

32º ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS

GT 37: SOCIOLOGIA E DIREITO: EXPLORANDO AS INTERSECÇÕES

A RESSOCIALIZAÇÃO COMO DIREITO SUBJETIVO

**WAGNER SILVEIRA REZENDE
UFJF**

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é uma defesa da ressocialização como direito subjetivo, e, portanto, como dever de aplicação do Estado. Para isso, há um estudo das teorias tradicionais dos fins da pena na criminologia, a fim de demonstrar que em tais teorias a ressocialização figura, implícita ou explicitamente, como um fim a ser buscado pela pena. Além disso, do ponto de vista legal, ela é sem dúvida um objetivo da pena aplicada pelo Estado, afigurando-se, assim, como um direito subjetivo, e logo, como um dever do estado, detentor do monopólio da violência. Se ela é um dever do estado, por que é tratada como um fracasso, ou como algo utópico? Dois motivos se mostram importantes (mas não limitantes) para entender tal situação: a ausência de projetos ressocializadores que estejam em consonância com o conceito moderno de cidadania, e a utilização da prisão como meio de punição por excelência do Estado moderno. Atento a esses dois motivos, um projeto ressocializador pode renovar as tentativas estatais para lidar com o problema do que fazer com os condenados pela Justiça, evitando que o direito seja transformado mais uma vez em letra morta.

1. AS TEORIAS DOS FINS DA PENA

Tradicionalmente, a pena é reconhecida como “um mal que deve ser imposto ao autor de um delito para que expie sua culpa” (BITENCOURT, 2003, p. 65-66). Trata-se, portanto, de uma concepção retributiva da pena. No entanto, a despeito desse posicionamento tradicional, existem outras teorias que analisam os fins da pena e não lhe concedem somente este objetivo retributivo. Para defender a ressocialização como um fim da pena, passa-se à análise das teorias sobre os fins da mesma. São elas: teorias absolutas (ou retributivas), teorias relativas (prevenção geral e especial), teorias unificadoras e teoria da prevenção geral positiva.

1.1. TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUTIVAS

A idéia de pena em sentido absoluto é mais bem compreendida segundo a análise do tipo de Estado em que foi forjada, o Estado Absolutista (BITENCOURT, 2003). Sob a égide do absolutismo, o soberano se identificava com o Estado, existindo uma unidade entre Direito e moral, e havendo uma teoria de que os poderes do soberano advinham diretamente de Deus, numa clara confusão entre o Estado e a religião, entre o poder de Deus e o poder dos homens. Nesse contexto, a pena funcionava como um mecanismo para se punir com um castigo aquele que havia afrontado as leis do soberano, e em última instância, as leis do próprio Deus (BITENCOURT, 2003).

Com o advento da sociedade de mercado e com o fim da idade média, a idéia de organização social passou a ser a do contrato social. Nesse sentido, há uma mudança de paradigma. Os indivíduos, através de uma escolha racional, abririam mão de sua parte da soberania, em favor da constituição de um Estado que controlaria as ações de seus participantes, evitando a guerra de todos contra todos (HOBBS, 2004). A associação da figura do soberano com a figura de Deus havia sido rompida, e a pena passa a ser vista como uma necessidade de se restaurar a ordem jurídica interrompida pela desobediência ao conjunto de normas estabelecido legitimamente através do contrato social. Nesse esquema, o indivíduo afrontaria o Estado, o contrato social, e não mais a figura do soberano. No entanto, a pena continua aqui como uma forma de retribuir ao indivíduo o mal que o mesmo realizou. A pena seria desta forma, uma maneira de se realizar justiça, um mal atribuído àquele que descumpre a regra. O fundamento da punição estatal “está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto” (BITENCOURT, 2003, p. 68).

A pena seria, portanto, nesse esquema retributivo, um mal justo imposto a um mal injusto do crime, buscando a expiação da culpabilidade, ou seja, fazer com que o indivíduo, através do mal recebido, sinta-se culpado por ter transgredido à norma. Segundo Santos (2005), a sobrevivência histórica da função retributiva da pena possui quatro fundamentos: primeiro, um psicológico, representado através da expressão olho por olho, dente por dente; segundo, influenciado por uma tradição judaica-critã, representado por uma idéia de justiça retributiva divina; terceiro, pela influência da filosofia ocidental idealista representada, principalmente, por Kant e Hegel; e quarto, porque o próprio código penal brasileiro, em seu artigo 59, determina ao juiz que a aplicação da pena deve se fazer conforme o necessário e suficiente para a reprovação do crime.

Quanto a esses fundamentos vale destacar as contribuições de Kant e Hegel para a teoria retributiva da pena. Em Kant a lei é um imperativo categórico, e todo ser humano é capaz de obedecer a esse imperativo. Uma vez desobedecido, “é obrigação do soberano castigar impiedosamente aquele que transgrediu a lei” (BITENCOURT, 2003, pg.69). O imperativo categórico kantiano se baseia numa idéia de determinação livre da vontade por parte dos seres humanos. Ele afirma (citado por BITENCOURT, 2003, pg.71): “a pena jurídica não pode nunca ser aplicada como simples meio de procurar

outro bem... mas deve ser sempre contra o culpado pela simples razão de haver delinqüido”. Desta forma, defende que a pena não deve ter nenhuma utilidade para o individuo ou para a sociedade. Em Hegel se tem uma fundamentação mais jurídica da pena, pois ele a trata como a negação da negação do Direito. O que existe quando se desobedece a uma norma é a violação da vontade geral manifesta na lei. A pena deve retribuir a negação do Direito, e restabelecer a ordem jurídica violada.

No entanto, o que parece é que nas teses de Kant e Hegel, como também nas de outros que os seguiram e defenderam o caráter retributivo e não utilitário da pena, o fim ressocializador, se não está claramente previsto, o faz implicitamente. Kant, a partir do imperativo categórico, reconhece que o indivíduo deve se sentir culpado por seu ato criminoso, visto que possui escolha (KANT, 2005). O simples fato do indivíduo se sentir culpado, após receber a pena, já é uma modificação no seu comportamento, já o qualifica para voltar à sociedade, visto que reconheceu seu erro e ao fazê-lo, reconheceu a legitimidade do Direito vigente. É claro que não se trata de uma forma articulada de ressocialização, mas está em germe a idéia de que a aplicação da pena pode corrigir o indivíduo que delinqüiu.

1.2. TEORIAS PREVENTIVAS

Para as teorias preventivas o fim da aplicação da pena é prevenir novos delitos, ao contrário das teorias absolutas que não enxergam utilidades para as penas. Sua formulação mais antiga é imputada a Sêneca (aqui citado por BITENCOURT, 2003, p.75): “nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar”. Para essas teorias a pena, assim como nas teorias absolutas, também é um mal necessário. A prevenção se divide em prevenção geral e em prevenção especial.

A prevenção geral se baseia, tradicionalmente, na teoria da coação psicológica de Feuerbach, para quem a pena é “efetivamente, uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos” (BITENCOURT, 2003, p. 76). A pena se levanta como uma ameaça geral que atinge a todos os cidadãos, caso os mesmos venham a descumprir normas estabelecidas pela sociedade e conhecidas por todos os seus participantes. Essa idéia se baseia em dois pressupostos estabelecidos pelo iluminismo, enquanto ideologia: o livre-arbítrio e a racionalidade (o homem econômico que estabelece sua razão de forma instrumental, maximizando benefícios e minimizando prejuízos). Desta forma, segundo essa teoria o homem é um agente calculador que

pondera cada ação que pratica de forma a obter vantagens. A pena figura, então, como um prejuízo a ser ponderado pelo agente antes de cometer um crime. Como é livre, o homem pode escolher entre praticar ou não determinada conduta tida como criminosa, sabendo que sofrerá com a aplicação de uma pena, caso cometa tal conduta. A certeza da punição é fundamental para a eficácia do objetivo de prevenção geral. Através do exemplo da punição de um indivíduo, os outros indivíduos sofrerão uma coação psicológica para que não cometam crimes, pois sabem que serão efetivamente punidos. Essa coação age diretamente na *psiqué* do indivíduo que se sente ameaçado pela pena. Beccaria também foi um defensor da prevenção geral ao prever que “os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar seus concidadãos do caminho do crime” (BECCARIA, 2007, p.49), ou ainda “é preferível prevenir os delitos a ter de puni-los” (BECCARIA, 2007, p.101). A despeito dos defensores da prevenção geral considerarem como fim da pena essa intimidação geral dos membros da sociedade, parece que aqui também, assim como nas teorias absolutas da pena, a ressocialização está de forma inarticulada presente como finalidade da pena, mesmo que de forma secundária. Evitar que os membros da sociedade pratiquem crimes por medo da pena a ser aplicada, significa evitar que aquele que já cometeu um crime não o cometa novamente. Ou seja, significa mudar o comportamento daquele que já delinqüiu e foi alvo de uma pena, fazer com que ele não cometa novos delitos. Devolvê-lo à sociedade para que não cometa novos delitos passa por mudar seu comportamento, ou seja, reeducá-lo.

