

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GOMES, Luiz Flavio, CERVINI, Raul. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 5, jan./mar. 1994.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Apontamentos sobre o crime organizado e notas sobre a Lei 9034/95*. Justiça penal: críticas e sugestões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *A lei da "caixa preta"*. Justiça penal: críticas e sugestões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Contravenções penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de. *Do concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1993. 162p. (Dissertação de Mestrado).

SANTOS, William Douglas Resinente dos, PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Comentários à lei contra o crime organizado (Lei n. 9.034/95)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SILVA, Juary C. *A macrocriminalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1984.

“PUNIÇÃO E ESTRUTURA SOCIAL”: AS IDÉIAS CRIMINOLÓGICAS DE RUSCHE E KIRCHHEIMER

Rodrigo de Abreu Fudoli

Sumário

1. As histórias das prisões. 2. “Punição e estrutura social”: o marxismo à serviço da criminologia. 3. Méritos. 4. Desenvolvimentos posteriores. 5. Críticas. 6. Especificidades do caso brasileiro. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1 AS HISTÓRIAS DAS PRISÕES

São muitas as interpretações sobre a consolidação da penitenciária, no século XVIII, como local específico para a execução das penas privativas de liberdade. Dentre os esforços feitos nesse sentido, destaca-se o estudo de Rusche e Kirchheimer, *Punição e Estrutura Social* (1939). Almejamos anotar as principais críticas feitas à obra dos criminólogos alemães.

As penitenciárias nascem no século XVI, mas a expansão e a consolidação de tais instituições, na qualidade de locais precípuos para abrigar condenados à pena privativa de liberdade, são posteriores: coincidem com a Revolução Industrial e com o advento da sociedade capitalista (século XVIII). Lê-se amíúde na historiografia tradicional que os fatores que redundaram na adoção maciça da pena privativa de liberdade, em substituição às penas capitais e aos castigos corporais, derivam de idéias iluministas, ávidas por afastar as práticas punitivas de que lançava mão o Antigo Regime.

O Século das Luzes não mais se harmonizava com tais práticas. Era preciso humanizar o sistema penal. A racionalidade que governou as idéias triunfantes no século XVIII desvinculou o Direito de fundamentos mágicos ou religiosos,¹ para conferir-lhe lastro na natureza humana e na vontade geral dos membros da comunidade (contrato social).

O grande desenvolvimento cultural havido desde 1500² serviu de substrato para que os iluministas possibilitassem um sensível avanço nos estudos sobre as relações sociais.

Sendo assim, repudiaram-se as penas cruéis; reivindicou-se a observância do princípio da legalidade; o castigo imposto ao violador da lei penal, doravante, impunha-se que fosse proporcional às lesões causadas por ele à sociedade; o utilitarismo derivado da filosofia burguesa direcionou a finalidade da pena para a prevenção geral.³

Essa a propalada influência do Iluminismo no sistema penal, racionalizando e humanizando as penas, conferindo fundamento ético de acordo com os valores então despontados. As figuras que impulsionaram tais mudanças se eternizaram. Howard, Bentham e Beccaria simbolizaram os reflexos do câmbio de paradigma do pensamento ocidental sobre o sistema penal.

A retrospectiva histórica tradicional das prisões peca, não raro, pela linearidade e pela falta de perspectiva crítica. Sendo assim, insatisfeitos com a explicação usual sobre as modificações profundas sentidas no Século das Luzes, relacionadas com os métodos de punição, criminólogos do século XX se

1 Conforme Caldwell (1956, p. 463-464), as práticas bárbaras do Antigo Regime foram rechaçadas pelos filósofos racionalistas, para quem uma ordem social mais justa surgiria com o uso da Razão. Idéias então vigentes, como a da condição humana de mais perfeita criatura divina, tornaram-se ultrapassadas, por ingênuas. Os iluministas se convenceram de que o homem não precisava aguardar a vida eterna para ser feliz: poderia desfrutar desse sentimento desde já, na Terra.

2 O progresso atingido pelas ciências naturais e a ênfase ao método indutivo, informam Barnes e Teeters, p. 371-372, superaram o antigo método dedutivo e as técnicas metafísicas e religiosas.

3 BUENO ARÚS, 1994, p. 250.

esforçaram em encontrar resposta mais satisfatória à seguinte pergunta: “A consolidação da prisão foi realmente fruto de gloriosos esforços humanitários, ou tal processo vem ancorado em necessidades outras?”

São os teóricos das chamadas *teorias criminológicas conflituais*, integrantes da *sociologia da punição*, que se incumbem de solucionar a referida questão. Tais escritores não concordam com a assertiva de que a pena visa essencialmente ao controle do crime, nem de que a criminologia exerce o papel da ciência mitigadora do fracasso do sistema penal. Os trabalhos conflituais consideram a punição um objeto independente do crime e da criminologia e não aceitam a correlação direta entre o crime e o castigo.⁴

O controle social é estudado tendo-se em conta a influência do poder na estruturação da ordem social. Ilumina-se “a complexidade na configuração das relações sociais das sociedades industriais, sobre a base do sistema de produção e distribuição dos recursos que as gerenciam”.⁵

A sociologia conflitual não se propõe a responder: “por que os homens cometem crimes?” Diversamente, problematiza a própria ordem social. É nesse patamar tendencialmente globalizante de idéias, mais do que em um nível individual, que reside a explicação sociológica do crime.⁶ A ênfase das buscas criminológicas transpõe-se da *criminalidade* para os *processos de criminalização*.

O novo questionamento tem cunho macrosociológico: “Com base em que leis sociais se distribui e se concentra o poder de definição?”⁷ Explicar o crime e as instituições que o circundam – como a penitenciária – significa adentrar na racionalidade que justifica a ordem social, sempre produto histórico do homem em sociedade.⁸

4 Segundo Minhoto (2000, p. 34), “às costas dos princípios que informam o direito penal, existem práticas e interesses políticos, culturais e econômicos concretos, cuja análise constitui condição sem a qual as distintas modalidades punitivas não podem ser historicamente especificadas”.

5 BERGALLI, 1993, p. 32.

6 DIAS e ANDRADE, 1992, p. 243.

7 BARATTA, 1999, p. 118.

8 DIAS e ANDRADE, 1992, p. 246.

A vertente criminológica conflitual, oposta à criminologia do consenso,⁹ seja dito, não é única. Reúne em um mesmo recipiente dois líquidos não totalmente miscíveis.¹⁰ De fato, tanto são adeptos da criminologia conflitual autores marxistas¹¹ quanto também o são autores não-marxistas. Estes, embora também afastem as pautas de condutas monolíticas existentes em uma sociedade,¹² definem o conflito segundo critérios diversos, como a desigual distribuição de autoridade (Dahrendorf) ou a disciplina (Foucault). Seja como for, adote-se a primeira ou a segunda vertente, a criminologia do conflito se destaca da criminologia tradicional por sublinhar como a lei penal se forma, e quem é escolhido para ser delinqüente.

O estudo dos efeitos positivos do crime (“qual a funcionalidade do crime? Que serviços ele presta a certa ordem social?”), um dos enfoques da criminologia

9 Conforme a criminologia do consenso (Durkheim e De Merton), os membros da sociedade partilham a mesma gama de valores, que não representam, portanto, os interesses sustentados pelos grupos historicamente detentores do poder.

