

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

SIMONE SCHUCK DA SILVA

**DISCURSOS ENCARCERADORES: A CONTRIBUIÇÃO DOS OPERADORES DO
DIREITO NA CULTURA DA PRISÃO**

Porto Alegre
2015

SIMONE SCHUCK DA SILVA

**DISCURSOS ENCARCERADORES: A CONTRIBUIÇÃO DOS OPERADORES DO
DIREITO NA CULTURA DA PRISÃO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo

Porto Alegre
2015

SIMONE SCHUCK DA SILVA

**DISCURSOS ENCARCERADORES: A CONTRIBUIÇÃO DOS OPERADORES DO
DIREITO NA CULTURA DA PRISÃO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito parcial para a obtenção do grau
de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais
pela Faculdade de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovado em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof^ª. Dr^ª. Rosa Maria Zaia Borges

Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho

Prof. Dr. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (Orientador)

Porto Alegre
2015

Como não seria a prisão a pena por excelência numa sociedade em que a liberdade é um bem que pertence a todos da mesma maneira e ao qual cada um está ligado por um sentimento “universal e constante”?

Michel Foucault

AGRADECIMENTOS

anões sentados sobre os ombros de gigantes...

Reconhecer nesse espaço simples todo o apoio que me foi oportunizado não é capaz de representar sua real importância, mas minha gratidão tenta registrar aqui minha alegria pela rede espontânea de suporte, conhecimento e amor sem a qual eu nada poderia, nada seria.

Agradeço a Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo pela sincera orientação, pela total disponibilidade física e intelectual, pelas oportunidades oferecidas, pelo apoio moral e pela confiança, mas, especialmente, pela concretização do significado de educar – “impregnar de sentido o que fazemos a cada instante”. Muito obrigada!

À Fernanda Bestetti Vasconcellos, mulher e pesquisadora com quem tive a honra e o prazer de aprender e trabalhar, agradeço o apoio intelectual, afetivo e muitas vezes terapêutico, sem esquecer da imprescindível ajuda operacional oferecida quando eu mais precisei. Muito obrigada pelo carinho e pela paciência!

À Tamires de Oliveira Garcia, Isadora Dias Vargas, Aline Rocha, Karoline Borba, Ana Luíza Teixeira Nazário e Alícia Nelsis, mulheres, guerreiras, amigas e companheiras, gritos de resistência na surda faculdade de direito contemporânea, que conciliam com plena dedicação labuta, militância e algumas ainda pesquisa científica, minha mais sincera admiração, afeto sem tamanho e agradecimento profundo pelo aprendizado diário. Vocês são incríveis!

Quero agradecer a Ricardo Silveira Castro pela companhia na caminhada jurídica diária, pelo apoio nas primeiras (in)experiências científicas e por suportar minhas angústias acadêmicas e pessoais sempre com os braços abertos e um sorriso amigo no rosto. Aguardo ainda mais histórias juntos para darmos risadas!

Agradeço a amizade, o carinho, a confiança e a paciência de Lenise Bermann Leal: obrigada pela disposição e pela alegria da convivência! E à Rosa Maria Zaia Borges, mulher poeta, toda minha adoração, meu sincero carinho e minha gratidão pela amizade. Ternura eterna!

Agradeço a Álvaro Felipe Oxley da Rocha meu despertar pela investigação científica, as oportunidades constantemente oferecidas e o incentivo à pesquisa durante toda a graduação.

Quero agradecer também a Vinicius Gomes de Vasconcellos pelo suporte imprescindível nos meus primeiros passos acadêmicos e a Ana Claudia Cifali pela prontidão em apoiar minhas ideias malucas e em esclarecer minhas confusões, assim como pela confiança investida: obrigada por viver perigosamente a vida acadêmica comigo. Vocês foram muito importantes na minha caminhada!

Ao Grupo de Pesquisa em Políticas de Segurança e Administração da Justiça Penal, o GPESC, agradeço as contribuições ímpares, fruto de muito trabalho e dedicação pessoais, sem as quais qualquer produção de conhecimento pretendida por mim jamais existiria. Obrigada por me fazerem compreender a importância e a beleza da construção coletiva do saber.

A Diego da Silva Saldanha, minha gratidão imensurável pela compreensão, pelo corajoso apoio real do cotidiano e pelo carinho e sensibilidade ilimitados. Obrigada pelo paradoxo de trazer leveza à minha alma irrequieta e incentivar atrevimento quando das minhas dúvidas. Agradeço os incontáveis suportes práticos, os incentivos críticos, a força e o zelo. Muito obrigada, Diego, pelo nosso amor sincero.

Por fim, quero agradecer imensamente esse amor inexplicável, louco e generoso que só os pais conseguem sentir, dedicando a alguém tão “outro” boa parte de sua vida, seus medos, afetos e lutas em razão de um simples laço de sangue. Muito obrigada, Odete Maria Schuck e Laerte Tomaz Freitas da Silva: eu não seria nada sem sua dedicação. Amo vocês!

RESUMO

O trabalho pretende demonstrar a influência do discurso jurídico na cultura encarceradora, a partir dos aportes da sociologia da punição e do estudo da retórica dos operadores do direito no campo jurídico. Para tanto, foi realizada uma análise qualitativa de decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos casos em que, face à ausência de vagas no regime semiaberto, foi deferido o regime domiciliar com monitoramento eletrônico aos apenados. Tratou-se de avaliar a retórica punitiva empregada pelo Poder Judiciário, mesmo com a comprovada falência da pena privativa de liberdade e a possibilidade de uma decisão inovadora, tendo em vista a existência de uma lacuna legal.

Palavras-chave: Sociologia da punição. Discurso jurídico. Cultura encarceradora.

ABSTRACT

The investigation intends to show the influence of legal discourse in incarceration culture, from the contributions of the sociology of punishment and the study of the law operators' rhetoric in the juridical field. Therefore, took place a qualitative analysis of judgments of the Court of Justice of Rio Grande do Sul, in which, in the absence of places in semi-open regime, was granted the house arrest with electronic monitoring for inmates. The punitive rhetoric employed by the judiciary was evaluated, even with the proven failure of deprivation of liberty and the possibility of an innovative decision, given the existence of a legal omission.

Key words: Sociology of punishment. Legal discourse. Incarceration culture.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DA ESTRUTURA SOCIAL À CULTURA ENCARCERADORA: A FALÊNCIA DA PENA DE PRISÃO E SUA ANÁLISE COMO FENÔMENO SOCIAL.....	11
2.1 CRISE DO CORRECIONALISMO E CULTURA PUNITIVA: A PREFERÊNCIA PELO CÁRCERE	13
2.2 A FUNÇÃO REAL DA PRISÃO A PARTIR DA SUA ABORDAGEM COMO FENÔMENO SOCIAL	18
3 A INFLUÊNCIA DOS OPERADORES DO DIREITO NO ENCARCERAMENTO: CONSEQUÊNCIAS DO DISCURSO JURÍDICO	36
3.1 O SISTEMA E O CAMPO JURÍDICO: O INTERESSE NA PRESERVAÇÃO PELO DISCURSO.....	36
3.2 DA LEGITIMAÇÃO DO CAMPO AO ENCARCERAMENTO: AS CONSEQUÊNCIAS DA PALAVRA QUE DIZ O DIREITO	45
4 DISCURSOS ENCARCERADORES: ANÁLISES DA CULTURA DA PRISÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL	51
4.1 QUANDO A LEI SILENCIA: O TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A REALIDADE DA AUSÊNCIA DE VAGAS PARA O REGIME SEMIABERTO	52
4.2 ANÁLISE DOS ARGUMENTOS UTILIZADOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL.....	54
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS.....	66
APÊNDICE – Amostra de acórdãos analisados.....	70

1 INTRODUÇÃO

Segundo o Conselho Nacional de Justiça, o Brasil levou 563.526 pessoas ao cárcere em 2014 e foi considerado o 4º país com mais presos no mundo em números absolutos. Especificamente no estado do Rio Grande do Sul, 27.336 se encontravam encarcerados no mesmo ano. Apesar dos estimados altos índices de reincidência e do aumento reiterado do cometimento de crimes, a implementação de legislação menos encarceradora permaneceu incapaz de impactar as taxas de encarceramento.

Assim, objetiva-se apresentar a influência do discurso judicial na concretização de uma cultura encarceradora, a partir da análise qualitativa de decisões judiciais, vez que, apesar de qualquer proposição normativa, os índices prisionais permanecem em ascensão. Nesse sentido, a hipótese levantada aponta o discurso do Poder Judiciário como diretamente responsável pela manutenção de uma cultura encarceradora, mesmo com a existência de uma lacuna legal sobre a prisão (ausência de vagas no semiaberto).

Para investigar o tema, adotou-se a perspectiva sociológica, em razão de sua posição de observação e exame da aplicação e efeitos sociais do sistema jurídico e sua relação com a sociedade. Atentou-se para a necessidade de pensar o sistema judiciário como parte do contexto social, como uma instituição imersa nos processos sociais e não absolutamente autônoma ou isolada. Ademais, compreende-se que o estudo sociológico permite considerar macrofatores importantes para compreender a dinâmica dos tribunais no país, tais como o seu contexto histórico, a ausência de tradição democrática, os aspectos constitutivos de uma sociedade marcada pelo processo de colonização e as intensas desigualdades sociais que ainda permanecem na sociedade brasileira.

Parte-se da sociologia da punição, que não pretende justificar a pena ou fundamentar o uso do cárcere como prática penal, mas compreender a (ir)racionalidade que este fenômeno sustenta ainda hoje, mesmo após comprovada sua ineficácia em modificar o estado das coisas, para entender porque a prisão permanece como punição primeira apesar de já comprovada sua falência.

Ademais, a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, dos estudos sobre o campo de Pierre Bourdieu, da análise do poder do discurso de Michel Foucault e da investigação sobre o conservadorismo do judiciário brasileiro de Rui Portanova,

investiga-se a relevância do discurso judicial na operação do direito na escolha pela pena de prisão.

Por fim, realiza-se uma pesquisa empírica sobre a aplicação da prisão domiciliar conjuntamente com o monitoramento eletrônico no estado do Rio Grande do Sul, nos casos em que, estabelecido o regime semiaberto ao condenado, não há vagas para o seu cumprimento. Assim, analisando o discurso empregado nos acórdãos oriundos do Tribunal de Justiça do estado, pretende-se compreender a influência dos operadores do Direito na centralidade punitiva do cárcere.

2 DA ESTRUTURA SOCIAL À CULTURA ENCARCERADORA: A FALÊNCIA DA PENA DE PRISÃO E SUA ANÁLISE COMO FENÔMENO SOCIAL

As décadas de 1980 e 1990 revelaram um aumento dos problemas sociais relacionados à segurança pública na América Latina, em razão de um contexto de crise multifatorial. Se por um lado se observou um considerável crescimento das taxas de delitos registrados, especialmente em relação aos crimes violentos no meio urbano (SOZZO, 2012), também se verificou um aumento no sentimento de insegurança da população e a sua perda de confiança nos atores estatais tradicionalmente ligados ao combate do crime (CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, 2011).

Contudo, considerando o sistema de justiça criminal como o conjunto de práticas de construção social e institucional do crime, assim como sua representação quantitativa produzida com base na atuação da polícia, do Poder Judiciário e dos atores da execução penal (criminalizações), é imprescindível destacar o contexto de profundas mudanças sociais, culturais e econômicas ocorridas nos últimos trinta anos no Brasil. Nesse sentido, observa-se que a questão criminal passa a ser matéria recorrente de informação e debate nos meios de comunicação como tema fundamental na produção de sentido dos circuitos culturais, revelando a sensação de crise da segurança tanto dentro como fora dos aparatos estatais criminalizantes (GARLAND, 2005).

No campo teórico, o período apresenta um predomínio da criminologia crítica¹, que, com a crise da segurança e do Estado de bem-estar social, identifica o reflexo de uma política neoliberal em muitas respostas ao crime, consubstanciando-as no que se denominou realismo de esquerda (YOUNG, 1980). Observa-se uma mudança no tratamento dos crimes e dos sujeitos penalizados até os anos 2000, face à punição assumir um novo rumo proposto pelas alterações legislativas e pelo desenvolvimento de políticas criminais conhecidas como de “Tolerância Zero”², as quais são identificadas na atuação dos operadores do direito penal.

¹ A criminologia crítica dirige seus estudos principalmente para “o processo de criminalização, identificando nele um dos maiores nós teóricos e práticos das relações sociais de desigualdade próprias da sociedade capitalista, e perseguindo, como um de seus objetivos principais, estender o campo do direito penal, de modo rigoroso, a crítica do direito desigual” (BARATTA, 2011, p. 197). Assim, suas principais pretensões são “construir uma teoria materialista (econômico-política) do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, e elaborar as linhas de uma política criminal alternativa, de uma política das classes subalternas no setor do desvio” (Ibidem, p. 197).

² Segundo Salla, Gauto e Alvarez (2006, p. 334), a política de Tolerância Zero “é o instrumento para controlar as camadas populares, dando respaldo jurídico ao encarceramento ao menor sinal de

A ampliação da população carcerária é verificada como consequência imediata da assunção de um paradigma de endurecimento penal legislativo e de formas radicais de controle criminal. No Brasil, as estatísticas crescentes relacionadas à pena de prisão refletem uma política criminal autoritária, consequente de uma preferência pelo cárcere em detrimento de alternativas à privação de liberdade.

O sistema penitenciário brasileiro, em 2005, apresentava 296.919 encarcerados, e em 2013 esse número passou a ser de 537.790 pessoas, dentre as quais 215.639 são presos provisórios, ou seja, 40,09% dos encarcerados (FBSP, 2007; 2014). No estado do Rio Grande do Sul, a situação foi a mesma, com índices de 22.621 presos no sistema penitenciário em 2005 e 28.743 em 2013, dos quais 26,71% eram presos provisórios (FBSP, 2007; 2014).

Mesmo com tamanha ênfase na pena privativa de liberdade, a consequência, que não surpreende, é a manutenção do crescimento dos índices relacionados ao crime. Apesar da dificuldade em coletar dados estatísticos sobre a reincidência nos presídios brasileiros, estimula-se em 70% a taxa de retorno ao cárcere no país³. No Rio Grande do Sul, o índice de reincidência apresentado pela Superintendência dos Serviços Penitenciários (SUSEPE), em abril de 2015, é de 68,76%.

Ademais, ainda que a legislação recente tenha ampliado as alternativas penais à pena privativa de liberdade, sua crescente utilização não impediu o concomitante aumento no número de presos. Em 2006, 102.403 indivíduos estavam submetidos a penas ou medidas alternativas, número que chegou a 671.078 em 2009, mas não frustrou o referido aumento na população carcerária (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015). Na verdade, observou-se o crescimento do número de indivíduos sob controle penal, mas não o desmantelamento da cultura encarceradora. Nesse sentido, mostra-se insuficiente a instituição de respostas penais diversas da pena de prisão, pois é preciso uma ruptura de mentalidades e sensibilidades relacionadas à legitimação do cárcere.

Uma análise do uso das penas e medidas alternativas demonstra que a legislação deixa ao arbítrio do juiz a substituição da pena privativa de liberdade,

delinquência, o que faz com que a população carcerária aumente de forma estrondosa; mas as prisões não ficam lotadas de criminosos perigosos, e sim de presos por uso de drogas, furto ou simples atentados à ordem pública”.

³ Cf. JURISTAS estimam em 70% a reincidência nos presídios brasileiros. R7 Notícias. São Paulo, jan. 2014. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/cidades/juristas-estimam-em-70-a-reincidencia-nos-presidios-brasileiros-21012014>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

identificando também a utilização de critérios *extralegais* pelos magistrados, como suas percepções sobre a falta de estrutura para execução de penas alternativas e a ideia de que elas são um sinônimo de impunidade (IPEA, 2015). Assim, mesmo com a existência de legislação que vai de encontro à cultura encarceradora, as práticas punitivas do Poder Judiciário atestam claramente a prisão como estrutura de funcionamento do sistema de justiça criminal brasileiro.

Portanto, considerando que grande parcela da população permanece sendo encarcerada mesmo com a evidente ineficiência do cárcere e a possibilidade legislativa de outras práticas punitivas, devem ser analisados a prevalência da pena privativa de liberdade no sistema jurídico, bem como quem contribui para a concretização dessa realidade⁴.

2.1 CRISE DO CORRECIONALISMO E CULTURA PUNITIVA: A PREFERÊNCIA PELO CÁRCERE

Se hoje o foco das políticas penais ocorre apenas em termos de confinamento, punição e uniformização baseados em categorias legais do campo jurídico, o Estado de bem-estar e os discursos penais do século XX projetaram uma imagem diferente da autoridade governante e consubstanciaram a teoria do correccionalismo⁵. Sua ênfase na reabilitação, no tratamento individualizado e no experimento científico indicava um Estado auxiliar, preocupado com seus cidadãos, cujos investimentos demonstravam a assunção da responsabilidade em regular a conduta individual e social (GARLAND, 2006).

Assim, o correccionalismo compreendeu o crime como um problema social de manifestação individual, sintoma de disposições pessoais *antissociais* ou

⁴ “[...] se há muito a questão penitenciária já se encontra em evidência, o contexto contemporâneo dos sistemas prisionais – ao envolver, a par da elevação das taxas de encarceramento, o abandono explícito ou mascarado das finalidades ético-teleológicas da punição (via de regra, acompanhado por deteriorações das condições da execução da pena) – é o que mantém essa questão relevante e atual, tornando-a sobretudo mais visível e inevitável” (CHIES, 2013, p. 16).

⁵ “Em termos de política criminal, esta corrente aponta para aquilo que se denomina reformismo liberal, cujo modelo de resposta ao problema criminal busca mudar e melhorar as condições coletivas de vida, as relações de vizinhança, bem como as estruturas sociais e os sistemas de valores da sociedade em seu conjunto. Para essa perspectiva, a pena teria uma função de prevenção integradora, simbolizando a necessária reação social contra o delito, a fim de garantir a vigência efetiva dos valores violados pelo delinquente, fomentando e disseminando os mecanismos de integração e de solidariedade social frente ao infrator e devolvendo ao cidadão honesto sua confiança no sistema” (AZEVEDO, 2011, p. 348).

desajustadas. Dessa maneira, o Estado de bem-estar desenhava uma sociedade inclusiva, em que ao *outro* desviante fosse devido tratamento, cura e ressocialização (GARLAND, 2008). Portanto, a reação ao delito ocorre pela transformação e melhoria das condições coletivas de convivência, das relações de vizinhança e das estruturas sociais⁶.

Contudo, a partir da década de 1970, em razão da modificação na estrutura social, caracterizada pela consolidação de um perfil fortemente globalizado da economia, Estados Unidos e Inglaterra apresentam novas formas de pensar o crime, delineando mudanças nas práticas de controle criminal denominadas “criminologias da vida cotidiana”⁷. Passa-se a entender o delito como um resultado inexorável ao indivíduo, que cometerá crimes a partir de uma avaliação da oportunidade das situações. Sob esse aspecto, o delito é apenas decorrência dos padrões de interação contemporâneos, tornando-se um risco a ser calculado ou mesmo um acidente a ser evitado (GARLAND, 2008).

