais para tornar mais difícil a obtenção de segurança. Ora, é muito fácil criticar o sistema quando a crítica parte de quem o retroalimentado, a partir da manutenção de um *habitus* que a sociedade não se interessa em mudar, e nem

¹³⁴ YOUNG, Jock. Obra citada, 2002, p. 30.

¹³⁵ YOUNG, Jock. Obra citada, 2002, p. 37.

¹³⁶ YOUNG, Jock. Obra citada, 2002, p. 31.

mesmo criticar; ou, como afirma Bauman na introdução de seu livro *Globalização: as consequências humanas*, baseando-se em Cornelius Castoriadis:

(...) o problema da condição contemporânea de nossa civilização moderna é que ela parou de questionar-se. Não formular certas questões é extremamente perigoso, mais do que deixar de responder às questões que já figuram na agenda oficial; ao passo que responder o tipo errado de questões com frequência ajuda a desviar os olhos das questões realmente importantes. O preço do silêncio é pago na dura moeda corrente do sofrimento humano. Fazer as perguntas certas constitui, afinal, toda a diferença entre sina e destino, entre andar à deriva e viajar. Questionar as premissas supostamente inquestionáveis do nosso modo de vida é provavelmente o serviço mais urgente que devemos prestar aos nossos companheiros humanos e a nós mesmos¹³⁷.

No entanto, a sociedade tem se mostrado cada vez mais apática, menos coesa e, por assim dizer, mais individualista. O individualismo, ao criar um ambiente propício para a criminalidade, fortalece-se e promove o etiquetamento (*labeling*) das pessoas como *homo sacer* (Agamben), refugo humano (Bauman), indesejados, ou mesmo inimigos. Trazendo essa perspectiva de análise até aqui construída para o caso brasileiro (e capixaba), tem-se que a manutenção do sistema penitenciário do jeito que está é uma demanda interna da própria sociedade capitalista, que precisa de um *locus* em que sejam “depositados” todos aqueles indivíduos que a biopolítica entendeu ou determinou que não deveriam fazer parte (oficialmente) da sociedade (embora a ela sejam necessários como contraponto). Além disso, o próprio CNPCP tem uma atuação repressiva, enquanto deveria atuar preventivamente, ou seja, o órgão nacional responsável pelas políticas públicas criminais e penitenciárias só enfrenta o problema quando o caos já se instaurou – e isso atesta a perversidade do sistema.

2.3 O CONTROLE SOCIAL DOS INDESEJADOS

Essa perversidade é ainda mais clara quando se verifica que, pelas funções que o CNPCP desempenha e pelo modo por meio do qual ele atua, trata-se, atualmente, de um órgão muito mais desnecessário que necessário dentro da estrutura penal brasileira. Mas isso só é verdade caso se esteja criticando o sistema, já que para a

¹³⁷ BAUMAN, Zygmunt. Obra citada, 1999, p. 11.

sua manutenção, o CNPCP, exatamente nos moldes que atualmente existe, é um órgão altamente necessário para a manutenção da perversidade do sistema penal – ele aparece quando a situação está insustentável, para mostrar serviço e, tão logo a questão esfrie, desaparecer para ressurgir quando ela se tornar quente outra vez. E isso é para aquilo que Bauman chama de modernidade líquida: a sociedade se condói com a situação de indignidade a que os presos estão submetidos apenas quando a mídia ou, mais atualmente, e de maneira ainda mais volátil, as redes sociais põem em destaque a falta de condições das penitenciárias e o desrespeito aos direitos fundamentais dos apenados; quando a notícia ou a revolta (instantânea e casual) se torna desinteressante, o esforço pela melhoria tende a se aproximar do zero.

Vive-se o que pode ser chamado de uma dupla crise: a da etiologia (das causas da criminalidade) e a da penalidade (da punição ou do tratamento da criminalidade). É, no fundo, a crise do controle: quem controlar, por que controlar e como controlar. E, diante dessa crise, colocam-se ao menos dois tipos de questão. A primeira tem a ver com duas características próprias do atual sistema capitalista: o individualismo e a meritocracia. Nesse sentido, Jock Young questiona como manter uma sociedade baseada no individualismo (interesse na satisfação das necessidades dos próprios indivíduos, sem olhar para outro) e na meritocracia (distribuição das recompensas de acordo com o mérito individual) se manter coesa e diminuir as desigualdades?¹³⁸ A segunda diz respeito à configuração do Estado como democrático de direito e de direitos, em que a segurança de seus próprios cidadãos perante a criminalidade cada vez mais aguda é propiciada com um controle cada vez mais amplo da sociedade, alargando cada vez mais a faixa da população sob supervisão penal, ao que questiona Young: que tipo de contrato social é esse em que o Estado coloca-se como o “indivíduo” mais forte do elo e coage todo o resto a um controle social cada vez maior, como se houvesse um estado de natureza dentro de um Estado “civilizado”?¹³⁹

As respostas a esses dois questionamentos parecem estar na análise de como é feito o controle social na sociedade de modernidade líquida. Recuperando-se a lição

¹³⁸ YOUNG, Jock. Obra citada, 2002, p. 60-61.

¹³⁹ YOUNG, Jock. Obra citada, 2002, p. 56-57.

de Bauman de que a “superpopulação” é um codinome para indicar a existência do refugio humano ou, como prefere denominar Žižek com base em Agamben, do *homo sacer*. A “superpopulação” de indesejados é uma ficção atuarial, isto é, baseada nos riscos que esses indivíduos podem gerar para a sociedade, quando dela participam de maneira direta ou oficial – isso porque já se deixou claro que a existência dessa ficção é necessária para a manutenção do sistema e que os indesejados participam não oficialmente. Nesse sentido, Young afirma que atuarialismo e controle social têm uma íntima relação:

O atuarialismo é um motivo principal do controle social na sociedade moderna recente. Isto envolve (...) uma transição em que há mais preocupação com minimização do que com justiça, em que as causas de crimes e desvios não são vistas como indícios vitais para a solução do problema da criminalidade. A postura atuarial calcula riscos, é cautelosa e probabilística, e não se preocupa com causas mas com probabilidades, não com justiça mas com minimização de danos, não busca livrar o mundo da criminalidade, mas um mundo em que tenham sido postas em prática as melhores rotinas de limitação de perdas; não uma utopia mas uma série de paraísos murados num mundo hostil. A postura atuarial reflete o fato de os riscos terem aumentado tanto para os indivíduos como para as coletividades, a criminalidade ter se tornado uma parte normalizada da vida cotidiana, o transgressor parecer estar em toda a parte, nas ruas e no alto escalão, nas partes pobres da cidade mas também nas instituições estabelecidas para reabilitar e proteger, no mundo público dos encontros com estranhos mas também no seio da família, nas relações entre marido e mulher, pais e filhos¹⁴⁰.

Portanto, o controle social é decorrência de uma postura em que se prefere muito mais calcular riscos, lançar estimativas, demonstrar probabilidades e minimizar os danos, do que enfrentar as causas da criminalidade (crise etiológica). Decorre disso a conclusão aqui já adiantada (com base em Bourdieu, Wacquant, Bauman, Žižek e no próprio Young) de que não é interessante para a manutenção do Estado nem do sistema que a exclusão social (criação de refugio humano, de *homo sacer*) ou que a desigualdade social sejam extirpadas, nem mesmo que a criminalidade o seja; o que se procura fazer, e como bem demonstram Žižek e Young, é que no combate às causas da criminalidade sejam implantadas as melhores políticas públicas ou talvez os melhores procedimentos de redução de riscos. Limitam-se as perdas, reduzem-se os danos, controla-se a criminalidade, não se preocupa com suas efetivas causas, nem com a maneira como ela será enfrentada (crise da penalidade). Nesse sentido, é pertinente o apontamento de Garland de que “As possibilidades de reabilitação

¹⁴⁰ YOUNG, Jock. Obra citada, 2002, p. 105.

das medidas da justiça criminal são rotineiramente subordinadas a outros objetivos penais, especialmente a retribuição, a neutralização e o gerenciamento de riscos¹⁴¹.

Dito com outras palavras: preocupa-se apenas em fazer o controle social. David Garland, ao discorrer sobre a cultura do controle social, destaca que é muito comum, na atualidade que os cidadãos razoavelmente informados concordem que a vigilância estatal é um componente inexorável das políticas criminais e de controle da criminalidade contemporâneas¹⁴². E não se pense que o Estado é o único a fazer esse tipo de controle. O *habitus* do controle social instaura a cultura de que fala Garland a partir das instituições que formam o sistema – tanto instituições públicas quanto instituições privadas: “Devemos ter em mente, portanto, que o campo do controle do crime envolve tanto as atividades oficiais de ordenamento social como as atividades de atores e agências privadas, nas práticas e rotinas ordinárias¹⁴³”.

A propagação, isto é, a reprodução e a manutenção do *habitus* depende de que todo o sistema trabalhe em prol dele. O sistema capitalista que alimenta o mecanismo penal-penitenciário de controle social trabalha exatamente com o arbitrário cultural naturalizado na sociedade pelas diversas instâncias e instituições de controle de que é preciso haver exclusão para haver inclusão. Diante disso é que Jock Young afirma que “o crime ocorre quando há inclusão social e exclusão estrutural. (...) o crime não é resultado de uma falta de cultura, mas da adesão a uma cultura de sucesso e individualismo¹⁴⁴”, ou seja, origina-se em um *habitus* específico, reproduzindo-o, de modo que “o mal-estar nas sociedades da modernidade recente não é produto de simples exclusão, mas um processo bulímico de inclusão e exclusão¹⁴⁵”. O Estado (e o sistema) se preocupa cada vez mais com a manutenção e com o controle da ordem, mas não com a recuperação da ordem e da harmonia sociais. A diferença é sutil, mas existe: o Estado quer controlar riscos, reduzir danos, e não reduzir a criminalidade – a preocupação é como controlar, não quais são as causas da criminalidade e por que aplicar determinadas penas. Daí a dupla crise apontada por Young, a da etiologia e a da penalidade.

¹⁴¹ GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2008, p. 51.

¹⁴² GARLAND, David. Obra citada, 2008, p. 41.

¹⁴³ GARLAND, David. Obra citada, 2008, p. 48.

¹⁴⁴ YOUNG, Jock. Obra citada, 2002, p. 125.

¹⁴⁵ YOUNG, Jock. Obra citada, 2002, p. 126.

A falácia cosmética concebe a criminalidade como um problema superficial da sociedade, tópico, que pode ser tratado com aplicação do unguento apropriado, e não como uma doença crônica da sociedade como um todo. Esta atitude engendra uma criminologia cosmética, que vê a criminalidade como uma mancha passível de ser removida do corpo com o tratamento adequado, pois, sem ela, esse corpo é saudável e tem pouca necessidade de reconstrução. Esta criminologia se *distancia* das instituições nucleares e profere soluções técnicas, segmentárias. Por isto, ela inverte a causalidade: a criminalidade causa problemas para a sociedade, em vez de a sociedade causar o problema da criminalidade¹⁴⁶.

Assim, se a criminalidade é tratada como a causa dos problemas sociais, controla-se a sociedade, ampliando cada vez mais o leque de indivíduos e grupos controlados, como maneira de demonstrar uma preocupação com o controle da criminalidade – quando, na verdade, o que há é o simples isolamento do *homo sacer*, que, invés de ser reeducado para ressocializar-se, é transportado para um *locus* responsável por manter o *status quo* e por reproduzir o *habitus*: o sistema penitenciário, que nada mais vai fazer senão alimentar a necessidade de um controle social maior. Young afirma, então, que o *locus* das causas da criminalidade são “as forças sociais mais amplas de privação econômica, racismo e outras formas de injustiça social¹⁴⁷”. Dito de outra maneira, o controle social cada vez mais repressivo, sob o argumento de uma maior garantia de segurança, tem resultado no aumento da criminalidade. É que a “criminalidade não é apenas questão de controle, mas de controle e de motivação¹⁴⁸”, e essa motivação pode vir dos mais variados lugares (família, gueto, favela, cárcere, escola, igreja etc.).

O argumento do Estado para o aumento da criminalidade é que se há motivação e se há controle e ainda assim existe criminalidade, então é porque há um controle inadequado¹⁴⁹. O problema é que são as próprias instituições que afrouxam esse controle (em geral para situações ou pessoas/grupos específicos), e em momentos (normalmente) de forte clamor público recrudescem o controle. Assim como são também as próprias instituições (por exemplo, o CNPCP) que verificam haver uma violação a direitos fundamentais dos apenados quando há uma forte movimentação pública, mas não atuam preventivamente, como se fosse efetivamente verdade que

¹⁴⁶ YOUNG, Jock. Obra citada, 2002, p. 191.