A prevenção especial tem em foco a figura do delinqüente, com o objetivo particular de que o mesmo não volte a delinqüir. Essa postura é imputada inicialmente a Von Liszt, para quem a necessidade da pena mede-se “segundo critérios preventivos especiais, segundo os quais a aplicação da pena obedece a uma idéia de ressocialização e reeducação do delinqüente...” (BITENCOURT, 2003, pg.80). A prevenção especial surge com a crise do Estado liberal e com o desenvolvimento da idéia de que o delito não é uma violação somente à ordem jurídica, e sim, um dano social, sendo o delinqüente, um perigo social, um anormal que deve ser tratado, reeducado, reformado através da aplicação da pena (BITENCOURT, 2003).

A prevenção especial se daria de duas formas: uma negativa, que se daria com a neutralização do criminoso, aplicando-lhe a pena privativa de liberdade e impedindo o mesmo de cometer novos crimes de dentro da prisão; e uma positiva, corretiva,

ressocializadora, com o trabalho de educadores, psicólogos, os chamados ortopedistas morais (SANTOS, 2005). A forma negativa de prevenção especial contém em seu fundamento, implicitamente é verdade, a ressocialização, pois neutralizar o delinqüente e evitar que o mesmo cometa um crime é mudar seu comportamento, de criminoso quando começou a cumprir a pena, para não criminoso ao não mais delinquir.

1.3. TEORIAS UNIFICADORAS

As teorias unificadoras ou mistas buscam agrupar os fins da pena em um conceito único. Segundo Mir Puig “a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena” (BITENCOURT, 2003, pg.82). Essa teoria entende que defender que a pena possui um ou outro fim, conforme a teoria que se adote, não abrange o fenômeno da pena como um todo. Ela representa uma combinação das teorias isoladas e é predominante nas legislações ocidentais modernas. No Brasil, por exemplo, a teoria da unificação foi adotada pelo Código Penal em seu artigo 59, quando estabelece que se deva aplicar a pena conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (SANTOS, 2005).

1.4. TEORIA DA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA

A teoria da prevenção geral positiva foi desenvolvida no final do século XX, existindo duas posições sobre a prevenção geral: uma que adota a natureza relativa da prevenção geral positiva, e outra que adota a natureza absoluta (SANTOS, 2005). A posição relativa é defendida por Roxin, e postula que a prevenção geral positiva é uma função entre outras atribuídas à pena. O objetivo é a proteção subsidiária e fragmentária de bens jurídicos, demonstrando uma inviolabilidade do Direito, preservando a confiança na ordem jurídica e reforçando a fidelidade jurídica do povo (SANTOS, 2005). Já a posição absoluta, defendida por Jakobs, concebe a prevenção geral positiva como uma teoria totalizadora da pena criminal, englobando todas as funções atribuídas a pena, com o objetivo exclusivo de afirmar a validade do Direito. Dessa forma, a prevenção geral positiva é definida como “demonstração da validade da norma, manifestada através de reação contra a violação da norma...” (SANTOS, 2005, p.11). Essa função positiva da prevenção geral serve para estabelecer a confiança e fidelidade da norma, e a aceitação das conseqüências pelo criminoso que deve suportar a pena, por fazer parte do contrato social.

1.5. RESSOCIALIZAÇÃO COMO FIM DA PENA

A análise das teorias da pena descritas permite observar que, a despeito do discurso oficial de seus articuladores e defensores, a ressocialização é vislumbrada como um fim da pena. Uma análise mais detida dos fundamentos apresentados por todas as teorias aqui apresentadas deixa clara que a ressocialização, além de não ser incompatível com nenhuma delas, é um objetivo das mesmas, nem que seja de forma implícita e desarticulada.

As teorias retributivas, por exemplo, vislumbram a retribuição e a expiação da culpa como os objetivos maiores da punição. No entanto, traz consigo a idéia de uma mudança no comportamento do indivíduo, qual seja, o próprio sentimento de culpa, reconhecendo que errou, desrespeitando um imperativo categórico que lhe é inerente (em Kant), ou o sistema jurídico como um todo, reconhecido como legítimo (em Hegel). Essa retribuição não ignora, portanto, que o delinqüente mude seu comportamento, se sentindo culpado e não cometendo mais um ato que afronte a norma jurídica.

As teorias relativas ou preventivas trazem em seu bojo, a prevenção como a grande finalidade da punição. Para a prevenção geral o objetivo é causar um temor na sociedade em relação à certeza da punição, caso se cometa um ato definido como criminoso. No entanto, não ignora que seu objetivo é também prevenir que o próprio indivíduo punido não cometa mais crimes. Por uma questão lógica fundamental, a prevenção geral contém a prevenção especial, pois se quer prevenir toda a sociedade, objetiva também prevenir o indivíduo que cometeu o delito e está sendo punido.

Já a prevenção especial busca prevenir que o indivíduo punido volte a cometer delitos. Seu viés negativo busca atingir esse objetivo através da neutralização do mesmo, através do isolamento pela prisão. Ora, também aqui a ressocialização se faz presente, pois o que está em jogo é uma mudança de comportamento do indivíduo criminoso para o que não comete mais crimes. O viés positivo da prevenção especial é o que representa uma atitude educadora em relação ao indivíduo, corrigindo-o e não apenas neutralizando-o.

As teorias unificadoras, por tentarem estabelecer uma conexão entre as teorias absolutas e relativas dos fins da pena, contêm os mesmos objetivos que essas, mas aqui

essas funções aparecem unidas. Portanto, as observações feitas até agora se encaixam perfeitamente aqui.

As teorias preventivas gerais, em suas duas vertentes, também incluem a ressocialização como fim da pena, já que se consideram ou como uma função entre as outras funções da pena, não desconsiderando, portanto a ressocialização (natureza relativa), ou englobando todas as outras funções da pena (natureza absoluta).

Para as escolas penais, construções teóricas para justificação e aplicação do Direito Penal, a ressocialização, de uma forma ou de outra, também figura entre as finalidades da pena. Para a escola positiva, por exemplo, não havia desconsideração da ressocialização. Essa apenas era colocada em segundo plano (até porque a adaptação do réu era levada em conta). Rafael Garofalo, por exemplo, colocava a prevenção especial como fim da pena (BITENCOURT, 2003).

Enrico Ferri, outro adepto da escola positiva, acreditava na readaptação da maioria dos delinquentes. Para a escola moderna alemã, a pena possuía uma função finalística: “a sanção retributiva dos clássicos é substituída pela finalística, devendo ajustar-se à própria natureza do delincente, mesmo sem perder o caráter retributivo, prioriza a finalidade preventiva, particularmente a prevenção especial” (BITENCOURT, 2003, p.60-61). A escola técnico-jurídica prevê que a pena “constitui uma reação e uma consequência do crime, com função preventiva geral e especial, aplicável aos imputáveis” (BITENCOURT, 2003, p.62).

A escola correcionalista tem como maior objetivo estabelecer a correção do delincente como o fim exclusivo da pena. A defesa social prevê que o objetivo é adaptar o indivíduo a ordem social. Até para a escola clássica é possível fazer as mesmas considerações estabelecidas quando da análise das teorias absolutas sobre o fim da pena.

Não bastasse todo esse conteúdo doutrinário favorável à análise da ressocialização como, efetivamente, uma finalidade a ser alcançada através da pena, tem-se ainda sua previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. Se para a doutrina é possível questionar a ressocialização como fim ou não da pena, pela lei tal questionamento não se justifica. A ressocialização é assegurada no art.1º da lei 7.210 de 1984, a Lei de Execução Penal (LEP), que prevê: “A execução penal tem por objetivo

efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a **harmônica integração social do condenado** e do internado” (grifo nosso).