10 DIAS e ANDRADE, 1999, p. 254.

11 Aqui, o conflito se dá entre duas classes, uma detentora dos meios de produção, a outra não. O crime é contemplado em razão das relações de produção sociais capitalistas. Para Baratta (1999, p. 166), “a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, e especialmente o cárcere, é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade.” Para Quinney (p. 56), “o direito penal é simplesmente uma forma de controle coercitivo exercido por uma classe dominante sobre uma classe trabalhadora despida de poder, sob as regras do capitalismo”. Trad. livre. Cf. ainda Liska (1987, p. 195-196), para quem a repressão penal é mais suscetível de se dar quando as classes dominantes notam ameaças a seus interesses. Certos atos (as desordens) e certas pessoas (os desempregados) são ameaçadores. A consequência é o alargamento do aparato de controle social penal. O desenvolvimento das prisões é um esforço sistemático para o controle das massas urbanas compostas por imigrantes, nos séculos XVIII e XIX, e também para o gerenciamento da força de trabalho. Tratava-se de ensinar aos trabalhadores o respeito à propriedade privada, mediante a segregação daqueles que ainda não haviam introjetado tal valor, essencial à ordem capitalista que então se instalava.

12 Admite-se, segundo García-Pablos de Molina, “a existência na sociedade de uma pluralidade de grupos e subgrupos que, eventualmente, apresentam discrepâncias em suas pautas valorativas” (1997, p. 259).

conflitual, foi feito por Rusche e Kirchheimer, que relacionaram as respostas punitivas com o estado do mercado de trabalho.¹³

2 “PUNIÇÃO E ESTRUTURA SOCIAL”: O MARXISMO A SERVIÇO DA CRIMINOLOGIA

Rusche e Kirchheimer se debruçaram sobre a determinação da extensão da influência de fatores socioeconômicos sobre o desenvolvimento dos métodos de punição. Uma teoria econômica de fundo materialista serve de fio condutor para as suas pesquisas.¹⁴ Todas as explicações dadas pelos autores são permeadas pela terminologia marxista, como é o caso das expressões *mercado de trabalho*; *exército industrial de reserva*; e *luta de classes*.

Em breves linhas, a teoria marxista se baseia no postulado de que a sociedade tem estrutura e organização definidas. Os principais vetores de determinação das práticas sociais de um povo são a política e a economia. Esta, representada pelos modos de produção, é o local de poder e controle, e condiciona cada aspecto da vida social (o direito, a política, a moralidade, a filosofia e a religião).

Marx lançou mão de metáforas arquitetônicas – base e superestrutura – para descrever a organização social. A base da sociedade, ou estrutura, é ocupada pela economia. Tudo o mais, como as relações político-ideológicas, cons-

13 Verificada a ligação estreita do pensamento de Rusche e Kirchheimer com a sociologia do conflito, convém sumariar o contexto em que “Punição e estrutura social” foi redigido. O livro é o primeiro fruto da fase americana do Instituto de Pesquisas Sociais (Escola de Frankfurt). Em 1931, Rusche se prontificou a escrever sobre as relações entre punição e mercado de trabalho. O manuscrito foi enviado após sua saída do Instituto da Alemanha, em virtude da perseguição nazista. Atendendo a conselhos de estudiosos americanos, que entendiam que o trabalho deveria ser reformulado e atualizado, Kirchheimer recebeu a tarefa de ampliar o tratamento do tema.

14 DIAS e ANDRADE, 1992, p. 263.

titui a superestrutura, cujo papel, apesar de relevante, é sempre condicionado pela base econômica da sociedade.

A sociedade se divide em duas classes: a dominante e a subalterna. Enquanto a primeira se constitui dos detentores do poder econômico, a última congrega os trabalhadores. A riqueza acumulada pela classe dominante tem sua origem na exploração da classe subalterna, e, até que seja implantado o comunismo, é fatal a existência conflitiva entre as duas classes. É essa luta que provoca e permite mudanças nas conformações social e institucional de uma sociedade.

Marx pouco escreveu sobre os temas do crime e da pena, mas seus estudos inspiraram pesquisas na área da estrutura social e das mudanças históricas, com base no papel desempenhado pelo direito penal em uma sociedade de classes.¹⁵

A obra de Rusche e Kirchheimer inter-relaciona três fatores: mercado de trabalho, sistema punitivo, e cárcere.¹⁶

A tese principal de “Punição e estrutura social” é a de que toda forma de reação punitiva se relaciona com as variações da estrutura social, particularmente as condições econômicas. A chave para entender as reações sociais ao crime é a relação entre o capital e o sistema punitivo: as necessidades de uma sociedade produtora de mercadorias determinam, diretamente, os métodos punitivos. Sendo assim, a penitenciária seria um “subproduto das necessidades do sistema capitalista de produção.”¹⁷ As condições do mercado de trabalho – a forma em que se apresenta a força de trabalho à disposição nesse mercado – afeta o sistema penitenciário. Se há escassez de mão-de-obra, restringe-se a liberdade

15 A perspectiva marxista, aplicada ao estudo da criminalidade, não foi utilizada somente por Rusche e Kirchheimer, nem foram eles os primeiros escritores a se utilizar do arcabouço conceitual formulado por Marx. Pasukanis, antes de “*Punição e Estrutura Social*”, e Ignatieff, depois, enfatizaram o papel dos métodos de punição na luta de classes e na manutenção da hegemonia da classe dominante.

16 BARATTA, 1999, p. 189.

17 SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves, p. 30. SUTHERLAND e Cressey, p. 341. Cf. também Baratta, p. 192.

das camadas subalternas, para que elas supram a carência da força de trabalho, mediante a exploração de seu trabalho nas prisões. Inversamente, em caso de excedente na mão-de-obra, utilizam-se expedientes punitivos cruéis, que facilitam a eliminação de amplos setores populacionais.

3 MÉRITOS

Para Melossi,¹⁸ “*Punição e Estrutura Social*” ainda é um válido sustentáculo do amplo campo de estudos aberto sobre e punição. Uma crítica comumente encontrada ao trabalho dos dois integrantes da Escola de Frankfurt relaciona-se com a sua suposta incompletude teórica. Entrementes, Melossi recorda, em defesa dos autores, que estes em nenhum momento pretenderam ver aplicada de forma onipresente e onitemporal suas idéias. O livro não é um estudo exaustivo dos sistemas punitivos. O objetivo perseguido foi outro: relacionar os métodos de punição com uma estrutura que continha elementos ideológicos. Ademais, a publicação do trabalho redundou em um aporte definitivo para a historiografia da pena privativa da liberdade.

Em Cárcere e fábrica, escrito em parceria com Pavarini, Melossi¹⁹ reafirmou a relevância da percepção de Rusche e Kirchheimer sobre a conexão entre o modo de produção capitalista e a origem da pena de prisão, não existente no sistema produtivo feudal.

Baratta²⁰ pondera que, embora os resultados obtidos por Rusche e Kirchheimer, com seu enfoque ideológico, acerca da consolidação da prisão não sejam unânimes nem incontestáveis, é inegável a irreversibilidade de seu êxito, no nível epistemológico, ou seja, no que tange ao método, aos princípios

18 MELOSSI, Georg Rusche and Otto Kirchheimer, 1980, p. 17-27, *apud* SANTOS, Michael, 1995, internet.

19 MELOSSI e PAVARINI, 1979, p. 21.

20 BARATTA, 1999, p. 193.

e às relações do saber científico. A pesquisa alcançou resultados insuscetíveis de desprezo, e é essencial para uma reconstrução histórica da consolidação e da reforma do cárcere.