¹⁴⁷ YOUNG, Jock. Obra citada, 2002, p. 225.

¹⁴⁸ YOUNG, Jock. Obra citada, 2002, p. 228.

¹⁴⁹ GARLAND, David. Obra citada, 2008, p. 61.

o Estado trabalha sobre a oposição dialética entre exclusão (violação de direitos) e inclusão (respeito aos direitos) para justificar políticas públicas de controle social, ou, para utilizar a inteligente expressão de Wacquant, “ações afirmativas carcerárias”.

A atuação do Estado, ou, para ser mais abrangente e incluir as instituições públicas e privadas de controle, a atuação do sistema sempre deteve seu foco na punição reativa (retributiva), em detrimento da prevenção da criminalidade¹⁵⁰. Isso gerou um sistema altamente concentrado no encarceramento, utilizado como uma verdadeira ação afirmativa repressiva voltada para negros, pobres e minorias¹⁵¹. A modernidade líquida que caracteriza a sociedade atual funda-se, no plano penal-penitenciário, em uma cultura dupla do controle e do encarceramento, decorrente das mudanças sociais, econômicas e culturais por que passou a sociedade, inclusive a brasileira, nas duas últimas décadas do século XX.

Um dos efeitos dessas mudanças “foi o de concentrar os pobres e as minorias em áreas distantes, longe da cidade e carentes dos serviços básicos¹⁵²”, como ocorre, por exemplo, no caso dos guetos e das favelas, em que as moradias são precárias, a rede de transporte público é deficitária, o acesso ao saneamento básico é muitas vezes inexistente, a energia elétrica é normalmente obtida de maneira clandestina, as oportunidades de trabalho são de baixa remuneração e envolvem algum tipo de risco para o trabalhador, dentre outros fatores. Além da institucionalização de guetos e favelas, como locais de clara naturalização de um *habitus* baseado na exclusão pela segregação, também foram institucionalizadas, para utilizar uma expressão de Teresa do Rio Caldeira, “cidades de muros¹⁵³”, o que é um eufemismo para feudos, em resposta à expansão das favelas, que cresceram e tenderam a se tornar vizinhas dos bairros de classes média-alta e alta. Diante disso, transferiu-se para as prisões a função que não foi bem cumprida pelas favelas de isolar o *homo sacer*.

¹⁵⁰ GARLAND, David. Obra citada, 2008, p. 111.

¹⁵¹ GARLAND, David. Obra citada, 2008, p. 146.

¹⁵² GARLAND, David. Obra citada, 2008, p. 195.

¹⁵³ CALDEIRA, Teresa P. do Rio. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Editora 34, 2000. Resenhas sobre o livro: AUGUSTO, Maria Helena Oliva. Segregação social e violência urbana. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 17, n. 48, p. 216-222, fev. 2002; ALVES, André Moraes. Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo. *Maná*, vol. 8, n. 1, p. 213-240, 2002.

Ademais, as mudanças das últimas décadas do século XX trouxeram o *boom* do consumo, criando o que se convencionou denominar de sociedade de consumo, que é altamente includente-excludente. Includente porque permite que aquelas pessoas que tenham condições financeiro-econômicas de adquirir determinados produtos os comprem, agindo, assim, como consumidores (adquirentes) de produtos e serviços, e como objeto (mercadorias) de consumo, já que os produtores e os prestadores de serviços precisam captar clientes para vender seus bens de consumo¹⁵⁴. Excludente porque quem não possui condições financeiro-econômicas de participar desse jogo como consumidor/mercadoria é automaticamente excluído da participação nessa nova configuração social – sendo visto como indesejado porque não contribui de modo direto para manter o sistema, fazendo o capital e as marcas circularem, mas de modo indireto, já que criam o contraponto. Aqui há, portanto, um processo de exclusão igual há quando se criam favelas ou guetos, porém a exclusão aqui talvez por ser de certa maneira mais silenciosa é também mais danosa.

Rotulam-se, assim, seres humanos ou grupos de indivíduos, e transmite-se pelo *habitus* que eles são a causa da criminalidade cada vez mais crescente. Ante isso, as ações afirmativas ou políticas públicas carcerárias são (quase, senão) todas elas voltadas para um disciplinamento concentrado nesses grupos rotulados. Isso gera a constatação de que as propostas políticas, não apenas as das últimas décadas do século XX como também as das duas primeiras décadas do século XXI, atendem a uma necessidade de mais controle social que não se dirige a todos, e sim a grupos particulares ou a condutas específicas, segregando os setores da população que pudessem trazer algum risco¹⁵⁵.

Por trás destas políticas e práticas contraditórias, existem enquadramentos criminológicos diametralmente opostos entre si, em aspectos cruciais. Existe uma *criminologia do Eu*, que caracteriza o criminoso como consumidores normais, racionais, assim como nós; e existe uma *criminologia do Outro*, do excluído ameaçador, do estranho, do marginalizado, do revoltado. Uma é invocada para banalizar o crime, para mitigar os medos desproporcionais e para promover ação preventiva. A outra funciona para demonizar o criminoso, para expressar simbolicamente os medos e ressentimentos populares e para promover apoio ao poder punitivo estatal¹⁵⁶.

¹⁵⁴ BAUMAN, Zygmunt. Obra citada, 2005, p. 151-152.

¹⁵⁵ GARLAND, David. Obra citada, 2008, p. 217 e 221.

¹⁵⁶ GARLAND, David. Obra citada, 2008, p. 288-289.

Cria-se, assim, a clara distinção entre cidadão e inimigo. Trata-se da rotulação que identifica um inimigo interno, assim definido por Kai Ambos:

Ele é um “desviante” em sua própria sociedade. Inimigo é aquele que não quer vincular a uma comunidade sua existência como indivíduo e não quer integrar-se a esta; é aquele que não quer ou não pode acatar os valores sociais fundamentais dominantes. A clássica guerra entre Estados se converte em uma “guerra interna” entre seres humanos ou grupos de seres humanos soltos que, assemelhando-se aos animais no estado de natureza ou em qualquer caso desvinculados dos valores dominantes, colocam em perigo o ser da sociedade, a convivência pacífica. Porém, quem é *concretamente* o inimigo interno? Quando se produz um desvio dos valores fundamentais de uma determinada sociedade de tal magnitude que justifique a exclusão do desviante? Deve manifestar-se externamente o comportamento desviante? A filosofia não dá uma resposta exata a estas questões. O aspecto da ameaça ocupa um papel predominante: a negação do outro que ameaça a identidade e a existência própria é um critério constitutivo para o inimigo. Inimigo é, portanto, quem pode me questionar no sentido cultural-espiritual ou físico-real – isto é: de quem temo que possa fazer isto. O inimigo interno assim definido nunca poderá ter *direito algum*¹⁵⁷.

Portanto, o inimigo diferencia-se do cidadão na medida em que a única lei que a ele é aplicável é a lei do mais forte. Quando o indivíduo já é tachado ou rotulado como um inimigo, a legislação penal e processual penal funcionam rigorosamente voltadas para a punição, enquanto o direitos reconhecidos pela ordem constitucional têm sua aplicação excluída. Costuma-se falar que para os amigos aplicam-se os favores da lei, para os cidadãos a lei e para os inimigos os rigores da lei. Aplicar os rigores da lei não significa aplicar rigorosamente a lei, e sim aplicar a lei já sabendo qual será a decisão tomada e quais seus possíveis efeitos: condenação e encarceramento. E, embora isso se trate de prática bastante comum, não possui qualquer fundamento, obviamente, em nenhum suporte legal ou constitucional em um Estado democrático de direito, que declara e tem por finalidade proteger direitos humanos fundamentais e que se pauta no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, o que se vê na prática é a concretização da teoria que o legislador tenta esconder.

Mas o entendimento sobre o que é o inimigo, para os defensores do rotulacionismo vai mais além para, não apenas subtrair todas as garantias a que ele teria direito se fosse tratado pelo menos como um cidadão, mas também subtrair a sua condição de pessoa:

¹⁵⁷ AMBOS, Kai. Direito penal do inimigo. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. *Panóptica*, n. 11, p. 1-45, nov. 2007/fev. 2008, p. 10.

Jakobs já não define o inimigo somente em atenção ao direito penal especial em concreto – de certo modo como produto do legislador –, senão se afasta dos tipos concretos e se abstrai: o inimigo é “o encosto perturbador” conformado por aqueles que “não se deixam vincular a, nem tampouco separar-se de” um estado cidadão. Esse indivíduo “não pode desfrutar parcialmente dos benefícios do conceito de pessoa”, posto que “quem continuamente se comporta como Satã, ao menos não poderá ser tratado como pessoa em direito, no que diz respeito à confiança de que cumprirá com seus deveres”. Ademais, se se “parte de sua orientação com base no lícito e no ilícito”, também esta “expectativa normativa deve encontrar-se alicerçada no fundamental, de maneira cognitiva, e isso com tanto maior clareza quanto maior for o peso que corresponda às normas em questão”¹⁵⁸.

O inimigo é uma não-pessoa, é um indivíduo que perde seu *status personae*, bem como o seu *status civitatis*, mas que não necessariamente é um objeto. Mas nem toda não-pessoa, para Jakobs, é inimigo. O que Jesús-María Silva Sánchez chama de paradoxo na teoria de Jakobs é claro de se entender (mas talvez não o seja de se aceitar), vez que haveria não-pessoas que não poderiam defraudar expectativas de cumprimento de normas por serem inimputáveis (ou seja, por não serem responsáveis penalmente), e não-pessoas que poderiam defraudar as expectativas normativas por serem imputáveis (responsáveis penalmente)¹⁵⁹. A diferença entre as duas categorias de não-pessoas é que a primeira seria temporariamente não-pessoa enquanto a segunda seria permanentemente não-pessoa – configurando-se como inimigo apenas esta. O próprio jurista espanhol apresenta essa explicação, embora em outros termos:

(...) em sentido estrito, para o Direito penal é inimigo aquele ser humano, e só aquele ser humano, a quem, na medida em que se considere fonte de mal-estar para aqueles que têm o poder jurídico de definição, nega-se-lhes toda a protecção penal (e mesmo jurídica). Esta denegação de protecção tem lugar mediante a sua definição como não-pessoa em absoluto. Neste sentido estrito é não-pessoa para o Direito penal aquele ser humano, e só aquele ser humano, cujo substrato antropológico se desconstrói jurídica e/ou filosoficamente, sendo reconstruído como um ente pertencente ao Direito das coisas. Como se observa, aqui sim se produz uma radical coincidência entre a condição de inimigo e a de não-pessoa. O inimigo é definido como não-pessoa; é, por definição, o “outro” a quem se exclui. Quer dizer, aquele sujeito cujos bens, se são de certo modo protegidos, desde logo não é por uma razão de princípio, isto é, porque sejam seus, mas por alguma razão pragmática, perfeitamente susceptível de ser

¹⁵⁸ AMBOS, Kai. Obra citada, 2007/2008, p. 13-14.

¹⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Os indesejados como inimigos: a exclusão de seres humanos do *status personae*. Trad. Mário Ferreira Monte. *Panóptica*, n. 11, p. 135-151, nov. 2007/fev. 2008, p. 136.

modificada. Basicamente, por um interesse (conjuntural) colectivo ou de certos terceiros¹⁶⁰.

Fica ainda mais fácil entender o que Jakobs entende por inimigo quando se busca a sua base. De acordo com o próprio jurista alemão¹⁶¹, sua construção baseia-se na concepção de inimigo de Hobbes, fundando-se em um entendimento contratualista de que o inimigo é aquele que resolveu romper com o contrato social e reassumir a condição que ele possuía no estado de natureza, em que se submeteria à lei do mais forte. Como o Estado tem o compromisso, com aqueles que não romperam com o contrato social, de que manterá uma sociedade em ordem, sua relação com os indivíduos que, por opção, voltaram ao estado de natureza, é a de estado de guerra, em que vence o mais forte. E, uma vez que o Estado detém os meios legítimos de violência (ou ao menos legitima esses meios por sua representatividade na sociedade), determinará um tratamento diferenciado a esse indivíduo (não-pessoa, não-cidadão).