Identifica-se uma mudança na concepção do sujeito criminalizado, o qual passa de indivíduo desajustado, carente de assistência, a um consumidor de oportunidades, que leva em conta os riscos de agir (GARLAND, 2008). A política criminal dirige-se à construção de barreiras restritivas às oportunidades criminais, focando na prevenção ao crime, na minimização dos riscos e na redução de danos a partir da identificação dos novos alvos das condutas desviantes. Verifica-se uma crise da ideologia do Bem-estar, pois “o Estado, sob a globalização, é chamado a abandonar o seu perfil de *welfare state* para assumir uma função meramente policial, gendarme do capital, *garantidor* das atividades de acumulação de capital” (ALVAREZ, 2013, p. 232).

Abandona-se as pretensões transformadoras do sujeito e da sociedade pela intervenção das agências de controle criminal para adotar políticas criminais mais

⁶ “As políticas de contenção ao crime e de imposição de penalidades eram fortemente marcadas pela percepção de que a sociedade era em parte responsável pela emergência dos crimes e como tal deveria assumir a responsabilidade pela recolocação do indivíduo no seio da sociedade. O abrandamento das penas, a oposição sistemática à pena de morte e à prisão perpétua, por exemplo, encontravam terreno fértil para avançar” (ALVAREZ, 2013, p. 228).

⁷ “[...] conjunto de enquadramentos teóricos cognitivos, que incluem a teoria da atividade de rotina, o crime como oportunidade, a análise do estilo de vida, a prevenção do crime situacional e algumas versões da teoria da escolha racional” (GARLAND, 2008, p. 274)

severas⁸. Surge o discurso da “criminologia do outro”⁹, a qual compreende o delito como prática antissocial e os criminalizados como sujeitos sem importância para a sociedade. Grupos populacionais são categorizados como indesejados e perigosos e responsabilizados pelos problemas sociais, formando um círculo de exclusão e manutenção das desigualdades¹⁰.

No entanto, a nova configuração do campo do controle do crime não apresenta uma substituição das instituições ou práticas, mas sua ressignificação. Em termos de punição, a prisão se torna o castigo por excelência, pois se mostra como um excelente mecanismo de exclusão e de controle de pessoas agora consideradas perigosas, as quais se veem segregadas em nome da segurança pública¹¹. Assim, “a consequência mais imediata desse endurecimento penal e das formas radicais de controle das pequenas ilegalidades foi a ampliação considerável da população encarcerada” (ALVAREZ, 2013, p. 229).

A superlotação carcerária chega ao século XXI como um dos principais problemas relacionados à segurança no meio urbano. Por isso, no sistema penal norte-americano, o cárcere se transformou em um investimento altamente rentável, face às penitenciárias privadas e aos produtos de última geração para segurança privada, os quais também são identificados em todo o mundo¹².

Já nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, como o Brasil, a criminalização movida especialmente pela guerra às drogas e pelos delitos contra o patrimônio marca a época, juntamente com os conflitos entre facções rivais

⁸ “[...] a punição aos crimes assumiu novo rumo com a emergência de leis associadas ao *Three strikes and you are out*, que se disseminaram em diversos estados norte-americanos e que ampliaram decisivamente a população encarcerada com a prisão perpétua. Ao mesmo tempo, houve uma recolocação da pena de morte no debate público” (ALVAREZ, 2013, p. 229)

⁹ “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” (GARLAND, 2008, p. 288).

¹⁰ “Os setores populacionais efetivamente excluídos dos mundos do trabalho, da previdência e da família – tipicamente jovens do sexo masculino, pertencentes a minorias urbanas – estão cada vez mais atrás das grades, tendo sua exclusão econômica e social efetivamente escamoteada por seu status criminal” (GARLAND, 2008, p. 442). “[...] ganham força percepções e representações de medo diante da alteridade, da diferença cultural ou religiosa” (ALVAREZ, 2013, p. 231).

¹¹ “O que sugere a acentuada aceleração da punição através do encarceramento, em outras palavras, é que há novos e amplos setores da população visados por uma razão ou outra como uma ameaça à ordem social e que sua expulsão forçada do intercâmbio social através da prisão é vista como um método eficiente de neutralizar a ameaça ou acalmar a ansiedade pública provocada por essa ameaça” (BAUMAN, 1999, p. 123).

¹² “[...] mudanças no perfil securitário que vão assumindo as políticas de segurança, envolvendo uma concepção de controle severo sobre as ilegalidades populares, a adoção de sofisticados mecanismos (muitos deles eletrônicos) de imposição de punições legais e restrições à liberdade de locomoção, a privatização dos serviços segurança” (ALVAREZ, 2013, p. 230).

comandadas de dentro do cárcere e com a corrupção dos servidores públicos penitenciários. O período também apresenta uma transformação nas suas políticas penais, tornando-as mais severas e identificadas com o movimento de lei e ordem, a partir da adoção de um direito penal máximo, da inflação legislativa, do julgamento de fatos de pequena ou nenhuma importância e do uso indiscriminado da privação cautelar de liberdade¹³.

Portanto, definem-se práticas de gerenciamento do risco e manutenção de “perfis perigosos”, consubstanciando períodos mais longos de aprisionamento em que o foco não é mais o indivíduo, mas a proteção dos interesses comunitários¹⁴. Assim, os sentimentos públicos em relação ao crime são altamente valorados e perpassam uma expressiva representação simbólica de justiça (GARLAND, 2008). Em uma espécie de “projeto excludente”, o bem-estar penal de outrora é substituído pela segregação e pelo isolamento em uma política criminal simbolicamente carregada, na qual o medo é um elemento central¹⁵.

Contudo, em uma sociedade na qual a liberdade está constitucionalmente prevista como direito fundamental, o isolamento social provocado historicamente pelo cárcere por si só já se constrói como afronta aos direitos humanos¹⁶. A concretização de um distanciamento entre sociedade e prisão, no sentido de local de sobrevivência, promove o total descaso social com o momento do cumprimento da pena. O não saber o que se passa no cárcere tão somente fortifica a pena privativa de liberdade como local em que o *outro* não é capaz de interferir na vida social, o suficiente para a indiferença e satisfação da comunidade insegura¹⁷.

¹³ “Os efeitos dessa percepção se fizeram sentir nono aumento dos contingentes policiais e mesmo em todo o complexo de justiça criminal. Programas de policiamento urbano conhecidos como ‘Tolerância Zero’ passaram a servir de paradigma para o que se passou a entender por boa ordem” (ALVAREZ, 2013, p. 229)

¹⁴ “O estado atual dos cárceres diz da forma como a sociedade brasileira resolveu historicamente suas questões sociais, étnicas, culturais, ou seja, pela via da exclusão, da neutralização, da anulação da alteridade” (CARVALHO, 2010, p. 163).

¹⁵ “[...] as mudanças nas práticas penais e nas políticas de segurança poderiam ser vistas como resultado do crescimento do medo e da insegurança diante da emergência dessas novas formas de violência” (ALVAREZ, 2013, p. 231).

¹⁶ “Por bien organizado que este, y aunque se administre com la mayor humanidad, [o cárcere] estará ineludiblemente marcado por la contradicción moral y la ironia, como cuando busca defender la libertad por medio de su privación, o condena la violencia privada utilizando la violencia autorizada por el público” (GARLAND, 2006, p. 338).

¹⁷ “No mundo das finanças globais, os governos detêm pouco mais que o papel de distritos policiais superdimensionados” (BAUMAN, 1999, p. 128).

Apoiada por uma confortável inércia governamental¹⁸, a falta de interação entre o intramuros e a sociedade não criminalizada serve à cultura de marginalização e a reitera, não ressocializa os indivíduos, mas os isola, materializando a anulação pela neutralização¹⁹.

Frise-se a inexistência de qualquer comprovação prática ou histórica da eficácia da pena de prisão como instituto capaz de “ressocializar”, “reeducar” ou de realizar qualquer pretensão jurídica trazida pelas teorias da pena²⁰. Na verdade, é absolutamente contraditório esperar de uma pessoa em regime de isolamento que “aprenda” a conviver em sociedade, tampouco almejar a “ressocialização” de um indivíduo marcado pelas desigualdades sociais e que, por isso, nunca fora sequer *socializado*. O que se observa tão somente é efetivação de uma *prisionalização* dos encarcerados, a incorporação de uma cultura comportamental carcerária e os danos causados à sua subjetividade²¹.

Ademais, a partir da observação específica dos sujeitos encarcerados, torna-se visível a ligação entre sua situação de exclusão e separação espacial e as diferenças sociais, culturais e econômicas que o marcam: cor, gênero, idade e classe econômica²².

Por fim, a contemporaneidade apresenta mais explicitamente a falência²³ da pena privativa de liberdade na sua capacidade de reprodução da criminalização, no sentido em que “[...] o efeito negativo da ‘prisionalização’, em face de qualquer tipo de reinserção do condenado, tem sido reconduzido a dois processos característicos: a

¹⁸ “A prisão é a forma última e mais radical de confinamento espacial. Também parece ser a maior preocupação e foco de atenção governamental da elite política na linha de frente da ‘compreensão espaço-temporal contemporânea’” (BAUMAN, 1999, p. 114).

¹⁹ “[...] enraizamento de massas humanas nos territórios da pobreza, a imobilização forçada nos guetos, a quase que completa paralisação de seus membros nas prisões” (ALVAREZ, 2013, p. 232).

²⁰ “Nenhuma evidência de espécie alguma foi encontrada até agora para apoiar e muito menos provas as suposições de que as prisões desempenham os papéis a elas atribuídos em teoria e de que alcançam qualquer sucesso se tentam desempenhá-los” (BAUMAN, 1999, p. 122).

²¹ “[...] la retórica amoral y deshumanizadora de un régimen que trata a los presos como cuerpos numerados y objetos que administrar, ya que las prácticas cotidianas de una institución, por ordinarias que sean, tienden a imprimir un significado rotundo para quienes están sujetos a ellas” (GARLAND, 2006, p. 304).

²² “Foi planejada uma fábrica de exclusão e de pessoas habituadas à sua condição de excluídas. A marca dos excluídos na era da compressão espaço-temporal é a imobilidade” (BAUMAN, 1999, p. 121).

²³ Ressalte-se que o uso do termo “falência” em relação à pena de prisão aqui não ignora as teorias críticas: o objetivo de seu uso é justamente destacar a percepção relativamente recente de que o cárcere não cumpre nenhuma das funções da pena previstas no direito. Pelo contrário, o trabalho caminha justamente para chegar a essa conclusão, de que a prisão, na verdade, sempre cumpriu um papel de instituição social e, portanto, sempre desempenhou bem sua real função de exclusão social.

educação para ser criminoso e a educação para ser bom preso” (BARATTA, 1999, p. 185).

Assim, a prisão acaba constituindo o marco decisivo dos diversos mecanismos de marginalização social, tornando-se uma instituição “que produz a população criminosa e a administra em nível institucional, de modo a torna-la inconfundível e a adaptá-la a funções próprias que qualificam esta particular zona de marginalização” (BARATTA, 1999, p. 183).

Contudo, o reforço ao cometimento de novos crimes e a produção de reincidência é um custo tolerado socialmente em razão de outros objetivos pretendidos pelo uso da pena de prisão: a retribuição, a incapacitação e a exclusão. Assim, “se acepta con la misma renuencia com que el gobierno acepta absorber los altos costos financeiros involucrados en el frecuente uso de la prisión” (GARLAND, 2006, p. 335).

2.2 A FUNÇÃO REAL DA PRISÃO A PARTIR DA SUA ABORDAGEM COMO FENÔMENO SOCIAL

Se o *delito* tem sido observado como um fenômeno social pelas *criminologias*, as quais constituem um corpo de conhecimentos interdisciplinares e de objetos variados relacionados ao crime²⁴, o papel da *punição* como fenômeno social frutificou pela abordagem da *sociologia da punição* (da pena, do castigo ou mesmo da prisão), que analisa a questão punitiva não como um fenômeno explicável em si, mas intrínseco à organização social (ALVAREZ, 2013). A partir de diversas perspectivas, a sociologia da punição pretende investigar de forma aprofundada temas como a crise da ideologia ressocializadora e da confiança nos especialistas, o impacto prisional do populismo punitivo, a privatização do cárcere, o superencarceramento, seus efeitos sociais e a sociedade excludente, entre outros temas. Contudo, seu destaque é justamente revelar a extensão da prisão para além dos muros: sua existência como parte da organização e da vida social e seus efeitos na comunidade.

²⁴ Baseado na obra *Princípios de criminologia*, de Edwin Sutherland, Gabriel Ignacio Anitua (2008, p. 20) entende que a criminologia “inclui, dentro dos seus objetos, os processos de elaborar leis, de descumprir leis e de reagir contra quem descumpriu as leis”. Recentemente, Pat Carlen (2013, p. 102) entendeu as criminologias como “quaisquer discursos que façam declarações de saber sobre a produção, a violação ou a aplicação (ou não) das leis criminais de qualquer jurisdição – quer essas declarações estejam enraizadas em senso comum, política, ética ou seja o que for”.

Nesse sentido, a sociologia da punição propõe um foco materialista ou político-econômico oposto ao enfoque idealista, comum entre os juristas, que utiliza como cerne as teorias dos fins da pena. Isso porque, de uma forma ou de outra, as variadas teorias da pena pressupõem a sanção penal como uma forma de combater o crime. Contudo, ainda mais quando se trata do sistema penitenciário, foi a sociologia e a histórias das prisões que identificaram outras funções para a punição na sociedade²⁵.

Sobre esse aspecto, ao considerar o discurso criminológico útil apenas para dar *boa consciência* aos juízes “ou antes indispensável para permitir que se julgue” (FOUCAULT, 2010, p. 139), Michel Foucault (2013, p. 27) sustentou a necessidade de abandonar a ilusão da penalidade como método de repressão aos delitos, bem como de “analisar antes os ‘sistemas punitivos concretos’, estudá-los como fenômenos sociais que não podem ser explicados unicamente pela armadura jurídica da sociedade nem por suas opções éticas fundamentais”²⁶.

Mas a introdução de formas específicas de punição no conjunto social não é alvo das teorias dos fins da pena. Em relação especificamente à pena privativa de liberdade, as teorias da pena não são capazes de esclarecer seu uso contínuo até hoje, tampouco a *preferência* pela prisão que resulta no superencarceramento contemporâneo. Na verdade, “[...] fossem quais fossem seus outros propósitos imediatos, as casas panópticas de confinamento eram antes e acima de tudo *fábricas de trabalho disciplinado*” (BAUMAN, 1999, p. 117), representando um papel social diverso do estabelecido pelo sistema jurídico. Assim, para analisar a realidade do cárcere, interpretando seu desenvolvimento histórico, “é necessário levar em conta a função efetiva cumprida por esta instituição, no seio da sociedade” (BARATTA, 2011, p. 191).

Em uma visão geral, o pensamento sociológico já revelava as múltiplas dimensões da vida social pela investigação da punição com o sociólogo Émile Durkheim (1995), o qual identificou no tema do castigo as emoções individuais e a moralidade coletiva. Já no século XX, os estudos sociais direcionaram-se para os

²⁵ “[...] a sociologia e a história do sistema penitenciário chegaram a conclusões, a propósito da ‘função real’ da instituição carcerária na nossa sociedade, que fazem com que o debate sobre a teoria dos objetivos da pena pareça absolutamente incapaz de conduzir a um conhecimento científico desta instituição” (BARATTA, 2011, p. 191-192).

²⁶ “Analisar os métodos punitivos não como simples consequências de regras de direito ou como indicadores de estruturas sociais; mas como técnicas que têm sua especificidade no campo mais geral dos outros processos de poder. Adotar, em relação aos castigos a perspectiva da tática política” (FOUCAULT, 2013, p. 26).

modos de vida e as formas de organização social do universo prisional, com Donald Clemmer (1958), Gresham Sykes (1974) e Ervin Goffman (1974) trazendo à tona a vida cotidiana das prisões.

Por outro lado, os autores Rusche e Kirchheimer (2004) associaram as transformações nos sistemas punitivos às mudanças econômicas e Michel Foucault (2010, 2013) relacionou a emergência da prisão moderna a formas de exercício de poder, as quais estão presentes nas demais instituições e também dispersas no mundo social. Porém, é David Garland (1995) que sintetiza ambas perspectivas analíticas com a ideia de que as *práticas penais possuem papel estruturante* na vida social.

Em suma, os trabalhos revelam a indução, pelas práticas punitivas, de concepções características sobre o papel da autoridade social, dos limites e tipos de condutas toleradas, dos sentidos dos laços estabelecidos entre indivíduos. Os efeitos da punição, assim, não se restringem somente aos condenados, mas atingem também os atores e agentes do sistema penal, bem como a sociedade em geral (GARLAND, 2006). Portanto, é a sociologia da punição, através de sua perspectiva sociológica, que permite pensar a pena não só como um problema legal ou moral, mas como instituição e processo social, ligada a uma vasta teia de ações sociais e significados culturais.

No Brasil, sua importância se evidencia pela análise, nas últimas décadas, do constante aumento da população encarcerada e da crescente organização de presos. Ambos os fatores denunciam o impacto atual da prisão no país, consolidando a pena privativa de liberdade como forma punitiva basilar no sistema jurídico brasileiro (a exemplo dos sistemas penais modernos) e levando a questão penitenciária a permear ininterruptamente o debate público (CHIES, 2013).

Mas por que a sociedade brasileira, que apresenta sinais de maturidade democrática e melhorias gerais na condição de vida, também enfrenta um aumento das taxas de encarceramento? Longe de problematizar esse cenário contraditório, a pauta carcerária é trazida pelo meio político a fim de expandir o sistema punitivo e suas justificativas, legitimando-o pelo crescimento da criminalização e da policialização. Assim, o aumento da utilização do cárcere, que deveria alarmar, é convertido em indicador de eficácia da ação policial e contribui para o incremento da criminalização primária e secundária, gerando, por fim, um círculo vicioso.

Contudo, costuma-se entender que os primeiros estudos em sociologia da punição foram feitos por Rusche e Kirchheimer, em investigações sobre a relação entre o crime e o meio social, nas quais os autores criticam o silêncio dos estudos criminológicos, principalmente das teorias sociológicas, sobre os métodos de punição. Com esse objetivo, Rusche e Kirchheimer demonstraram a estreita vinculação entre as práticas penais, especificamente seus métodos punitivos, e o momento econômico da sociedade, a partir de sua inserção na dinâmica dos sistemas sociais como um todo. Assim, os sistemas penais não são apenas produto de uma legislação específica, mas revelam uma relação histórica entre o mercado de trabalho e o sistema punitivo (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004).

Nesse sentido, os métodos punitivos são aplicados em sintonia com as relações de produção da sociedade, face ao princípio da menor elegibilidade. Formulado no século XIX pelos filósofos sociais, o princípio entende que a prisão não poderia permitir aos encarcerados um nível de existência igual ou melhor do que o padrão de vida dos proletários pior assalariados. Por essa compreensão, acreditava-se garantir a preferência (elegibilidade) pelo trabalho livre, ainda que em condições deploráveis, ao regime prisional (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004).

No século XVI, por exemplo, a obrigatoriedade do trabalho dos presos nas galés resultou da escassez de trabalhadores livres, os quais se negavam a realizar tarefas insalubres. Dessa maneira, como forma de reprimir a mendicância e a “vadiagem”, que contrariavam os valores burgueses, surgem as casas de correção já no final do século XVII. Do mesmo modo, a prática punitiva do encarceramento foi impulsionada pelo sistema econômico-social do mercantilismo, bem como pelo Iluminismo, e assim por diante (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004).

