

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

HERMÍNIA GERALDINA FERREIRA DE CARVALHO

PARA ALÉM DO EMBUSTE DAS ETIQUETAS: ELEMENTOS PARA UMA
PERSPECTIVA CRÍTICA SOBRE PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA

CURITIBA

2013

HERMÍNIA GERALDINA FERREIRA DE CARVALHO

PARA ALÉM DO EMBUSTE DAS ETIQUETAS: ELEMENTOS PARA UMA
PERSPECTIVA CRÍTICA SOBRE PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA

Monografia apresentada como requisito parcial à
conclusão do Curso de Direito, da Faculdade de Direito,
Setor Ciências Jurídicas da Universidade Federal do
Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

CURITIBA

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

HERMÍNIA GERALDINA FERREIRA DE CARVALHO

PARA ALÉM DO EMBUSTE DAS ETIQUETAS: ELEMENTOS PARA UMA
PERSPECTIVA CRÍTICA SOBRE PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Curso de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Prof^a Dra. Priscilla Placha Sá
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Prof. André Ribeiro Giamberardino
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Curitiba, 03 de dezembro de 2013.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, exemplo de vida e fonte de inspiração pessoal e profissional. Ao meu pai que, com muito amor, ensinou-me a importância da disciplina e da dedicação. À minha irmã Amélia, eterna companheira nos bons e maus momentos. À minha irmã Louise, ser iluminado que me ensina diariamente a ser melhor, mesmo sem dizer uma palavra.

À minha tia Maria Hermínia, com quem, desde muito cedo, aprendi a gostar de ler, e por quem nutro enorme amor e admiração. À minha avó Hermínia, companheira e amiga, não me lembro de nenhum verão sem suas peripécias e histórias. À minha avó Geraldina, *in memoriam*, que sempre batalhou muito para construir nossa família e até o fim, não deixou de ajudar os outros antes de pensar em si. À minha tia Rose, com quem aprendi muito.

Ao meus amigos: Ana Clara, irmã de longa data; Luisa, que me ajudou a passar pelos piores momentos e me acolheu como irmã; Jamil de Assis, Allan Hilani, Guilherme Yamada e Pedro Felipe, eternos companheiros, em qualquer lugar do mundo, com quem aprendi muito e sonhei por um mundo melhor; Paloma e Thuan, amigos incondicionais.

Aos meus colegas acadêmicos: Luis Eduardo Schaitza, Thaís Cecato, Ellen Faleiro, Fabio De Masi, Ryana Nones, Stefani Rackes, Milkevitz e Édelis Dellagnol, Luiza Beghetto, Maraisa Ferreira, Eline Martins e Débora Bueno, companheiros de altos e baixos acadêmicos e de boas risadas.

Ao professor Juarez Cirino dos Santos, com quem aprendi não só o Direito Penal ou o ofício que quero desempenhar para o resto da vida, mas, principalmente, a construir uma visão mais humana e crítica sobre o crime.

Ao Professor Jacinto Coutinho, exemplo de dedicação incansável, com quem aprendi a importância da ética e da tomada de posição para o exercício do Direito.

À Procuradora de Justiça Maria Espéria Moura, pelo excepcional e pronto auxílio em minhas pesquisas práticas no Complexo Médico Penal. Ao Dr. Ivan Pinto Arantes, pelas sinceras conversas e pelo auxílio que prestou às pesquisas.

Aos meus eternos professores do Escritório Professor René Dotti, com quem aprendi quase tudo que sei sobre a prática do Direito Penal e nutro eterna gratidão, sem os quais não escolheria este rumo. Aos meus futuros colegas de profissão Thuan, Vinicius e Yohan, que têm a paixão e a dedicação necessárias para crescer.

*A loucura, objeto dos meus estudos, era até
agora uma ilha perdida no oceano da razão;
começo a suspeitar que é um continente.*

(O Alienista, Machado de Assis).

RESUMO

Pretende-se realizar a problematização do sistema dualista alternativo vigente, que prevê a aplicação alternativa de penas e medidas de segurança e limita a cominação desta aos autores inimputáveis ou semi-imputáveis, através da análise da economia punitiva e das tecnologias utilizadas pelo poder punitivo, bem como a diferenciação do tratamento dado ao portador de sofrimento psíquico autor ação prevista como crime. Assim, analisa-se os sistemas punitivos absolutista, clássico e positivista, com a invenção do poder disciplinar e a finalidade normalizadora do discurso penal. Igualmente, fala-se das Escolas penais e as propostas de sistematização do conhecimento criminológico. Em seguida, pela análise da formação do sistema do duplo binário e as soluções legislativas de compromisso, pretende-se analisar os conceitos de periculosidade e defesa social, ranço do positivismo criminológico ainda presente nas medidas de segurança. Finalmente, fala-se da crise do instituto pelos seguintes motivos: precariedade do juízo de periculosidade, fundamento das medidas de segurança, ineficácia curativa das medidas, a crise do conceito de doença mental, e o advento da Lei de Reforma Psiquiátrica.

Palavras-chave: criminologia, duplo binário, dualista alternativo, inimputabilidade, Lei nº 10.216/2001, medidas de segurança, positivismo criminológico.

ABSTRACT

This assignment intends to criticize the nowadays punishment system, that prescribes the alternative application of penalties and security measures and allows only the application of the security measure for the non-punishable or almost-punishable people, by the analysis of the punishment economy and the technology of the punishment power, as well as stabling the difference between the treatment given to the mental ill that commits a crime. For that, the paper analyses the absolutistic, classic and positive systems, with the invention of the disciplinary power and the normalization technics of the criminal law's discourse. As well, describes the criminal law's Schools and the proposal of the systematization of the criminology's knowledge. Subsequently, analyses the invention of the double system of penalties and the legislative's solutions of commitment, the concept of the dangerous level of the criminal and social defense, product of the positivistic criminology. Finally, describes the crises of the institute caused for several reasons: the deficiency of the dangerous level, de foundation of the security measures, healing inefficiency of the measures, the crises of the concept of mental illness and the new Psychiatry's Reform law.

Keywords: criminological positivism, criminology, double system of punishment, dualistic system of punishment, Law 10.216/2001, security measures, non-punishable.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I. O MÉTODO GENEALÓGICO E A ANÁLISE DOS SISTEMAS PUNITIVOS – PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA	18
Seção I. O método <i>genealógico</i> de Foucault	21
Seção II. O poder disciplinar e o modo de produção capitalista	28
CAPÍTULO II. OS SISTEMAS PUNITIVOS CONCRETOS E AS MUDANÇAS NA ECONOMIA POLÍTICA DO CORPO	34
Seção I. Os suplícios e o poder soberano – a pena como <i>expiatio</i>	34
§ 1 - Monstruosidade criminosa <i>versus</i> princípio da porta giratória: a loucura apaga o crime?	42
Seção II. O poder disciplinar e o deslocamento do objeto da ação punitiva – do corpo para a alma	44
§ 1 – A reforma liberal e a Escola Clássica – o ideal de proteger a sociedade	44
§ 2 – O projeto de instituição carcerária e suas bases: a casa de correção	62
§ 3 – O poder disciplinar e a invenção da tecnologia punitiva – recursos do adestramento	78
§ 4 – Da casa de correção, ao hospital e ao manicômio – da manutenção formal da exclusão entre crime e loucura à diferenciação material com a invenção do alienismo	88
CAPÍTULO III. A INVENÇÃO DO SUJEITO PERIGOSO E DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA – REFORMAS LEGISLATIVAS E O SISTEMA DO DUPLO BINÁRIO	105
Seção I. O discurso ubesco da psiquiatria penal: desalienilização e generalização do sujeito perigoso	105
Seção II. A Criminologia Positivista e os fins normalizadores	118
Seção III. A sistematização das medidas de segurança e as implicações teóricas da luta entre as Escolas	128
§ 1 – A Solução Unicista da Escola Positiva	133
§ 2 – A solução dualista dos neoclássicos e ecléticos	139
Seção IV – Os sistemas unitários e do duplo binário – a sistematização do conceito de periculosidade	149
§ 1 – Sistema do duplo binário, dupla via ou critério vicariante	151
§ 2 – Sistema unitário	154
Seção V – Vida e morte do sistema do duplo binário: a invenção do sistema dualista alternativo	157

CAPÍTULO IV. A PRÁTICA PUNITIVA BRASILEIRA – VIDA E MORTE DO SISTEMA DO DUPLO BINÁRIO, CRÍTICAS AO SISTEMA DUALISTA ALTERNATIVO	166
Seção I – Sistema do duplo binário na legislação brasileira	166
Seção II – Sistema dualista alternativo – a perspectiva dogmática da sistematização	171
Seção III – Crise das medidas de segurança	175
CONCLUSÃO	185
REFERÊNCIAS	187

INTRODUÇÃO

Atualmente, desde a reforma do Código Penal de 1984, para cumprir a tarefa oficial de proteger a comunidade contra fatos puníveis, o Estado utiliza-se de dois instrumentos **alternativos**: a) *penas criminais*, fundadas na *culpabilidade* do agente e por ela medidas, aplicáveis, portanto, a autores imputáveis; b) *medidas de segurança*, fundadas na *periculosidade* do autor do tipo de injusto, limitando-se a sua aplicação aos inimputáveis¹. Assim, a legislação penal hodierna utiliza o **sistema dualista alternativo**.

A aplicação alternativa dos institutos justifica-se por sua própria natureza: as penas, conforme a concepção clássica, possuem natureza jurídica retributiva, medidas e fundadas na culpabilidade, enquanto juízo de reprovação; já as medidas de segurança são “instrumentos de proteção social e de terapia individual – ou como medidas de natureza *preventiva* e *assistencial*, segundo a interpretação paralela do legislador -, são fundadas na periculosidade de autores inimputáveis de fatos definidos como crimes”², com o objetivo de prevenir a reincidência.

Contudo, originalmente, o Código Penal de 1940, inspirado no Projeto Rocco, adotava o **sistema do duplo binário**, utilizando-se do **critério vicariante**³: permitia-se a aplicação de penas e medidas de segurança de forma **cumulativa**, podendo-se substituir uma pela outra⁴ e possibilitando que não somente autores inimputáveis, mas também imputáveis cumprissem medidas de segurança, conforme a mensuração de sua periculosidade⁵.

¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 4.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 605.

² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...cit.*, p. 605.

³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio de língua portuguesa*. 3.ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 2058: sobre a definição do termo *vicariante*, “diz-se de duas espécies intimamente ligadas sob o aspecto filogenético, e que habitam áreas geograficamente distintas. **2. Med.** Diz-se de **órgão que compensa a insuficiência funcional de outro, ou de função que se processa em lugar de outra**”.

⁴ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário: vida e morte*. In *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, nº 32, p. 5 – 21, julho - dezembro, 1981, p. 14: “ O critério vicariante tona a medida de segurança intercambiável com a pena”.

⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...cit.*, p. 471: “A legislação anterior adotava o critério *dualista cumulativo* - ou sistema do *duplo binário* – caracterizado pela *cumulatividade* ou pela *alternatividade* de aplicação de penas criminais e/ou medidas de segurança contra autores de fatos definidos como tipos de injusto – critério abandonado pelos problemas da aplicação *cumulativa* de penas e medidas de segurança”.

O sistema do duplo binário foi o primeiro a inventar a medida de segurança, como sanção repressiva a autores perigosos de fatos puníveis. É uma solução de compromisso entre as premissas da Escola Clássica, que previa a pena como instrumento retributivo do Estado de imposição de mal justo ao mal injusto do crime (limitando sua aplicação aos imputáveis pela responsabilização moral do agente, cabendo à medicina tratar o portador de sofrimento psíquico que cometesse “crime” e ao Direito Penal se abster), e da Escola Positiva, que excluiu o conceito de imputabilidade e substituiu-o pelo critério da periculosidade, atribuível a qualquer autor de ação perigosa ou crime (para a corrente, todos os criminosos seriam perigosos, estigma natural do sujeito, e responsáveis, constituindo-se a periculosidade como fundamento para qualquer medida preventiva ou repressiva do Estado, não havendo dois institutos – penas e medidas de segurança – mas um só, inventando-se o sistema unitário).

Na moderna definição de fato punível, crime é ação típica, antijurídica e culpável. Independentemente da adoção do critério bipartido ou tripartido, somente constitui-se crime o tipo de injusto culpável. Se a culpabilidade é composta pela imputabilidade (excluída ou reduzida pela menoridade penal ou por doença mental), consciência da antijuridicidade e exigibilidade de comportamento diverso, somente constitui-se fato punível aquele que for necessariamente culpável. Se o fato não for culpável ao autor por inimputabilidade, seja ela psíquica ou etária, ele não será punível, cabendo ao Estado utilizar-se da medida de segurança⁶.

Mas percebe-se, desde logo, a nítida contradição interna do sistema do duplo binário, ao manter o conceito de imputabilidade e, ao mesmo tempo, aplicar o conceito positivista de periculosidade de forma parcial, tipificando sujeitos perigosos, aplicando-se a medida de segurança tanto para imputáveis como para inimputáveis. Este seria o critério vicariante. Mesmo sendo excluído no sistema dualista alternativo, limitando-se a aplicação das medidas de segurança aos inimputáveis, a solução de compromisso se mantém, assim como as contradições do sistema: como responsabilizar os inimputáveis com medida penal sem a culpabilidade, já que o fato não é crime? Como seria possível adotar o critério da presunção legal de

⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...cit.*, p. 79.

periculosidade para os inimputáveis, sem uma contradição interna? Como evitar impropriedades no caso dos semi-imputáveis?

A crise das medidas de segurança é ampla, constitui-se desde sua fundamentação, seja ela no sistema do duplo binário, originalmente adotado pelas legislações, seja ela no sistema dualista alternativo, e “não somente, nem principalmente, por causa da correlação culpabilidade/pena do conceito de fato punível”⁷. Ela também decorre da inconsistência do conceito de periculosidade penal, prognóstico impreciso e sem nenhuma cientificidade, resquício do positivismo criminológico que atribui ao inimputável um atavismo, um estigma pessoal de sujeito delinquente, perigoso; e da ineficácia das medidas de segurança para cumprir seu objetivo oficial principal: transformar autores inimputáveis em sujeitos imputáveis e impedir a prática de novos crimes⁸.

Para problematizar o sistema vigente, a história das medidas de segurança e do sujeito perigoso constitui importante ferramenta de crítica. Muitas vezes, utiliza-se a história de forma auxiliar, para legitimar e glorificar a dogmática vigente, partindo-se de um conceito linear e evolucionista dos fatos⁹. Contudo, se o passado for analisado sem a projeção do presente, pode-se relativizar o sistema dogmático vigente com os conceitos do passado, sem cometermos anacronismos. Daí a necessidade de uma análise diacrônica, da inscrição temporal dos ramos do direito para que se formule uma consciência crítica, desmitificadora do formalismo jurídico atual¹⁰.

A aparente neutralidade do Direito Penal pode ser desconstruída ao transcender a limitação da pesquisa baseada unicamente na *fonte formal (lei)*. Assim, é possível não só analisar os *objetivos oficiais (declarados)* do discurso dogmático, mas também desvelar os *objetivos reais (latentes)* do Sistema de (In)Justiça Criminal, construindo-se um discurso crítico. A denúncia dos objetivos latentes somente poderá ser feita por intermédio do estudo das *fontes materiais* do

⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...cit.*, p. 606.

⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...cit.*, p. 606 – 607.

⁹ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução Teórica à História do Direito*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 38.

¹⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução Teórica...cit.*, p. 36

direito, enraizadas no corpo social pelas múltiplas relações de poder, vinculando os indivíduos ao modo de produção e aos interesses sociais hegemônicos¹¹.

Pretende-se, aqui, utilizar o aporte teórico de Michel Foucault sobre o poder disciplinar, a *genealogia do poder*, como uma de suas “pequenas caixas de ferramentas”¹², para construir uma análise crítica sobre as medidas de segurança e seus efeitos de “normalização”¹³ na atual dogmática penal, desautorizando a tradicional perspectiva anacrônica de ápice histórico do direito positivado para demonstrar que a teoria do crime é legitimadora do discurso oficial.

As análises materiais da Criminologia Crítica dialogam com o discurso foucaultiano, desvelando as funções reais dos processos de criminalização secundária (seleção de sujeitos a serem objeto de repressão penal) e demonstrando que “a proteção das relações de produção e de circulações materiais da vida social abrange a proteção de forças produtivas (homens, tecnologia e natureza)”¹⁴. A proteção de valores gerais aos homens mostra-se desigual, como denunciou Juarez Cirino dos SANTOS: enquanto os titulares de bens jurídicos tutelados pela lei penal, pertencentes às classes hegemônicas, são protegidos como *seres humanos*; os titulares de bens jurídicos que compõem a *força de trabalho* assalariada são protegidos enquanto objetos; já os titulares dos mesmos bens jurídicos pertencentes às massas marginalizadas do mercado de trabalho, não desempenhando nenhuma função no sistema produtivo, “não são protegidos nem como *sujeitos*, nem como *objetos*: são destruídos ou eliminados ou pela violência estrutural das relações de produção ou pela violência institucional do sistema de controle social, sem consequências penal”¹⁵.

Neste sentido, pretende-se construir um discurso histórico desmitificador do discurso oficial positivista da neutralidade e “ápice evolucionar” do sistema dualista alternativo, demonstrando sua a-linearidade e a-naturalidade através do estudo de um passado não detentor de categorias transcendentais e metafísicas. A medida de

¹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...cit.*, p. 08.

¹² FOUCAULT, Michel. *Entrevistas*. Tradução Vera Portocarrero e Gilda Gomes Carreiro. Rio de Janeiro: Graal, 2006, p. 52.

¹³ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais: Curso no Collège de France (1974 – 1975)*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 31 – 32.

¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...cit.*, p. 11.

¹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...cit.*, p. 12.

segurança nem sempre foi instrumento da Justiça Penal de tratamento individual e proteção social de indivíduos inimputáveis, portadores de sofrimento psíquico, mas já foi medida complementar da pena. Da mesma forma, os inimputáveis que cometiam atos típicos nem sempre foram objeto de intervenção penal.

Assim, a análise histórica não pode se basear no olhar atual do sistema dualista alternativo, cometendo anacronismos. A pena de prisão surge como medida de segurança, como bem definiu Heleno Fragoso, para tratar o criminoso e proteger a sociedade. Por isso, mudando a análise de fontes oficiais (a lei) para as fontes materiais (as relações de produção/de poder na estrutura social) permite-se que se desconstrua a legitimação histórica das medidas de segurança como medidas penais preventivas de tratamento compulsório individual e se desvele as suas funções reais: a inocuização do indivíduo improdutivo e a proteção/higienização social.

O que FOUCAULT chamou de *princípio da porta giratória* define a opção legislativa anterior à sistematização das medidas de segurança com a invenção do sistema do duplo binário: uma opção pela loucura que apaga o crime, “uma demarcação dicotômica entre doença e responsabilidade, entre causalidade patológica e liberdade do sujeito, entre medicina e penalidade, entre hospital e prisão”¹⁶. Esse princípio de automática exclusão entre demência e punibilidade é conhecido desde a Antiguidade¹⁷, mas sofreu drástica mitigação no início da economia punitiva dos suplícios (quando a loucura era tida como possessão demoníaca¹⁸). A partir da inicial consolidação do enfoque médico da loucura, a inimputabilidade do portador de sofrimento psíquico passou a ser reafirmada pela jurisprudência do final do século XVI¹⁹. O mesmo aconteceu durante a Reforma Liberal do sistema punitivo²⁰.

Contudo, em meados do século XIX, foi possível verificar a formação de um poder-saber normalizador, fruto da junção do discurso jurídico e psiquiátrico, mas, ao mesmo tempo, estranho a ambos, que substituiu a “alternativa institucional ‘ou

¹⁶ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais... cit.*, p. 38.

¹⁷ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 05.

¹⁸ PESSOTTI, Isaias. *A loucura e as épocas*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1994, p. 83 – 121.

¹⁹ CARVALHO, Salo de. *Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial*. In *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 42, p. – 56, 2005, p. 46 – 47.

²⁰ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais... cit.*, p. 38.

prisão, ou hospital’, ‘ou expiação, ou cura’, pelo princípio de uma *homogeneidade da reação social*²¹. O objetivo não era mais responder ao crime, nem à doença, mas ao indivíduo perigoso, perverso, representante em si mesmo do perigo social e núcleo teórico do exame médico-legal. A psiquiatria se despatologiza, não busca mais organizar a loucura como doença/delírio, como faziam os alienistas do início do século XIX, mas passa por cima da doença e assume como referência o comportamento anormal, os desvios, as anomalias normativas²². O objetivo deixa de ser a cura para se tornar “a instância geral de defesa da sociedade contra os perigos que a minam do interior”²³. É poder médico sobre o não-patológico.

Neste momento, surge um terceiro discurso, a psiquiatria penal, que se desvincula do saber médico e acolhe novas regras de formação: “passou-se do problema jurídico da atribuição de responsabilidade a outro problema. O indivíduo é perigoso? É sensível à sanção penal? É curável e readaptável?”²⁴. O poder-saber fruto da junção do médico com o judiciário, comandado pelo medo e pela moralização se ridiculariza, evidenciando seu caráter ubesco. Ubu é o termo utilizado para o “exercício do poder através da desqualificação explícita de quem o exerce, o grotesco político é a anulação do detentor do poder pelo próprio ritual que manifesta esse poder”²⁵. O perito psiquiatra exerce o papel da Ubu, pois só pode exercer esse papel normalizador por meio de um discurso que o desqualifica como cientista, “quando foi precisamente pelo título de cientista que o convocaram, e por meio do discurso do medo, que o ridiculariza precisamente quando ele fala num tribunal a propósito de alguém que está no banco dos réus e que, por conseguinte, está despojado de todo e qualquer poder”²⁶.

E este terceiro discurso que legitima o positivismo criminológico e a invenção da “periculosidade”: a “temibilidade” de GARÓFALO, o perigo referido à personalidade do delinquente, como o fundamento da pena²⁷, conceito mais tarde utilizado por STOSS, em 1893, no anteprojeto do Código Penal suíço, para sistematizar penas e medidas de segurança, introduzindo o critério vicariante e o

²¹ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais... cit.*, p. 42.

²² FOUCAULT, Michel. *Os Anormais... cit.*, p. 392 – 394.

²³ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 403.

²⁴ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 31.

²⁵ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 45.

²⁶ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 45.

²⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 14.

sistema do duplo binário²⁸. A invenção se deu após a manifesta insuficiência da concepção clássica da pena retributiva e expiatória: “formula-se na doutrina a teoria das medidas de segurança, distinguindo-se da pena porque esta se funda na culpabilidade do agente, e por ela se mede, aplicando-se aos imputáveis, ao passo que as medidas de segurança se fundam na periculosidade, e por ela se medem, aplicando-se tanto aos imputáveis como aos inimputáveis”²⁹, verdadeiro sucesso nos códigos penais do século XX.

Apenas mais tarde, nas últimas décadas do século XX, que a Política Criminal abandona o critério vicariante do sistema do duplo binário e limita a aplicação das medidas de segurança aos inimputáveis, criando o sistema *dualista alternativo*³⁰. No Brasil, somente com a reforma parcial de 1984 do Código Penal que o critério da aplicação alternativa das medidas de segurança foi adotado³¹, criando-se as medidas de segurança estacionárias e ambulatoriais, inovação que, supostamente, corresponderia “às atuais tendências de ‘desinstitucionalização, sem o exagero de eliminar a internação”³².

Percebe-se que a pena privativa de liberdade da economia punitiva disciplinar, originalmente, assumiu as vestes da medida de segurança em sua primeira manifestação (no sistema do duplo binário), não obstante possuírem fundamentos distintos (culpabilidade e periculosidade) - a proteção da sociedade e a *correção* do indivíduo criminoso. Já medidas de segurança para os inimputáveis, contudo, foram uma inovação: a presunção normativa de periculosidade para todos os portadores de sofrimento psíquicos que cometeram atos típicos e ilícitos permitiu que estes sofressem as consequências da despatologização da psiquiatria penal. Os objetivos reais das medidas de segurança passaram a ser não mais a cura, mas sim a normalização do sujeito anormal, perverso, perigoso. A psiquiatria para se justificar como intervenção científica na sociedade, como poder saber com status científico da higiene pública, precisou demonstrar que “é capaz de perceber, mesmo onde nenhum outro ainda pode ver, um certo perigo”³³, legando ao inimputável um

²⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 02.

²⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 03.

³⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...cit.*, p. 605.

³¹ Ver Exposição de Motivos do Código Penal nº 87.

³² Ver Exposição de Motivos do Código Penal nº 91.

³³ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 151.

“determinismo inquebrantável” – a periculosidade, presunção normativa de reincidência, ranço malfadado do positivismo, a agregação de cunho patológico ao crime³⁴.

Portanto, para se construir um discurso histórico problematizador do atual sistema dualista e das medidas de segurança como simples instrumentos penais de tratamento compulsório individual, faz-se necessário analisar os fundamentos do conceito de periculosidade, objeto da medida de segurança, e sua inicial aplicabilidade aos autores inimputáveis e imputáveis, utilizando-se do aporte teórico de FOUCAULT e das fontes materiais (as relações de produção/de poder na estrutura social) e, assim, transcendendo suas fontes reais e objetivos declarados para desvelar suas funções reais: a inocuização do indivíduo improdutivo e a proteção/higienização social.

³⁴ BRITO E SOUTO, Ronya Soares de. *Medidas de Segurança: Da Criminalização da Doença aos Limites do Poder de Punir*. In CARVALHO, Salo de. (Coord.). *Crítica à Execução Penal*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 578.

CAPÍTULO I. O MÉTODO GENEALÓGICO E A ANÁLISE DOS SISTEMAS PUNITIVOS – PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA

As penas privativas de liberdade foram originalmente concebidas como medidas de segurança, para proteger a sociedade em relação ao criminoso. Assim, “deve-se dizer que a pena de prisão surge (...) com o caráter de medida de segurança”³⁵. Conforme as lições de Eugenio Coello CALON³⁶, as medidas de segurança, instrumento estatal para proteger a sociedade do perigo representado pelo criminoso³⁷, existiam muito antes da primeira sistematização do instituto por STOSS e Von LISZT (e sua conseqüente diferenciação da pena privativa de liberdade), adotando-se como marco inicial a criação das *workhouses*, durante a segunda metade do século XVI, albergando, na prática, imputáveis e imputáveis sem nenhuma diferenciação.

Nesse sentido, deve-se discordar do enfoque dado pela doutrina penal majoritária, que busca analisar as “raízes históricas e sociológicas” das medidas de segurança como “disposições de prevenção, destinadas a atender as hipóteses de inexistência de responsabilidade criminal por ausência de imputabilidade pessoal, com manifesto risco à comunidade, na liberação do agente”³⁸. Fortemente influenciada pela dicotomia entre os sistemas *duplo binário* e *dualista alternativo*, a literatura majoritária costuma analisar a história das medidas de segurança como instrumentos de responsabilização penal de agentes imputáveis.

Contudo, e com o respeito devido, este não parece o melhor entendimento, razão pela qual se pretende desvelar a invenção do instituto e sua feição prática, essencialmente fundada no conceito de periculosidade criminal. Nem sempre a pena foi medida e fundada na culpabilidade do autor do fato punível. Se antes da

³⁵ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 06.

³⁶ CALON, Eugenio Coello. *Las medidas de seguridad*. Madrid: A.G.E.S.A., 1956, p. 03: “Mucho antes de nuestros días, ya existieron instituciones que constituían verdaderas medidas de seguridad. Las casas creadas en la segunda mitad del siglo XVI para la reforma de prostitutas y vagabundos, entre las que destacó la célebre ‘Rasphuis’, de Amsterdam, fueron en realidad instituciones de seguridad creadas con la finalidad de corregir a gentes de vida perversa y licenciosa contra las que era preciso proteger la ordenada vida social”.

³⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 4ª.ed. Florianópolis: ICPC/Conceito Editorial, 2008, p. 605.

³⁸ REALE JÚNIOR *et al.* *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 277.

sistematização das medidas de segurança isso já era prática comum, com a invenção do sistema do duplo binário, possibilitou-se a aplicação conjunta ou sucessiva de penas e medidas de segurança, independentemente do fato do autor ser inimputável ou não.

A morte do sistema do duplo binário é algo recente. Na legislação brasileira, a possibilidade de aplicar cumulativamente penas e medidas de segurança esteve em vigor até 1984. Assim, “se fosse reconhecido o *estado perigoso*, seriam aplicáveis pena e medida de segurança, conjunta e sucessivamente, mesmo ao imputável e ao semi-imputável”³⁹. A classificação do autor do fato punível em imputável e inimputável, bem como a “consequente definição da resposta jurídica cabível (pena ou medida de segurança) decorrem de uma opção política (político-criminal) posteriormente legitimada pela ciência jurídico-penal (dogmática penal)”⁴⁰, não possuindo uma origem metafísica, um ser-aí a ser apreendido pelo legislador, mas sim uma invenção, fruto do embate entre as forças existentes na sociedade, representada pelo legislador.

Assim, a concepção clássica da pena, que objetiva analisar o fato praticado (e não o autor do crime) não remete à criação da reação estatal em face do crime. Ademais, como bem ressaltou FOUCAULT, na prática, a internação não fazia distinção entre loucos e sãos: “estamos no extremo oposto dessa regra fundamental do direito segundo a qual ‘à verdadeira loucura tudo desculpa’. No mundo do internamento, a loucura não explica nem desculpa coisa alguma; ela entra em cumplicidade com o mal a fim de multiplica-lo, torna-lo mais insistente e perigoso e atribuir-lhe novas caras”⁴¹. Na prática, a punição era a mesma. Com a ulterior diferenciação, com a reforma da Escola Clássica, e a criação dos manicômios, no século XIX, o portador de sofrimento psíquico encontrava no asilo o tratamento diferenciado⁴².

Contudo, o movimento de despatologização da psiquiatria permitiu a formação o discurso psiquiátrico-penal, com um novo cerne teórico: o indivíduo perigoso. As influências que a formação deste terceiro discurso, alheio à psiquiatria

³⁹ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 504.

⁴⁰ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 501.

⁴¹ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura na Idade Clássica*. Tradução José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 1978, p. 138.

⁴² PESSOTTI, Isaias. *O Século dos Manicômios*. São Paulo: Editora 34, 1996, p. 152.

e ao direito, ubesco e grotesco, foram essenciais para a Criminologia Positivista. Enquanto ciência das causas do crime, o paradigma etiológico da criminologia permitiu a sistematização das medidas de segurança no final do século XIX e sua aplicação a imputáveis e imputáveis: surge o sistema do duplo binário. O foco das medidas de segurança não é a culpabilidade, mas sim a periculosidade do indivíduo.

Não se pretende, então, realizar uma leitura anacrônica da medida de segurança e restringir sua construção histórica ao tratamento penal dado aos imputáveis, em observância ao atual sistema dualista alternativo. Esta não foi a forma como o instituto foi criado. Não se pretende aqui, portanto, fazer *história da ideia de punição*, mas sim “dos métodos de punição”⁴³.

A punição não pode ser tomada como um conceito eterno e imutável. Não existe pena em si na história, mas sim “sistemas de punição concretos e práticas penais específicas”⁴⁴. A medida de segurança, assim como as penas, deve ser entendida como um fenômeno historicamente independente de seus fins, pois “negamos que ela possa ser entendida tão somente a partir de seus fins”⁴⁵. Assim, faz-se necessário realizar uma revista às bases da pena carcerária - resposta prática à criminalidade e à necessidade de correção do criminoso – bem como de sua reforma, no final do século XIX, sob o fundamento de um poder/saber criteriosamente formado sobre periculosidade do autor e na necessidade de se proteger a sociedade do indivíduo criminoso. Ele não é mais punido somente pelo crime: “punem-se as agressões, mas, por meio delas, as agressividades, as violações e, ao mesmo tempo, as perversões, os assassinatos que são, também, impulsos e desejos”⁴⁶.

O castigo passa a ser a forma de tornar o criminoso capaz de respeitar a lei e de suprir suas necessidades, medidas de segurança que transcendem à sanção da infração, destinando-se a “controlar o indivíduo, a neutralizar sua periculosidade, a modificar suas disposições criminosas, a cessar somente após a obtenção de tais

⁴³ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, OTTO. *Punição e estrutura social*. 2ª ed. Tradução Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2004, p. 18.

⁴⁴ RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 19.

⁴⁵ RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 19.

⁴⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução Raquel Ramallete. 38ª.ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 22.

modificações⁴⁷. Neste sentido, conclui FOUCAULT que, além do crime, é preciso julgar a alma do criminoso – surge então o aparato técnico disciplinar. Ao lado da pena, um importante dispositivo para realizar o contínuo controle sobre o indivíduo: as medidas de segurança.

Pode-se estabelecer, assim, a relação já estudada por RUSCHE e KIRCHHEIMER entre os *regimes punitivos* e os *sistemas de produção*. O cárcere como instituição não era ignorado pela realidade da Alta Idade Média. Esta, contudo, não utilizava a privação de liberdade como reação institucionalizada ao crime, mas sim para manter preventivamente preso o investigado, garantindo-se a aplicação da pena. A punição era essencialmente “retributiva, fundada por isso na gravidade do delito, e não na periculosidade do réu”⁴⁸. Por esse motivo, a ciência histórico-penal permite sustentar a hipótese de “ausência da pena carcerária na sociedade feudal”⁴⁹, havendo uma “conexão entre o surgimento do modo de produção capitalista e a origem da instituição carcerária moderna”⁵⁰.

O método genealógico de FOUCAULT será de grande importância para problematizar o discurso reformista das medidas de segurança.

Seção I. O método *genealógico* de Foucault

Primeiramente, a inovação metodológica de Michel FOUCAULT foi observada em suas análises *arqueológicas*, aplicadas em obras como *História da Loucura*, *O nascimento da Clínica*, *As Palavras e as Coisas* e radicalizada pela *Arqueologia do Saber*, em 1969⁵¹. Nestas, o filósofo rompe com a concepção de história como ciência linear e contínua, com origens que se perdem no tempo. Afinal, toda origem é cinza⁵². O objetivo é estabelecer a relação entre os saberes como

⁴⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 22.

⁴⁸ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. 2ª ed. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2006, p. 25.

⁴⁹ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 21.

⁵⁰ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 20.

⁵¹ MACHADO, Roberto. *Por uma genealogia do poder*. In *Microfísica do Poder*. São Paulo: Edições Graal, 1979, p. VIII – X.

⁵² CARVALHO, Salo de. *Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.81, p. 294 – 338, novembro/dezembro 2009, p. 311.

campo de análise⁵³, abrindo mão de qualquer pretensão epistemológica de diferenciar ciência e pré-ciência⁵⁴, opondo-se à teoria tradicional ao abandonar a história do conhecimento científico. Ao limitar o saber como seu objeto de estudo, o autor busca as regras de formação dos discursos (ou seja, “o tipo de positividade que os caracteriza”⁵⁵), que precisam dar conta de inovações teóricas. Pode-se afirmar que a arqueologia do saber “consistia em descrever a constituição das ciências humanas a partir de uma interrelação de saberes, do estabelecimento de uma rede conceitual que lhes cria o espaço de existência, (...) a articulação dos saberes com a estrutura social, a crítica da ideia de progresso em história das ciências⁵⁶”, deixando propositalmente de lado as relações entre os saberes e as estruturas econômicas e políticas.

Percebe-se que o objetivo principal da *arqueologia do saber* é analisar como os saberes apareciam e se transformavam. A virada metodológica operada por FOUCAULT em *Vigiar e Punir* e *A Vontade de Saber* foi estabelecer por que os saberes apareciam e se transformavam⁵⁷, com a *genealogia do saber*.

O que se pretende é “explicar o aparecimento de saberes a partir de condições de possibilidade externas aos próprios saberes, ou melhor, que imanentes a eles (...) os situam como elementos de um dispositivo de natureza essencialmente estratégica”⁵⁸, adicionando o saber histórico da luta às críticas ao cientificismo que o método arqueológico já realizou⁵⁹.

O poder passa a ser objeto privilegiado de pesquisa do autor, instrumento capaz de explicar a produção dos saberes. Para isso, FOUCAULT analisa a

⁵³ MACHADO, Roberto. *Ciência e Saber: A Trajetória da Arqueologia de Foucault*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1981, p. 163.

⁵⁴ MACHADO, Roberto. *Por uma genealogia do poder...cit.*, p. VII.

⁵⁵ MACHADO, Roberto. *Ciência e Saber...cit.*, p. 172.

⁵⁶ MACHADO, Roberto. *Por uma genealogia...cit.*, p. IX.

⁵⁷ Segundo FOUCAULT, “Delineou-se assim o que se poderia chamar de uma genealogia, ou, melhor, pesquisas genealógicas múltiplas, ao mesmo tempo redescoberta exata das lutas e memória bruta dos combates”. FOUCAULT, Michel. *Genealogia e Poder*. In *Microfísica do Poder*. Tradução Roberto Machado. São Paulo: Edições Graal, 1979, p. 170.

⁵⁸ MACHADO, Roberto. *Por uma genealogia...cit.*, p. IX.

⁵⁹ FOUCAULT, Michel. *Genealogia e Poder...cit.*, p. 171: “Esta genealogia, como acoplamento do saber erudito e do saber das pessoas, só foi possível e só se pôde tentar realiza-la à condição e que fosse eliminada a tirania dos discursos englobantes com suas hierarquias e com os privilégios da vanguarda teórica (...). Trata-se da insurreição dos saberes não tanto contra os conteúdos, os métodos e os conceitos de uma ciência, mas de uma insurreição dos saberes antes de tudo contra os efeitos de poder centralizadores que estão ligados à instituição e ao funcionamento de um discurso científico organizado no interior de uma sociedade como nossa”.

oposição fundamental operada por Nietzsche entre *origem* (*Ursprung*) e *invenção* (*Ergidung*): o conhecimento não tem *origem*, em um sentido metafísico, mas foi *inventado* por uma série de mecanismos de luta. Em a *Gaia Ciência*, Nietzsche faz uma crítica a Schopenhauer por ter cometido o erro de buscar a *origem* da religião. A *origem* corresponderia a um sentimento metafísico de que já estaria dado, implícito, anterior ao sujeito, e não é dessa maneira que se faz história, pois a religião não tem *origem*, ela foi *inventada* em um determinado momento, fabricada por uma série de mecanismos, não existia anteriormente. Há uma oposição fundamental entre *origem* e *invenção*⁶⁰. A *invenção* corresponde a uma ruptura, um pequeno começo, mesquinho, criado por obscuras relações de poder. E esse é um ponto essencial para a história dos métodos de conhecimento, abrindo-se mão da tradicional busca pela origem: “à solenidade de origem é necessário opor, em bom método histórico, a pequenez meticulosa e inconfessável dessas fabricações, dessas invenções”⁶¹. O conhecimento não tem *origem*, ele foi, portanto, *inventado*.