Como bem aponta Karolina Víquez, “o sujeito perigoso, rotulado como inimigo caracteriza-se por ter abandonado o direito permanentemente¹⁶²”, de maneira que o castigo que lhe é aplicado não decorre da punição “por uma conduta reprovável de dano social, e sim de eliminação preventiva da fonte de perigo que é o ser humano definido como perigoso¹⁶³” – e tal fato permite melhor classificar o chamado “direito penal do inimigo” como um “direito penal do autor”, em que não se pune o fato, mas sim seu autor. Daí se poder dizer que não há um direito penal “do” inimigo, e sim um direito penal “contra” o inimigo, já que o direito penal é um só, o que vai variar é a sua interpretação, bem como a sua aplicação ao caso concreto.

Tem-se, em virtude de tudo até então apontado que na sociedade de modernidade líquida (Bauman) atual, o sistema capitalista, baseado na oposição dialética entre exclusão e inclusão, sem o que não se sustentaria (Žižek), naturaliza essa lógica, cuja importância é arbitrariamente determinada por um *habitus* reproduzido (Bourdieu) pelas instâncias de controle social (Garland), que, principalmente as

¹⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Obra citada, 2007/2008, p. 137-138.

¹⁶¹ JAKOBS, Günther. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad. Trad. Manuel Cancio Meliá. *Panóptica*, n. 11, p. 197-213, nov. 2007/fev. 2008, p. 205.

¹⁶² VÍQUEZ A., Karolina. Direito penal do inimigo: quimera dogmática ou modelo orientado para o futuro? Trad. Julio Pinheiro Faro. *Panóptica*, n. 11, p. 46-63, nov. 2007/fev. 2008, p. 49.

¹⁶³ VÍQUEZ A., Karolina. Obra citada, 2007/2008, p. 49.

públicas, vão dar continuidade aos mecanismos sociais de segregação, como as favelas e os guetos (Wacquant), especialmente naquilo em que eles não mostrarem capazes de fazer (como manter os bairros pobres longe das “cidades de muros”), determinando a rotulação de indivíduos como refugo humano (Bauman) ou como *homo sacer* (Agamben), ou, ainda, destinando a eles uma situação pior de não-pessoas (Jakobs), e, por isso, sem direitos e sem dignidade.

2.4 O ENFOQUE CRÍTICO DA CRIMINOLOGIA

É interessante observar, nesse passo, como o sistema prisional brasileiro (incluído o capixaba) se amolda (quase que, senão) com perfeição à descrição teórica até aqui feita. Basta observar, como ficou destacado no primeiro capítulo, as condições às quais são submetidos os apenados que efetivamente são alocados nas prisões: lá eles são privados não só de sua liberdade (como permite o ordenamento jurídico), mas também de diversos (senão de todos os) outros direitos fundamentais que a Constituição assegura a eles, violando, assim, o princípio fundamental da ordem constitucional brasileira que é a dignidade da pessoa humana. Em outros termos, os apenados capixabas (e brasileiros, de modo geral) são tratados como não-pessoas, já que submetidos a condições indignas, ficando clara sua situação de inimigos da sociedade e do Estado (Jakobs), devendo ser submetidos ao mais rigoroso controle social (Garland) em virtude dessa sua existência negativa de *homo sacer* ou de refugo humano (Agamben, Bauman e Žižek). Fica clara a adoção do *rotulacionismo* na prática penal-penitenciária brasileira, podendo-se afirmar que o modelo brasileiro de execução penal é o do *labeling approach*, isto é, da abordagem do etiquetamento – pela qual, nas precisas palavras de Juarez Cirino dos Santos, “a criminalidade não seria um dado ontológico preconstituído, mas realidade social construída pelo sistema de justiça criminal através de definições e da reação social¹⁶⁴”, ou seja, a reação da sociedade, a reprodução de um determinado *habitus* (Bourdieu) é que vai determinar quem deve ser tratado como excluído e como deverá ser tratado.

¹⁶⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. Prefácio: anatomia de uma criminologia crítica. In: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002, p. 11.

Os indivíduos rotulados são estigmatizados (Wacquant), podendo-se recordar o mito de Caim, que teria recebido como punição divina, após assassinar seu irmão, um sinal, sendo condenado ao ostracismo. Ou, para fugir aos mitos, pode-se recordar, com Gabriel Anitua, que no Antigo Regime era muito comum estigmatizar, ou seja, literalmente marcar (cortar o nariz, a orelha, o braço, a perna ou tatuar) uma pessoa para indicar sua condição social (detento, doente, mendigo, louco, crente de outra religião) como uma questão de governo necessária, a fim de ter controle sobre quem entrava nas cidades e nas cortes¹⁶⁵. Em tempos atuais, esse isolamento tem sua representação, em relação aos excluídos socialmente, nos guetos, nas favelas e nas penitenciárias. Trata-se do enfoque do etiquetamento.

O enfoque do etiquetamento é também denominado de reação social e contrapõe-se à ideologia da defesa social, a qual é apresentada por Alessandro Baratta em uma série de seis princípios:

a) *Princípio de legitimidade*. O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais.

b) *Princípio do bem e do mal*. O delito é um dano para a sociedade. O delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem.

c) *Princípio da culpabilidade*. O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador.

d) *Princípio da finalidade ou da prevenção*. A pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinquente.

e) *Princípio de igualdade*. A criminalidade é violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos.

f) *Princípio do interesse social e do delito natural*. O núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses

¹⁶⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2008, p. 104.

comuns a todos os cidadãos. Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais)¹⁶⁶.

Em resumo, pode-se dizer que a ideologia da *defesa social* é partidária do controle social, cuja finalidade é retribuir (punir) e prevenir o crime, naturalizando no indivíduo o entendimento de que sua escolha (atitude interior) de delinquir é reprovável, porque contraria os valores sociais e as normas jurídicas que conformam comportamentos na sociedade, gerando, como reação, a defesa social, aplicando-se a pena como um motivo de ressocialização do delinquente. Verifica-se que a ideologia da defesa social pauta-se em um modelo etiológico, voltado para as causas da criminalidade.

Com o tempo, no entanto, os princípios da *defesa social* foram sendo atacados e destruídos por novas perspectivas e teorias sociológicas (em conjunto chamadas de *criminologia crítica*¹⁶⁷), que deslocaram o foco da investigação criminológica, como aponta Baratta, “do sujeito criminalizado para o sistema penal e os processos de criminalização que dele fazem parte e, mais em geral, para todo o sistema da reação social ao desvio¹⁶⁸”. Um a um os princípios que caracterizavam a ideologia da defesa social foram sendo negados.

Questionou-se o Estado como única instância legitimada a realizar o controle social e a reafirmar aos valores sociais e as normas jurídicas (princípio de legitimidade), ou se haveriam outras instâncias (não-estatais) da sociedade legítimas para realizar o mesmo papel. Segundo Baratta, as teorias que mais influenciaram a negação desse princípio foram as teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva¹⁶⁹. Na verdade, a negação do princípio da legitimidade é muito anterior, tendo surgido com o controle da população através do higienismo, especialmente com a psiquiatria alienista¹⁷⁰, de maneira que já na primeira metade do século XIX falava-se em asilos ou manicômios como instituições de confinamento paralelas à prisão, para tratar não os detentos “normais”, mas os loucos alienados.

¹⁶⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002, p. 42-43.

¹⁶⁷ BARATTA, Alessandro. Obra citada, 2002, p. 197.

¹⁶⁸ BARATTA, Alessandro. Obra citada, 2002, p. 49.

¹⁶⁹ BARATTA, Alessandro. Obra citada, 2002, p. 49-58.

¹⁷⁰ ANITUA, Gabriel Ignacio. Obra citada, 2008, p. 237.

As teorias psicanalíticas apenas consolidariam a negação do primeiro princípio caracterizador da ideologia da defesa social, destacando que a reação penal não eliminaria nem circunscreveria a criminalidade, e sim corresponderia aos “mecanismos psicológicos em face dos quais o desvio criminalizado aparece como necessário e ineliminável da sociedade¹⁷¹”. Assim, não apenas o Estado como também outras instituições sociais seriam legitimadas para desempenhar o controle social, com o intuito de modificar, de algum modo, a atitude interior do indivíduo delinquente, reforçando o superego e forçando o indivíduo a se sentir culpado¹⁷². Portanto, se as teorias psicanalíticas criticam o princípio da legitimidade, elas não se afastam dos demais princípios (pelo menos não de uma maneira muito clara) da ideologia da defesa social.

A negação do princípio do bem e do mal surge, mais claramente, com a teoria estrutural-funcionalista do desvio e da anomia¹⁷³:

(...) Esta teoria, introduzida pelas obras clássicas de Émile Durkheim e desenvolvida por Robert Merton, representa a virada em direção sociológica efetuada pela criminologia contemporânea. Constitui a primeira alternativa clássica à concepção dos caracteres diferenciais biopsicológicos do delinquente e, por consequência, à variante positivista do princípio do bem e do mal. Neste sentido, a teoria funcionalista da anomia se situa na origem de uma profunda revisão crítica da criminologia de orientação biológica e caracterológica, na origem de uma direção alternativa que caracteriza todas as teorias criminológicas (...), ainda que a maioria dessas compartilhe com a criminologia positivista a concepção da criminologia como pesquisa das causas da criminalidade¹⁷⁴.

De acordo com a crítica perpetrada pela teoria estrutural-funcionalista, o desvio é um fenômeno natural dentro da sociedade, somente se caracterizando como negativo se ultrapassados determinados limites¹⁷⁵. Assim, por exemplo, os crimes cometidos dentro de um gueto ou de uma favela e mesmo dentro de uma penitenciária são tidos como “normais” (socialmente fisiológicos), e não como “anormais” (socialmente patológicos), a não ser que apresentem um crescimento explosivo ou que passem a influenciar negativamente a sociedade. Como aponta Gabriel Ignacio Anitua, para

¹⁷¹ BARATTA, Alessandro. *Obra citada*, 2002, p. 50.

¹⁷² BARATTA, Alessandro. *Obra citada*, 2002, p. 50-52.

¹⁷³ BARATTA, Alessandro. *Obra citada*, 2002, p. 59-67.

¹⁷⁴ BARATTA, Alessandro. *Obra citada*, 2002, p. 59.

¹⁷⁵ BARATTA, Alessandro. *Obra citada*, 2002, p. 59-60.

Durkheim, um dos expoentes dessa teoria, o delito seria um fato social normal, salvo se atingisse índices exagerados¹⁷⁶, e cita Durkheim:

(...) “O delito não se observa somente na maioria das sociedades desta ou daquela espécie, mas sim nas sociedades de todos os tipos. Não existe nenhuma sociedade em que não haja criminalidade. Esta muda de forma, os atos assim qualificados não são os mesmos em todas as partes, mas em todos os locais sempre houve homens que se comportavam de forma tal que atraíram sobre si a repressão penal. (...) Portanto, não há fenômeno que apresente de maneira mais irrecusável todos os sintomas da normalidade, posto que aparece estreitamente ligado às condições de toda vida coletiva. Fazer do delito uma doença social seria admitir que a doença não é uma coisa acidental, mas sim, pelo contrário, uma coisa derivada, em certos casos, da constituição fundamental do ser vivo; seria apagar toda distinção entre o fisiológico e o patológico. Sem dúvida, pode ocorrer que o próprio delito tenha formas anormais; é o que acontece, por exemplo, quando alcança um índice exagerado” (...)¹⁷⁷.

Portanto, negando o princípio do bem e do mal, a teoria estrutural-funcionalista destaca que nem sempre o delito será visto como um dano para a sociedade, bem assim nem todo delinquente será tratado como um elemento negativo e disfuncional, isso porque “A estrutura social não permite, (...) na mesma medida, a todos os membros da sociedade, um comportamento ao mesmo tempo conforme aos valores e às normas¹⁷⁸”. Isso se exemplifica bem a partir dos crimes de colarinho branco, que, apesar de praticados pela sociedade, normalmente não são punidos nem contabilizados, salvo se tomam proporções socialmente inaceitáveis (patológicas), como, por exemplo, o caso do Mensalão.

O princípio da culpabilidade, que caracteriza a ideologia da defesa social, foi questionado principalmente pela teoria das subculturas criminais¹⁷⁹. De acordo com essa teoria, a visão de que o delito é expressão de uma atitude interior reprovável só é verdadeira se considerado um único e exclusivo ponto de vista, ou seja, um único sistema de valores e de normas sociais (jurídicas ou não), o que significa que não são considerados outros arranjos culturais existentes em uma mesma sociedade. Para a teoria das subculturas, a ideologia da defesa social considerada uma falsa

¹⁷⁶ ANITUA, Gabriel Ignacio. Obra citada, 2008, p. 441.