Nascem, assim, os aportes da sociologia da punição, rechaçando as construções teóricas tradicionais que pretendiam compreender a sociedade como um todo e despolitizar os problemas sociológicos. Propondo o fim das desigualdades econômicas e de poder para solucionar o problema do crime, os autores basearam-se no método e nas categorias marxistas, a partir de uma análise materialista do crime e do sistema de controle social, além de uma estratégia de vinculação entre teoria científica e prática política. Em suma, Rusche e Kirchheimer fornecem à teoria crítica a ideia de determinação das práticas penais pelo sistema econômico e de nascimento das prisões, na passagem ao capitalismo, como forma especificamente burguesa de punição.

As investigações realizadas pelos autores analisaram a influência dos fatores socioeconômicos no desenvolvimento dos métodos punitivos, criando uma teoria econômica de fundo materialista. Não pretendiam exaurir o estudo dos sistemas punitivos, mas relacionar as formas de punição com uma estrutura de elementos ideológicos, entendendo que cada sistema de produção aplica um método de punição relacionado com suas relações de produção.

Apesar da crença da liberalidade excessiva como grande responsável pelo aumento dos delitos, ao analisar as estatísticas criminais de diversos países europeus ao longo das primeiras décadas do século XX, Rusche e Kirchheimer defendem que a adoção de uma política criminal mais liberal coincide com a queda dos índices criminais. Para os autores, “a conclusão é inegável. Uma vez mais, vemos que a taxa de criminalidade não é afetada pela política penal, mas está intimamente dependente do desenvolvimento econômico” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 270).

Portanto, suas conclusões revelam que o sistema penal não pode ser compreendido isoladamente, segregado da realidade social e econômica de uma sociedade; demonstram não haver relação entre a quantidade ou qualidade da punição e a prática de crimes, mas sim entre estas e as condições de vida oferecidas à população. Assim, “o sistema penal de uma dada sociedade não é um fenômeno isolado sujeito apenas às suas leis especiais. É parte de todo o sistema social, e compartilha suas aspirações e seus defeitos” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 282).

De uma forma ampla, a análise dos autores é imprescindível para caracterizar o sistema punitivo como um fenômeno jurídico-político (superestrutural) estreitamente vinculado ao conjunto das relações de produção da sociedade (estrutura econômica). Muito importante também é o abandono da ideia ilusória de que a penalidade é apenas um método de prevenção ao crime, bem como da eficácia punitiva para efeitos de prevenção geral.

Contudo, ao tratarem especificamente da prisão, há uma ênfase excessiva nos meios de produção como a causa da introdução da pena privativa de liberdade. Nesse sentido, os autores deixam de lado a existência de um princípio organizador disciplinar no centro da prisão e da fábrica, que identifica a transformação de uma massa de camponeses, recém-chegados ao meio urbano, em seres disciplinados para o trabalho fabril; de uma correspondência entre o recebimento de um salário pelo

trabalho e o pagamento de uma pena pela prática de um crime, tendo em vista o tempo, unidade que une ambos (Cf. MELOSSI; PAVARINI, 2006).

Sobre esse aspecto, o contexto fabril da modernidade influenciou a implementação do cárcere mais pela sua imposição disciplinar do que pelos próprios meios de produção. Ademais, as teorias apresentadas pelos autores não são determinantes para a compreensão da permanência e preferência pela prisão a partir do momento em que passou a existir excesso de mão-de-obra. Haveria a necessidade de deslocar a foco para a economia política do corpo, em que está inserido o sistema punitivo (BARATTA, 2011).

Também a relação unilateral entre métodos punitivos e estrutura de classes não permitiu a compreensão da tecnologia do poder existente nos sistemas penitenciários (FOUCAULT, 2013). No entanto, Michel Foucault faz essa análise e estuda as práticas de punição como tecnologias de poder complexamente articuladas às demais práticas sociais, relacionando as transformações das práticas penais com as mudanças das práticas de poder nas sociedades modernas²⁷.

Nesse sentido, o suplício, por exemplo, define o estilo penal de sua época, visto que possuem sua lógica específica de ser um procedimento técnico e, ao mesmo tempo, um ritual (ALVAREZ, 2013). Assim, a pena de suplício, enquanto tecnologia de poder punitivo, pretende à época “produzir uma quantidade de sofrimento que possa ser apreciada, comparada, hierarquizada, modulada de acordo com o crime cometido” (ALVAREZ, 2013, p. 65). Seu método era a marcação do corpo do cidadão para estigmatizá-lo como *criminoso*, em clara demonstração de poder punitivo.

Contudo, com o fim do século XVIII, a iluminista burguesia da revolução francesa aponta a necessidade de um fim utilitário para a pena, uma maneira de tão somente compensar o *mal praticado* com a infração penal, punindo o responsável, ou, de alguma forma, visando recuperá-lo, trazendo-o de volta ao convívio social (FOUCAULT, 2013).

Surge, assim, a pena de prisão, pela qual o corpo deixaria de sofrer para se dar lugar ao sofrimento da alma²⁸. Assim, se no espetáculo punitivo do suplício estava em

²⁷ Identificam-se proposições comuns às obras de Rusche e Kirchheimer e Foucault: a observação da função real desempenhada pelo cárcere e a consideração de cada forma específica de sociedade na qual a prisão surgiu (Cf. Baratta, 1999, p. 191).

²⁸ “O corpo se encontra aí em posição de instrumento ou de intermediário; qualquer intervenção sobre ele pelo enclausuramento, pelo trabalho obrigatório visa privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e como um bem. Segundo essa penalidade, o corpo é colocado num sistema de coação e de privação, de obrigações e de interdições. O sofrimento físico, a dor do corpo

jogo o poder do soberano, ele “será substituído por um outro tipo de punição, disciplinar, minuciosa, voltada para a construção de corpos dóceis” (ALVAREZ, 2013, p. 65).

O cárcere é identificado então como instituição de poder disciplinar, com controle rigoroso das atividades e utilização acurada do tempo, distribuindo indivíduos em espaços fechados e heterogêneos, intercambiáveis e hierarquizados²⁹. A emergência da disciplina, no entanto, envolveu uma série de processos históricos mais amplos ocorridos a partir do século XVIII, tais como a explosão demográfica nos centros urbanos europeus, o crescimento da produção, as mudanças nas estruturas jurídico-políticas da sociedade, entre outros (FOUCAULT, 2013). A prisão deveria ser, desse modo, um local funcional em que fosse possível captar dos presos a maior quantidade de efeitos possíveis, além de controlar suas atividades, “obter um funcionamento eficiente do conjunto através da composição das forças individuais” no novo contexto econômico e social (ALVAREZ, 2013, p. 65).

Foucault verifica no olhar hierárquico, na sanção normalizadora e no exame um poder voltado para o *adestramento* dos indivíduos, caracterizado pela utilização de mecanismos disciplinares, técnicas normalizantes que possibilitam a qualificação, a classificação e a punição ininterrupta (FOUCAULT, 2013). Assim, a sensação do adestrado deve ser de vigilância permanente, pois “a sanção normalizadora implica toda uma micropenalidade do tempo, da atividade, da maneira de ser, do corpo, da sexualidade visando os comportamentos desviantes” (ALVAREZ, 2013, p. 65).

A partir da análise das técnicas de poder, Foucault traz o conceito de *governamentalidade*, um conjunto de técnicas de gestão da população e dos agentes econômicos que redundam em contextos contemporâneos de poder³⁰. Contudo, a compreensão de poder feita pelo autor não abarca tão somente o papel do Estado, mas todos os campos reais e efetivos nos quais o poder acontece, caracterizando-o

não são mais os elementos constitutivos da pena. O castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos. Se a justiça ainda tiver que manipular e tocar o corpo dos justicáveis, tal se fará à distância, propriamente, segundo regras rígidas e visando a um objetivo bem mais ‘elevado’” (FOUCAULT, 2013, p. 16).

²⁹ “[...] processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo, e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza” (FOUCAULT, 2013, p. 217).

³⁰ “[...] governamentalidade, caracterizada como o conjunto heterogêneo de instituições, de procedimentos, de análises, de cálculos e de táticas voltados para o exercício de uma nova forma de poder que teria por alvo a população” (ALVAREZ, 2013, p. 83).

como exercício de condução de condutas. Assim, o poder não é nem instituição, nem estrutura, nem uma certa potência de que alguns sejam dotados, mas apenas o “nome dado a uma situação estratégica complexa numa sociedade determinada” (Foucault, 1980, p. 89). Não se trata de pensar o poder como posse, mas sim como relação, estabelecida entre diversos aspectos da sociedade e em constante mudança (ALVAREZ, 2013).

Do mesmo modo, o autor não considera os excessos de poder como fruto de uma influência ideológica ou caracterizados por um fato histórico particular, mas como uma tecnologia de poder, a *biopolítica* da espécie humana, observada principalmente pela eliminação de sua própria população realizada pelo Estado moderno³¹.

Nesse sentido, governamentalidade e golpe de Estado acabam por não designar expressões antagônicas, vez que, na governamentalidade, a democracia calcada nas leis e na decisão popular caracteriza a gestão de interesses da população considerada apenas de forma abstrata, mas não impede que a violência seja a forma da razão de ser do Estado.

As decisões burocráticas, por fim, levam os indivíduos a condições de extrema fragilidade e impotência, a um estado de constante temor. O modo de vida passa a ser cerceado e vigiado e as pessoas tornam-se progressivamente dependentes e assujeitadas às tecnologias de poder. Assim, caso não se adaptem às regras do jogo burocrático e político, os indivíduos são excluídos (FOUCAULT, 2013).

Por isso, o sistema punitivo teria uma função indireta, caracterizada por atacar as ilegalidades visíveis no intuito de encobrir as ocultas, bem como uma função direta, de manter criminalizada parcela da população já marginalizada, inserida em um “verdadeiro e próprio mecanismo econômico (‘indústria’ do crime) e político (utilização de criminosos com fins subversivos e repressivos)” (BARATTA, 2011, p. 190).

Especificamente, a prisão seria laboratório das relações de poder do mundo moderno, porque refletiria a “sociedade disciplinar”, permeada por uma rede de instituições e práticas de poder disciplinares. Pelo modelo do panóptico (Cf. FOUCAULT, 2013), haveria a possibilidade de exercício anônimo do poder em instituições de visibilidade total, o que transforaria as práticas de poder na sociedade

³¹ “O bio-poder seria um colossal dispositivo de apropriação que conjugaria o disciplinamento dos corpos e o assujeitamento das almas de uma forma massiva, contemporânea mas instituída historicamente a partir da Inquisição moderna” (BATISTA, 2005, p. 26).

e resultaria na generalização do poder disciplinar: vigilância dos indivíduos, adestramento dos corpos e normalização dos comportamentos³².

Ademais, Foucault entende que o cárcere sempre se relacionou a um projeto de transformação dos indivíduos, mas não para servir como um “depósito de criminosos”, e sim em termos de disciplina e normalização³³. Ainda que constatada sua ineficácia, o autor relaciona a permanência da pena privativa de liberdade com a manutenção das relações de poder na sociedade, pois ela permitiria gerir as ilegalidades das classes dominadas, criando um meio delinquente fechado, separado e útil em termos políticos (ALVAREZ, 2013). O cárcere transformaria a violência ilegal em um dos elementos essenciais dos mecanismos de poder disciplinar que permeiam a sociedade moderna: “a prisão fabrica delinquentes, mas os delinquentes são úteis tanto no domínio econômico como no político. Os delinquentes servem para alguma coisa” (FOUCAULT, 2010, p. 132).

Contudo, se Foucault identificou o significado das práticas penais da modernidade, é David Garland o responsável por reavaliá-lo no contexto contemporâneo. Sua pesquisa analisa a política criminal como agente de produção cultural e forma de significação social a partir da identificação de uma mudança generalizada da violência e de suas representações na sociedade atual³⁴. Assim, busca compreender o modo e a razão das políticas penais denotarem e comunicarem significado, seus públicos sociais, os tipos de significados e categorias comunicados pelas políticas penais, sua transformação no tempo e a expressividade e ressonância da instituição social da pena (SALLA; GAUTO; ALVAREZ, 2006).

Portanto, a política penal tem uma função simbolizadora e expressiva, presente na prática de juízes e advogados penalistas e capaz de modificar a produção de significados sociais³⁵. A própria legislação penal e as instituições que envolvem o

³² “[...] no caso da prisão, tratava-se de mostrar que o poder disciplinar que nela opera esquadrihando os espaços, adestrando os corpos, estabelecendo vigilância e controle, não dizia respeito apenas aos detentos, mas ao homem moderno aprisionado em infinitas redes disciplinares e normalizadoras nos mais diversos campos sociais” (ALVAREZ, 2013, p. 67).

³³ “Desde o começo a prisão devia ser um instrumento tão aperfeiçoado quanto a escola, a caserna ou o hospital, e agir com precisão sobre os indivíduos. O fracasso foi imediato e registrado quase ao mesmo tempo que o próprio projeto” (FOUCAULT, 2010, p. 131).

³⁴ “[...] analisar as mudanças nas práticas punitivas e nas políticas de segurança menos como respostas a um novo perfil da violência e mais como complexas estratégias de poder, articuladas a fenômenos tais como a globalização e a crise do Estado de Bem-Estar Social” (ALVAREZ, 2013, p. 231).

³⁵ “[...] los mecanismos estructurales, espaciales y temporales que se despliegan en los tribunales y la posición de las partes involucradas em los procedimientos, transmiten significados simbólicos de transcendencia en la conducción de un juicio” (GARLAND, 2006, p. 300).

poder punitivo são propostas, discutidas e operadas a partir de códigos culturais definidos. Há uma estrutura de linguagem e discurso simbólicos que dão vida a significados culturais específicos, sensibilidades colocadas à interpretação e compreendidas na exposição do sentido social da punição³⁶.

Trata-se de assumir que a punição está ligada a questões políticas, morais e de ordem social e que, portanto, as instituições penais são causa e efeito da cultura (práticas interpretativas e expressivas), são uma representação cultural significativa, pois “los rituales y las políticas penales afectan las actitudes sociales e influyen en la comprensión y sensibilidad de su público social” (GARLAND, 2006, p. 294).

Aos significados das espécies de sanção penal estão relacionados o contexto social e individual de aplicação da punição, de modo que a utilização do cárcere representa a medição e a evolução da pena, concebida como uma forma de ação social direta repleta de significados e significantes (GARLAND, 2006).

Especificamente, a prisão se configura como estratégia política (espontânea, mas conveniente) de contenção de massas, pois, em um mundo globalizado, não há mais uma sociedade fundada na ética do trabalho. Não é mais necessário que os apenados se *regenerem*, bastando tão somente sua contenção, imobilização, tornando as penitenciárias, instituições que, na modernidade, caracterizavam o marco disciplinar da sociedade, aparelho disciplinador por excelência, fortalezas paralisantes de miseráveis indóceis (BAUMAN, 1999).

Por conseguinte, para compreender os efeitos sociais da pena, é necessário analisar sua capacidade positiva de produzir significado, criando “normalidade”, assim como sua capacidade negativa de suprimir e silenciar o desvio. A prisão tem papel social, pois não apresenta somente efeitos diretos sobre os encarcerados, mas também sobre toda a comunidade (GARLAND, 2006).

Ademais, as retóricas e as formas simbólicas de organizar e legitimar a punição indicam o significado específico da autoridade em determinada sociedade, vez que a pena oferece definição não só sobre o crime e a pena, mas também legitima e autoriza alguém a puni-lo e aplica-la³⁷. Assim, o simbolismo penal é parte de um discurso

³⁶ “[...] la cultura y la subjetividad son creaciones compuestas, conformadas por incommensurables encuentros y experiencias y, en este proceso de composición, las instituciones de derecho penal y castigo desempeñan un papel sobresaliente” (GARLAND, 2006, p. 320).

³⁷ “Em conjunto, las formas que adquieren los castigos, los símbolos mediante los cuales se legitiman, los discursos con los que representan su significado, las formas y recursos de organización que emplean, tienden a describir um determinado estilo de autoridade, uma caracterización definida del poder que castiga” (GARLAND, 2006, p. 309).

institucional que pretende o (re)direcionamento de sentimentos e sensibilidades e também indica significações acerca da autoridade e da legitimidade do poder punitivo (GARLAND, 2006).

Em suma, a pena se configura como mecanismo regulador social em relação às regras de conduta (meio físico da ação social), mas também ao significado, ao pensamento, à atitude, à conduta. A punição interpreta e classifica ações, define condutas e qualifica valores, sancionando esses juízos com a autoridade da lei e difundindo-os entre os que cometeram crimes como entre o público (GARLAND, 2006).

Por outro lado, se políticas e discursos punitivos dispõem e são dispostos em circulação cultural com alto grau de autoridade e pretensa legitimidade, efetivando categorias e distinções com as quais as pessoas dão significado ao seu mundo, a punição proporciona um modelo para a compreensão dos outros e de si mesmo³⁸.

Sobre esse aspecto, a punição instrui ideias de bem e mal, normal e patológico, legítimo e ilegítimo, ordem e desordem, fornecendo juízo, condenação e classificação para os comportamentos humanos³⁹. Dessa maneira, persuade sua reprodução na moral individual, além de promover uma determinada linguagem, indicando onde se deve creditar autoridade social⁴⁰.

Os padrões culturais tomam parte nas instituições penais, e a pena assume o aspecto prático de temas simbólicos e formas específicas de sentir integrantes da cultura em geral, ainda que também a punição e as instituições penais contribuam na conformação de uma cultura dominante ou na geração de suas condições, porque constroem e difundem significados culturais ao mesmo tempo em que os repete e reafirmam (GARLAND, 2006).

As sanções penais seguem sendo elementos da política penal desenhados deliberadamente para o consumo público e divulgados ao público social. O que um juiz comunica da pena, seus significados e representações, a partir de todo o

³⁸ “Al diseñar la política penal no sólo decidimos cómo enfrentar a un grupo de personas marginadas de la sociedad, ya sea para disuadirlas, reformarlas o incapacitarlas y, de hacerlo, cómo” (GARLAND, 2006, p. 320).

³⁹ “[...] las políticas, instituciones y discursos de la penalización significan, y los significados que se transmiten a partir de ellos tienden a sobrepasar las inmediaciones del crimen y el castigo [...]” (GARLAND, 2006, p. 294).

⁴⁰ “Los valores, los conceptos, las sensibilidades y los significados sociales, em pocas palabras, la cultura, no sólo existen em forma de atmósfera natural que engloba la acción social y la hace significativa, sino que son creados y recreados activamente por nuestras políticas e instituciones sociales, y el castigo desempeña un papel importante em este proceso generador y regenerador” (GARLAND, 2006, p. 293).

vocabulário e lógica jurídicos, não se dirige tão somente a quem cometeu o crime, mas à toda sociedade⁴¹. Pelo papel da imprensa e dos expectadores, as vítimas, quem eventualmente cometerá crimes e o público em geral também é comunicado da punição e recebe sua carga de significados e representações.

Se o instrumento da punição é simbólico, a ação social de punir também será uma expressão do significado cultural, concretizando-se em uma *prática significativa*, discursiva ou não discursiva, e em uma *retórica prática*. Considerando que todas as práticas são potencialmente significantes, a ação de punir também é um gesto e, portanto, comunica um sentido (GARLAND, 2006).