Linebaugh²¹ aponta que Rusche e Kirchheimer não incidem nas mesmas falhas de Foucault, em cujo trabalho não se problematizam o dinheiro e outras formas da produção material. Em *Punição e Estrutura Social*, ao estudar a conexão evolutiva da punição com o modo de produção, vislumbram os autores a verdadeira relação entre industrialização e crime, a qual está na comparação entre os diversos períodos econômicos na história do trabalho.

Dessa forma, aponta-se que, na Alta Idade Média, predominaram as multas e penitências; na Renascença (ascensão do Capitalismo), predominaram a mutilação e o exílio, com o fim de controlar e exterminar os proletários que aderiram a um modo de vida vagabundo, resistindo à escravatura da exploração; no Mercantilismo, predominaram os desteros (nas colônias), para organizar a exploração, e as Casas de Correção (nas metrópoles); no Iluminismo, predominou o confinamento solitário e penitenciário (ascensão da industrialização e do sistema penal).

Na apresentação da edição original do livro, Sellin²² anteviu: mesmo os que enxergarem na análise de Rusche e Kirchheimer um determinismo unilateral ficarão estimulados com as considerações feitas, de magnitude rara neste campo de pesquisa. Outro trunfo dos autores, para ele, foi o desnudamento da íntima relação entre a punição e as condições culturais que a envolvem.

Para Barnes e Teeters, o provocante trabalho da dupla alemã deixou como legado “uma clara idéia de como mudanças sofridas no sistema socioeconômico alteram fundamentalmente as formas de pensamento e de ação, no que tange ao crime e à punição”.²³

21 LINEBAUGH, 1983, p. 103.

22 SELLIN, na apresentação da edição de 1968 de *Punishment and social structure*, p. VI.

23 BARNES e TEETERS, p. 376. Trad. livre.

Cabe acrescentar que o livro contém vasto material estatístico e histórico.

Rusche e Kirchheimer estavam certos quando afirmaram que o fim dos suplícios e a adoção definitiva da pena privativa de liberdade ligaram-se à mudança do modo de produção. A organização interna feudal diferia muito daquela propugnada a partir da Revolução Industrial. Os autores também acertaram ao vislumbrar que, no tempo dos suplícios, o corpo do condenado não tinha qualquer utilidade, situação que se modificaria com o advento da sociedade industrial que vingou em seguida, e na qual o corpo do condenado passou a possuir um alto valor de mercado.²⁴

Garland,²⁵ autor que não se furtou de consignar críticas aos resultados obtidos com o trabalho dos autores alemães, admitiu que os pontos falhos não encobrem seu valor. *Punição e Estrutura Social*, nesse sentido, abriu novas trilhas para um estudo anteriormente inexistente. Ao lado de contribuir magnificamente para a ciência, estabelecendo os laços entre o mercado de trabalho e a punição, também não se pode olvidar que mostrou em que medida a política criminal pode ser afetada pela luta de classes e pelo controle exercido sobre as classes mais baixas.

Dois méritos são apontados no trabalho de Rusche e Kirchheimer por Zaffaroni:²⁶ o pioneirismo e o acerto no tratamento do discurso jurídico-penal, de forma a desmitificar a pretendida função manifesta da prisão e da pena.

O trabalho de Rusche e Kirchheimer talvez seja excessivamente marxista, mas, de toda forma, é importante. A idéia de que a prisão está imediatamente ligada ao surgimento do modo de produção capitalista é muito esquemática, não correspondendo exatamente à realidade. Mas não há dúvidas sobre a inserção da pena privativa de liberdade em um determinado modelo de produção. Acer-

24 Segundo Christie, “para que o trabalho seja feito é preciso tratar os presos com um mínimo de dignidade e também garantir que as condições materiais não se deteriorem demasiado. [...] Sendo importantes para a economia, os presos sobem ligeiramente na hierarquia. Adquirem pelo menos alguma importância” (1998, p. 71).

25 GARLAND, David. *Punishment and modern society*, apud SANTOS, Michael, 1995, internet.

26 ZAFFARONI, 1999, p. 56-57.

tam os autores, portanto, ao ligá-las às relações econômico-sociopolíticas de uma dada sociedade, evitando-se, evidentemente, que se elabore uma teoria esquemática, reducionista. Essa é a opinião de Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva.²⁷

O postulado de Rusche e Kirchheimer, segundo o qual cada sistema de produção descobre e aplica um método de punição em sintonia com suas relações de produção, não é propriamente novo, porque deriva da aplicação do chamado *princípio da menor elegibilidade*, formulado no século XIX pelos filósofos sociais.²⁸ Nota-se, no entanto, que o discurso que envolve *Punição e Estrutura Social* é radicalmente inovador sob outro prisma, qual seja, o da interpretação marxista que permite uma articulação da categoria mercado de trabalho.

Para Juarez Cirino dos Santos,²⁹ a maior contribuição de Rusche e de Kirchheimer foi afirmarem que o sistema punitivo é um fenômeno jurídico-político (super-estrutural) que guarda laços estreitos com o conjunto das relações de produção da sociedade (estrutura econômica). Desde que não seja mais necessário fazer uso da força de trabalho para o alavancamento do capitalismo, a prisão deixa de fazer sentido, e outras formas de punição emergem.

Foucault³⁰ sublinha algumas referências essenciais do trabalho de Rusche e Kirchheimer. A primeira delas é o abandono da ilusão da penalidade como sendo essencialmente um método de prevenção da criminalidade e que, dependendo do sistema político ou social de que se trata, a política criminal pode ser mais rigorosa ou suave, pender para o lado da expiação ou para o lado da reparação, perseguir o infrator da norma penal, ou ser induzido a

responsabilizações coletivas. Outro trunfo do trabalho foi a análise dos sistemas punitivos, não mais do estrito ponto de vista da armadura jurídica ou das opções éticas da sociedade, mas também sob o seu aspecto concreto. Ademais, desmitificase a eficiência da pena para efeitos de prevenção geral. Por fim, demonstra-se como se relacionam os regimes punitivos e os sistemas de produção.

4 DESENVOLVIMENTOS POSTERIORES

Desdobramentos importantes da teoria de Rusche e de Kirchheimer demonstram a amplitude da sua influência sobre os pensadores do direito penal, da criminologia e da sociologia.

Mencionem-se, em primeiro lugar, as investigações de Spitzer,³¹ que, embora não se refira expressamente às teses de *Punição e Estrutura Social*, deixa entrever que a classe dominante sente necessidade de controlar as classes subalternas. A teoria marxista aponta os efeitos nefastos do excedente de força de trabalho, elemento característico da sociedade capitalista. Esse excedente origina dois grupos populacionais distintos. O primeiro deles, o *lixo social*, denuncia a falência e a inabilidade do sistema capitalista, e meramente se recusa a participar dos papéis a eles incumbidos pelo modo de produção capitalista, sendo, assim, relativamente inofensivo ao sistema capitalista. Já o segundo grupo, a *dinamite social*, potencialmente interfere nas relações de dominação estabelecidas, e por tal razão a classe dominante sente necessidade de controlá-lo.