O termo *invenção* permite desvelar a premissa metodológica de FOUCAULT: o conjunto de estratégias que compõe as relações políticas, sociais e econômicas da época não equivale a um mero reflexo na produção do conhecimento do sujeito histórico definitivamente dado, conforme a concepção filosófica tradicional, mas é constitutivo do saber e do próprio sujeito de conhecimento, “que é a cada instante fundado e refundado pela história”⁶². Assim, FOUCAULT conclui que o conhecimento não está inscrito na natureza humana, mas corresponde ao resultado da luta e do compromisso das relações de poder. Não é uma derivação natural dos instintos do sujeito, não faz sequer parte da natureza humana, mas é o combate, a luta. Da mesma forma, o conhecimento não corresponde ao objeto que busca conhecer, não havendo qualquer continuidade natural ou identificação entre as condições de experiência e as condições do objeto da experiência, mas sim uma relação de violência, de poder e de dominação.

Neste sentido, ao contrário da tradição filosófica ocidental, coloca-se no cerne do conhecimento a luta, um sistema precário de poder. A importância da definição de Nietzsche de conhecimento como *invenção*, bem como seus

⁶⁰ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ªed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003, p. 15.

⁶¹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas...cit.*, p. 16.

⁶² FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas...cit.*, p.10.

desdobramentos lógicos são substanciais para a análise de FOUCAULT, a chamada *política da verdade*:

Se quisermos realmente conhecer o conhecimento, saber o que ele é, apreendê-lo em sua raiz, em sua fabricação, devemos nos aproximar, não dos filósofos mas dos políticos, devemos compreender quais são as relações de luta e de poder. É somente nessas relações de luta e de poder – na maneira como as coisas entre si, os homens entre si se odeiam, lutam, procuram dominar uns aos outros, querem exercer, uns sobre os outros, relações de poder – que compreenderemos em que consiste o conhecimento. Pode-se então compreender como uma análise desse tipo nos introduz, de maneira eficaz, em uma história política do conhecimento, dos fatos de conhecimento e do sujeito do conhecimento⁶³.

O modelo nietzscheano não permite a elaboração de condições universais para o conhecimento, não havendo conhecimento em si. Isso porque, se todas essas relações de luta estão por trás do conhecimento, este enquanto resultado daquelas, corresponderia essencialmente ao resultado histórico e pontual da luta de condições sociais, políticas e econômicas, somente à ordem do acontecimento, tendo um caráter perspectivo em relação a determinadas situações em que o ser humano se apodera, de forma violenta, de um certo número de coisas, reage e impõe força a um determinado número de situações. Assim, “o conhecimento é sempre uma certa relação estratégica em que o homem se encontra situado”⁶⁴. Não existe uma teoria geral do poder, pois ele “não é um objeto natural, uma coisa; é uma prática social, e como tal, constituída historicamente”⁶⁵, evidenciando seu caráter *relacional*.

Ao contrário das análises marxistas tradicionais, FOUCAULT afirma que as condições políticas, sociais e econômicas de existência de um dado momento histórico não são um obstáculo para o sujeito de conhecimento; a ideologia não é um véu entre a relação do sujeito com o conhecimento da verdade, mas sim “aquilo através do que se formam os sujeitos de conhecimento e, por conseguinte, as relações de verdade”⁶⁶, sendo dotada de *positividade*. Somente com o modelo nietzscheano pode-se fazer história dos modelos de verdade, revelando as estruturas políticas constitutivas do próprio sujeito. A análise não econômica do

⁶³ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas...cit.*, p. 23.

⁶⁴ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas...cit.*, p. 25.

⁶⁵ FOUCAULT, MICHEL. *Nietzsche, a genealogia e a história*. In _____. *Microfísica do poder*. Tradução Roberto Machado. São Paulo: Graal, 2011, p. 30.

⁶⁶ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas...cit.*, p. 27.

poder, proposta por FOUCAULT, não permite uma teoria geral do poder como realidade metafísica. Isso porque “o poder não se dá, não se troca nem se retoma, mas se exerce, só existe em ação, como também da afirmação de que o poder não é principalmente manutenção e reprodução das relações econômicas, mas acima de tudo uma relação de força”⁶⁷. Se o poder é uma prática social, as análises genealógicas do poder permitem afirmar um importante deslocamento em relação à ciência política, não se limitando ao Estado como centro da investigação sobre o poder: “viu delinear-se claramente uma não sinonímia entre Estado e poder”⁶⁸. As condições de possibilidade políticas dos saberes não se relacionam diretamente com o Estado, mas sim com um feixe de poderes locais, formas de exercício de poder variadas, disseminadas na sociedade, ultrapassando o economicismo na teoria do poder⁶⁹.

A mecânica do poder se dissemina em toda a sociedade, assumindo formas concretas e regionais, técnicas de dominação que se situam no próprio corpo social, caracterizando o micro-poder. Neste sentido, “o que Foucault chamou de microfísica do poder significa tanto um deslocamento do espaço da análise quanto do nível em que essa se efetua”⁷⁰, a investigação de manifestações de poder que realizam o controle do corpo mediante a linguagem, em um sentido amplíssimo⁷¹. Os poderes

⁶⁷ FOUCAULT, Michel. *Genealogia e Poder...cit.*, p. 175.

⁶⁸ MACHADO, Roberto. *Por uma genealogia...cit.*, p. XI.

⁶⁹ FOUCAULT chama de “economicismo na teoria do poder” o ponto comum entre a concepção liberal do poder político, típica dos filósofos do século XVIII, e a concepção marxista: “Neste conjunto teórico a que me refiro, a constituição do poder político se faz segundo o modelo de uma operação jurídica que seria da ordem da troca contratual. Por conseguinte, analogia manifesta, que percorre toda a teoria, entre o poder e os bens, o poder e a riqueza. No outro caso – concepção marxista geral do poder – nada disto é evidente; a concepção marxista trata de outra coisa, da funcionalidade econômica do poder. Funcionalidade econômica no sentido em que o poder teria essencialmente como papel manter relações de produção e reproduzir uma dominação de classe que o desenvolvimento e uma modalidade própria da apropriação das forças produtivas tornaram possível. O poder político teria neste caso encontrado na economia sua razão histórica. De modo geral, em um caso temos um poder político que encontraria no procedimento de troca, na economia da circulação dos bens o seu modelo formal e, no outro, o poder político teria na economia sua razão de ser histórica, o princípio de sua forma concreta e do seu funcionamento atual”. FOUCAULT, Michel. *Genealogia e poder...cit.*, p. 174 – 175.

⁷⁰ MACHADO, Roberto. *Por uma genealogia do poder...cit.*, p. XII.

⁷¹ Para elucidar melhor a concepção de linguagem, ver “Nietzsche, Freud e Marx”, em que FOUCAULT analisa as técnicas de interpretação desses três autores e as suspeitas que remaneceram, desde os gregos, sobre a linguagem: a) a suspeita de que a linguagem não diz exatamente o que diz, transmitindo, além do significado, algo “que está por baixo”; b) a linguagem não se resume à linguagem verbal. Essas suspeitas ainda são contemporâneas e “cada cultura, quero dizer, cada forma cultura da civilização ocidental, teve seu sistema de interpretação, as suas técnicas, os seus métodos, as suas formas próprias de suspeitar que a linguagem quer dizer algo diferente do que diz, a entrever que há linguagens dentro da mesma linguagem”. FOUCAULT, Michel.

periféricos não foram absorvidos pelo macro-poder estatal, nem são uma manifestação necessária deste: se exercem em níveis variados e em locais diversos da rede social, ligados ou não ao Estado: “essa relativa independência ou autonomia da periferia com relação ao centro significa que as transformações ao nível capilar, minúsculo, do poder não estão necessariamente ligadas às mudanças ocorridas no âmbito do Estado”⁷². O Estado é apenas um instrumento específico do sistema de poderes, mas este transcende aquele. Roberto MACHADO conclui que as análises genealógicas do poder permite apontar uma consequência política: “não têm apenas como objetivo dissecar, esquadrihar teoricamente as relações de poder, mas servir como um instrumento de luta, articulado com outros instrumentos, contra essas mesmas relações de poder”⁷³. A inovação metodológica proposta por FOUCAULT procura analisar as manifestações moleculares de poder sem partir do macro para o micro, afastando-se de uma análise descendente, como se estas fossem consequências das relações de poder estatais⁷⁴, buscando-se estabelecer uma análise ascendente:

Daí a necessidade de utilizar uma *démarche* inversa: partir da especificidade da questão colocada, que para genealogia que ele tem realizado é a dos mecanismos e técnicas infinitesimais de poder que estão intimamente relacionados com a produção de determinados saberes – sobre o criminoso, a sexualidade, a doença, a loucura, etc. – e a analisar como esses micro-poderes, que possuem tecnologia e história específicas, se relacionam com o nível mais geral do poder constituído pelo aparelho de Estado⁷⁵.

O Estado não se desloca do social e paira sobre ele, ao contrário do que propôs Hegel⁷⁶, mas é produzido pela comunidade social⁷⁷. Os poderes, da mesma

Nietzsche, Freud e Marx. In Nietzsche Freud e Marx, *Theatrum Philosophicum*. Tradução Jorge Lima Barreto. Porto: Anagrama, 1980, p. 07.

⁷² MACHADO, Roberto. *Por uma genealogia do poder...cit.*, p. XII.

⁷³ MACHADO, Roberto. *Por uma genealogia do poder...cit.*, p. XIII.

⁷⁴ MACHADO, Roberto. *Ciência e Saber...cit.*, p. 191.

⁷⁵ MACHADO, Roberto. *Por uma genealogia do poder...cit.*, p. XIII.

⁷⁶ Ver também: CARNOY, Martin. *Estado e Teoria política*. 2ª ed. Campinas: Papirus, 1988.

⁷⁷ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 62 – 63: “E vocês podem ver que, por trás disso, no fundo, aquilo a que vou me prender, ou gostaria de me desprender, é a ideia de que o poder político – sob todas as suas formas e qualquer que seja o nível em que o tomemos – não deve ser analisado no horizonte hegeliano de uma espécie de bela totalidade que o poder teria por efeito seja desconhecer, seja fragmentar por abstração ou por divisão. Parece-me que é um erro ao mesmo tempo metodológico e histórico considerar que o poder é essencialmente um mecanismo negativo de repressão; que o poder tem essencialmente por função proteger, conservar ou produzir relações de produção. E parece-me que é um erro considerar que o poder é algo que se situa, em relação ao jogo das forças, num nível superestrutural”.

forma, não estão localizados em um ponto específico da estrutura social, mas são uma rede de mecanismos da qual ninguém pode escapar. Se o poder não é uma realidade metafísica, mas sim relacional (existem práticas, relações de poder), ele não pode estar localizado em um lugar só, mas “se dissemina por toda a estrutura social”⁷⁸. Da mesma forma, onde há poder, há resistência. A multiplicidade das relações de força permite afirmar que a crítica, a resistência, é algo transitório e que se distribui por toda a sociedade⁷⁹. É algo que vai mais além da *ciência revolucionária* e a superação paradigmática do modelo teórico anteriormente aceito⁸⁰, pois engloba, além do saber teórico, relações práticas de poder.

As relações de poder não se resumem ao exercício do poder repressivo como violência legalizada, unicamente repressiva, pois elas não se resumem unicamente ao castigo – concepção *negativa* de poder que o identifica com o Estado. Isso permitiu a concepção de um poder não jurídico: “o que suas análises querem mostrar é que a dominação capitalista não conseguiria se manter se fosse exclusivamente baseada na repressão”⁸¹.

Faz-se necessário, também, analisar o aspecto *produtivo* do poder, transformador, sua *positividade*, que tem como alvo o corpo humano, não mais para objeto do suplício, mas sim do adestramento – produtor de um novo indivíduo. No decorrer do século XVIII, ocorreu a implementação de um poder que não apenas reprime, controla a produção, mas desempenha um papel positivo: a disciplina da normalização se dá por mecanismos que fabricam, que produzem, que adestram⁸². O poder não pode ser inteiramente explicado se limitado à sua função repressiva, por produzir um sujeito específico:

O que lhe interessa basicamente não é expulsar os homens da vida social, impedir o exercício de suas atividades, e sim gerir a vida dos homens, controlá-los em suas ações para que seja possível e viável utilizá-los ao

⁷⁸ MACHADO, Roberto. *Por uma genealogia do poder...cit.*, p. XIV.

⁷⁹ Ver também a proposta de André GIAMBERARDINO sobre as novas propostas em relação ao *labling approach* em relação à Criminologia Radical. GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Os passos de uma criminologia marxista: revisão bibliográfica em homenagem à Juarez Cirino dos Santos*. In ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (org). *Estudos Críticos Sobre o Sistema Penal – Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe Editora, 2012, p. 219 – 240.

⁸⁰ LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo*. 2ª. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.18.

⁸¹ MACHADO, Roberto. *Por uma genealogia do poder...cit.*, p. XV.

⁸² FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 64 – 65.

máximo, aproveitando suas potencialidades e utilizando um sistema de aperfeiçoamento gradual e contínuo de suas capacidades⁸³.

A positividade do poder desvela o objetivo econômico e político que as relações de dominação detêm: dar utilidade econômica máxima à força humana de trabalho e diminuir a capacidade de revolta⁸⁴. Essa metodologia não é generalizante, mas sim específica: a relação de poder sobre os corpos dos indivíduos encarcerados e sua tecnologia própria de controle, que não era exclusiva da prisão, “encontrando-se também em outras instituições como o hospital, o exército, a escola, a fábrica”⁸⁵. Essa específica rede de poder que FOUCAULT chamou de disciplinar: “as disciplinas funcionam cada vez mais como técnicas que fabricam indivíduos úteis”⁸⁶. A positividade do poder é constitutiva do sujeito: “as condições políticas, econômicas de existência não são um véu ou um obstáculo para o sujeito de conhecimento, mas aquilo através do que se formam os sujeitos de conhecimento e, por conseguinte, a verdade”⁸⁷. Um diagrama constitutivo do homem, que o fabrica segundo as necessidades da sociedade industrial capitalista.

Seção II. O poder disciplinar e o modo de produção capitalista

Percebe-se que o poder disciplinar foi *invenção* de um novo modo de produção. As medidas punitivas não são simples mecanismos *negativos* de repressão e exclusão, mas possuem um conjunto de efeitos *positivos* – são

⁸³ MACHADO, Roberto. *Por uma genealogia do poder...cit.*, p. XVI.

⁸⁴ Pode-se relacionar as análises genealógicas da positividade do poder às críticas de Nietzsche e Freud em relação à pretensão civilizatória. Neste sentido, ver também: CARVALHO, Salo de. *Criminologia na alcova (diálogo com o marquês de Sade)*. In *Boletim IBCCrim*, n. 182, Janeiro de 2008a. Disponível na internet: < http://www.ibccrim.org.br/novo/boletim_editorial/217-182---Janeiro---2008>. Acessado em 26.08.2013; CARVALHO, Salo de. *Freud criminólogo: a contribuição da psicanálise na crítica aos valores fundacionais das ciências Criminais*. Revista de Direito e Psicanálise. Curitiba, v. 1, n.1, p. 107 - 137, julho/dezembro de 2008b; FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão*. In Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, v. XXI. Tradução José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago Editora Ltda., 1974; FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. In *O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos*. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010; MARCUSE, Herbert. *Eros e a civilização: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud*. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Circulo do Livro S.A., 1966; MARCUSE, Hebert. *Cultura e Psicanálise*. Tradução Wolfgang Leo Maar, Robespierre de Oliveira, Isabel Loureiro. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

⁸⁵ MACHADO, Roberto. *Por uma genealogia do poder...p.* XVII.

⁸⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 1999.

⁸⁷ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas...cit.*, p. 27.

produtoras de um indivíduo. A disciplina não é uma instituição nem um aparelho, mas é “um tipo de poder, uma modalidade para exercê-lo, que comporta todo um conjunto de instrumentos, de técnicas, de procedimentos, de níveis de aplicação, de alvos; ela é uma ‘física’ ou uma ‘anatomia’ do poder, uma tecnologia”⁸⁸. Essas técnicas não são essencialmente repressivas, mas sim positivas em relação à tecnologia que utilizam, e é assim que FOUCAULT conclui que o poder é produtor do indivíduo, enquanto produto do poder e do saber. O indivíduo não é uma realidade metafísica, inerte, anterior às relações de poder capitalistas que o descaracterizam⁸⁹. Daí porque FOUCAULT sustenta que a tradição marxista universitária não permitiu superar essa concepção filosófica tradicional do sujeito transcendental:

Atualmente, quando se faz história – história das ideias, do conhecimento ou simplesmente história – atemo-nos a esse sujeito de conhecimento, a este sujeito da representação, como ponto de origem a partir do qual o conhecimento é possível e a verdade aparece. Seria interessante tentar ver como se dá, através da história, a constituição de um sujeito que não é dado definitivamente, que não é aquilo a partir do que a verdade se dá na história, mas de um sujeito que se constitui no interior mesmo da história, e que é a cada instante fundado e refundado pela história. É na direção desta crítica radical do sujeito humano pela história que devemos nos dirigir⁹⁰.

O poder fabrica o indivíduo, este é um dos efeitos mais relevantes daquele. Assim, a invenção do sistema prisional, no final do século XVIII, não massificou o indivíduo, mas inventou-o segundo as necessidades do novo modo de produção; o hospício não acabou com a especificidade da loucura, mas “produz o louco como doente mental, personagem individualizado a partir da instauração de relações disciplinares de poder”⁹¹ – são instrumentos de individualização. Por isso, a análise dos *sistemas punitivos concretos* não resume as medidas punitivas a mecanismos *negativos*, cujas funções principais sejam excluir, reprimir e impedir, mas é visceralmente ligada às suas funções *positivas*, na produção do sujeito criminoso.

⁸⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 203.

⁸⁹ MACHADO, Roberto. *Por uma genealogia do poder...cit.*, p. XIX: A metafísica do sujeito seria equivalente à “existência de algo como a individualidade com características, desejos, comportamentos, hábitos, necessidades, que seria investida pelo poder e sufocada, dominada impedida de se expressar”.

⁹⁰ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas...cit.*, p. 10.

⁹¹ MACHADO, Roberto. *Por uma genealogia do poder...cit.*, p. XX.

A análise genealógica engloba os estudos de RUSCHE e KIRCHHEIMER, que “estabeleceram a relação entre os vários regimes punitivos e os sistemas de produção em que se efetuam”⁹²: na Baixa Idade Média, com sua insipiente produção, os castigos corporais, o suplício, foram predominantes; com o desenvolvimento da economia do comércio, o trabalho obrigatório e as casas de correção foram os instrumentos de punição mais utilizados; finalmente, o sistema industrial “exige um mercado de mão-de-obra livre, a parte do trabalho obrigatório diminuiria no séculos XIX nos mecanismos de punição, e seria substituída por uma detenção com fim corretivo”⁹³. A Idade Moderna exige que a vida pública, o domínio comum, o suplício, não sejam mais predominantes: “numa sociedade em que os elementos principais não são mais a comunidade e a vida pública, mas os indivíduos privados por um lado, e o Estado por outro, as relações só podem ser reguladas numa forma exatamente inversa ao espetáculo”⁹⁴ – pelo poder disciplinar. É o que Dario MELOSSI e Massimo PAVARINI buscaram estabelecer: “uma conexão entre o surgimento do modo de produção capitalista e a origem da instituição carcerária moderna”⁹⁵.

Trata-se principalmente de analisar uma “economia política do corpo”: a necessidade do sistema de produção capitalista precisa do corpo como força de trabalho, e esse sujeito é produzido pelo poder disciplinar:

Ligada à explosão demográfica do século XVIII e ao crescimento do aparelho de produção, a dominação política do corpo que ela realiza responde à necessidade de sua utilização racional, inteiriça, máxima, em termos econômicos. Mas, por outro lado – e isso é um aspecto bastante importante da análise – o corpo só se torna força de trabalho quando trabalho pelo sistema político de dominação característico do poder disciplinar⁹⁶.

O sistema de produção capitalista penetra de forma profunda na existência humana, sendo “obrigado a elaborar um conjunto de técnicas políticas, técnicas de poder, pelo qual o homem se encontra ligado a algo como o trabalho, um conjunto de técnicas pelo qual o corpo e o tempo dos homens se tornam tempo de trabalho e

⁹² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 28.

⁹³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 28.

⁹⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 204.

⁹⁵ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 20.

⁹⁶ MACHADO, Roberto. *Por uma genealogia do poder...cit.*, p. XVII.

força de trabalho”⁹⁷, podendo assim ser usados como sobre lucro. Para que haja sobre lucro, é necessário o poder capilar, disciplinar, que produza os homens como agentes da produção.

Essa microfísica do poder, tecnologia disciplinar, fica a cargo de “instituições especializadas”, como as penitenciárias e as casas de correção do século XIX; instituições que a utilizam para um fim determinado, como as casas de educação, os hospitais gerais; em instâncias preexistentes que a utilizam para reforçar o poder, como a família; em formas de administração que utilizaram a tecnologia disciplinar para seu funcionamento interior; ou, finalmente, nos aparelhos estatais que aplicam a disciplina em escala social, como é o caso da polícia.

A formação da sociedade disciplinar assegurou, como bem concluiu FOUCAULT, “uma distribuição infinitesimal das relações de poder”⁹⁸, permitindo que seus efeitos se prolonguem até os elementos mais distantes da estrutura social. E ela é característica de uma forma específica de dominação: a Modernidade. Pretende-se exercer o poder da maneira mais anônima possível e aplicá-lo individualmente, uma dissimetria entre os termos da relação:

Enquanto em uma sociedade como a medieval (...) a individualização é máxima do lado em que se exerce a soberania e nas regiões superiores do poder..., em um regime disciplinar a individualização, em contrapartida, é ‘descendente’: à medida que o poder se torna mais anônimo e funciona, aqueles sobre quem ele se exerce tendem a ser mais fortemente individualizados; e isso por vigilâncias mais do que por narrativas comemorativas, por medidas comparativas, que têm a ‘norma’ como referência, e não por genealogias que apresentam os ancestrais como pontos de referência; por ‘separações’ mais do que por ‘proezas’⁹⁹.

O homem, individualizado, é produto do poder e objeto do saber: das ciências humanas do século XIX, que nascem das técnicas disciplinares/de individualização. O objetivo de FOUCAULT não é mais analisar como os saberes se relacionam, mas sim o motivo da invenção das ciências humanas. O objetivo das análises genealógicas não é demonstrá-las como produto das relações de produção, mas sim como prática, “peça de um dispositivo político que, enquanto dispositivo, se

⁹⁷ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas...cit.*, p. 125.

⁹⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 204.

⁹⁹ MACHADO, Roberto. *Por uma genealogia do poder...cit.*, p. XX.

articula com a estrutura econômica”¹⁰⁰ – porque as ciências humanas se formaram a partir das relações disciplinares. Todo saber é *inventado* pelas relações de poder. Da mesma forma, “todo ponto de exercício de poder é, ao mesmo tempo, um lugar de formação de saber”¹⁰¹. Roberto MACHADO utiliza o hospital como exemplo: além de ser um instrumento de poder, serve também para produção e invenção do saber: “e, em contrapartida, todo saber assegura o exercício de um poder”¹⁰².

Assim, adotem-se as premissas metodológicas das pesquisas genealógicas das múltiplas manifestações do poder para se analisar a invenção do indivíduo perigoso, objeto da medida de segurança, tanto como produto da prática disciplinar, quanto objeto do saber criminológico e médico. Para tal desvelar as lutas intrínsecas à invenção da pena, aplicada, na prática, como medida de segurança, e sua ulterior sistematização, faz-se necessário retornar ao modelo punitivo pré-existente e às relações de poder que inventaram a periculosidade. O objetivo é transcender o olhar repressivo ao analisar os mecanismos punitivos, recolocando-os “na série completa dos efeitos positivos que eles podem induzir, mesmo se à primeira vista são marginais”¹⁰³, visualizando-os como técnicas inventadas por processos de poder que ultrapassam as regras penais ou as estruturas sociais, adotando-se “perspectiva da tática política”¹⁰⁴. Finalmente, utilizando as conclusões de FOUCAULT em *Vigiar e Punir*, vai-se aos métodos punitivos e, conseqüentemente, à sistematização das penas e medidas de segurança, “a partir de uma tecnologia política do corpo onde se poderia ler uma história comum das relações de poder e das relações de objeto”¹⁰⁵ – como e porque o criminoso se tornou objeto da intervenção penal, dando origem ao sujeito objeto do saber científico.

Trata-se, essencialmente, de inserir os sistemas punitivos em uma “economia política’ do corpo”¹⁰⁶, no campo das relações de poder. E “este investimento político do corpo está ligado, segundo relações complexas e recíprocas, à sua utilização econômica e, numa boa proporção, como força de

¹⁰⁰ MACHADO, Roberto. *Por uma genealogia do poder...cit.*, p. XXI.

¹⁰¹ MACHADO, Roberto. *Por uma genealogia do poder...cit.*, p. XXI.

¹⁰² MACHADO, Roberto. *Por uma genealogia do poder...cit.*, p. XXII.

¹⁰³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 26.

¹⁰⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 27.

¹⁰⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 27.

¹⁰⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 28.

produção que o corpo é investido por relações de poder e de dominação”¹⁰⁷. Ou seja, em termos do método genealógico de FOUCAULT, analisar-se-á a constituição do sujeito criminoso e perigoso pela positividade do saber (que, necessariamente, desenvolve-se dentro dessa rede de poder) e da difusa tecnologia política do corpo, enquanto microfísica do poder, estratégia. Isso porque o poder produz o saber, ambos estão “diretamente implicados; que não há relação de poder sem constituição correlata de um campo de saber, nem saber que não suponha e não constitua ao mesmo tempo relações de poder”¹⁰⁸. Não se pretende analisar a constituição do saber clínico do século XIX e sua positividade em relação ao sujeito criminoso, mas sim privilegiar as técnicas punitivas na história do corpo político e social.

O objetivo é analisar a visceral relação entre o modo de produção e a produção e reprodução do sujeito no contexto social capitalista. Durante a Idade Média, a pena era espetáculo, suplício, vingança, a violência superior e legítima do soberano em relação ao súdito. A natureza retributiva e expiatória da pena medieval não encontra no cárcere, ou seja, privação de liberdade medida pelo tempo, sua execução¹⁰⁹. Somente com o surgimento do capitalismo é que a ideia da equivalência ganha a cena, a pena é mensurada através do tempo, que por sua vez é a medida do valor da mercadoria. A ligação política entre o homem e o trabalho não poderia se dar pelo poder estatal, mas sim “pelo conjunto de pequenos poderes, de pequenas instituições, situadas em um nível mais baixo”¹¹⁰. O objetivo de FOUCAULT é realizar “a análise do sub-poder como **condição de possibilidade do sobre lucro**”¹¹¹. Os modelos punitivos e suas *positividades* (ou seja, a produção do indivíduo perigoso) só poderiam ser analisados segundo o método genealógico e os estudos históricos de FOUCAULT sobre o poder disciplinar.

Dado o exposto, analisar-se-á, primeiramente, a pena como suplício e a possibilidade de excluir os portadores de sofrimento psíquico da aplicação da pena. Em seguida, a criação da reforma liberal da Escola Clássica e o poder disciplinar, analisando-se os três modelos que serviram de base para a aplicação da tecnologia da disciplina pelo poder punitivo com a pena correcional.

¹⁰⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 29.

¹⁰⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 30.

¹⁰⁹ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 22.

¹¹⁰ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas...cit.*, p. 125.

¹¹¹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas...cit.*, p. 125.

CAPÍTULO II. OS SISTEMAS PUNITIVOS CONCRETOS E AS MUDANÇAS NA ECONOMIA POLÍTICA DO CORPO

Seção I. Os suplícios e o poder soberano – a pena como *expiatio*

No modo de produção pré-capitalista, o cárcere como pena não existia. A punição era a retribuição, a expiação do crime cometido.

O velho Direito Germânico, antes das invasões bárbaras, era caracterizado pelo jogo da prova. Não havia ação pública, já que não havia ninguém representando a sociedade, ou quem quer que detivesse o poder, para fazer acusações contra os indivíduos: “para haver um processo de ordem penal era necessário que tivesse havido *dano*, que alguém ao menos pretendesse ter sofrido dano ou se apresentasse como vítima e que a pretensa vítima designasse seu adversário”¹¹². A pena é concebida como *retributio*, a “sublimação da vingança” que se baseou num “desejo de equilíbrio em favor de quem tenha sido vítima”¹¹³.

Após a queda do Império Romano e o domínio dos povos *bárbaros*, a população se acumulou em feudos e o corpo social foi modificado pelas relações de suserania e vassalagem¹¹⁴. Com a “*recepção do direito romano*”, o sistema processual penal, apesar das nuances, manteve-se estruturado nos chamados *Juízos de Deus*¹¹⁵. A invenção do sistema inquisitório, no final do século XII e início do século XIII, manteve o caráter de *expiatio* da punição. Contudo, não se pode mais igualar a pena à retribuição do dano sofrido pela vítima, mas à ofensa a Deus¹¹⁶, ao emergente poder soberano: o dano se torna *infração* - “é uma ofensa ou lesão de um indivíduo à ordem, ao Estado, à lei, à sociedade, à soberania, ao soberano”¹¹⁷.

No final da Alta Idade Média, o crime não é mais tomado como uma simples ofensa particular à vítima, mas também ao poder punitivo do estado nascente. A

¹¹² FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas...cit.*, p.56. Destacamos.

¹¹³ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 21.

¹¹⁴ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *O processo penal como procedimento em contraditório: (re)discussão do locus dos sujeitos processuais penais*. 2011. 136 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Departamento de Direito do Estado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011, p.21.

¹¹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 20.

¹¹⁶ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 22.

¹¹⁷ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas...cit.*, p. 66.

pena é então tomada como uma *retribuição pública*. Durante a vigência do modo de produção feudal, o delito não encontrava equivalência na privação do tempo, pois trabalho não era mensurado pelo tempo, mas sim “na privação daqueles bens socialmente considerados como valores: a vida, a integridade física, o dinheiro, a perda de *status*”¹¹⁸.

A expressão primeva do Estado nas monarquias e principados não constitui mero elemento de transição para o modo de produção capitalista. Isso porque o emergente poder central “implicava que a autoridade – tanto faz que fosse do rei, do Papa ou do imperador – podia ditar leis, e não se limitar a aplicar as existentes ou consuetudinárias”¹¹⁹. Apesar dos conflitos entre os poderes terrenos e eclesiásticos, surge a ideia de que entre o direito dos reis e o direito da Igreja deve existir um especial parentesco (*specialis coniunctio*), pois na prática o Império e a Igreja “constituíam fatores muito poderosos no sentido da uniformização dos direito locais, à sombra de um modelo único”¹²⁰. A burocracia ou “clericia” correspondeu às necessidades do Estado emergente de aumento de poderio, e o poder punitivo foi um fator essencial para sua consolidação.

Dario MELOSSI e Massimo PAVARINI falam da pena tida então como *expição*, castigo divino, através da qual se evitava uma ameaça futura¹²¹. O medo era a principal ferramenta do poder punitivo, que surge “a partir da necessidade da Igreja e de certos corpos políticos nascentes de coibir (ou ‘reagir’) a ação de certas interpretações religiosas”¹²², mas se torna algo maior: medo do mal a ser combatido e medo do aparato que o criava e o combatia.

Através da pena, do espetáculo, perdia-se o medo coletivo do contágio ao buscar a anulação dos efeitos negativos que estimularam o crime. Reprimir o criminoso era garantir a organização social. Nesse sentido, leciona Dario MELOSSI: “é por causa desse temor de uma ameaça futura que o castigo deveria ser espetacular, cruel, capaz de provocar nos espectadores uma inibição total de imitá-

¹¹⁸ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 22.

¹¹⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 38.

¹²⁰ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 145.

¹²¹ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 22.

¹²² ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos...cit.*, p. 52.

lo”¹²³. A pena era mensurada pela gravidade do delito e não pela periculosidade do autor.

A justiça penal desempenhava um papel estigmatizador: era preciso identificar “os outros”, evitando-se a simulação de identidade não real. Traços que geravam a exclusão natural eram impostos, como castigo – as mutilações, deformações. Isso porque “a relação com o outro fazia com que o mal, o delito, o defeito ou o estigma devesse estar ‘escrito na pele’”¹²⁴. A distinção da penalidade variava de acordo com a situação da pessoa que cometeu o crime, havendo a possibilidade de se obter o perdão judicial ou negociações. Isso demonstra que “o direito proporcionou um vasto campo de imunidade para atos que seriam punidos severamente se praticados por membros de classes inferiores”¹²⁵. As penas propriamente ditas eram divididas segundo seu objeto: bens corporais ou pecuniários. Em relação às penas corporais, excessivamente cruéis, demonstravam o excesso de quem tinha o poder de castigar. Assim, eram comuns as penas de morte pela picota, roda ou forca. Também eram aplicadas as mutilações, os açoites e, principalmente, as marcas:

“Marcar” com a condenação o corpo do condenado era tão importante quanto “marcar” a consciência dele mesmo e de toda a sociedade a respeito do poder do monarca. O envio do condenado à morte aparece como evidente, porém a “marca”, o “estigma”, era uma ferramenta de exclusão importante, uma vez que a sua colocação significava algo mais do que impor uma moléstia física grave ao condenado¹²⁶.

Além das técnicas secretas de averiguação da verdade, o poder soberano utilizava-se de outras formas de justiça e governo: a pena como suplício, espetáculo. Assim, as análises genealógicas de Michel FOUCAULT apontam para a principal função do suplício: não é apenas uma punição corporal, mas um ritual organizado de sofrimento “para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune”¹²⁷. A concentração do poder punitivo e a implementação do modelo de justiça penal inquisitorial, foram determinantes “à centralização do poder real e ulteriormente aos

¹²³ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 23.

¹²⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos...cit.*, p. 105.

¹²⁵ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 33.

¹²⁶ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos...cit.*, p. 106.

¹²⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 36.

Estados Absolutistas”¹²⁸. O poder de punir foi vinculado à prática espetacular da vingança, violência maior e mais poderosa do soberano em relação à violência inicial do súdito.

O objetivo era manter a ordem e reproduzir a organização do poder, exercendo sobre o corpo do condenado a morte ou mutilação diante do povo, expressão totalizante de justiça penal, ilimitada e incondicionada. Assim, “o soberano, [de forma arbitrária], tinha o poder de produzir a morte ou de deixar seus súditos viverem”¹²⁹, afirmando enfaticamente seu poder e sua superioridade. Segundo FOUCAULT, as penas físicas correspondiam a uma considerável parcela da aplicação administrativa da violência: “a ordenação de 1670 regeu, até à Revolução, as formas gerais da prática penal. Eis a hierarquia dos castigos por ela descritos: a morte, a questão com reserva de provas, as galeras, o açoite, a confissão pública, o banimento”¹³⁰. Embora a maioria dos castigos não fosse tão manifestamente violenta, a justiça penal continha determinados sentidos cerimoniais, fato notório tanto para os burocratas, aplicadores das penas, como pelos expectadores:

O suplício judiciário deve ser compreendido também como um ritual político. Faz parte, mesmo num modo menor, das cerimônias pelas quais se manifesta o poder. A infração, segundo o direito da era clássica, além do dano que pode eventualmente produzir, além da regra que infringe, prejudica o direito que faz valer a lei: mesmo supondo que não haja prejuízo nem injúria ao indivíduo, se foi cometida alguma coisa proibida por lei, é um delito que exige reparação, porque o direito superior é violado e é injuriar a dignidade de seu caráter¹³¹.

Apesar da horrenda descrição das penas, a prática penal clássica não fazia uso do suplício de forma tão frequente. Mesmo assim, as penas não corporais eram acompanhadas de penas que continham em si uma dimensão do suplício:

De qualquer modo, a maior parte das condenações era banimento ou multa: numa jurisprudência como a do Châtelet (que só conhecia delitos relativamente graves) o banimento representou, entre 1755 e 1785, mais da metade das penas aplicadas. Ora, grande parte dessas penas não corporais era acompanhada a título acessório de penas que comportavam uma dimensão de suplício: exposição, roda, coleira de ferro, açoite, marcação com ferrete; era a regra para todas as condenações às galeras ou ao equivalente para as mulheres – a reclusão no hospital; o banimento era

¹²⁸ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *O processo penal...cit.*, p. 37.

¹²⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos...cit.*, p. 109.

¹³⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir...cit.* p. 34.

¹³¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir...cit.*, p. 47.

muitas vezes precedido pela exposição e a marcação com ferrete; a multa, às vezes, era acompanhada de açoite. Não só nas grandes e solenes execuções, mas também nessa forma anexa é que o suplício manifestava a parte significativa que tinha na penalidade; qualquer pena um pouco séria devia incluir alguma coisa do suplício¹³².

As penas de fiança evoluíram de uma compensação pessoal à parte prejudicada para uma forma de enriquecer juízes e oficiais da justiça penal. Na prática, a pena pecuniária era reservada aos ricos, enquanto os suplícios correspondiam as penas reservadas aos pobres. Igualmente, os tribunais poderiam fazer uso de privilégios de classe, como bem lecionam RUSCHE e KIRCHHEIMER:

A par da diferenciação generalizada entre as classes, que tornava o acesso às fianças ou ao castigo corporal simplesmente dependente da capacidade do prisioneiro de pagar, havia em vários países privilégios advindos da ordem feudal, dividida em estados. Certos castigos eram descartados para certos estados (clero e nobreza) e substituídos por outros, ou eram aplicados com modificações para membros dos estados superiores (...). Mais importante do que esses privilégios dos estados, entretanto, é o privilégio obtido pela posse de riquezas, a possibilidade, em muitos casos, de substituir a pena capital e o castigo corporal por fiança ou, nos casos mais graves, pelo banimento¹³³.