Especificamente sobre a prática de ditar sentenças penais, deve-se considerar a autoridade com que o discurso punitivo é empregado. Não se trata, assim, apenas de pôr fim ao processo de investigação de um delito, mas de, pela ação instrumental e pelo discurso legitimado, “autorizar y poner en marcha un procedimiento de encarcelamiento” (GARLAND, 2006, p. 297). Portanto, o discurso que sentencia é um elemento operativo em um processo instrumental capaz de transmitir uma afirmação simbólica que interpreta e compreende os públicos fora do tribunal. Ao menos, a sentença penal ratifica a condenação de atos de violência criminal pelo sistema jurídico, bem como confirma que os punirá severamente⁴².

Os discursos e conhecimentos penitenciários específicos das instituições penais ajudam a organizar as políticas de classificação, avaliação, reforma ou desqualificação que adotam os diferentes regimes punitivos. Ademais, a adoção de conceitos determinados de “criminoso” e de “crime” pelo sistema penal (“perigosos”, “graves”), ou mesmo uma forma específica de classificar os presos, não se restringe aos profissionais do campo jurídico, mas reflete em toda a sociedade o vocabulário significante, alimentando um senso convencional e a representação pública⁴³.

Contudo, esse processo cultural nutre muito mais as determinações políticas de uma comunidade do que a própria prática operativa, pois, por mais comuns ou úteis que pareçam, as políticas e os discursos penais tendem a cobrar significação

⁴¹ “[...] las políticas de penalización, discursos e instituciones desempeñan una parte activa en el proceso generador mediante el cual el significado, el valor – y en última instancia la cultura – compartidos son producidos y reproducidos por la sociedad” (GARLAND, 2006, p. 293)

⁴² “Siempre que el juez dicta una sentencia despliega, a sabiendas, un dispositivo convencional para expresar un significado, y entabla una comunicación simbólica de mayor o menor significación” (GARLAND, 2006, p. 298).

⁴³ “[...] el sistema penal promueve una imagen del Estado y su autoridad, y de su relación con los delincuentes y demás ciudadanos” (GARLAND, 2006, p. 299).

para relacionar-se com a cultura como um todo. Assim, Garland utiliza o conceito freudiano de *sobredeterminação* para explicar a punição como resultado de um processo de variadas causas, tomadas em um acontecimento histórico em que cada experiência histórica pode ter uma variedade de funções (GARLAND, 2006).

Nesse sentido, o autor sugere observar a penalidade como uma instituição social, vez que envolve uma estrutura complexa, uma rede ampla de ação social e uma densidade de significados culturais, sendo eles intencionais ou não. Instituições sociais, assim, “son conjuntos de prácticas sociales sumamente estructuradas y organizadas”, meios estáveis com os quais a sociedade maneja necessidades, relações, conflitos e problemas, ordenando-se e normatizando face à uma pretensão de estabilidade (GARLAND, 2006, p. 327). Portanto, o papel da instituição é organizar uma área específica da vida social pela regulação, estabelecendo um marco normativo para a conduta das pessoas.

As instituições sociais, por outro lado, estão condicionadas às mudanças históricas, à tradição e às funções que desempenham, e, justamente por desenvolverem-se para manejar tensões e conflitos, contêm contradições e pluralidade de interesses (GARLAND, 2006).

Garland (2006, p. 327) ainda refere a existência de uma racionalidade intrínseca da instituição social, a que denominou cultura institucional, “construída em torno a um cúmulo de conocimientos, técnicas, normas y procedimientos”, além de apresentar lógicas, linguagem, normas e princípios próprios. Contudo, o autor assevera que as instituições sociais são autônomas apenas em parte, ocupando um lugar particular no campo social e se relacionando com seu entorno, mas afetando e sendo afetadas pelas forças sociais que as rodeiam.

Dessa maneira, entender a punição como uma instituição social, especificamente o cárcere, é considerar sua susceptibilidade às forças sociais e históricas, seu marco social próprio e seu apoio em uma série de práticas normativas e significantes que produzem efeitos sociais (GARLAND, 2006).

De uma forma geral, se observa que, voluntariamente ou não, o sistema penal determina medidas que servem para impor leis, regras e autoridade política, “para expresar sentimientos, fortalecer solidariedades, subrayar divisiones y transmitir significados culturales” (GARLAND, 2006, p. 329).

Sobre esse aspecto, a prisão tornou-se poderoso símbolo de confinamento, capaz de produzir ao expectador um efeito de temor, vez que representa o poder

acumulado pela autoridade e a silenciosa capacidade de manutenção e controle da intransigência⁴⁴. Em contrapartida, a imagem de presos em rebelião, sobre o teto das cadeias, queimando colchões com camisetas atadas ao rosto, é amedrontadora para o público e para as autoridades, pois subverte a ideia tranquila de poder e ordem institucional pretendida pela penitenciária (GARLAND, 2006).

Assim, o cárcere torna-se uma realidade institucional, agregando em si todas suas representações: expressão do poder estatal, afirmação da moralidade coletiva, veículo de expressão emocional, política social condicionada a motivos econômicos, representação da sensibilidade vigente e “un conjunto de símbolos que despliega un *ethos* cultural y ayuda a crear una identidad social” (GARLAND, 2006, p. 333).

Por fim, considerar a prisão um fenômeno ou uma instituição social implica admitir sua perseguição simultânea a diversos objetivos contraditórios. Pode-se considerar sua principal pretensão o controle do crime, a partir da *ressocialização* dos encarcerados, e a redução dos índices criminais, mas deve-se ter em conta que o cárcere é um instrumento eficaz de incapacitação, contenção e exclusão de pessoas atingidas pelos significados culturais de diversas outras instituições sociais.

Mais do que uma forma de punição, a submissão do indivíduo aos maus-tratos e à realidade danosa das penitenciárias atuais reflete uma compatibilidade com as modernas (in)sensibilidades e restrições convencionais à violência física manifesta. Longe dos olhos e turvado pela imagem fornecida pela mídia, o cárcere “es una forma de violencia sustituta y sutil, una manera de retribución suficientemente discreta y ‘negable’ que concita la aceptación cultural de la mayoría de la población” (GARLAND, 2006, p. 335).

Porém, se a pena reflete as relações sociais de uma determinada sociedade, no Brasil, a desigualdade e a exclusão social são identificadas no cárcere, punição que se apresenta como conformidade útil à organização da sociedade brasileira⁴⁵. Nesse sentido, vez que as redes de seguro social jamais foram abrangentes a ponto de reduzir as disparidades sociais, o Estado de Bem-estar Social nunca foi completamente vislumbrado no país, configurando-se somente como mentalidade norteadora (CHIES, 2013).

⁴⁴ “[...] ‘la prisión’ actual es una metáfora fundamental de nuestra imaginación cultural y una característica de nuestras políticas penales” (GARLAND, 2006, p. 302).

⁴⁵ “La penalidade manifiesta entonces un sentido definido de la forma en que las relaciones sociales están constituidas [...] en una determinada sociedad” (GARLAND, 2006, p. 316).

Portanto, ainda que o país tenha incorporado os paradigmas humanitário e ressocializador à política criminal nacional, sua assimilação tardia, somente em 1984, com a Lei de Execução Penal nº 7.210 (LEP) coincidiu com a crise dos ideais nos contextos estadunidense e europeu.

Segundo Chies, essa diferença de temporalidade na adesão brasileira a um marco pretensamente civilizatório de punição pode ser apontada como uma das razões da frágil eficácia dos dispositivos legais da LEP, que nunca concretizou sua perspectiva humanitária no Brasil (CHIES, 2013). Contudo, a verdade é que no país “as demandas por ferocidade penal e a seletividade da clientela do sistema penal são permanências históricas” (BATISTA, 2005, p. 28).

O modo de produção escravista prevalente até o século XIX dava à privação da liberdade um caráter meramente complementar a outras formas de punição no Brasil. De fato, as penas corporais e capitais, bem como os trabalhos forçados eram a principal forma de controle social à época e o condenado era considerado um objeto do direito penal privado (CHIES, 2013).

Com a Constituição da República, entre o século XIX e o XX, e a formação de uma burguesia brasileira, o sistema de produção capitalista supera a ideia de castigo e a substitui pela ideia de cura (Cf. BARATTA, 1999). Ademais, em razão da influência do positivismo biologicista europeu, quem cometia um crime passou a ser visto como um *doente* necessitado de *tratamento*. Nesse sentido, o principal parâmetro de *normalidade* era o trabalho e o ato de trabalhar passou a significar *adequação à normalidade* (CHIES, 2013).

A consequência, no âmbito da punição, foi a ascensão da pena privativa de liberdade, a qual possibilitou um controle das massas, seu treinamento para o trabalho fabril e a alienação das classes mais baixas⁴⁶.

Contudo, sublinhada pelo confinamento e pelo extermínio, a história do sistema carcerário no Brasil demonstra que, apesar da perspectiva disciplinar e ressocializadora, identifica-se múltiplas permanências de práticas repressivas tradicionalmente ligadas ainda à sociedade escravista⁴⁷.

⁴⁶ “A América Latina seria então uma gigantesca instituição de sequestro: a prisão nos países periféricos seria uma instituição de sequestro menor, dentro de outra maior: uma espécie de *apartheid* criminológico natural, com características exterminadoras diferentes das disciplinadoras dos países centrais” (BATISTA, 2005, p. 31).

⁴⁷ “[...] em cada sociedade a questão penitenciária – que se constitui e se manifesta por meio de expressões teóricas e concretas (políticas, institucionais e práticas) dos paradoxos e das contradições entre os discursos e as promessas acerca do castigo penal pretensamente civilizado (a privação da

O Brasil também apresenta uma dinâmica própria do seu sistema prisional, estudada principalmente pela observação da gestão do cotidiano, a qual envolve negociação entre a administração penitenciária e os grupos organizados de presos (SINHORETTO; SILVESTRE; MELO, 2013). As pesquisas brasileiras demonstram as consequências do encarceramento em massa permeando toda a sociedade e os efeitos dessas instituições sobre a vida urbana, em que há impacto em setores como assistência social, saúde e segurança, o que resulta novas tensões e requisita mais gerenciamento de conflitos (SINHORETTO, SILVESTRE; MELO, 2013).

Sobre esse aspecto, observa-se a necessidade de relativizar as teorias de intensificação da repressão penal pelo Estado, oportunizando-se mais a ideia de controle difuso, disputado pelos diversos agentes participantes da gestão diária da prisão e mesmo fora dela (SINHORETTO, SILVESTRE; MELO, 2013).

Dessa maneira, diante da realidade carcerária brasileira e percebendo a falência da pena privativa de liberdade, o discurso trazido na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal do país, em 1984 (Lei nº 7.209/1984), para justificar a introdução das penas restritivas de direitos, é justamente a redução da utilização da pena de prisão, reconhecendo os problemas resultados da submissão de indivíduos ao cárcere:

26. Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.

27. As críticas que em todos os países se tem feito à pena privativa da liberdade fundamentam-se em fatos de crescente importância social, tais como o tipo de tratamento penal frequentemente inadequado e quase sempre pernicioso, a inutilidade dos métodos até agora empregados no tratamento de delinquentes habituais e multirreincidentes, os elevados custos da construção e manutenção dos estabelecimentos penais, as consequências malélicas para os infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação, sujeitos, na intimidade do cárcere, a sevícias, corrupção e perda paulatina da aptidão para o trabalho.

28. Esse questionamento da privação da liberdade tem levado penalistas de numerosos países e a própria Organização das Nações Unidas a uma “procura mundial” de soluções alternativas para os infratores que não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade.

29. Com o ambivalente propósito de aperfeiçoar a pena de prisão, quando necessária, e de substituí-la, quando aconselhável, por formas diversas de

liberdade) e a realidade de sua execução pelos Estados modernos – evidencia-se contemporaneamente nas intersecções das esferas da política penal, criminal e social e por meio de dinâmicas de complementariedade e/ou de substituições” (CHIES, 2013, p. 16).

sanção criminal, dotadas de eficiente poder corretivo, adotou o Projeto novo elenco de penas. Fê-lo, contudo, de maneira cautelosa, como convém a toda experiência pioneira nesta área. Por esta razão, o Projeto situa as novas penas na faixa ora reservada ao instituto da suspensão condicional da pena, com significativa ampliação para os crimes culposos. Aprovada a experiência, fácil será, no futuro, estendê-la a novas hipóteses, por via de pequenas modificações no texto. Nenhum prejuízo, porém, advirá da inovação introduzida, já que o instituto da suspensão condicional da pena, tal como vem sendo aplicado com base no Código de 1940, é um quase nada jurídico.

Ao longo dos anos, a substituição da pena de prisão, bem como a redução da população carcerária permaneceram como propósito das medidas alternativas na política criminal e penitenciária no Brasil, como permite concluir o exame das Resoluções nº 03/1995, nº 05/1999, nº 16/2003 e nº 01/2008 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (Cf. SOUZA, 2012).

Contudo, apesar da crescente aplicação de alternativas penais à pena de prisão entre os anos de 1995 e 2009, em pouco mais de vinte por cento dos casos houve de fato a substituição à pena de prisão: o restante retrata situações em que as medidas alternativas foram direcionadas a infrações de menor potencial ofensivo ou a crimes com pena mínima inferior a um ano, os quais já não encontravam anteriormente reflexo populacional no cárcere (Cf. SOUZA, 2012).

Assim, observa-se que, apesar da finalidade legal das penas alternativas, sua aplicação pelo Poder Judiciário não implicou na redução do encarceramento, mesmo porque o indivíduo a ela submetido não é o *outro* a quem se aplica o cárcere.

Nesse sentido, é possível identificar uma *aplicação quase política da pena privativa de liberdade*, um direcionamento do cárcere para determinada parte da população com o objetivo de controlar, neutralizar e isolar⁴⁸.

O fenômeno social da prisão, desse modo, perpassa o estudo da atuação dos tribunais na sociedade contemporânea, impondo uma crítica à ideia de neutralidade do Poder Judiciário e revelando sua interação com os contextos sociais e políticos em que se inserem. Na verdade, o que se destaca é a possibilidade de os tribunais refletirem e reproduzirem relações de poder e desigualdades sociais, considerando a

⁴⁸ “A concentração dos substitutivos penais em crimes de menor gravidade, parece revigorar a instituição da prisão em duas direções principais: a) a prisão como ‘último recurso’ para os chamados ‘casos mais duros’: o sistema de controle social ampliado (mais pessoas controladas) e diversificado (maior quantidade de instituições auxiliares de controle) é reforçado pela possibilidade de reconversão dos substitutivos penais em futuros reencarceramentos; b) a prisão como instituição indispensável à eficácia dos substitutivos penais, legitimada como centro do ‘arquipélago carcerário’, com novas estratégias e métodos que controlam, de forma mais intensa e mais generalizada, a população marginalizada do mercado de trabalho e do consumo social” (SANTOS, 2007, p. 604-605).

influência de categorias como cor, gênero, classe social, entre outras, e a formação de um sistema jurídico excludente⁴⁹.

⁴⁹ “Em uma sociedade hierárquica e desigual como a brasileira, em que as relações sociais são muitas vezes pautadas não pelo princípio da igualdade, mas por relações de clientelismo e compadrio, o criminoso é visto sempre como o “outro”, aquele que não está ao abrigo da lei e do direito, e deve ser submetido ao arbítrio e à violência que a própria sociedade exige dos agentes do sistema” (AZEVEDO, 2010, p. 217).

3 A INFLUÊNCIA DOS OPERADORES DO DIREITO NO ENCARCERAMENTO: CONSEQUÊNCIAS DO DISCURSO JURÍDICO

Ainda que se possa mitigar a existência de um sistema jurídico no Brasil, em razão das práticas frequentemente incongruentes da polícia e do Judiciário na produção parcial da verdade jurídica e na realização de saberes próprios (KANT DE LIMA, 2011), entende-se como foco possível observar a justiça criminal em termos de sistema desde que se considere a influência de outros subsistemas, tornando-o mais articulado do que a teoria clássica propõe (VARGAS, 2014).

Nesse sentido, a opção pela análise dos discursos dos operadores do direito concebe que os procedimentos formais do sistema jurídico (sua estrutura) não apenas orientam ou coordenam as práticas dos operadores, mas refletem a realidade construída socialmente como mito do ambiente⁵⁰. Assim, a incorporação desses mitos possibilita a legitimação das atividades realizadas pelos operadores do sistema (VARGAS, 2014).

Portanto, se as representações que os atores jurídicos fazem do mundo social são capazes de influenciar os processos realizados pelo sistema de justiça criminal, inclusive legitimando-os, um estudo sobre a cultura do encarceramento deve, necessariamente, investigar os discursos produzidos no campo do direito⁵¹.

3.1 O SISTEMA E O CAMPO JURÍDICO: O INTERESSE NA PRESERVAÇÃO PELO DISCURSO

Para compreender o funcionamento do sistema jurídico, Niklas Luhmann, em oposição ao estruturalismo funcional, propõe a inversão da ordem lógica dos conceitos de estrutura e função, bem como determina as condições pelas quais as

⁵⁰ “O enfoque microsociológico do interacionismo simbólico coloca em destaque o caráter negociado e não mecanicamente imposto pela ordem social, em um contexto no qual os atores sociais fazem uma permanente reinterpretação das regras, em um processo dinâmico” (AZEVEDO, 2011, p. 349).

⁵¹ “O dilema central do debate sociocriminológico contemporâneo sobre o comportamento desviante e os mecanismos socialmente constituídos para o controle social se situa na do próprio objeto: a oposição entre um ponto de vista objetivista, que tende a explicar os fatos sociais a partir das causas e fatores estruturais que estão para além da consciência dos atores, e uma perspectiva subjetivista, para a qual o importante é *analisar as representações que os atores fazem do mundo social*, e através das quais constroem esse mundo” (AZEVEDO, 2011, p. 345).

funções essenciais para a estruturação do sistema social podem ser realizadas (VASCONCELLOS, 2008).

Sua abordagem implica ignorar a preocupação em obter um consenso normativo que fundamente a legitimidade de uma ordem social. Assim, deixa-se de lado o problema da legitimidade para analisar a governabilidade, pois, segundo o autor, a racionalidade do sistema não é normativa, vez que não pretende mudar o meio, mas tão somente neutralizar as ameaças dele provenientes (AZEVEDO, 2010).

Luhmann diferencia três tipos fundamentais de sistemas autorreferentes: os sistemas vivos, os psíquicos e os sociais. Enquanto os sistemas psíquicos consistem na consciência e no modo de operação, os sistemas sociais são constituídos essencialmente pelas comunicações. A sociedade, portanto, seria um “composto formado por comunicações entre os indivíduos e não pelos indivíduos em si” (VASCONCELLOS, 2008, p. 77). Nesse sentido, diferentemente das teorias sociológicas clássicas, as quais se fundamentam nos seres humanos para explicar o funcionamento da sociedade, a teoria sociológica de Luhmann baseia-se nas relações humanas e nas suas comunicações.

O autor também considera moderna a sociedade em que as ações sociais estão baseadas no racionalismo, enquanto as condutas tradicionais, irracionais, perdem progressivamente espaço social. O crescimento da complexidade social, por fim, representa o aumento de alternativas e possibilidades⁵². Portanto, a complexidade do sistema social deriva da colisão entre o excesso de expectativas geradas pelas possibilidades oferecidas pelo meio e a capacidade restrita em concretizá-las (AZEVEDO, 2010).