Além desse dispositivo, o art. 10 da mesma lei estabelece: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e **orientar o retorno à convivência em sociedade**” (grifo nosso).

Mesmo que não houvesse nenhuma previsão legal, ou que não houvesse nenhuma doutrina ou teoria que advogasse a favor da ressocialização, a mesma não poderia deixar de ser considerada como um fim da pena. Isso porque se trata de um imperativo de coerência para o Estado. O art. 61 do Código Penal estabelece a reincidência como uma circunstância que sempre agrava a pena, quando não constitui ou qualifica o crime. A reincidência é, portanto, uma conduta não desejada pelo Estado, e o indivíduo é punido quando reincidente. O reincidente é aquele que já foi punido anteriormente e já passou pelo poder punitivo do Estado e não foi reintegrado de forma satisfatória ao convívio social. Se a reincidência não é desejada e é punida pelo Estado é porque o mesmo espera que os delinquentes não voltem a delinquir. Ora, essa postura estatal, traz consigo, claramente, a prevenção especial como fim da pena, pois o Estado pune a reincidência, acreditando na mudança de postura do indivíduo provocada por sua passagem pelo instrumento punitivo estatal.

Outros imperativos de coerência estatal, para adotar a ressocialização como fim da pena, são as alíneas “a” e “b” do inc. XLVII, do art. 5º da Constituição Federal. Nessas alíneas estão previstas a vedação à pena de morte e prisão perpétua. Um Estado que prevê a vedação à prisão perpétua é um Estado que acredita nas possibilidades de reintegração de seus membros, ou seja, que acredita que a prisão (como instrumento punitivo adotado) deve ter uma utilidade, um tempo determinado de aplicação para que os indivíduos possam retornar ao convívio social. Essa análise se estende, também, à pena de morte, pois se o Estado veda essa prática é porque acredita na reabilitação de seus membros.

A ressocialização é, portanto, uma função da punição, uma finalidade atribuída à pena, “assumindo a natureza social do problema criminal” (MOLINA e GOMES, 2002, p.468). Um Estado que organiza suas atribuições jurídicas e políticas em torno de uma constituição que valoriza essencialmente a dignidade da pessoa humana, não pode tratar seus indivíduos como seres descartáveis, como lixo humano, refugo humano, “vidas desperdiçadas” (BAUMAN, 2005, pg.13), objetos para o chicote de um algoz

enfurecido, como a lei. Desconsiderar a ressocialização como fundamento da pena é desconsiderar o valor do próprio ser humano, enquanto ser capaz de aprendizado e de cognicidade. A ressocialização é um imperativo para uma sociedade que produz e consome sua própria miséria.

Concluída a defesa da ressocialização como fim da pena, passa-se a analisá-la agora como um direito subjetivo e, ao mesmo tempo, como um dever do Estado, um imperativo de aplicação do qual o Estado não pode se eximir.

2. A RESSOCIALIZAÇÃO COMO DIREITO SUBJETIVO

No capítulo anterior defendeu-se que a ressocialização é, efetivamente, um fim, um objetivo da pena. Isso significa, através de operações lógicas simples, que a ressocialização é um dever do Estado e um direito subjetivo para o indivíduo.

O monopólio da punição é do Estado. Só ao Estado cabe estabelecer as condutas que serão consideradas delituosas e as penas referentes a cada uma dessas condutas, bem como sua aplicação efetiva. O Estado tem em suas mãos, portanto, o monopólio do poder de punir. Somente através de suas determinações transformadas em lei é que alguém pode ser considerado criminoso e ser punido por isso. O Estado não abre espaço, portanto, para a vingança privada. Ninguém pode ser punido por outro que não seja o Estado. Só a ele cabe essa tarefa: a de punir seus membros através de uma instância judiciária que garanta um processo. Assumindo o poder de punir em suas mãos, o Estado se transforma no Leviatã de Hobbes, evitando a guerra de todos contra todos (HOBBS, 2004).

Se o monopólio do poder de punir pertence ao Estado, isso significa que cabe ao Estado se ocupar da pena em todos os seus sentidos. A pena deve ser aplicada pelo Estado, não podendo o mesmo se eximir de cumpri-la, de aplicá-la. Ela é um dever para o Estado, um imperativo do qual o Estado não pode abrir mão. Não se trata de um benefício para o Estado ter em suas mãos o monopólio do poder de punir. Antes disso, é, na verdade, um encargo, um dever, uma obrigação diante dos seus súditos, para usar uma expressão hobbesiana (HOBBS, 2004).

Diante disso, e da defesa feita até aqui da ressocialização como fim da pena, o Estado tem o dever de punir, e, portanto, de cumprir a pena em todas as suas funções. Já que a ressocialização é um fim da pena, ela se manifesta para o Estado como um dever, um imperativo de aplicação do qual ele não pode se eximir. Desconsiderar a

ressocialização é, para o Estado, uma omissão, uma falha na sua administração da sociedade, uma falha diante de seus súditos, que ao se submeterem ao monopólio de seu poder de punir, não se colocam à mercê desse poder, e sim, em uma posição de exigência para que esse poder seja efetivamente cumprido.

Dizer que determinada pessoa, ou ente, é dotado de um dever, significa dizer que uma outra pessoa, ou ente, é dotado de um poder de ação em relação àquele que deve cumprir tal dever. Esse poder de ação é a possibilidade de exigência para que tal dever seja efetivamente cumprido. Essa é a idéia de direito subjetivo.

Falar em dever implica sempre uma relação. O dever é de alguém mediante a alguém. Um dever gera sempre um direito de exigência de seu efetivo cumprimento. Pode-se dizer, então, que a um dever específico, está sempre relacionado um direito de exigência específico, ou seja, um direito subjetivo específico. Essa correlação entre dever e direito de exigência é intrínseca à relação entre eles. Trata-se de dois lados de uma mesma moeda.

Tradicionalmente definiu-se direito subjetivo como uma *facultas agendi*, ou seja, como uma faculdade de agir, definida como “a prerrogativa individual, isto é, a faculdade conferida ao possuidor de invocar em seu favor e na defesa de seu interesse o preceito geral” (RODRIGUES, 2003, p.7), ou ainda, “trata-se da faculdade conferida ao indivíduo de invocar a norma em seu favor, ou seja, da faculdade de agir sob a sombra da regra” (RODRIGUES, 2003, p. 7). Na concepção de Ihering, “visto sob o ângulo subjetivo, o direito é o interesse juridicamente protegido” (RODRIGUES, 2003, p.7). Para Ferraz Jr., o direito subjetivo aponta para “faculdades jurídicas (modos de interagir) que o titular pode fazer valer mediante procedimentos” (1989, p. 147). Ele observa que o direito subjetivo possui um sujeito de direito, titular do mesmo, e a possibilidade que este sujeito tem de proteger seu direito, podendo fazer valer esse direito por meio de uma ação processual (FERRAZ JR., 1989).

A ressocialização é, portanto, um dever para o Estado, visto que o mesmo não pode deixar de cumpri-la, pois possui o monopólio do poder de punir e deve cumprir a função punitiva em todos os seus aspectos, incluindo, desta forma, a ressocialização. No entanto, como a outra face da moeda, a ressocialização é um direito subjetivo para o indivíduo apenado, pois o mesmo tem o poder de exigir sua ressocialização. Cabe fazer uma observação aqui. O que está em jogo, na verdade, não é a exigência de ressocialização, e sim a exigência de que a pena ofereça para o indivíduo as condições

para uma possível ressocialização. Trata-se, portanto, da exigência de um projeto real de ressocialização por parte do Estado, que atinja o problema em suas verdadeiras causas, acompanhado de uma infra-estrutura correspondente, que possibilite, pelo menos em potencial, atingir a ressocialização.