¹⁷⁷ ANITUA, Gabriel Ignacio. Obra citada, 2008, p. 441.

¹⁷⁸ BARATTA, Alessandro. Obra citada, 2002, p. 63.

¹⁷⁹ BARATTA, Alessandro. Obra citada, 2002, p. 69-83.

amostragem da criminalidade, como se houvesse uma criminalidade oficial que deva ser controlada e disciplinada e outra criminalidade da qual se possa descuidar¹⁸⁰.

A teoria das subculturas “nega que o delito possa ser considerado como expressão de uma atitude contrária aos valores e às normas sociais gerais, e afirma que existem valores e normas específicos dos diversos grupos sociais (subculturas)¹⁸¹”. Dito de outra maneira, talvez mais clara, dentro de uma mesma sociedade existem vários *habitus*, embora apenas um deles predomine, de maneira que as subculturas são aqueles *habitus* que não têm essa posição de destaque, mas que, ainda assim, persistem, sendo reproduzido por grupos específicos de indivíduos. Gabriel Anitua esclarece isso nos seguintes termos:

(...) A cultura é o conjunto de costumes, códigos morais e jurídicos de conduta, crenças e preconceitos etc. que as pessoas de uma comunidade compartilham e aprendem no convívio social. Sem dúvida, esses teóricos das subculturas acreditavam que dentro da cultura geral podem existir subgrupos que, embora identificando-se, em geral, com esses valores fundamentais, distinguem-se dela em algumas questões relevantes. Conforma-se assim uma subcultura. Quando essa subcultura valoriza ou dá desculpas para aquelas condutas que, para a cultura geral, são delitivas, estamos diante de uma subcultura criminosa¹⁸².

E, em um sentido que permite lembrar os apontamentos de Wacquant sobre os guetos e as favelas, Anitua complementa que “Na subcultura criminosa, as condutas desvalorizadas pela cultura jurídica e moral são legítimas¹⁸³”, revelando com isso “(...) uma síntese do pressuposto comum de vários autores que, desse modo, encarariam alguns dos problemas mais relevantes da ordem urbana, e em particular o das minorias negras (...)”¹⁸⁴. Da perspectiva da teoria das subculturas, portanto, os delinquentes só são vistos quando atrapalham o *status quo* da cultura dominante – de outra forma, enquanto os seus delitos não incomodarem essa cultura, não se fala em criminalidade, a não ser no interior da própria subcultura.

A prisão assumiria, assim, um papel subsidiário, e, assim, não exclusivo de controle social. As escolas, os sindicatos, os clubes de esportes, os assistentes sociais, as

¹⁸⁰ BARATTA, Alessandro. Obra citada, 2002, p. 71.

¹⁸¹ BARATTA, Alessandro. Obra citada, 2002, p. 73.

¹⁸² ANITUA, Gabriel Ignacio. Obra citada, 2008, p. 498.

¹⁸³ ANITUA, Gabriel Ignacio. Obra citada, 2008, p. 498.

¹⁸⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio. Obra citada, 2008, p. 499.

igrejas, dentre outras instituições sociais representativas do Estado de bem-estar social passariam a contribuir para esse controle¹⁸⁵, fazendo emergir, com mais força, a cultura do controle.

Com a passagem da prisão a um lugar subsidiário, também se produziria uma crise da criminologia etiológica que baseava seus estudos na personalidade, a qual se encontrava estreitamente relacionada à instituição penitenciária, que fora promovida à condição de “observatório” privilegiado. Para a prática penitenciária, por sua vez, os estudos sobre a personalidade do detento eram uma condição indispensável para a classificação, individualização e demais atividades que faziam o “tratamento” e com ela a manutenção da ordem interna. De fato, começaria então a realizar-se outro tipo de investigação nas prisões, que desnudava esta real aplicação do conhecimento criminológico e de suas táticas. Denunciava-se, na própria criminologia oficial – ao menos a liberal, a que estava a caminho da institucionalização por meio de autores democráticos, mesmo que não totalmente críticos –, que encarceramento em instituições totais realizava o contrário à integração na sociedade: ao integrar um indivíduo à instituição penal produzia-se, por antonomásia, uma “adaptação-desintegração”¹⁸⁶.

Pode-se encontrar nas teorias higienistas, psicanalíticas, estruturais-funcionalistas e das subculturas, assim, uma construção do pensamento criminológico que permitiria o surgimento do enfoque do etiquetamento, que promove a negação do princípio da finalidade ou da prevenção e do princípio da igualdade¹⁸⁷. O enfoque da rotulação é resumido por Alessandro Baratta nos seguintes termos:

Esta direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias) que as aplicam, e que, por isso, o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como “delinquente”. Neste sentido, o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes¹⁸⁸.

Assim, a teoria da reação social nega o princípio da finalidade ou da prevenção no sentido de afirmar que a pena não tem função preventiva, mas apenas retributiva,

¹⁸⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio. Obra citada, 2008, p. 509.

¹⁸⁶ ANITUA, Gabriel Ignacio. Obra citada, 2008, p. 511-512.

¹⁸⁷ BARATTA, Alessandro. Obra citada, 2002, p. 85-116.

¹⁸⁸ BARATTA, Alessandro. Obra citada, 2002, p. 86.

não servindo para ressocializar o delinquente: “(...) a intervenção do sistema penal, especialmente as penas detentivas, antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinquente determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado¹⁸⁹”. Desta maneira, pode-se afirmar que, efetivamente, as prisões funcionam, mas sem a visão romântica da ideologia da defesa social, isto é, as prisões funcionam, sim, mas como escolas do crime.

O *labeling approach* reafirma, portanto, a existência de diversos *habitus* que são reproduzidos dentro de uma mesma sociedade com a predominância de um deles, indicando uma forte oposição entre uma cultura (os incluídos) e várias subculturas (os excluídos). Trata-se, à evidência de um paradigma que estabelece uma cultura de controle social, que é incompatível com uma criminologia preocupada com as causas da criminalidade, exatamente porque se preocupa com a criminalidade em si, como destaca Baratta:

(...) a análise do processo de etiquetamento dentro do senso comum mostra que, para que um comportamento desviante seja imputado a um autor, e este seja considerado como violador da norma, para que lhe seja atribuída uma “responsabilidade moral” pelo ato que infringiu a *routine* (é neste sentido que, no senso comum, a definição de desvio assume o caráter – poder-se-ia dizer – de uma definição de *criminalidade*), é necessário que desencadeie uma reação social correspondente: o simples desvio objetivo em relação a um modelo, ou a uma norma, não é suficiente. De fato, aqui existem condições – que se referem ao elemento interior do comportamento (à intenção e à consciência do autor) – cuja inexistência justifica uma exceção; ou seja, impede a definição de desvio e a correspondente reação social. Estas condições, que podem se chamar condições de atribuição da responsabilidade moral, no senso comum, têm sido analisadas por Peter McHugh. Ele as reagrupa em duas categorias: a) a *convencionalidade*: aqui se pergunta se as circunstâncias teriam podido permitir um comportamento diferente, ou seja, se a vontade e a intenção estão – no caso – envolvidas, ou se, ao contrário, a ação foi fortuita, ou devida a um constrangimento ou a um evento excepcional; b) a *teoricidade*: aqui se pergunta se o autor tinha consciência do que fazia, se sabia que agia contra as normas¹⁹⁰.

A preocupação não é com as causas da criminalidade, e sim com o comportamento desviante do indivíduo. Teoricidade e convencionalidade se confundem a ponto de se poder fazer uma única e mesma pergunta: o indivíduo tinha vontade ou intenção de agir daquela forma? Mas a pergunta não é tão simples quanto parece. Não se

¹⁸⁹ BARATTA, Alessandro. Obra citada, 2002, p. 90.

¹⁹⁰ BARATTA, Alessandro. Obra citada, 2002, p. 95-96.

trata apenas de saber se há ou não uma intencionalidade, e sim como a intenção é tratada socialmente, ou seja, como ela é vista pela sociedade.

(...) Dessa maneira, o enfoque da criminologia mudaria totalmente, pois as definições legais ou institucionais deixariam de ser assumidas acriticamente como algo natural, e a ênfase seria colocada exatamente nessas definições. O objeto de estudo da criminologia deixará desde então de ser o “delinquente” e começará a ser as instâncias que “criam” e “administram” a delinquência. O estudo da criminalidade cederá a vez aos estudos dos processos de criminalização¹⁹¹.

Caminhando nesse sentido, a teoria da reação social vai negar o princípio da igualdade, pelo qual a violação da lei penal é um comportamento minoritário. Como informa Baratta, o *labeling approach* ampliou a análise do comportamento desviante para “dois novos campos de investigação: a) a criminalidade de colarinho branco; b) a cifra negra da criminalidade e a crítica das estatísticas criminais oficiais¹⁹²”. Para se ter uma ideia da importância desses novos campos de análise, pode-se tomar o exemplo das pesquisas sobre a cifra negra da criminalidade:

As pesquisas sobre a cifra negra da criminalidade, ligadas a uma análise crítica do método e do valor das estatísticas criminais para o conhecimento objetivo do desvio em uma dada sociedade, não se referem, contudo, somente ao fenômeno da criminalidade do colarinho branco, porém, mais em geral, à real frequência e à distribuição do comportamento desviante penalmente perseguível, em uma dada sociedade. Essas pesquisas levaram a uma outra fundamental correção do conceito corrente de criminalidade: a criminalidade não é um comportamento de uma restrita minoria, como que uma difundida concepção (e a ideologia da defesa social a ela vinculada), mas, ao contrário, o comportamento de largos estratos ou mesmo da maioria dos membros de nossa sociedade¹⁹³.

Isto é, toda a sociedade pratica crimes, de menor ou de maior potencial ofensivo. Os exemplos são os mais variados: quando um magistrado assina uma decisão que foi feita por seu assessor, está cometendo crime de falsidade ideológica; quando um estudante faz uma cópia reprográfica de um livro inteiro sem autorização do autor, está cometendo um crime contra a propriedade autoral; quando alguém reproduz sem a devida autorização um símbolo particular (como o logotipo de uma faculdade) ou um símbolo público (como o brasão da República), está cometendo um crime por utilização indevida de selo ou sinal. Mas, normalmente esses crimes não são

¹⁹¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. Obra citada, 2008, p. 588.

¹⁹² BARATTA, Alessandro. Obra citada, 2002, p. 101.

¹⁹³ BARATTA, Alessandro. Obra citada, 2002, p. 103.

punidos, uma vez que a reação da sociedade (e das instâncias oficiais de controle social) a eles é (quase) nula. Assim, esse tipo de crime não vai para as estatísticas oficiais.

Diante disso, a abordagem do etiquetamento também arruína a outra face do princípio da igualdade, a de que a lei penal é igual para todos, e, assim, a reação penal também será aplicada igualmente para todos. Fosse assim, não haveria prisão especial para determinadas pessoas, enquanto outras são detidas (provisoriamente) ao lado de presos definitivos. Também não haveria, como efetivamente aconteceu no Espírito Santo em 2012 (e acontece rotineiramente no Brasil o ano todo) o tratamento privilegiado pela polícia de uma universitária que, pega dirigindo sem carteira de habilitação e alcoolizada (segundo confissão da própria), podendo causar danos aos transeuntes, já que seu veículo não estava em condições de trafegar pelas vias públicas, ter sido conduzida pelos policiais à sua residência, enquanto, dias depois, um rapaz, pego dirigindo alcoolizado (segundo o teste do bafômetro) por ter batido em outro carro, ter sido conduzido à delegacia. Eis uma das provas, dentre as milhares existentes, de que há, efetivamente, um direito penal, no Brasil, *contra* o inimigo.

Por fim, há a teoria da sociologia do conflito, que nega o princípio do interesse social e do delito natural¹⁹⁴. De acordo com esse princípio, os tipos penais existem para proteger os interesses fundamentais de uma sociedade, e apenas pequena parte dos delitos tem a ver com uma violação de arranjos político-econômicos, ou seja, no geral, os interesses que o direito penal visa proteger são compartilhados por todos os cidadãos. Esse princípio baseia-se na concepção naturalista da criminalidade, segundo a qual “a criminalidade, assim como o desvio, em geral, é uma qualidade objetiva, *ontológica*, de comportamentos de indivíduos¹⁹⁵”, baseando-se, portanto, em dois pressupostos lógicos: “a) a concepção da criminalidade como qualidade ontológica de certos comportamentos ou indivíduos; b) a homogeneidade dos valores e dos interesses protegidos pelo direito penal¹⁹⁶”.