Por outro lado, o autor entende como constante as relações entre as ações sociais, pois o papel do sistema social seria garantir a todos os demais sistemas um ambiente de menor complexidade, excluindo a aleatoriedade das possibilidades. Por conseguinte, “a complexidade de um sistema é regulada, essencialmente, por meio de sua estrutura, ou seja, pela seleção prévia dos possíveis estados que o sistema pode assumir em relação a seu ambiente” (LUHMANN, 1983, p. 168).

⁵² “A complexidade da sociedade, rapidamente crescente na era atual, apresenta novos problemas a todas as esferas do sentido e, portanto, também ao direito. Ao mesmo tempo, a sua riqueza de possibilidades contém a potência, se bem que não a garantia, de novas formas de solução dos problemas. O crescimento da complexidade social, porém, fundamenta-se em última análise no avanço da diferenciação funcional do sistema social. A diferenciação funcional cria sistemas sociais parciais para a resolução de problemas sociais específicos” (LUHMANN, 1983, p. 225).

Luhmann ainda refere o conceito de contingência, que seria o perigo de desapontamento na realização de determinada escolha face à existência de diversas alternativas, o que levaria à necessidade de assumir os riscos na tomada de decisões (VASCONCELLOS, 2008). Em suma, a existência de contingência (perigo de frustração e necessidade de assunção dos riscos) e de complexidade das possibilidades plausíveis nas relações sociais gera uma sobrecarga nos indivíduos e leva o sistema social a criar expectativas comportamentais (LUHMANN, 1983).

Sendo assim, o direito, para Luhmann, é uma estrutura com formas de seleção e limites definidos pelo sistema social com a função de generalizar as expectativas normativas de comportamento, a fim de garantir a coesão social⁵³. Isso porque, sem elas, “os homens não teriam como orientar-se entre si, já que não haveria a possibilidade de previsão de comportamentos sociais” (VASCONCELLOS, 2008, p. 78).

Porém, apesar dos sistemas sociais tentarem permanentemente reduzir a complexidade do entorno, transformando as possibilidades indefinidas em expectativas previsíveis, a evolução é uma consequência de sua necessária adaptabilidade com o meio (AZEVEDO, 2010). Para Luhmann, a evolução no subsistema jurídico ocorre com a comunicação de expectativas normativas inesperadas, as quais provocam o desvio. A frequência dos desvios gera a produção de novas estruturas normativas, ocasionando um condicionamento para a permanência do desvio no sistema social. Por fim, o desvio é incorporado pelo sistema social e passa a ser normatizado (LUHMANN, 1983).

A teoria de Luhmann também entende o subsistema jurídico como autorreferente e autossuficiente, ou ainda, em seus termos, *autopoietico*, que se faz a si mesmo. Significa dizer que o sistema constrói sua identidade por oposição ao meio exterior, definindo com ele regras de transação, determinando seus próprios elementos, gramática e ciclo de funcionamento. Nesse sentido, verifica-se um fechamento sistêmico, pois “tudo aquilo que o sistema recebe do exterior, ao ser integrado no sistema, é redefinido, transformado, recriado em função da gramática do sistema” (AZEVEDO, 2010, p. 66). Assim, é preceito básico da existência de um

⁵³ “[...] Luhmann vê o direito como aquela estrutura de um sistema social (subsistema) que tem a função de generalizar as expectativas normativas de comportamento, e com isto garantir a coesão social. É um subsistema que coordena a um nível altamente generalizado e abstrato todos os mecanismos de integração e de controle social” (AZEVEDO, 2010, p. 76).

sistema social o código binário, diferenciando o que está fora do que está dentro. “Na sociedade moderna, o direito apresenta-se como um subsistema baseado no controle de um código-diferença lícito/ilícito” (VASCONCELLOS, 2008, p. 79), o qual implica em seu fechamento operacional.

Contudo, ainda que se entenda o subsistema jurídico como normativamente fechado a influências externas, observa-se sua abertura cognitiva, sua possibilidade de assimilar fatores do ambiente em que está inserido⁵⁴. Embora na teoria original os fatores ambientais não fossem considerados aptos a influenciar diretamente no funcionamento do subsistema jurídico, atualmente a análise do sistema jurídico revela a ingerência do código político nas suas concepções, principalmente em sociedades marcadas pelo clientelismo, como a brasileira (Cf. VASCONCELLOS, 2008).

De fato, trata-se da possibilidade de diferentes subsistemas estarem acoplados estruturalmente, como o sistema político e o sistema jurídico, em que o primeiro dá à comunicação o *status* simbólico de poder⁵⁵. Nesse sentido, observa-se uma demanda de problemas políticos ao sistema jurídico, cuja “[...] relevância do ponto de vista ético e moral [...] não pode ser reduzida ao código legal/ilegal”, que visa tão somente à autolegitimação (AZEVEDO, 2010, p. 83).

Ademais, se é possível diferenciar o sistema político em partidos e administração pública (legislativo, executivo e judiciário), entendendo como sua função a produção de legitimidade do exercício do poder, as orientações políticas da administração pública nas democracias modernas podem ser divididas em concepções expansivas e restritivas (AZEVEDO, 2010).

Desse modo, a demanda política trazida ao sistema jurídico sofre a influência de tendências expansivas do sistema político, pautadas pelo conservadorismo, pois “conferem à política um papel de orientadora da sociedade, responsável pela institucionalização da vida social”, enquanto o direito restringe-se apenas ao seu procedimento de legitimação (AZEVEDO, 2010, p. 71).

⁵⁴ “Este fechamento se dá pelo fato do subsistema estar normativamente fechado a influências externas, mas aberto cognitivamente, fator que lhe dá a possibilidade de assimilar, de acordo com seus próprios critérios de assimilação, fatores do ambiente no qual está inserido, mas de forma que estes fatores não influenciem diretamente seu funcionamento” (VASCONCELLOS, 2008, p. 79).

⁵⁵ “[...] o sistema político codifica e generaliza simbolicamente o poder, na forma de um meio específico de comunicação. O poder passa a ser um meio de comunicação social, um código de símbolos generalizado que torna possível e disciplina a transmissão de prestações seletivas de um sujeito a outro” (AZEVEDO, 2010, p. 67-68).

Assim, a consequência imediata da teoria proposta por Luhmann é a exclusão das impossibilidades ou improbabilidades extremas do conceito de democracia, tendo em vista que “[...] a política perde a possibilidade de representação do todo, mas alcança o seu próprio código de funcionamento auto-referenciado [...]”, em que a “lógica binária acaba gerando uma auto-eliminação da espontaneidade do sistema político” (AZEVEDO, 2010, p. 73-74).

Outra crítica possível à teoria luhmanniana é as consequências da constatação de que a legitimidade do direito é dada pelo seu próprio procedimento, único fim a que se prontifica, e não pelo seu conteúdo, tendo em vista que “a única coação legal realmente efetiva para o centro do sistema jurídico é a obrigatoriedade da prestação jurisdicional” (AZEVEDO, 2010, p. 78).

Dessa maneira, apesar de haver um ideal democrático e imparcial do Estado, o agravamento da violência urbana no Brasil, a incapacidade do sistema de justiça criminal de contê-la e a queda de investimentos em segurança pública e justiça⁵⁶ levam a um descrédito nas instituições judiciais do país e a uma demanda pública voltada ao punitivismo, a qual propicia a atuação arbitrária do Poder Judiciário⁵⁷.

É por isso que, porquanto a normatividade objetiva criar uma estabilidade social, ela engessa o sistema jurídico à discussão da legitimidade do procedimento, ignorando o conteúdo material das decisões do direito. E, assim, mesmo que vise à integração social, o direito acaba por promover a desintegração: a ausência de participação popular e o tratamento desigual promovido pelo sistema judiciário retratam o direito muito mais como uma limitação ou constrangimento externo ao comportamento social dos indivíduos do que como uma fórmula ideal de aplicação da lei (VASCONCELLOS, 2008). Portanto, apesar da riqueza na conceitualização de Luhmann ao descrever o funcionamento do Estado e do sistema jurídico, sua teoria desassocia sistemas pessoais e sistemas sociais, eliminando o mundo da vida (AZEVEDO, 2010).

⁵⁶ “[...] a teoria da autopoiese do direito levanta importantes questões a respeito de problemas operacionais particulares, como a demora e os custos da justiça, a brutalidade policial, o congestionamento dos tribunais e das prisões, a discrepância entre direito legislado e direito aplicado, etc.” (AZEVEDO, 2010, p. 83).

⁵⁷ “É impossível pensar no sistema jurídico das modernas democracias ocidentais, sem levar em conta a delegação conferida aos tribunais para dirimir todo um conjunto de questões de profunda relevância moral para o conjunto da sociedade, traduzidas em decisões judiciais universalizantes, orientadas pela legislação e pela jurisprudência” (AZEVEDO, 2010, p. 83).

Já Pierre Bourdieu entende que a atuação dos operadores do direito no campo jurídico se fundamenta nas relações de hierarquização e na reprodução de valores e ações. Segundo sua teoria, a sociedade é constituída por campos estruturados de relações objetivas com lógica própria e imponentes, os quais são tanto um campo “de forças”, constringendo os agentes envolvidos, quanto um campo “de lutas”, levando os agentes a atuar conforme suas posições relativas (BOURDIEU, 1989).

Ademais, os campos são resultantes de processos de diferenciação social e a posição de cada agente dentro do campo determina seu comportamento e seus capitais de consumo⁵⁸. Assim, a dominação dos agentes pelos/nos campos sociais se daria em função da violência simbólica, cuja legitimação garante a acumulação da diversidade de capitais (VASCONCELLOS, 2008).

Contudo, são os discursos de autoridade burocrática que reproduzem a dominação social, o *habitus* de seu campo e as desigualdades sociais a ele relacionadas: para Bourdieu, não se trata de uma luta entre “dominantes” e “dominados”, mas de “um complexo conjunto de ações inconscientes que ocorrem nas relações entre instituições e todos os agentes do campo” (VASCONCELLOS, 2008, p. 83). Nesse sentido, as diferenciações do campo e seus interesses específicos constituem aparelhos de dominação, tanto de seus próprios agentes quanto dos demais campos sociais⁵⁹.

Ainda, Pierre Bourdieu entende que a luta do/no campo se dá pelo capital simbólico, compreendido como o prestígio e a honra do campo ou do agente e correspondente a toda sorte de rituais de reconhecimento social (BOURDIEU, 1989). O capital simbólico seria constituído pelos capitais econômico, social e cultural, entendidos como a riqueza material, as relações e contratos sociais e as qualificações intelectuais do indivíduo, respectivamente, permitindo aos dominantes imporem seu arbitrário cultural aos dominados e fazendo-os crer como legítimos. Eventual desigualdade na distribuição do capital social no interior de um campo influencia em conflitos internos, os quais geram uma busca pela conservação, bem como a reprodução das formas de capital (VASCONCELLOS, 2008).

⁵⁸ “[...] o campo é um espaço de conflitos e de concorrência, no qual luta-se pelo estabelecimento do monopólio do capital” (MADEIRA, 2007, p. 21).

⁵⁹ “[...] *habitus* enquanto conjunto de esquemas ou princípios classificatórios, disposições incorporadas, e o interesse que surge da relação entre esse sistema de disposições e as possibilidades e censuras do entorno social” (AZEVEDO, 2010, p. 95)

Por fim, Bourdieu trata da noção de *habitus* como ação e pensamento construídos socialmente, fruto de um trabalho social exercido pelo/no campo durante o processo de formação da identidade social de seus agentes (composto por esquemas de percepção, apreciação e ação). O *habitus*, portanto, é nominado e internalizado pelos agentes sociais face à orientação explícita ou implícita do campo social em que estão inseridos⁶⁰.

Assim, para o autor, o direito reflete as relações sociais orientadas pelas suas próprias forças, as quais determinam a ordem econômica de determinada sociedade⁶¹. Em outras palavras, o direito é um instrumento de dominação, cujo formalismo sustenta sua autonomia perante a sociedade em que está inserido, mantendo as estruturas que permitem a criação e a acumulação do que Bourdieu chama de capital jurídico⁶².

Sobre esse aspecto, o uso do direito é monopolizado pelos agentes e instituições jurídicas através do seu formalismo, o qual justifica a existência de um método próprio, imparcial e neutro, capaz de efetivar a uma pretensa justiça pela utilização de princípios universais (BOURDIEU, 1989).

O que se verifica, contudo, é a justificação da decisão jurídica por si mesma, essência do campo jurídico⁶³, vez que a construção do monopólio do uso do direito realizada por seus agentes e instituições se baseia no formalismo jurídico, categoria de legitimação das decisões judiciais que produz a crença na neutralidade e universalidade do campo (MADEIRA, 2007). Nesse sentido, as formalidades do direito, suas normas e rituais, provocam a acumulação do capital simbólico do campo e garantem sua manutenção (BOURDIEU, 1989).

⁶⁰ “O *habitus* constitui a nossa maneira de perceber, julgar e valorizar o mundo e conforma a nossa forma de agir, corporal e materialmente, mas não designa simplesmente um condicionamento, mas simultaneamente, um princípio de ação: o *habitus* é ao mesmo tempo uma estrutura, no sentido de uma disposição internalizada durável, e é estruturante, no sentido de gerar práticas e representações sociais respeitadas e reproduzidas pelos agentes sociais” (VASCONCELLOS, 2008, p. 85).

⁶¹ “O direito consagra a ordem estabelecida ao consagrar uma visão desta ordem que é uma visão de Estado, garantida pelo Estado” (BOURDIEU, 1989, p. 237).

⁶² “[...] o campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, no qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste na capacidade reconhecida de interpretar um corpus de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social” (AZEVEDO, 2010, p. 96)

⁶³ “O campo jurídico é um local no qual são travadas lutas de concorrência pela forma como deve ser dito e interpretado o direito. Assim, o agente social com mais força para vencê-la poderá interpretar leis e normas de forma reconhecida como legítima pelos outros atores do campo jurídico e, teoricamente, uma vez que Bourdieu acredita ser uma ilusão a existência da autonomia absoluta do direito, sem a pressão de interferências sociais externas” (VASCONCELLOS, 2008, p. 87).

As próprias positivação e codificação do direito visam evitar situações de risco para o campo jurídico, estabilizando o sistema no entorno e no interior do campo, apresentando-se como autônomo e necessário à sociedade (MADEIRA, 2007). Assim, a lógica de funcionamento do campo jurídico é sua retórica de autonomia, de neutralidade e de universalidade, pela qual “o direito e a prática jurídica se vinculam às estratégias de universalização que estão no princípio de todas as normas e de todas as formas oficiais” (AZEVEDO, 2010, p. 98).

Como “[...] o interesse do campo jurídico não está na eficiência jurídica ou na justiça social, mas sim na crença no formalismo do direito” (MADEIRA, 2007, p. 24), visando sua manutenção, ele é dotado de um *habitus* linguístico, um discurso estilisticamente caracterizado de competência técnica e capacidade social. Os operadores do direito tendem a reproduzir o *habitus* em suas ações, pensamentos e percepções e, vez que são oriundos da classe dominante⁶⁴, “tendem a reproduzir sua visão de mundo em suas ações jurídicas” (MADEIRA, 2007, p. 24).

Portanto, se para Luhmann a evolução do direito está relacionada à demanda externa do meio social, ao aumento de sua complexidade, Bourdieu entende que as mudanças no campo jurídico se devem também “a regras próprias de competência entre os corpos profissionais no interior do referido campo” (MADEIRA, 2007, p. 23). Assim, a problemática do campo jurídico é resultado da sua criação de capital e da capacidade de seus operadores em o acumularem. Trata-se da luta por dizer o direito, que se refere à interpretação do direito e sua aplicação nas decisões judiciais (BOURDIEU, 1989).

A autoridade jurídica produzida nesse campo é responsável pela criação da violência simbólica *legítima*, do monopólio estatal e possível articulação com a força física⁶⁵. Seus discursos e práticas são produtos de um campo determinado pelas relações de forças que o estruturam e pela lógica interna de suas obras, ambas limitantes das soluções jurídicas (BOURDIEU, 1989). O direito não se trata, pois, de contextualizar normas sociais, de criar, interpretar e aplicar regras, mas de administrar

⁶⁴ “[...] a relação entre o campo jurídico com os demais campos se dá na medida em que há proximidade de interesses e afinidades dos *habitus*, ligados a formações familiares e escolares similares, o que favorece o parentesco das visões de mundo. Sendo assim, o campo jurídico tem um comprometimento com os valores e interesses dos dominantes” (MADEIRA, 2007, p. 26).

⁶⁵ “[...] existência de um universo social relativamente independente em relação às demandas externas, no interior do qual se produz e exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima, cujo monopólio pertence ao Estado e que pode servir-se do exercício da força física” (AZEVEDO, 2010, p. 97).

um campo social burocrático, no qual um conflito real, envolvendo pessoas e fatos, se subsume a um debate regulado por normas e profissionais⁶⁶. Trata-se, por fim, de uma representação de interesses, da defesa das regras pré-determinadas do jogo jurídico (VASCONCELLOS, 2008).

Em suma, a luta simbólica existente no interior do campo jurídico diz respeito às interpretações possíveis das normas face às visões e considerações dos operadores do direito de capacidades técnica e social desiguais, bem como às situações novas apresentadas⁶⁷. Assim, fazendo uso do discurso como recurso jurídico disponível, os operadores acabam por determinar a significação real da regra, seu efeito jurídico (BOURDIEU, 1989).

A decisão judicial no campo jurídico, portanto, tem muito mais o caráter político dos seus operadores do que efetivamente normas puras de direito, tendo em vista que “[...] o conteúdo prático da lei que se revela no veredicto é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais” (BOURDIEU, 1989, p. 224). Além disso, a própria influência que os campos sofrem entre si modifica as categorias e significados inerentes ao campo jurídico, cuja pretensão universalizante de construção da própria racionalidade não impede sua contaminação por conteúdos políticos e éticos (MADEIRA, 2007).

Portanto, se Luhmann compreende o sistema jurídico como expectativas normativas influenciadas pelo entorno, cuja participação não é determinante ao direito, para Bourdieu, o campo é constituído de agentes em luta, no qual os operadores do campo competem pela interpretação do direito, realizando ações reflexivas (MADEIRA, 2007). É assim que Bourdieu critica a ideia autopoietica do direito de Luhmann, pois, em vez autonomia, observa a preocupação com a manutenção do estado das coisas no campo jurídico, cujo desenvolvimento controlado ocorre pelas regras de competência dos operadores do campo.

⁶⁶ “[...] a universalização jurídica seria a fórmula por excelência das estratégias de dominação particular recorrendo a um princípio universal mediante a referência a uma regra, que permite que o interesse em disputa se substancie em desinteresse, ou em termos de um interesse geral ou comum, que despojado de toda referência filosófico-moral, seria o fruto do poder agregado daqueles setores suficientemente influentes para definir problemas, constituir-los como tais e impor suas próprias soluções” (AZEVEDO, 2010, p. 99).

⁶⁷ “[...] as práticas e os discursos jurídicos são o produto do funcionamento de um campo cuja lógica está duplamente determinada: de um lado pelas relações de força específicas que lhe conferem sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que ali tem lugar, e de outra parte pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço de possibilidades, o universo de soluções propriamente jurídicas” (AZEVEDO, 2010, p. 98).

Por outro lado, Luhmann também identifica o uso da recursividade pelos operadores do direito, verificando nas decisões judiciais o reflexo do que é determinado internamente pelo sistema jurídico, mas não entende o sistema jurídico como tarefa decisional organizada profissionalmente (MADEIRA, 2007).