As ligações feitas por Chiricos e Delone³² entre métodos de punição e mercado de trabalho igualmente derivam da teoria de Rusche e Kirchheimer. Suas explicações a respeito da conexão entre reserva de trabalho e punição são basicamente de três ordens. A primeira centraliza suas atenções no valor econô-

27 SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves, 2000, p. 31.

28 Segundo tal princípio, a prisão não pode permitir aos internados um nível de existência igual ou melhor que o padrão de vida dos proletários detentores do menor salário. Supunha-se, assim, garantir a preferibilidade (elegibilidade) do trabalho livre, mesmo em condições deploráveis, ao regime de vida prisional.

29 SANTOS, Juarez Cirino, 1981, p. 45.

30 FOUCAULT, 1995, p. 27.

31 SPITZER, Steven. *Toward a marxian theory of deviance*, 1994, p. 404-405, apud SANTOS, Michael, 1995, internet.

32 CHIRICOS, Theodore e DELONE, Miriam. *Labor surplus and punishment: a review and assessment of theory and evidence*, 1992, p. 426-432, apud SANTOS, Michael, internet.

mico do trabalho e na motivação para a criminalidade patrimonial. A segunda se concentra nas necessidades políticas do capital, mormente no que tange à legitimação e ao controle. A terceira enfatiza componentes ideológicos, como crenças que existem sobre as causas do crime e do alarme social produzido pela criminalidade.

Após examinar dezenas de estudos empíricos que inter-relacionaram mercado de trabalho e punição, os autores concluíram pela existência de consistentes sinais da relação entre as duas variáveis, e de que essa relação não é afetada pelas taxas de criminalidade. Concluem que as políticas penais estatais desempenham um papel direto e efetivo no controle do mercado de trabalho.

Em outro momento, Chiricos aprofunda sua teoria. Suas pesquisas apontam no sentido de que as mazelas sociais decorrentes das decisões políticas – tomadas pelas agências governamentais – e econômicas – tomadas pelos detentores do capital – são encobertas pela instrumentalização do que ele chama de *pânico social* (difusão da violência e das drogas para justificar o alargamento do aparato punitivo estatal, “ainda que as taxas de criminalidade estejam decrescendo”).³³ Seus argumentos são sustentados com a demonstração dos meios pelos quais o Estado controla as parcelas populacionais fragilizadas e minoritárias. A linha de argumentação de Chiricos, como se nota, pode claramente ser vinculada ao pensamento introduzido em *Punição e Estrutura Social*.

Reiman³⁴ é outro que, mesmo sem citar a teoria de Rusche e Kirchheimer, visivelmente desenvolve sua teoria da *derrota de Pyrrhic* fundamentado em fragmentos encontrados em *Punição e Estrutura Social*. A crítica de Reiman

ao sistema de justiça criminal tem traços marxistas, e faz a conexão entre a estrutura social, a economia e o fenômeno criminal. O sistema de justiça criminal é concebido para não funcionar, objetivando-se, com isso, beneficiar os detentores do poder. Essa é a teoria da *derrota de Pyrrhic*.³⁵ Embora advirta que não pretende reviver qualquer espécie de teoria da conspiração, Reiman assinala que o fracasso na redução de criminalidade não passa de uma mensagem ideológica que legitima a ordem social positiva para beneficiar os detentores do poder econômico, mediante o desvio da opinião pública para atos praticados pelos pobres e desprotegidos, salvaguardando os ricos e privilegiados. Os ricos recebem tratamento preferencial, enquanto que os pobres são demonizados, para que se crie um ambiente no qual se sinta a necessidade de controle de seus atos.

Melossi e Pavarini³⁶ desenvolveram as idéias de Rusche e Kirchheimer, segundo as quais há um princípio organizador de disciplina no centro da prisão e da fábrica. Para os dois autores italianos, em *Cárcere e Fábrica*, ao travar um contrato laborativo, o trabalhador assente em assumir a posição de subordinação que lhe é imposta. Existe uma correspondência entre o recebimento de um salário pelo trabalho assalariado e o pagamento de uma pena pela prática de um crime. O tempo é a unidade que une ambos. Constitui-se em um valor de troca que depende da tarifação graduada da pena. Tal desenvolvimento corrobora a operatividade do conceito de mercado de trabalho, tal qual é proposto por Rusche e Kirchheimer, apesar de mostrar também sua insuficiência, uma vez que deixa de lado o elemento disciplina.

Tendo como ponto de partida a teoria de Rusche e Kirchheimer, Jankovic³⁷ formula duas hipóteses. De acordo com a primeira delas, a relação entre desemprego e carcerização é estatisticamente significativa, independentemente do

33 CHIRICOS, Theodore Moral panic as ideology: drugs, violence, race and punishment in America. In: *Justice with prejudice: race and criminal justice in America*. Guilderland: Harrow and Heston, 1996. (LYNCH, M. J.; PATTERSON, E. B. (Ed), p. 20, SANTOS, Michael, 1995, internet. Trad. livre.

34 “O sistema funciona de uma determinada forma porque ele mantém uma imagem particular do crime: a imagem de que o crime é uma ameaça proveniente dos pobres.” REIMAN, Jeffrey. *The rich get richer and the poor get prison*, 1998, p. 5, cit. apud SANTOS, Michael, 1995, internet. Trad. livre.

35 O Rei Pirro (319-318/272 a.C.) derrotou o Império Romano, mas a batalha lhe trouxe muitas perdas. Desde então, denomina-se “pírrica” toda vitória conseguida a um preço excessivamente alto.

36 MELOSSI e PAVARINI, *passim*.

volume de crimes. O desemprego e o recurso ao cárcere são duas variáveis diretas, não importando o volume de crimes cometidos. O desemprego é a variável independente (índice de situação na economia) e determina a frequência de encarceramento e a população da prisão. Por sua vez, a prisão é a variável dependente (índice de rigor punitivo), que pode aumentar (com redução de crimes) ou diminuir (com aumento de crimes), dependendo, exclusivamente, da situação do mercado. Se as condições de mercado se deterioram, aumenta a taxa de encarceramento; se melhoram, caem essas taxas. Os resultados obtidos por Jankovic apontaram para a consistência da primeira hipótese.

Conforme a segunda hipótese formulada, o tamanho da população prisional varia em proporção inversa às taxas de desemprego. A prisão é a variável independente e o desemprego, a variável dependente. Esta hipótese testa a utilidade da prisão no controle do mercado de trabalho (*qual o efeito da política criminal sobre a economia?*), e, por isso, é chamada de hipótese utilitária. Se, num dado momento, a força de trabalho é insuficiente, a economia e a punição tendem a preservá-la; caso contrário, tendem a eliminá-la. Esta hipótese, por sua vez, não foi confirmada nem excluída pelas informações reunidas.³⁷

“Punição e estrutura social” ainda influenciou sobremaneira outros livros nos quais se tratou de dar, ao processo de consolidação da pena privativa de liberdade, explicações alternativas àquelas que podemos chamar de iluministas.

Três proposições são comuns às obras de Rusche e Kirchheimer (*Punição e Estrutura Social*) e de Foucault (*Vigiar e Punir*). Em primeiro lugar, a afirmação de que apontar a função real desempenhada pelo cárcere, na sociedade, é fundamental para a correta interpretação histórica dessa instituição. Em seguida, a conclusão de que levar em consideração cada forma específica de

sociedade na qual o cárcere surgiu é imprescindível para que essa função real seja percebida;³⁹ finalmente, a constatação de que as sanções penais não são aquilo que parecem ser: os métodos de punição encobrem metas que escapam à atenção do observador menos atento.