¹⁹⁴ BARATTA, Alessandro. Obra citada, 2002, p. 117-129.

¹⁹⁵ BARATTA, Alessandro. Obra citada, 2002, p. 117-118.

¹⁹⁶ BARATTA, Alessandro. Obra citada, 2002, p. 118.

(...) o primeiro pressuposto do princípio do interesse social e do delito natural é negado pelas assim chamadas *teorias da reação social* ou do *etiquetamento (labeling approach)*, as quais (...) mostraram (...) como o desvio não é algo que precede as definições e as reações sociais, mas uma realidade *construída* mediante as definições e as realões, e que através delas adquire a qualidade desviante ou criminosa. Deste ponto de vista, a criminalidade não é, portanto, uma qualidade ontológica, mas um *status* social atribuído através de processos (informais e formais) de definição e mecanismos (informais e formais) de reação. Se a criminalidade é um “bem negativo” que, como os outros bens positivos ou negativos de cujo processo dependem os diversos *status* sociais, é atribuído a determinados indivíduos, o acento das teorias criminológicas se desloca (...) da criminalidade para os processos de criminalização. Um problema fundamental, de natureza macrossociológica é, assim, implicado: com base em que leis sociais se distribui e se concentra o poder de definição? Que função tem o uso deste poder, na dinâmica das relações entre os grupos sociais? O problema das “definições de senso comum”, das definições legislativas e da aplicação do direito penal por parte das instâncias oficiais é, desse modo, atraído para a perspectiva de uma análise das diferenças de poder e dos contrastes de interesses entre os grupos sociais¹⁹⁷.

No entanto, a abordagem do etiquetamento apenas destacou, sem enfrentar ou sem dar as alternativas, a existência de rotulações sociais atribuídas aos indivíduos que praticassem determinados tipos de delitos. Nesse sentido é que o *labeling approach* recebeu inúmeras críticas, já que se qualificava como “um enfoque ‘micro’, que tende a esquecer o ‘macro’¹⁹⁸”. E as críticas vieram de todos os lados:

(...) tanto dos criminólogos de direita, que se negavam a abandonar as definições legais e os dados da seleção efetuada pelo próprio sistema penal, quanto por setores de esquerda, que reprovariam nessa perspectiva um excessivo liberalismo, por avaliar a criminalidade apenas como um processo de definição com o qual se ocultam os problemas reais, e por fazer derivar de sua crítica ao real funcionamento do sistema uma atitude de “radical não-intervenção”, conveniente para um Estado que se retirava também das intervenções que atendiam aos direitos humanos, sociais e culturais¹⁹⁹.

Aí é que entram as teorias conflituais da criminalidade, que, melhor que o *labeling approach*, vão negar todo o princípio do interesse social e do delito natural ao defender que “a criminalidade e *todo* o direito penal têm, sempre, natureza política²⁰⁰”, ou seja, os detentores do poder (político e econômico) é que determinam que crimes serão punidos e de que forma o serão. A proteção a interesses sociais é, dessa maneira, restrita ao *habitus* dominante, protege-se interesses dos grupos incluídos no sistema, ao passo que o “delito natural” é aquele praticado pelas

¹⁹⁷ BARATTA, Alessandro. Obra citada, 2002, p. 118-119.

¹⁹⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio. Obra citada, 2008, p. 599.

¹⁹⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio. Obra citada, 2008, p. 597.

²⁰⁰ BARATTA, Alessandro. Obra citada, 2002, p. 119.

subculturas, isto é, praticado por grupos excluídos do sistema. É nesse sentido que se pode afirmar que a criminalidade, desde sempre, se apresenta como a atribuição de um *status* social por um grupo que tem poder de definição a outros grupos que não o tem²⁰¹.

A *criminologia crítica* é uma decorrência de todas essas teorias que negaram a base da ideologia da defesa social e produziram uma *crítica* ao modelo liberal adotado pelo direito penal contemporâneo. Trata-se, portanto, de um conjunto teórico em que o enfoque não recai sobre as causas de criminalidade (comportamento desviante), e sim sobre o processo de criminalização, ou, amplamente, sobre os mecanismos de controle social, desde a criação de normas, passando por sua aplicação, até o modo de execução das sanções penais²⁰², verificando que o direito penal não é, como já se supôs, um direito igual²⁰³, e sim bastante seletivo.

É esse o exato ponto de vista da criminologia crítica, determinar, destacando, que os processos de criminalização não são ontológicos nem têm preocupação etiológica, e sim se revelam como a atribuição de *status* de delinquente a determinados sujeitos, como no *homo sacer* de Agamben ou no refugio humano de Bauman, o que advém da imposição de um *habitus* por aqueles que têm poder de definição e, por isso, de selecionar quem, quando e como controlar. É por isso que se diz que a criminalidade consiste em “um ‘bem negativo’, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos²⁰⁴”.

Mas a criminologia crítica, vista como a nova criminologia, não pode ser vista como um simples ponto de chegada ou uma mera compilação de todo o desenvolvimento crítico ao sistema penal anterior. Trata-se de um movimento crítico dirigido às visões restritivas construídas pelas teorias anteriores, especialmente a do entiquetamento. A criminologia crítica foi responsável por inserir uma perspectiva sociológica nos estudos sobre a criminalidade. Porém, na década de 1980, “(...) vários criminólogos

²⁰¹ BARATTA, Alessandro. Obra citada, 2002, p. 131.

²⁰² BARATTA, Alessandro. Obra citada, 2002, p. 161.

²⁰³ BARATTA, Alessandro. Obra citada, 2002, p. 162.

²⁰⁴ BARATTA, Alessandro. Obra citada, 2002, p. 161.

apontavam uma crise tanto interna quanto externa na criminologia crítica²⁰⁵. Assim, surgiram teorias abolicionistas, teorias realistas de esquerda e teorias garantistas.

O abolicionismo é atribuído “à deslegitimação mais radical do sistema carcerário e da própria lógica punitiva²⁰⁶”. As teorias abolicionistas, de maneira geral, defendem a abolição do sistema penal como um passo para evitar o sofrimento impingido a seres humanos pelas prisões, que se pareciam com campos de concentração²⁰⁷, ou seja, não se trata de abolir o direito penal, e sim as prisões como instrumentos de castigo.

O realismo criminológico de esquerda, a sua vez, propunha “(...) desenvolver uma criminologia que atendesse aos interesses de segurança da classe operária, à qual deve ser dado um maior poder para exercer o poder, em detrimento da coerção estatal e como elemento de consciência de classe²⁰⁸”. Trata-se do que se pode chamar de criminologia marxista, pela qual, “(...) como no marxismo original, a causa da delinquência seria o capitalismo²⁰⁹”. Esse grupo de teorias enxerga, portanto, as características do sistema capitalista como causas da criminalidade, recuperando o paradigma etiológico²¹⁰, e defendendo que além dos delitos cometidos pelas classes desfavorecidas, também os crimes cometidos pelos poderosos deveriam entrar nas estatísticas oficiais e serem punidos, já que afetam as classes trabalhadoras²¹¹

Por fim, as teorias do garantismo penal, que trouxeram o elemento jurídico à análise e ao enfrentamento da criminalidade, utilizando os direitos humanos como limites à intervenção penal e como objetos sob a tutela do direito penal²¹², observando-se, então, o constitucionalismo e o Estado Democrático de Direito²¹³. No garantismo se trabalha, portanto, com os direitos humanos e fundamentais garantidos a todos os indivíduos, inclusive os apenados. Não se propõe, com isso, a abolição do sistema penal, e sim o uso racional da pena como *ultima ratio*, e que ainda quando aplicada

²⁰⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio. Obra citada, 2008, p. 692.

²⁰⁶ ANITUA, Gabriel Ignacio. Obra citada, 2008, p. 695.

²⁰⁷ ANITUA, Gabriel Ignacio. Obra citada, 2008, p. 697.

²⁰⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio. Obra citada, 2008, p. 716.

²⁰⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio. Obra citada, 2008, p. 718.

²¹⁰ ANITUA, Gabriel Ignacio. Obra citada, 2008, p. 718-719.

²¹¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. Obra citada, 2008, p. 717.

²¹² ANITUA, Gabriel Ignacio. Obra citada, 2008, p. 728.

²¹³ ANITUA, Gabriel Ignacio. Obra citada, 2008, p. 731.

deve observar os direitos fundamentais do apenado que não são atingidos pela privação de liberdade de ir e vir. Defende-se, portanto, um Estado mínimo, o qual assegura a ordem e a harmonia na sociedade, mas que não necessariamente o faz com exclusividade, permitindo que o controle social seja feito por outras instituições, embora sempre atentas aos direitos humanos e fundamentais dos indivíduos.

A defesa que se faz aqui é, portanto, baseada na criminologia crítica tendo um viés garantista, de maneira que não se defende a abolição do sistema penal, isto é, das penas privativas como formas efetivas de punir e de ressocializar o apenado. Mas que, havendo penitenciárias, as suas instalações, bem como os seus operadores observem os direitos e as garantias fundamentais dos apenados – que é o que se melhor discutirá no próximo capítulo.

3 O CNPCP E O ESTATUTO JURÍDICO DO RECLUSO

Retomando o que já foi tratado até aqui, tem-se que o primeiro capítulo apresentou a origem, a estrutura, o funcionamento e a atuação do CNPCP (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária) e o estado atual do sistema penitenciário capixaba, no qual graça o desrespeito aos direitos e às garantias fundamentais do apenado, revelando uma clara violação à sua dignidade. Descreveu-se, assim, no primeiro capítulo como o sistema penitenciário capixaba é, constatando-se que, mesmo após a intervenção do CNPCP e as denúncias sobre violação dos direitos dos apenados, o tratamento deles não mudou muito, permitindo a manutenção de uma prática pela qual a violação de direitos e de dignidade é, ainda que veladamente, justificado a partir de um controle social rotulador, que distingue o cidadão do inimigo.

O segundo capítulo demonstrou exatamente a existência bem como a manutenção desse *habitus* perverso. A partir de duas análises (identificação da justificativa por detrás do sistema penitenciário e crítica a essa justificativa), o capítulo demonstrou que há todo um arcabouço institucional, social e jurídico que fundamenta, ainda que de maneira não expressamente declarada, a manutenção da violação dos direitos de apenados. Destacou-se que em uma sociedade de modernidade líquida, como é o caso da brasileira, o sistema capitalista, necessariamente baseado na e mantido sobre a oposição entre exclusão e inclusão, naturaliza sua lógica dialética por meio de uma prática socialmente reproduzida pelas instâncias, oficiais ou não, de controle social, determinando que se trate determinados indivíduos como refugo humano ou como *homo sacer*, bem como rotulando-os como não pessoas, e, assim, sem direitos, sem dignidade. Identificada a justificativa por detrás da prática, aplicou-se um enfoque crítico sobre ela, o que visou preparar o campo para a proposta feita neste terceiro e final capítulo.

O presente capítulo, terceiro na ordem deste trabalho, conclui pela necessidade de um CNPCP mais atuante, bem como de um estatuto jurídico do recluso que funcione efetivamente na prática. Com todo o trabalho desenvolvido até aqui fica bem claro que o CNPCP deveria ser um órgão muito mais atuante e que dentre suas funções deveria estar incluída a seguinte que, atualmente, de acordo com a LEP, é privativa

do juízo da execução penal: interdição, parcial ou total, de estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos da LEP (art. 66, VIII). A possibilidade de o CNPCP interditar os estabelecimentos penais que tem o dever de inspecionar, permitiria conduzir ao salto qualitativo que se propõe neste capítulo: a melhoria do sistema penitenciário brasileiro e do tratamento dispensado aos apenados. Outro elemento influenciador desse salto seria a criação de um estatuto jurídico do recluso, que efetivamente funcionasse na prática, isto é, com a aplicação de pesadas sanções para quem descumprisse seus termos. Esses dois elementos serão analisados na sequência, determinando-se a conclusão deste trabalho.