Se para Luhmann a positivação e formalismo jurídicos são uma maneira de autonomizar o sistema jurídico face às valorações sociais, na teoria do campo jurídico, a codificação e o formalismo são legitimadores e neutralizadores da violência simbólica⁶⁸. Ademais, são responsáveis pela construção de um monopólio de saber, cuja identificação se dá pelo capital jurídico (BOURDIEU, 1989).

Ambos os autores entendem que a decisão judicial é calcada na neutralidade e na justiça, as quais, para Luhmann, são estabelecidas internamente no sistema jurídico. Contudo, para Bourdieu, o caráter de neutralidade e justiça dados pelo campo às decisões jurídicas tem como objetivo inibir posições que abalem a estabilidade do campo. Por isso, Luhmann compreende a resolução de conflitos como função social do direito, o que, para Bourdieu, seria a reprodução social. No entanto, ambos identificam a função legitimadora do direito na sociedade, procedimental para Luhmann e sobre a naturalização de práticas arbitrárias para Bourdieu.

Por fim, Bourdieu refere que há uma interconexão entre os campos e que o campo jurídico mantém relações com os campos econômico, político e ético, enquanto Luhmann compreende haver uma autonomia do sistema jurídico em relação às valorações sociais por meio da codificação.

Compreender o direito como sistema ou campo jurídico permite identificar seu interesse na autopreservação pelo discurso e aponta a necessidade de estudar mais profundamente as consequências de dizer o direito na sociedade.

3.2 DA LEGITIMAÇÃO DO CAMPO AO ENCARCERAMENTO: AS CONSEQUÊNCIAS DA PALAVRA QUE DIZ O DIREITO

⁶⁸ “Para Luhmann, pois, a codificação seria a forma básica de independizar as decisões jurídicas de questões como riqueza, linguagem, classe, política, moral; para Bourdieu, é justamente pela atuação de operadores jurídicos com *habitus* de classe dominante que o direito, ou campo jurídico acaba permeado por questões políticas, econômicas, ético-morais, e isso se transforma em neutro pela atuação do direito” (MADEIRA, 2007, p. 38).

Para além da constatação da vontade de permanência do campo jurídico, é preciso investigar as concretas transformações discursivas, suas regras de manutenção e de ruptura, os procedimentos internos de produção dos discursos institucionais. Também se faz necessário analisar os procedimentos de exteriorização, cujos mecanismos de exclusão, de interdição, de restrição e de repetição, entre outros, controlam, selecionam, organizam e redistribuem os discursos (FOUCAULT, 1999).

Compreende-se que os discursos são criados, reproduzidos, controlados, selecionados e organizados pelas instituições para instaurar uma *verdade*, concretizando uma das formas de manutenção do controle social. Assim, o discurso dos atores institucionais (re)determina seus próprios locais de fala, bem como singulariza sua atuação⁶⁹.

Nesse sentido, os rituais normativos definem a posição que um indivíduo ocupa em um diálogo, que, em consequência, produz o comportamento considerado adequado. Presente sobretudo no Poder Judiciário, o discurso jurídico evidencia a abordagem apontada por Foucault, vez que determina normas, concepções e regras de conduta que *assujeitam* os indivíduos⁷⁰. Enfim, sistemas como o Judiciário, o ensino e a igreja possuem um caráter político unificador e controlador, disciplinando o sujeito por meio do discurso e revelando a presença do poder.

Considerando, portanto, a imbricação entre discurso e poder, Foucault atenta ainda para a luta pelo local de fala, pelo próprio discurso, nos exatos termos em que Bourdieu refere a luta interna no campo social. Assim, “o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar” (FOUCAULT, 1999, p. 10). Em suma, o discurso não reflete o controle do poder, mas é de fato o próprio poder, construindo identidades e criando representações.

Contudo, o discurso não teria um caráter imaterial ou etéreo, mas sim de acontecimento, cuja efetivação sempre ocorre no âmbito da materialidade, visto que

⁶⁹ “[...] os discursos religiosos, judiciários, terapêuticos e, em parte também, políticos não podem ser dissociados dessa prática de um ritual que determina para os sujeitos que falam, ao mesmo tempo, propriedades singulares e papéis preestabelecidos” (FOUCAULT, 1999, p. 39).

⁷⁰ “O sistema do direito, o campo judiciário são canais permanentes de relações de dominação e técnicas de sujeição polimorfos. O direito deve ser visto como um procedimento de sujeição, que ele desencadeia, e não como uma legitimidade a ser estabelecida” (FOUCAULT, 2010, p. 182).

“ele possui seu lugar e consiste na relação, coexistência, dispersão, recorte, acumulação, seleção de elementos materiais” (FOUCAULT, 1996, p. 57).

Portanto, discurso e não-discurso estão articulados nas relações entre saber e poder, ficando evidente que os saberes se vinculam a dispositivos de poder. Analisar a fala dos operadores do direito não seria tão somente identificar a luta pela manutenção do campo jurídico, mas também “[...] captar o poder na extremidade cada vez menos jurídica de seu exercício”. (FOUCAULT, 2010, p. 182)

Nesse sentido, o poder de dizer o direito, e, portanto, atestar o legítimo, o correto, o legal, o constitucional, entre outras categorias que influenciam o social, representa o poder de produzir a verdade⁷¹. Há um controle e uma seleção do que é dito para que sua redistribuição se dê em processos institucionais socialmente legítimos⁷². Trata-se do exercício de um poder coercitivo oriundo da competência discursiva legítima, “prática de um ritual que determina para os sujeitos que falam, ao mesmo tempo, propriedades singulares e papéis preestabelecidos” (FOUCAULT, 1999, p. 39).

Sobre esse aspecto, compreende-se o direito como um sistema aberto, integrado por conceitos, fórmulas e categorias suscetíveis de uma progressiva determinação pela prática criadora do intérprete, vez que “[...] são os discursos eles mesmos que exercem seu próprio controle; procedimentos que funcionam, sobretudo, a título de princípios de classificação, de ordenação, de distribuição” (FOUCAULT, 1999, p. 21).

Assim, se é possível considerar o campo jurídico como um sistema aberto e capaz de receber influências dos demais campos e instituições sociais, deve-se admitir que “[...] os juízes são profundamente afetados por sua concepção de mundo: formação familiar, educação autoritária ou liberal, valores de sua classe social, aspirações e tendências ideológicas de sua profissão” (PORTANOVA, 2003, p. 16).

Ademais, considerando a formação histórico-cultural brasileira, seus padrões culturais conservadores muitas vezes importados e suas profundas desigualdades

⁷¹ “[...] estamos submetidos à verdade também no sentido em que ela é lei e produz o discurso verdadeiro que decide, transmite e reproduz, ao menos em parte, efeitos de poder. Afinal, somos julgados, condenados, classificados, obrigados a desempenhar tarefas e destinados a um certo modo de viver ou morrer em função dos discursos verdadeiros que trazem consigo efeitos específicos de poder” (FOUCAULT, 2010, p. 180).

⁷² “[...] em toda a sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade” (FOUCAULT, 1999, p. 8-9).

sociais, ideologias como o capitalismo, o machismo e o racismo estão presentes em todos os discursos de poder brasileiros (PORTANOVA, 2003).

Nesse sentido, considerar as “influências pré-jurídicas sobre significados, valores e fins humanos, sociais e econômicos, ocultos (ou não) que vão inspirar a decisão judicial” (PORTANOVA, 2003, p. 17) permite entender a perpetuação de determinados padrões sociais e seu reflexo no Poder Judiciário.

De fato, a visão conservadora estabelecida entre os operadores do direito entende o processo como instrumento do sistema jurídico capaz de dar força à *vontade concreta da lei*, fornecer segurança jurídica e manter a ordem jurídica quebrada pelo conflito (PORTANOVA, 2003). Contudo, essa perspectiva coloca em crise as relações do Poder Judiciário com a sociedade, vez que “[...] reside na absurda incompreensão de que a norma jurídica é, antes de tudo, norma de conteúdo moral” (PORTANOVA, 2003, p. 52), não sendo possível exigir da sociedade e principalmente dos seus operadores a mera obediência formal aos dispositivos legais⁷³.

Em função da necessidade de autopreservação do campo e da luta pela manutenção do poder discursivo, “[...] o Direito é compreendido de forma isolada e restrita em nome da capacidade e autonomia do objeto e da ciência do Direito” (PORTANOVA, 2003, p. 32). Mais do que uma fase relacionada a uma época ou a um contexto social específico, o campo jurídico brasileiro apresenta uma estrutura conservadora desde sua formação inicial, vez que se concebeu como pelo “método tradicional, escolástico, dogmático e formalista busca a ciência ideologicamente neutra (avalorativa)” (PORTANOVA, 2003, p. 20), ignorando constituir um saber prático e de resultados concretos, devendo apresentar decisões criativas e não automáticas.

Sem oferecer crítica ao direito positivado, os operadores do direito permitem a imposição de categorias jurídicas e a realização eventuais interesses subjacentes desconsiderando suas origens históricas⁷⁴. Assim, na projeção de um conhecimento pretensamente objetivo, utilizam a imparcialidade como instrumento de socialização de valores dominantes tutelados pela ordem jurídica (PORTANOVA, 2003).

⁷³ “[...] os objetivos da jurisdição são tradicionalmente vistos como os mesmos objetivos da lei [...]” (PORTANOVA, 2003, p. 33).

⁷⁴ “Em suma, é da tradição jurídica brasileira que o juiz deve decidir e motivar sua decisão nos limites da ciência jurídica” (PORTANOVA, 2003, p. 33).

Ademais, a partir afirmação da lei como vontade geral e da manipulação de instrumentos retóricos como igualdade perante a lei, autonomia da vontade, garantias processuais, decisões transitadas em julgado, segurança jurídica e paz social, os operadores fazem crer o direito como uma ciência autônoma e o Poder Judiciário como legítimo para a resolução de conflitos⁷⁵.

O julgamento, portanto, passa a ser uma rotina procedimental do operador do direito, “um agir com princípios absolutos e pouco flexíveis, oportunizando uma solução mecânica (quase matemática) do conflito” (PORTANOVA, 2003, p. 57).

A pretensão de neutralidade esconde uma opção pela aceitação e conservação do estado das coisas, traduzindo os interesses de grupos detentores de poder e garantindo a manutenção das relações de dominação, razão pela qual se compreende o comprometimento do direito, “pois traduz vontade política e encerra determinada dimensão valorativa” (PORTANOVA, 2003, p. 65).

Na verdade, a partir da pretensão de objetividade e neutralidade da dogmática jurídica, são ocultados os conflitos socioeconômico-políticos da sociedade e, de fato, “o juiz que não tem valores e diz que o seu julgamento é neutro, na verdade está assumindo valores de conservação. O juiz sempre tem valores. Toda sentença é marcada por valores” (PORTANOVA, 2003, p. 74).

Para Bourdieu as decisões judiciais têm a pretensão de operacionalizar dois efeitos a partir de seu discurso:

O efeito da *neutralização* é obtido por um conjunto de características sintáticas tais como o predomínio das construções passivas e das frases impessoais, próprias para marcar a impessoalidade do enunciado normativo e para constituir o enunciador em sujeito universal, ao mesmo tempo imparcial e objectivo. O efeito da *universalização* é obtido por meio de vários processos convergentes: o recurso sistemático ao indicativo para enunciar normas, o emprego, próprio da retórica de atestação oficial e do auto, de verbos atestativos na terceira pessoa do singular do presente ou do passado composto que exprimem o aspecto realizado (‘aceita’, ‘confessa’, ‘compromete-se’, ‘declarou’, etc.); o uso de indefinidos (‘todo o condenado’) e do presente intemporal – ou do futuro jurídico – próprios para exprimirem a generalidade e a omnitemporalidade da regra do direito: a referência a valores transsubjectivos que pressupõem a existência de um consenso ético (por exemplo, ‘como bom pai de família’); o recurso a fórmulas lapidares e a formas fixas, deixando pouco lugar às variações individuais (BOURDIEU, 1989, p. 216).

Se as fórmulas jurídicas influenciam e são influenciadas na organização de relações de produção econômica e política, “la retórica, en cualquier de sus formas,

⁷⁵ “Destá forma, o sistema tradicional propicia normas gerais (impessoais) hierarquicamente dispostas e abstrações que em verdade são instrumentos operacionais para ‘desempenhar suas funções básicas no âmbito do Estado capitalista e da ordem burguesa’” (PORTANOVA, 2003, p. 55).

siempre es un intento por persuadir, por producir identificaciones, por ejercer coerción em sus receptores hacia la actitud y la acción” (GARLAND, 2006, p. 302)

Especificamente o direito penal pretende-se como locução legítima, permanentemente produzindo sentidos que viabilizem a expansão do sistema penal pelos seus discursos e pelo conjunto de aparatos especializados auxiliares⁷⁶. Nesse sentido, ampliar o sistema penal é expandir a punição: no momento em que o direito penal luta por sua permanência e autolegitimação, constrói um regime social de necessidade da pena, uma cultura de imprescindibilidade punitiva⁷⁷.

Ademais, o Poder Judiciário revela uma característica semelhante à das instituições políticas, a de processar “uma série de *inputs* externos constituídos por estímulos, pressões, exigências sociais e políticas” convertendo-os em “*outputs*” (decisões) portadoras de impacto social e político nos restantes subsistemas” (PORTANOVA, 2003, p. 74). Mas a punição, longe de atender a demandas sociais, consubstancia apenas como uma demonstração prática das verdades oficiais, “una representación dramática y escenificada de cómo son y deben ser las cosas desde la perspectiva oficial, al margen de la respuesta del transgresor” (GARLAND, 2006, p. 308).

Diariamente, apresentam-se aos operadores do direito demandas práticas que exigem a politização das questões jurídicas, seu enfrentamento valorativo e o estabelecimento de uma posição social, mas os juízes, imersos no dogmatismo inflexível, não conseguem responder ao social, influir na realidade concreta, trabalhando tão somente pelo estado das coisas, pela conservação, pela permanência de um campo falido com uma prática ineficaz: operando uma cultura punitiva⁷⁸.

⁷⁶ “[...] o direito não faz senão consagrar simbolicamente, mediante um registro que eterniza e universaliza, o estado de correlação de forças entre os grupos e classes que o funcionamento desses mecanismos produz e garante na prática. Assim, aporta a contribuição de sua própria força simbólica à ação do conjunto de mecanismos que permite reafirmar continuamente as relações de força” (AZEVEDO, 2010, p. 109-110).

⁷⁷ “Siempre que se responsabiliza a um infractor, que se dicta una sentencia o se impone una sanción, estas figuras de autoridad, persona y comunidad quedan representadas (simbólicamente) y en los hechos son puestas em vigor por médio de palabras y acciones” (GARLAND, 2006, p. 308).

⁷⁸ “O juiz tem sido chamado cada vez mais frequentemente a desempenhar papel mais abrangente, imprevisto e complexo, mas a operacionalidade do modelo tradicional distancia o operador jurídico da realidade social e não leva em consideração as situações onde as mudanças estruturais são impositivas” (PORTANOVA, 2003, p. 72).

4 DISCURSOS ENCARCERADORES: ANÁLISES DA CULTURA DA PRISÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Como operadores do direito encarregados de julgar os processos criminais, os magistrados exercem papel fundamental na aplicação da lei e, conseqüentemente, das penas. Apesar da falácia da neutralidade nas decisões judiciais, influenciam nos julgamentos o comportamento profissional, a mentalidade e a origem social dos juízes, o que consubstanciaria uma seletividade na aplicação e na interpretação das normas⁷⁹.

Observando-se a tendência político-criminal conservadora do Poder Judiciário nacional, verificada especialmente pela frequente adesão a correntes punitivistas nas decisões, contata-se como seu efeito mais evidente a “permanência da *centralidade da pena de prisão em regime fechado* como resposta” (CARVALHO, 2010, p. 104), bem como de normas constitucionais que deslocam o cárcere para a margem do sistema de penas no país⁸⁰.

Assim, os discursos empregados pelos magistrados, atores do sistema penal, carregados do *habitus* jurídico e da cultura de senso comum punitivista, pretendem responder à demanda social por segurança a partir da utilização do cárcere como punição primordial. Para tanto, os julgadores “não esporadicamente criam, através dos discursos de justificação, condições de legitimidade para o incremento da legislação penal e do uso da pena carcerária” (CARVALHO, 2010, p. 232).

É, portanto, a atuação de operadores do direito, como juízes e desembargadores, que torna legítima ou ilegítima a utilização do cárcere como pena. Tendo em vista que eles são livres para aderir ou resistir à conjuntura conservadora da política criminal, sua posição nos casos em que a lei não encontra a realidade constitui o discurso do campo e do sistema jurídico, bem como influencia de maneira determinante o encarceramento dos criminalizados.

⁷⁹ “As investigações empíricas sobre o perfil dos magistrados e da atividade judicial têm servido para indicar que as decisões judiciais são influenciadas por uma série de variáveis, entre as quais são relevantes a situação e a ideologia política, a formação e a posição na hierarquia social e profissional dos magistrados [...]. As conclusões em geral apontam para a existência de uma dupla seletividade na atividade judiciária: seletividade na aplicação da lei, com maior probabilidade de punição para os setores sociais desfavorecidos econômica e culturalmente, e de favorecimento para as classes superiores, e seletividade na interpretação da lei, com a utilização pelo juiz de seu poder discricionário segundo suas opções políticas e ideológicas” (AZEVEDO, 2010, p. 223).

⁸⁰ “[...] dentre os principais elementos facilitadores do avanço do punitivismo está a formação cultural dos operadores do direito que, em decorrência da mentalidade inquisitória, veem a prisão como resposta natural ao crime” (CARVALHO, 2010, p. 232).

Nesse sentido, compreender-se como ator de segurança pública, padrão frequentemente observado no campo social do Poder Judiciário, modifica a atuação do operador e direciona seu discurso a práticas encarceradoras, tendo em vista que, “se o Magistrado perceber sua atividade como fundamental para o combate ao crime, seu papel de garante imparcial dos direitos será substituído pela figura do agente de *segurança pública*” (CARVALHO, 2010, p. 233).

Cria-se, então, um ciclo em que o discurso do operador do direito serve aos anseios culturais do seu campo e à demanda pública punitiva, encarcerando o criminalizado como prática punitiva recorrente e irresponsável. Discursos divergentes, em razão das lutas internas do campo, passam a diminuir, visto que não atendem ao clamor externo nem garantem o capital simbólico interno⁸¹.

Por fim, os discursos produzidos pelos magistrados consolidam uma realidade de encarceramento massivo da população selecionada pela criminalização primária, contrariando o papel que esses operadores realmente deveriam cumprir no sistema penal⁸².

4.1 QUANDO A LEI SILENCIA: O TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A REALIDADE DA AUSÊNCIA DE VAGAS PARA O REGIME SEMIABERTO

Para investigar a influência dos operadores do direito na centralidade punitiva do cárcere, elencou-se um caso específico de silêncio legislativo em que os desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul viram-se obrigados a agir sem previsão legal e escolheram, em sua maioria, a prisão.