O suplício era a pena corporal e dolorosa, aplicada ao condenado de forma calculada. Ele não se resumia às execuções, mas também poderia se manifestar nessa forma anexa, parte majoritária de sua execução: “qualquer pena um pouco séria devia incluir alguma coisa do suplício”¹³⁴. Deveria, necessariamente, obedecer a três critérios: a) produzir um sofrimento mensurável, hierarquizável; b) a produção do sofrimento deve ser calculada, relacionando o tempo, o sofrimento com o criminoso e o nível social da vítima; c) enquanto ritual, deve marcar o criminoso e ostentar para ser observado por todos, um verdadeiro “cerimonial da justiça”¹³⁵. Nesse sentido, Ataliba NOGUEIRA distingue as penas aplicadas em penas capitais, aflitivas/infamantes e acessórias:

1. Penas capitais: morte, galeras perpétuas (abolidas de fato), banimento perpétuo; 2. penas aflitivas e infamantes: galeras temporárias (abolidas de fato), açoites, ferrete ou marca, pelourinho; 3. penas acessórias: mutilação,

¹³² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir...cit.*, p. 35.

¹³³ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 35.

¹³⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir...cit.*, p. 35.

¹³⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir...cit.*, p. 36.

modo do suplício (roda, baraço, machado, etc.), tortura, suplício, confiscação, perdão de joelhos, esmola, repreensão, etc.¹³⁶.

O suplício não era apenas uma pena corporal, mas um ritual para “marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune”¹³⁷, investindo-se nele a economia do poder. O ritual punitivo demonstrava que o poder era do soberano e não da multidão. O processo escrito, secreto e inquisitorial era a forma de produzir a verdade sem que o acusado estivesse presente, tendendo à confissão, a rainha das provas, não precisando o acusador usar a combinação de indícios. FOUCAULT leciona: “a única maneira para que a verdade exerça todo o seu poder é que o criminoso tome sobre si próprio o crime e ele mesmo assine o que foi sábio e obscuramente construído pela informação”¹³⁸. A confissão é o meio pelo qual o acusado toma parte na produção da verdade, podendo ser obtida pelo juramento, durante o interrogatório, ou pela tortura. Segundo FOUCAULT, o interrogatório pode ser analisado como suplício da verdade – prática de sofrimento mensurável, calculado, pela tortura¹³⁹, um ato de instrução e de punição ao mesmo tempo.

O corpo do condenado é essencial para a execução da pena, cerimonial de castigo público, um suporte público para o processo até então secreto. A execução pública das penas servia para que o condenado fosse “o arauto de sua própria condenação (...) e, dessa maneira, atestar a verdade do que lhe foi reprovado”¹⁴⁰. Além disso, servia para prolongar a cena da confissão durante a instrução, mas de maneira pública, podendo ser, inclusive, aplicada nova tortura, já que “o verdadeiro suplício tem por função fazer brilhar a verdade”¹⁴¹, tornando público o crime através do corpo supliciado do acusado. Essas execuções públicas das penas eram símbolos que faziam lembrar a natureza do crime cometido, revelando-se como sua reprodução teatral. A expiação do crime era realizada pelo sofrimento calculado, rigoroso, ostentoso, que era deduzido da pena divina: a crueldade da pena terrestre esboçava a promessa do perdão eterno. O corpo reproduz a verdade do crime e informa a todos, levando-a inscrita sobre si, marca o criminoso.

¹³⁶ NOGUEIRA, Ataliba. *Pena sem prisão*. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 24.

¹³⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir...cit.*, p. 36.

¹³⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir...cit.*, p. 39.

¹³⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir...cit.*, p. 42.

¹⁴⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir...cit.*, p. 44.

¹⁴¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir...cit.*, p. 45.

Igualmente, o maior número de crimes passou a ser contra a propriedade, cometidos pelos desprovidos de qualquer bem, demonstrando que dificilmente os pobres poderiam fazer uso da fiança: “quanto mais empobrecidas ficavam as massas, mais duros eram os castigos, para fins de dissuadi-las do crime”¹⁴². Com o passar do tempo, o castigo físico tornou-se a regra, e não a exceção. A punição ficou ainda mais severa e os métodos de execução, ainda mais brutais, a partir do século XV. Como bem notaram RUSCHE e KIRSCHHEIMER, a legislação penal era flagrantemente contra as classes subalternas. As penas corporais eram penas de morte prolongadas, “já que a mutilação servia geralmente para identificar os criminosos, com o mesmo sentido dos modernos arquivos criminais”¹⁴³: além do sofrimento em si, o condenado dificilmente conseguia um emprego honesto, voltado para o crime e sofrendo uma penalidade ainda mais severa.

Além de um ritual de expiação, o suplício era também um ritual político: “faz parte, mesmo num modo menor, das cerimônias pelas quais se manifesta o poder”¹⁴⁴. O crime, além de produzir o dano à vítima, prejudica o direito e, assim, o soberano. Sua intervenção representa uma represália direta àquele que o ofendeu. O suplício liquida duplamente o crime: não só repara o prejuízo ao reino, mas também vinga a afronta feita ao rei. Esses rituais do poder eclipsado servem para restaurá-lo: “o suplício tem então uma função jurídico-política. É um cerimonial para reconstruir a soberania lesada por um instante. Ele restaura manifestando-a em todo o seu brilho”¹⁴⁵. A prática da execução pública não se baseava na economia do exemplo, mas sim na “política do medo, tornar sensível a todos, sobre o corpo do criminoso a presença encolerizada do soberano”¹⁴⁶. Daí porque ANITUA aponta o poder punitivo como uma das causas do fortalecimento do poder central¹⁴⁷. A cerimônia do suplício foi organizada com tamanha lentidão para permitir que o poder soberano sustasse a execução com uma carta de indulto – tudo para que o povo não o identificasse com ostentação¹⁴⁸.

¹⁴² RUSCHE, Georg; KIRSCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 36.

¹⁴³ RUSCHE, Georg; KIRSCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 38.

¹⁴⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir...cit.*, p. 47.

¹⁴⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir...*, p. 49.

¹⁴⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir...cit.*, p. 49.

¹⁴⁷ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos...cit.*, p. 66.

¹⁴⁸ Nesse sentido, Foucault afirma: “o soberano está presente na execução, não só como poder que vinga a lei, mas como poder que é capaz de suspender tanto a lei quanto a vingança. Só ele

Este é, essencialmente, o poder soberano na economia punitiva: a punição não era uma simples reparação de danos, nem um interesse social, era a vingança do soberano. Através da ostentação ritual da força soberana, no cadafalso, realizava-se o reverso do crime: “na punição do criminoso, assistia-se à reconstituição ritual e regulamentada da integridade do poder. Entre o crime e a punição do crime não havia, a bem da verdade, algo como uma medida”¹⁴⁹. O excesso da punição responderia ao excesso do crime, prevalecendo sobre este. Era inerente à economia punitiva soberana que houvesse o desequilíbrio. O castigo era algo mais, o terro do castigo que demonstrava o terror do crime e o brilho da vingança do soberano. O princípio do suplício era o da *manifestação excessiva* e não a lei da medida da pena em relação ao crime, justamente pela sua inscrição na economia desequilibrada das punições. O atroz do castigo era superior ao crime: “tratava-se, na atrocidade da pena, de fazer a atrocidade do crime reverter no excesso do poder que triunfa. Réplica, por conseguinte, e não medida”¹⁵⁰. Em face do infinito poder de punir, não haveria como triunfar a monstruosidade do crime.

Nesse regime punitivo, o corpo humano, como força de trabalho, não tem a utilidade nem o valor de mercado que lhe serão conferidos pelo modo de produção capitalista. O desprezo pelo corpo e, conseqüentemente, pela morte, torna aceitável a agressão do suplício. Sua legitimidade é explicada por diversas causas: “a multiplicidade das sublevações ainda no meio da era clássica, a ameaça de iminentes guerras civis, a vontade do rei de fazer valer seu poder em prejuízo dos parlamentos explicam, em grande parte, a persistência de um regime penal ‘duro’”¹⁵¹. Eles manifestam a dissimetria de forças entre o rei e o condenado. É a ostentação da relação de verdade-poder: a verdade do inquérito é publicada no corpo do supliciado. E o personagem principal da mecânica do poder dos suplícios é o povo, aterrorizado pelo espetáculo de demonstração de poder sobre o corpo do culpado. É necessário que as pessoas não só tenham medo, mas sejam testemunhas, garantam a punição, tomem parte dela – haja uma ausência de

como senhor deve decidir se lava as mãos ou as ofensas que lhe foram feitas; embora tenha conferido aos tribunais o cuidado de exercer seu poder de justiça, ele não o alienou, conserva-o integralmente para suspender a pena ou fazê-la valer”. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir...cit.*, p. 53.

¹⁴⁹ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 103.

¹⁵⁰ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 104.

¹⁵¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir...cit.*, p. 54.

solidariedade para com o culpado, reforçando a repressão e legitimando o exercício do poder¹⁵².

§1 - Monstruosidade criminosa *versus* princípio da porta giratória: a loucura apaga o crime?

Durante os séculos XV e XVI, obras como *De Maleficiis* (1437), o terrível *Malleus Maleficarum*¹⁵³ (1484) e o famoso *Compendio dell'arte essorcistica e possibilita dele mirabili e stupende operationi delli Demoni, et de'malefici*¹⁵⁴ (1567), fundamentaram a concepção demonista da loucura, até mesmo entre médicos, sendo punida como bruxaria, heresia. Embora tenha servido para esses fins, Isaias PESSOTTI afirma que esta identificação com a possessão diabólica não foi uma “artificiosa justificação religiosa, dessa época, para a repressão às heresias ou um recurso *ad hoc* para impor a ortodoxia teológica ou moral”¹⁵⁵. Durante toda a Idade Média e parte da Renascença, “a loucura estivera ligada ao Mal”¹⁵⁶.

Assim, em um primeiro momento, a loucura não desculpava o crime: tratava-se de punir o herege. A própria monstruosidade era criminosa, em si mesma. Era uma punição não de caráter reformista, mas sim higiênico. O conceito de monstruosidade era jurídico-natural (e não de conduta): “a monstruosidade é essa irregularidade natural que, quando aparece, o direito é questionado, o direito não consegue funcionar”¹⁵⁷.

Durante o século XVI, não obstante a loucura ainda não ser identificada de forma unânime como doença mental, parte da comunidade médica da época se

¹⁵² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir...cit.*, p. 57.

¹⁵³ Disponível na internet: <<http://www.mkmouse.com.br/livros/malleusmaleficarum-portugues.pdf>>. Acessado em 06.10.2013. O texto fala dos homens delirantes que tiveram seus sentidos modificados pela obra demoníaca: “Agora bem, há duas maneiras, como já foi dito que os demônios podem provocar este tipo de imagens. Às vezes atuam sem encadear a razão humana, como dissemos no que se refere à tentação e no exemplo da imaginação voluntária. Mas em certas ocasiões o uso da razão está encadeado por inteiro; e isto pode ser exemplificado em certas pessoas defeituosas por natureza, e com os loucos e os bêbados. Portanto, não é estranho que, com a permissão de Deus, os demônios possam encadear a razão; e a esses homens chama-los delirantes, porque seus sentidos foram arrebatados pelo demônio”.

¹⁵⁴ Disponível na internet: <https://play.google.com/books/reader?id=IDIXAAAACAAJ&printsec=frontcover&output=reader&auther=0&hl=pt_BR&pg=GBS.PA55> Acessado em 06.10.2013.

¹⁵⁵ PESSOTTI, Isaias. *A loucura e as épocas...cit.*, p. 83.

¹⁵⁶ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 137.

¹⁵⁷ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 80.

indignou com os excessos punitivos dos suplícios, afirmando que alguns casos de bruxaria estariam sendo confundido com as manifestações da loucura¹⁵⁸. Robert MANDROU cita o exemplo do Médico Wier que, em 1563, publicou a obra *De Praestigiis Daemonum et incantationibus et Veneficiis*, sugerindo práticas medicinais e não punitiva para os doentes. A obra foi objeto de severas críticas de Bodin¹⁵⁹. Mesmo assim, “pode-se dizer que, após as manifestações de Wie, aliadas aos significativos avanços das ciências médicas, inúmeros casos de ‘intervenções diabólicas’ passam a ser diagnosticados como enfermidades naturais (simulações históricas, melancolias, epilepsias, entre outras)”¹⁶⁰.

Foi então que o Tribunal de Paris elabora, paulatinamente, construção jurisprudencial que instiga uma “nova forma de gestão de problemas até então vistos sob o enfoque criminal”¹⁶¹, não condenando mais os loucos pelo crime de heresia. Este movimento demonstra a incorporação dos impulsos reformadores advindos da medicina, que progressivamente domina a explicação da loucura¹⁶². Assim, no final do século XVI “torna-se comum os juízes dos Tribunais de Apelação aplicarem clemências em face da não constatação dos pactos e dos atos de bruxaria, mormente o efeito do perdão vir seguido de internações compulsórias nos ‘hospitais para loucos’”¹⁶³.

O *princípio da porta giratória* foi então adotado por uma construção jurisprudencial, inicialmente. Era a demarcação dicotômica entre doença e responsabilidade: “é necessário optar, porque a loucura apaga o crime, a loucura não pode ser o lugar do crime e, inversamente, o crime não pode ser, em si, um ato que se arraiga na loucura. Princípio da porta giratória: quando o patológico entra em cena, a criminalidade, nos termos da lei, deve prevalecer”¹⁶⁴. Assim, “a jurisprudência dos séculos XVII e XVIII elimina o máximo possível as consequências penais dessa monstruosidade em si mesma criminosa. Mas creio que ela continua a

¹⁵⁸ PESSOTTI, Isaias. *A loucura e as épocas...cit.*, p. 123.

¹⁵⁹ CARVALHO, Salo de. *Revisita à desconstrução...cit.*, p. 46.

¹⁶⁰ CARVALHO, Salo de. *Revisita à desconstrução...cit.*, p. 46.

¹⁶¹ CARVALHO, Salo de. *Revisita à desconstrução...cit.*, p. 46.

¹⁶² PESSOTTI, Isaias. *A loucura e as épocas...cit.*, p. 127.

¹⁶³ CARVALHO, Salo de. *Revisita à desconstrução... , p. 47 - 48.*

¹⁶⁴ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 39.

ser, até tarde no século XVIII, ainda essencialmente, fundamentalmente, criminosa”¹⁶⁵.

FOUCAULT também analisa o internamento determinado pelo Tribunal nos casos de crimes ou delitos cometidos por loucos, afirmando que o comentário à *Ordonnance Criminelle* de 1670 “prevê a loucura como fato justificativo, cuja prova só se admite após exame do processo”¹⁶⁶. Apesar dos juízes raramente recorrerem aos exames médicos para verificar a insanidade, desde 1603 adotou-se a prática de nomear dois médicos e cirurgiões para elaborarem relatórios diante do tribunal. O art. 1º, Título V, da *Ordonnance* de 1670, previa a possibilidade da prova médica para comprovar a doença do acusado¹⁶⁷.

Cumprе ressaltar que este exame médico corresponde à “simples transposição à instituição judiciária de um saber médico que era constituído fora dela: no hospital”¹⁶⁸. Na prática, contudo, o juízo médico não era utilizado para distinguir o normal do insano, e a hospitalização era confundida com o internamento nas casas de correção.

Seção II. O poder disciplinar e o deslocamento do objeto da ação punitiva – do corpo para a alma

§1 – A reforma liberal e a Escola Clássica – o ideal de proteger a sociedade

A Escola Clássica surge durante o século XVIII e se mantém até meados do século XIX, “na transição da ordem feudal e o Estado absolutista (o “Antigo regime”) para a ordem capitalista e o Estado de Direito liberal na Europa, e se desenvolveu ao longo do processo de consolidação desta nova ordem”¹⁶⁹. A especificidade do saber produzido contém desde uma inicial concepção filosófica até uma

¹⁶⁵ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 93.

¹⁶⁶ FOUCAULT, Michel. *História da loucura...cit.*, p. 127.

¹⁶⁷ Disponível na internet: <
http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/ordonnance_criminelle_de_1670.htm>. Acessado em 06.10.2013.

¹⁶⁸ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 46.

¹⁶⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal: em busca da segurança jurídica prometida*. 501 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994, p. 128.

fundamentação jurídica de Direito Penal, fundada nos conceitos de delito, responsabilidade penal e pena. Assim, sua fundação é marcada por um saber filosófico “no qual conflui, diretamente, toda filosofia do Iluminismo europeu (especialmente o francês) e traduz, ao mesmo tempo, o movimento de reforma penal que vem no bojo daquela transformação, do seu posterior desenvolvimento e culminação”¹⁷⁰, quando passa a produzir um saber jurídico, mas ainda embasado no Iluminismo. Se inicialmente, é marcada por um conteúdo crítico do Direito e da Justiça Penal, durante uma fase mais madura, é essencialmente positiva, autora de um projeto novo para o sistema penal.

A justiça penal perdeu prestígio aos olhos da população ante a incerteza da punição e a arbitrariedade dos tribunais. A tendência é a “substituição das penas corporais e de morte pela detenção”¹⁷¹ até o final do século XVIII, mas os suplícios ainda não desapareceram.

Percebe-se a suavização dos crimes antes da suavização das leis. Os crimes perdem a violência, mas a penalidade não: “desde o fim do século XVII, com efeito, nota-se uma diminuição considerável dos crimes de sangue e, de um modo geral, das agressões físicas; os delitos contra a propriedade parecem prevalecer sobre os crimes violentos”¹⁷². Pelo crescimento demográfico, aumento da qualidade de vida em geral, um acúmulo de riquezas e propriedades, ocorreu uma transformação da criminalidade que não pode ser dissociada da “modificação no jogo das pressões econômicas”¹⁷³: a necessidade de segurança era uma consequência disto. A penalidade se tornava cada vez mais pesada, agravando-se a repressão contra a vadiagem, aumentando-se o número de crimes capitais: era necessário um exercício mais metucioso e certo da justiça penal contra “a pequena delinquência que antes ela deixava mais facilmente escapar”¹⁷⁴, afinal “a miséria do povo e a corrupção dos costumes multiplicaram os crimes e os culpados”¹⁷⁵. Percebe-se que a mudança da economia punitiva foi correlato ao deslocamento dos crimes (a passagem da criminalidade de sangue para uma criminalidade patrimonial):”de acordo com um

¹⁷⁰ ANDRADE, Vera. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 128.

¹⁷¹ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 64.

¹⁷² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 73.

¹⁷³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 74.

¹⁷⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 75.

¹⁷⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 75.

processo circular quando se eleva o limiar da passagem para os crimes violentes também aumenta a intolerância aos delitos econômicos, os controles ficam mais rígidos, as intervenções penais se antecipam mais e tornam-se mais numerosas¹⁷⁶.

A confusão sobre os propósitos e a natureza do cárcere permitiu a reclusão em massa daqueles que foram considerados indesejáveis, as massas: “tornou-se difícil distinguir justiça de um capricho individual, de forma que a administração penal¹⁷⁷. A justiça tradicional do antigo regime é objeto de crítica dos reformadores devido ao excesso do castigo: “um excesso que está ainda mais ligado a uma irregularidade que a um abuso do poder de punir¹⁷⁸. Os privilégios tornaram incerto o poder de punir, a justiça penal era essencial e paradoxalmente lacunosa: “lacunosa pelos conflitos internos de competência; lacunosa pelos interesses particulares – políticos ou econômicos que a cada instante é levada a defender, lacunosa enfim devido às intervenções do poder real¹⁷⁹, que poderia intervir direta ou indiretamente no poder punitivo.

Era inerente ao funcionamento político e econômico da sociedade que o poder absoluto tolerasse diferentes níveis de ilegalidade de cada estrato social¹⁸⁰. Contudo, em meados do século XVIII, o processo se inverte: “primeiro com o aumento geral da riqueza, mas também com o grande crescimento demográfico, o alvo principal da ilegalidade popular tende a não ser mais em primeira linha os direitos, mas os bens¹⁸¹. Com a separação dos produtores dos meios de produção, o acúmulo do capital e a privatização das terras, a situação é outra. A burguesia poderia tolerar as ilegalidades de direitos, mas suportava mal quando se tratava dos direitos de propriedade. A propriedade da terra, adquirida em grande parte pela burguesia, desobrigada dos antigos encargos feudais: todas as tolerâncias do campesinato foram perseguidas pelos novos proprietários, tornando-se infrações. Assim, “a ilegalidade dos direitos, que muitas vezes assegurava a sobrevivência dos mais despojados, tende, com o novo estatuto da propriedade, tornar-se uma ilegalidade de bens. Será então necessário puni-la¹⁸². Se essa intolerância é mal

176 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 76.

177 RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 109.

178 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 76.

179 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 77.

180 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 79.

181 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 81.

182 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 82.

suportada pela burguesia proprietária, é intolerável na propriedade industrial: as novas formas de riqueza exigem uma repressão rigorosa de ilegalidades. Assim, “é preciso que a justiça puna em vez de se vingar”¹⁸³.

Não havia critério que definisse a medida das penas, já que estas não estavam vinculadas ao delito cometido. Paralelamente às agitações populares e a crueldade das condições de punição, que levaram “à aceitação do encarceramento como uma penalidade normal para os delinquentes de todo o tipo”¹⁸⁴, um novo movimento emergiu contra a incerteza punitiva e a arbitrariedade dos tribunais.

É preciso controlar e codificar os atos ilícitos, tornando-os definidos e puníveis com segurança. A infração deve ser intolerável e do castigo não se pode escapar. Afirma-se a necessidade de desfazer a antiga prática punitiva lacunosa, com o poder concentrado, mas paradoxalmente inerte, na prática, com castigos ostensivos e incertos. Faz-se necessária adoção de uma técnica punitiva permanente e contínua, que substitua os excessos do poder soberano. Foi então que nasceu a reforma penal: “do ponto de junção entre a luta contra o superpoder do soberano e a luta contra o infrapoder das ilegalidades conquistadas e toleradas”¹⁸⁵. Os dois objetivos estavam em conformidade: era necessário um controle mais estrito e constante. Ao mesmo tempo em que surge a *legislação sanguinária à vagabundagem* surge a *Escola Clássica*.

Assim, a reforma penal foi uma junção da teoria penal com a estratégia do poder de punir. Mas sua futura estabilidade é tributária ao fato do segundo objetivo ter ocupado, por muito tempo, um lugar prioritário: “foi porque a pressão sobre as ilegalidades populares se tornou na época da Revolução, depois no Império, finalmente durante o todo século XIX, um imperativo essencial, que a reforma pôde passar da condição de projeto à de instituição e conjunto prático”¹⁸⁶. Se a nova legislação penal aparenta uma suavização das penas, regras mais claras, é para que haja respeito efetivo ao poder punitivo.

Era necessário deslocar o objeto e mudar a escala do poder punitivo, “universalizar a arte de castigar”, diminuir seu custo, aumentar sua eficácia,

¹⁸³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 72.

¹⁸⁴ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 109.

¹⁸⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 84.

¹⁸⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 85.

construindo uma nova tecnologia punitiva: “tais são sem dúvida as razões de ser da reforma penal do século XVIII”¹⁸⁷.

Daí surge a unidade ideológica da Escola Clássica: um conteúdo político liberal e humanitário que busca responder à necessidade de definir limites e justificativas do poder punitivo, protegendo-se a liberdade individual. O sujeito de direitos surge como uma “fronteira legítima do poder de punir”¹⁸⁸ e não ainda como objeto de um saber positivo. O que se pretende é uma “vigorosa racionalização do poder punitivo em nome, precisamente, da necessidade de garantir o indivíduo contra toda intervenção estatal arbitrária. Daí porque a denominação ‘garantismo’ seja talvez a que melhor espelhe seu projeto racionalizador”¹⁸⁹. Constitui-se a crise da antiga economia dos castigos que, no século XVIII, foi resolvida pelos reformadores: “o castigo deve ter ‘a humanidade’ como ‘medida’, sem poder dar um sentido definitivo considerado entretanto incontornável”¹⁹⁰.

O objeto principal da crítica dos reformadores é “a má economia do poder e não tanto a fraqueza ou a crueldade”¹⁹¹ das penas. O poder punitivo não concede a proteção necessária à riqueza crescente, já que é distribuído de forma mal regulada: “a concentração em um certo número de pontos e aos conflitos e descontinuidades que daí resultam”¹⁹². Essa disfunção é tributária de um excesso central: o poder punitivo é identificado com o poder pessoal do soberano. Assim, não só os privilégios e as arbitrariedade da justiça penal incontrolada são criticados, mas principalmente o desequilíbrio entre “suas fraquezas e excessos, entre seus exageros e suas lacunas, e sobretudo, o próprio princípio dessa mistura, o superpoder monárquico”¹⁹³. FOUCAULT ressalta que o verdadeiro objetivo da reforma não é a formação de um novo poder punitivo mais humanitário, mas principalmente estabelecer uma melhor distribuição da nova economia punitiva, permitindo que ele não se concentre em pontos específicos, mas que seja homogêneo, contínuo, regular, detalhado¹⁹⁴, aumentando seus efeitos e diminuindo

¹⁸⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 86.

¹⁸⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 72.

¹⁸⁹ ANDRADE, Vera. *Dogmática e sistema penal...cit.*, 129 – 130.

¹⁹⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 72.

¹⁹¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 77.

¹⁹² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 77.

¹⁹³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 78.

¹⁹⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 78.

seus custos (tanto econômicos, quanto políticos – diminuindo as possibilidades de resistência¹⁹⁵).

A nova teoria penal, proveniente da Escola Clássica, “engloba uma nova ‘economia política’ do poder de punir”¹⁹⁶. Essa nova distribuição do poder punitivo e de seus efeitos não provém somente dos mais ilustrados, nem preparada fora do judiciário contra seus representantes, os reformadores foram os legisladores que assimilaram os principais objetivos da reforma: “fazer com que o poder de julgar não dependesse mais de privilégios múltiplos, descontínuos, contraditórios da soberania às vezes, mas de efeitos continuamente distribuídos do poder público. Durante o século XVII, a prática penal concreta e na crítica das instituições, começa a se transformar, surgindo uma nova tecnologia punitiva. A reforma política e filosófica da justiça penal, formulada nas novas teorias sobre o delito e aplicada aos projetos legislativo. Em seus objetivos primeiros, pretende “fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir”¹⁹⁷.

A Escola Clássica é tributária do método dedutivo do racionalismo da Ciência, que provém de uma concepção mecanicista do universo (regido por leis absolutas e predeterminadas, como as ciências exatas)¹⁹⁸. O método matemático passou a ser

¹⁹⁵ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 108.

¹⁹⁶ FOUCAULT, Michel

¹⁹⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 79.

¹⁹⁸ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia...cit.*, p. 307 – 310: “O século XVII encontrou no ambiente filosófico do seu tempo elementos que contribuiriam para formar a sua concepção de um direito natural evidente, universal e eterno como eram os conhecimentos da matemática, geometria e astronomia. Referimo-nos ao idealismo cartesiano. No século XVII, a Europa conheceu uma revolução científica, especialmente notável nos domínios da astronomia e da física, bem como dos seus fundamentos, da álgebra e da geometria analítica. Um dos teorizadores deste novo tipo de conhecimento foi René Descartes (1596 – 1650), **um espírito profundamente atraído pela ideia de um saber universalmente válido**. Ele próprio confessa, referindo-se aos tempos de estudante: “Gostava sobretudo das matemáticas, por causa da sua certeza e da evidência do seu raciocínio [...] pois, os seus fundamentos são muito firmes e sólidos” (Descartes, *Discours de la Méthode. Pour bien conduire as raison, et chercher la vérité dans les sciences. Première Partie*, 1637). **Era esta firmeza e solidez o que ele não encontrava nas disciplinas filosóficas, políticas, jurídicas, éticas, etc., tradicionais**. Aí, tudo dera mobilidade, incerteza, contradições e disputas. Toda a primeira e segunda partes do *Discours de la Méthode* exprimem o seu estado de espírito sobre este ponto. É daí que lhe vem a ideia de, apoiado em **noções distintas e claras, estabelecer para estas disciplinas um método que lhes fornecesse bases tão sólidas como as da matemática**. A primeira regra deste método era a regra da *evidência racional*: nada admitir como verdadeiro que não fosse evidente para o espírito. As outras três das quatro regras cartesianas eram

utilizado pelos juristas, que passaram a “preferir ao direito tradicional ou positivo um direito (natural, das gentes) que partisse das ideias claras e distintas, que se baseasse na evidência racional dos primeiros princípios do direito, que progredisse mediante a extensão destes através da dedução”¹⁹⁹. E esse direito natural racionalista que foi o instrumental teórico para tornar mais justo o direito positivo, um direito natural universal e eterno baseado na razão humana, uma justiça superior à lei, independentemente de crenças (devido à quebra da unidade religiosa, com a Reforma)²⁰⁰. Trata-se de um novo jusnaturalismo, racional e fundado no individualismo, no modelo mecanicista (relação causa-efeito, o direito natural não é mais o divino, mas sim aquele que decorre das “tendências naturais do homem ou da necessidade de as garantir”²⁰¹). A ordem natural é deixada para trás e os pensadores passam a entender que “os vínculos e a disciplina sociais são fatos artificiais”²⁰², os homens se uniram em sociedade, organizando uma comunidade política para superar, racionalmente, limitações do estado natural – a vontade passa a ser disciplinadora da política e da sociedade civil, mas o direito natural é aquele que legitima essa união. Foi então que surgiram as teorias contratualistas e o Iluminismo.

Assim, o objetivo declarado da Escola Clássica foi buscar os fundamentos metafísicos do Direito Penal, fruto do direito natural evidente, universal e eterno (o

complementares desta e destinavam-se a tornar evidente aquilo que à primeira vista não o era. A segunda era a regra da análise (dividir cada dificuldade em tantos elementos quanto os necessários para a resolver); a terceira, a regra da síntese (começar a demonstração dos problemas pelos elementos mais aptos a ser conhecidos e progredir racionalmente para o conhecimento dos mais complicados); a última, a das revisões gerais (assegurar nada omitir no curso da investigação). Quer dizer, para Descartes (como para os estoicos) **a chave da compreensão do mundo não estava na observação da realidade empírica, mas numa pura reflexão racional, isolada, independentemente da observação do mundo exterior, visando encontrar princípios autoevidentes para fundamentar o conhecimento**. Embora Descartes não tenha se ocupado do direito, **seu método influenciou, sem dúvida, o saber jurídico**. Por um lado, indicava um caminho para se construírem saberes certos, partindo de evidências racionais; depois, explicava como demonstrar com segurança as soluções para as questões mais simples (regra da análise) e voltando a recompor a complexidade, mas de forma racional (regra da síntese); **finalmente, sugeria que o indivíduo era o elemento mais simples dos saberes sobre essa coisa complexa que era a sociedade**. Na verdade, a sua existência era evidente (“penso, logo existo”) e, por isso, o primeiro fundamento de que se deveria partir para resolver os problemas teóricos (e práticos, como o da regulação social justa) relativos à sociedade. **A natureza abstrata do indivíduo – que era tudo quanto se podia intuir por introspeção – passava a ser o suporte para toda a reflexão sobre o homem e sobre a sociedade humana (...) a sociedade era composta de indivíduos autônomos”**.

¹⁹⁹ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia...cit.*, p. 310.

²⁰⁰ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia...cit.*, p. 311.

²⁰¹ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia...cit.*, p. 313.

²⁰² HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia...cit.*, p. 314

jusnaturalista), que pudesse fazer frente ao direito positivo e justificar uma reforma penal legítima, baseada nos direitos naturais e, posteriormente, racionais:

“Consoante esta premissa jusnaturalista, o Direito Penal revelado e verdadeiramente digno de consideração era apenas o que decorria, por dedução lógica, seja de um hipotético contrato social (como em BECCARIA), seja da natureza racional do homem ou da lei divina (como em CARRARA) pois, em qualquer caso, o Direito não é visto como produto histórico”²⁰³.

Mediante esse método racional e dedutivo, os clássicos buscavam criticar o Direito Penal do Antigo Regime, criando o Direito Penal Moderno – a lei penal provém de um sistema fechado, legítimo por possuir a exatidão matemática e dedução lógica. O sistema dogmático que a Escola propõe é racional.

O Iluminismo corresponde ao movimento que buscou limitar o poder Absoluto, “momento em que a burguesia empreendeu claramente sua luta contra esses poderes tradicionais da nobreza e do clero e que também enfrentou, em parte, o próprio absolutismo monárquico”²⁰⁴. No discurso penal, o pensamento liberal representou a organização de uma teoria garantista, reacionária aos excessos punitivos do Absolutismo, resultando nas teorias humanistas: “as teorias humanistas, plenamente apropriadas pelo discurso do liberalismo penal divulgado pela ‘Escola Clássica’ solidificarão a estrutura principiológica do direito e do processo penal, projetando (formalmente) a satisfação da igualdade e a racionalização de um poder punitivo dotado de autonomia, independência e imparcialidade”²⁰⁵.

Contudo, como nos adverte Salo de CARVALHO, a doutrina tradicional comete um erro reducionista ao buscar enquadrar todo o pensamento penal do período sobre o delito, o juízo e à pena “sob o rótulo de ‘Escola Clássica’. Tal encaminhamento pressuporia, no mínimo, uma unidade metodológica, o que não parece ser possível sustentar”²⁰⁶. Apesar de não haver consenso sobre temas basilares da questão penal, é possível identificar uma aproximação teórica sobre a fundamentação política e filosófica do Estado: a teoria do contrato social. Toma-se, portanto, como basilares as ideias de que o homem é um indivíduo livre e dotado de

²⁰³ ANDRADE, Vera. *Dogmática e Sistema Penal...cit.*, p. 130.

²⁰⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos...cit.*, p. 125.

²⁰⁵ CARVALHO, Salo. *Revisita à desconstrução...cit.*, p. 51.

²⁰⁶ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. 3ª.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 39.

vontade racional. A unidade ideológica do movimento deve-se ao seu significado liberal e humanitário, já que o cerne das discussões são “os limites do poder de punir face à liberdade individual, empreendendo uma vigorosa racionalização do poder punitivo em nome da necessidade de garantir o indivíduo contra toda intervenção arbitrária”²⁰⁷. Por esse motivo, Salo de CARVALHO entende que a denominação do movimento de “garantismo” é a que melhor traduz o seu projeto reformador. A obra de Beccaria é um expoente do movimento Iluminista, possuindo a base ideológica dos contratualistas da época, essencialmente Montesquieu e Locke²⁰⁸.

Apesar das discordâncias entre os pensadores ilustrados em relação à noção de estado de natureza, Salo de CARVALHO afirma que a leitura do contrato que mais interessa à postura garantista do direito e processo penal “é aquela formulada por Locke, visto que o *Segundo Tratado sobre o Governo Civil* (1690) pode ser considerado como a primeira e mais completa formulação do Estado Liberal”²⁰⁹. Influenciado pelo racionalismo e pelo voluntarismo, as ideias liberais de Locke opunham-se à ideia Absolutista de que a fundamentação do *estado político* restaria no acordo de vontade dos homens que comporiam uma vontade autônoma: a vontade soberana é apenas representativa das vontades individuais, devendo ser por elas controlada. O Estado era composto pelo produto da soma das vontades individuais, devendo ser por estas limitado.

Para que se entenda a importância da concepção do poder político para o pensador, é necessário analisar o estado de natureza dos homens, “um estado de perfeita liberdade para ordenar-lhes as ações e regular-lhes as posses e as pessoas conforme acharem conveniente, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem”²¹⁰, um estado de igualdade onde cada indivíduo detém o poder de autocompor seus litígios, mas que sua vontade é iluminada pela razão, sendo por ela limitada, não podendo prejudicar os demais. A razão ilumina a vontade desses seres ideais, guiando-os segundo as leis naturais. Assim, a preservação dos direitos é função de todos: “qualquer um tem o direito de castigar os transgressores dessa lei em tal grau que lhe impeça a

²⁰⁷ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias...cit.*, p. 42.

²⁰⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos...cit.*, p. 161.

²⁰⁹ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias...cit.*, p. 28.

²¹⁰ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias...cit.*, p. 29.

violação, pois a lei da natureza seria vã, como quaisquer outras leis que digam respeito ao homem neste mundo, se não houvesse alguém nesse estado de natureza que não tivesse poder para pôr em execução aquela lei e, por esse modo, preservasse o inocente e restringisse os ofensores”²¹¹. O poder punitivo não seria arbitrário, pois seria iluminado pela razão, mas pelo fato de cada indivíduo assumir o papel de julgar em causa própria, seria parcial, vingativo. Assim, o estado de natureza, pela necessidade de resposta à violação à lei natural, tornar-se-ia deturpado: um *estado de guerra*. Para evitar o estado de guerra, os homens veem a necessidade de uma autoridade comum, um juiz na terra capaz de decidir os conflitos e de colocarem-se, assim, numa *sociedade civil*²¹². O poder privado de resolver os conflitos individuais é transferido ao poder público. A autoridade comum que aplica a lei é racional, imparcial, garantindo a segurança dos homens ao constituir o *estado civil/político*.

A diferença entre as teorias liberais e absolutistas do jusracionalismo moderno reside na forma como concebem a vontade origina o direito do estado político. Enquanto os liberais, como Locke, entendiam que a vontade individual dos homens no estado de natureza era racional e iluminada pela lei da natureza, o advento do estado político não cancelaria essa racionalidade: os homens são legitimados para julgar as leis políticas do novo governo civil. Assim, “a vontade que estava na origem das leis políticas seria essa mesma vontade dos indivíduos, de que o Estado não era senão um representante(...). A vontade que daí resultava era o produto da soma das vontades individuais e não uma vontade nova”²¹³.

Enquanto isso, os absolutistas, como Hobbes, entendiam que o pacto social daria origem ao corpo político, uma entidade nova, detentora “do poder de exprimir os comandos sobre a comunidade. Pertence a uma pessoa diferente(...), esta vontade legislativa teria características diferentes das vontades particulares: desejava sempre o bem geral e, logo, era sempre racional”²¹⁴. Assim, ao subordinarem totalmente a razão à vontade, os absolutistas entendiam a vontade

²¹¹ CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias...cit.*, p. 29.

²¹² LOCKE, John. *The Second Treatise of Civil Government*. Londres, 1774, Capítulo III, seção 21. Disponível na internet: < <http://www.personal.kent.edu/~rstanisl/Resources/Locke.pdf>>. Acessado em 07.10.2013.