3.1 CNPCP E ATUAÇÃO EFICAZ

Conforme discutido no primeiro capítulo, a função do CNPCP, atualmente, é simples: elaborar projetos para o aperfeiçoamento da execução penal e do regime penitenciário. E, dada à atuação do Conselho, sua função no sistema penitenciário brasileiro tem se tornado simplória, já que de nada adianta elaborar projetos com um interessante e bom objetivo se, na prática, a teoria não funciona. Elaborar diretrizes, estabelecer normas e coordenar a execução da política penitenciária é importante, desde que, também se possa promover a apuração de responsabilidade diante do descumprimento das normas e do não atendimento de diretrizes, além de se poder suscitar a interdição (essa possibilidade já existe na LEP, art. 64, IX e X) ou mesmo promover a interdição (que é o que se propõe) de estabelecimentos penais cujas condições de funcionamento contrariem a LEP, a CF/88 e as demais normas sobre tratamento dos reclusos.

O CNPCP não deveria ter uma função de mero arquiteto do sistema penitenciário brasileiro, nem de simples Conselho de fiscalização sem poder de decisão sobre as punições ao descumprimento de suas diretrizes e determinações. Invés de mero órgão vinculado ao Ministério da Justiça, o CNPCP deveria ter uma natureza que lhe desse maior autonomia, especialmente para fazer valer os direitos e as garantias do recluso e para proteger sua dignidade enquanto seres humanos. Diante disso, além

de propor diretrizes de política criminal, elaborar planos e programas sobre questões penitenciárias, avaliar periodicamente o sistema penal-criminal brasileiro, estimular a pesquisa na área, estabelecer regras sobre construção e arquitetura de presídios e outros estabelecimentos penais, estabelecer critérios para elaborar estatísticas criminais, inspecionar e fiscalizar estabelecimentos penais, propor às autoridades as medidas necessárias para aprimorar os estabelecimentos penais, representar aos demais órgãos competentes do sistema de execução penal brasileiro sobre casos de violação das normas quanto à execução penal e sobre a possível interdição de estabelecimentos penais. Diante dessas funções, todas contidas no art. 64 da LEP, pode-se extrair que o CNPCP tem a atribuição de contribuir, administrativamente, com o melhor tratamento dos reclusos.

Veja-se que as atribuições do Conselho são eminentemente administrativas, no máximo propositivas ou contributivas, não detendo o órgão qualquer função de executoriedade. Assim, diante do descumprimento das normas e das diretrizes que ele estabelece para a construção e o funcionamento de estabelecimentos penais, não pode fazer nada senão representar ao juízo da execução ou à autoridade que for competente sobre a violação de direitos, garantias e dignidade dos apenados. O CNPCP é, portanto, meramente um aconselhador, como permite entrever, aliás, seu próprio nome; e, sendo assim, é um órgão desnecessário, pois no sistema brasileiro de execução penal já existem outros órgãos com as suas atribuições, inclusive outros conselhos, além do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Propõe-se, assim, que o CNPCP seja transformado em órgão análogo ao Tribunal de Contas que, *ex vi* o art. 71 da CF/88, auxilia no controle externo da Administração Pública. No caso do Tribunal de Contas ou do Conselho de Contas, trata-se de um órgão independente, que tem função primordial fiscalizatória, mas que também pode aplicar sanções legais e multas por danos causados ao erário (art. 71, VIII, da CF/88), bem como sustar de ofício, desde que não seja atendido quanto a ato que, impugnado, deveria não ter sido praticado (art. 71, X, da CF/88). *Mutatis mutandis*, o CNPCP manteria sua função fiscalizatória e auxiliar, mas também poderia aplicar sanções legais ao descumprimento de suas diretrizes quanto à construção bem como quanto à manutenção e ao funcionamento dos estabelecimentos penais, além de poder interditar tais estabelecimentos.

Nesse sentido, além de atuar como órgão ocupado com a criação de políticas públicas sociais de segurança pública, o que tem respaldo não só na LEP, mas também em vários dispositivos constitucionais (arts. 5º, 21, XV, 22, XVIII, 23, I e X, e 24, I), o CNPCP atuaria direta e imediatamente, e não indireta e mediadamente como tem acontecido quando tem acontecido, na promoção dos direitos e das garantias dos reclusos, protegendo-os e preservando sua dignidade enquanto seres humanos. É nesse sentido que o Conselho é um formulador e um implementador de políticas públicas sociais de segurança pública, as quais se constituem em direito dos presos, que poderiam exigir sua realização, acaso inexistente. Uma dessas políticas sociais, dentre as mais recentemente lançadas, é o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (PNPCP), de 2011. Trata-se de um programa que possui uma clara tendência abolicionista em relação às penas privativas de liberdade, mas não em relação ao Direito penal.

A orientação do PNPCP condiz com o entendimento aqui perfilhado de que as penitenciárias brasileiras, inclusive as capixabas, funcionam como parte de uma estrutura segregacionista da sociedade brasileira, revelando-se muito mais como verdadeiras escolas do crime, reprodutoras de criminosos, que como locais de readaptação e de recuperação social dos apenados. No entanto, embora reconheça ou pareça reconhecer isso, o PNPCP é contraditório por trazer um forte apelo em relação ao fortalecimento dos mecanismos de controle social, sem contribuir (de uma maneira significativa) com a necessária mudança do *habitus* dominante. Além de ser contraditório, o Plano é desnecessário no que se refere à concretização dos direitos e das garantias fundamentais do preso, já que o respeito ao que vem posto na CF/88 e na LEP seria suficiente para ir além do que propõe o PNPCP. Assim, além de partir de premissas e de conceitos e entendimentos equivocados, como se apontou no primeiro capítulo do presente trabalho, o Plano Nacional é irrelevante e desnecessário.

Suas conclusões são obviedades e repetições do que já vem estabelecido na LEP desde 1984 e que não vem sendo observado pelo Estado, ainda que o CNPCP tenha representado contra situações desumanas e degradantes como foram os casos da CASCUVI – Casa de Custódia de Viana/ES e das Celas Metálicas de Novo Horizonte, na Serra/ES. A criação de um Plano Nacional para o fortalecimento da

participação da sociedade na fiscalização sobre a violação de direitos fundamentais dos apenados é a confirmação de que as instâncias estatais comprometidas em tese com o mesmo tipo de controle não estão cumprindo com o seu papel, procurando, assim, transferir a responsabilidade para a sociedade. Assim, o PNPCP tem como objetivo primordial *repetir* o que vem estabelecido na Lei de Execução Penal, a qual, historicamente, não tem quase eficácia alguma.

Diante disso, é preciso muito mais que leis, planos ou resoluções e outras medidas desse tipo para uma efetiva proteção aos direitos, garantias e dignidade do apenado brasileiro. É preciso e necessário que, na prática, as violações aos direitos dos apenados e às diretrizes e normas estabelecidas pelos órgãos do sistema brasileiro de execução penal sejam punidas de modo exemplar, para que não voltem a ser cometidas. Cumpre, portanto, que se amplie o poder e as funções do CNPCP, a fim de que haja uma atuação mais eficaz, efetiva e eficiente em prol da preservação e da promoção e respeito dos direitos e garantias fundamentais do apenado, com a consequente promoção de sua dignidade enquanto seres humanos.

Nesse sentido é que duas afirmações podem ser feitas. A primeira é que o atual papel do CNPCP não tem sido determinante, e sim apenas, quando muito, acessório para a realização efetiva dos direitos fundamentais do recluso, especialmente na proteção de sua dignidade. Várias das resoluções do Conselho, além do Plano, esclarecem que o papel do CNPCP direciona-se muito mais para a manutenção do *habitus* dominante com a melhoria do sistema de controle social oficial do crime, isto é, com a melhoria do sistema penal, do que para uma melhoria na situação do recluso. Essa preocupação com os estabelecimentos prisionais revela uma visão ultrapassada e até utópica do Conselho de que a prisão reabilita o preso para o convívio social e confirma a seletividade segregacionista perpetrada pelo próprio Estado – algo como um *apartheid penal*.

A segunda afirmação que pode ser feita tem íntima relação com a primeira. Trata-se da criação de um *estatuto jurídico do recluso*, que deveria ser a política pública social de segurança pública prioritária e mais importante a ser lançada pelo CNPCP, a fim de dar real eficácia às normas constitucionais que estabelecem a dignidade, os direitos e as garantias ao recluso, bem como às normas infraconstitucionais que têm

o mesmo propósito. Diante disso é que aqui se defende que ou o CNPCP deva ser extinto, já que atualmente não possui uma função interessante para o funcionamento do sistema de execução penal brasileiro, ou o CNPCP deva ser transformado em um órgão de execução penal auxiliar do juízo de execução, com atribuições não apenas fiscalizatórias ou de auxílio na construção e no planejamento de estabelecimentos penais, mas também executivas, podendo interditar estabelecimentos em que não estejam sendo respeitados os direitos e garantias dos reclusos, violando-se, pois, a sua dignidade humana.

É dessa perspectiva que se propõe a remodelação da atuação do CNPCP, bem como a criação de estatutos jurídicos para os reclusos, para que haja uma melhoria das condições dos apenados, já que o encarceramento é visto como uma submissão involuntária do indivíduo a um tratamento que, pela CF/88 e pela LEP, deveria permitir suas readaptação e reinserção sociais, devendo, então, o Estado, enquanto mantenedor dos estabelecimentos penais, ser visto como agente responsável por essas finalidades.

3.2 ESTATUTO JURÍDICO DO RECLUSO: UMA EXIGÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Com um CNPCP mais atuante e mais forte, isto é, mais incisivo no que diz respeito à proteção e à promoção dos direitos fundamentais do recluso propõe-se a criação de um *estatuto jurídico do recluso*, baseado, principalmente, na dignidade humana do recluso. O fundamento para a necessidade de um instrumento jurídico desse porte é a necessidade de contornar o *habitus* estatal de confundir maior e melhor segurança pública com o enrijecimento do controle social por meio das instâncias oficiais, como as penitenciárias. A proposta aqui feita baseia-se no texto constitucional e na LEP, apresentando, então, uma proposição de reforma do sistema de execução penal brasileiro no formato de um projeto de lei.

Um projeto de lei desse tipo teria por objetivo a declaração de direitos e garantias do recluso, bem como as sanções aplicáveis aos servidores estatais na hipótese de

haver seu descumprimento, a determinação de deveres do recluso, bem como as sanções por seu descumprimento, a estruturação dos órgãos do sistema brasileiro de execução penal e suas funções, bem como a indicação dos estabelecimentos penais e suas destinações e finalidades. O principal objetivo de um estatuto jurídico do recluso é assegurar, efetivamente, a esses seres humanos seus direitos e garantias que não foram atingidos pela sentença ou pela lei, considerando-se como recluso todo aquele indivíduo sujeito a pena privativa de liberdade, seja definitiva seja provisória. Nesse sentido, a proposta de um estatuto soma-se às previsões que se contêm na Lei de Execução Penal e na CF/88.

O ponto de partida do estatuto jurídico do recluso deve ser um documento adotado pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em 1955, em Genebra, na Suíça. Esse documento estabelece as *Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos*, e apesar dos quase 60 anos de sua vigência, “houve poucos avanços, além de enormes dificuldades, no campo referente a políticas prisionais²¹⁴”, como refere Edmundo Oliveira. Trata-se de 95 regras cujo objetivo não é o de descrever detalhadamente um sistema penitenciário que sirva de modelo, mas apenas estabelecer as regras e os princípios para uma boa organização penitenciária, bem como de uma boa prática relativa ao tratamento de presos.

As regras são divididas em dois blocos. O primeiro traz regras pertinentes à administração geral dos estabelecimentos penitenciários, sendo aplicável a todas as categorias de reclusos. O segundo traz regras aplicáveis aos reclusos especificados em cada uma das quatro seções, devendo-se observar que a seção A tem as suas regras subsidiariamente aplicáveis às outras três seções. O propósito aqui não é o de comentar cada uma dessas regras, mas indicar as práticas que devem ser observadas a fim de que se possa promover uma mudança no *habitus* atualmente vigente no Brasil quando a questão é o tratamento de reclusos, já que o tratamento atual é altamente violador de direitos fundamentais e da dignidade do recluso.

²¹⁴ OLIVEIRA, Edmundo. Apresentação do Relatório Geral do Comitê Permanente da América Latina para a Revisão e Atualização das Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Presos: Brasil. In: *Relatório das Nações Unidas e outras boas práticas no tratamento de presos no sistema de justiça criminal: anais do workshop realizado no 12º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal*. Brasília: STF/HEUNI, 2011, p. 28.