A situação era configurada pelo deferimento da progressão do regime carcerário, do fechado ao semiaberto, sem que houvesse vagas em estabelecimento prisional compatível com o novo regime. Assim, os juízes de primeiro grau determinavam ao condenado aguardar, em sua residência, o surgimento de uma

⁸¹ “As atuações no sentido da imposição de limites à hipercriminalização e ao encarceramento em massa, no ambiente político-criminal atravessado pelo populismo punitivo, tornam-se episódicas e, frequentemente, rejeitadas pela opinião pública e pelo senso comum prático-teórico da rede de atores do sistema judicial” (CARVALHO, 2010, p. 236).

⁸² “Os efeitos perversos produzidos pelos atores, ao desnaturalizar as normas que ampliam liberdade através de interpretações punitivistas, caracterizam, em realidade, processos hermenêuticos de inversão ideológica no sentido garantista de determinados estatutos, expondo, em toda sua extensão, a forma mentis inquisitória, que caracteriza a postura dos operadores do direito” (CARVALHO, 2010, p. 237).

vaga no regime semiaberto, mediante o uso do monitoramento eletrônico. Foram analisados os acórdãos oriundos de recursos desses casos, nos quais, deferido o regime semiaberto, a ausência de vagas condizentes levou o magistrado singular a aplicar a prisão domiciliar conjuntamente ao monitoramento eletrônico.

Sem amparo legal para guiar a decisão, os desembargadores foram forçados a decidir entre acatar a sentença inovadora, que determinava ao condenado a prisão domiciliar com o monitoramento eletrônico (hipótese não prevista em lei) e a aplicação pura da norma jurídica, designando o regime semiaberto e ignorando o que ocorreria de fato, a regressão ao regime fechado.

Assim, ao optar pelo simples emprego dos dispositivos legais, o desembargador proferiria um mando abstrato “ao regime adequado”, enquanto, na verdade, o condenado seria encaminhado diretamente ao *inadequado* regime fechado.

O objetivo do exame, nesse sentido, foi oportunizar uma reflexão empírica sobre a relação entre o discurso dos atores do sistema penal e a elegibilidade do cárcere como punição, consubstanciando uma cultura encarceradora.

A pesquisa foi realizada em acórdãos oriundos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgados no período de janeiro a fevereiro de 2015 e selecionados pelas palavras-chave “monitoramento” e “semiaberto” (Apêndice).

A amostra foi composta por 81 (oitenta e uma) decisões judiciais resultantes de recursos interpostos pelo Ministério Público, nos casos de deferimento do pedido de prisão domiciliar com monitoramento, ou pelo réu, nas situações de indeferimento. Dentre os julgados, 14 (catorze) tiveram a análise do mérito prejudicada e 8 (oito) tratavam de mérito diverso, restando de fato analisados somente 59 (cinquenta e nove) acórdãos.

Inicialmente, ressalte-se que o monitoramento eletrônico, criado pela Lei nº 12.258/2010, era restrito à execução penal, nas hipóteses de saída temporária do apenado em regime semiaberto e no âmbito da prisão domiciliar. Porém, com o advento da Lei nº 12.403/2011, passou a ter sua utilização estendida também como medida alternativa à prisão preventiva de indiciados e acusados.

Por outro lado, destaque-se que o Superior Tribunal de Justiça já havia firmado entendimento contrário à progressão de regime prisional *per saltum* em 2012, quando da edição da Súmula nº 491, o que por si só já impediria o apenado de passar

diretamente do regime fechado para o regime aberto, o único no qual caberia a concessão de prisão domiciliar.

Assim, a concessão de prisão domiciliar com monitoramento eletrônico nos casos de ausência de vagas no regime semiaberto não encontra qualquer respaldo legal, configurando inovação jurídica dos juízes de primeiro grau em resposta à demanda da ausência de vagas da realidade prisional.

4.2 ANÁLISE DOS ARGUMENTOS UTILIZADOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Na análise dos acórdãos, foram identificados sete argumentos centrais a favor da concessão da prisão domiciliar com monitoramento eletrônico, bem como doze retóricas contra a medida.

Entre os argumentos a favor da concessão estão a referência 1) à Constituição Federal (Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, inexistência de pretensão constitucional à submissão de apenados a condições desumanas e inexistência de estabelecimentos penais nos termos constitucionais), 2) à jurisprudência do próprio Tribunal, 3) à jurisprudência dos tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal), 4) à intenção do magistrado em diminuir os efeitos negativos da ausência de vagas, 5) à ilegalidade do recolhimento em regime mais gravoso do que de direito, 6) à possibilidade de maior controle da conduta do condenado (considerando o monitoramento como “desestímulo” à reiteração de crimes) e 7) às condições pessoais do apenado.

Já os argumentos contra a medida referiram-se 1) à inexistência de argumento para a concessão (nesse sentido, a condição precária do sistema prisional não configuraria situação suficiente para o deferimento da medida), 2) à jurisprudência do próprio Tribunal, 3) à jurisprudência dos tribunais superiores, 4) ao elevado saldo de pena a cumprir (nunca apresentando um critério objetivo), 5) à ausência de amparo legal, 6) ao risco de ineficácia da pena, estímulo à prática delituosa ou à sensação de impunidade, 7) às condições pessoais do apenado, 8) à competência da administração carcerária ser do Poder Executivo, 9) à violação ao princípio da individualização da pena e ao direito fundamental à segurança, 10) à possibilidade de

fim do regime semiaberto, 11) ao bem-estar social, ao interesse social ou ao risco à sociedade e 12) à doutrina.

Nos acórdãos que apresentaram a Constituição Federal para dar provimento à medida, foi citado o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, cujo fundamento principal é indicar que a Constituição brasileira não pretende submeter os apenados a condições desumanas, exatamente as encontradas nos regimes superlotados do semiaberto. Assim, foi referido não haver estabelecimentos penais nos termos da Constituição Federal:

Diante desse contexto, vale salientar que, por razões econômicas ou políticas, não há estabelecimentos penais que possibilitem o cumprimento da pena nas condições previstas na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal. Não se pretende, por óbvio, que aqueles que cometem ilícitos penais cumpram penas em estabelecimentos de luxo, quando grande parte da sociedade vive em condições miseráveis. Estas pessoas que vivem em condições miseráveis, contudo, não têm privada a sua liberdade pelo Estado – até porque não cometeram nenhum ilícito. No caso daquelas que cometeram ilícitos, privá-las da liberdade e submetê-las a condições desumanas não é o que quer a Constituição Federal (Acórdão nº 1).

Por outro lado, alguns acórdãos indicaram não haver motivos para o provimento da medida, tendo em vista que a condição precária do sistema prisional do regime semiaberto não configuraria situação suficiente para o deferimento da prisão domiciliar com monitoramento eletrônico:

Esta Relatora não desconhece a precariedade do sistema prisional, o qual não possui vagas suficientes a atender a demanda. Porém, há de se ressaltar que a concessão de benefícios, com o objetivo único de desafogar as casas prisionais mediante liberação de parte da massa carcerária não pode ser apontada como a melhor solução.

Ainda que a situação dos estabelecimentos prisionais seja precária, certo é que esta condição, por si só, não pode ensejar a possibilidade da concessão de prisão domiciliar com monitoramento eletrônico (Acórdão nº 8).

A retórica abstrata apresentada na decisão demonstra a mera preocupação com a competência do Poder Judiciário perante o caso concreto. Ao inferir que a concessão do benefício dizia respeito tão somente ao objetivo de “desafogar as casas prisionais mediante liberação de parte da massa carcerária”, a relatora ignora estar determinando injustamente o regime fechado a um indivíduo com direito ao regime semiaberto, nos exatos termos neutralizantes referidos por Bourdieu (1989).

Interessante apontar que tanto os acórdãos que aprovaram a opção do primeiro grau em conceder a medida quanto os que indeferiram o benefício utilizaram precedentes do próprio Tribunal de Justiça rio-grandense, bem como dos tribunais superiores. Assim, ainda que “[...] a orientação tradicional é no sentido de

interpretações de acordo com a ‘jurisprudência dominante’” (PORTANOVA, 2003, p. 43), tendo em vista a pretensão racional de uniformização das decisões jurídicas, acórdãos de todos os tribunais apresentam grande número de posições favoráveis e desfavoráveis à inovação da medida, impedindo a conservação do campo⁸³.

Na verdade, a indicação de decisões anteriores e, principalmente, de decisões de tribunais superiores condizentes com sua apreciação, consubstancia-se apenas em técnica do magistrado para legitimar seu julgamento do caso concreto, pois não é capaz de vincular um único sentido decisório.

Por outro lado, a utilização da própria doutrina para a negativa à medida causa espanto, tendo em vista tratar-se de um Tribunal apegado à legalidade estrita e tão afastado da realidade concreta. Se a lei não pode apoiar a concessão do regime domiciliar com o monitoramento eletrônico nos casos de ausência de vagas para o regime semiaberto, porque a posição da doutrina, ou seja, as conclusões dos juristas que pretensamente trabalham para a evolução do saber jurídico, seria argumento suficiente para manter o encarcerado em injusto regime fechado⁸⁴?

Muitas decisões, ao pretenderem-se neutras, clamam pela ausência de previsão legal da medida adotada e determinam ao encarcerado o regime semiaberto, ignorando a realidade da inexistência de vagas e o real destino do preso. Contudo, “uma aplicação rigorosa, ao pé da letra da lei, provoca um efeito contrário, reforçando especialmente a desordem que visava combater” (GLOECKNER, 2014, p. 101), e o que se consubstancia de fato com essas decisões é tão somente a superlotação do regime fechado:

Forçoso reconhecer que Lei das Execuções Penais não autoriza ao juiz suspender a execução da pena privativa de liberdade por falta de estabelecimento prisional adequado (Acórdão nº 23).

O monitoramento eletrônico não foi concebido como instrumento para resolução do quadro de superlotação que assola a maioria dos estabelecimentos carcerários do país. Sua utilização com tal finalidade mostra-se dissociada da intenção do legislador, cabendo a correção de eventuais desvios na execução das penas (Acórdão nº 62).

⁸³ “[...] os precedentes são, pelo menos, utilizados ora como instrumentos de racionalização ora como razões determinantes e porque o mesmo precedente, construído de maneiras diferentes, pode ser invocado para justificar teses opostas e ainda porque a tradição jurídica oferece uma grande diversidade de precedentes e de interpretações em que se pode escolher os que melhor se adaptam ao caso em questão” (BOURDIEU, 1989, p. 231).

⁸⁴ “[...] eles [os magistrados] introduzem as mudanças e as inovações indispensáveis à sobrevivência do sistema que os teóricos deverão integrar no sistema” (BOURDIEU, 1989, p. 221).

Alguns julgados chegam ao absurdo de ignorar a realidade reclamada, determinando o recolhimento do preso a um regime prisional inexistente: “impõe-se [...] o provimento do agravo ministerial para que o apenado seja imediatamente recolhido a estabelecimento prisional do regime semiaberto” (Acórdão nº 64)⁸⁵. Entende-se, portanto, que o discurso jurídico se preocupa mais com a legitimação de seu campo, na pretensão de obediência a uma ordem legal sem qualquer efeito, do que com a realidade desumana do sistema penitenciário. Assim, “o agir cínico constitui o natural funcionamento dos aparatos e instituições jurídicas” (GLOECKNER, 2014, p. 96).

Os acórdãos abrigados sob o argumento referente à ausência de amparo legal demonstram a pretensão de neutralidade do campo jurídico, o alheamento às questões e realidades sociais e a confortável compreensão da legalidade como fim único do sistema penal, fazendo crer que “[...] o fundamento último da lei reside na sua enunciação” (GLOECKNER, 2014, p. 96).

Contudo, se há uma legitimação procedimental do campo jurídico ou sua consubstanciação em violência simbólica, naturalizando práticas arbitrárias, ainda sobrevêm algumas decisões que consideram o contexto democrático da ordem constitucional e enfrentam a realidade da ausência de vagas para o regime semiaberto:

[...] E a decisão agravada busca apenas fazer cumprir as garantias constitucionais que protegem os apenados - a proibição de “...penas cruéis (art. 5, XLVII, “e”); “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (XLVIII); “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (XLIX); “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano e degradante” (III) - e, em especial, os artigos 85, 88, 91 e 92, da Lei de Execuções Penais, impedido o recolhimento de presos em estabelecimentos penais inapropriados, superlotados, em precárias condições de habitabilidade, higiene e salubridade, ou seja, em condições que descumprem o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal) (Acórdão nº 31).

De outro lado, reiteradamente tem reconhecido o Superior Tribunal de Justiça a flagrante ilegalidade no recolhimento de presos em regime mais gravoso do que aquele a que têm direito, bem como a possibilidade excepcional, no caso de falta de vagas no regime a que faz jus o preso, sua inclusão em regime mais brando e, na sua falta, em prisão domiciliar, inclusive, no regime semiaberto, mesmo fora dos estritos casos legais (Voto divergente no Acórdão nº 58).

⁸⁵ “[...] os comandos legais tão somente mascaram, servindo como um aparato ideológico para que a violência possa ser justificada. Evidentemente, a ausência de uma justificação última para a aplicação de um comando legal – oferecendo suporte para a ‘violência legítima’ – funciona a partir de uma tautologia, de um círculo vicioso e cínico: a lei é a lei” (GLOECKNER, 2014, p. 95).

Alguns acórdãos questionaram a eficácia da pena com a concessão do regime domiciliar falando muitas vezes em “impunidade”, muitos afirmando um fim do regime semiaberto em razão da reiterada aplicação da solução para a ausência de vagas:

Conceder prisão domiciliar aos apenados sob a justificativa da precariedade do sistema prisional nada mais é do que uma forma de impunidade (Acórdão nº 37).

Além disso, não se pode olvidar que o crime cometido pela condenada é grave e deve ser reprimido, sob pena da prisão domiciliar se tornar forma velada de impunidade (Acórdão nº 59).

O deferimento do recolhimento domiciliar de forma indiscriminada acaba por tornar inócua a sanção imposta ao condenado, a quem implicitamente é franqueado o cometimento de delitos sem qualquer risco de punição efetiva e em regime de pena imposto e previsto por lei (Acórdão nº 64).

Todavia, penso que a superlotação dos estabelecimentos prisionais não constitui, por si só, fundamento válido para a concessão da prisão domiciliar à revelia da lei, ainda que sob fiscalização por meio de monitoramento eletrônico. Tal medida, resguardada para os apenados em regime aberto e em situações especiais, corre o risco de tornar-se ineficaz se aplicada indiscriminadamente, sempre que houver deficiência de vagas nos estabelecimentos carcerários, podendo, inclusive, estimular a prática delituosa ao provocar nos apenados uma sensação de impunidade (Acórdão nº 17).

É fato notório e incontestado, no País inteiro, que o regime legal trifásico de cumprimento das condenações carcerárias definitivas está sendo paulatinamente extinto de fato, mas não de direito, em decorrência da deficiente gestão estratégica desenvolvida pelos órgãos públicos responsáveis, no âmbito do Estado-Administração, pela efetividade e eficiência do aparelhamento orgânico-funcional dos seus respectivos sistemas penitenciários [...]

Nesta escrachada moldura falimentar, com o máximo respeito a orientações em sentido diverso, a decisão *per saltum* recorrida (= colocar apenado do regime semiaberto sob prisão domiciliar substitutiva, ainda que mediante monitoramento eletrônico - tornozeleira) significa, no plano da realidade dos fatos, em primeiro, progressivo e ingovernável passo procedimental de um processo desconstitutivo que resultará - como já aconteceu com o regime aberto, por razões civilizatórias e de direitos humanos fundamentais, inclusive com a placitação jurisprudencial do S.T.F. e do S.T.J. - no sepultamento definitivo do regime semiaberto de cumprimento (trifásico ou tripartite) das penas privativas de liberdade no âmbito do Estado (Acórdão nº 21).

Na verdade, ao fazer da pena privativa de liberdade em seu regime fechado a pena por excelência, o Tribunal introduz um processo de dominação característico, um tipo particular de poder, influenciando na cultura encarceradora. Nesse sentido: “Uma justiça que se diz ‘igual’, um aparelho judiciário que se pretende ‘autônomo’, mas que é investido pelas assimetrias das sujeições disciplinares, tal é a conjunção do nascimento da prisão, ‘pena das sociedades civilizadas’” (FOUCAULT, 2013, p. 218).

Algumas decisões abandonam a centralização do cárcere, mas permanecem imersas na cultura do controle, deferindo a prisão domiciliar com o monitoramento eletrônico, porque ele possibilita maior controle do preso do que o cumprimento da pena no regime semiaberto⁸⁶:

Além disso, de consignar que, no cumprimento da pena em monitoramento eletrônico, maior é o controle da conduta do condenado, pois, em casa de regime semiaberto, poderia sair durante o dia para trabalhar sem qualquer controle de sua conduta pela administração prisional, ao passo que, na prisão domiciliar com condições e monitoramento eletrônico, de outro lado, tem restritos e monitorados seus locais de permanência e seus trajetos autorizados de deslocamento, limitados esses ao de sua residência ao local trabalho, o que desestimula reiteração criminosa, estando, ainda, sujeito a penalização e até a regressão para o regime fechado em caso de descumprimento das condições estabelecidas (Acórdão nº 40).

Também foram avaliadas pelos magistrados as condições pessoais do encarcerado que pedia a concessão do regime domiciliar com o monitoramento eletrônico, tanto em termos de considera-las prejudiciais quanto benéficas à concessão da medida:

Nestes casos, além de avaliar a situação das casas carcerárias, deve-se apurar, também, a condição pessoal do apenado, a qual, no caso concreto, indica que a concessão da prisão domiciliar com monitoramento eletrônico não se mostra como medida adequada, eis que apresentar saldo de mais de 05 anos de pena a cumprir, com término previsto para 25/08/2020 (Acórdão nº 39).

Também é importante enfatizar que a verificação do expediente carcerário aponta a existência de elevado saldo de pena a cumprir – 03 anos –, com término previsto apenas para 06-03-2018 (Acórdão nº 69).

Ademais, consultando a guia de execução do apenado, constato que a manutenção da decisão recorrida importaria em concordar com uma falaciosa execução de pena, ou seja, de uma pena total de 04 anos, 10 meses e 15 dias, o apenado cumpriria 04 anos, 01 mês e 7 dias na sua própria residência!!! (Acórdão nº 58).

A inclusão do recluso neste programa equivale, na prática, à concessão de prisão domiciliar. Ainda que resista em manter o benefício a condenados por crimes praticados com violência, no caso, considerando se tratar da única condenação do apenado e o fato dele não ter registrado qualquer incidente na execução, estando em monitoramento eletrônico desde 28/10/2014, sem se envolver em outro delito, demonstrando responsabilidade para conviver em sociedade, mantenho o a decisão, apesar do saldo de pena por cumprir, 04 anos e 02 dias de reclusão (Acórdão nº 72).

⁸⁶ “E os juízes, eles mesmos, sem saber e sem se dar conta, passaram, pouco a pouco, de um veredicto que tinha ainda conotações punitivas, a um veredicto que não pode justificar em seu próprio vocabulário, a não ser na condição de que seja transformador do indivíduo. Mas os instrumentos que lhes foram dados, a pena de morte, outrora o campo de trabalhos forçados, atualmente a reclusão ou a detenção, sabe-se muito bem que não transformam” (FOUCAULT, 2010, p. 138).

Nesse sentido, não foi apresentado qualquer dado objetivo para tornar *adequada* a medida, como, por exemplo, a quantidade de pena a cumprir necessária para tornar possível o benefício. Assim, os argumentos utilizados pelos relatores não encontram respaldo legal, mas revelam a análise infundada da situação jurídica do apenado, considerando-se arbitrariamente tempos de pena a cumprir ou reincidência.