²¹³ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...cit.*, p. 324 – 325.

²¹⁴ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...cit.*, p. 325.

soberana como aquela diversa das vontades das partes, não podendo ser por elas controladas.

A diferente concepção das duas correntes racionalistas demonstra o apelo dos iluministas por mudanças em relação ao poder punitivo do Absolutismo. A interpretação liberal do pacto social deslegitima “na esfera penal as sanções cruéis, dado ao fato de que não há disposição, por parte do cidadão, de seus bens fundamentais”²¹⁵. Outrossim, considerando-se que o poder político é constituído como soma das vontades individuais, aquele limita-se a ser mero representante destas, vinculando-se às leis e garantindo os direitos naturais dos cidadãos: o poder estatal está limitado pelo princípio da legalidade. Se a autoridade estatal não garante os direitos individuais, ela é ilegítima. Cabe aos cidadãos o dever de obedecer as leis para não ser punido. Cabe ao Estado proteger os cidadãos – daí a ideologia liberal de proteção social.

Outrossim, ao Estado, interessa somente a lei. Os indivíduos possuem liberdade de pensamento, núcleo no qual o Estado não poder interferir, diferenciando direito da moral. O objeto da punição é a infração à lei, e não à moralidade, concepção que influenciaria fortemente num tema central da época – a liberdade religiosa: “nasce, nesse momento de concepção altamente limitada do Estado, uma das teses fundamentais do pensamento político da história da humanidade: a tolerância, identificada com a secularização – ruptura entre os juízos individuais internos (moral) e externos (direito)”²¹⁶.

Percebe-se, de plano, que a concepção liberal contratualista fornece bases fortes ao pensamento penal garantista, legitimando somente um poder limitado pela legalidade, protegendo os cidadãos contra os abusos do poder absoluto. E dessa forma, Locke concede a base iluminista necessária para as ideias reformadoras do sistema punitivo de pensadores como Beccaria²¹⁷. A dualidade em sua teoria é incontestável: combate o sistema punitivo do Antigo Regime e projeta uma “Justiça Penal liberal, humanitária e utilitária, contratualmente modelada”²¹⁸.

²¹⁵ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias...cit.*, p. 34.

²¹⁶ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias...cit.*, p. 34 – 35.

²¹⁷ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias...cit.*, p. 36.

²¹⁸ ANDRADE, Vera. *Dogmática e Sistema Penal...cit.*, p. 132.

A revolução burguesa, tributária de toda ideologia iluminista, não consistiu em uma mera conquista dos aparelhos estatais por uma nova classe social, nem uma simples organização institucional: “a revolução burguesa do século XVIII e início do século XIX foi a invenção de uma nova tecnologia de poder, cujas peças essenciais são as disciplinas”²¹⁹. Essa nova estratégia é perceptível na teoria do contrato: o criminoso rompeu o pacto social, atacando toda a sociedade. Assim, toda a sociedade está presente no castigo corporal, sendo necessário determinar a medida da pena e da economia punitiva²²⁰. Sendo um inimigo comum, o direito de punir é de toda a sociedade, um poder que precisa ser limitado:

O direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade. Mas ele se encontra então recomposto com elementos tão fortes, que se torna quase mais temível. O malfeitor foi arrancado a uma ameaça, por natureza, excessiva, mas é exposto a uma pena que não se vê o que pudesse limitar. Volta de um terrível superpoder. E com a necessidade de colocar um princípio de moderação ao poder do castigo²²¹.

Cesare de Beccaria foi o maior divulgador das ideias dos “reformadores lombardos”, que compunham a *Accademia dei Pugni* e divulgavam as ideias iluministas, adepto ao racionalismo liberal, ressaltando a necessidade de se limitar o poder soberano, que somente seria legítimo se representasse a soma das vontades individuais dos indivíduos livres o constituíram²²²: “o conjunto de todas essas pequenas porções [de liberdade] é o fundamento do direito de punir; todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato, e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo”²²³. Sua base ideológica é incontestável: “para ele, a origem das penas encontra-se no contrato social e na necessidade de defendê-los dos ataques particulares”²²⁴.

²¹⁹ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 109.

²²⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 86.

²²¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 87.

²²² BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milano: Mursia, 1973, p. 07: “Le leggi sono le condizioni, colle quali uimini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere inun continuo stato di guerra e di godere una libertà resa inutile dall’incerteza di conservarla. Essi ne sacrificarono una parte per goderne il restante con sicurezza e trnquilità. La somma di tutte queste porzioni di libertà sacrificate al bene di ciascheduno forma la sovranità di una nazione, ed il sovrano è il legittimo depositario ed amministratore di quelle”.

²²³ BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene...cit.*, p. 09. Tradução livre: “L’aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il di piú è abuso e non giustizia, è fatto, ma non già diritto”.

²²⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos...cit.*, p. 161.

A crítica de Beccaria denuncia a real função do sistema penal do Antigo Regime, com leis obscuras, caóticas, sem forma, com vícios devidos à possibilidade de aplicar a lei de forma desigual, conforme o nível social do réu. Já em relação às penas, afirma que eram assentadas no “*duplo pilar da expição moral e da intimidação coletiva*, eram excessivamente arbitrárias e bárbaras, prodigando os castigos corporais e a pena de morte(...). Em síntese, a Justiça Penal vigente atentava, em todos os sentidos, contra necessária certeza do Direito e a segurança individual”²²⁵.

Se o objetivo da sociedade civil é proteger os indivíduos, a pena só se justifica na medida em que seja útil para conservar a segurança pública²²⁶, devendo ser limitada pela lei – não ficando mais ao arbítrio do juiz. Somente o legislador, legitimado pelo poder soberano do povo (ou seja, a soma de suas vontades livres e individuais), que pode fixar as penas de cada delito, cabendo ao magistrado somente aplicar a lei: “nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão”²²⁷. Percebe-se a influência de Locke e, principalmente, de Montesquieu no tocante à importância dada ao poder legislativo, o legislador é o homem que não comete crimes²²⁸: “o poder legislativo deve indicar os fatos que constituem delito, não somente para limitar o poder soberano para castigar, como igualmente porque isso serve para evitar sua comissão enquanto utilidade”²²⁹. Baseando-se na divisão dos poderes e no poder punitivo proveniente do contrato social, BECCARIA ressalta a “exigência de legalidade, princípio que veio consubstanciar na fórmula *nullun crimen nulla poena sine lege* que lhe imprimiu FEUERBACH”²³⁰.

O fundamental na tese de BECCARIA é a segurança de todo indivíduo em face do poder punitivo arbitrário do soberano “e sua preocupação central é a instauração de um regime estrito de legalidade (Penal e Processo Penal) que evite toda a incerteza do poder punitivo, ao mesmo tempo em que promova sua humanização e instrumentalização utilitária”²³¹. É necessário calcular a pena não em

²²⁵ ANDRADE, Vera. *Dogmática e Sistema Penal...cit.*, p. 132.

²²⁶ BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene...cit.*, p. 09.

²²⁷ BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene...cit.*, p. 10.

²²⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 88.

²²⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos...cit.*, p. 162.

²³⁰ ANDRADE, Vera. *Dogmática e Sistema Penal...cit.*, p. 134.

²³¹ ANDRADE, Vera. *Dogmática e Sistema Penal...cit.*, p. 133.

função do crime, mas principalmente em razão de sua possível repetição: “fazer de tal modo que o mal feitor não possa ter vontade de recomeçar, nem possibilidade de ter imitadores. Punir será então uma arte dos efeitos”²³².

Esta é a mecânica do exemplo, o princípio da economia punitiva: o mais importante é punir o suficiente para prevenir. O exemplo não é mais um ritual do poder punitivo, mas um sinal que obstaculiza novos crimes: “através dessa técnica dos sinais punitivos, que tende a inverter todo o campo temporal da ação penal, os reformadores pensam dar ao poder de punir um instrumento econômico, eficaz, generalizável por todo o corpo social, que possa codificar todos os comportamentos”²³³.

A natureza das penas e a precisa definição do direito penal material penal, bem como o aperfeiçoamento do processo penal eram questões que interessavam não somente as classes subalternas, mas também a burguesia, que buscava “garantias legais para sua própria segurança”²³⁴. O princípio da legalidade não só remete à ideia de certeza e de um castigo útil para impedir novos crimes, mas também à busca da classe burguesa pela ascensão social, evitando a concessão de benefícios penais da nobreza como graças ou indultos, práticas comuns no Antigo Regime²³⁵.

A primeira consequência da origem racional do direito é que somente com boas leis seria possível impedir os abusos absolutistas. A segunda consequência do contrato social seria, além do princípio da legalidade, a exigência de leis gerais e claras, que não necessitem de interpretação, bastando ao juiz sua aplicação, impedindo-se qualquer arbitrariedade²³⁶. A terceira é a exigência de que a pena seja útil, humana e proporcional ao crime, “não pode ter como finalidade torturar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime já praticado, mas prevenir o delito”²³⁷.

A modernização das penas se faz necessária, segundo Beccaria, para que sejam mais eficazes, evitando-se o delito futuro e protegendo a sociedade: “castigos cruéis são excessivos e contraproducentes, tornam-se insensíveis aos homens e por

²³² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 89.

²³³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*.

²³⁴ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 110.

²³⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos...cit.*, p. 162.

²³⁶ ANDRADE, Vera. *Dogmática e Sistema Penal...cit.*, p. 134.

²³⁷ ANDRADE, Vera. *Dogmática e Sistema Penal...cit.*, p. 135.

isso devem ser substituídos por outros que sejam eficientes na hora de prevenir os delitos”²³⁸. A pena deve ser proporcional ao delito cometido, devendo ser mais eficaz e durável. Sua medida é exata em relação ao mal criado pelo crime à sociedade.

BECCARIA formulou o princípio da legalidade para crimes e penas, além de defender a certeza e a igualdade jurídica; a proporcionalidade, utilidade preventiva e humanização da pena foram importantes críticas ao regime punitivo Absolutista²³⁹. Com esse saber iluminista e reformista, nasce um projeto de uma nova Justiça Penal, com a promessa moderna de segurança individual.

Esses postulados são positivados pelo movimento codificador europeu do século XVIII, originando o Direito Penal liberal. O primeiro Código Penal foi obra de Catarina II, da Rússia, em 1767, seguido de José II, da Áustria, vinte anos mais tarde, com a promulgação de uma Lei geral sobre os castigos dos delitos. Os códigos revolucionários franceses (1791 e 1795) também positivam os postulados Clássicos até que, em 1810 é promulgado o Código Penal Napoleônico. O objetivo da Escola Clássica não era mais combater a Justiça Penal, mas efetivar os princípios básicos já positivados, dando lugar ao posicionamento construtivo e não mais crítico-negativo: “no lugar da crítica à legislação, ao processo e à execução penal do Antigo Regime, o classicismo passa a edificar a construção conceitual sistemática do Direito Penal, do crime, da responsabilidade penal e da pena, que deverão sustentar o novo Direito Penal liberal”²⁴⁰.

Em seguida, CARRARA passa a construir a definição de crime como “ente jurídico”, decompondo-o analiticamente em dois elementos construtivos (forças físicas e psíquicas), estabelecendo as bases da análise lógico-formal. A ação humana foi estudada a partir da liberdade individual, garantia em face do poder punitivo arbitrário que só se efetivou quando as características voluntárias da ação foram definidas: “além de ser uma violação, o crime é, para o classicismo, uma violação ‘consciente e voluntária’ da norma penal e, pois, dos seus elementos

²³⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos...cit.*, p. 163.

²³⁹ ANDRADE, Vera. *Dogmática e Sistema Penal...cit.*, p. 133.

²⁴⁰ ANDRADE, Vera. *Dogmática e Sistema Penal...cit.*, p. 137.

constitutivos conferem especial relevância à ‘vontade culpável’²⁴¹, fruto do livre-arbítrio de violar a norma.

A concepção de crime manifesta um “normativismo abstrato”: a responsabilização penal decorre da violação consciente, livre e voluntária da lei penal, baseando-se na responsabilidade moral e no livre-arbítrio. Isso é essencial para diferenciar imputáveis de inimputáveis: para manifestar vontade livre e consciente de violar a norma criminal, o sujeito deve ser imputável, ou seja, pode ser responsabilizado moralmente pelo fato punível:

“Logo, no sistema definido pelos clássicos, a imputabilidade – entendida como capacidade de entender o valor ético-social da ação e de determinar-se para a própria ação, sabendo assim subtrair-se ao influxo imperioso dos componentes externos e internos da ação – constitui **um elemento fundamental** e a **distinção entre imputáveis e inimputáveis é decisiva**, pois o **enfermo mental é tão irresponsável pelo crime como se não o tivesse cometido**. Fora dos limites da imputabilidade, o classicismo via um campo exclusivamente reservado às **medidas de caráter profilático**”²⁴².

A pena possui não mais natureza expiatória, mas sim retributiva: é uma resposta do ordenamento jurídico, uma retribuição como forma de reestabelecer o equilíbrio jurídico. O fato-crime é o tema central do classicismo e não mais a pessoa do criminoso – “nele não visualizou nenhuma anormalidade em relação aos demais homens”²⁴³. Todos os homens são racionais e podem atuar de forma responsável, sendo iguais perante à lei, a única diferença do criminoso reside no *fato*: por intermédio de seu livre-arbítrio, violou conscientemente a lei penal. Assim, “no centro das análises da Escola Clássica não está autor, mas sim o fato: a objetividade do fato-crime”²⁴⁴. O referencial central é o crime praticado, o indivíduo será apenas objeto de proteção em relação aos arbítrios do poder punitivo – então é delimitado um “Direito Penal do fato’, baseado na noção (liberal) de livre-arbítrio e responsabilidade moral, no qual a imputabilidade e a gravidade objetiva do crime constituem medida para uma penalidade dosimétrica, vista, então, como retribuição proporcional ao crime”²⁴⁵, submetido ao princípio da legalidade.

A racionalidade do crime é essencial para que se aplique a pena na nova economia punitiva, algo inovador em relação aos suplícios, implicando duas

²⁴¹ ANDRADE, Vera. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 141.

²⁴² ANDRADE, Vera. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 142.

²⁴³ ANDRADE, Vera. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 144.

²⁴⁴ ANDRADE, Vera. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 145.

²⁴⁵ ANDRADR, Vera. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 145.

consequências: “a primeira é uma afirmação explícita de racionalidade. Outrora, todo crime era punível a partir do momento em que não se havia demonstrado a demência do sujeito”²⁴⁶. Caso a demência fosse possível, a questão que surgia era em relação à razoabilidade do crime. Somente a razoabilidade permitiria a punição do sujeito. O princípio da razoabilidade é explícito: “é preciso, além disso, admitir uma justaposição das razões que tornam o crime inteligível e da racionalidade do sujeito que deve ser punido”²⁴⁷. E nasce então uma nova economia punitiva: não se pune o fato, mas sim o criminoso (não obstante o fundamento agora ser o fato). Foucault ressalta que na teoria, para a pena ser aplicável, bastava que o sujeito fosse sã no momento do ato.

A nova semiótica punitiva pode ser definida, segundo FOUCAULT, em seis regras basilares. A primeira delas é a *regra da quantidade mínima*: se um crime é cometido porque traz vantagens, a pena deve trazer uma desvantagem um pouco maior para que a conduta delitiva se torne indesejável²⁴⁸.

A segunda regra é uma consequência da primeira – a *regra da idealidade suficiente*: a vantagem representada no motivo do crime deve ser menor do que a vantagem que se espera da pena. A punição não precisa mais ter como alvo o sofrimento do corpo, mas sim a representação da pena²⁴⁹.

A terceira é a *regra dos efeitos laterais*: a pena ideal deve produzir efeitos mais significativos na população e não no culpado. Beccaria dá como exemplo a pena da escravidão, substitutiva da pena de morte, a “pena economicamente ideal: e mínima para o que a sofre (e que, reduzido à escravidão, não poderá reincidir) e máxima para os que a imaginam”²⁵⁰.

A quarta regra é deduzida das primeiras: *regra da certeza perfeita*. Assim, associa-se ao crime e suas esperadas vantagens um castigo específico, com desvantagens precisas e necessárias, dando-se eficácia ao sistema punitivo. Daí então nasce o princípio da legalidade, com todas suas manifestações (lei prévia, escrita, estrita e certa). O principal é “que nenhum crime cometido escape ao olhar

²⁴⁶ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 144.

²⁴⁷ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 145.

²⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 90.

²⁴⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 91.

²⁵⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 91.

dos que têm que fazer justiça; nada torna mais frágil o instrumento das leis que a esperança de impunidade²⁵¹. A polícia torna-se essencial, como órgão de vigilância e certeza de trazer cada crime cometido à luz do dia, para ser punido com eficácia.

A quinta regra é a *regra da verdade comum*: o livre convencimento e o abandono das regras tarifárias exige que o crime seja demonstrado no processo.

Finalmente, a última regra corresponde à *regra da especificação ideal*: todas os crimes são qualificados segundo sua natureza, sendo necessário um código exaustivo e explícito, que permita a individualização real das penas, impedindo a reincidência: uma modulação segundo a natureza do infrator²⁵².

Sob a suavização das penas, encontram-se regras que permitem o exercício calculado do poder de punir. Igualmente, exigiam um deslocamento do objeto de aplicação: não mais o corpo supliciado, mas sim “o espírito ou antes um jogo de representações e de sinais e circulem discretamente, mas com necessidade e evidência no espírito de todos”²⁵³.

Além do princípio da legalidade, da delimitação do poder punitivo e sua generalização, encontramos dois vetores de objetivação do crime e do criminoso. O criminoso é o inimigo da sociedade, aquele que rompeu com o pacto social, que traz consigo “um fragmento selvagem de natureza; aparece como o celerado, o monstro, o louco talvez, o doente e logo [final do século XIX] o anormal. É a esse título que ele se encontrará um dia sob uma objetivação científica, e o ‘tratamento’ que lhe é correlato”²⁵⁴. Outrossim, ajusta-se um campo de prevenção, de medir os efeitos do poder punitivo, calcular os interesses, ajustar as penas, o que leva, igualmente, à objetivação do crime e do criminoso. Na prática, o poder punitivo não tem como objeto somente o crime, mas também o indivíduo.

Enquanto a objetivação do criminoso somente encontrará fundamentos em um poder saber científico, no final dos século XIX, com a formação do discurso ubesco da psiquiatria penal, a objetivação do crime tem efeitos mais rápidos e decisivos, com a limitação do poder punitivo e a codificação das penas, apoiada no

²⁵¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 92.

²⁵² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 97.

²⁵³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 97.

²⁵⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 97.

discurso da filosofia penal clássica, concebendo uma nova e eficaz tecnologia punitiva, exercida não mais sobre o corpo dos homens, mas sobre o espírito, controle de suas ideias, “tecnologia dos poderes sutis, eficazes e econômicos, em oposição aos gastos suntuárias do poder dos soberanos”²⁵⁵. O corpo ainda é objeto da punição, mas de uma forma inovadora, a nova política do corpo.

§ 2 – O projeto de instituição carcerária e suas bases: a casa de correção

A pena de prisão não foi prevista como penalidade específica pelos reformadores, já que a pena não deveria ser uniforme, mas modulada pela natureza do crime. A privação de liberdade era prevista apenas como consequência das demais penas, como a pena de trabalhos forçados. A própria ideia de reclusão era rejeitada pelos reformadores clássicos, já que não era pública nem específica: “a prisão em seu todo é incompatível com toda essa técnica da pena-efeito, da pena-representação, da pena-função geral, da pena-sinal e discurso”²⁵⁶.

Mesmo assim, a privação de liberdade logo se tornou a forma essencial de castigo, como é o caso do Código Penal francês de 1810. Tanto o cadafalso do corpo supliciado como o teatro punitivo dos reformadores são logo substituídos pela instituição carcerária, “uma materialidade totalmente diferente, uma física do poder totalmente diferente, uma maneira de investir o corpo do homem totalmente diferente”²⁵⁷. Uma nova economia punitiva se constrói, paulatinamente, no século XIX. Mesmo sob os postulados clássicos, as legislações substituem as penas pela privação de liberdade.

O repentino sucesso é surpreendente, já que a prisão não era um castigo consolidado do sistema penal, substituindo, automaticamente, os suplícios. A restrição de liberdade era tida como uma garantia cautelar sobre o corpo do autor do crime. Poderia substituir, em casos excepcionais, a pena das galeras, para crianças, mulheres e inválidos. Mas para que a substituição efetiva se realizasse, a privação de liberdade precisou mudar de estatuto jurídico²⁵⁸.

²⁵⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 98.

²⁵⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 110.

²⁵⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 112.

²⁵⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 114.

Em um sistema de produção pré-capitalista, “o cárcere como pena não existe. Essa afirmação é historicamente verificável, advertindo-se que a realidade feudal não ignora propriamente o cárcere como instituição, mas sim a pena do internamento como privação de liberdade”²⁵⁹.

Nos tempos da reforma clássica, a pena de prisão era assimilada ao arbítrio real, às arbitrariedades e indeterminações do poder abusivo do soberano²⁶⁰. Como pôde então se tornar tão rapidamente a forma mais comum das penas? FOUCAULT atribui o sucesso aos grandes modelos do cárcere como pena, anteriores à Escola Clássica e a reforma penal. Apesar de possuírem princípios comuns, contudo, os modelos possuem inúmeros pontos heterogêneos, e até mesmo incompatíveis²⁶¹.

Além da afirmação dos poderes centralizadores, a severidade da justiça criminal deu-se por motivos econômicos: “as necessidades do novo modo de produção [capitalista] demandavam que outro grupo estivesse disposto a entregar, disciplinadamente, sua força de trabalho em troca de um salário”²⁶². As penas físicas ainda se referem diretamente ao corpo, mas de uma forma diferente em relação ao suplício. Se antes o corpo é a superfície na qual a pena é inscrita, a aqui “o corpo adquire uma significação totalmente diferente; ele não é mais o que deve ser supliciado, mas o que deve ser formado, reformado, corrigido, o que deve adquirir aptidões, receber um certo número de qualidades, qualificar-se como corpo capaz de trabalhar”²⁶³. O corpo é apenas um instrumento intermediário da punição: “qualquer intervenção sobre ele pelo enclausuramento, pelo trabalho obrigatório visa privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e como um bem”²⁶⁴. Com o desenvolvimento da economia do comércio, um novo sistema punitivo foi inventado.

Do processo de dissolução do mundo feudal com a acumulação primitiva, não nos interessa a *criação do capital*, mas sim a *formação do proletariado*. A acumulação primitiva foi o processo que criou a relação capitalista: separou “o

²⁵⁹ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 21.

²⁶⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 115.

²⁶¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 116.

²⁶² ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos...cit.*, p. 114.

²⁶³ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas...cit.*, p. 119.

²⁶⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 16.

trabalhador da propriedade das próprias condições de trabalho”²⁶⁵, transformando em capital os meios de subsistência e produção, bem como em operários assalariados os antigos produtores diretos. Podemos apontar algumas causas essenciais para a grande expulsão das terras durante os séculos XV e XVI: “o licenciamento das manumissões feudais, a dissolução dos mosteiros, os cerceamentos das terras para a criação de ovelhas e as mudanças nos métodos de cultivo”²⁶⁶. Além disso, a ineficiência do modo feudal de produção, que impunha uma carga de trabalho cada vez mais pesada para as massas camponesas, fez restar nenhuma opção para a classe camponesa senão a vagabundagem pelos campos ou a fuga para a cidade. Esses fatores determinaram o fim do modo de produção feudal. Os campos foram povoados por “milhares de trabalhadores expropriados, convertidos em mendigos, vagabundos, às vezes bandidos, porém, em geral, numa multidão de desempregados”²⁶⁷. Os antigos servos feudais, despojados das terras comunitárias, não contavam mais com meios de produção senão a venda de sua mão de obra durante a nova ordem estatal capitalista: “expropriados dos meios de produção e expulsos do campo – o violento processo de *acumulação primitiva* do capital nos séculos 15 e 16 –, os camponeses se concentraram nas cidades, onde a insuficiente absorção de mão de obra pela manufatura e a inadaptação à disciplina do trabalho assalariado originam a formação de massas de desocupados urbanos”²⁶⁸.

Por esse motivo, Karl MARX justifica o aparecimento de “legislações sanguinárias” contra a vadiagem e mendicância, no final do século XV e início do século XVI, na Inglaterra: “os ancestrais da classe trabalhadora atual foram punidos inicialmente por se transformarem em vagabundos e indigentes, transformação que lhes era imposta”²⁶⁹. Em 1530, um estatuto de Henrique VIII “obriga o registro dos vagabundos, introduzindo uma primeira distinção entre aqueles que estavam incapacitados para o trabalho (*impotent*), a quem era autorizado mendigar, e os demais, que não podiam receber nenhum tipo de caridade, sob pena de serem

²⁶⁵ MARX, Karl. *O capital: Crítica da Economia Política*. Livro I, V. II. Tradução Reginaldo Sant’Anna. 7ª. Ed. São Paulo: DIFEL, 1986, p. 830.

²⁶⁶ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 33.

²⁶⁷ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 34.

²⁶⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 4ªed. Florianópolis: Conceito Editorial: ICPC, 2010, p. 459.

²⁶⁹ MARX, Karl. *O capital...cit.*, p. 851.

açoitados”²⁷⁰. Uma modificação na legislação agravou a pena dos reincidentes que poderiam trabalhar: “na primeira reincidência de vagabundagem, além da pena de flagelação, metade da orelha será cortada; na segunda, o culpado será enforcado como criminoso irrecuperável e inimigo da comunidade”²⁷¹. As penas corporais, que ainda demonstram dimensões dos suplícios, tornaram-se insuficientes para enquadrar a população rural à disciplina do trabalho assalariado: “à medida que o processo de proletarização avançava, as medidas terroristas tinham cada vez menos eficácia; por outro lado, o desenvolvimento econômico e em particular o da manufatura requeria cada vez mais força de trabalho dos campos”²⁷².

Em Londres, durante o ano de 1555, o Rei autorizou a utilização do castelo de Bridewell para acolher vagabundos, mendigos ociosos, ladrões e criminosos menores, com o objetivo de reformar os internos com trabalho obrigatório e disciplina e desencorajar o ócio, para que as pessoas buscassem trabalhar. Em pouco tempo, as *houses of correction*, também chamadas de *bridewells*, apareceram por toda a Inglaterra. Contudo, somente com a rainha Elisabeth foram promulgadas as disposições da *Old Poor Law*, dando base jurídica para as casas de correção. Em 1576, “o problema foi enfrentado através da extensão a todo o país das casas de correção que deviam fornecer trabalho aos desempregados ou obrigar quem se recusasse a fazê-lo”²⁷³. Segundo MELOSSI e PAVARINI, o objetivo das *houses of correction* ou *workhouses* era aumentar a resistência dos trabalhadores e fazê-los aceitarem condições de trabalho que permitissem a extração máxima da mais-valia. A utilização da mão de obra substituiria o castigo: “este trabalho obrigatório serviria para disciplinar esses sujeitos e, ao mesmo tempo, para assegurar o máximo da mais-valia, puxando o salário para baixo, também dos trabalhadores ‘livres’”²⁷⁴. Verifica-se, então, a invenção do trabalho forçado como pena, com a criação das casas *workhouses*, no século XVI, uma forma de “tratar o sintoma” (e não a causa) da emergente exclusão social capitalista: “casas de trabalho forçado de camponeses

²⁷⁰ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 34.

²⁷¹ MARX, Karl. *O capital...cit.*, p. 851 – 852.

²⁷² MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 35 – 36.

²⁷³ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 37.

²⁷⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos ...cit.*, p. 117.

expropriados dos meios de subsistência material, com a finalidade de disciplina e adequação pessoal para o trabalho assalariado”²⁷⁵.

Otto KIRSHHEIMER e Georg RUSCH atribuem a invenção dos trabalhos forçados na Europa continental à queda populacional ocorrida após o século XVII. A repressão do desemprego corresponde ao aumento populacional ocorrido entre o século XVI e XVII²⁷⁶. Em meados do século XIV, a queda populacional ocasionada pela peste negra foi superada. Com o esgotamento do solo e o decréscimo da colheita, os estados do leste europeu começaram a exportar grãos. A agricultura do ocidente ficou prejudicada e “os senhores de terra ficavam satisfeitos em achar pequenos fazendeiros que lhes pagassem uma renda nominal pelo direito do uso do solo”²⁷⁷, e a terra se tornou um bem valioso. A diminuição da demanda por mão-de-obra permitiu aos senhores feudais diminuir a qualidade de vida de seus camponeses, e o fechamento dos campos, iniciado durante o século XV na Inglaterra, piorou a opressão ao campesinato. Com a crise na agricultura, a lavoura foi substituída pela criação de gado, agravando a situação. Insatisfeitos com a situação do campo e vislumbrando melhores oportunidades, o excedente populacional migrou para as cidades, favorecendo a posição dos artesãos.

As cidades dificultavam a entrada de estrangeiros, assim como as associações de comerciantes:

Forçados a permanecer nas estradas, os últimos imigrantes tornaram-se errantes, vagabundos e mendigos; seus bandos foram uma verdadeira praga. Nenhuma política social consistente foi desenvolvida para resolver esta situação. Estas pessoas tinham como único recurso reunir-se aos bandos de mercenários que começavam a surgir”²⁷⁸.

Esse barato suprimento de soldados para os estados emergentes logo perdeu importância, ainda mais porque o esgotamento do solo e o aumento da miséria impossibilitou o pagamento dos tributos pelos camponeses. Cavaleiros sem terra assumiram a prática da rapina, enquanto o campesinato despossuído roubava abertamente. Enquanto isso, o capital urbano deixou de ser subordinado para virar senhor, as guildas de comerciantes tornaram-se um forte instrumento para

²⁷⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...cit.*, p. 460.

²⁷⁶ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 38.

²⁷⁷ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 27.

²⁷⁸ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 29.

consolidar o capitalismo – ricos artesãos poderiam usufruir de um proletariado crescente e dependente de créditos de seus patrões. Ocorria a opressão dos assalariados urbanos e rurais. A política criminal “racionalizante” e retributiva apenas piorou a situação da criminalidade crescente:

Ela retira os foras-da-lei, os mutilados e os queimados de suas casas e da sociedade de gente honesta e os joga na rua. A própria lei ajudou a engrossar as fileiras de criminosos em potencial, que mais tarde cometerão vários dos pequenos desvios que se tornaram muito comuns(...). A punição brutal não pode ser simplesmente atribuída à crueldade primitiva de uma época, agora abolida. A crueldade mesma é um fenômeno social que apenas pode ser entendido nos termos das relações sociais dominantes num dado período²⁷⁹.

Contudo, a situação é alterada durante o século XVI: o crescimento demográfico permanece pequeno devido às guerras religiosas e distúrbios internos. Ademais, durante o século XVII, após a Guerra dos Trinta anos, a população cai a uma taxa comparável à peste negra. Com o desaparecimento do exército de reserva de mão-de-obra, os salários aumentam. Na Holanda, o nível de vida dos trabalhadores chegava a ser melhor que de seus empregadores²⁸⁰. A melhora nas condições de vida da classe trabalhadora também pode ser observada na Alemanha. Mesmo que a escassez de oferta de trabalho não fosse um movimento uniforme em toda a Europa, as leis opressoras fizeram com que os pobres voltassem aos locais de origem. Durante a vigência do mercantilismo, das conquistas marítimas e da expansão dos mercados, a situação era crítica para o capital:

A falta de constância no fornecimento de mão-de-obra e a baixa produtividade do trabalho significava uma grande mudança na posição das classes proprietárias. Ao mesmo tempo em que a extensão dos mercados e o crescimento da demanda por equipamentos técnicos exigiam mais investimento de capital, o trabalho tornava-se relativamente um bem escasso. Os capitalistas do período mercantilista podiam obter força de trabalho somente no mercado livre, através do pagamento de altos salários e garantindo condições de trabalho favoráveis(...). A acumulação de capital era necessária para a expansão do comércio e da manufatura, mas estava sendo obstaculizada pela resistência que as novas condições permitiam. Os capitalistas foram obrigados a apelar ao Estado para garantir a redução dos salários e a produtividade do capital²⁸¹.

²⁷⁹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 42.

²⁸⁰ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 45.

²⁸¹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 46.

As classes dominantes e os estados absolutistas formam uma frente de batalha para superar as adversidades do mercado, já que o crescimento da indústria fazia parte do interesse das forças absolutistas, procurando baixar os custos da força de trabalho ao tabelar salários máximos, proibir contratações e estabelecer a obrigação do trabalhador em aceitar a primeira oferta de trabalho que recebesse²⁸². Se a oferta diminuiu, “o capital nascente vai necessitar da intervenção do Estado para continuar a lhe garantir os lucros altíssimos que a chamada ‘revolução dos preços’ do século XVI lhe proporcionou”²⁸³. Contudo, Dario MELOSSI ressalta que a valorização da força de trabalho libertada não ocorreu de forma tão rápida, assim, mesmo que na segunda metade do século XVI a oferta de trabalho continuasse a crescer, era insuficiente para atender a demanda de mão-de-obra que o período elisabetano possuía. Para que o proletariado não assumisse a função de regular o preço do trabalho, criou-se o trabalho forçado. Era necessário aumentar a oferta: os grupos sociais que não integravam a massa produtiva, desocupados forçados que compunham a população de mendigos, ladrões, delinquentes e vagabundos, foram alvo do disciplinamento da violência punitiva entre os séculos XIV e XVII, com a intensificação da repressão contra a vagabundagem: seria aplicada uma política de extermínio e de medo sobre os indivíduos “economicamente sobrantes”, sendo necessário transcender a pena corporal para disciplinar o “outro”. Nesse sentido, as lições de Gabriel Ignacio ANITUA:

[Assim como FOUCAULT, ao analisar o tratamento do leproso e os crimes,] Sellin igualmente leva em conta as necessidades do capitalismo mercantil e menciona que os castigos corporais não cumpriam nenhuma função no disciplinamento da força de trabalho, nem tiveram capacidade para reduzir as enormes massas de ‘vagabundos’ que perambulavam por esta Europa em mutação (...). As cidades capitalistas mencionadas mais acima começaram a aplicar o direito de acordo com o *status* de seus habitantes: a progressiva similitude outorgada aos nascidos nelas e aos que nelas tinham raízes era acompanhada por um tratamento totalmente repressivo àqueles estrangeiros por definição, sem domicílio físico [excedente populacional que se deslocou para as áreas urbanas após o cerceamento das terras comunais] e a quem chamavam, por vagar de um lado a outro, de ‘vagos’. A questão dos vagos, dos sem amarras ou vínculos estreitos com a comunidade através do seu lugar no sistema de produção, marcaria, daí em diante, e até hoje, o discurso de segurança ocidental²⁸⁴.

²⁸² MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 37 - 38.

²⁸³ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 38.

²⁸⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos...cit.*, p. 115.

Expulsar o outro, encarcerando, e incluí-lo, disciplinando, foram os objetivos perseguidos por uma nova política criminal – o sequestro institucionalizado em hospícios, casas de trabalho ou de caridade. Contudo, o desenvolvimento máximo da iniciativa estatal de limpar as cidades de mendigos e vagabundos ocorreu na Holanda, no final do século XVI. Apesar de possuir o sistema capitalista europeu mais desenvolvido, não contava com o excedente populacional como o inglês, após o cerceamento de terra. Além de altos salários e condições de trabalho exigentes, as jornadas de trabalho eram pequenas:

Inovações destinadas a reduzir o custo da produção eram naturalmente bem-vindas. Todos os esforços foram feitos para aproveitar a reserva de mão-de-obra disponível, não apenas para absolvê-la às atividades econômicas, mas, sobretudo, para “ressocializá-la” de uma tal forma que futuramente ela entraria no mercado de trabalho espontaneamente. Essas estratégias eram sustentadas pelo calvinismo²⁸⁵.

Essa situação que levou a capital holandesa a mudar seu sistema punitivo, para “desperdiçar a menor quota possível de força de trabalho e de controlá-la e regular a sua melhor utilização de acordo com as necessidades de valorização do capital”²⁸⁶. Contudo, Dario MELOSSI ressalta que o objetivo das casas de trabalho forçado não é apenas manter os salários baixos, nem constituem o único instrumento para atingir tal objetivo. No caso da Inglaterra, a legislação estabelecia o teto salarial, proibia a livre associação dos trabalhadores e prolongava as jornadas de trabalho²⁸⁷. Sua função última é muito mais complexa: a domesticação, a programação, o controle da força de trabalho²⁸⁸.

Em todos os trabalhadores não aceitaram facilmente a disciplina têxtil. Assim, as casas de correção foram medidas mais enérgicas para forçar os mais resistentes a forjar seu cotidiano conforme as necessidades do capital, transcendendo a função de tabelar os salários dos internos como dos trabalhadores comuns: seu objetivo é o controle, educação e domesticação da força de trabalho – a disciplina da nova situação dos antigos camponeses. O resultado é duplo: em relação aos trabalhadores livres, permitiu a aceitação induzida de salários mais baixos e condições de trabalho que permitam uma maior produção de mais-valia; em

²⁸⁵ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 68.

²⁸⁶ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 40.

²⁸⁷ MARX, Karl. *O capital...cit.*, p. 856 – 859.

²⁸⁸ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 41.

relação aos trabalhadores rebeldes, possibilitou o aprendizado da disciplina produtiva, bem como a diminuição da capacidade de oposição e resistência da classe.

Para isso, os cárceres de custódias foram ampliados e transformados em locais de trabalho. O pensamento humanista do holandês Dirck Volckertszoon Coornhert²⁸⁹ sobre a utilidade de fazer o condenado trabalhar ao invés de receber uma pena diretamente corporal, foi logo colocado em prática²⁹⁰. Assim, em 1596 e 1597, a Câmara de Amsterdã criou dois centros de trabalho forçado para reclusos, instituição que não recebeu herança do exemplo inglês. Essas “novas casas de trabalho manufatureiro receberam o nome comum de Rasp-huis – ou ‘casas de raspagem’ – uma vez que a atividade que desenvolviam era raspar a madeira importada do Brasil”²⁹¹, pó utilizado para pigmentar tecidos fornecidos para a indústria têxtil. Nesse sentido, Georg RUSCHE e Otto KIRCHHEIMER afirmam:

A essência da casa de correção era uma combinação de princípios das casas de assistência aos pobres (*poorhouse*), oficinas de trabalho (*workhouse*) e instituições penais. Seu objetivo principal era transformar a força de trabalho dos indesejáveis, tornando-a socialmente útil. Através do trabalho forçado dentro da instituição, os prisioneiros adquiririam hábitos industriais e, ao mesmo tempo, receberiam um treinamento profissional. Uma vez em liberdade, esperava-se, eles procurariam o mercado de trabalho voluntariamente²⁹².