Esse enfoque, denominado *materialista*, ou *político-econômico*, por Baratta,⁴⁰ opõe-se ao enfoque mais corrente entre os juristas, e que se pode chamar *idealista*, tendo como cerne as teorias dos fins da pena. Qualquer das vertentes estudadas na teoria da pena pressupõe que a sanção penal é uma forma de se combater a criminalidade. A forma pela qual essa meta deve ser atingida é que se reveste de grande controvérsia, há pelo menos dois séculos, e o principal embate se dá entre as teorias prevencionistas gerais (intimidação) e especiais (redução).

Bueno Arús,⁴¹ fundamentado nas idéias de Rusche e Kirchheimer, não hesita em asseverar que a lógica das necessidades econômicas, no século XIX, induz à adoção maciça da pena privativa de liberdade como método de punição, pois permite minuciosa gradação da pena a ser aplicada e flexibilidade da pena a ser executada. O princípio da proporcionalidade, o tempo, o regime de vida do condenado, tudo concorre para o cálculo da utilidade social da pena.

Pelo o que se viu, é lícito concluir que, embora as assertivas de Rusche e Kirchheimer não possam ser hoje aceitas como um dia se pensou que pudessem, o enfoque macrosociológico utilizado pelos autores, no estudo do fenômeno social que é a criminalidade, ainda é bem recebido pela criminologia crítica. O livro trilhou pioneiramente caminhos nessa área de estudos, e, até hoje, ainda é um dos melhores trabalhos já produzidos a respeito.

37 JANKOVIC, Ivan. *Labor market and imprisonment*, p. 101, apud SANTOS, Michael, 1995, internet.

38 JANKOVIC, Ivan. *Labor market and imprisonment*, p. 101, apud SANTOS, Michael, 1995, internet. A amostra da pesquisa foi delimitada por índices estatísticos nacionais (de 1926 a 1974) e locais (Sunshine, de 1969 a 1976), nas dimensões de “nível de desemprego” e de “nível de prisões”, nos EUA.

39 BARATTA, 1999, p. 191.

40 Para Baratta, (1999 p. 191), “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”.

41 BUENO ARÚS, 1994, p. 250-151.

5 CRÍTICAS

Os resultados obtidos por Rusche e Kirchheimer em *Punição e Estrutura social* estão longe de ser acatados à unanimidade. Pelo contrário, são diversas as críticas elaboradas ao citado trabalho.

Melossi⁴² condenou, em primeiro lugar, a ênfase excessiva no mercado de trabalho como a causa da introdução da pena privativa de liberdade, na fase de transição entre feudalismo e capitalismo. Segundo Melossi, foi a disciplina o fundamento verdadeiro para a implementação do cárcere, o que é corroborado pelos regulamentos fabris, que reforçavam a necessidade disciplinar, dando, assim, suporte à ideologia burguesa.

Outro reparo feito por Melossi se refere ao reducionismo de Rusche e Kirchheimer, que pretenderam explicar o complexo tecido social do fenômeno punitivo tão-só pelo conceito de mercado de trabalho. Tal conceito, embora útil, é, no abalizado entender do professor bolonhês, insuficiente. As modificações havidas na estrutura do sistema punitivo são melhor explicadas pela estrutura interna da instituição prisional, como integrante de um programa maior, burguês.

A segunda parte de *Punição e Estrutura Social*, então, essa foi severamente criticada pelo jurista italiano, o qual entendeu que Kirchheimer deixou muito a desejar ao tentar aplicar a teoria de Rusche ao período compreendido entre 1880-1930, incluindo a ascensão do fascismo. Ademais, o final do livro teria falhado na interpretação de acontecimentos contemporâneos.

Ainda na interpretação de Melossi, a questão que realmente importa ser respondida concerne às mudanças a longo prazo: “corresponderiam elas aos diferentes estados do mercado de trabalho na sociedade capitalista moderna?”, como a extensão da hipótese de Rusche nos faria crer, ou “corresponderiam elas a transformações sociais mais profundas, ligadas ao modo de produção

capitalista, com a conseqüente relação entre punição e estrutura social produzida por esse modo de produção?”

Por fim, Melossi julgou a teoria de Rusche e Kirchheimer insuficiente para explicar o encarceramento a partir do momento em que passou a existir excesso de mão-de-obra.

Na clássica obra escrita ao lado de Pavarini, *Cárcere e fábrica*, Melossi desenvolve sua análise crítica. Segundo ambos,⁴³ apesar de Rusche e Kirchheimer negarem que as diferenças religiosas tenham influenciado na difusão da penitenciária, fica claro que as experiências francesa (católica) e holandesa (protestante) foram bem diferentes, e que foi na base do protestantismo – em cujo contexto se afirmou o capitalismo – que nasceu a experiência das Casas de Trabalho.

Zaffaroni,⁴⁴ depois de destacar o mérito pioneiro da obra, faz uma ressalva, referente à simplista vinculação entre a pena e o mercado de trabalho, e ao desprezo pelo fator disciplinar.

A disciplina, componente que seria essencial para a compreensão da função desempenhada pelo cárcere em sua formulação inicial (origens do capitalismo), só foi desenvolvida muito tempo depois, por Foucault, e, em seguida, por Melossi e Pavarini, estes últimos atendo-se mais à transformação de uma massa de camponeses, recém-chegados às cidades, em seres humanos disciplinados para o severo trabalho fabril.

Foucault é outro importante autor que, mesmo destacando a relevância das idéias de Rusche e de Kirchheimer, deixa entrever que o foco deve ser deslocado para o que chama de *economia política* do corpo, na qual se deve inserir o sistema punitivo: “Ainda que não recorram a castigos violentos ou sangrentos, mesmo quando utilizam métodos ‘suaves’ de trancar ou corrigir, é sem-

43 MELOSSI e PAVARINI, 1979, p. 77.

44 Zaffaroni (1991, p. 56-57) e Baratta, (1999, p. 166-167) notam a ausência do fator “disciplina” na análise de Rusche e Kirchheimer.

42 MELOSSI, *Punishment and social structure*, 1980, p. 20-23, apud SANTOS, Michael, 1995, internet.

pre do corpo que se trata – do corpo e de suas forças, da utilidade e da docilidade delas, de sua repartição e de sua submissão.”⁴⁵

Os autores que, sob a influência dos escritos de Marx, interpretaram a história das prisões, não levaram em conta o panoptismo em suas análises. A relação unilateral entre métodos de punição e estrutura de classes não permitiu que tais autores discernissem a tecnologia do poder existente nos sistemas prisionais. As limitações do marxismo – rejeição das formações ideológicas ilusórias em prol das *reais relações sociais* – estão visíveis em *Punição e estrutura social*. A história das prisões se relaciona apenas periféricamente com a história dos modos de produção. E tudo o que não seja redutível aos modos de produção – o panoptismo de Bentham, por exemplo, não é – é sistematicamente ignorado pela perspectiva marxista.

Como demonstrou Foucault, não se podem simplificar as relações entre o modo capitalista de produção e as origens e natureza do sistema prisional. O verdadeiro liame entre um e outro é mais complicado: a prisão teria servido como balão de ensaio para o exercício de uma nova tecnologia do poder, mediante a contraposição provocada entre os prisioneiros e o proletariado.