Ademais, alguns acórdãos entendiam que a concessão do regime semiaberto com o monitoramento eletrônico era uma maneira do Poder Judiciário diminuir efeitos da ausência de vagas, visto que “[...] a lei, seus procedimentos e o próprio Estado tradicional acabam por demonstrar a falta de condições em oferecer resposta a partir de critérios aparentemente democráticos” (PORTANOVA, 2003, p. 49), ou seja, estritamente apegados à competência dos poderes instituídos:

No caso concreto, a implementação do sistema de monitoramento eletrônico, principalmente em se tratando de prisão domiciliar deferida fora das hipóteses legais, visa a diminuir os efeitos negativos da ausência de vagas em estabelecimento adequado. Efetivamente, restam garantidos o controle e a fiscalização do apenado no cumprimento de sua pena (Acórdão nº 1).

Nesse sentido, há a referência de uma reunião realizada no Tribunal de Justiça rio-grandense para discutir o tema da ausência de vagas no regime semiaberto, na qual se entendeu que “a solução do problema criado por culpa do Executivo, ainda que não seja a legal ou ideal, era a concessão da prisão domiciliar” (Acórdão nº 26).

Porém, muitos acórdãos apontaram o Poder Executivo como competente para a solução do caso, ignorando os deveres constitucionais da ordem jurídica que indicam o Poder Judiciário como gestor dos conflitos dos cidadãos com a lei, especialmente nos casos que não se prestam à edição de normas abstratas, mas que necessitam de solução concreta, como a ausência de vagas no regime semiaberto⁸⁷:

Assim, firmo entendimento no sentido de que não compete ao Poder Judiciário elaborar medidas para suprir atribuição específica do Estado na construção de estabelecimentos compatíveis com os regimes semiaberto e aberto (Acórdão nº 62).

Poucos acórdãos trouxeram o argumento de violação do Princípio da Individualização da Pena, no sentido em que a situação de ausência de vagas permitiria que alguns condenados restassem ainda cumprindo pena no regime semiaberto e outros, face à situação concreta, passassem a regime mais benéfico:

⁸⁷ “A falsa neutralidade mais se revela quando no Brasil neoliberal se difunde a ideia de não se esperar tanto do Estado” (PORTANOVA, 2003, p. 49).

A manutenção da decisão em análise ainda violaria o princípio da individualização da pena e o direito fundamental à segurança, inculpidos, respectivamente, nos artigos 5º, inciso XLVI, e 6º, da Constituição da República (Acórdão nº 73).

Contudo, há de se sopesar a legalidade do cumprimento da pena no devido regime estabelecido por lei e a ilegalidade do cumprimento da pena em regime *mais severo* do que de direito em razão de fato alheio ao encarcerado⁸⁸.

Também se identificou no uso de termos como “bem-estar social” em referência à manutenção do condenado no regime semiaberto: “[...] um controle especial do apenado, com maior rigor, mostra-se indispensável para garantir o bem estar social. [...] o cumprimento da pena imposta é, como dito acima, de interesse social, e este sabidamente prepondera sobre o direito individual” (Acórdão nº 26).

Nesse sentido, o discurso da prisão como necessidade social, tendo em vista sua dita capacidade de fornecer bem-estar aos não encarcerados, objetiva invocar a imagem de necessidade do isolamento dos indivíduos considerados perigosos. A partir da utilização de termos como “bem-estar social” e “interesse social”, o magistrado acessa o imaginário comum da segurança, bem como fomenta a segregação punitiva, a fim de legitimar a neutralização dos sujeitos que ameaçariam a segurança da comunidade⁸⁹.

Também se destaque o significado conservador que conceitos como segurança carregam. Quando se tratam de termos como segurança jurídica, a previsibilidade e uniformização das decisões atacam o sentido valorativo de realização da justiça concedido ao Poder Judiciário. “É que a justiça tem que compreender o ineditismo da vida, a mudança contínua. O valor justiça é mais importante que o valor segurança” (PORTANOVA, 2003, p. 61):

Mesmo sensível à boa intenção dos julgadores, premidos pela necessidade de amenizar as agruras de um sistema que incansavelmente, e, cada vez mais intensamente, vem violando os direitos fundamentais dos presos, não se pode olvidar que também a segurança é um direito fundamental dos demais cidadãos, constitucionalmente previsto e que merece igual apreço.

⁸⁸ “Há uma espécie de urgência ocupada pela função simbólica designada pelo corpo em sofrimento em épocas de crise institucional ou crises de legitimidade ou confiança. A base substancial do corpo humano é tomada de assalto para conferir àquele construto social ares de concretude, realismo e certeza” (GLOECKNER, 2014, p. 102).

⁸⁹ “Colocar a prisão como estratégia crucial na luta pela segurança dos cidadãos significa atacar a questão numa linguagem contemporânea, usar uma linguagem que é prontamente compreendida e invocar uma experiência comumente conhecida” (BAUMAN, 1999, p. 129). “Alarmes contra assalto, bairros vigiados e patrulhados, condomínios fechados, tudo isso serve ao mesmo propósito: manter os estranhos afastados. A prisão é apenas a mais radical dentre muitas medidas – diferente do resto pelo suposto grau de eficiência, não por sua natureza” (BAUMAN, 1999, p. 131).

Dito de outra forma, se a solução encontrada à suavização dos males instalados no sistema penitenciário passa pelo desrespeito à segurança de toda uma sociedade, igualmente já tão sacrificada pelo recrudescimento da violência, tal solução não é, então, digna de aplausos, visto que as atenções se voltam aos percalços carcerários – que não são poucos –, mas, ao mesmo tempo, fecham-se os olhos ao restante da população, que assiste à inércia e ineficiência, agora também dos órgãos jurisdicionais, à repressão da criminalidade.

Nesse desencadear de ideias, nada justifica a inobservância dos preceitos legais, com a concessão de benesses que a lei não prevê. [...]

Permitir que o condenado permaneça em sua residência, nessas condições, certamente, despertaria sentimentos da mais pura impunidade e insegurança social. (Acórdão nº 54).

Por fim, chamaram atenção termos como “decisor unipessoal” (Acórdão nº 54), que comprova a pessoalização do ato de julgar (e toda a carga valorativa trazida no ato)⁹⁰, assim como “reeducando” (presente nas decisões nº 18, 54, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73), que identifica a ideologia carcerária seguida pelo magistrado.

Infelizmente, trata-se da manutenção de um paradigma reativo da justiça, marcado pela lógica formal e dogmática do direito penal, pelo *habitus* dos seus operadores jurídicos e pelo uso da retórica como legitimação do campo.

Portanto, inegável a imersão dos operadores do direito em uma cultura pela prisão, bem como sua capacidade de influência e alimentação dessa cultura. Imobilizado pela prática de conservação do campo e incapaz de responder a questões políticas face à sua pretensa neutralidade e autonomia, o Poder Judiciário se vê tensionado pela sensação de insegurança e pela demanda punitiva, utilizando-se da prisão como resposta concreta nos seus discursos abstratos:

A prisão, essa região mais sombria do aparelho de justiça, é o local onde o poder de punir, que não ousa mais se exercer com o rosto descoberto, organiza silenciosamente um campo de objetividade em que o castigo poderá funcionar em plena luz como terapêutica e a sentença se inscrever entre os discursos do saber. Compreende-se que a justiça tenha adotado tão facilmente uma prisão que não fora entretanto filha de seus pensamentos. Ela lhe era agradecida por isso (FOUCAULT, 2013, p. 242).

⁹⁰ “El lenguaje predominante en que se expresa el castigo tenderá a identificar no sólo la naturaliza de los castigados sino también la de quienes participan en el proceso penal” (GARLAND, 2006, p. 305).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Realizando o recorte da manutenção da prisão como principal punição desde a modernidade, o trabalho pretendeu fundamentar-se na perspectiva dos estudos sociais na análise da determinação da pena, cujo foco contempla uma série de profundas mudanças econômicas, sociais, políticas e culturais a partir do período do pós-guerra e principalmente do final do século XX. Nesse sentido, foi necessário considerar uma recente reorganização da sociedade em termos de produção capitalista, tecnologia, comunicações, família, vida social e cultural.

Assim, identificou-se que, desde o início da década de 1990, o Brasil apresentou um progressivo crescimento de sua população carcerária, resultando na superlotação de diversas penitenciárias do país e na concretização de um dos problemas mais característicos da região. Sobre esse aspecto, ainda que o país reconheça o discurso da ressocialização em seus diplomas jurídicos – o que se deu de forma tardia em relação a outros países em que a teoria já se encontrava em crise – e adote o sistema progressivo da pena, a indignidade da realidade carcerária leva a pensar na ideia de incapacitação geral ou “prisão depósito”.

Concluiu-se então pela prisão como local de isolamento e exclusão dos indivíduos já marginalizados, cuja permanência atual, mesmo após a comprovação de sua ineficácia, deve muito à influência cultural sofrida pelos operadores do direito. Nesse sentido, entende-se que, em razão da legitimidade do sistema jurídico ser dada pelo seu procedimento central e não pelo conteúdo que produz, juízes e tribunais representam em seu discurso do campo a capacidade de influência do direito sobre a sociedade e, ao contrário, a adaptação cultural que sofrida por ela.

Em suma, os operadores do direito, pelos seus discursos, contribuem e são influenciados por uma cultura encarceradora, pois adotam, no mínimo, uma prática conservadora que dignam à lei ou à jurisprudência, pleiteando uma falsa neutralidade. Trata-se, na verdade, de um reflexo da cultura generalizada da prisão, vez que, se há uma prática conservadora do Judiciário, o que ela conservará é justamente a centralidade da pena privativa de liberdade como punição, mesmo com outras possibilidades ofertadas pelo sistema jurídico.

Os argumentos trazidos nos acórdãos analisados apontam uma resistência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em atuar de forma independente nos casos em que a lei não prevê soluções imediatas, ainda que, em razão de disputas internas

do campo, os juízes de primeiro grau tenham se proposto a inovar na situação analisada. Assim, muitos desembargadores deixaram de considerar os compromissos constitucionais com a dignidade da pessoa humana e o seu dever de atuação na solução de conflitos sociais, buscando tão somente, por uma pretensa neutralidade, conservar o papel do campo jurídico na sociedade. Se não é possível dizer que, de fato, os desembargadores que optaram pela reprodução do discurso encarcerador eram responsáveis diretamente pelo encarceramento de corpos, ao menos é notável que encarceraram a função social do direito pela sua retórica abstrata.

A punição, enfim, é identificada como causa e consequência de significados na cultura social, pois carrega em si categorias sociais e leva à sociedade categorias próprias. Portanto, é significada e significante, reprodutora e produtora.

Os significados que a pena traz consigo resultam de uma abertura do sistema jurídico às influências de outros sistemas, como o político, vinculando padrões sociais de desigualdade, autoridade e hierarquia (de cor, gênero e classe).

Os significados próprios da punição são externalizados pelo discurso jurídico e chegam à sociedade por meio das decisões judiciais. As decisões judiciais aplicam a pena significante e significada, (re)significando o sujeito que a recebe e o próprio aspecto da punição no meio social.

O discurso jurídico, portanto, contribui para a formação de uma cultura da mesma forma em que é influenciado por ela. E o discurso jurídico observado na maioria dos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul produz e reproduz a necessidade de mais prisão, contribuindo e sendo influenciado por uma cultura encarceradora.

Portanto, evidencia-se a necessidade de considerar a influência das fórmulas jurídicas na vida social, bem como sua capacidade de serem influenciadas pelas relações econômicas, sociais, culturais e políticas, fenômeno cuja principal consequência é a identificação do campo jurídico como um sistema aberto. Dessa maneira, o direito está sujeito à prática criadora do seu intérprete, o que desmantela a pretensão de objetividade e neutralidade dogmática ou positivista, pelas quais se ocultam as desigualdades sociais.

Trata-se de acolher uma cultura multidisciplinar que contribua para a leitura de mundo e retire o direito de seu isolamento dogmático e retórico, assim como de sua posição subalterna aos mandos legais. Não se trata de afronta ao princípio da legalidade e todos os direitos que ele protege, mas de reconhecer sua insuficiência e

precariedade, vez que a lei, considerada isoladamente, não é capaz de realizar sozinha a justiça pretendida pelo sistema jurídico. Sobre esse aspecto, identifica-se que a lei não é um fim em si mesma, mas tão somente critério de aplicação do direito, podendo, portanto, sofrer as interpretações necessárias para sua adequação à realidade social, econômica, cultural e política do tempo e local em que é operada.

Assim, se é dever do Poder Judiciário operar soluções jurídicas aos problemas sociais, sua importância é ainda maior nas hipóteses sem previsão por normas abstratas. O juiz, como operador do direito vinculado ao funcionamento do Estado, não deve negar sua atuação política, mas considerar as necessidades do contexto social, tendo em vista que as decisões jurídicas, da mesma forma que as legislativas, têm conteúdo político, e, por isso, devem ser duplamente reflexivas, avaliando as consequências de sua inovação tanto em relação ao próprio direito quanto ao meio social.

REFERÊNCIAS

- ALVAREZ, Marcos César. **Punição, Discurso e Poder**: textos reunidos. 2013. 250 f. Tese (Livre-Docência em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP, São Paulo, 2013.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Muito além do bem e do mal: a produção do desvio e da reação social como artefatos culturais. In: SANTOS, José Vicente Tavares dos. et al. (Org.). **Violência e Cidadania**: Práticas Sociológicas e Compromissos Sociais. Porto Alegre: Sulina; UFRGS, 2011. p. 345-356.
- _____. **Sociologia e Justiça Penal**: Teoria e Prática da Pesquisa Sociocriminológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA, Vera Malaguti. Marx com Foucault: análises acerca de uma programação criminalizante. **Veredas do Direitos**, Belo Horizonte, v. 2, n. 4, p. 25-31, jul./dez. 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Lisboa: Difusão Editorial, 1989.
- CARLEN, Pat. Contra o Evangelismo na Criminologia Acadêmica: pela Criminologia como uma Arte Científica. **Revista Justiça e Sistema Criminal**: modernas tendências do sistema criminal, Curitiba, v. 5, n. 9, p. 101-118, jul./dez., 2013.
- CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo**: o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CHIES, Luiz Antônio Bogo. As prisões em São Paulo: 1822-1940: SALLA, Fernando. São Paulo: Annablume/Fapesp, 1999. **Sociologias**, Porto Alegre, a. 6, n. 11, p. 328-342, jan./jun. 2004.
- _____. A questão penitenciária. **Tempo Social**, São Paulo, v. 25, n. 1, p. 15-36, jun. 2013.
- CLEMMER, Donald. **The prison community**. New York: Holt, Rinehart & Winston, 1958.
- CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. **Relatório Latinobarômetro**. 2011. Santiago, Chile, 2011, Anual. Disponível em: <<http://www.latinobarometro.org/latino/LATDatos.jsp>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

FBSP, Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **1º Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: 2007. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2007.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2015.

FBSP, Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **8º Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: 2014. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2014_20150309.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2015.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: aula inaugural no College de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. 5. ed. São Paulo: Loyola, 1999.

_____. **Microfísica do Poder**. São Paulo: Graal, 2010.

_____. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

_____. **Castigo y Sociedad Moderna**: un estudio de teoría social. 2. ed. Oxford: Siglo Veintiuno, 2006.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Há algo de podre no direito... In: BORGES, Rosa Maria Zaya. et al. (Org.). **Direitos humanos e terrorismo**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014. p. 93-104.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas**: Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro: IPEA, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf>. Acesso em: 25 março 2015.

JURISTAS estimam em 70% a reincidência nos presídios brasileiros. **R7 Notícias**. São Paulo, jan. 2014. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/cidades/juristas-estimam-em-70-a-reincidencia-nos-presidios-brasileiros-21012014>>. Acesso em 11 mai. 2015.

LIMA, Roberto Kant. **Ensaio de Antropologia e de Direito**: acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 49, a. XVII, p. 149-168, jul. 1990.

_____. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MADEIRA, Lúgia Mori. O Direito nas Teorias Sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 19-39, jun. 2007.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (século XVI-XIX). 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Execução Penal. **Alternativas Penais**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ47E6462CITEMID38622B1FFD6142648AD402215F6598F2PTBRNN.htm>>. Acesso em 27 abr. 2015.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SALLA, Fernando; GAUTO, Maitê; ALVAREZ, Marcos César. A contribuição de David Garland: a sociologia da punição. **Tempo social**, São Paulo, v. 18, n.º 1, p. 329-350, jun. 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007.

SINHORETTO, Jacqueline; SILVESTRE, Giane; MELO, Felipe Athayde Lins de. O encarceramento em massa em São Paulo. **Tempo Social**, São Paulo, v. 25, n. 1, p. 15-36, jun. 2013.

SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles. **Alternativas penais à prisão no Brasil**: entre a ruptura e a articulação com o cárcere. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Anais do III Congresso Internacional de Ciências Criminais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/11.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

SOZZO, Máximo. **Los retos de la izquierda en las políticas públicas de seguridad ciudadana**. Venezuela: Universidad Nacional Experimental de la Seguridad (UNES), 2012.

SUPERINTENDÊNCIA DOS SERVIÇOS PENITENCIÁRIOS. **Estatísticas**. Índice de retorno. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=39&cod_conteudo=123>. Acesso em: 28 mar. 2015.

SYKES, Gresham. **The society of captives**: a study of a maximum security prison. New Jersey: Princeton University Press, 1974.

VARGAS, Joana Domingues. Fluxo do sistema de justiça criminal. In: LIMA, Renato Sérgio de. et al. (Org.). **Crime, Polícia e Justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014, p. 411-426.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestteti de. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico**. 2008. 178 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Faculdade de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

YOUNG, Jock. Criminologia da classe trabalhadora. In: TAYLOR, Yan; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). **Criminologia Crítica**. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 73-112.

APÊNDICE – Amostra de acórdãos analisados

Número na amostra	Acórdão	Número na amostra	Acórdão
1	70062860242	42	70059213371
2	70062508916	43	70059452961
3	70062375886	44	70059590513
4	70062220140	45	70059763847
5	70062220553	46	70059767640
6	70061111712	47	70060601440
7	70063034367	48	70060742673
8	70062840848	49	70060859592
9	70060911369	50	70060965019
10	70062818570	51	70061050571
11	70062048699	52	70063259287
12	70062791173	53	70063109649
13	70062882303	54	70061888061
14	70062685078	55	70062229364
15	70062843198	56	70059683110
16	70062684048	57	70062810916
17	70062685219	58	70056548571
18	70062864483	59	70062840145
19	70063155105	60	70062910278
20	70062764394	61	70063199418
21	70062832712	62	70063224497
22	70062537980	63	70063290696
23	70062415609	64	70062811021
24	70062684436	65	70062839980
25	70062764519	66	70062840665
26	70062807763	67	70062926175
27	70062860341	68	70063213441
28	70061719456	69	70063076806
29	70060668720	70	70063179451
30	70060730322	71	70063201305
31	70060803962	72	70063325427
32	70060819273	73	70061852695
33	70062540026	74	70062821343
34	70062670302	75	70063324131
35	70062788583	76	70063290084
36	70059715391	77	70063211221
37	70058840653	78	70063097570
38	70060711280	79	70063307649
39	70063235550	80	70063508154
40	70059075580	81	70063508014
41	70059180091		