Não só aqueles que haviam cometido pequenos delitos eram então admitidos, como era feito primeiramente, mas também marginalizados e condenados a penas longas. Posteriormente, a população começou a internar crianças e dependentes dispendiosos. A casa de trabalho ou de correção não substituiu completamente as demais formas punitivas, situando-se entre a multa ou uma punição corporal leve e as penas mais graves, como a deportação e a pena de morte: “o que importa é que a casa de trabalho estava destinada ao ‘tipo criminológico’ característico desse período, que nasce ao mesmo tempo que o capitalismo, e que tende a se

²⁸⁹ BONGER, Henk. *The Life and Work of Dirck Volckertszoon Coornher*. Tradução Gerrit Voogt. New York: Editions Rodopi B.V., 2004, p. 259. Disponível na internet: <<http://books.google.com.br/books?id=BPKlwXwcfUcC&pg=PA223&lpg=PA223&dq=coornhert+amsterdam+house&source=bl&ots=XXuSywlc7f&sig=nl4m4NTJY5bhww01aq8DZGIIZ48&hl=pt-BR&sa=X&ei=TalEUuKhL4LS9AS2qICgAg&ved=0CGQQ6AEwAw#v=onepage&q=work&f=false>>

²⁹⁰ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 42.

²⁹¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos...cit.*, p. 117.

²⁹² RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 69.

desenvolver simultaneamente com ele”²⁹³. Os objetivos transcendiam a produção: era o lugar onde se aprendia a *disciplina da produção*, reforçando o dogma do trabalho e a submissão ideológica. Nas *Rasp-huis*, as celas eram compartilhadas pelos detidos, que trabalhavam segundo o modelo produtivo dominante: a manufatura. A transformação da madeira no pó utilizado para pigmentar tecidos era atividade monopolizada pela casa de trabalho de Amsterdã, algo típico do sistema mercantilista, precisando da intervenção ativa do Estado para se firmar.

A segregação institucional não era o único fator que continha a luta de classes. A escolha da manufatura como processo produtivo mais cansativo e rude não foi pensada somente para maximizar os lucros, mas também para tornar os ex artesãos e ex camponeses, os principais grupos que povoavam as casas de correção, operários mais dóceis, destituídos de um saber próprio que lhe permitisse resistir²⁹⁴. Não era o lugar da produção, mas sim onde se aprendia a disciplina produtiva. Os salários simbólicos com que os trabalhadores forçados eram remunerados tornavam o trabalho opressivo e preparavam o trabalhador para a obediência no mercado. Dario MELOSSI e Massimo PAVARINI denunciam a importância da ordem disciplinar dessas instituições:

A particular dureza das condições de trabalho no interior das casas de correção, tem, pois, um outro efeito sobre o lado de fora, aquele que os juristas chamarão de ‘prevenção geral’, isto é, uma função intimidadora para com o operário livre, já que é preferível aceitar as condições impostas ao trabalho e, de forma mais geral, à existência, do que acabar na casa de trabalho ou no cárcere. O regime interno da casa de trabalho, tende, assim, além da absoluta proeminência conferida ao trabalho, acentuar o papel de *Weltanschauung* burguesa que o proletariado livre nunca aceitará completamente. A importância que se confere à ordem e à limpeza, ao vestuário uniforme, à comida e ao ambiente saudáveis (o que certamente não diz respeito àquilo que se relaciona ao processo de trabalho), a proibição de blasfemar e do uso do jargão popular e obscuro, de ler livros ou cartas ou de cantar baladas que não fossem aquelas ordenadas pelos diretores(...), tudo isso constituía uma tentativa de representar, concretamente, na casa de trabalho, o novo estilo de vida há pouco descoberto, para despedaçar uma cultura popular subterrânea que lhe é radicalmente oposta, que é contemporaneamente uma encruzilhada das velhas formas de vida camponesa recém-abandonada com as formas novas que o ataque incessante do capital impõe ao proletariado²⁹⁵.

²⁹³ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 43.

²⁹⁴ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 45.

²⁹⁵ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 46 – 47.

O surgimento do cárcere adicionará ao caráter retributivo da pena uma função essencial: a disciplina. Os fins retributivos e preventivos da prisão asseguram a manutenção das relações sociais baseadas na contradição capital e trabalho assalariado. Assim leciona Juarez Cirino dos SANTOS:

O método punitivo da prisão objetiva transformar o sujeito *real* (condenado) em sujeito *ideal* (trabalhador), adaptado à disciplina do trabalho na fábrica, principal instituição da estrutura social. A correlação *fábrica/cárcere* - ou, de modo mais geral, a correlação *capital* (estrutura social) e *prisão* (controle social) – é a matriz histórica da sociedade capitalista, que explica o aparecimento do aparelho carcerário nas primeiras sociedades industriais (Holanda, Inglaterra, Estados Unidos e França), além de explicar a origem e decadência dos múltiplos sistemas de exploração da força de trabalho carcerária.²⁹⁶

O objetivo é suprimir impulsos produtivos e valorizar apenas a parte do sujeito que é útil ao processo de produção capitalista, algo disseminado pelos costumes burgueses calvinistas aplicados às casas de trabalho durante o século XVII. Apesar do empobrecimento do indivíduo ser assegurado pela fábrica manufatureira, “o adestramento é garantido por uma rede de instituições *subalternas* à fábrica, cujas características modernas fundamentais estão sendo construídas exatamente neste momento: a família mononuclear, a escola, o cárcere, o hospital”²⁹⁷ e ainda o manicômio.

Esse modelo foi seguido por toda a Europa²⁹⁸, com o surgimento de uma classe sem terra, formada por desempregados que lutavam por postos de trabalho, bem como de proletários excluídos das associações de trabalho. Para a repressão da vagabundagem, foi necessária a “substituição do velho sistema de caridade privada e religiosa por uma assistência pública, coordenada pelo Estado”²⁹⁹, medida tomada por países protestantes e católicos. Em 1533, Francisco I estende o modelo de assistência aos pobres de Lyon para todas as paróquias da França. Nessa época, a invenção do *Hôpital* foi a solução francesa análoga às *workhouses* para o problema da vagabundagem, “no qual, porém, continuava prevalecendo o princípio

²⁹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...cit.*, p. 459.

²⁹⁷ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 48.

²⁹⁸ Sobre internação, políticas de higienização, casas de trabalho e hospitais gerais, ver: FOUCAULT, Michel. *História da Loucura na Idade Clássica*. Tradução José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Editora Perspectiva, 1972, p. 45 – 110.

²⁹⁹ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 49.

do internamento simples, em detrimento do internamento com trabalho, típico nas instituições dos países protestantes”³⁰⁰.

Entre a sociedade feudal e a consolidação do modo de produção capitalista, o trabalhador está livre dos vínculos com o senhor feudal, experimentando uma falsa liberdade “sem vínculos”. Para que a autoridade da fábrica, muda e impessoal, se consolide, precisa ser acompanhada por um controle externo da força de trabalho, que ocorreu em vários níveis sociais. Daí a importância da Reforma Religiosa – a “luta contra a Igreja Católica e as suas formas comunitárias externas e privadas de fé interior”³⁰¹, sua substituição pela solidão dos homens e sua relação direta com Deus: são transformações que permitirão a sucessão do homem religioso em relação ao servo feudal. Marx já afirmava que “Lutero, na verdade, venceu a servidão pela *devoção*”. A Reforma concedeu à pobreza uma nova concepção: deixou de ser um atributo, como na Idade Média, para se tornar uma maldição. Lutero proclama a vontade divina do isolamento humano.

A casa de trabalho de Amsterdã serviu de exemplo para muitas cidades europeias, sendo visitada diversas vezes por enviados de outras localidades, principalmente de língua alemã: “é inegável que o mesmo tecido econômico e religioso, em especial calvinista, que ligava estas diversas regiões, exerceu um peso notável no favorecimento da expansão da experiência”³⁰². Abrigar mendigos, loucos, vagabundos, ladrões, prostitutas, jovens criminosos, etc., tinha uma dupla finalidade, tanto disciplinar, quanto o fornecimento de mão-de-obra ante a escassa oferta do século XVII.

Observa-se, contudo, que “esta primeira expansão da prática do sequestro a partir do século XVI não significou a suplantação do castigo físico, mas antes permitiu uma aplicação do mesmo a muitos mais indivíduos, e um agravamento das condições de vida das amplas camadas da população”³⁰³.

Até o século XVIII, as prisões eram apenas o lugar onde os réus aguardavam julgamento (vigendo o princípio *carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet* – as prisões existem para prender os homens e não

³⁰⁰ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 50.

³⁰¹ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 52.

³⁰² MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 57.

³⁰³ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos...cit.*, p. 122.

para puni-los). As penas de prisão eram raras, a maioria daqueles que não esperavam julgamento eram os pobres que não podiam pagar fiança: “homens eram encarcerados por não poderem pagar a fiança, e não podiam sair da prisão enquanto não reembolsassem ao carcereiro as despesas da carceragem”³⁰⁴. Nas casas de correção, os trabalhadores eram detidos o quanto fosse necessário, segundo o interesse dos administradores.

Em 1656, a política de higienização parisiense vai mais longe do que a prática do simples internamento de Lyon, e cria o *Hôpital Général*, para os pobres e necessitados incapazes de se sustentar, que tinham sua capacidade de trabalho utilizada tanto pelos administradores dos hospitais, como por empregadores privados, que utilizavam a mão-de-obra barra para competir no mercado³⁰⁵. Muitos outros foram criados por toda a França, logo em seguida, resultado da atividade dos jesuítas. Contudo, cumpre-nos ressaltar que, apesar da insistência na importância do trabalho, a instituição francesa se diferenciava daquelas oriundas da experiência inglesa e holandesa: a assistência à pobreza era sua característica mais pronunciada do que a produtividade e a disciplina – “dez anos após a sua inauguração o hospital de Paris já apresentava pesados prejuízos econômicos”³⁰⁶. Discordando de RUSCHE e KIRCHHEIMER, Dario MELOSSI afirma a diferença religiosa como relevante fator para a difusão da instituição – confundia-se o internamento punitivo com a assistência laica. Nas casas de trabalho, a religião era amplamente utilizada para inculcar a disciplina e a disposição ao trabalho pesado³⁰⁷.

Durante os séculos XVII e XVIII, a existência de punições como a deportação, encarceramento em casas de correção e escravidão nas galés, limitou a pena capital. Dentre os motivos da nova ênfase no encarceramento como método punitivo, o lucro se destaca, tanto para tornar produtiva a instituição como em um sentido amplo, tornando o “sistema penal parte do programa mercantilista do Estado”³⁰⁸, o que favoreceu o aumento das penas de prisão.

Com o desenvolvimento das casas de trabalho ou de correção, as penas mais graves foram sendo substituídas pelo internamento na instituição. A doutrina é

³⁰⁴ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 95.

³⁰⁵ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 70 - 73.

³⁰⁶ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 59.

³⁰⁷ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos...cit.*, p. 119.

³⁰⁸ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 103.

unânime: “no século XVIII, alagou-se o seu emprego [da pena de prisão] pelos diversos países da Europa, por toda a parte substituindo os suplícios, o exílio, o degredo e, em numerosos casos, a pena de morte”³⁰⁹. No início, era uma herança tipicamente calvinista e protestante. Contudo, “a experiência do internamento logo se generaliza mesmos nos países católicos, sobretudo na França”³¹⁰. Para a Igreja católica e protestante, a miséria não é mais uma experiência religiosa purificante, mas uma condenação moral: representa o mito da felicidade social³¹¹.

As casas de trabalho, segundo Dario MELOSSI, foram uma das manifestações pelas quais os Estados mercantilistas apoiaram “o desenvolvimento de um capital ainda incerto, inseguro, que necessitava de proteção e de privilégios”³¹². Um dos maiores problemas do século XVII e parte do século XVIII foi a escassez da mão-de-obra e o perigo do aumento dos salários. Medida econômica e precaução social, a reclusão, própria do século XVII e início do século XVIII, foi invenção do nascente modo de produção capitalista.

Percebe-se como princípio comum o horário estrito, obrigações e proibições sistematizadas, uma vigilância contínua e técnicas de moralização, meios instrumentalizados para desviar os detentos do mal. Assim, “historicamente, faz a ligação entre a teoria, característica do século XVI, de uma transformação pedagógica e espiritual dos indivíduos por um exercício contínuo, e as técnicas penitenciárias imaginadas na segunda metade do século XVIII”³¹³. Esses antigos modelos possibilitaram a implementação de seus princípios fundamentais a três instituições específicas, cada uma desenvolvendo-os em uma direção particular.

A cadeia de Gand, criada em meados do século XVIII, na Bélgica, tinha por princípios o trabalho penal do condenado, fundado em imperativos econômicos, já que “a ociosidade é a causa geral da maior parte dos crimes”³¹⁴. Assim, a casa instituiu a realização do trabalho como meio pedagógico universal, reconstruindo no criminoso preguiçoso um interesse pelo trabalho, por ser mais vantajoso, “formará em torno dele uma pequena sociedade reduzida, simplificada e coercitiva, onde

³⁰⁹ NOGUEIRA, ATALIBA. *Pena sem prisão...cit.*, p. 64.

³¹⁰ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 58.

³¹¹ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 77.

³¹² MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 60.

³¹³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 117.

³¹⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 117.

aparecerá claramente a máxima: quem quer viver tem que trabalhar. Obrigação do trabalho, mas também retribuição que permite ao detento melhorar seu destino durante e depois da detenção³¹⁵. As penas não poderiam ser muito breves, por impedirem que o detento adquira interesse pelo trabalho. Assim, sua duração se relaciona à correção possível e à utilização econômica dos presos.

O modelo inglês acrescenta ao trabalho corretivo o princípio do isolamento, esquema de autoria de Hanway, de 1775, por razões negativas, neutralizando o detento e impedindo eventuais fugas, maus exemplos, etc., e positivas, como instrumento para reforma do condenado pelo trabalho solitário. Assim, com a inovação, a “não reformará simplesmente o jogo de interesses próprios ao *homo economicus*, mas também os imperativos do indivíduo moral³¹⁶. Esse sistema de “reformatório” permitirá a utilização da pena como aparelho para modificar os indivíduos.

O modelo filadelfiano de penitenciária surge ligado aos princípios gerais de trabalho solitário e reforma moral, quando nos Estados Unidos, em 1779, após a independência, impedem-se as deportações, preparando um sistema de encarceramento com objetivo de transformar e alma e o comportamento dos indivíduos condenados. Consistiu em uma “alternativa para o trabalho carcerário no período da produção manufatureira³¹⁷. A prisão de Walnut Street, aberta em 1790, utilizou o modelo de trabalho obrigatório em oficinas manufatureiras na prisão (*state-use*), em obras públicas (*public work*) e como empresa pública (*public account*)³¹⁸, não só para que os detentos custeassem as despesas da prisão com o trabalho, mas para que este servisse como “retribuição individual dos prisioneiros para assegurar sua reinserção moral e material no mundo estrito da economia³¹⁹. O confinamento solitário não é total, apenas para aqueles que receberam punição grave ou mereceram, durante o cumprimento da pena, uma punição adicional. A duração do cárcere dependia do comportamento do recluso.

O objetivo não era a execução pública de penas, mas sim a certeza do cumprimento da pena, para servir como exemplo. Uma segunda característica do

³¹⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 118.

³¹⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 118.

³¹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...cit.*, p. 462.

³¹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...cit.*, p. 462 – 463.

³¹⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 120.

modelo filadelfiano se dá pelo desenvolvimento da correção como processo controlado entre prisioneiro e vigia, para a transformação do indivíduo, cabendo à administração empreender a transformação: “a prisão, aparelho administrativo, será ao mesmo tempo uma máquina para modificar os espíritos”³²⁰. Esta transformação é acompanhada por um saber dos indivíduos, que é acumulado e utilizado para fortalecer o poder, classificando os detentos segundo a virtualidade de perigos que representavam, funcionando a instituição como observatório permanente, um aparelho de saber³²¹.

Os três modelos utilizam o tempo da pena, não para expiar um crime, para evitar eventual reincidência futura. O castigo é uma técnica corretiva. Os modelos americano e inglês também ajustam a pena ao caráter do criminoso e ao perigo que este representa aos demais. Assim, os “modelos mais ou menos derivados do Raspius de Amsterdam não estavam em contradição com o que propunham os reformadores”³²², constituíam prolongamentos da primeira instituição.

As disparidades, contudo, situam-se nas técnicas do poder punitivo para se apossar do indivíduo e realizar a transformação: essencialmente, na tecnologia da pena. As diferenças são meramente especulativas, pois, na prática, trata-se de uma estratégia para transformar condenados em indivíduos submissos.

Permite-se concluir que “o treinamento do comportamento pelo pleno emprego do tempo, a aquisição de hábitos, as limitações do corpo implicam entre o que é punido e o que pene uma relação bem particular. Relação que não só torna simplesmente inútil a dimensão do espetáculo: ela o exclui”³²³.

O segredo e autonomia do poder de punir são características que destoam dos pressupostos da reforma penal e dos princípios da Escola Clássica. Após a condenação, o poder que se constitui é tão arbitrário quanto ao despótico da antiga economia punitiva: não é um poder discreto e contínuo, exercido em todo corpo social, como se pretendia. Além de compacto, ele se limita ao tempo e ao corpo do condenado para reformá-lo, uma gestão autônoma de um sistema de autoridade e saber, “uma ortopedia concentrada que é aplicada aos culpados a fim de corrigi-los

³²⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 121.

³²¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 122.

³²² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 123.

³²³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 125.

individualmente; gestão autônoma desse poder que se isola tanto do corpo social quanto do poder judiciário propriamente dito³²⁴. A pena de prisão institucionaliza o poder punitivo, que será melhor realizado ao se confinar na “cidade punitiva”.

Michel FOUCAULT conclui que o final do século XVIII reúne três maneiras de organizar a tecnologia punitiva: a primeira é o regime monárquico, exercida pelo cerimonial político do cadafalso, excessiva, que marca o corpo do condenado e serve de exemplo aos expectadores pelo efeito do terror, acima de qualquer limite legal; já os projetos dos juristas reformadores e da instituição carcerária possuem uma concepção utilitarista da pena como prevenção, poder punitivo corretivo que pertence à sociedade em geral, mas são exercidos de forma diferenciada. Assim, enquanto no projeto dos reformadores a pena serve pra reformar os sujeitos de direito, utilizando-se de sinais, representações, pública e com aceitação universal; no projeto da instituição carcerária, o castigo é uma força corretiva sobre o corpo do condenado, deixando traços em seu comportamento, hábitos, e não sinais, conformando um poder de gestão da pena autônomo e soberano³²⁵.

Estes três dispositivos que se confrontam no final do século XVIII – o corpo supliciado, as almas manipuladas por representações e o corpo treinado – não se resumem às teorias penais nem às instituições, mas “são modalidades de acordo com as quais se exerce o poder de punir. Três tecnologias de poder³²⁶. Mas o século XIX fez triunfar o exercício físico da punição, coercitivo, corporal e secreto, juntamente com a pena de prisão, em relação aos castigos simbólicos e aos suplícios.

§ 3 – O poder disciplinar e a invenção da tecnologia punitiva – recursos do adestramento

A disciplina adequada ao bom adestramento é aquela que não arrecada, mas adestra, integra-se aos processos produtivos para “retirar e se apropriar ainda mais e melhor³²⁷. O século XVII inventou não só tecnologias industriais e científicas,

³²⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 126.

³²⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 126.

³²⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 127.

³²⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 164.

esquemmatizou formas de governo, implementou aparelhos de Estado e desenvolveu instituições ligas ao poder central, mas também elaborou uma nova economia dos mecanismos de poder: “um conjunto de procedimento e, ao mesmo tempo, de análises que permitem majorar os efeitos de poder, diminui o custo do exercício do poder e integrar o exercício do poder aos mecanismos de poder”³²⁸, majorar os seus efeitos e torna-lo contínuo através de mecanismos permanentes, sem lacunas, penetrando no corpo social em sua totalidade. Inventou-se o poder disciplinar.

A utopia burguesa de tornar a fábrica-prisão foi realizada, não só na indústria ou no cárcere, mas em diversas instituições que surgiram na mesma época e obedeciam aos mesmos princípios: “instituições do tipo pedagógico, como escolas, orfanatos, centros de formação; instituições correcionais como a prisão, a casa de recuperação, a casa de correção, instituições ao mesmo tempo correcionais e terapêuticas, como o hospital, o hospital psiquiátrico”³²⁹. O princípio do modelo de cárcere produtivo, com o trabalho terapêutico, foi se aperfeiçoando. Mesmo que as fábricas-prisões tenham desaparecido rapidamente, certas funções que elas desempenhavam foram conservadas: “organizaram-se técnicas laterais ou marginais, para assegurar, no mundo industrial, as funções de internamento, de reclusão, de fixação da classe operária, desempenhadas inicialmente por estas instituições rígidas, quiméricas, um pouco utópicas”³³⁰.

O poder punitivo que manifesta essa tecnologia disciplinar não tem como finalidade excluir, mas sim incluir indivíduos, maximizar sua potencialidade: “todas essas instituições – fábrica, escola, hospital psiquiátrico, prisão – têm por finalidade não excluir, mas ao contrário, fixar os indivíduos”³³¹. O modelo punitivo inventado entre os séculos XVIII e XIX constitui um ícone exemplar deste novo conjunto tecnológico.

As disciplinas sofreram transformações: do adestramento à fabricação de indivíduos. O poder disciplinar é modesto, fundado em uma economia permanente e calculada. Aos poucos, os mecanismos disciplinares invadem os aparelhos do Estado e modificam seu funcionamento, e o judiciário também sofrerá a invasão: “o

³²⁸ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 108.

³²⁹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas...cit.*, p. 110.

³³⁰ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas...cit.*, p. 111.

³³¹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas...cit.*, p. 114.

sucesso do poder disciplinar se deve sem dúvida ao uso de instrumentos simples: o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e sua combinação num procedimento que lhe é específico, o exame³³².

A *vigilância hierárquica* é o dispositivo que obriga pelo olhar: “um aparelho onde as técnicas que permitem ver induzam a efeitos de poder, e onde, em troca, os meios de coerção tornem claramente visíveis aqueles sobre quem se aplicam³³³. O essencial é garantir um controle interior, detalhado e articulado, tornando visíveis aqueles que se encontram sobre ela. Se inicialmente se pretendia um olhar único capaz de ver tudo de forma permanente, a necessidade se impõe para que se torne escalonado, sem lacunas e discreto: uma pirâmide e não mais uma arquitetura circular. É preciso decompor para aumentar sua função produtiva, especificando a vigilância. Graças à vigilância hierarquizada, ininterrupta e funcional, o poder disciplinar “torna-se um sistema ‘integrado’, ligado do interior à economia e aos fins do dispositivo onde é exercido. Organiza-se assim como um poder múltiplo, automático e anônimo³³⁴, discreto.

A *sanção normalizadora* corresponde a uma pequena instância penal dos mecanismos disciplinares, através da qual se estabelecem infrapenidades, condutas específicas, com castigos corretivos, exercícios, um processo de treinamento e correção, marcando indivíduos, hierarquizando-os conforme suas aptidões, castigando e compensando. O poder na norma é essencial nas instituições disciplinares para comparar, homogeneizar, hierarquizar pela individualização, excluir, normalizar³³⁵.

Finalmente, a técnica do *exame* combina as anteriores: a hierarquia que vigia e a sanção normalizadora permitem classificar e punir. O ritual do exame sobrepõe saber e poder, inverte a visibilidade do exercício do poder, tornando os súditos visíveis, objeto de análise e produção de verdade; documenta a individualidade e sujeita³³⁶.

³³² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 164.

³³³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 165.

³³⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 170.

³³⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 171 – 177.

³³⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 177 – 183.

Ao mesmo tempo em que a sociedade comercial se representa pelo contrato, na teoria política dos séculos XVII e XVIII, aparece uma técnica constitutiva dos indivíduos, realidades fabricadas por essa tecnologia do poder disciplinar. O poder não é apenas repressivo. A repressão é um efeito secundário de seu objetivo principal “o poder produz; ele produz realidade; produz campos de objetos e rituais da verdade. O indivíduo e o conhecimento que de se pode ter se originam nessa produção”³³⁷.

FOUCAULT apresente dois dispositivos disciplinares para explicar as mudanças ocorridas na tecnologia disciplinar. O primeiro deles é o modelo da peste, que se opõe ao da lepra, e o segundo modelo é o panoptismo.

No modelo da exclusão dos leprosos, objetivava-se distanciamento dos doentes por uma divisão rigorosa, pela desqualificação dos indivíduos excluídos e expulsos, por sua marginalização por meio de práticas de exclusão para a higienização social. São “mecanismos e efeitos de exclusão, de desqualificação, de exílio, de rejeição, de privação, de recusa, de desconhecimento; ou seja, todo o arsenal dos conceitos e mecanismos negativos da exclusão”³³⁸. Não é, portanto, por intermédio de uma tecnologia disciplinar, mas essencialmente negativa, punitiva, excludente do indivíduo para que se purifique a comunidade, aparato de controle que tende a desaparecer, a grosso modo, o final do século XVII.

Já o modelo de inclusão do pestífero substituiu a exclusão do leproso, durante o século XVIII. Quando a peste se instalava, o modelo da quarentena esquadrihava o território, “objeto de uma análise sutil e detalhada, de um policiamento minucioso”³³⁹. As cidades eram divididas em distritos, quarteirões e ruas, onde cada vigia recebia parcela do poder, organizado, contínuo, que formava uma pirâmide: das sentinelas das ruas aos responsáveis pelos quarteirões, aos responsáveis dos distritos e finalmente, aos responsáveis das cidades. Era formada uma grande pirâmide, ininterrupta de vigilância e exercício do poder por meio do exame visual. Quando a quarentena era estabelecida, os cidadãos davam seus nomes, que eram registrados e permaneciam sob a guarda do poder central. Os inspetores passavam de casa em casa e cada indivíduo deveria se apresentar em

³³⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 185.

³³⁸ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 54.

³³⁹ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 56.

uma janela e responder a chamada, se não se apresentasse, estava de cama, era doente, perigoso, sendo necessário intervir. Percebe-se que não se trata de “expulsar, trata-se ao contrário de estabelecer, de ficar, de atribuir um lugar, de definir presenças, e presenças controladas. Não de rejeição, mas inclusão (...). Individualização, por conseguinte divisão e subdivisão do poder, que chega ao grão fino da individualidade”³⁴⁰.

A figura arquitetural do poder disciplinar é o *Panóptico* de Bentham, formado por um conhecido princípio: uma construção circular com uma torre central, com janelas vazadas para a face interna do anel, em que “a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravessa cela lado a lado”³⁴¹. Na torre central, um vigia se coloca, enquanto em cada cela se tranca “um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar”³⁴². Pela réstia da luz, aquele que está na cela pode ser observado na torre central, sem parar, mas o vigia não pode ser visto pelos encarcerados. Cada um está em seu compartimento celular, em uma solidão examinada contínua e ininterruptamente.

O objetivo principal é “induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o fundamento automático do poder. Fazer com que a vigilância seja permanente sem seus efeitos, mesmos e é descontínua em sua ação”³⁴³. Enquanto o anel periférico é totalmente visto, mas nada enxerga, o vigia da torre central pode examinar tudo, sem nunca ser visto. O dispositivo é essencial pois permite a automatização e desvinculação do poder: não se trata de vincular o princípio ao vigia, mas sim à distribuição “concertada dos corpos, das superfícies, das luzes, dos olhares: numa aparelhagem cujos mecanismos internos produzem a relação na qual se encontram presos os indivíduos”³⁴⁴. O Panóptico, assim, pode ser usado para fazer experiências, adestrar o comportamento dos indivíduos.

³⁴⁰ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 57.

³⁴¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 190.

³⁴² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 190.

³⁴³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 191.

³⁴⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 191.

Entre o modelo do Panóptico e da cidade pestilenta, temos mais de um século e meio de transformações da tecnologia disciplinar. O que o poder disciplinar do século XIX fez foi, de um lado, tratar o leproso como pestilento, “impõe-se aos excluídos as táticas das disciplinas individualizantes; e de outro lado, a universalidade dos controles disciplinares permite marcar quem é ‘leproso’ e fazer funcionar contra ele os mecanismos dualistas da exclusão”³⁴⁵, a divisão binária entre normal e anormal. Mas o modelo da peste pressupunha uma situação excepcional, extraordinária, o controle é visível, “no fim das contas, se reduz, como o mal que combate, ao dualismo simples: vida-morte”³⁴⁶. Já o modelo do panoptismo é generalizável e não excepcional, torna aplicável as relações de poder às atividades cotidianas, um poder discreto, ininterrupto e automático. Ele permite o aperfeiçoamento do poder “pode reduzir o número dos que o exercem, ao mesmo tempo em que multiplica o número daqueles sobre os quais é exercido”³⁴⁷.

Enquanto o modelo da cidade pestilenta em quarentena consiste na disciplina-bloco, aplicável à instituição fechada, voltada somente para as funções repressivas, o panoptismo exerce a disciplina-mecanismo: “um dispositivo funcional que deve melhorar o exercício do poder, tornando-o mais rápido, mais leve, mais eficaz, um desenho das coerções sutis para uma sociedade que está por vir”³⁴⁸.

Da disciplina excepcional, modelo da disciplina-bloco da peste passou-se ao modelo da vigilância generalizada e positiva, efetivando uma transformação história no século XVIII, com a multiplicação da tecnologia disciplinar para todo o corpo social, formando-se a sociedade disciplinar: “realizou-se uma generalização disciplinar, atestada pela física benthaminiana do poder, no decorrer da Era Clássica”³⁴⁹. As instituições disciplinares se multiplicam e tornam-se cada vez menos marginais, não mais excepcionais, mas uma fórmula geral.

Ocorre uma *inversão funcional das disciplinas*: se antes o objetivo era estigmatizar os sujeitos inúteis, neutralizar perigos, agora o poder disciplinar tem um papel positivo de aumentar a utilidade dos indivíduos: “a disciplina faz crescer a habilidade de cada um, coordena essas habilidades, acelera os movimentos,

³⁴⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 189.

³⁴⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 194.

³⁴⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 195.

³⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 198.

³⁴⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 198.

multiplica a potência de fogo, alarga as frentes de ataque sem lhes diminuir o vigor, aumenta as capacidades de resistência, etc.”³⁵⁰. Além de moralizar condutas, ela modela comportamentos e adentra os indivíduos para se adequarem aos imperativos econômicos, “funcionam cada vez mais como técnicas que fabricam indivíduos úteis”³⁵¹. Por isso que a tendência foi a de aplicar essas tecnologias disciplinares aos setores produtivos, às manufaturas, não só para a reforma individual, mas também para o desenvolvimento de um saber/poder. O século XVIII assiste a multiplicação de instituições disciplinares e a disciplinarização dos aparelhos existentes.

A tendência dos mecanismos disciplinares é se desinstitucionalizar, se *ramificar* para toda a sociedade. Finalmente, uma terceira tendência é a *estatização dos mecanismos da disciplina religiosa*.

O poder disciplinar não é uma materialidade, um conceito metafísico, mas um conjunto de práticas, técnicas, procedimentos, uma tecnologia aplicada em diferentes níveis, podendo ficar a cargo de instituições especializadas, como as penitenciárias, as casas de correção, os hospícios, ou instituições comuns, como os hospitais, a escola, a família. Assim, “pode-se então falar, em suma, da formação de uma sociedade disciplinar nesse movimento que vai das disciplinas fechadas, espécie de ‘quarentena’ social, até o mecanismo indefinidamente generalizável do ‘panoptismo’”³⁵². A distribuição do poder é uniforme, é total, ininterrupta, infinitesimal, positiva, construtiva de um tipo de sociedade.

Se, inicialmente, a explosão demográfica e o aumento da população flutuante eram o objeto das disciplinas, com o crescimento do aparelho de produção, surge a necessidade de um aparelho disciplinar cada vez mais extenso e complexo. As novas disciplinas substituem o princípio da velha economia de retirada e violência, que regia a economia do poder, pelo princípio “suavidade-produção-lucro”. O poder disciplinar se regime às “técnicas que permitem ajustar, segundo esse princípio, a multiplicidade dos homens e a multiplicação dos aparelhos de produção (e como tal deve-se entender não só ‘produção’ propriamente dita, mas a produção

³⁵⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 198 – 199.

³⁵¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 199.

³⁵² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 204.

de saber e de aptidões na escola, a produção de saúde dos hospitais, a produção da força destrutiva com o exército)”³⁵³.

O novo método para gerir os homens e a acumulação de capital são processos que não podem ser dissociados: “não teria sido possível resolver o problema da acumulação de homens sem o crescimento de um aparelho de produção capaz ao mesmo tempo de mantê-los e de utilizá-los; inversamente, as técnicas que tornam útil a multiplicidade cumulativa de homens aceleram o movimento de acumulação de capital”³⁵⁴. O novo modo de produção e as tecnologias disciplinas se relacionam de forma necessária: cada um serviu de modelo para a outra. Na verdade, o século XVIII “inventou mecanismos de poder que podem se tramar diretamente com base nos processos de produção, acompanha-los ao longo de todo o seu desenvolvimento e se efetuar como uma espécie de controle e de majoração permanente dessa produção”³⁵⁵.

A forma geral da Justiça Penal, baseada em princípios humanitários e igualitários era, na verdade, sustentada por micro mecanismos disciplinares. Assim, “as luzes que descobriram as liberdades inventaram também as disciplinas”³⁵⁶. São técnicas de adequação dos indivíduos às exigências gerais, que vão a um nível infinitesimal da sociedade. Se o Iluminismo político aparentou fixar limites ao punitivo absoluto, seu panoptismo faz funcionar uma maquinaria imensa e, ao mesmo tempo, minúscula, reforçando poderes e tornando inúteis os limites que foram-lhe traçados. Um poder que não emana do Estado, mas está arraigado no corpo social.

A prisão surge no ponto de torsão do poder limitado de punir em um poder disciplinar de vigiar, “no ponto em que os castigos universais das leis vêm aplicar-se seletivamente a certos indivíduos e sempre aos mesmos; no ponto em que a requalificação do sujeito de direito pela pena se torna treinamento útil do criminoso”³⁵⁷, em que a disciplina transcende o direito e se torna o conteúdo efetivo das relações. O que generaliza o poder punitivo não são as garantias iluministas, mas sim sua extensão regulada, infinitesimal dos processos panópticos.

³⁵³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 207.

³⁵⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punim...cit.*, p. 208.

³⁵⁵ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 109.

³⁵⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 208.

³⁵⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 211.

No século XVIII, a disciplina se decompõe e se generaliza, atingindo um nível tal que a formação de saber e o aumento do poder se reforçam segundo um processo circular: “duplo processo, portanto: arrancada epistemológica a partir de um afinamento das relações de poder; multiplicação dos efeitos de poder graças à formação e à acumulação de novos conhecimentos”³⁵⁸. A penalidade é suavizada, mas de uma forma calculada, ligada ao exame, à penalidade infinita disciplinar.

É no panoptismo que a prisão encontra seu lugar. Foi então que o tempo, a força de trabalho, se tornou um objeto de consumo que as disciplinas finalmente se instalaram. A extração do tempo e o controle, a formação, a correção do corpo do indivíduo para qualificar-se como apto a trabalhar. A primeira função do sequestro era extrair o tempo dos homens, enquanto a segunda era fazer com que seu corpo se torne sua força de trabalho: “a função de transformação do corpo em força de trabalho responde à função de transformação do tempo em tempo de trabalho”³⁵⁹. A prisão se impôs às penas simbólicas dos reformadores porque era uma forma condensada, simbólica da disciplina das instituições de sequestro do século XIX. A prisão apenas aplica a tecnologia disciplinar presente na sociedade, mas especificamente aos condenados: “é justamente esta ambiguidade na posição da prisão que me parece explicar seu incrível sucesso, seu caráter quase evidente, a facilidade com que ela foi aceita”³⁶⁰.

A pena de prisão se constituiu fora do aparelho judiciário, enquanto se consolidam os processos disciplinares de “repartir os indivíduos, fixa-los e distribuí-los espacialmente, classifica-los, tirar deles o máximo de tempo e máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna”³⁶¹, formar um aparelho de vigilância e acúmulo de saber. Assim, a disciplina criou a pena carcerária antes de ser prevista como castigo uniforme pelo código, na passagem do século XVIII ao século XIX. Na realidade, os mecanismos de coerção já estavam presentes no corpo social, como a escola, o exército, o hospital. Os modelos de detenção marcam os primeiros pontos da transição.

³⁵⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 211.

³⁵⁹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas...cit.*, p. 121.

³⁶⁰ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas...cit.*, p. 124.

³⁶¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 217.

A pena de prisão, além de ser um marco importante para a “humanização” das penas, é igualmente importante para a história das tecnologias disciplinares, quando estas colonizam a instituição carcerária. Apesar do poder punitivo moderno surgir como uma função da sociedade soberana, faz da pena de detenção o castigo por excelência, introduzindo “processos de dominação característicos de um tipo particular de poder. Uma justiça que se diz ‘igual’, um aparelho judiciário que se pretende ‘autônomo’, mas que é investido pelas assimetrias das sujeições disciplinares, tal é a conjunção do nascimento da prisão”³⁶².

O sucesso na nova tecnologia punitiva se deve ao fato de ter nascido ligada ao modo de produção e ao funcionamento da sociedade. A simples privação de liberdade, como castigo igualitário, só fez sentido como pena em uma economia capitalista, em que a força de trabalho se tornou riqueza e é medida pelo tempo³⁶³. O tempo constitui uma “obviedade econômico-moral de uma penalidade que contabiliza os castigos em dias, em meses, em anos e estabelece equivalências quantitativas delitos-duração”³⁶⁴: o detento irá pagar sua dívida. Os binômios de fundamentação jurídico-econômica e técnico-disciplinar fizeram da prisão a mais civilizada das penas, garantindo-lhe solidez. O objetivo não é, essencialmente, privar a liberdade, mas sim modificar e fabricar indivíduos. Assim, “o encarceramento penal, desde o início do século XIX, recobriu ao mesmo tempo a privação de liberdade e a transformação técnica dos indivíduos”³⁶⁵.