A crise do Estado de bem-estar social fez com que grande parte dos recursos destinados a sustentar uma política criminal de ressocialização efetiva, fosse desviada para cobrir outras áreas (BARATTA, 2007). Diante disso, o Estado passaria a adotar apenas uma política de prevenção especial negativa, ou seja, de neutralização do apenado. No entanto, o Estado não pode se eximir de cumprir seu dever de ressocialização. Na crise de um Estado social entra em cena um Estado penal. A ressocialização deve ser priorizada como fim da pena. Não pode ser negligenciada por uma ideologia liberal que pretenda enxugar o Estado a ponto de retirar de seu âmbito de responsabilidades deveres como a ressocialização. Como decorrência do poder de punir que pertence unicamente ao Estado, a ressocialização deve ser por ele praticada, e não pode ser encarregada a terceiros privados (não excludo aqui a participação de privados em projetos ressocializadores, mas em última instância ela deve ficar a cargo do Estado ou sob sua supervisão direta) ou deixada de lado sob o argumento de que o Estado está inchado, de que assumiu muitas responsabilidades e que não pode suportar o cumprimento de todas elas.

A escola penal correccionalista já apontava, no século XIX, a ressocialização sob a perspectiva de um direito subjetivo. Essa escola previa que a sanção penal deveria ser vista como um bem e, dessa forma, “o delinqüente tem o direito de exigir a sua execução e não o dever de cumpri-la” (BITENCOURT, 2003, p.63). No entanto, os correccionalistas viam o delinqüente como um ser anormal, um incapaz que não poderia levar uma vida jurídica livre, um verdadeiro perigo para a convivência social, um ser que não poderia determinar livremente sua vontade. Por isso, o delinqüente poderia exigir o cumprimento da sanção penal, como uma forma de corrigir essa vontade eivada de anomalia. O que proponho quando trato a ressocialização como direito subjetivo, não passa pela consideração do delinqüente como um ser anormal, cuja vontade deva, em última instância, ser corrigida, mas sim como um indivíduo que, regra geral, foi excluído do processo de modernização e precisa ter pressupostos objetivos para a participação da vida em sociedade. Esse aspecto voltará a ser tratado no próximo capítulo, a respeito do conceito de ressocialização.

Tratar a ressocialização a partir da perspectiva de um direito subjetivo significa, portanto, conceder a ela um *status* de exigência do indivíduo diante do Estado, exigência do cumprimento de um programa ressocializador efetivo, e em contrapartida, conceder a ela, também, um *status* de dever do Estado, inafastável, inarredável. Uma exigência jurídica que não pode ser questionada enquanto tal. Significa, além disso, colocar o foco da questão sobre o sujeito, sobre o indivíduo apenado, não somente enquanto detentor da faculdade de agir, mas como sujeito em si, alvo do projeto ressocializador, e não como um objeto de manipulação, dominação e disciplina. Tratar o indivíduo como sujeito é lançar sobre ele um olhar que busca conhecer os motivos que o levaram a delinquir, para, assim, munido de um maior conhecimento sobre ele, poder levar a cabo um efetivo projeto ressocializador.

3. DOIS ASPECTOS QUE LEVAM AO FRACASSO

3.1. A NÃO PERCEPÇÃO DO CONCEITO DE CIDADANIA MODERNO

Quais as características que um aparelho ressocializador deve levar em conta para efetivamente ressocializar? Ao defendê-la como fundamento da pena, a ressocialização foi considerada como qualquer mudança de atitude que o indivíduo tinha quando cumpria a pena que lhe era imposta. Com isso, qualquer atitude modificativa na ação do indivíduo poderia ser considerada como ressocialização. No entanto, essa idéia ampla, considerando qualquer mudança de atitude como ressocialização, não interessa aqui para fornecer uma idéia de ressocialização considerada adequada. Essa idéia inicial serviu, na verdade, para demonstrar que uma idéia de ressocialização estava presente em germe em algumas teorias sobre a pena, e explicitamente em outras. Das teorias sobre os fins da pena analisadas, a idéia que pretende ser estabelecida se aproxima mais da idéia fornecida pela teoria da prevenção geral, em seu viés positivo (mas não se confunde com ela), ou seja, no sentido não só de uma neutralização do indivíduo, mas na intervenção prática e ativa no comportamento do mesmo.

Ressocializar um indivíduo significa realizar sua inserção novamente na sociedade, depois de prepará-lo para tal, através do cumprimento da pena. Para realizar tal inserção, é necessário observar quais são os pressupostos necessários para que os indivíduos sejam considerados como cidadãos. A idéia de ressocialização se vincula à de cidadania, pois é através da cidadania que o indivíduo se apresenta como sujeito de direitos e deveres, e é através dela que se estabelece a noção de dignidade. Isso quer

dizer que a cidadania confere dignidade, pelo menos de forma objetiva, como reconhecimento entre os indivíduos.

A análise dos pressupostos necessários para que um indivíduo seja considerado um cidadão, passa pela análise da própria estrutura da sociedade na qual está inserido o conceito de cidadania. Essa análise se faz necessária pela contingência do conceito de cidadania, entendido como um conceito histórico e culturalmente definido. Portanto, é necessária uma análise do conceito de cidadania nas sociedades capitalistas modernas.

O pensamento ocidental é contingente e historicamente construído. Desde Platão, esse pensamento foi se estruturando, formando hoje, as noções de dignidade e cidadania, que nos parecem naturais e auto-evidentes, já que esquecemos sua gênese. Platão estabelecia uma divisão entre mente e corpo. Para Platão a mente deve estabelecer o controle sobre as paixões, dominando-as. A verdade está na ordem do mundo e só através da razão é possível alcançá-la. As paixões são nesse contexto obstáculos para se chegar à verdade (TAYLOR, 1997).

Santo Agostinho se apropria do platonismo para desenvolver uma nova concepção de verdade. A verdade não está no mundo e sim no interior de cada um. Essa interioridade é que leva os indivíduos ao caminho de Deus. Indo para o interior se chega ao superior, que é Deus. Por isso a reflexão e a razão são os caminhos para a verdade, que é Deus. Para Santo Agostinho existiam pessoas que só seriam salvas pela graça, visto que não podiam controlar seus desejos quando queriam (TAYLOR, 1997).

Em Descartes tem-se uma nova concepção, na qual as fontes da moralidade estão dentro de nós mesmos. As idéias passam a ser aquilo que temos que construir e não mais aquilo que temos que achar. Para que as idéias possam ser construídas é necessário que nos afastemos ao máximo das sensações e emoções. Deve haver um controle instrumental das paixões. Se as paixões são algo que pode ser controlado tem-se uma nova concepção de dignidade baseada no agente enquanto ser racional. Passa-se a ter valor para si mesmo e isso leva a uma auto-estima. A ação humana pode ser moldada de acordo com disciplina e método (TAYLOR, 1997).

Em Locke se tem o tema da vontade, onde o ser humano segundo sua própria vontade pode se recriar e mudar hábitos e normas ao seu redor. A análise desse novo modelo de raciocínio, o *self* pontual, que possui características como auto-responsabilidade, disciplina, controle emocional é que permite a compreensão da

modernidade. Foi com a reforma protestante que esse *self* pôde ganhar eficácia prática em grande escala. A reforma trouxe a idéia de valorização da vida cotidiana, e a valorização desses atributos de cálculo racional, auto-responsabilidade, dignidade (TAYLOR, 1997).

Essa idéia de dignidade vinculada ao cálculo racional e à auto-responsabilidade foi assimilada pela ordem capitalista como os pressupostos psicossociais da sociedade moderna (SOUZA, 2006). Isso quer dizer que é sobre esses pressupostos que toda a sociedade burguesa moderna se estrutura. A participação em toda a vida social, seja na política, na economia, no direito, no mercado de trabalho, requer, exige que os indivíduos possuam esses pressupostos de participação cidadã. Os que não possuem tais pressupostos ficam fora do conceito de dignidade e do conceito de cidadania.