Da leitura das Regras Mínimas, pode-se extrair que elas se referem tanto às prisões em si e ao respectivo pessoal quanto ao tratamento dado aos próprios reclusos. A maioria das (senão todas as) Regras Mínimas tem correspondência com as normas de execução penal estabelecidas pela LEP brasileira. Isso permite apontar que no Brasil, a Lei de Execuções Penais, que desenvolve melhor as garantias e os direitos fundamentais dos reclusos, isto é, o rol de garantias e direitos constitucionalmente previstos e que devem ser observados em benefício dos apenados, tem a força de um estatuto jurídico do recluso. O grande obstáculo, porém, é que a LEP tem a fama de não ter eficácia social ou jurídica alguma, já que na prática não se observam suas orientações mínimas, nem os órgãos estatais, inclusive os judiciais, lhe dão a devida atenção e aplicação. Tanto é assim que a situação dos presídios capixabas chegou ao nível de haver frontal violação aos direitos e garantias fundamentais dos reclusos, e, por conseguinte, de sua dignidade humana, como ficou demonstrado no primeiro capítulo.

Além da LEP e do texto constitucional, o CNPCP editou as Resoluções n. 14/1994 e n. 1/1995, que basicamente repetem as normas contidas na legislação brasileira sobre o tratamento dos reclusos, bem como os princípios e as diretrizes contidas nas Regras Mínimas estabelecidas pelas Nações Unidas. Tem-se, de toda forma um genuíno estatuto jurídico do recluso no Brasil, mas que, todavia, não tem recebido a devida aplicação. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho bem aponta essa situação:

(...) quando em jogo está a vida das pessoas ou a dignidade da pessoa humana precisaria arrecadar muito “peso” para colocar no outro prato da balança e fazê-lo pender para ele. Na prática, porém, não é bem assim: juízes bem-intencionados, sérios e garantistas (...), mantêm seres humanos amontoados, empilhados, depositados, como se fossem “coisas”, em cadeias e penitenciárias do país inteiro, tudo como se não fosse uma ofensa inominável à *dignidade da pessoa humana*, com frequência cancelando a escolha “dos que vão morrer”, como se noticia todos os dias²¹⁵.

A crítica do autor supracitado se refere ao *habitus* de encarceramento praticado pela sociedade brasileira, o que é patente, especialmente quando se encontra, como já

²¹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Da política pública ditada pelo Poder Judiciário no tocante à saúde pública e o paradoxo quanto à política carcerária. In: BESTER, Gisela Maria (org.). *Sistema penal contemporâneo: a crítica e o debate*. Anápolis (Goiás): Universidade Estadual de Goiás, 2010, p. 81.

aconteceu em Contagem, na região metropolitana de Belo Horizonte, um juiz que, levando os direitos e as garantias fundamentais dos reclusos a sério, depois de ter solicitado às autoridades e órgãos competentes para adequar o número de presos ao total de vagas e não ter sido atendido, mandou soltar os presos, o que gerou descontentamento e, por consequência, seu afastamento de suas funções de magistrado²¹⁶. O *habitus* é simples de perceber, mas difícil de superar.

A percepção decorre do discurso repetido e repetitivo de falência do sistema penitenciário e punitivo, que faz com que a sociedade *perceba* que sua segurança está ameaçada e que é necessário que o Estado aja para mudar essa situação, mas também faz com que a sociedade *perceba* que o Estado não tem agido para melhorar isso. Daí a crítica de Christine Kampmann Bittencourt e Neila Paula Likes, de que “O Estado mantém uma política legislativa simbólica, de aparências, onde não se realizam minuciosos estudos sobre as leis a serem editadas, as quais surgem em meio a alardeadas discussões e ideias leigas sobre o tema²¹⁷”. Cumpre, portanto, repensar a política criminal e penitenciária brasileira.

A falta de tratamento digno dos reclusos é patente, evidenciando o descaso estatal, o que se materializa “na ocorrência de motins e rebeliões nos estabelecimentos penitenciários, cujas revoltas são incontroláveis, até que resultem em mortes e danos ao patrimônio público²¹⁸”. Movimentos intracarcerários desse tipo são muito comuns nas prisões brasileiras, sendo um dos casos mais notórios a rebelião de 1992 na Casa de Detenção de São Paulo (Carandiru), conhecida como o massacre do Carandiru, quando 111 detentos foram mortos pela Polícia Militar. Não que toda rebelião seja justificável ou legítima, mas é provável que algo de sua legitimidade se perdesse caso o Estado resolvesse efetivar os direitos e as garantias fundamentais (constitucionalmente previstos) dos reclusos, bem como aplicar a Lei de Execução Penal.

²¹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Obra citada, 2010, p. 81-82.

²¹⁷ BITTENCOURT, Christine Kampmann; LIKES, Neila Paula. Breves linhas sobre a inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado. In: BESTER, Gisela Maria (org.). *Sistema penal contemporâneo: a crítica e o debate*. Anápolis (Goiás): Universidade Estadual de Goiás, 2010, p. 215.

²¹⁸ BITTENCOURT, Christine Kampmann; LIKES, Neila Paula. Obra citada, 2010, p. 216.

No entanto, na contramão do que é necessário fazer, o Estado atua com paliativos, ou seja, suas providências apenas engrossam os números do sistema carcerário. É dizer, em vez de tratar os reclusos dignamente, respeitando seus direitos e garantias que não foram atingidos pela sentença condenatória, procurando ressocializar o indivíduo preso, o Estado prefere manter o caráter retribucionista da reclusão, quer dizer, “ao invés de encontrar soluções eficazes e modernar para a diminuição da criminalidade, continua-se preso ao passado, fazendo com que a prisão seja um mero depósito de seres humanos que estão lá apenas para pagar o mal com o mal²¹⁹”.

Tratar os reclusos como refugo humano ou como *homo sacer*, como se viu no segundo capítulo, é uma constante no sistema penitenciário de matriz capitalista na modernidade líquida. Alocar os indesejados em guetos ou em favelas, ou, se essas concentrações populacionais não forem suficientes para mantê-los afastados de uma sociedade cada vez mais preocupada com a sua segurança própria ou, melhor, com a manutenção de uma prática de exclusão, em penitenciárias é decorrência de uma prática penitenciária cada vez mais arraigada, como se a melhor e talvez a única solução para o problema da criminalidade fosse o controle social com resultante no encarceramento. Criam-se, assim, inimigos do direito penal, em contraposição aos amigos do direito penal, etiquetando os delinquentes como não cidadãos porque o direito penal é aplicado em toda sua severidade contra eles e como não pessoas porque não lhes é respeitada sua dignidade.

Não se defende o abolicionismo do direito penal, nem o abolicionismo das penas privativas de liberdades, e sim a reconfiguração destas para que sejam condizentes com os direitos e as garantias do recluso, promovendo sua dignidade enquanto ser humano. Nesse sentido, Anabela Miranda Rodrigues, ao discorrer sobre a mesma questão, embora em Portugal, destaca que é preciso levar em consideração dois objetivos para a remodelagem das prisões: evitar que o recluso seja dessocializado, o que implica necessariamente em modificações substanciais nos estabelecimentos penitenciários, desde sua arquitetura e construção até sua manutenção e a alocação de apenados, bem como a que tipo de delinquentes são enviados às prisões e de

²¹⁹ BITTENCOURT, Christine Kampmann; LIKES, Neila Paula. Obra citada, 2010, p. 216.

que forma eles são nelas mantidos²²⁰; promover a não dessocialização do recluso, é dizer tratar o recluso como cidadão e como pessoa, de maneira que se não for possível socializá-lo, que pelo menos ele não sofra o movimento contrário, isto é, que a pena privativa não seja uma pena de banimento da sociedade²²¹. Cumpre que se enxergue e se torne a pena privativa de liberdade e os estabelecimentos em que ela é cumprida em mecanismos de socializadores. Como aponta a professora portuguesa:

Hoje, sabe-se que as ideias de “correção” ou de “educação” não se compadecem com a existência de duros e degradantes regimes prisionais, pressupondo, pelo contrário, o respeito e a salvaguarda da dignidade humana. E que só deste modo se fomenta o sentido de responsabilidade e de pertença à sociedade do recluso. Base imprescindível de um pensamento socializador é que a vida na prisão se oriente para a preparação do recluso para a liberdade e, conseqüentemente, que lhe sejam assegurados, enquanto recluso, os direitos de que goza enquanto pessoa livre²²².

Diante disso se atesta que a execução das penas privativas de liberdades, cujo cumprimento é feito em estabelecimentos penitenciários, necessita de uma revisão, bem como os órgãos responsáveis pela fiscalização desses estabelecimentos, em especial o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, necessitam de reestruturação em suas atribuições, para não se repetirem nem serem praticadas violações a direitos e garantias fundamentais dos reclusos, violando sua dignidade enquanto seres humanos. Nesse sentido é que se pode afirmar que as penas que privam liberdades têm sido ineficazes, e isso por duas razões: primeira porque “o ambiente carcerário, em razão de sua antítese com a comunidade livre, converte-se em meio artificial, antinatural, que não permite realizar nenhum trabalho reabilitador sobre o recluso²²³”; segunda porque nesses ambientes “as condições materiais e humanas tornam inacanável o objetivo reabilitador²²⁴”.

Portanto, a execução das penas e o local em que elas são executadas devem passar por uma reestruturação, bem assim os órgãos responsáveis por sua

²²⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 47-48.

²²¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. Obra citada, 2001, pp. 51-52.

²²² RODRIGUES, Anabela Miranda. Obra citada, 2001, pp. 65-66.

²²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 162.

²²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Obra citada, 2011, p. 163.

fiscalização, máxime o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Há que se quebrar o ciclo vicioso do *habitus* dominante, o qual trabalha sobre a dialética da exclusão/inclusão social, buscando nos indesejados, no refugio humano, no *homo sacer* o bode expiatório pelos males do crescimento da criminalidade e do declínio da segurança pública; devendo-se implantar um ciclo virtuoso em que os direitos do recluso são devidamente respeitados e a sua dignidade humana é devidamente promovida. Faz-se, assim, urgente resuscitar o estatuto jurídico do recluso contido na Lei de Execução Penal e nos dispositivos constitucionais específicos, bem como dar uma maior funcionalidade ao CNPCP, já que, atestadamente, os órgãos que têm a responsabilidade de interditar penitenciárias e cuidar do respeito e da promoção da dignidade e dos direitos dos reclusos não têm cumprido com seu papel.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, há que se destacar os principais pontos discutidos em cada um dos três capítulos do presente trabalho, para que se possa, finalmente, tecer as considerações finais.

No primeiro capítulo, intitulado *O CNPCP e a dignidade humana nas penitenciárias capixabas*, apresentou-se o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, destacando-se sua atuação principalmente no que tange ao planejamento e à execução de políticas públicas voltadas para a melhoria do sistema de execução das penas privativas de liberdade no Brasil, bem assim como o seu papel de agente fiscalizador do funcionamento dos estabelecimentos prisionais, especialmente no que diz respeito à concretização dos direitos e garantias fundamentais do recluso e à promoção de sua dignidade enquanto ser humano.

Nesse sentido, depois de apresentada a origem, a estrutura e o funcionamento do Conselho Nacional, foram analisados alguns pontos importantes para o presente trabalho do Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária. A leitura do art. 64 da Lei de Execução Penal permite que se extraia a principal atribuição do CNPCP: elaborar políticas públicas no setor penitenciário, avaliando periodicamente o sistema e inspecionando os estabelecimentos prisionais. Dentro da função inspecionadora, o CNPCP deve representar às autoridades competentes sobre casos de violação das normas de execução penal. Diante disso, ficou consignado que o Conselho Nacional é, atualmente, o órgão fiscalizador e implementador de políticas públicas sociais de segurança pública.

Dentre essas políticas, deu-se destaque ao Plano Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias, o qual apresenta forte apelo pelo fortalecimento dos mecanismos formais e informais de controle social. O fio condutor das catorze medidas propostas pelo Plano é a reformulação do modelo brasileiro de políticas públicas de segurança pública. Evidenciou-se na análise que a proposta do Plano está aquém do que a realização do que o texto constitucional prevê permitiria ao recluso desfrutar. O

apelo do Plano por mais controle social é analisado no segundo capítulo, o qual explica a razão por detrás desse apelo.