É a expressão incessante da disciplina: a ação sobre o indivíduo é ininterrupta, maximizando os processos da tecnologia disciplinar. Deve-se reformar “o criminoso (não-proprietário) a ser *proletário socialmente não perigoso*, isto é, ser não-proprietário sem ameaçar a propriedade”³⁶⁶. Este é o papel positivo do castigo, que pode ser resumido em três grandes esquemas: “o esquema político-moral do isolamento individual e da hierarquia; o modelo econômico da força aplicada a um trabalho obrigatório; o modelo técnico-médico da cura e da normalização. A cela, a oficial o hospital”³⁶⁷.

³⁶² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 218.

³⁶³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 218.

³⁶⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 218.

³⁶⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 219.

³⁶⁶ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica...cit.*, p. 216.

³⁶⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 234.

§ 4 – Da casa de correção, ao hospital e ao manicômio – da manutenção formal da exclusão entre crime e loucura à diferenciação material com a invenção do alienismo

Apesar da loucura excluir o crime³⁶⁸, na prática, não havia muita diferença entre o regime punitivo dos criminosos comuns e dos portadores de sofrimento psíquico³⁶⁹. A distinção teórica entre as casas de correção – prisão destinada a condenados por crimes graves – e as casas de trabalho – utilizadas para deter mendigos e vagabundos – não era observada na prática. Não havia qualquer diferenciação entre os internos condenados e presos por motivos administrativos³⁷⁰. Georg RUSCHE e Otto KIRCHHEIMER alegam que a separação dos internos nas casas de correção ocorria por motivos aleatórios, “uma vez que a exploração da força de trabalho constituía a preocupação decisiva”³⁷¹.

Até o final do século XVIII, as instituições cumulavam os mais diferentes propósitos, como a casa de Pforzheim: “um orfanato, um instituto para cegos, surdos e mudos, um asilo para loucos, um centro de assistência à infância e uma colônia penal, tudo numa só”³⁷². Essa infinidade de detentos poderia ser encontrada, também, nos *Hopitaux généraux* da França.

Uma vez que os objetivos da invenção do encarceramento foram, principalmente, afastar os indesejáveis³⁷³ e explorar a força de trabalho, recrutar internos não poderia ser um problema para a administração³⁷⁴. É possível identificar nessas instituições arbitrárias da monarquia absoluta “a grande ideia burguesa e, logo, republicana, segundo a qual também a virtude é um assunto de Estado”³⁷⁵. A loucura, assim como a pobreza e a vagabundagem, é entendida como um problema da cidade. A reclusão foi o remédio encontrado pela burguesia para eliminar os “a-sociais”. Entre séculos XVI até XVIII, as casas de trabalho abrigavam mendigos, criminosos, vagabundos, velhos indigentes, crianças, doentes e loucos: um fato uniforme:

³⁶⁸ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 38.

³⁶⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 01.

³⁷⁰ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 97.

³⁷¹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 98.

³⁷² RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 98.

³⁷³ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 109.

³⁷⁴ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 99.

³⁷⁵ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 75.

A partir da criação do Hospital Geral, da abertura (na Alemanha e na Inglaterra) das primeiras casas de correção e até o fim do século XVIII, a era clássica interna. Interna os devassos, os pais dissipadores, os filhos pródigos, os blasfemadores, os homens que 'procuram se desfazer', os libertinos³⁷⁶.

Isso porque a loucura não era entendida como doença, de forma plena, apesar do louco já se diferenciar dos demais detentos, durante o século XVIII “lá mesmo onde a loucura havia sido deixada em repouso, no espaço homogêneo do desatino, realiza-se um lento trabalho, muito obscuro, mal formulado, e do qual se percebem apenas os efeitos superficiais”³⁷⁷, mas uma profunda mudança permite que ela se individualize, paulatinamente.

O internamento dos insanos durante os séculos XVII e XVIII foi entendido como uma medida de polícia. Não se desconhece que os loucos tivessem espaço reservado em certos hospícios, mas “a maior parte deles reside em casas de internamento, nelas levando praticamente uma existência de correccionais”³⁷⁸. As casas de correção, no início do século XVII, aceitavam loucos, condenados, velhos, vadios e órfãos sem quase nenhuma diferenciação: o encarceramento foi introduzido por aqueles que detinham o poder para higienizar as cidades. Assim, “a confusão sobre o propósito e a natureza do cárcere tornou possível o encarceramento de todos os que foram considerados indesejáveis por seus vizinhos ou superiores”³⁷⁹.

O internamento não é uma medida de tratamento da loucura, mas sim de correção: “não é de surpreender que as casas de internamento tenham o aspecto das prisões, que as duas instituições sejam mesmo confundidas a ponto de se dividir os loucos indistintamente entre umas e outras”³⁸⁰. Os insanos são misturados aos demais prisioneiros. A restrita experiência da loucura como doença, contudo, não pode ser negada, mas é contemporânea à loucura como resultado do castigo, da correção, e essa justaposição é um problema, mas demonstra como o desatino não foi ainda apropriado pelo discurso médico como doença: “fecham os alienados numa

³⁷⁶ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 112.

³⁷⁷ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...*, p. 379.

³⁷⁸ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 114.

³⁷⁹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 109.

³⁸⁰ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 116.

definição da loucura que os assimila confusamente aos criminosos ou a toda classe misturada dos a-sociais”³⁸¹.

Enquanto na Idade Média, a loucura era familiar à realidade social, a partir do século XVII, ela é reagrupada. Não se trata de uma embrionária tentativa de igualar o desatino à doença mental e o conhecimento científico que dele se pode obter, mas sim de distingui-lo com menos clareza, de ser absorvido pela indiferença: “o louco da era clássica é internado com os doentes venéreos, os devassos, os libertinos, os homossexuais, e perdeu os índices de sua individualidade; ele se dissipa numa apreciação geral do desatino”³⁸². O internamento dos loucos assume a feição de aprisionamento não por uma deficiência administrativa, mas sim pela consciência que se tem da loucura. O hospital não é o destino mais recente dos loucos, mas sim sua camada mais arcaica: “pelo contrário, os loucos dos hospitais gerais, das *workhouses* das *Zuchthäusern*, remetem a uma certa experiência do desatino que é rigorosamente contemporânea da era clássica”³⁸³. Assim, analisar o hospital psiquiátrico como o futuro em formação e o aprisionamento como algo do passado é reverter o problema. Durante o século XVII, a loucura passa a assimilar figuras morais e sociais que eram anteriormente estranhas a ela.

No século XVII, os hospitais gerais começam a tratar da loucura, muitas vezes em edifícios apartados, os *hospícios*. Muitas vezes, essas instituições não davam tratamento médico, apenas abrigando os loucos³⁸⁴.

Apesar das legislações absolutistas preverem a possibilidade do laudo médico, na prática, contudo, não era utilizado para distinguir o normal do insano, e a hospitalização era confundida com o internamento nas casas de correção. No século XVII, o desatino “se tornou assunto de sensibilidade social; aproximando-se do crime, da desordem, do escândalo”³⁸⁵. O procedimento jurídico da interdição poderia legitimar o internamento, tendo ocorrido crime ou não. O objetivo não era submeter a loucura ao juízo médico: “pelo contrário, é para fazer com que o poder de decisão passe para uma autoridade judiciária que não recorre ao médico. Com efeito, a

³⁸¹ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 118.

³⁸² FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 121.

³⁸³ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...*, p. 124.

³⁸⁴ PESSOTTI, Isaias. *O século dos manicômios...cit.*, p. 152.

³⁸⁵ FOUCAULT, Michel. *História da loucura...cit.*, p. 128.

interdição não comporta nenhum exame médico, é um assunto a ser resolvido entre as famílias e a autoridade judiciária”³⁸⁶.

A tendência, na prática, era dispensar o controle médico previsto pelos regulamentos dos hospitais, facilitando o internamento. FOUCAULT ressalta a defasagem entre a teoria jurídica da loucura, que previa o perdão judicial e o tratamento médico compulsório, e a prática social, quase policial³⁸⁷. A diferença reside na concepção moral da loucura durante o século XVII, que culpava o louco por optar pelo desatino ao invés da razão. A construção médica sobre a loucura se bifurcava, “conforme ela seja considerada no contexto do direito ou conforme deva pautar-se pela prática social do internamento”³⁸⁸.

O louco era o perturbador do grupo, segundo o pensamento político e moral do século XVII. Durante a era clássica, a experiência da loucura era poliforme, havendo duas formas de reclusão: a dos hospitais e a do internamento nas casas de correção, a primeira era a da esfera do direito e a segunda “pertencia às formas espontâneas da percepção social”³⁸⁹.

Conclui-se que, seja concebida como ausência de capacidade de discernir (concepção jurídica emergente) ou como maldade, a loucura foi objeto de reclusão nos hospitais e prisões, o que revela o imaginário social da época sobre o desatino. A grande internação demonstra que “não há exclusão entre loucura e crime, mas sim uma implicação que os une”³⁹⁰, opondo-se à “regra fundamental do direito segundo a qual ‘a verdadeira loucura tudo desculpa’. No mundo do internamento, a loucura não explica nem desculpa coisa alguma”³⁹¹. Na prática, não é feita a distinção entre os loucos e os criminosos. FOUCAULT atribui essa indistinção à consciência ética da época, à sensibilidade geral, que entende o desatino como uma escolha racional. Assim, como crime, a vadiagem, os maus costumes, a loucura representa a desordem: “pertencem, no fundo, à mesma terra natal e têm direito ao mesmo tratamento”³⁹².

³⁸⁶ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 129.

³⁸⁷ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 130.

³⁸⁸ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 131.

³⁸⁹ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 133.

³⁹⁰ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 138.

³⁹¹ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 138.

³⁹² FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 144.

A afirmação de que “a pena de prisão surge no século XVI com o caráter de medida de segurança”³⁹³ é mais verdadeira do que se possa imaginar. A função atribuída às casas de correção de corrigir mendigos e vagabundos, protegendo-se a sociedade dos indivíduos perigosos, é adequada às medidas sociais desempenhadas para a loucura. Não obstante a construção jurisprudencial tender para uma distinção entre anormais e normais, procurando tratar os loucos que cometiam crimes, percebe-se que o destino efetivo do desatino acaba coincidindo com o da criminalidade, quando os suplícios são, paulatinamente, diminuídos pela aplicação das penas de trabalho forçado. Imputáveis e inimputáveis são tratados da mesma maneira, em prol de uma prática social de higienização e correção. A prática da reclusão teve como sede “instituições de segurança criadas com a finalidade de corrigir pessoas de viga perversa e ociosa contra as quais era preciso proteger a ordenada vida social”³⁹⁴.

A finalidade da invenção da pena de trabalhos forçados torna a casa de trabalho não como “um lugar de produção, mas sim um lugar onde se *aprende a disciplina da produção*”³⁹⁵ é análoga à função do sequestro hospitalar, tanto em seus objetivos, como na prática. A partir de então, o corpo deixa de ser o “alvo principal da repressão penal. Trata-se agora de controlar e dominar a alma, através da disciplina e da correção”³⁹⁶. O poder que garante as relações de produção do modelo capitalista emergente cria suas raízes, o adestramento do indivíduo é “garantido por uma estreita rede de instituições subalternas à fábrica, cujas características modernas estão sendo construídas exatamente neste momento: a família mononuclear, a escola, o cárcere, o hospital, mais tarde o quartel, o manicômio”³⁹⁷. Essas instituições garantirão a produção e a reprodução de um indivíduo domesticado, fornecedor da força de trabalho que o nascente capital precisa.

Contudo, o poder disciplinar ainda não está formado efetivamente. Trata-se ainda do que FOUCAULT denominou de reclusão, fenômeno presente até meados

³⁹³ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 06.

³⁹⁴ CALLON Eugenio Cuello. *Las medidas de seguridad...cit.*, p. 04. Tradução livre. No original: “instituciones de seguridad con la finalidad de corregir a gentes de vida perversa y licenciosa contra las que era preciso proteger la ordenada vida social”.

³⁹⁵ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 46.

³⁹⁶ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 06.

³⁹⁷ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica...cit.*, p. 48.

do século XVIII, que objetiva a “exclusão dos indivíduos do círculo social”³⁹⁸. Nesse primeiro momento, o internado era “um indivíduo marginalizado em relação à família, ao grupo social, à comunidade local a que pertencia; alguém que não estava dentro da regra e que se tornara marginal por sua conduta, sua desordem, a irregularidade de sua vida”³⁹⁹. Em um primeiro momento, internamento respondia a essa marginalização de fato com a punição, marginalização secundária. A reclusão era de exclusão. Com a formação do poder disciplinar, a reclusão não tem o objetivo de excluir o indivíduo, higienizar as cidades, mas sim incluir, fixá-lo, adestra-lo, liga-lo ao modo de produção. Por esse motivo que FOUCAULT opõe *reclusão* ao *sequestro*: “a *reclusão* do século XVII, que tem por função essencial a *exclusão* dos marginais ou reforço da marginalidade, e o *sequestro* do século XIX que tem por finalidade a inclusão, a normalização”⁴⁰⁰.

O internamento dos loucos durante o século XVII não foi uma novidade. Desde o século VII, o mundo árabe já possuía hospitais destinados a loucos, experiência que influenciou a criação de hospitais de insanos na Espanha, durante o século XIII, ou ainda salas específicas para loucos nos hospitais europeus⁴⁰¹. A inovação aqui reside no fato de “foi nessa época que se começou a ‘interna-los’, misturando-os a toda uma população com a qual se lhes conhecia algum parentesco”⁴⁰²: a condenação ética da ociosidade. A emergente sociedade burguesa adquire o poder ético de rejeitar os sujeitos inúteis ao trabalho. O desatino ainda não foi abarcado pela sensibilidade médica do século XIX, mas na prática, o mundo burguês “fecha os alienados numa definição de loucura que os assimila confusamente aos criminosos ou a toda uma classe misturada dos a-sociais”⁴⁰³. O direito sempre buscou uma diferente consequência penal para os loucos, mas na prática, não havia diferença:

Os praxistas, desde o século XIII, seguiam o direito romano, afirmando ser a pena para os loucos “*maxima iniquitas*”. Todavia, como bem diz *Manzini*, na prática as coisas eram diferentes. Os loucos, se não eram mortos, sofriam o encarceramento e a prisão em cadeias, com horríveis padecimentos⁴⁰⁴.

³⁹⁸ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas...cit.*, p. 114.

³⁹⁹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas...cit.*, p. 113.

⁴⁰⁰ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas...cit.*, p. 114.

⁴⁰¹ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 120.

⁴⁰² FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 73.

⁴⁰³ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 118.

⁴⁰⁴ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 05.

Percebe-se que, inicialmente, o encarceramento tinha o objetivo de afastar os indesejáveis. As casas de correção aceitavam indistintamente loucos, vadios, condenados durante os séculos XVII e XVIII. A confusão sobre a natureza e o propósito do cárcere “tornou possível o encarceramento de todos os que foram considerados indesejáveis por seus vizinhos ou superiores”⁴⁰⁵.

Mas a reclusão entra em crise, é preciso reformar, incluir, adestrar, tanto a classe operária, como os desatinados. E este projeto de *sequestro*, de excluir os indivíduos para incluí-los, para ligá-los a um aparelho de produção, só se efetiva após a Reforma liberal e a Revolução Industrial, com a formação do poder disciplinar. Se “os fundamentos do sistema carcerário encontram-se no mercantilismo, sua promoção e elaboração foram tarefas do Iluminismo”⁴⁰⁶.

No século XVIII, alguma coisa mudou sobre a loucura. Em meados do século XVIII o internamento dos loucos recebeu um destino exclusivo⁴⁰⁷ e começa a ser praticado de modo regular, em toda a Europa. Mas esses estabelecimentos não fizeram parte da Reforma do final do século XVIII e a invenção do manicômio. O essencial do movimento da segunda metade do século XVIII não é a reforma das instituições, “mas esse resvalar espontâneo que determina e isola asilos especialmente destinados aos loucos”⁴⁰⁸. Assim, loucura não rompe com o internamento, apenas distancia-se da prática comum. A intervenção médica é incidental e marginal, na prática: “a classe médica não é uma classe no internamento: no máximo pode representar um papel descritivo, ou, mais raramente ainda, um papel de diagnóstico”⁴⁰⁹.

A diferenciação entre loucos e massas sequestradas foi prática, um trabalho mais médico do que a medicina em curso, “lá mesmo onde os loucos não eram doentes”⁴¹⁰. Não foi fruto da percepção da loucura como doença! O internamento inventa o primeiro asilo para loucos, daí então que nasce a curiosidade, primeiro em forma de piedade, para depois tomar corpo no movimento da reforma, no final do século XVIII.

⁴⁰⁵ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 109.

⁴⁰⁶ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social...cit.*, p. 109.

⁴⁰⁷ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 382.

⁴⁰⁸ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 384.

⁴⁰⁹ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 391.

⁴¹⁰ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 392.

Mas qual foi o motivo do isolamento? Por muito tempo, a protopsiquiatria do início do século seguinte pretendeu ser a primeira a libertar o louco. Antes mesmo de Pinel e Esquirol, ao longo do século XVIII, os diretores das casas de correção pediam a separação entre loucos e correccionários: “aquilo que o século XIX formulou com repercussão, com todos os recursos patéticos, o século XVIII já não havia dito e repetido incansavelmente em voz baixa? Não teriam Esquirol, Reil e os Tuke apenas retomado, num tom mais alto, aquilo que era(...) comum na prática dos asilos”⁴¹¹?

Por todo o século XVIII, os fiscais reclamavam que a oficina era atrapalhada pelos gritos dos loucos. Os desatinados são os incorrigíveis, não são sensíveis às tecnologias adestradoras das oficinas. Afirma-se que os internos mereciam melhor destino que os insensatos. Não foi o progresso médico responsável pelo fato dos loucos serem progressivamente isolados: “é do fundo do mesmo internamento que nasce o fenômeno; é a ele que se deve pedir contas a respeito do que seja essa nova consciência da loucura”⁴¹².

A polêmica da crítica política, no século XVIII, diz respeito à mistura dos que raciocinam e dos que não raciocinam e não sobre a prática do internamento para a loucura. A crítica do internamento não libertou a loucura, nem mesmo atraiu uma atenção médica a ela. Na realidade, serviu para unir, mais do que nunca, a loucura ao internamento, pois aparece “como a única razão de um internamento cujo profundo desatino ela simboliza”⁴¹³.

A presença do louco é uma injustiça para os demais detentos das casas de correção. A loucura e o crime tornam-se ligadas, as únicas que simbolizam o que deveria ser internado: “a loucura se individualiza, gêmea estranha do crime, pelo menos ligada a ele, por uma vizinhança ainda não posta em questão”⁴¹⁴.

A reforma do internamento, datada de meados do século XVIII, faz-se necessária não só para separar os loucos dos vagabundos, mas também porque a política “de assistência e repressão do desemprego é posta em questão. Uma

⁴¹¹ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 395.

⁴¹² FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 396.

⁴¹³ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 398.

⁴¹⁴ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 399.

reforma torna-se urgente”⁴¹⁵ com a diminuição da oferta de mão-de-obra. As casas de correção servem como intimidação para o nascente proletariado. As legislações sanguinárias oprimem as classes trabalhadoras para impedir a vagabundagem. E o pobre doente, que não pode trabalhar, representa uma miséria sem futuro – não é uma riqueza virtual, mas precisa de assistência⁴¹⁶.

Não havendo utilidade econômica nem urgência material no tratamento dos doentes, o modelo que se organiza é o da piedade, da caridade. Mas se questiona sobre a necessidade do Estado, mesmo que absoluto, auxiliar. Foi então que surgiram os projetos dos hospitais gerais.

Estes dois movimentos (isolamento do desatino e reflexão sobre a pobreza) são estranhos, mas permitiram a libertação da loucura, não por filantropia, nem pelo reconhecimento científico de status de doença, mas pelo lento movimento realizado “nas estruturas mais subterrâneas da experiência: não onde a loucura é doença, mas onde está ligada à vida dos homens e à história, lá onde eles sentem concretamente sua miséria e onde vão assombrá-los os fantasmas do desatino”⁴¹⁷. A loucura se liberta, isolada da pobreza, e assume as formas mais rudimentares da concepção moderna de desatino, não por uma descoberta, mas sim por um lento e concreto trabalho de despojamento, anterior às reformas de Pinel e Tuke.

E se a Psiquiatria nasce na França, faz-se necessário analisar como o legislador revolucionário tratou a loucura. Não poderia permitir o fim do internamento, nem sabia onde coloca-la: hospital, casas de correção ou assistência familiar? Após a Revolução Francesa, os apelos humanitários da Escola Humanitária, instituem-se os grandes inquéritos instaurados pela Assembleia Nacional e pela Constituinte. O princípio da legalidade impede a detenção arbitrária. Mesmo assim, os loucos permanecem nas casas de internamento, assim como os criminosos, enquanto a prática do sequestro é reduzida, ao máximo possível, em relação às pequenas faltas: “a era do internamento se encerrou. Permanece apenas

⁴¹⁵ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 404.

⁴¹⁶ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 410.

⁴¹⁷ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 415.

uma detenção onde se colocam, lado a lado, criminoso, condenados ou possíveis criminosos e loucos”⁴¹⁸.

A Comissão da Mendicância da Constituinte apresenta o relatório, em dezembro de 1790, após a visita às casas de internamento, concluindo que os loucos “aviltam os que por imprudência são misturados com eles”⁴¹⁹, uma antiga mistura tolerada pelo poder punitivo e pelos juízes. A necessidade de reservar-lhes um internamento específico é urgente: não para tratamento, mas para assistência.

Um paradoxo para a loucura: “é preciso ao mesmo tempo proteger de seus perigos a população interna e conceder-lhe o favor de uma assistência especial”⁴²⁰. Assim, os loucos seriam interrogados por juízes, podendo ser libertos ou tratados em hospitais – uma opção de separação⁴²¹. Mas as dificuldades de aplicar o decreto são inúmeras, já que não existem hospitais reservados aos loucos. Então, inicia-se uma fase de hesitações. A sociedade exige sua proteção antes mesmo da criação dos hospitais prometidos. De forma retrógrada, “faz-se com que os loucos caiam sob as medidas imediatas e não controladas que não se tomam nem mesmo contra criminosos perigosos, mas contra os animais daninhos e ferozes”⁴²²: os familiares se tornam os responsáveis pela vigilância dos desatinados, permitindo-se às autoridades municipais adotarem medidas úteis, caso aqueles sejam negligentes.

FOUCAULT afirma que este desvio de libertação impôs aos loucos um estatuto de animal “no qual o internamento os alienara; tornaram-se animais selvagens na época em que os médicos começaram a reconhecer neles uma animalidade amena”⁴²³. Pela inércia de criar hospitais para alienados, Delassat, ministro do interior, determina, em 05 de março de 1791, em uma carta ao procurador geral, a transferência provisória dos desatinados para Bicêtre, hospital

⁴¹⁸ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 418.

⁴¹⁹ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 419.

⁴²⁰ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 419.

⁴²¹ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 419: O autor reproduz o teor do art. IV de um dos decretos baixados entre 12 e 16 de março de 1790, mas não especifica qual deles “As pessoas detidas por demência serão, durante o espaço de três meses, a contar do dia da publicação do presente decreto, de acordo com a diligência de nossos procuradores, interrogadas pelos juízes nas formas de costume e em virtude de suas ordenações visitadas pelos médicos, que, sob a supervisão dos diretores de distrito, explicarão a verdadeira situação dos doentes a fim de que, após a sentença declaratória de sua condição, sejam liberados ou tratados nos hospitais que para tanto serão indicados”.

⁴²² FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 420.

⁴²³ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 420.

geral localizado em Paris. Assim, Bicêtre, cárcere dos presos políticos, torna-se “o grande centro para onde são enviados todos os insensatos, sobretudo após o fechamento de Saint-Lazare”⁴²⁴. Nas províncias mais distantes, os alienados são mantidos em prisões comuns. A desordem se generaliza e é prolongada até o advento do Império. Os prisioneiros passam fome e são acorrentados em condições insalubres, mesmo após Pinel ter “libertado” os alienados.

A cena fundadora da psiquiatria é a de Pinel libertando os loucos das correntes e celas de Bicêtre, encarcerados em meio aos pobres, velhos, condenados e prisioneiros políticos⁴²⁵. Phillippe Pinel “tirou as correntes que prendiam os loucos furiosos no fundo da sua masmorra; e esses loucos furiosos eram retidos porque temia-se que, se fossem deixados soltos, eles dariam livre curso ao seu furor”⁴²⁶. Na Inglaterra, Willian Tuke, filantropista Quaker, funda uma casa para alienados baseada em princípios mais humanitários, em 1796, na cidade de York, Inglaterra. O tratamento físico, que agia sobre o corpo do doente através de meios de contenção, era utilizado pelo asilo do condado e, após a suspeita morte da mulher de um *quaker*, em 1791, Tuke propõe a abertura de um estabelecimento específico para doentes mentais membros da “Sociedade de Amigos”, onde o tratamento moral seria aplicado. O objetivo seria intervir sobre o psiquismo dos doentes e não o corpo⁴²⁷. Pinel também pesquisa o tratamento moral, aplicado nesta nova instituição: surge o *manicômio*, estabelecimento específico para o tratamento exclusivo da loucura.

Mas foi isso mesmo que aconteceu? É preciso questionar o mito e analisar a realidade da loucura. Em Bicêtre, os alienados deveriam receber tratamento e ser libertados após a cura, uma função médica claramente já introduzida, antes de qualquer reforma. Phillippe Pinel, um conhecedor das doenças do espírito, foi designado para cuidar das enfermarias, o que “prova, por si só que a presença de loucos em Bicêtre já é um problema médico”⁴²⁸.

⁴²⁴ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 421.

⁴²⁵ FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico: Curso dado no Collège de France (1973 – 1974)*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 25. Ver também: FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 463.

⁴²⁶ FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico...cit.*, p. 25.

⁴²⁷ FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico...cit.*, p. 23.

⁴²⁸ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 464.

Mesmo que a libertação dos loucos já estivesse ocorrendo, o importante mesmo é saber o sentido dado ao mito da libertação, construindo-se, no imaginário, um manicômio ideal, que “não mais seria uma jaula do homem entregue à selvageria, mas uma espécie de república do sonho onde as relações só se estabeleceriam numa transparência virtuosa”⁴²⁹. São lendas que transmitem valores míticos inquestionáveis para psiquiatria do século XIX. Na prática, a reforma pineliana e a libertação dos loucos das casas de correção segregou a loucura aos muros do manicômio⁴³⁰.

Isaias PESSOTTI leciona que a institucionalização da loucura teve várias modalidades. A mais antiga corresponde aos *asilos*: instituições (normalmente utilizava-se os antigos leprosários) utilizadas para segregar, corrigir os alienados “e dar alguma assistência aos marginalizados de todos os tipos”⁴³¹. Estes estabelecimentos eram muito comuns até final do século XVIII e início do século XIX: “até Salpêtrière e Bicêtre, mesmo depois da reforma de Pinel, são frequentemente chamados de *asile*”⁴³². Nos asilos que encontramos as casas de correção do século XVIII, onde a loucura não recebia qualquer tratamento diferenciado.

Um segundo tipo de institucionalização da loucura ocorreu nos *hospícios*. Foram criadas instituições hospitalares, muitas vezes filantrópicas, “destinadas a dar tratamento médico a doentes sem recursos e que passam a acolher *também* os loucos”⁴³³, hospitais que davam a este alguma assistência, quase sempre alheia ao tratamento médico. Geralmente, os desatinados ficavam em edifícios separados que integravam os hospitais gerais, mas eram exclusivamente utilizados para seu recolhimento: esses edifícios “recebiam, às vezes, o nome de *hospícios*. Havia também *hospícios* (exclusivo para loucos) nos quais não se dava tratamento médico.

⁴²⁹ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 474.

⁴³⁰ LACAN, Jacques. *D'une question préliminaire à tout traitement possible de la psychose*. In *Écrits*. Paris: Éditions du Seuil, 1996, p. 532. O autor, ao questionar o tratamento tradicional para a psicose como demonstração da verdade ao portador de sofrimento psíquico, alerta sobre o confinamento da loucura: “C'est pourquoi ceux à qui vient la charge de répondre à la question que pose l'existence du fou, n'ont pu s'empêcher d'interposer entre ele et eux ces bancs de l'école, dont ils ont trouvé em cette occasion la muraille propice à s'y tenir à l'abri”.

⁴³¹ PESSOTTI, Isaias. *O Século dos Manicômios...cit.*, p. 151.

⁴³² PESSOTTI, Isaias. *O Século dos Manicômios...cit.*, p. 152.

⁴³³ PESSOTTI, Isaias. *O Século dos Manicômios...cit.*, p. 152.

Apenas abrigavam e alimentavam os alienados, separados dos demais doentes ou marginalizados sociais”⁴³⁴.

Os *hospícios* já existiam no Oriente desde o século VII, em Fez, no final do século XII, em Bagdad e no Cairo, durante o século XIII. A ocupação árabe da Espanha provavelmente resultou na criação dos primeiros hospícios europeus (“é sabido que, entre os mais antigos da Europa, contam-se os que foram criados em terras espanholas no século XV”⁴³⁵, como em Valência, em 1409, o de Servilha e Valladoid, em 1436). Na Itália, os *hospícios* foram criados no início do século XVI. Contudo, somente no século XVIII “que proliferam os *hospícios*, custodiando loucos, ao lado de outros marginalizados”⁴³⁶.

Aqui, a mudança da condição dos desatinados ainda é pequena até o século XVII: “ele apenas está separado de outros tipos de doentes, num espaço destinado especificamente a recolhê-lo e custodiá-lo”⁴³⁷.

Um terceiro grupo de instituições, generalizadas após o início do século XIX, foram os *manicômios*, uma inovação, já que caracterizavam-se por “acolher apenas doentes mentais e dar-lhes tratamento médico sistemático e especializado”⁴³⁸. Apesar de, respeitosamente, discordarmos do autor em relação a ausência de qualquer tratamento especializado dos desatinados antes da reforma de Pinel, Isaias PESSOTTI ressalta a importância da invenção do *manicômio* para a formação do tratamento psiquiátrico⁴³⁹.

Os *manicômios* surgiram quando a sociedade disciplinar estava em formação, por isso constituíram um sucesso e logo se espalharam por toda a Europa, principalmente na Itália e França⁴⁴⁰. Isaias PESSOTTI chega a afirmar que “o século XIX bem poderia chamar-se o século dos manicômios. Não só pela

⁴³⁴ PESSOTTI, Isaias. *O Século dos Manicômios...cit.*, p. 152.

⁴³⁵ PESSOTTI, Isaias. *O Século dos Manicômios...cit.*, p. 153.

⁴³⁶ PESSOTTI, Isaias. *O Século dos Manicômios...cit.*, p. 153.

⁴³⁷ PESSOTTI, Isaias. *O Século dos Manicômios...cit.*, p. 155.

⁴³⁸ PESSOTTI, Isaias. *O Século dos Manicômios...cit.*, p. 152.

⁴³⁹ PESSOTTI, Isaias. *O Século dos Manicômios...cit.*, p. 153.

⁴⁴⁰ PESSOTTI, Isaias. *O Século dos Manicômios...cit.*, p. 155 – 156: “Um resumo da proliferação italiana de manicômios, retrato de um movimento de âmbito europeu, pode ser o seguinte: em 1840 havia vinte manicômios públicos; em 1889, havia, aproximadamente quarenta. No final do século XIX, eram um pouco mais. Andrea Veja registrou que, em 31 de dezembro de 1874, o número de doentes internados em manicômios ou equivalentes era 12.210. Seis anos depois, era 17.471. Sessenta anos depois era 96.423, segundo estatísticas oficiais”.

importância história da instituição do tratamento médico manicomial (...), mas também pela proliferação de manicômios ocorrida ao longo de todo o século”⁴⁴¹.

Seja como for, a reforma de Pinel é conhecida como a cena fundadora da Psiquiatria moderna. Tratava-se da invenção do *manicômio*, uma instituição utilizada por Pinel: o tratamento moral era realizado pela internação, onde se buscava a cura. Surge o que FOUCAULT chamou de *protopsiquiatria*, o alienismo. A loucura é, por essência, a ausência de verdade, o delírio. Não há liberdade, somente determinismo, e é esta “essência que deve prescrever o que se deve impor como restrição à liberdade material dos insensatos”⁴⁴².

O manicômio ideal era um lugar onde o tratamento fosse longo, onde reinasse a ordem, a lei e o poder, “uma regulação perpétua, permanente, dos tempos, das atividades; uma nova ordem que envolve os corpos, que os penetra, que os trabalha, que se aplica à superfície deles, mas que também se imprime até mesmo nos nervos e no que um outro chamava de ‘fibras moles do cérebro’”⁴⁴³. A técnica disciplinar do manicômio é essencial ao tratamento: trata-se de moralizar o louco⁴⁴⁴.

A cena de Pinel descreve a passagem do poder de soberania ao poder disciplinar em relação à loucura: quando ele liberta os encarcerados, estabelece uma dívida de reconhecimento, paga de duas maneiras: pela obediência voluntária do libertado ao “substituir a violência selvagem de um corpo, que só era contida pela violência dos grilhões, pela submissão constante de uma vontade a outra(...), tirar as correntes é realizar por intermédio de uma obediência reconhecida algo como uma sujeição”⁴⁴⁵; e a cura involuntária pela constante submissão à disciplina do poder médico: “o próprio jogo dessa disciplina e nada mais que a sua força vão fazer o doente curar-se”⁴⁴⁶.

A disciplina foi necessária não só à construção do saber médico, permitindo uma observação exata do olhar médico e a objetificação do louco, mas também condição de cura permanente: “a própria operação terapêutica, essa transformação

⁴⁴¹ PESSOTTI, Isaias. *O Século dos Manicômios...cit.*, p. 155.

⁴⁴² FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 435.

⁴⁴³ FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico...cit.*, p. 04.

⁴⁴⁴ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura...cit.*, p. 480.

⁴⁴⁵ FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico...cit.*, p. 36.

⁴⁴⁶ FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico...cit.*, p. 36.

a partir da qual alguém considerado doente deixa de ser doente, só pode ser realizada no interior dessa distribuição regrada do poder⁴⁴⁷. Assim, a condição de conhecimento do objeto médico e a da operação terapêutica é a ordem disciplinar. O que cura no hospital é o próprio hospital, que lança mão da máquina panóptica⁴⁴⁸.

A *protopsiquiatria* do século XIX é “o momento em que o saber psiquiátrico se inscreve no interior do campo médico e, ao mesmo tempo, adquire sua autonomia como especialidade”⁴⁴⁹. Se até o final do século XVIII a loucura era caracterizada pelo princípio da crença, o louco era aquele que se enganava em relação à realidade, no início do século XIX, surge um novo critério de reconhecimento, de assinalar da loucura: “a insurreição da força, ou seja, no louco uma certa força se desencadeia, força não dominada, força talvez não dominável”⁴⁵⁰. A definição da loucura não mais como cegueira, mas como insurreição, e a inserção do louco na tecnologia terapêutica e disciplinar são fenômenos que se apoiam mutuamente⁴⁵¹.

Então, o poder psiquiátrico, em sua forma elementar, na protopsiquiatria, é um “operador da realidade, uma espécie de intensificador de realidade junto à loucura”⁴⁵², um “suplemento de poder dado à realidade”⁴⁵³. Dos regimes que o poder impõe faz dele uma cura, um conjunto de efeitos terapêuticos: “regime de isolamento, de regularidade, de emprego do tempo, sistema de carências medidas, obrigações de trabalho, etc.”⁴⁵⁴. É também uma luta contra a insurreição da loucura, contra a qual se direciona uma verdade: a verdade psiquiátrica, um poder superior sobre o qual a loucura deve se dobrar e assumir seu próprio erro.

O tratamento moral é uma cena de enfrentamento. O manicômio teria “essencialmente como função primeira e terminal fazer surgir a verdade da loucura, poder observá-la, descrevê-la, diagnosticá-la e, a partir daí, definir a terapêutica”⁴⁵⁵. O tratamento da loucura, a cena de cura, era conduzido pelo mestre

447 FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico...cit.*, p. 05.

448 FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico...cit.*, p. 128.

449 FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico...cit.*, p. 06.

450 FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico...cit.*, p. 10.

451 FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico...cit.*, p. 134.

452 FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico...cit.*, p. 179.

453 FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico...cit.*, p. 217.

454 FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico...cit.*, p. 217.

455 FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico...cit.*, p. 12.

psiquiatra e pressupunha que “o núcleo da loucura é uma falsa crença, uma ilusão ou um erro. Também supõem – o que já é um pouco diferente – que bastará reduzir esse erro para que a doença desapareça”⁴⁵⁶. A cura consiste em travestir a verdade, baixa-la ao nível do erro, e transformá-lo em verdade⁴⁵⁷. A terapia moral corresponde ao “mostrar ao louco que sua loucura é loucura e que ele está de fato doente”⁴⁵⁸.

Qual é o motivo de entender a prática da cura? FOUCAULT afirma que, primeiramente, as práticas curativas da protopsiquiatria justificam a própria necessidade do internamento para que a doença seja aniquilada: a dependência do médico para que haja terapia, o “detentor de certo poder incontornável para o doente”⁴⁵⁹; o reconhecimento da loucura sobre si mesma e sobre esse “desejo de ser rei”; e, finalmente, a exigência de compensação financeira. Em segundo lugar, define o que é o indivíduo curado: “a cura é o processo de sujeição física, cotidiana, imediata, realizada no asilo, que vai constituir como indivíduo curado o portador de uma quádrupla realidade”⁴⁶⁰: a lei do psiquiatra, a identificação da loucura, o entendimento de que o desejo de ser louco é inadmissível e a necessidade de uma contraprestação econômica.