Essa herança do pensamento ocidental se baseou, em grande medida, em uma oposição entre corpo e mente, entre emoção e razão. Desde Platão se prega o domínio das emoções pela razão, ou seja, o domínio da mente sobre o corpo. É essa oposição que gera uma distinção entre crimes como homicídio, seqüestro e crimes contra a propriedade de crimes como estelionato, desvio de verbas públicas, corrupção, etc. Os primeiros causam repúdio e nojo à população em geral, transformando seus praticantes em monstros desumanos. Os segundos causam indignação e descrença, mas em outro sentido que não a desumanidade, transformando seu praticante em mau-caráter. Essa diferença de tipos-ideais vinculados a crimes específicos revela a distinção entre corpo e mente acima citada. Os monstros, geralmente, são aqueles que não participaram ativamente do processo modernizador, não interiorizando os pressupostos de participação cidadã. Esses só têm seu corpo, e estão entregues às paixões sem controle. O mau-caráter já é visto de outra forma, pois praticam crimes que estão relacionados ao uso do cálculo, ou do saber especializado. Obviamente, os crimes praticados por esses monstros encontram terreno fértil na mídia, causando choque e terror na população, enquanto que os crimes praticados pelo mau-caráter têm uma visibilidade que causa menos choque, apesar dos prejuízos advindos desses crimes serem, objetivamente, muito maiores do que os causados pelos primeiros.

O objetivo não é generalizar, mas a grande maioria dos criminosos que temos em nosso país, não são detentores desses requisitos, desses pressupostos psicossociais de participação cidadã (disciplina, auto-responsabilidade, cálculo racional), ficando fora, por isso, do mercado de trabalho e do Estado como um todo, que exigem o

atendimento de funções que em sua essência necessitam da presença de racionalidade, responsabilidade, disciplina. Isso porque essas pessoas já foram excluídas, por isso freqüentam as prisões. “As prisões armazenam, primeiramente, os refugos do mercado de trabalho, as classes desproletarizadas e sobrenumerárias da classe operária...” (WACQUANT, 2001, p.140). Segundo Baratta:

(...) é fato comprovado que a maior parte dos presos procede de grupos sociais já marginalizados, excluídos da sociedade ativa por causa dos mecanismos de mercado que regulam o mundo do trabalho (BARATTA, 2007, p. 03)

Eles formam, em sua maioria, uma massa de famigerados e excluídos do processo de modernização por não fazerem parte do grupo de cidadãos. São desta forma, subcidadãos (SOUZA, 2006). A formação e interiorização desses requisitos, desses pressupostos, passam por instituições que não fazem parte do cotidiano e do histórico de vida da maioria dessas pessoas, quais sejam, a família e a escola.

Não se pretende defender aqui, que a ressocialização deva cuidar e solucionar todas as mazelas da sociedade, e nem ela daria conta de fazê-lo. É claro que o que deve ser feito é uma reformulação nos procedimentos educativos e estruturais do país, e isso passa por outros âmbitos da sociedade, que não a pena e sua função ressocializadora. No entanto, a ressocialização é um direito subjetivo para o indivíduo, e um imperativo de aplicação para o Estado. Com a ressocialização dotada desse *status*, os programas ressocializadores não podem continuar cegos para o problema, e devem observar como a sociedade se estrutura e o que exige de seus cidadãos. Desta forma, ressocializar alguém nas sociedades modernas significa possibilitar a esse indivíduo condições efetivas de participar da vida em sociedade, em todos os seus aspectos e instâncias. Projetos ressocializadores devem, portanto, reconhecer o problema de inserção dos indivíduos, a partir do que a sociedade exige para tal inserção.

Não se trata aqui de fazer juízo de valor algum quanto à legitimidade desses pressupostos. Eles foram criados historicamente e efetivamente estruturam a sociedade moderna. Uma análise detida dessa criação demonstra o quanto são arbitrários esses valores defendidos em nossa sociedade (TAYLOR, 1997). No entanto, eles estão vivos e são reais. O que se defende é que um projeto ressocializador não pode ignorar como foi feito até agora, que esses pressupostos são necessários para uma vida em sociedade. A ressocialização passa, enfim, por um projeto que leve em conta a ausência dos

pressupostos psicossociais de participação cidadã, na grande maioria dos delinquentes e presos de nosso país.

Não é pretendido, também, defender que todos são vítimas do sistema de exclusão imposto pelo capitalismo e suas instituições. Não são todos que se desviam da norma que o fazem por não terem condições de participar efetivamente da vida cidadã. Existem outras motivações e elementos que contribuem para a prática delituosa. No entanto, estar atento a esse problema estrutural de exclusão de indivíduos, que fatalmente delinquem, significa abrir uma nova possibilidade de efetividade à ressocialização, pois grande parte dos presos o é por ausência de oportunidades na vida pública, decorrente da ausência dos pressupostos necessários para tal participação. Crimes praticados em função de outras motivações exigem outras orientações ressocializadoras.

Uma outra observação que deve ser feita é quanto ao fato da ressocialização do indivíduo provocar no mesmo uma mudança qualitativa de valores, ou seja, se as medidas ressocializadoras adotadas devem fazer com que o indivíduo apenas cumpra a norma, de forma funcional, ou que se forme uma convicção interna, de cunho moral e de acatamento dos valores sociais por parte dele. Uma primeira observação a ser feita é a de que o Direito não exige, e nem pode fazê-lo, que os participantes da sociedade concordem com as normas estabelecidas. Isso porque o que confere legitimidade ao Direito é seu procedimento de produção de normas. O que o Direito exige é o cumprimento dessas normas no plano objetivo, no plano da ação, e não no plano subjetivo, da vontade e intenção dos indivíduos. Não faz diferença, objetivamente, se o indivíduo cumpre a norma porque a respeita ou por concordar com ela, visto que o importante é cumpri-la. Não pode prevalecer, portanto, a idéia de ressocialização máxima, com acatamento interno e moral do delinquentes e com a afirmação de que

(...) não cabe ressocialização alguma se detrás da conduta respeitosa da lei existe um clamoroso vazio moral ou contradições sensíveis entre as pautas legais e as convicções pessoais íntimas do infrator. (MOLINA e GOMES, 2002, p.475)

A ressocialização é objetiva, funcional, deve preparar o indivíduo para a participação na vida em sociedade, com os pressupostos que a mesma exige. Além disso, “o pretendido efeito ressocializador máximo entra em conflito com a estrutura da atual sociedade democrática e pluralista, na qual, por definição, não existe um único

marco de valores, senão um conjunto heterogêneo de sistemas normativos, com suas inevitáveis contradições e conflitos” e “referida sociedade, por isso, não pode oferecer ao indivíduo esse modelo unitário e definido de pautas de conduta porque ela mesma não as tem” (MOLINA e GOMES, 2002, p. 476).

O que um projeto ressocializador deve ter, portanto, é uma real análise da realidade carcerária, observando o problema estrutural que leva grande parte dos detentos a delinquir e, a partir disso, possibilitar programas para a adaptação dos delinquentes de forma funcional e objetiva, sem necessidade de impor uma concordância interna, psíquica do indivíduo com as normas.

Até agora a ressocialização foi defendida como uma legítima finalidade da pena, decorrendo disso, como um direito subjetivo para o indivíduo apenado, e como um imperativo de aplicação, um dever a ser efetivamente cumprido pelo Estado. Foi apresentado, também, um problema estrutural da sociedade moderna apontando o que um projeto ressocializador deve ter para poder surtir efeitos efetivos (pelo menos, na maioria dos casos). No entanto, o outro grande problema da ineficácia da ressocialização (o primeiro apontado foi a não identificação do que um indivíduo precisa ter para participar da vida em sociedade), ineficácia esta amplamente reconhecida, passa pelo instrumento utilizado até aqui pelo Estado como instituição ressocializadora: a prisão, ou, o cárcere. O objetivo agora é analisar a prisão como instituição utilizada pelo Estado para a aplicação da pena (o que evidentemente inclui a ressocialização, já que a mesma é um fim da pena), suas reais funções, seu fracasso reconhecido e sua manutenção como forma de punir.

3.2. A PRISÃO

A prisão é o meio por excelência utilizado pelo Estado para se punir alguém. Apesar da previsão na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XLVI, de outras medidas que poderiam ser tomadas pelo Estado para a punição como a perda de bens, aplicação de multa, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos, essas medidas (de eficácia também questionável, assim como no caso da prisão), são alternativas ao principal instrumento punitivo estatal: a prisão.

Se o instrumento punitivo utilizado pelo Estado é a prisão, isso significa que ela fica responsável pelo cumprimento de todas as funções atribuídas à pena, dentre elas a

ressocialização. É a prisão, portanto, o instrumento utilizado pelo Estado para ressocializar.