A tese de Rusche e Kirchheimer somente pareceu verossímil, na óptica de Hawkins,⁴⁶ professor da Universidade de Sydney, por haver correspondido à situação industrial nas prisões, no período em que o livro foi escrito (1939). A legislação editada naquela época sofreu intensa influência de fatores econômicos. A grande depressão ainda surtia seus efeitos. Dessa forma, qualquer análise dos sistemas de punição feita naquele momento historicamente teria de tomar em consideração que a organização e o desenvolvimento da prisão sofriam influências do desenvolvimento econômico acontecidos no mundo livre. No entanto, insinua Hawkins que o economicismo de Rusche e Kirchheimer (as forças econômicas determinam a política criminal) é inadequado e beira o ridí-

culo. Hawkins⁴⁷ frisa seu descontentamento quanto às conclusões alcançadas por Rusche e Kirchheimer, os quais não foram além de meramente asseverar a inevitabilidade da influência das forças econômicas e sociais sobre os sistemas de punição.

Assim, percebe-se que o tratamento unilateral, centrado apenas em fatores econômicos, conferido à questão da criminalidade, é repellido em coro pelos comentadores de *Punição e Estrutura Social*. Não havendo explicação unilateral para a complexa questão da origem e a função da prisão, várias perspectivas, além da econômica, devem ser utilizadas para que se explique essa modalidade de resposta penal: não pode ser negada, por exemplo, a influência do Racionalismo, a partir do século XVI; da conjuntura política, religiosa e social que envolveram a reforma penal;⁴⁸ e de uma grande variedade de fatores que determinam as decisões políticas a respeito da pena.

Por exemplo, a deportação foi um método de punição hábil a contornar uma crise do sistema carcerário, em vez de se justificar por razões econômicas. As Casas de Correção, embora inicialmente erigidas com intuito lucrativo, não puderam se auto-sustentar, sendo mantidas por instituições de caridade e impostos.

A crítica de Jankovic⁴⁹ merece exame. Em *Labor Market and Imprisonment*, no qual estão consignados os resultados de um estudo teórico e de campo, que testaram a aplicabilidade da tese de Rusche e Kirchheimer nas modernas sociedades ocidentais, foram apontadas as falhas principais de *Punição e Estrutura Social*: a falta de explicação sobre o uso continuado da prisão, até os dias atuais, e a sobre-representação da incidência da pena de multa como

45 FOUCAULT, 1995, p. 28.

46 HAWKINS, 1983, p. 92. No mesmo sentido, NEDER, 1994, p. 39.

47 Para Hawkins, a metáfora de “forças” conduzindo os destinos do homem não é condizente com a realidade (1983, p. 92).

48 Para Wright, “não é mais natural colocar um ladrão no cárcere por dez anos do que decepar sua mão, enforcá-lo, ou enviá-lo a uma comunidade rural para trabalhar. Todas as reações citadas representam opções políticas.” (1973, p. 25) Trad. livre.

49 JANKOVIC Ivan. Labor market and imprisonment, p. 94, *apud* SANTOS, Michael, internet.

modalidade de punição tipicamente capitalista: ainda é a pena privativa de liberdade, juntamente com a *probation*, a principal pena das sociedades capitalistas.

Segundo interpretam Sutherland e Cressey,⁵⁰ a pressuposição básica dessa teoria é a de que o crime é um fenômeno inerente às classes mais desfavorecidas, enquanto a reação social contra ele oposta é exercida pelas classes que detêm o poder político. Esse raciocínio entra em colapso quando deixa entrever a falsa idéia de que, em tempos de boas condições econômicas, não há razões para a delinqüência, ao passo que, grassando o desemprego, o crime passa a ser mais tentador. Seguindo tal pensamento, se, em épocas de desemprego, a delinqüência gerada pela necessidade de suprimento das necessidades econômicas for reprimida de forma suave, as taxas de delinqüência aumentam. Essa circunstância faz com que a classe dominante comine severas penas para inibir as tentações criminosas das classes inferiores. A reação ao crime é de cunho punitivo. A falha neste raciocínio está em não se esclarecer se são as taxas de delinqüência ou se é o mercado de trabalho que determina a reação social punitiva. Os deterministas econômicos não se preocupam em solver esta dúvida, porque pressupõem serem as condições econômicas que determinam as taxas tanto de crime quanto de desemprego, e, conseqüentemente, a forma de reação social ao crime.

6 ESPECIFICIDADES DO CASO BRASILEIRO

A história do penitenciarismo no Brasil é bem mais recente que a européia e a norte-americana. Tenha-se em mente que o modo de produção prevalente no Brasil até o século XIX era escravista. Em um sistema assim moldado, a privação de liberdade assumia caráter meramente complementar a outras formas de punição. Não convinha que o controle social se exercesse mediante a privação da liberdade da força de trabalho, em prejuízo dos objetivos de pro-

50 SUTHERLAND e CRESSEY, 1974, p. 342-343.

dução.⁵¹ A principal forma de controle social era a aplicação das penas corporais e capitais. Caso não houvesse condenação a tais penas, ao escravo, alvo predileto do direito penal, àquela época, se impunham ferros e trabalhos forçados. Assim dispunha o art. 60 do Código Criminal do Império.

Com tal expediente, a produtividade do escravo era preservada em prol de seu dono, e efetuava-se uma ligação entre o direito penal público e o direito penal privado, uma vez que, segundo o art. 60 já citado, cabia ao senhor manter o escravo “*com um ferro e pelo tempo e maneira que o juiz designar*”.⁵²

Assim, é correto dizer que, mesmo após a Revolução Francesa, na Europa, o Brasil viveu ainda muitas décadas de Antigo Regime, com suas respectivas práticas punitivas. Três fatores conduzem a tal conclusão: as Ordenações Filipinas continuaram em vigor no Brasil até 1830; ainda depois dessa data, o condenado continuou sendo considerado um objeto; finalmente, aos trabalhadores escravos, nas fazendas, aplicava-se uma sorte de direito penal privado.⁵³

Na passagem do século XIX para o XX, com o advento da República, o direito penal brasileiro foi profundamente modificado, processo esse que acompanhou a formação da burguesia no País. Mas o cenário tupiniquim, mesmo com o advento da República, não se alterou de imediato. Assim, foi somente muito tempo depois que as necessidades prementes de mão-de-obra sentidas na época da Revolução Industrial, na Europa, levaram à arregimentação da força de trabalho por meio da restrição à liberdade de prostitutas, vagabundos e mendigos, que o panorama brasileiro adquiriu contornos semelhantes: o Código Penal de 1890 punia a vadiagem (art. 399) e a greve (art. 206): “o teorema jurídico era o mesmo: não trabalhar era ilícito, parar de trabalhar também. Em suma, punidos e mal pagos.”⁵⁴

51 BATISTA, 1990, p. 124.

52 BATISTA, 1990, p. 124.

53 BATISTA, 1999, p. 98.

54 BATISTA, 1990, p. 36.

O sistema de produção capitalista, que então se implantava, trouxe consigo a superação da idéia de castigo, substituída pela idéia de cura. A influência do positivismo biologicista se fazia sentir com veemência, e o criminoso passou a ser visto como um doente que precisava ser regenerado. O sistema penal lastreado em penas corporais e vigente até o final do século XIX era, nesse momento, abandonado. Isso se deu, ressalte-se, no momento histórico de adaptação brasileira ao sistema capitalista, e de nascimento das experiências federalista e republicana em nosso País.