Esta quádrupla sujeição só é possível no manicômio, na organização da tecnologia disciplinar contínua e ininterrupta. Mas a diferença entre o asilo e as demais instituições disciplinares é o espaço médico. Agora, para tratar e confinar a loucura, justificar essas intervenções, é necessário que a prática disciplinar da loucura seja dirigida por um médico psiquiatra:

Concretamente, ainda, vocês sabem que até o fim do século XVIII os lugares em que os loucos eram postos, os lugares que serviram para disciplinar as existências loucas não eram lugares médicos: nem Bicêtre, nem a Salpêtrière, nem Saint-Lazaire, nem mesmo, no limite, Charenton [hospício], que, no entendo, era tão especificamente destinado a curar os loucos – o que não era o caso dos outros estabelecimentos. Nenhum desses era, a bem da verdade, um lugar médico. Claro, havia médicos lá, mas esses médicos eram encarregados de desempenhar um papel de médicos comuns, isto é, de assegurar certo número de cuidados que o estado dos indivíduos internados e a própria terapia implicavam. Não era do médico como médico que se esperava a cura do louco; e o enquadramento efetuado por um pessoal religioso, a disciplina que se impunha então aos

⁴⁵⁶ FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico...cit.*, p. 161.

⁴⁵⁷ FOUCAULT, Michel, *O Poder Psiquiátrico...cit.*, p. 163.

⁴⁵⁸ FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico...cit.*, p. 220.

⁴⁵⁹ FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico...cit.*, p., 222.

⁴⁶⁰ FOUCAULT, Michel. *O poder Psiquiátrico...cit.*, p. 222.

indivíduos, não necessitavam de uma caução médica para que se esperasse deles algo que devia ser a cura⁴⁶¹.

O espaço asilar foi assimilado ao corpo da psiquiatria, era necessária a presença física do médico. O asilo tornou-se “o corpo do psiquiatra, alongado, distendido, levantado às dimensões de um estabelecimento, estendido a tal ponto que seu poder vai se exercer como se cada parte do asilo fosse uma parte do seu corpo”⁴⁶². O médico é detentor de um saber científico que marca a organização e o funcionamento do hospital, mas não é um saber que se formula numa teoria, mas sim “um jogo entre o corpo sujeitado do louco e o corpo institucionalizado do psiquiatra, ampliado à dimensão de uma instituição”⁴⁶³. Este é o micro-poder protopsiquiátrico.

Neste sentido de loucura, durante a reforma penal e a Escola Clássica, é compreensível a exclusão do crime pela loucura. Na França, o art. 64, do Código Penal de 1810, o papel do exame psiquiátrico era exatamente determinar a existência de doença mental que excluiria a responsabilidade penal, uma demarcação dicotômica entre “causalidade patológica e liberdade do sujeito, entre terapêutica e punição, entre medicina e penalidade, entre hospital e prisão”⁴⁶⁴. A loucura não pode ser o lugar do crime e o crime em si não pode ser um ato de loucura: o princípio da porta giratória. Aqui, o exame psiquiátrico era o conhecimento científico constituído no hospital e transposto para a instituição judiciária⁴⁶⁵. Discurso penal e psiquiátrico não se misturavam.

Somente com a Escola Positiva que percebeu-se a necessidade da invenção do manicômio judicial. A loucura era, agora, objeto do Direito Penal.

⁴⁶¹ FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico...cit.*, p. 223.

⁴⁶² FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico...cit.*, p. 227.

⁴⁶³ FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico...*, p. 235.

⁴⁶⁴ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 39.

⁴⁶⁵ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 46.

CAPÍTULO III. A INVENÇÃO DO SUJEITO PERIGOSO E DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA – REFORMAS LEGISLATIVAS E O SISTEMA DO DUPLO BINÁRIO

Seção I. O discurso ubesco da psiquiatria penal: desalienização e generalização do sujeito perigoso

Como esse saber psiquiátrico, tão marcado na instituição manicomial, ao espaço asilar, irá se difundir para as demais instituições e se fortalecer? Por volta dos anos 1840 – 1860, o poder psiquiátrico migra, se difunde e é adicionado a outros regimes disciplinares: “creio que o poder psiquiátrico como tática de sujeição dos corpos numa certa física do poder, como poder de intensificação da realidade, como constituição dos indivíduos ao mesmo tempo receptores e portadores de realidade, se disseminou”⁴⁶⁶. Ele é encontrado sob as funções psi: patológica, criminológica. A função psicológica intensifica a realidade como poder e intensifica o poder, tornando-o realidade.

Se no início a psiquiatria constitui-se como um poder intramanicomial, como ela se torna extra-manicomial? A psiquiatria se generaliza e se insere nos mecanismos de poder que lhe são externos⁴⁶⁷. Como a psiquiatria dos processos patológicos foi substituída por uma psiquiatria de “um estado permanente que garante um estatuto definitivo de aberrante”⁴⁶⁸? Como ocorreu a despatologização da psiquiatria?

Em meados do século XIX, a psiquiatria altera seu objeto: não mais o delírio, mas sim o comportamento, o instinto. É o instinto que permite tornar o monstro político, antropofágico jurídico-político do século XVIII no anormal, o “elemento misto que pode funcionar em dois registros ou, se quiserem, é essa espécie de engrenagem que permite que dois mecanismos de poder engrenem um no outro: o mecanismo penal e mecanismo psiquiátrico”⁴⁶⁹.

A mudança ocorre com as descobertas da neurologia: começou-se a dissociar loucura de distúrbios neuropatológicos, cuja causa e sede neurológicas

⁴⁶⁶ FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico...cit.*, p. 236.

⁴⁶⁷ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 176.

⁴⁶⁸ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 380.

⁴⁶⁹ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 174.

“podiam efetivamente ser determinadas, o que permitia distinguir os que eram realmente doentes no plano do seu corpo daqueles para os quais não se podia encontrar nenhuma determinação etiológica no plano das lesões orgânicas”⁴⁷⁰. Daí surge um problema para a psiquiatria: começou a se questionar a seriedade de sua prática médica, a autenticidade da doença mental.

Antes, a psiquiatria alienista era medicina porque obedecia aos critérios formais da medicina, era a medicalização do discurso alienista: “nosografia, sintomatologia, classificação, taxionomia. Todo esse grande edifício das classificações psiquiátricas com que se encantou era necessário a Esquirol para seu discurso, suas análises e seus objetos mesmos fossem o discurso da psiquiatria e dos objetos de uma psiquiatria médica”⁴⁷¹.

Contudo, com a nova problemática imposta pela neurologia, é necessário alterar o objeto da psiquiatria: o comportamento normal e anormal. Não se trata mais de observar o delírio, mas sim os instintos. É a desalienação da psiquiatria, o princípio de Baillanger que permite avaliar a conduta pelo eixo da vontade, do que é voluntário e o que é involuntário, que funda as bases da segunda psiquiatria, em 1845 – 1847⁴⁷². Psiquiatria será prática médica porque a loucura se somatiza, e a neurologia funciona como disciplina articulatória: “daí em diante, psiquiatria e medicina vão poder se comunicar não mais por intermédio da organização formal do saber e do discurso psiquiátrico; elas vão poder se comunicar, no nível do conteúdo, por intermédio dessa disciplina intersticial”⁴⁷³.

É um duplo movimento: a explosão do campo sintomatológico, tudo pode ser psiquiatrizado, todas as desordens de conduta que antes pertenciam à esfera disciplinar, moral ou judiciária, a agitação, a indocilidade, a falta de afeto familiar; e, ao mesmo tempo, a somatização da doença mental, uma “ancoragem profunda da psiquiatria na medicina do corpo, possibilidade de uma somatização não

⁴⁷⁰ FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico...cit.*, p. 238.

⁴⁷¹ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 202.

⁴⁷² FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 199.

⁴⁷³ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 202.

simplesmente forma no nível do discurso”⁴⁷⁴. Os médicos trouxeram o saber neuropatológico à psiquiatria⁴⁷⁵.

A psiquiatria não precisa mais da loucura, nem do delírio ou da demência para funcionar: “a psiquiatria pode tornar psiquiátrica toda conduta sem se referir à alienação. A psiquiatria se desalieniliza”⁴⁷⁶. Por isso que Esquirol foi o último dos alienistas, os sucessores de Baillanger, não são mais alienistas, são psiquiatras! A desalienação se deu “pelo fato de não haver mais essa referência obrigatória ao núcleo delirante, ao núcleo demencial, ao núcleo de loucura, a partir do momento em que não há mais essa referência à relação com a verdade, a psiquiatria vê se abrir diante de si (...) o domínio inteiro de todas as condutas possíveis”⁴⁷⁷.

Como o instinto, peça regionalizada no edifício dos manicômios nas loucuras parciais se torna o novo objeto da totalidade da prática psiquiátrica e permite a extensão do poder/saber psiquiátrico? FOUCAULT fala de três processos que permitiram a generalização: a internação *ex officio*, a desvinculação do internamento em relação ao requerimento familiar e a loucura como discriminante política.

A regulamentação administrativa do internamento, na França ocorrida com a lei 30 de junho de 1838, que permitiu a internação *ex officio*: “é a questão do distúrbio, é a questão da desordem, é a questão do perigo, que a decisão administrativa coloca ao psiquiatra”⁴⁷⁸. Assim, o psiquiatra que recebe o doente deve responder se ele é louco e se ele representa um perigo para a sociedade.

Este é um ponto chave: “não se trata mais, portanto, dos estigmas da incapacidade no nível da consciência, mas dos focos de perigo no nível do comportamento”⁴⁷⁹. Em função deste novo papel administrativo da atividade psiquiátrica, a análise do exame psiquiátrico desloca da doença para o que ele é capaz de cometer, “do que ele pode conscientemente querer para o que poderia acontecer de involuntário em seu comportamento”⁴⁸⁰.

⁴⁷⁴ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 203.

⁴⁷⁵ FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico...cit.*, p. 239.

⁴⁷⁶ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 201.

⁴⁷⁷ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 201.

⁴⁷⁸ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 178.

⁴⁷⁹ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 178.

⁴⁸⁰ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 179.

É uma inversão de importância: se para os alienistas, a monomania era uma loucura perigosa, e eles precisavam demonstrar esse perigo para que a psiquiatria fosse uma regulação da higiene pública, agora, o vínculo entre perigo e loucura não precisa mais ser demonstrado nos casos excepcionais: “o vínculo loucura-perigo é a própria administração que estabelece, já que é a administração que só manda um sujeito para uma internação *ex officio* se ele é efetivamente perigoso”⁴⁸¹. A própria administração fez a síntese perigo e loucura, não somente para os casos de monomania⁴⁸², mas para todos os internados: “todos os que estão no manicômio são virtuais portadores desse perigo de morte”⁴⁸³.

O segundo processo diz respeito à reorganização do requerimento familiar para a internação. Se antes a internação somente poderia ser feita a requerimento do poder paterno ou por intermédio da interdição, com a lei de 1838, a família poderia requerer diretamente ao prefeito e ao médico da internação: “a família se acha portanto, e com um mínimo de recursos à administração judiciária e até mesmo à administração pública pura e simples, diretamente ligada ao saber e ao poder médico”⁴⁸⁴.

Assim, a demanda familiar em relação à psiquiatria muda de figura, de conteúdo: agora, a internação diz respeito ao perigo que o louco representa para a família. E este será o cerne do diagnóstico psiquiátrico: não se trata mais da consciência, da livre vontade, objeto do exame na interdição, mas “a psiquiatria terá de tornar psiquiátrica toda uma série de condutas, de perturbações, de desordens de

⁴⁸¹ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 179.

⁴⁸² FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico...cit.*, p. 245: “A distinção entre mania e monomania tem por critério a extensão da desordem: geral ou parcial, isto é, centrada numa faculdade (monomanias intelectuais, instintivas, etc.), num objeto (eretomania) ou num tema (monomania religiosa, homicida). Assim, a mania se caracteriza pelo fato de que ‘o delírio é geral, todas as faculdades do entendimento são exaltadas e perturbadas’, enquanto na monomania ‘o delírio triste ou alegre, concentrado ou expansivo, é parcial e circunscrito a um pequeno número de ideias e afecções”.

⁴⁸³ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 180: “Assim é que, ao grande monstro excepcional que matou, como a mulher de Sélestat ou como Henriette Cornie, ou como Léger, ou como Papavoine, vai suceder agora como figura típica, como figura de referência, não o grande monômano que manteve, mas o pequeno obcecado: o obcecado meigo, dócil, ansioso, bonzinho, aquele, é claro, que queria matar; mas aquele que sabe igualmente que vai matar, que poderia matar e que pede educadamente à família, à administração, ao psiquiatra que o internem para que ele tenha finalmente a felicidade de não matar”.

⁴⁸⁴ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 184.

ameaças, de perigos, que são da ordem do comportamento, não mais da ordem do delírio, da demência ou da alienação mental”⁴⁸⁵.

Os elementos que antes eram preâmbulo da loucura agora constituem o sintoma de um estado patológico – e a internação é medida que se impõe. Se antes o alvo da intervenção psiquiátrica era o doente, agora trata-se do incorrigível, o resquício das demais instâncias disciplinares: “todos esses elementos que são agora medicalizados de pleno direito e desde a origem, o que os define, o que os delinea? É o campo disciplinar definido pela família, pela escola, pela casa de correção”⁴⁸⁶. A psiquiatria patologiza os restos das instâncias disciplinares.

Na verdade, os maus sentimentos pela família, nutridos pelo louco, também são patológicos. Antes, as boas relações familiares serviam para inocentar o louco do crime, se fossem positivos que remeteriam à loucura: “fala-se, aliás, com muita frequência das relações entre um doente criminoso e sua família. Mas as relações são sempre invocadas para provar, quando boas que o doente é louco”⁴⁸⁷. Agora, o que se descobre é a patologia dos maus sentimentos familiares: “a troca do bom pelo mau procedimento, emerge como portadora em si, de valores patológicos sem a menor referência a um quadro nosográfico das grandes loucuras repertoriadas pelos nosógrafos da época precedente”⁴⁸⁸.

Nos anos 1850 e 1870-1875, identifica-se a terceira demanda, desta vez, política, em relação à psiquiatria: a loucura como discriminante política. No século XVII, a discriminante construída foi formal e teórica, permitindo “distinguir os bons dos maus regimes políticos”, no século XVIII, foram efetivamente utilizadas para identificar os bons e válidos regimes: “ao mesmo tempo, princípio de crítica, de qualificação ou desqualificação dos regimes atuais”⁴⁸⁹. Depois da Revolução francesa, no final do século XVIII o elemento discriminante foi a história: quando se buscou fazer a história do terceiro estado ou a história do povo, os historiadores tentam encontrar, pela história, “uma espécie de fio condutor que permitiria desqualificar, repelir, tornar politicamente desejáveis ou historicamente inválidos

⁴⁸⁵ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 185.

⁴⁸⁶ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 189.

⁴⁸⁷ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 189.

⁴⁸⁸ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 191.

⁴⁸⁹ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 192.

certo número de acontecimentos, de personagens, de processos e, ao contrário, requalificar outros”⁴⁹⁰.

A terceira discriminante, que surge em meados do século XVIII, é a psiquiatria que, apesar de teoricamente mais fraco, possui o poder da medicina e o hospital psiquiátrico como instituição para sancionar a discriminação. Lombroso, ao vivenciar os movimentos de independência e reunificação italianos, questionava-se como poderia distinguir os revolucionários legítimos daqueles que deveriam ser excluídos e, assim, sendo um “republicano, anticlerical, positivista, nacionalista, procurava evidentemente estabelecer a descontinuidade entre os movimentos que ele identificava e com os quais se identificava”⁴⁹¹, validados historicamente, com os movimentos inimigos, os quais buscou desqualificar, pois, “o movimento político que eles representam é um movimento que merece ser histórica e politicamente desqualificado, pois já é fisiológica e psiquiatricamente desqualificado”⁴⁹². Assim, a psiquiatria é utilizada como princípio de discriminação política.

Como consequência destes três referenciais, vê-se a nova problematização instintual da psiquiatria. Se com os alienistas existia a loucura parcial (o sujeito é lúcido, mas uma de suas capacidades é afetada), agora, trata-se de reunificar a loucura para generalizá-la pelo sintoma: “mesmo quando a loucura só se manifesta num sintoma muito raro, muito particular, muito descontínuo, muito esquisito até, por mais localizado que sintoma seja, a doença mental sempre se produz num indivíduo que é, como indivíduo, profunda e globalmente louco”⁴⁹³, afinal, somente um louco teria um sintoma, por mais raro que seja.

É o jogo do involuntário e voluntário que vai aparecer em Baillarger, em um artigo de 1845 e outro de 1847, no qual o autor, por influências cartesianas, afirma que a característica da loucura é análoga ao estado de sonho: não para se enganar da verdade, como pensavam os alienistas, mas porque o louco não é dono de sua vontade. A partir desta definição que nasce a nova psiquiatria de meados do século XIX, regida por este eixo voluntário-involuntário, o princípio de Baillarger: “as alucinações, os delírios agudos, a mania, a ideia fixa, o desejo maníaco, tudo isso é

⁴⁹⁰ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 193.

⁴⁹¹ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 194.

⁴⁹² FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 194.

⁴⁹³ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 198.

resultado do exercício involuntário das faculdades, predominando sobre o exercício voluntário em consequência de um acidente mórbido do cérebro⁴⁹⁴.

É a fundação da segunda psiquiatria, caracterizada por um duplo afrouxamento epistemológico: no novo campo sintomático, com a somatização da loucura, do comportamento, o sintoma patológico de uma conduta anormal; e a anormalidade vista sob o eixo do voluntário e do involuntário. Quanto mais discrepante do normal e automática for a conduta, mais doente ela será e, se é isto que qualificará uma conduta como patológica, a psiquiatria chama para si o conjunto de condutas que só pode ser interrogado por ela mesma, não precisando mais da alienação.

A desalienação da prática psiquiátrica ocorreu pela ausência de referência obrigatória do delírio, da loucura, da alienação: não há mais a referência necessária da relação com a verdade e, a partir de então, “a psiquiatria vê finalmente se abrir diante de si, como domínio de sua ingerência possível, como domínio de suas valorizações sintomatológicas, o domínio inteiro de todas as condutas possíveis⁴⁹⁵”.

Graças à desalienação, toda conduta pode ser psiquiatrizável. O questionamento de qualidade científica e médica do conhecimento psiquiátrico, de autoria da neuropatologia, servirá para articular a medicina com a psiquiatria: o normal e o anormal são relacionados com distúrbios orgânicos. O perigo não é mais sinônimo dos casos excepcionalíssimos, como era a antiga monomania homicida para a protopsiquiatria, mas agora, a psiquiatria se embasa na dicotomia normal e anormal. Todas as condutas psiquiatrizáveis carregam agora o status de anormal, de irregularidade patológica em relação à norma.

Funda-se, assim, um campo misto entre psiquiatria e judiciário: “entre a descrição das normas e das regras sociais e a análise médica das anomalias, a psiquiatria será essencialmente a ciência e a técnica dos anormais, dos indivíduos anormais e das condutas anormais⁴⁹⁶”.

Crime e loucura não se interseccionam mais no caso limítrofe, mas sim no caso regular. A partir destes três processos, a psiquiatria funciona “num espaço que

⁴⁹⁴ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 199.

⁴⁹⁵ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 201.

⁴⁹⁶ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 205.

é, de fio a pavio, mesmo no senso lato, médico-judiciário, patológico-normativo. Do fundo da sua atividade, o que a psiquiatria questiona é a imoralidade mórbida, ou ainda uma doença da desordem⁴⁹⁷. No período entre os anos 1840 – 1875, a psiquiatria se organiza como tecnologia da anomalia.

O anormal surge como objeto privilegiado da psiquiatria. FOUCAULT ressalta que este personagem foi prenunciado por três figuras: o grande monstro antropofágico (representado por Luís XVI⁴⁹⁸), a criança masturbadora⁴⁹⁹ e o incorrigível (inassimilável ao sistema normativo de educação⁵⁰⁰).

Mas a relevância deste novo domínio de objetos é o novo modo de funcionamento da psiquiatria. O novo filtro funcional para analisar os comportamentos patológicos não é o instinto em si, mas sim a ausência, a paralisação do desenvolvimento das instâncias capazes de controlá-los⁵⁰¹.

É um estado congênito, com estigmas permanentes do indivíduo como consequência: este era o sujeito psiquiatrizável. O sujeito que cometia um crime era analisado por sua constituição corporal, o que lembra nitidamente a prática lombrosiana: “a face não oferece com o crânio a simetria conforme que deveríamos encontrar normalmente. O tronco e os membros carecem de proporções(...), constata-se que a boca é larga demais e que o palato apresenta uma curvatura que é característica da imbecilidade⁵⁰². Este é o caso de Charles Jouy que, apesar de ser reconhecido pelo perito como juridicamente responsável por seu crime, alerta-se ao julgador que o *senso moral* do acusado é insuficiente para resistir aos instintos animais, um “pobre de espírito desculpável por sua obscuridade⁵⁰³”.

Atos e estigmas do corpo referem-se “a um estado permanente, a um estado constitutivo, a um estado congênito. As dimorfias do corpo são, de certo modo, as consequências físicas e estruturais desse estado, e as aberrações de conduta⁵⁰⁴” desculpam o acusado. A ausência de controle dos instintos remete a um estado de

⁴⁹⁷ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 205.

⁴⁹⁸ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 120.

⁴⁹⁹ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 316.

⁵⁰⁰ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 371.

⁵⁰¹ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 381.

⁵⁰² FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 379.

⁵⁰³ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 376.

⁵⁰⁴ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 379 – 380.

imbecilidade e, conseqüentemente, às aberrações de comportamento: a interrupção de seu desenvolvimento, sua infantilidade. São sinais de maldade, encontra-se no ato de hoje a maldade de outrora: atavismo, impossibilidade de mudança.

A condição de psiquiatrização dos anormais não é a alienação, a doença, mas se resume na frase: “se não se pode condenar você [pelo crime], é porque você já era, desde criança, o que é agora”⁵⁰⁵.

Mas o reconhecimento da ausência de controle voluntário dos instintos por algo inato ao indivíduo anormal produz efeitos diversos da antiga desculpabilização dos alienistas, ao encontrarem a loucura. Na protopsiquiatria, a infância servia para desculpar o crime. Agora, a infância como forma geral de comportamento se torna o maior instrumento de generalização da psiquiatria⁵⁰⁶. Agora, a conduta que é submetida à jurisdição psiquiátrica não é mais aquela pertencente ao delírio, bastando “que seja portadora de um vestígio qualquer de infantilidade”⁵⁰⁷. Se na psiquiatria esquerosiana não era possível vincular o prazer, o instinto e a imbecilidade, agora, os três personagens se encontram. O novo indivíduo psiquiatrizável é a junção do “pequeno masturbador, o grande monstro e aquele que resiste a todas as disciplinas”⁵⁰⁸.

O psiquiatra não avalia mais uma doença, mas sim um estado de desequilíbrio que representa um perigo virtual⁵⁰⁹. A nova psiquiatria não precisa mais da doença: seu referencial é o desvio do comportamento anormal.

Um completo paradoxo, pois a psiquiatria se constituiu como ciência no início do século XIX ao analisar a loucura como doença – sua condição ciência especial e médica: “foi patologizando a loucura pela análise dos sintomas, pela classificação das formas, pela pesquisa das etiologias, que ela pôde se construir finalmente uma medicina própria da loucura: era a medicina dos alienistas”⁵¹⁰.

⁵⁰⁵ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 385.

⁵⁰⁶ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 387.

⁵⁰⁷ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 388.

⁵⁰⁸ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 389.

⁵⁰⁹ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 391.

⁵¹⁰ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 393.

A despatologização da psiquiatria, ocorrida meados do século XIX devido ao advento da neurologia e o questionamento de seriedade da doença mental⁵¹¹, justificou-se para que mantivesse seu status de medicina. Somente como saber médico ela poderia generalizar os efeitos de poder: "mas ela aplica esses efeitos de poder, e esse estatuto de medicina que é seu princípio, a algo que, em seu próprio curso, não tem mais estatuto de doença, mas estatuto de anomalia"⁵¹². Se antes a medicina da alienação analisava a loucura como doença como condição para intervir como discurso/poder sobre a loucura, agora, a relação de poder só se sustentou "na medida em que é um poder medicalmente qualificado que submete a seu controle um domínio de objetos que são definidos como não sendo processos patológicos"⁵¹³.

A despatologização de seu objeto foi a condição necessária para que o poder médico da psiquiatria se generalizasse. A inovação psiquiátrica deve ser analisada pelos benefícios tecnológicos de majorar os efeitos de poder do saber psiquiátrico.

Primeiramente, passa a descrever não mais doenças, mas sim síndromes de anomalias, de condutas desviantes, aberrantes: o estado geral de anormalidade. Em segundo lugar, passou a reverter o anormal em doente: o delírio passa ser analisado pela economia dos instintos e do descontrole infantil.

A terceira característica desta nova nosografia é a noção de estado: um fundo causal permanente. É a mais relevante para o direito penal: trata-se da base anormal a partir da qual as doenças se manifestam, um déficit geral das instâncias de controle do indivíduo. Pode ser "uma deformidade, um distúrbio funcional, um impulso, um ato de delinquência, a embriaguez. Em sua todo o que pode ser patológico ou desviante, no comportamento ou no corpo, pode ser efetivamente produzido a partir do estado"⁵¹⁴. É um conjunto estrutural próprio do indivíduo de não desenvolvimento, uma causalidade própria. O fim do século XIX foi marcado pela busca da psiquiatria para entender a hereditariedade psíquica da anormalidade: "não

⁵¹¹ FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico...cit.*, p. 239.

⁵¹² FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 393.

⁵¹³ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 394.

⁵¹⁴ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 397.

é uma doença que provoca a outra, mas algo como um vício, um defeito”⁵¹⁵, um estudo feito por Lombroso⁵¹⁶.

A despatologização da psiquiatria permitiu uma importante alteração de objetivo: não mais curar. Na tecnologia do anormal, o projeto curativo não tem mais sentido. A psiquiatria passa a ser a ciência da proteção social: “ela pode propor (e é o que efetivamente ocorre nessa época) funcionar simplesmente como proteção da sociedade contra os perigos definitivos de que ela poder vítima de parte das pessoas que estão no estado anormal”⁵¹⁷.

Trata-se de uma nova função: proteção da ordem, defesa social generalizada, o saber médico da proteção científica da sociedade. A psiquiatria se torna a ciência gestora do anormal, assumindo um poder máximo no final do século XIX ao possuir como objeto o sujeito perigoso. Somente assim ela pôde “pretender tomar o lugar da própria justiça; não apenas da higiene, mas na verdade da maioria das manipulações e controles da sociedade, por ser a instância geral de defesa da sociedade contra os perigos que a minam no interior”⁵¹⁸.

Nasce então um racismo contra o anormal, degenerado, portador de um estigma, de consequências imprevisíveis do mal que o anormal traz em si. É um racismo endêmico, defesa interna da sociedade contra os anormais: “a psiquiatria sempre funcionou, a partir do século XIX, essencialmente como mecanismo e instância da defesa social”⁵¹⁹.

Com esta mudança a exclusão entre crime e loucura não foi mais possível. Formou-se um terceiro discurso da psiquiatria penal que era alheio à psiquiatria e ao direito. O exame psiquiátrico não busca analisara responsabilidade penal nem mesmo a existência da doença, mas sim a periculosidade do sujeito anormal. Somente no interior deste discurso da psiquiatria como defesa social que a “caça aos degenerados” faz sentido, como aquele é inacessível à pena, o incurável, o sujeito temível que deve ser inocuizado por não controlar o que faz e portar, em si mesmo, a virtualidade da reincidência, incurável. Somente na medicina do anormal

⁵¹⁵ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 399.

⁵¹⁶ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 400.

⁵¹⁷ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 402.

⁵¹⁸ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 403.

⁵¹⁹ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 404.

que a periculosidade penal tem significa, “sem significado do ponto de vista patológico, sem significado do ponto de vista jurídico”⁵²⁰, mas perfeitamente compreensível do ponto de vista da psiquiatria dos degenerados.

Na tecnologia disciplinar da psiquiatria do anormal, o delinquente encontra sua genealogia. A justiça penal prevista pelos reformadores permite duas linhas de objetivação do criminoso: “uma era a série dos ‘monstros’, morais ou políticos, caídos no pacto social; a outra, a do sujeito jurídico requalificado pela punição”⁵²¹. O delinquente permite juntar essas duas linhas e construir, baseado na psiquiatria, um saber que transforma o infrator em objeto de uma técnica científica.

A prisão não é uma simples detenção, mas uma instituição técnico-disciplinar, que substitui o condenado por uma outra figura, o delinquente: “a operação penitenciária, para ser uma verdadeira reeducação, deve totalizar a existência do delinquente, tornar a prisão uma espécie de teatro artificial e coercitivo onde é preciso refazê-la totalmente”⁵²². A disciplina carcerária permite o surgimento de um saber sobre o indivíduo, qualificado cientificamente como delinquente. Surge, então, a possibilidade de uma criminologia: “o correlativo da justiça penal é o próprio infrator, mas o do aparelho penitenciário é outra pessoa, é o delinquente, unidade biográfica, núcleo de ‘periculosidade’ representante de um tipo de anomalia”⁵²³.

A técnica penitenciária surge ao mesmo tempo em que o saber sobre o delinquente. Assim, não foi a descoberta do “homem delinquente” pela Criminologia Positivista que aperfeiçoou as técnicas penitenciárias, nem os projetos penitenciários que originaram a delinquência: “elas apareceram as duas juntas e no prolongamento uma da outra como conjunto tecnológico que forma e recorta o objeto a que aplica os seus instrumentos”⁵²⁴. E é essa a delinquência, formada nos subterrâneos do aparelho judiciário, torna-se presente na lei e nos tribunais, pois precisa ser “conhecida, avaliada, medida, diagnosticada, tratada, quando se proferem sentenças, é ela agora, essa anomalia, esse desvio, esse **perigo**

⁵²⁰ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 404.

⁵²¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 242.

⁵²² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 238.

⁵²³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 241.

⁵²⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 241.

inexorável, essa doença, essa forma de existência que deverão ser considerados ao elaborarem os códigos”⁵²⁵.

Vemos a formação de um discurso psiquiátrico ubesco, o ponto de encontro entre o judiciário e o cientista, qualificado para enunciar a verdade, que concebe um discurso alheio a qualquer regra de formação do discurso científico e do direito⁵²⁶, um discurso grotesco. Grotesco é “o fato, para um discurso ou para um indivíduo, de deter por estatuto efeitos de poder de que sua qualidade intrínseca deveria privá-los”⁵²⁷. Grotesco ou ubesco, como o terror grotesco da soberania que permite a maximização dos efeitos do poder pela desqualificação de quem o produz. Isso não é uma falha do poder, mas faz parte das engrenagens dos mecanismos de poder.

A psiquiatria penal, este terceiro discurso que permite colocar as funções médicas para funcionar no direito e as noções jurídicas para funcionar na medicina só funciona porque é fraco epistemologicamente. É a *homogeneidade da reação social*, um contínuo poder erigido entre a instância médica de cura ao direito penal, uma resposta análoga para duas instituições diferentes (a prisão e o manicômio): à periculosidade do indivíduo, que não é doente nem criminoso⁵²⁸.

É um discurso parental, pueril, infantil do exame médico penal que exerce uma função de ponte entre o discurso penal e o saber psiquiátrico. O caráter ubesco do discurso da psiquiatria penal está ligado ao seu papel: proteção da sociedade em relação ao indivíduo perigoso. A Ubu corresponde ao “exercício do poder através da desqualificação explícita de quem o exerce”⁵²⁹. A soberania grotesca é anulação do detentor do poder pelo ritual que manifesta o poder, a ridicularização do detentor do poder para demonstrar que a tecnologia do poder funcionaria mesmo sem ninguém para detê-la. Da mesma forma, a psiquiatria penal exerce a mesma função da personagem Ubu: só pode exercer esse poder por meio de um discurso que a desqualifica como científica, sendo que foi precisamente porque é científica que o

⁵²⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...cit.*, p. 241.

⁵²⁶ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 14 – 15.

⁵²⁷ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 15.

⁵²⁸ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 42 – 43.

⁵²⁹ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 45.

direito penal permitiu que exercesse esse poder. O poder judiciário, com tanta solenidade, cede lugar ao saber médico que aparece como Ubu, como bufão⁵³⁰.

A psiquiatria penal não é mais o saber dos alienistas, mas um discurso híbrido, desvinculado da cientificidade da medicina. Ela não busca mais saber a responsabilidade penal do indivíduo, mas funciona como tecnologia científica de proteção social: trata-se de descobrir se o indivíduo é perigoso ou não.

Seção II. A Criminologia Positivista e os fins normalizadores

Segundo BARATTA, a criminologia positivista foi a primeira etapa de desenvolvimento da criminologia como disciplina autônoma, fazendo-se “referência a teorias desenvolvidas da Europa entre o final do século XIX e começo do século XX, no âmbito da filosofia e da sociologia do positivismo naturalista”⁵³¹, envolvendo a escola francesa, a “escola social” alemã (de Franz Von LISZT) e, especialmente, a Escola Positiva italiana, composta pela tríade Lombroso, FERRI e Garofalo. Trata-se de um movimento crítico em relação ao humanismo exacerbado da Escola Clássica.

O termo *Criminologia* foi utilizado pelo antropólogo francês TOPINARD, em 1879, pela primeira vez, mas somente em 1885 ele aparece como título de uma obra científica de Garófalo. Por este motivo e “doutros análogos, significativamente situados no período em que os modelos positivistas triunfavam nas ciências e se expandiam à filosofia e à cultura em geral) que alguns autores tendem a fazer coincidir as origens da criminologia como <<ciência>> com a *escola positiva*”⁵³².

A primeira crise do garantismo se deu no seio da transformação do Estado Moderno, marcada na passagem do “Estado Liberal para ao Estado Intervencionista, a partir de meados do século XIX, com a consolidação da burguesia no poder”⁵³³. Quando a burguesia se solidifica no poder, muda de ideologia: busca uma racionalidade legitimadora do novo poder. O Direito Penal deveria atuar para combater a criminalidade, “concebendo uma política criminal/penitenciária bélica.

⁵³⁰ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 46.

⁵³¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica...cit.*, p. 32.

⁵³² DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 05.

⁵³³ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias...cit.*, p. 55.

Assim, no momento em que o modelo da Ilustração não cumpre a promessa de diminuição radical da criminalidade, instaura-se a crise, gerando a necessidade de novo discurso legitimante⁵³⁴, uma nova tática na luta contra o crime e o criminoso. O estado intervencionista poderia interferir ao máximo no controle social para combater o crime. O saber hegemônico precisava explicar a naturalidade do poder de controle social, “apelando aos saberes antropológicos e sociológicos positivistas para retomar o argumento organicista. Do posicionamento revolucionário no período ilustrado, os cientistas burgueses (re)legitimam os postulados naturalistas típicos do inquisitorialismo⁵³⁵, sob a justificativa da defesa social.

A Escola Positiva surge, na década de setenta do século XIX, a partir de das matrizes fundamentais da Antropologia Criminal de Cesare Lombroso (1836 – 1909) e da Sociologia criminal de Enrico FERRI (1856 – 1929)⁵³⁶. Emerge em um contexto histórico específico, diverso daquele em que a Escola Clássica foi concebida: um panorama de “transformações nas funções do Estado(...); de crise do programa clássico no combate à criminalidade; de predomínio de uma concepção positivista de Ciência e declínio do jusnaturalismo ao lado do evolucionismo de DARTI e a obra de SPENCER⁵³⁷, fatores históricos e teóricos que estão conectados com o seu programa.

O novo paradigma das ciências criminais foi composto por cientistas que pensavam sobre o fenômeno do crime, “embriagado pelo discurso evolucionista das ciências naturais e pela mudança nas funções do Estado⁵³⁸. Assim, o positivismo criminológico pode ser melhor compreendido se entendermos a matriz epistemológica do positivismo filosófico de Augusto Comte, do século XIX, concebido em um ambiente liberal e pós-revolucionário⁵³⁹. Seus pressupostos epistemológicos são três: a realidade é dotada de exterioridade autônoma, independentemente do sujeito de conhecimento; o conhecimento é representação

⁵³⁴ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias...cit.*, p. 56.

⁵³⁵ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias...cit.*, p. 57.

⁵³⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, nº 14, p 24 – 36, 1996, p. 24.

⁵³⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 147.

⁵³⁸ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias...cit.*, p. 57.

⁵³⁹ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução Teórica à História...cit.*, p. 40 – 41.

idêntica do objeto em sua integralidade; e o conhecimento científico é necessariamente neutro, factual, livre de qualquer valoração subjetiva⁵⁴⁰.

Aplicados às ciências humanas, o positivismo possui três premissas estruturantes, dependentes dos anteriores pressupostos teóricos: “a sociedade é regida por leis naturais, eternas, imutáveis, independentes da vontade e da ação humanas, e na vida social reina uma harmonia natural”⁵⁴¹, sendo possível elaborar regras metafísicas, universais, absolutas de funcionamento das sociedades; “a sociedade pode ser epistemologicamente assimilada pela natureza, sendo estudada pelos mesmos métodos e processos das ciências naturais”⁵⁴², já que o objeto das ciências humanas são os fatos sociais, que podem ser inteiramente apreendidos pelo conhecimento; e, finalmente, “as ciências naturais e sociais devem limitar-se às explicações causais dos fenômenos de forma objetiva, neutra, livre de juízos de valores ou ideologias, de noções prévias e preconceitos”⁵⁴³, ou seja, as ciências humanas possuem uma neutralidade axiológica, um conhecimento neutro sobre o fato social.

Compreende-se, assim, porque Enrico FERRI identificava como motivos da falibilidade da Escola Clássica, após diminuir as penas, o individualismo abstrato exagerado e a conseqüente diminuição dos direitos da sociedade de defender-se a si mesma⁵⁴⁴. Além de resgatar os direitos de defesa da sociedade, a Escola Positiva pretendia “deslocar a problemática penal do plano da razão para o plano da realidade; de uma orientação filosófica para uma orientação científica, empírico-positiva, a única apta para resgatar aquele segundo personagem ‘esquecido’ pela Escola Clássica: o homem delinquente”⁵⁴⁵. Devido ao individualismo liberal e ao método racionalista, a escola precedente não buscou prevenir o delito, perdeu de vista a existência concreta do indivíduo delinquente, com o conseqüente fracasso de aumento da criminalidade e dos índices de reincidência.

Assim, a Escola Positiva possuía uma missão prática que ultrapassava diminuir as penas: diminuir os delitos. Somente com a substituição da metafísica da

⁵⁴⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução Teórica à História...cit.*, p. 43 – 48.

⁵⁴¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução Teórica à História...cit.*, p. 49.