No entanto, é fácil notar que a prisão não atinge seu intento de ser um instrumento punitivo que cumpra todas as funções atribuídas à pena, principalmente no que diz respeito à ressocialização. Desde o seu surgimento como forma de punição que a prisão é, reconhecidamente, um fracasso. Tanto no meio acadêmico jurídico quanto nas observações do senso comum, a prisão é tida e havida como uma instância ineficaz, incapaz sequer de neutralizar o indivíduo, quanto mais realizar uma modificação ativa naqueles que passam por ela.

As críticas ao modelo prisional se dirigem das mais variadas formas, mas é quase unânime o reconhecimento de seu fracasso. Desde o início de sua utilização no período reformador (século XVIII) que a idéia de reclusão penal é “explicitamente criticada por muitos reformadores, porque é incapaz de responder às especificidades dos crimes” (FOUCAULT, 1987, p.95). E as críticas não param por aqui: “porque é desprovida de efeito sobre o público”, “porque é inútil à sociedade, até nociva: é cara, mantém os condenados na ociosidade, multiplica-lhes os vícios”, “porque é difícil controlar o cumprimento de uma pena dessas e corre-se o risco de expor os detentos à arbitrariedade de seus guardiões”, “porque o trabalho de privar um homem de sua liberdade e vigiá-lo na prisão é um exercício de tirania” (FOUCAULT, 1987, p.95). Alguns a criticavam em nome dos princípios jurídicos clássicos: “as prisões na intenção da lei, sendo destinadas não a punir, mas a garantir a presença das pessoas” (FOUCAULT, 1987, p.99). Outros a criticam por se tratar de um “mal que deveria prevenir e que vai contra o princípio da individualização da pena” (FOUCAULT, 1987, p.99). Contra sua utilização como instrumento da sanção penal, diz-se:

(...) a humanidade se levanta contra esse horrível pensamento de que não é uma punição privar um cidadão do mais precioso dos bens, mergulhá-lo ignominiosamente no mundo do crime, arrancá-lo a tudo que lhe é caro, precipitá-lo talvez na ruína e retirar-lhe, não só a ele, mas à sua infeliz família, todos os meios de subsistência. (FOUCAULT, 1987, p.99)

Já Beccaria em 1764, ano da publicação de sua obra “Dos delitos e das penas”, via na prisão “uma horrível mansão do desespero e da fome” (2007, p.26) e continuou dizendo que a prisão “entre nós é antes de tudo um suplício e não um meio de deter um

acusado” (2007, p.27). Beccaria já vislumbrava na ocasião que a prisão marca, deixando um vestígio no indivíduo: “a prisão não deveria deixar qualquer pecha de infâmia sobre o acusado cuja inocência foi juridicamente reconhecida” (2007, p.26). No entanto, ela deixa.

Essas críticas se estabeleceram quando do início da aplicação da prisão como instrumento punitivo, mas até hoje se encontram críticas muito semelhantes, senão idênticas à prisão e seu fracasso como forma punitiva. Noronha, ao analisar a pena restritiva de direitos, reconhece os “malefícios da carcerária de curta duração” (1986, p.233). Wacquant ao se interrogar por que a prisão é ainda utilizada como meio de punição reconhece que “a reinserção não é na prisão que se faz” (2001, p.143) e continua “se não sabemos bem porque se encarcera, sabemos, ao contrário, muito bem que a passagem pela prisão exerce efeitos destruidores e desestruturantes tanto sobre os internos como sobre os seus próximos” (2001, p.144). Molina e Gomes reconhecem os efeitos devastadores da prisão ao defenderem a existência de uma subcultura do cárcere, onde os detentos orientam suas ações baseados em valores completamente distintos aos valores defendidos e assegurados na vida em sociedade:

(...) admite-se a existência de um código do recluso, assim como a de um processo de adaptação deste à subcultura carcerária, cujos passos intermediários seriam a desculturalização (perda das capacidades vitais e sociais mínimas para a vida em liberdade; do controle situacional, da própria iniciativa e da auto-responsabilidade) e a prisionização (que é a aceitação do código de valores, usos e tradições da vida penitenciária). (MOLINA E GOMES, 2002, p.483).

Nesse mesmo sentido argumenta Marcão:

(...) é preciso anotar ainda que, modernamente, para punir os crimes mais graves a pena aplicada com maior frequência é a de prisão, e ingressando no meio carcerário, o sentenciado se adapta paulatinamente aos padrões da prisão. Portanto longe de estar sendo ressocializado para a vida livre, está, na verdade, sendo socializado para viver na prisão. (MARCÃO, 2007, p.12)

A prisão, de fato, não ressocializa. Ela marca, contamina o indivíduo, deixa vestígios, corrompe, devolve ao crime. Ao isolar os apenados da sociedade, a prisão

afasta a sociedade dos apenados (BARATTA, 2007). E para uma aplicação da pena cujo objetivo é ressocializar, nada mais contraproducente do que esse afastamento.

No entanto, o reconhecimento do fracasso da prisão é sistematicamente acompanhado pela sua manutenção (FOUCAULT, 1987), como a única forma de punição (já que as chamadas penas alternativas são pouco aplicadas, e na maioria dos casos a prisão é o instrumento utilizado). Desde sua implantação, os projetos para sua reforma foram elaborados:

(...) devemos lembrar também que o movimento para reformar as prisões, para controlar seu funcionamento, não é um fenômeno tardio. Não parece sequer ter nascido de um atestado de fracasso devidamente lavrado. A reforma da prisão é mais ou menos contemporânea da própria prisão. Ela é como que seu programa.
(FOUCAULT, 1987, p.197)

A prisão é desde o início de sua aplicação reconhecida como falha e mantida à custa de reformas que em nada mudam sua estrutura central. Elas não diminuem a taxa de criminalidade. Ao contrário, a mantém, ou a aumentam consideravelmente “a detenção provoca a reincidência; depois de sair da prisão, se têm mais chance que antes de voltar pra ela, os condenados são, em proporção considerável, antigos detentos” (FOUCAULT, 1987, pg.221).

Com seu fracasso reconhecido, desde o início, cabe a pergunta: como uma instituição, que fracassa há mais de cento e cinquenta anos, é sistematicamente mantida como única solução e instrumento punitivo, pelo mesmo período de tempo? Afinal de contas, seu fracasso por tanto tempo, não é sinal de que ela não se presta a fazer aquilo que o discurso oficial a delega? Ou talvez, seu objetivo real será mesmo o pregado pelo discurso oficial? Se for ela não atinge, de fato, seu objetivo manifesto, aquele utilizado pelo discurso penal para justificar a sua manutenção. No entanto, faz mais sentido considerar que a prisão possui um outro objetivo que não é o de ressocializar, e que está oculto pelo discurso oficial penal legitimador do uso contínuo da prisão como instância punitiva. Mas antes de fazer essa análise será preciso contextualizar o nascimento da prisão na sociedade em que estava inserida quando de sua criação e como se deu a sua efetivação.

3.2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: DOS SUPLÍCIOS À PRISÃO

Foucault descreve uma cena da condenação de Damiens, onde seu corpo foi castigo de diversas formas (FOUCAULT,1987). Essa era uma punição um tanto comum em meados do século XVIII, e menos de um século depois ela havia desaparecido completamente do horizonte punitivo vislumbrado pelo Estado (FOUCAULT, 1987).

Os suplícios colocavam em voga, quando de sua aplicação, a ostentação do poder do soberano. Mostravam ao vivo o tamanho do poder do soberano que poderia pesar sob a cabeça de seus súditos, caso os mesmos se desviassem da norma estabelecida. No entanto, essa punição ao vivo, que usava o corpo como alvo do castigo, trazia consigo um alto risco. A população que acompanhava avidamente a aplicação dos suplícios era imprevisível. Podia, aos berros, condenar o já condenado indivíduo a ser supliciado, legitimando o poder do príncipe. Mas podia, no entanto, tomar partido para o condenado e reprovar o castigo, transformando-o em herói popular. O suplício, portanto, colocava frente a frente, quando de sua execução, o poder do príncipe e o poder do povo, representando, dessa forma, um grande risco para o poder político em questão. O castigo aplicado poderia se virar contra quem o aplicou, e esse retorno do castigo era motivo de preocupação para o soberano (FOUCAULT, 1987).