Os homens foram agrupados em duas categorias: a dos normais e a dos anormais. Os cidadãos “honestos” correspondiam à primeira classe; os “criminosos”, à segunda. O principal parâmetro da normalidade era o exercício de trabalho, e, nesse compasso, inculcar no indivíduo hábitos laborativos significava adequá-lo à normalidade.

Observe-se, a respeito, que tal raciocínio, embora ainda perdure vigoroso, e embora encontre ressonância plena no âmbito discursivo – vide as teorias sobre a ressocialização – não corresponde à realidade dos fatos: a grande maioria dos atos criminosos não tem como raiz a falta do hábito de trabalho.

O Código Penal de 1890 adotou o sistema pensilvânico, modificado pelo sistema progressivo irlandês. O eixo do sistema executivo de penas compunha-se da prisão celular, da reclusão e da prisão disciplinar (art. 43). Essa foi a primeira experiência penitenciária brasileira.⁵⁵

Implantada a República, a ordem burguesa e a pena privativa de liberdade ocuparam seus respectivos espaços.

Aliás, no Brasil, as circunstâncias que justificaram a substituição do sistema de penas existente nas Ordenações Filipinas, baseado em penas corporais e de morte, por um sistema fulcrado na aplicação de penas privativas de liberdade, ligam-se muito mais ao fato de que os brasileiros regressaram de seus estudos na Europa e se fascinaram pelas idéias humanizadoras próprias daquele

período (fim do século XVIII). O fervor intelectual europeu iluminista encantou a elite agrária brasileira.

A transição para o capitalismo sentida na Europa, ocasião em que a ascensão da pena privativa de liberdade permitiu o controle das massas, seu treinamento para o trabalho fabril e a alienação das classes subalternas, e a mesma transição, ocorrida no Brasil, ocorreram em contextos amplamente diversos. Por aqui, não havia fábricas para treinamento de mão-de-obra, dominava uma economia agrária semi-feudal e grassavam formas de criminalidade diversas das européias: “Reformar nosso sistema penal era como usar os mais novos chapéus e vestidos da moda parisiense.”⁵⁶

O controle social exercido sobre a massa de escravos, que, no Brasil-Império, tinha nas fazendas seu campo de atuação, manifestando-se por meio da aplicação dos castigos e da vigilância dos capatazes e capitães-do-mato, agora havia sido completamente alterado.⁵⁷ Com a abolição da escravidão e a proclamação da República, o controle social desloca-se do eixo da produção. Era necessário, destarte, que a Polícia e a Justiça, principais agências do controle social formal, fossem integralmente reestruturadas.

Os novos contornos do controle social passam a ser delineados pelo Código Penal de 1890 e pelo Decreto n. 1.313/1891: ambos previam fábricas-prisões para que os menores se iniciassem em atividades laborativas. Ao lado disso, cominavam-se penas privativas de liberdade de curta duração, exigindo-se que o preso, ao ser liberado, providenciasse trabalho. O condenado reincidente, o vadio e o mendigo eram remetidos a colônias penais. Finalmente, aos trabalhadores livres que houvessem cometido atos prejudiciais à organização do trabalho cominavam-se penas privativas de liberdade. A interrelação entre cárcere e fábrica começava a se fazer sentir.⁵⁸

56 SILVA, Denis Franco, 2000, p. 106.

57 Já o controle social exercido sobre os trabalhadores pobres e livres, esse não foi bem explicado, mas, conforme Neder, era um desdobramento das práticas político-ideológicas do escravismo (1994, p. 37).

58 BATISTA, 1990, p. 125.

55 NEDER, 1994, p. 26. Cf. ainda BATISTA, 1990, p. 35.

No entanto, as novas propostas punitivas delineadas nos planos teórico e legal, objetivando a reeducação ou a cura do condenado, não levaram a resultados práticos congruentes. Tal programa ressocializador, amparado no trabalho obrigatório e na disciplina, tendo por base a ordem burguesa implantada naquele momento histórico brasileiro (abolição da escravidão e incremento do valor do trabalho livre), ficou restrito à esfera discursiva. As práticas punitivas deveriam ser modernizadas, era o que se dizia. A eficiência da ação ressocializadora era exaltada. O lema era a “educação para o trabalho”.

A realização prática desses ideais, entretanto, nunca existiu: “A história do sistema penitenciário na formulação social brasileira está marcada pelo ‘confinamento’ e pelo ‘extermínio’.”⁵⁹ É certo que a pena de morte não encontrou guarida no Código Penal de 1890, o que se explica pelas necessidades históricas do período inicial republicano (necessidade de mão-de-obra livre em substituição à escrava). Mas tal modalidade de sanção penal, não prevista de direito, na prática foi imposta pela realidade de uma formação histórico-social que ali se impunha.⁶⁰

O sistema penal brasileiro que sucedeu as Ordenações Filipinas foi totalmente inadequado, seja para o alcance de seus efeitos declarados (ressocialização e humanização) quanto para eventuais e não confessados fins de dominação e controle social.⁶¹

A análise de Neder⁶² a respeito dessa contradição entre o discurso (rebuscado, bem formulado e fundamentado em tendências liberais) e os resultados práticos (autoritários) nos métodos punitivos brasileiros se prolonga até os

59 NEDER, 1994, p. 27.

60 “Mesmo com a perspectiva disciplinar e ressocializadora, onde, pelo menos em tese, a questão da recuperação se coloca como meta, encontramos na formação histórico-ideológica brasileira múltiplas permanências de práticas repressivas tradicionais, ligadas ainda à sociedade escravista.” (NEDER, 1994, p. 27-28).

61 SILVA, Denis Franco, p. 106.

62 NEDER, 1994, p. 28.

dias atuais. Ou seja, tal sistema é, com as devidas ressalvas, basicamente o mesmo até os dias de hoje.

A tese de Neder, então, é a de que, mesmo na fase histórica brasileira em que se precisou de mão-de-obra, em virtude da derrocada do modo de produção escravista e do advento do modo de produção capitalista no País (início do século XX), as agências de controle social formal enalteciam muito mais os valores *trabalho* e *disciplina* do que promoveram a ressocialização do condenado.⁶³

Sendo assim, embora aplique a metodologia de Rusche e de Kirchheimer, segundo a qual o crime e a punição se relacionam com a constituição e com as alterações sofridas pelo mercado de trabalho, e embora isso seja verdade também quanto à constituição da ordem burguesa no Brasil, Neder não aplica automaticamente a teoria dos dois autores alemães ao caso brasileiro, nem crê na correlação simplista segundo a qual a mão-de-obra escassa leva à ressocialização, enquanto que a mão-de-obra excedente leva à pena de morte.

Para Neder, “o pensamento e a ação jurídico-penal no Brasil tem produzido efeitos muito mais ideológicos do que políticos e econômicos”.⁶⁴ No Brasil, os vagabundos, prostitutas, vadios e portadores de sofrimento mental não são instrumentalizados em sua força de trabalho, como o foram na Europa, mas, isso sim, desprezados, exterminados, deixados à míngua, excluídos.