Diante disso, analisou-se, de maneira crítica, se o Conselho Nacional desempenha um papel verdadeiramente determinante para a promoção dos direitos fundamentais e da dignidade humana dos reclusos. Analisou-se, assim, ainda nesse primeiro capítulo, o conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana, sob uma perspectiva penal-penitenciária, com especial foco sobre o caso do sistema prisional capixaba e como o CNPCP (não) contribuiu para reverter a situação encontrada e denunciada. Isso ficou evidente na análise da atuação geral do CNPCP, em especial a partir de suas Resoluções, que demonstram que o Conselho mais se preocupa com a construção de estabelecimentos prisionais e com a melhoria do controle social do que com uma melhoria na situação dos apenados.

Fez-se, com isso, uma análise da indignidade humana nas penitenciárias capixabas, a partir das denúncias sobre o desrespeito aos direitos dos apenados das Celas Metálicas de Novo Horizonte na Serra/ES e na Casa de Custódia de Viana/ES, com o que se destacou a falta de condições de salubridade e de higiene. De acordo com um Relatório de Vistoria produzido em 2009, o Conselho constatou uma situação de grande descaso com a dignidade do apenado. Passados dois anos, o Relatório da CONECTAS destacou a ineficiência do sistema prisional capixaba e a ausência do Estado na concretização dos direitos dos reclusos, tornando ineficazes, nesse item, tanto o texto constitucional quanto a Lei de Execução Penal e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Com o primeiro capítulo, descreveu-se o sistema penitenciário capixaba como ele efetivamente é, indicando-se toda a situação concreta a ser analisada no segundo capítulo, intitulado *A rotulação social, sua manutenção e crítica*. No primeiro capítulo firmou-se que mesmo após a fiscalização do CNPCP e de denúncias sobre violação dos direitos dos reclusos não houve uma mudança significativa, permanecendo um *habitus* de violação de direitos e de dignidade a partir de um controle social efetuado pela via da rotulação, distinguindo aquele que será tratado como cidadão daquele que será tratado como inimigo.

Nesse sentido, o segundo capítulo trouxe duas análises. A primeira para identificar a justificativa por detrás de como o sistema penitenciário brasileiro funciona, ou seja, porque a execução das penas privativas de liberdade funciona do modo como funciona no Brasil. A segunda para criticar a justificativa dada, partindo-se da criminologia crítica, demonstrando-se como, na prática, se mantém e se defende algo que na teoria e no discurso estatal de direitos humanos se abomina. As duas análises críticas preparam o campo para a proposta do terceiro capítulo por um CNPCP mais atuante e por um estatuto jurídico do recluso.

Com a primeira análise crítica ficou traçado no plano teórico que explica o que na prática acontece. Tem-se, assim, que a ineficiência do sistema penitenciário e que a ausência do Estado “se justificam” pelo fato de que na sociedade de modernidade líquida (Zygmunt Bauman), o sistema capitalista, que não se sustenta se não houver um confronto dialético entre exclusão e inclusão e que se encontra em crise (Slavoj Žižek), naturaliza essa lógica cuja importância é arbitrariamente determinada por um *habitus* reproduzido automaticamente (Pierre Bourdieu) pelas instâncias de controle social (David Garland) formais e informais que dão continuidade aos mecanismos de segregação social, como as favelas e os guetos (Loïc Wacquant), especialmente no que eles não se mostrarem capazes de fazer, determinando a rotulação de pessoas como refugio humano (Bauman) ou como *homo sacer* (Giorgio Agamben, citado por Thiago Fabres de Carvalho e por Žižek), ou, ainda, destinando a eles uma situação de não cidadãos e de não pessoas (Günther Jakobs), e, por isso, sem direitos e sem dignidade.

Essa descrição teórica demonstrou que o sistema prisional brasileiro a “justificativa” para o funcionamento atual do sistema prisional brasileiro, incluído o capixaba. A análise crítica que veio em seguida apresentou a desconstrução da ideologia da defesa social, o surgimento da ideologia da reação social, passando-se, em seguida, para a análise da criminologia crítica, como forma de apontar a ideia abolicionista, não sob um viés radical de abolição do sistema penal, mas de abolição da execução das penas privativas de liberdade, do modo como ela é atualmente feita, sem que se respeite a dignidade e os direitos dos reclusos.

Por fim, o terceiro capítulo, *O CNPCP e o estatuto jurídico do recluso*, trouxe o que se inferiu ao longo do trabalho, primeiro sobre o desempenho pelo CNPCP de suas atribuições e sua influência na melhoria do tratamento dispensado aos reclusos, ou seja, na concretização de seus direitos, garantias e dignidade; segundo sobre a real necessidade de que haja um efetivo e eficaz estatuto jurídico do recluso, em que os agentes dos órgãos que não o cumprirem sejam efetivamente punidos. Desse modo, o terceiro capítulo concluiu pela necessidade de um CNPCP mais atuante e de um estatuto jurídico do recluso que funcione efetivamente na prática. Entende-se que a existência do CNPCP só se justifica se ele puder agir na efetiva e real melhoria do sistema penitenciário brasileiro e no tratamento dispensado aos reclusos.

Propõe-se, assim, uma remodelação da atuação do CNPCP, permitindo que, além de fiscalizar os estabelecimentos prisionais, o órgão também tenha por atribuição a sua interdição preventiva em caso de ficar verificado que há o descumprimento dos direitos dos reclusos e a violação de sua dignidade, devendo remeter o Relatório ao Ministério Público para que esse promova as ações cabíveis contra os responsáveis pelas violações. Mas essa mudança nas funções do CNPCP têm de vir junto com a real eficácia do já existente estatuto jurídico do recluso, ou seja, com o respeito que se deve às normas constitucionais e de execução penal pertinentes, a fim de que a execução das penas privativas de liberdade não seja uma escola do crime, em que os indivíduos são jogados porque indesejados pela sociedade, inviabilizando a sua readaptação e reinserção sociais.

REFERÊNCIAS

A GAZETA. *Agentes*: Estado sabia de vídeo havia um ano. Detentos foram obrigados a agacharem-se, nus, no escuro (29/02/2012). Disponível em: http://gazetaonline.globo.com/conteudo/2012/03/noticias/a_gazeta/dia_a_dia/1128221-agentes-estado-sabia-de-video-havia-um-ano.html. Acesso em: 14 jul. 2012.

ALVES, André Moraes. Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo. *Maná*, vol. 8, n. 1, p. 213-240, 2002.

AMBOS, Kai. Direito penal do inimigo. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. *Panóptica*, n. 11, p. 1-45, nov. 2007/fev. 2008.

AMORIM, Carlos. *CV-PCC: a irmandade do crime*. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2008.

ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio. Aproximación a un “derecho penitenciario del enemigo”. *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, n. 253, p. 29-58, 2007.

AUGUSTO, Maria Helena Oliva. Segregação social e violência urbana. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 17, n. 48, p. 216-222, fev. 2002.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Criminalidade e justiça penal na América Latina. *Sociologias*, vol. 7, n. 13, p. 212-241, 2005.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina. *São Paulo em Perspectiva*, vol. 18, n. 1, p. 39-48, 2004.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1997, p. 129-146.

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

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

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

BITTENCOURT, Christine Kampmann; LIKES, Neila Paula. Breves linhas sobre a inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado. In: BESTER, Gisela Maria (org.). *Sistema penal contemporâneo: a crítica e o debate*. Anápolis (Goiás): Universidade Estadual de Goiás, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade humana. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord.). *Princípios do direito contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOURDIEU, Pierre. *A distinção: crítica social do julgamento*. Trad. Daniela Kern e Guilherme J. F. Teixeira. São Paulo: Edusp, 2007.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. *La reproducción: elementos para una teoría del sistema de enseñanza*. Trad. J. Melendres y M. Subirats. 2. ed. México, DF: Fontamara, 1996.

BRASIL. *Diário Oficial da União*: 03/09/1980. Brasília: Imprensa Oficial, 1980.

BRASIL. *Diário Oficial da União*: 04/09/1980. Brasília: Imprensa Oficial, 1980.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALDEIRA, Teresa P. do Rio. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Editora 34, 2000.

CARVALHO, Thiago Fabres de. O “direito penal do inimigo” e o “direito penal do *homo sacer* da baixada”: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro, p. 4. Disponível em: <http://www.ihj.org.br/pdfs/Artigo_Thiago_Fabres.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2012.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CBN. Vídeo de tortura em presídio mostra presos nus praticando exercícios. Disponível em: http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2012/02/noticias/cbn_vitoria/reportagem/1124190-video-de-tortura-em-presidio-mostra-presos-nus-praticando-exercicios.html. Acesso em: 14 jul. 2012.

CICOUREL, Aaron V. As manifestações institucionais e cotidianas do *habitus*. *Tempo Social – Revista de Sociologia da USP*, vol. 19, n. 1, p. 169-188, jun. 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Da política pública ditada pelo Poder Judiciário no tocante à saúde pública e o paradoxo quanto à política carcerária. In: BESTER, Gisela Maria (org.). *Sistema penal contemporâneo: a crítica e o debate*. Anápolis (Goiás): Universidade Estadual de Goiás, 2010.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Proposta de uma nova política criminal para o Brasil. *Revista Jurídica do Instituto de Pesquisas e Estudos*, n. 22, ago./nov. 1998.

FERREIRA, Hélio Rios; FERREIRA, Heliomar Rios. A impossibilidade de relativização da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 73. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Trad. Luciana Caplan et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro. Direito penal do inimigo, ou um Direito Penal pelas metades. *Revista Ciências Penais*, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-jun. 2010.

JAKOBS, Günther. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad. Trad. Manuel Cancio Meliá. *Panóptica*, n. 11, p. 197-213, nov. 2007/fev. 2008.

KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2005.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *CNPCP: relatório de visita ao Espírito Santo*, 2009. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJE9614C8CITEMIDA5701978080B47B798B690E484B49285PTBRNN.htm>. Acesso em: 29 jan. 2012.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, 2011. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJE9614C8CITEMIDD1903654F8454D5982E839C80838708FPTBRNN.htm>. Acesso em: 28 jan. 2012.

NOWAK, Manfred. Discurso inaugural. In: *Relatório das Nações Unidas e outras boas práticas no tratamento de presos no sistema de justiça criminal: anais do workshop realizado no 12º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal*. Brasília: STF/HEUNI, 2011.

OLIVEIRA, Edmundo. Apresentação do Relatório Geral do Comitê Permanente da América Latina para a Revisão e Atualização das Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Presos: Brasil. In: *Relatório das Nações Unidas e outras boas práticas no tratamento de presos no sistema de justiça criminal: anais do workshop realizado no 12º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal*. Brasília: STF/HEUNI, 2011.

PINHEIRO FARO, Julio. Liberalismos políticos. *Revista dos Tribunais*, vol. 914. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 285-317, dez. 2011.

RAUD, Cécile. Bourdieu e a nova sociologia econômica. *Tempo Social – Revista de Sociologia da USP*, vol. 19, n. 2, pp. 203-232, nov. 2007.

RIBEIRO JÚNIOR, Humberto. *Encarceramento em massa e criminalização da pobreza no Espírito Santo: as políticas penitenciárias e de segurança pública do governo de Paulo Hartung (2003-2010)*. Vitória: Cousa, 2012.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Prefácio: anatomia de uma criminologia crítica. In: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Os indesejados como inimigos: a exclusão de seres humanos do *status personae*. Trad. Mário Ferreira Monte. *Panóptica*, n. 11, p. 135-151, nov. 2007/fev. 2008.

STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Trad. Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VÍQUEZ A., Karolina. Direito penal do inimigo: quimera dogmática ou modelo orientado para o futuro? Trad. Julio Pinheiro Faro. *Panóptica*, n. 11, p. 46-63, nov. 2007/fev. 2008.

WACQUANT, Loïc. A aberração carcerária à moda francesa. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, vol. 47, n. 2, p. 215-232, 2004.

WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto*. Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WACQUANT, Loïc. Notas para esclarecer a noção de habitus. *Revista Brasileira de Sociologia da Emoção*, vol. 6, n. 16, p. 5-11, 2007.

WACQUANT, Loïc. O lugar da prisão na nova administração da pobreza. *Novos Estudos – CEBRAP*, n. 80, p. 9-19, mar. 2008.

WACQUANT, Loïc. O que é gueto? Construindo um conceito sociológico. *Revista de Sociologia e Política*, n. 23, p. 155-164, 2004.

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.

ŽIŽEK, Slavoj. *Vivendo no fim dos tempos*. Trad. Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2012.