Já na metade do século XVIII, os protestos contra os suplícios se levantaram em todas as direções. Rapidamente os suplícios se tornaram intoleráveis, vergonhosos em todas as partes. Sob um discurso humanitário se apoiou essa condenação generalizada à prática dos suplícios: “glorificam-se os grandes reformadores por terem imposto essa suavidade a um aparato judiciário” (FOUCAULT, 1987, p.64).

A pergunta que se faz é: “será uma transformação geral de atitude, uma mudança que pertence ao campo do espírito e da subconsciência?” (FOUCAULT, 1987, p.66). Não se pretende excluir o discurso humanitário e o surgimento de valores relacionados à humanidade, principalmente com o Iluminismo, mas, mais claramente, essa mudança de postura se refere a um “esforço para ajustar os mecanismos de poder que enquadram a existência dos indivíduos” (FOUCAULT, 1987, p.66).

O suplício significava um excesso de poder que muitas vezes gerava um efeito contrário ao esperado. A mudança na forma de punir significou, portanto, mais uma mudança na estratégia de economia do poder, do que uma efetivação de valores humanitários compartilhados. A punição passou a ser mais econômica do ponto de vista do poder dispensado: não se tratava de punir menos, e sim de se punir melhor, punir de

forma mais eficaz e atingir a todos. Maximizar os efeitos da punição e minimizar seus gastos, principalmente do ponto de vista político.

Rapidamente, sob a capa de um discurso humanitário, a prisão se apresentou como uma forma quase óbvia de punição. Politicamente o poder estava sendo muito bem empregado: ao se retirar o caráter público dos suplícios e se aplicar uma punição muito bem controlada e monitorada por detrás dos muros da prisão, se limitava os riscos de represálias populares contra o que pune e favor daquele que é punido.

A prisão, no entanto, não é produto do direito ou de seus especialistas. Sua existência nos códigos foi posterior a sua existência de fato. A prisão é filha de uma sociedade disciplinar. Uma sociedade que observa a todos, que controla, que gerencia cada um de seus membros. Uma sociedade do panóptico de Bentham (FOUCAULT, 1987). A forma prisão, portanto, é pré-existente à instituição prisão. No desenvolvimento da sociedade disciplinar, escolas, academias militares, hospitais, fábricas todas essas instituições já apresentavam o modelo disciplinar que viria a ser utilizado também na instituição prisão, posteriormente. O esquema obedecia a uma vigilância contínua e a um controle total dos atos. Cada movimento era precisamente controlado, pois a idéia era não só de controle dos atos, mas sim de fabricação dos mesmos, de produção dos mesmos. A sociedade disciplinar é uma sociedade que fabrica seus membros. Essa fabricação de indivíduos exigia vigilância total e contínua, e controle total sobre o tempo e o espaço dos indivíduos (FOUCAULT, 1987).

Paralelo a essa mudança estrutural na forma de punir, ocorre uma mudança na própria estrutura do crime. Os crimes mudam seu foco de atuação. Passa-se de crimes de sangue a crimes de bens. Isso reflete uma mudança ocorrida em virtude da valoração dos bens pelo advento da sociedade burguesa (a burguesia agora no comando político da sociedade). Com isso, é necessário punir esses crimes contra a estrutura fundamental da sociedade burguesa: a propriedade privada. A antes tolerada prática de delitos como a corrupção, o tráfico, a inadimplência diante do fisco, por parte dos mais pobres e desestruturados, prática esta muitas vezes incentivada pela burguesia para atingir seus interesses, passa agora a ser tratada como ilegalidade que deve ser punida.

A prisão passa então a ser o mecanismo punitivo por excelência da sociedade disciplinar. Ela permite um controle contínuo e incessante sobre os detentos, que possuem uma característica em comum: todos pertencem a uma mesma classe social, ou antes, todos pertencem à classe que não é a dominante.

3.2.2. O DISCURSO IDEOLÓGICO E O DISCURSO REAL

A Prisão surge sob o argumento da humanidade das penas, do respeito ao homem e à sua dignidade que devem a qualquer custo ser protegidos. É tida como filha do período humanista protagonizado pelos reformadores penais, decorrência direta do contexto histórico do iluminismo. Seu discurso gira em torno de um “poder de punir como função geral da sociedade que é exercida da mesma maneira sobre todos os seus membros, e na qual cada um deles é igualmente representado” (FOUCAULT, 1987, p.195). A prisão representa uma mudança no poder de punir que agora é capaz de atingir a todos de maneira indistinta. Todos são alvos de uma sociedade que vigia e controla seus membros, e a justiça é distribuída de forma eqüitativa, atingindo toda a sociedade. Aparece como uma substituta justa e humana ao terror e violência implantados pelos suplícios durante anos. Ela é o castigo igualitário. Apesar do reconhecimento de sua falhas, rapidamente ela é envolvida por um clima de obviedade, de naturalidade. É a saída natural para a punição, pois sua gênese é esquecida. É como se ela sempre tivesse existido, e apesar de seu fracasso, se apresentasse como a única saída possível:

(...) conhece-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E, entretanto não vemos o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão. (FOUCAULT, 1987, p.196)

Sua obviedade como instrumento punitivo por excelência é ainda acentuada por representar todo um aparato de transformação dos indivíduos já existente em todas as instituições da sociedade. Ela reproduz os mecanismos encontrados no corpo social.

Assim, a prisão apresenta-se como a única saída possível. Um mal a ser tolerado, mas ainda assim, a ser aplicado. Por ser o instrumento adotado pelo Estado para punição, a prisão deve ser o meio utilizado pelo mesmo para realizar os fins da pena, e, portanto, ressocializar os apenados. Acobertada por um discurso humanitário, a prisão se apresenta, há mais de cento e cinquenta anos, como a única saída para a punição.

No entanto, tudo isso não passa de ideologia. Todo esse discurso humanitário que, apesar do reconhecido fracasso da prisão a mantém e a defende como meio terapêutico e corretivo, não passa de um discurso ideológico que busca legitimar a manutenção da prisão como instituição punitiva. A prisão (na forma como é aplicada) não é, e nunca foi, capaz de ressocializar ninguém. Não por se tratar de falta de infra-

estrutura, ou falta de investimentos no setor, argumentos muitas vezes utilizados e sustentados pelo poder público e pelos defensores da prisão como forma punitiva. A prisão fracassa enquanto instância corretiva e ressocializadora por não ter como objetivo ressocializar, nem como função principal, nem como função secundária. Ao se apresentar como única saída possível, como óbvia, a prisão oculta sua gênese e, com isso, oculta seus reais objetivos. O discurso humanitário é desta forma, instrumental, utilizado para fornecer um arcabouço teórico convincente e legitimador, ocultando assim as reais funções atribuídas à prisão.

Na verdade ao ocultar sua gênese e seus objetivos a prisão leva à sua naturalização:

(...) ninguém sabe mais porque se trancafia as pessoas. Invoca-se ritualmente a filosofia terapêutica e continua-se a acreditar e fazer acreditar que a prisão tem por missão reformar e reinserir seus internos, enquanto tudo, da arquitetura à organização dos trabalhos dos guardas, passando pela indigência dos recursos institucionais (trabalho, formação, escolaridade, saúde), pelo esgotamento deliberado da liberação em condicional e pela ausência de medidas concretas de ajuda na saída, o nega. (WACQUANT, 2001, p.143).

Se a reinserção do preso não é na prisão que se faz, é porque o objetivo da prisão não é ressocializar. A ressocialização é, portanto, assim como as outras funções atribuídas à pena (prevenção geral, neutralização, garantia da ordem, confiança no sistema, retribuição) uma função manifesta, declarada, ideológica da pena criminal, mas não é real.

A crítica dialética/materialista da pena criminal (SANTOS, 2005) busca revelar a real função da pena, ou sua função latente, a partir de uma análise baseada em conceitos marxistas. A lógica da punição obedeceria à lógica de mercado (tratado como infra-estrutura que controla todas as outras estruturas sociais), e a pena seria uma retribuição equivalente, medida através do fator tempo (medida por excelência na economia). A produção de corpos dóceis e disciplinados através dos mecanismos disciplinares instituídos e praticados na prisão forneceria uma mão de obra dócil e controlada para o mercado de trabalho. A prisão produziria mão de obra para a fábrica.