Denis Franco Silva⁶⁵ também não acredita na utilidade das teses de Rusche e Kirchheimer para a análise do caso brasileiro, porque, por aqui, o processo de industrialização, alavancado a partir da Primeira Grande Guerra, foi diverso. No Brasil, a fábrica e o cárcere vieram de forma tardia, em descompasso com o processo histórico europeu. Como etapas fundamentais da evolução capitalista, como a acumulação primitiva de capitais, o cerceamento dos campos e a afluên-

63 NEDER, 1994, p. 29.

64 NEDER, 1994, p. 29.

65 SILVA, Denis Franco, 1999, p. 105-106.

cia de mão de obra para as cidades, não ocorreram, os fundamentos econômicos que levaram à consolidação da pena privativa de liberdade na Europa não se encontravam presentes no Brasil.

A respeito do momento atual, pode-se dizer que o capitalismo industrial já se encontra superado. O momento vivido guarda importância equivalente ao da Revolução Industrial. Há quem o chame de Terceira Revolução Industrial.

O capitalismo financeiro notado hodiernamente caracteriza-se pela existência de instituições já consolidadas; pela ausência de um sistema econômico que lhe ofereça oposição – basta lembrar o desmonte em cascata da economia socialista em diversos países, após a dissolução da União Soviética. O capitalismo já não é visto como alternativa, mas como “único sistema existente quanto à propriedade e gestão dos meios de produção”.⁶⁶

Diante de tal perspectiva, não há ambiente para os sistemas penais fulcrados no ideal reeducativo das penas privativas de liberdade.

Tendo em vista que são os interesses e valores vigentes em determinado momento histórico que pautam o delineamento da política criminal, entende-se que, doravante, a pena tende a perder seu caráter declarado de ressocialização, inclinando-se na direção de um utilitarismo maior, como, por exemplo, a indenização da vítima. De certa forma, despubliciza-se o direito penal, a partir do momento em que a vontade real é substituída pela verdade consensuada.⁶⁷

7 CONCLUSÃO

- A criminologia do conflito reputa equivocada a explicação da consolidação da pena privativa de liberdade como decorrência direta das idéias iluministas.

- Rusche e Kirchheimer, em 1939, valendo-se do manancial teórico marxista, objetivaram provar que, longe de ser fruto de preocupações humanitárias,

66 SILVA, Denis Franco, 1994, p. 107, rodapé.

67 SILVA, Denis Franco, 1999, p. 108.

a consagração da pena privativa de liberdade, em substituição às penas corporais e capitais, revelou a estreita relação entre métodos punitivos e estrutura sócio-econômica.

- Quando o mercado de trabalho precisa de mão-de-obra, evitam-se penas rigorosas e inúteis, para que os presos tenham sua força de trabalho explorada, em prol do alavancamento da economia.

- Inversamente, quando há superabundância de mão-de-obra, o controle social sobre os estratos mais desfavorecidos se dá de outras formas.

- Dentre os méritos apontados à teoria, destacam-se o pioneirismo; a elevada contribuição para a historiografia da pena privativa de liberdade; a denúncia da desigualdade de classes na sociedade capitalista; e a abertura de um vasto campo de estudos sobre os métodos de punição.

- O excessivo determinismo econômico é o principal defeito atribuído à obra *Punição e Estrutura Social*: outros fatores, inclusive as idéias humanitárias propugnadas pelo Iluminismo, concorreram para a implantação generalizada do cárcere como pena autônoma.

- No que se refere ao caso brasileiro, a teoria de Rusche e Kirchheimer tem pouca aplicação, ou tem uma aplicação diferida, porque, no Brasil, a necessidade de mão-de-obra livre requerida para a implementação do projeto burguês somente se deu no final do século XIX.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BERGALLI, Roberto. Controle social: suas origens conceituais e usos instrumentais. Trad. Carlos Vico Mañas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 1, n. 3, p. 31-38, jul./set. 1993,.

BUENO ARÚS, Francisco. Panorama moderno de la pena de prisión. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 70, p. 247-268, 1994.

CALDWELL, Robert G. *Criminology*. New York: Ronald Press Company, 1956.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho das GULAG's em estilo ocidental*. Trad. Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1992.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 12. ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1995.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GÓMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos. Introdução às bases criminológicas da Lei n. 9.099/95*. 2. ed. rev., atualiz. e amp. Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

HAWKINS, Gordon. Prison labor and prison industries. *Crime and Justice: an annual review of research*. Chicago-London: The University of Chicago Press, v. 5, p. 85-127, 1983.

LINEBAUGH, Peter. Crime e industrialização: a Grã-Bretanha no século XVIII. Trad. João Roberto Martins Filho. In: *Crime, violência e poder*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

LISKA, Allen E. *Perspectives on deviance*. 2. ed. Englewood Cliffs-New Jersey: Prentice-Hall, 1987.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Carcere e fabbrica: alle origine del sistema penitenziario*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1979.

MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEDER, Gizlene. Controle social e cidadania no Rio de Janeiro. In: *Violência e cidadania*. Porto Alegre: SAFE, 1994.

NEDER, Gizlene. Em nome de Tântatos: aspectos da história do sistema penitenciário no Brasil. In: *Violência e cidadania*. Porto Alegre: SAFE, 1994. p. 11-34.

QUINNEY, Richard. Crime and development of capitalism. In: *Current perspectives on criminal behavior: essays on criminology*. 2. ed. New York: Alfred A. Knopf, 1981.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad., revisão técnica e notas de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SANTOS, Michael G. *A complexity of the social contract: a discussion of selected literature which considers punishment within the history and philosophy of social control*, 1995. Disponível em: <<http://www.halcyon.com/garyt/freedom/news/complexity.html>>

SELLIN, J. Thorsten. Foreword. In: RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punishment and social structure*. New York: Russell & Russell, 1968.

SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. Pronunciamento no Ciclo de Debates Sobre o Sistema de Execução de Penas. *Minas Gerais*, 20/4/2000, p. 30-32.

SILVA, Denis Franco. O sofisma da mitigação das penas. *Ética, Filosofia e Política*, Juiz de Fora, v. 4, n. 1, p. 103-111, jan./jun. 1999.

SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. *Criminology*. 9. ed. Philadelphia/New York/Toronto: Lippincott, 1974.

WRIGHT, Erik Olin. The punishment of crime. In: *The politics of punishment: a critical analysis of prisons in America*. New York-Evanston-San Francisco-London: Harper & Row, 1973.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O TIPO PENAL, SEUS ELEMENTOS NORMATIVOS E A TEORIA LINGUÍSTICA

Luciano Santos Lopes*

Sumário

1. Nota introdutória. 2. Conceito e evolução do tipo penal. 3. Elementos normativos do tipo penal. 4. Elementos normativos e o princípio da legalidade. A adequação à evolução cultural da sociedade. 5. A contribuição da linguística. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1 NOTA INTRODUTÓRIA

As condutas humanas individuais são, do ponto de vista da coletividade, consideradas proibidas ou aceitas. O legislador, diante da valoração que a sociedade dá a alguns bens jurídicos, considerados importantes para o convívio social, torna imperativo o respeito a estes valores eleitos, proibindo ou ordenando determinadas condutas.

O bem jurídico é o valor protegido pelo ordenamento penal. É objeto da tutela penal. Em um Direito Penal garantista, duas são as grandes conquistas da

* Mestrando em Ciências Penais pela FADUFMG, Professor da Faculdade de Direito Milton Campos e do Unicentro Newton Paiva.