A partir disso, se estabelece uma relação entre mercado de trabalho e sistema de punição, obedecendo à seguinte lógica:

(...) se a força de trabalho é insuficiente para as necessidades do mercado, o sistema penal adota métodos punitivos de preservação da força de trabalho; se a força de trabalho excede as necessidades do mercado, o sistema penal adota métodos punitivos para a destruição da força de trabalho. (SANTOS, 2005, p.20)

Assim, o sistema punitivo funcionaria como uma espécie de controle de mão de obra disponível, regulando sua escassez e seu excedente. Essa denúncia da prisão como instância que disciplina mão de obra e produz corpos dóceis para o mercado de trabalho é, no entanto, historicamente datada. No início da revolução industrial, no século XVIII, onde existia uma necessidade de grandes contingentes humanos para o desenvolvimento das fábricas, essa função da prisão fazia sentido, e efetivamente existiu. No entanto, como bem observa Wacquant (2001), no século XX, o funcionamento da prisão é o inverso do que existia no século XVIII. Ao invés de produzir corpos dóceis e disciplinados que seriam utilizados como mão de obra nas fábricas, as prisões de hoje armazenam aqueles indivíduos que já foram excluídos do mercado de trabalho, os “refugos do mercado de trabalho” (WACQUANT, 2001, p.140).

A prisão é, portanto, um mecanismo de poder, que, nascida com a sociedade disciplinar, transforma e produz os corpos dos indivíduos em corpos dóceis e disciplinados. Longe de ressocializar, ela produz reincidência ao organizar a produção de uma delinquência. Antes de prevenir a delinquência, ela a produz e a mantém, controlando-a (FOUCAULT, 1987). Sua função é organizar uma forma particular de ilegalidade, que longe de ser evitada é produzida, pois pode ser útil. A idéia é produzir o “delinquente como sujeito patologizado” (FOUCAULT, 1987, p.230). Essa produção de delinquentes está inserida num contexto contínuo de luta de classes pelo poder. Esse poder “deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como uma coisa que funciona em cadeia” (FOUCAULT, 2005, p.35). O poder, portanto, não está localizado nas mãos de um grupo determinado, ele só existe em ato, na ação. Ao produzir delinquentes, a classe dominante exerce poder sobre a classe dominada, utilizando-a como bode expiatório, para cometer suas próprias ilegalidades: os delinquentes produzidos são de classes subalternas e “se atiram fatalmente a uma criminalidade

localizada, sem poder de atração, politicamente sem perigo e economicamente sem consequência” (FOUCAULT, 1987, p.231). Essa delinquência é extremamente útil à classe dominante que, pela produção de um bode expiatório vindo das classes dominadas, permite que os chamados crimes de rico (já que existe uma criminalidade que é própria de cada classe) não sejam tratados como crime, ou apareçam como desvios de menor calibre. A delinquência chama a atenção para si, deixando em segundo plano, ou num plano de visibilidade muito baixo, até mesmo invisível, as ilegalidades praticadas pela classe dominante.

Diante disso, a prisão não busca a ressocialização, pois essa nunca figurou como um de seus objetivos. Ao contrário de buscar evitar o crime, a prisão busca, na verdade, sua manutenção como uma forma de desviar os olhos da sociedade para os crimes cometidos por uma delinquência que serve de bode expiatório e encobre os crimes praticados pela classe dominante. A prisão não evita, ela produz a delinquência, que é útil nesse contexto de luta de classes.

Dizer, portanto, que a prisão fracassou em seus objetivos é considerá-la apenas sob um ponto de vista ideológico, ilusório. Suas funções latentes, ocultas, ao contrário, foram muito bem cumpridas, explicando, agora sim de forma convincente, sua manutenção como instrumento punitivo. A prisão, na realidade, é um sucesso, produzindo muito bem a “delinquência, tipo especificado, forma política ou economicamente menos perigosa - talvez até utilizável - de ilegalidade” (FOUCAULT, 1987, p.230). A prisão se mantém por manter oculto esse enorme abismo entre seu discurso ideológico e humanitário, e seu discurso real traduzido como um mecanismo de poder eficaz que produz a delinquência a serviço da dominação.

CONCLUSÃO

A ressocialização é, sem dúvida, um fim a ser buscado pela pena criminal. A análise das teorias a respeito dos fins da pena confirma isso e a análise dos dispositivos legais não deixa dúvida que ela figura como objetivo da aplicação da punição. Dizer que ela é um fim da pena significa, no entanto, apontá-la como um dever do Estado, detentor do monopólio do poder de punir. Se ela figura como um dever do Estado, ela é, portanto, passível de exigência pelos detentores do direito de sua aplicação. Ela se apresenta, então, como um direito subjetivo. Antes de ser um dever, para o apenado, cumpri-la, ela é na verdade um direito para ele, que pode ser exigido. Essa perspectiva vincula o Estado ao cumprimento da ressocialização, buscando medidas eficazes para

seu cumprimento. Tratar a ressocialização como um direito subjetivo significa fortalecer seu conteúdo jurídico e colocar o apenado em uma posição de exigência diante do Estado punitivo. Ela se apresenta, portanto, como um imperativo de aplicação para o Estado, que não pode deixar de fornecer mecanismos ressocializadores eficazes, sob pena de ser omissivo diante dos seus cidadãos.

Para que se possa efetivar o cumprimento de um projeto ressocializador é necessário que se ataque de frente os obstáculos a serem enfrentados para a ressocialização. Para isso, um conceito de ressocialização é importante e entendido como uma série de medidas estruturais e teóricas a serem tomadas para fornecer aos apenados a formação dos pressupostos psicossociais de participação cidadã na modernidade, quais sejam, disciplina, cálculo racional e responsabilidade. Dotados desses pressupostos, os apenados têm reais condições de participação na vida em sociedade. Esse é o caminho para a eficácia de um projeto ressocializador: observar o que a sociedade exige, de fato, de seus membros.

O outro aspecto que faz com que a ressocialização não se efetive (além da falta de compreensão de seu conteúdo como projeto) é o meio utilizado pelo Estado para punição: a prisão. É necessário compreender que a prisão é um instrumento histórica e contextualmente construído, e não é a única e natural possibilidade punitiva. Ela possui um discurso ideológico que a encarrega de ser uma instância corretiva e ressocializadora, e um discurso real, que a determina como um mecanismo de poder a serviço das classes dominantes. O que deve ser feito é a denúncia da prisão enquanto mecanismo de poder, apontando-a como um modelo que não ressocializa, por possuir outros objetivos. Deve-se fazer também uma inversão nos discursos: transformar o discurso ideológico da prisão em seu discurso real (para os que acreditam que um outro modelo de prisão é possível), ou apontá-la como um instrumento ineficaz, em sua essência, para a ressocialização.

É claro que a eficácia de um modelo ressocializador não depende única e exclusivamente dos órgãos estatais, senão da sociedade como um todo. Enquanto toda a sociedade, juntamente com o Estado que a governa não assumir como suas responsabilidades as conseqüências dos valores decorrentes das instituições que a estruturam, ela colherá os frutos de sua miséria.

REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2000.
- _____. *Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da reintegração do sentenciado*. Disponível em www.eap.sp.gov.br/pdf/ressocializacao.pdf. Acesso em 8 de junho de 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- BIANCHINI, Alice; ANDRADE, Léo Rosa de. *Uso e abuso do direito penal*. Disponível em <www.saraivajur.com.br>. Acesso em 8 de junho de 2007.
- BITECOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. V.I. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BOURDIEU, Pierre. *La distinción: criterios y bases sociales del gusto*. Madri, Espanha: Grupo Santillana de Ediciones, 1998.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1989.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 32ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
- _____. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.
- GARLAND, David. *La cultura del control*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MARCÃO, Renato. *Rediscutindo os fins da pena*. Disponível em <www.saraivajur.com.br>. Acesso em 8 de junho de 2007.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. V. I. 24ª ed. São Paulo: Saraiva 1986.
- RAMOS, Sílvia e MUSUMECI, Leonarda. *Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2005.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral*. V.1. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.
- _____. *É preciso teoria para entender o Brasil contemporâneo?* Disponível em: <www.gramsci.org>. Acesso em 8 de junho de 2007.
- TAYLOR, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. São Paulo: Loyola, 1997.
- WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