⁵⁴² FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução Teórica à História...cit.*, p. 49.

⁵⁴³ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução Teórica à História...cit.*, p. 50.

⁵⁴⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 148.

⁵⁴⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 148.

vontade livre e consciente por um conhecimento científico é que seria possível erigir um conhecimento apto a diagnosticar as causas da criminalidade “e, por extensão, possibilitar uma luta científica dirigida à erradicar a criminalidade”⁵⁴⁶. Neste sentido, leciona BARATTA:

A metafísica naturalista, positivista da qual, ao contrário, partia a Escola positiva, no final do século passado [XIX], com a obra de Lombroso, FERRI e Garófalo, levava a uma nova maneira de considerar o delito; a uma reação contra as hipóteses racionalistas de entidades abstratas: o ato, o indivíduo, sobre os quais se baseava a filosofia da Escola clássica, e que agora perdiam sua consistência em face de uma visão filosófica baseada sobre o conceito naturalista de totalidade. O delito é, também para a Escola positiva, um ente jurídico, mas o direito que qualifica este fato humana não deve isolar a ação do indivíduo da totalidade natural e social. A reação ao conceito abstrato de indivíduo leva a Escola positiva a afirmar a exigência de uma compreensão do delito que não se prenda à tese indemonstrável de uma causação espontânea mediante um ato livre de vontade, mas procure encontrar rodo um complexo das causas na totalidade biológica e psicológica do indivíduo, e na totalidade social que determinava a vida do indivíduo⁵⁴⁷.

O positivismo criminológico se define como ciência explicativa das causas do crime. Possuindo como objeto “a criminalidade concebida como um fenômeno natural, causalmente determinado, assume a tarefa de explicar as suas causas segundo o método científico ou experimental e o auxílio das estatísticas criminais oficiais e de prever os remédios para combata-la”⁵⁴⁸.

O método científico desta corrente criminológica pressupõe: a quantificação, a objetividade do conhecimento e causalidade do fenômeno observado (determinismo)⁵⁴⁹. Seu adjetivo positivista depende do respeito às regras fundamentais do positivismo filosófico: “a negação do livre-arbítrio e a crença no determinismo e no postulado da previsibilidade dos fenômenos humanos, redutíveis a <<leis>>; a separação entre a ciência e a moral e a reivindicação da neutralidade axiológica da ciência; a unidade do método”⁵⁵⁰

A Escola Positiva entende a criminalidade como realidade autônoma, anterior ao Direito Penal, sendo possível ao sujeito de conhecimento descobrir suas causas de forma neutra e científica, auxiliando no seu combate e defendendo a

⁵⁴⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 149.

⁵⁴⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica...cit.*, p. 38.

⁵⁴⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Do paradigma etiológico...cit.*, p. 26.

⁵⁴⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 150.

⁵⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia... p. 12.*

sociedade. Percebe-se, nitidamente, a aplicação do princípio positivista da neutralidade axiológica do conhecimento científico em busca das “explicações causais dos fenômenos”⁵⁵¹ da criminalidade, “tributária, portanto, do método científico, experimental ou empírico-indutivo de análise de seu objeto, que condiciona, associado aos seus demais pressupostos, a sua produção científica”⁵⁵².

Sendo a criminalidade um fenômeno causal, caberá à criminologia descobrir as leis universais (primeiro pressuposto do positivismo nas ciências humanas) da criminalidade: a manifestação do determinismo. Desloca-se o objeto de análise da ciência criminológica: não mais o crime em sua realidade metafísica e racional, mas o fato e o homem delinquente⁵⁵³. O livre arbítrio é considerado metodologicamente acientífico, opondo-se a ele o determinismo do criminoso. Isto porque “um ato livre rompe com a série causal que necessariamente conduz ao crime. A vontade não é livre e não pode ser tida como causa do crime porque é, ela própria, um resultado”⁵⁵⁴.

Sendo o crime um fato causalmente determinado, a Escola Positiva respondeu de formas diversas sobre as causas ordenadas de forma naturalística, originando a Antropologia e a Sociologia Criminal.

A primeira resposta para as causas do crime foi dada por Cesare LOMBROSO, em 1876⁵⁵⁵. Influenciado pela teoria dos fisionomistas e pelo desenvolvimento científico da psiquiatria, que buscavam encontrar as causas dos crimes em estigmas individuais, LOMBROSO inseria-se no ambiente científico que “critica ao princípio do livre arbítrio, atribui o crime a doença e reclama a necessidade de tratamento do delinquente”⁵⁵⁶. A causa da criminalidade era o próprio criminoso, o *homo criminalis*⁵⁵⁷.

Assim, utilizando-se do método de investigação das ciências naturais (positivismo filosófico fundado na observação e experimentação empírica) e influenciado pelo determinismo orgânico (seja ele fisionomista ou psíquico),

⁵⁵¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução Teórica à História...cit.*, p. 50.

⁵⁵² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 150.

⁵⁵³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 151.

⁵⁵⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 151.

⁵⁵⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Do paradigma etiológico...cit.*, p. 26.

⁵⁵⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia...cit.*, p. 14.

⁵⁵⁷ CARVALHO, Salo de. *Criminologia Cultural...cit.*, p. 295.

LOMBROSO primeiramente buscou individualizar nos doentes e condenados dos manicômios e cárceres italianos “anomalias sobretudo anatômicas e fisiológicas (como pouca capacidade craniana, frente fugida, grande desenvolvimento dos arcos zigomático e maxilar, cabelo crespo e espesso, orelhas grandes, agudeza visual)”⁵⁵⁸, estigmas naturais que identificavam o criminoso nato, o *homo criminalis*, espécie diferenciada dos humanos, predestinada a cometer crimes.

Em seguida, buscou anomalias cranianas explicativas destas características e encontrou “indicações de formação biológica primitiva: a fosseta occipital média”⁵⁵⁹. Assim, LOMBROSO fundou a tese do criminoso nato que, pela degeneração antropológica, pela regressão atávica, assemelha-se ao homem primitivo⁵⁶⁰. O atavismo é corresponde à “manifestação de traços característicos de uma etapa de desenvolvimento biológico primitivo na raça humana”⁵⁶¹, uma explicação para a criminalidade nata. Assim, por regressão, o criminoso nato era análogo ao homem primitivo⁵⁶². Após inúmeras críticas, funda o tríptico lombrosiano, adicionado às causas da delinquência a epilepsia e a loucura moral.

⁵⁵⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 153.

⁵⁵⁹ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias...cit.*, p. 58.

⁵⁶⁰ LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente: in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*. 5ªed. vol. I. Torino, Fratelli Bocca Editori, 1896, p. 207: “Por sua vez não se pode negar que a frequência de anormalidade tenha um significado ou de possuir uma consequência, ou filogenética, que lhe é bastante considerável. A ninguém pode escapar a importância do aprofundamento da segunda dobra de passagem externa descoberta em dois assassinos de Fallot e Mazais: o aprofundamento de ambas as dobras de passagem externa e a consecutiva formação de um *poerculum occipitale*. Digna da máxima observação é a notável frequência com a qual nos delinquentes e principalmente nos homicidas o *gyrus omei* resta superficial: anomalia atávica que nos verdadeiramente normais até agora não foi mais constatada. Se aos precedentes se adicionam as disposições anormais das curvas e dos sulcos observados no lobo parietal e frontal, e do cerebelo será permitido com uma proposição sintética afirmar: no encéfalo e no crânio dos delinquentes se apresentam com frequência maior que nos normais características degenerativas e anormais”. Tradução livre do original: [D'altra parte non si può negare che la franchezza di anomalie aventi un significato o di arresto di sviluppo, o filogenético, vi sai piuttosto considerevole. A nessuno può sfuggire l'importanza dell'approfondirsi della 2° piega di passaggio esterna rinvenuta in du assassini da Fallo e Mazais: l'approfondirsi di ambedue le pieghe di passaggio esterne e la consecutiva formazione di un *operculum occipitale*. Degna della massima osservazione si è la notevole frequenza con la quale nei delinquenti e principalmente negli omicidi il *gyrus omei* rimane del tutto superficiale: anomalia atavica che nei veri normali fin'ora non fu mai constatata. Se alle precedenti si aggiungono le disposizioni abnormi dei giri e dei solchi osservati nel lobo parietale e nel frontale, e del cervelletto sarà lecito con una proposizione sintetica affermare: *nell'encefalo e nel cranio dei delinquenti si presentano con frequenza maggiore che nei normali caratteri degenerativi e abnormi*].

⁵⁶¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 153.

⁵⁶² DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia...cit.*, p. 16: “A tese central da teoria lombrosiana é a do *atavismo*: o criminoso atávico, exteriormente reconhecível, corresponderia a um homem menos civilizado que os seus contemporâneos, representando um enorme anacronismo”.

LOMBROSO foi o primeiro autor que buscou a investigação causal do delinquente, fundando a Criminologia como ciência causal-explicativa.

Enrico FERRI, possuindo convicções ideológicas específicas, privilegiou os fatores sociológicos para explicar as causas ligadas à etiologia do crime, dividindo-as em três “individuais (orgânicas e psíquicas), físicas (ambiente telúrico) e sociais (ambiente social) e, com elas, ampliou a originária tipificação lombrosiana da criminalidade”⁵⁶³. Assim, a Sociologia Criminal é a ciência da criminalidade e da defesa social, conformando o estudo científico sobre o crime como fato individual e social para sistematizar a defesa social preventiva e repressiva⁵⁶⁴.

Desta forma, FERRI nega o livre arbítrio do direito clássico e afirma que a criminalidade é decorrência desta tríplice série de causas, formando um resultado previsível que identifica os indivíduos socialmente perigosos. Assim, “o delito era reconduzido, pela Escola positiva, a uma concepção determinista da realidade em que o homem está inserido, e da qual todo o seu comportamento é, no fim das contas, expressão”⁵⁶⁵. A justiça penal não se fundamenta mais sobre o delito e a classificação das ações criminosas, mas sim sobre o criminoso e a classificação dos autores. Enquanto o ramo biossociológico estuda as etiologias do crime, elaborando categorias de delinquentes “indicando os remédios preventivos e repressivos que o legislador pode organizar para a defesa social contra a criminalidade”⁵⁶⁶, o ramo jurídico corresponde à organização jurídica de prevenção e repressão do crime a partir desta defesa social.

FERRI enaltece a necessidade metódica de ver o crime no criminoso ao elaborar e aplicar a legislação penal. Para evitar o erro do classicismo, a “personalidade delinquente deve estar na primeira linha porque o crime é sobretudo sintoma revelador da personalidade perigosa de seu autor”⁵⁶⁷.

Assim, a causalidade da criminalidade permite estabelecer uma divisão dicotômica entre o indivíduo normal e anormal. Percebe-se, claramente, a invasão do discurso da psiquiatria penal na definição do criminoso: “estabelece-se desta

⁵⁶³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Do paradigma etiológico...cit.*, p. 26.

⁵⁶⁴ FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Lemos D’oliveira. Campinas: Russel, 2003, p. 99.

⁵⁶⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica...cit.*, p. 39.

⁵⁶⁶ FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal...cit.*, p. 95.

⁵⁶⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 155 – 156.

forma uma linha divisória entre o mundo da criminalidade – composta por uma ‘minoría’ de sujeitos potencialmente perigosos e anormais – e o mundo da normalidade – representada pela ‘maioría’ na sociedade”⁵⁶⁸.

Negando-se o livre arbítrio, a imputabilidade não pode ser fundada na responsabilidade moral. Consequentemente, se o crime é apenas a manifestação causal de uma personalidade antissocial, anormal e perigosa, “os ‘[in]imputáveis’ ou ‘moralmente irresponsáveis’ do classicismo são os que mais correspondem ao tipo criminoso”⁵⁶⁹. Elementares as palavras de FERRI:

É por isso que, ao estudo jurídico do crime e da pena, admiravelmente feito pelos criminalistas clássicos, é necessário propor e acrescentar o estudo do delinquente, cujo crime praticado, tendo também um valor próprio de maior ou menor gravidade moral ou jurídica, é sobretudo o sintoma revelador de uma personalidade mais ou menos perigosa, para a qual se deve dirigir uma adequada defesa social. É preciso portanto, abandonar, visto não corresponder à realidade, o critério fundamental da Escola Clássica, que considerava o autor do crime como um ‘tipo médio’, igual a quaisquer outros homens, salvo os poucos casos aparatosos e taxativamente catalogados de menoridade, loucura, surdo-mudez, embriaguez, ímpeto de cólera e dor(...). E é esta condição de ‘responsabilidade moral’ que constitui ainda atualmente uma verdadeira e própria paralisia da justiça penal, com toda a vantagem para os **delinquentes mais perigosos**, eu apresentam, precisamente por isso, as mais evidentes anormalidades e as invocam por conseguinte como sua desculpa, pelo que fica sem defesa a sociedade.

O discurso da psiquiatria penal surge para suprir a necessidade de defesa da sociedade em relação aos indivíduos anormais. A justiça penal clássica, fundada no homem médio e na responsabilidade moral, acabou inocentando criminosos perigosos e, assim, não cumpriu sua tarefa de defender a sociedade: “quando esse sistema baseado em nobre inspiração espiritualista de justiça absoluta, atingia o máximo de acabamento e perfeição, era quando mais alto subia a curva das estatísticas da criminalidade, realidade viva”⁵⁷⁰.

A inovação da Escola positiva é o reconhecimento metódico da premissa de que a ciência penal estuda a atividade anormal do homem, enquanto os demais ramos do direito possuem como objeto o homem médio, sujeito de direitos⁵⁷¹. De forma científica, a Escola Positiva estabelece “uma divisão ‘científica’ entre o (sub)

⁵⁶⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 156.

⁵⁶⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 156.

⁵⁷⁰ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 11.

⁵⁷¹ FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal...cit.*, p. 86.

mundo da criminalidade, equiparada à marginalidade e composta por uma ‘minoria’ de sujeitos potencialmente perigosos e anormais (o ‘mal’) e o mundo, decente, da normalidade, representado pela maioria da sociedade (o ‘bem’)”⁵⁷². Assim, “desceu o delito daquela nobreza de entidade jurídica até o nível de simples episódio de desajustamento social do homem”⁵⁷³.

Se o homem está fadado a cometer crimes, representando um perigo social, a sociedade deve reagir em sua defesa. A categoria clássica de responsabilidade moral não serviria mais para fundamentar a pena após as “revolucionárias” categorias da Escola Positiva. Assim, FERRI propunha que o fundamento da pena passaria a ser a categoria positiva de responsabilidade social⁵⁷⁴.

A pena, neste contexto, é um meio de defesa social, que poderá ser *preventiva* ou *repressiva*. FERRI ressalta que a prevenção é objeto privilegiado de defesa social, já que é mais eficaz que a pena repressiva. Tratava-se de curar e não excluir o delinquente. As causas da criminalidade podem ser eliminadas ou atenuadas por providências específicas, os *substitutivos penais*, que “fogem todas à alçada do Código Penal e que consistem em reformas práticas de ordem educativa, familiar, econômica, administrativa, política e também jurídica (de direito privado e público)”⁵⁷⁵.

Em 1880, logo após a segunda edição do livro *L'uomo delinquente*, obra-prima de LOMBROSO, e do lançamento da obra *Teorica dell'imputabilità*, de FERRI, GAROFALO sustentou um critério positivo para a pena: não mais fundada na gravidade do crime, conforme o direito clássico, mas devendo-se ajustar à *temibilidade* do delinquente⁵⁷⁶, “significando a perversidade constante e ativa do delinquente e a quantidade do mal previsto que há que se temer por parte dele, depois substituído por termo mais expressivo de periculosidade”⁵⁷⁷.

ROCCO advertiu a subjetividade da definição de *temibilidade*, afirmando que o conceito nada mais é do que a consequência da *periculosidade* do indivíduo⁵⁷⁸. O

⁵⁷² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Do paradigma etiológico...cit.*, p. 27.

⁵⁷³ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 12.

⁵⁷⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos...cit.*, p. 313.

⁵⁷⁵ FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal...cit.*, p. 53.

⁵⁷⁶ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 10.

⁵⁷⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 158.

⁵⁷⁸ FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal...cit.*, p. 258.

termo *periculosidade* utilizado por GRISPINGI como “modo de ser, um atributo, uma condição psíquica [anormal] da pessoa”⁵⁷⁹, definição que iria transformar radicalmente a legislação. A pena não deveria ser proporcional ao delito, mas sim à personalidade do sujeito. GRISPINGI contribuiu para a teoria, definindo a periculosidade criminal como “a capacidade de uma pessoa a torna-se, com probabilidade, autora de delito”⁵⁸⁰.

A Escola Clássica (CARRARA) e Neoclássica (LISZT) já previam a noção de perigo, mas limitavam sua função jurídica “à medida da pena por parte do juiz, porquanto o perigo vem referido como elemento de diversa gravidade objetiva do crime”⁵⁸¹. Já a Escola Positiva fala de *periculosidade* ou *temibilidade* não do crime, mas sim do criminoso, do delinquente. Sua função jurídica não se restringe à individualização da pena, mas antes de tudo na própria lei penal. O *homem perigoso* se sobrepõe ao *fato perigoso*, podendo aquela subsistir mesmo que não haja perigo objetivo, legitimando a punição da tentativa impossível, por exemplo⁵⁸².

Para a Escola Positiva, a pena não é mais fundada na responsabilidade moral, retributiva, mas sim na responsabilidade social, como meio de defesa social⁵⁸³, possuindo natureza curativa e reeducativa. A medida da pena não se pauta mais pelo fato, mas sim pelo autor do crime. O fato-crime é analisado sob o enfoque do autor: trata-se de ver o crime no criminoso.

⁵⁷⁹ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 10.

⁵⁸⁰ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 20.

⁵⁸¹ FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal...cit.*, p. 259.

⁵⁸² FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal...cit.*, p. 259 – 260: “De fato, a *periculosidade do delinquente é frequentemente independente do perigo objetivo*. Pode subsistir mesmo na falta deste perigo, como no caso da tentativa de crime, que seja impossível, ou pelos meios empregados, ou pelo fim que se propôs o delinquente, como veremos a propósito da tentativa. Recorde-se o caso Laurent [analisado por Foucault em *Os Anormais*] decidido pelo tribunal de Agen e que chamou a atenção de Carrara: um pai perverso, por motivos de interesse, resolve matar o seu filho e, enquanto este está no trabalho do campo, prepara a espingarda carregada, para quando o filho estiver de volta. Mas o filho, desconfiado, volta a casa, sem ser visto, e descarrega a espingarda, pondo-a no mesmo lugar, sem que disso se aperceba o pai. Este, à tardinha, reentrando o filho, dispara contra ele a dois passos de distância. Porque o filho fica ileso e porque com a espingarda descarregada não é possível matar um homem, a teoria objetiva da tentativa conclui que esse ato de Laurent é um ato imoral, mas não é um crime. O mesmo sucede, por exemplo no caso de quem, entrado no quarto onde dorme a vítima, dispara contra esta, enquanto a mesma morreu algumas horas antes, por aneurisma ou por qualquer afecção: não se mata um homem morto, diz o jurista que atende à objetividade jurídica da infração. Mas trata-se de um criminoso perigoso, tanto no caso de Laurent como no outro caso, responde o criminalista, que avalia o ato no seu autor. No primeiro e no segundo destes exemplos, não há dano, e nem tampouco há perigo, objetivamente considerado. Mas há, em um e noutro, a periculosidade do criminoso. Pelo que se torna moral e juridicamente evidente a necessidade de uma sanção repressiva contra ele”.

⁵⁸³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica...cit.*, p. 40

Destas diretrizes, emerge “a delimitação de um ‘Direito Penal do autor’ baseado no determinismo e na responsabilidade social, no qual o potencial de periculosidade social constitui medida da pena (que requer uma rigorosa ‘individualização’ e indeterminação de limites) e justifica como instrumento de defesa social”⁵⁸⁴.

O princípio da culpabilidade é substituído pela noção de periculosidade, critério real e concreto “cuja função será demonstrar os níveis individuais de propensão ao delito”⁵⁸⁵. A culpabilidade foi alinhada, integrada ou substituída pela noção de periculosidade do autor, seja ele imputável ou inimputável, e substitui a noção de responsabilidade penal pela ação voluntária livre e consciente: “a um direito penal do fato-crime se sobrepõe um direito penal do autor fundado na periculosidade, independente da relação de proporcionalidade entre a lesão do bem jurídico tutelado e a norma jurídica”⁵⁸⁶.

E a ideia de que a pena deve ser regulada pela temibilidade do criminoso permanece “latente no positivismo criminal até os últimos tempos, quando alcança subitamente o centro do problema criminológico e começa a servir de eixo à elaboração de uma das teorias mais fecundas que se tem gerado nos domínios do Direito Penal”⁵⁸⁷.

Existem mais loucos do que a justiça pode imaginar, cabendo à criminologia demonstrar isto. Daí a importância de dotar o judiciário de uma tecnologia própria para lidar com os loucos, por exemplo, como queria FERRI ao reivindicar a criação do manicômio judiciário.

Seção III. A sistematização das medidas de segurança e as implicações teóricas da luta entre as Escolas

A Escola Positiva e Escola Positiva constituem duas programações penais datadas, marcadas pelos momentos históricos: enquanto a Escola Clássica modelou

⁵⁸⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 160.

⁵⁸⁵ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias...cit.*, p. 59.

⁵⁸⁶ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias...cit.*, p. 60.

⁵⁸⁷ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 13.

o programa do Direito Penal do fato-crime, marcada pelas “exigências de uma sociedade e de um Estado de direitos liberais, é somente quando esta matriz estatal assume o intervencionismo na ordem economia e social e legitima-se, conseqüentemente, para intervir ativamente no campo penal”⁵⁸⁸, que se abre espaço para a Escola Positiva e as reformas intervencionistas sobre a criminalidade e o criminoso. Assim, “a emergência da Escola Positiva – e da Criminologia – responde, pois, a redefinição interna da estratégia do poder punitivo, somente admissível na ultrapassagem do Estado de Direito liberal para o Estado de Direito social ou intervencionista”⁵⁸⁹, por intermédio da fundamentação de prevenção especial da pena.

Se o positivismo criminológico possibilitou a explicação científica das causas do crime e a fundação de uma ciência do combate à criminalidade, o excesso de abstração da Escola Clássica foi questionado, por entender o delito como um fato jurídico.

Surge, então a relação entre os novos pontos de vista da Criminologia e o Direito vigente, “que se coloca então como problema explícito não apenas a determinação do objeto e confins da Ciência Penal como Ciência dos juristas mas, simultaneamente, a discussão relativa à sua cientificidade e à sua relação com a Criminologia”⁵⁹⁰. As distinções entre as Escolas permitem a diferenciação e divisão do objeto científico da Dogmática Penal e Criminologia, uma disputa pela hegemonia da Ciência Penal.

Sob o ponto de vista do positivismo, a Criminologia era a única atividade que merecia o título de científica, ao se basear no método causal-explicativo, negando-se o caráter científico da atividade jurídica. Assim, “a consideração jurídica do delito devia ser substituída ou, no máximo, ficar subordinada à criminológica, a única a garantir resultados seguros e autenticamente científicos”⁵⁹¹.

O modelo de FERRI diz respeito à supremacia da Criminologia em relação à Dogmática, ao sustentar que a Ciência da criminalidade era única, estudava as causas, condições e remédios da criminalidade e utilizava esse conhecimento no

⁵⁸⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 160.

⁵⁸⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 161.

⁵⁹⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e Sistema Penal...cit.*, p. 166.

⁵⁹¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e Sistema Penal...cit.*, p. 166.

ramo jurídico, para a prevenção e repressão do crime, constituído um erro metodológico afirmar que a Dogmática Penal “seja a ciência fundamental e que a biologia, a psicologia, a estatística criminal sejam as ciências auxiliares, não só acessórias e secundárias, mas sobretudo nunca aproveitadas nos seus dados de fato sobre o homem delinquente, como razão das normas jurídicas”⁵⁹².

BINDING, na Alemanha, influenciado pelo jusracionalismo positivo, afirma que o objeto do Direito Penal é o direito positivo, mas “representa a continuidade e culminação da herança iluminista materializada na Escola Clássica”⁵⁹³, dando-lhe a configuração de dogmática penal.

Von LISZT, na Alemanha, buscou uma função conciliadora entre a Escola Clássica e a Escola Positiva. Isso porque o positivismo naturalístico não provocou a mesma reação da Escola Positiva, mas buscou uma base conciliadora entre o estudo dogmático e criminológico. Assim, LISZT fundou a Escola Sociológica alemã e o modelo de ciência integral do Direito Penal, em 1886: “ao mesmo tempo em que senta as bases do paradigma dogmático na Ciência Penal é um modelo nitidamente conciliador das relações entre o positivismo jurídico e criminológico; entre a Dogmática Penal e a Criminologia”⁵⁹⁴, fixando o objeto, os fins e os métodos das duas disciplinas.

Concomitante ao positivismo criminológico, o juspositivismo estava se desenvolvendo. Baseado nos juristas alemães, o tecnicismo-jurídico se consolida na Itália com ROCCO. O autor alegava que a pluralidade de conhecimentos científicos da Escola Positiva (antropologia, psicologia, estatística, Sociologia, filosofia, política, etc.) não permitia que esta fosse uma ciência jurídica, gerando a crise de identidade da Ciência Penal. O tecnicismo reage de forma dupla: “simultaneamente contra a herança jusracionalista da Escola Clássica e contra herança criminológica da Escola Positiva”⁵⁹⁵. A Dogmática Penal seria a investigação descritiva e expositiva dos princípios fundantes do direito positivo, máxima da Ciência Penal, que deveria recorrer à Criminologia somente subsidiária e complementarmente.

⁵⁹² FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal...cit.*, p. 81.

⁵⁹³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e Sistema Penal...cit.*, p. 188.

⁵⁹⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 189.

⁵⁹⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 173.

O modelo que se consolidou foi efetivamente a solução de compromisso de LISZT e ROCCO, permitindo a centralidade ideológica da Dogmática Penal, limitando-se o poder punitivo. As demais ciências seriam auxiliares à dogmática pena, “porque é nela que a promessa iluminista de segurança encontra sua última e –científica – versão”⁵⁹⁶.

Da mesma forma que o Estado intervencionista não abandona a estrutura do Estado de Direito, o Direito Penal intervencionista não abandona completamente o fato-crime: “daí o espaço para um Direito Penal de conciliação que, não podendo abandonar as garantias penais liberais, passa a requerer, não obstante paradoxos encetados a nível legislativo, uma intervenção sobre a ‘personalidade perigosa’ do delinquente”⁵⁹⁷.

Vera ANDRADE ressalta que devido a esta solução de compromisso que vemos as legislações penais do século XIX serem fundadas na prevenção especial da pena e adotarem, ao mesmo tempo, concepções classicistas, como o princípio da legalidade, a responsabilidade moral, etc. Estas, são chamadas de neoclássicas: “serão legislações geralmente conciliadoras e de compromisso (como o Código Penal brasileiro de 1940) e, portanto, cindidas entre as exigências de objetividade, certeza e segurança jurídica e de valorização da concreta individualidade perigosa do criminoso”⁵⁹⁸.

Apesar da luta das Escolas, a insuficiência da pena como meio de defesa social contra o crime foi afirmativa comum para quase todos os penalistas. A doutrina penal começou a dar ainda mais importância à crise do sistema de execução penal quando os níveis de reincidência se elevaram, demonstrando a absoluta ineficácia da pena para a prevenção geral e especial. Todos os reincidentes eram portadores de periculosidade criminal. Assim, devido à insuficiência da pena, “impunha-se a adoção de medidas que resguardassem melhor a sociedade de suas agressões(...). Substituindo ou completando a pena, dela

⁵⁹⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 198.

⁵⁹⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 163.

⁵⁹⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 163.

distinguindo-se ou confundindo-se com ela, as medidas de segurança penetraram, assim, na ciência do direito penal⁵⁹⁹ e nas legislações modernas.

LISZT foi o primeiro a buscar uma solução conciliadora entre a ideia dos clássicos de pena retributiva e a periculosidade, criando a pena de fim (*zweckstrafe*), com fundo correccional. Seu objetivo era a “aproximação em volta dos pontos de contato das ideias opostas⁶⁰⁰”. Surge então a luta das escolas na Alemanha: BIRKMEYER percebeu o perigo para a estrutura tradicional da pena que a pena de fim representava, permitindo uma abertura para o Direito Penal do autor e afirma que, se a lei exige a culpabilidade para a imposição de pena, a pena deve ser proporcional à culpa e não à periculosidade. Assim, a proposta conciliadora de LISZT fracassou.

Para contornar o problema, entendeu-se pela separação da pena emendativa da pena retributiva. Isto porque, “se era mister conservar à pena o seu caráter retributivo, proporcional ao delito, então, para a emenda e segregação em relação com o estado perigoso, em que melhor se atendia à necessidade da defesa social, fosse criada outra série de providências⁶⁰¹”, posteriormente chamadas de medidas de segurança.

As medidas de segurança nasceram na doutrina de Von LISZT como segmentação da pena. Se a pena deveria possuir, necessariamente o caráter retributivo, não poderia comportar a periculosidade, ficando esta restrita à medida de segurança: “com a pena ficava o atributo da intimidação. Com a medida de segurança, os da segregação e da emenda. Começava, pois a constituir-se a teoria do novo instituto⁶⁰²”.

Contudo, como bem ressaltava Anibal BRUNO, “nas medidas de segurança, como ocorre quase sempre com as construções de fundo realístico, o fato precedeu a doutrina. As medidas de segurança, como diz Exner, nasceram da vida⁶⁰³: antes da criminologia, por ordem prática da justiça penal, as legislações já previam medidas fragmentárias, como era o caso dos inimputáveis etários.

⁵⁹⁹ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 131.

⁶⁰⁰ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 127.

⁶⁰¹ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 127.

⁶⁰² BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 127.

⁶⁰³ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 127.

A ineficácia e insuficiência das penas retributivas para combater a criminalidade também constituiu um importante motivo prático para a aceitação das medidas de segurança⁶⁰⁴: “o sentido utilitário do nosso tempo já não permite atribuir ao direito penal simples objetivos éticos. Reclama a luta eficiente contra o delito. O que domina é o pensamento da segurança comum, cuja fórmula científica é, como já vimos, a defesa social”⁶⁰⁵.

Para defender a sociedade, o direito penal precisa sancionar a segregação do indivíduo perigoso, com o objetivo de segregar e corrigir ao invés de punir. Assim, as medidas de segurança “constituem a expressão mais característica do direito penal moderno”⁶⁰⁶.

A sistematização do instituto depende, essencialmente, se a doutrina penal e a legislação se apoiam no princípio da responsabilidade moral, limitando a pena aos imputáveis e as medidas de segurança aos inimputáveis ou permitindo a aplicação combinada de penas e medidas de segurança. Por isso, os juristas neoclássicos (tecnicistas) entendiam que os institutos eram diferentes, e a pena deveria apenas se basear na culpabilidade, enquanto as medidas de segurança não eram penas, podendo se basear na periculosidade. Já os positivistas acreditavam que a periculosidade poderia substituir a culpabilidade da pena, um novo fundamento para a retribuição penal. E assim se deu o dissídio dentre os dualistas (neoclássicos e tecnicistas) e os unicistas (adeptos ao positivismo criminológico).

§ 1 – A solução unicista da Escola Positiva

Após o advento da Escola Positiva e do direito penal do autor, quando “o problema do delito começou a formular-se mais em termos realísticos de segurança do que em termos abstratos de justiça”⁶⁰⁷, que sentido teoria a pena clássica retributiva?

O positivismo criminológico “deslucou o problema da criminalidade do terreno da pura lógica jurídica para um plano de influência sociológico-naturalista;

⁶⁰⁴ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 03.

⁶⁰⁵ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 130.

⁶⁰⁶ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 145.

⁶⁰⁷ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 145

como fez do delito um fenômeno do comportamento, mero episódio de desajustamento social do homem, regido pelas causas⁶⁰⁸ que determinam seu comportamento.

Se o objetivo da Criminologia era acabar estabelecer a luta científica contra a criminalidade, o importante não seria mais o valor ético da culpa, mas sim “a criminalidade latente que residia na personalidade do criminoso e se revelara no seu delito”⁶⁰⁹. Para a defesa social, o objetivo principal do direito penal não era punir, mas sim reduzir “aquele coeficiente de criminalidade, matar o criminoso no homem”⁶¹⁰.

Adequada ao regime de defesa social, a pena deveria ser um tratamento. Com LOMBROSO e FERRI a pena possuía uma finalidade maior: a correção, a prevenção especial, com a reabilitação do delinquente. O objetivo da justiça penal é essencialmente a defesa social “contra os indivíduos que à mesma ocasionam, sob a forma peculiar do delito, dano e às vezes somente perigo”⁶¹¹. Não importa ao exercício do direito de defesa da sociedade a vontade livre e consciente, já que os indivíduos criminosos são anormais, “daí se segue, evidentemente, que a pena não pode considerar-se nem como castigo, nem como retribuição de mal pelo mal. Ela é somente medida e providência de segurança e de defesa, a adotar-se em relação a qualquer autor de delito socialmente perigoso”⁶¹².

A pena, para a Escola Positiva, estaria destituída de qualquer caráter retributivo: “é meio de emenda ou segregação. Alheia-se do fato, que assume aspecto meramente sintomático, e dirige-se à periculosidade do autor”⁶¹³. A pena é o tratamento que o Estado impõe, em nome da defesa social, para aquele que tenha cometido um delito e possua periculosidade criminal.

Assim, “quando os primeiros positivistas atribuíram à pena os objetivos de eliminação e de emenda, suspendendo a exigência tradicional de expiação, então já não era pena, era medida de segurança que começava a elaborar”⁶¹⁴. As medidas

⁶⁰⁸ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 156.

⁶⁰⁹ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 152.

⁶¹⁰ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 152.

⁶¹¹ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 152.

⁶¹² BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 152.

⁶¹³ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 126.

⁶¹⁴ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 188.

de segurança surgem da nova concepção de delito como estigma atávico, transformando a pena: de instituto de punição a instrumento de defesa social contra criminalidade.

Não há aqui qualquer diferenciação entre pena e medida de segurança, ambos os institutos se confundem: dirigem-se ao mesmo fim, que é a defesa social e possuem como pressuposto a prática de um delito. Neste sentido, entende GRISPIGNI: “as diferenças essenciais e insuperáveis entre pena e medida de segurança não existem e não podem existir: ambas são apenas formas de atuação de um único fim: a defesa contra o delito, e juntamente constituem o direito criminal repressivo”⁶¹⁵.

A duração indeterminada da pena deve-se ao seu principal fim: a prevenção especial, a correção do indivíduo perigoso. Desta forma, percebe-se “que o que o positivismo chama de pena distingue-se essencialmente da pena clássica e confunde-se com a medida de segurança. Não há meio, então, de traçar fronteiras definidas entre os institutos”⁶¹⁶. Anibal BRUNO FIRMO entende que a pena-defesa/reeducação de que o positivismo criminológico fala é medida de segurança:

Se desaparece a distinção entre imputáveis e imputáveis; se se exclui todo conteúdo expiatório da pena; se esta já não se gradua pela força do delito; se a noção ética de culpa, como fundamento da medida penal, é substituída pelo conceito do estado perigoso; se o fim ideal de justiça é superado pelo objetivo pragmático da defesa social, que restará da estrutura tradicional da pena? A pena-defesa, a pena-reeducação, de que nos fala FERRI, não é pena, é medida de segurança.

Assim, os positivistas pretendem substituir integralmente a noção de pena pela sanção adaptada à personalidade do autor, segundo sua periculosidade criminal, tendo como fundamento a defesa social: não é pena, mas sim sanção (FERRI e GRISPIGNI) ou meios defensivos penais (FLORIAN).

A posição unitária é fruto do positivismo criminológico, “uma consequência rigorosamente lógica das suas premissas, à luz de uma teoria de fundo retributivo é

⁶¹⁵ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 153.

⁶¹⁶ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 154.

difícilmente sustentável”⁶¹⁷. Se existir qualquer diferenciação entre o fundamento da pena e da medida de segurança é porque existe distinção entre os institutos.

Diferentemente das medidas alternativas, previstas por FERRI, “a consequência jurídica-penal do estado de perigoso é a medida de segurança”⁶¹⁸/pena. FERRI diferencia a avaliação preventiva da avaliação repressiva da periculosidade sob a dominação de *periculosidade social* e *periculosidade criminal*: enquanto as medidas preventivas fundamentam-se na *periculosidade social*; as medidas repressivas fundamentam-se na *periculosidade criminal*. Assim, o critério da periculosidade não colocaria em risco a liberdade do cidadão⁶¹⁹, já que a periculosidade criminal é avaliada somente depois do crime. A diferenciação entre periculosidade social e criminal é decisiva.

O fundamento da responsabilidade legal, das medidas repressivas, é o fato de ter cometido crime: “a imputabilidade ou responsabilidade deste [do indivíduo *delinquente*] depende unicamente do fato de que vive em sociedade e que, portanto, deve responder pelas violações da lei penal por ele praticadas”⁶²⁰. Para o FERRI, o fato de ter cometido crime já demonstra que o indivíduo é *criminalmente perigoso*. Imputável é qualquer autor do crime que se manifestar socialmente perigoso.

Já o fundamento das medidas preventivas é a *periculosidade social*, corresponde à “anormalidade fisiopsíquica, que torna os indivíduos *inadaptados* à vida livre, mesmo antes e independentemente da execução de um crime”⁶²¹.

Os delinquentes possuem a capacidade para delinquir, exprimindo uma periculosidade eventual, enquanto aqueles que já praticaram o crime exprimem uma periculosidade efetiva. Assim, é necessário diferenciar: para a defesa social *preventiva*, busca-se a *periculosidade social*, o perigo de crime; já para defesa social

⁶¹⁷ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 154.

⁶¹⁸ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 119.

⁶¹⁹ FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal...cit.*, p. 262: “A defesa social repressiva não se realiza senão depois da constatação processual de que o indivíduo cometeu um delito e com todas as garantias jurisdicionais, também para a execução da sentença que, em relação à periculosidade do delinquente, deve ser por tempo indeterminado”.

⁶²⁰ FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal...cit.*, p. 263.

⁶²¹ FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal...cit.*, p. 263.

repressiva, a periculosidade criminal “consiste no crime cometido e na probabilidade de cometer também outros, em seguida”⁶²², de reincidir.

Assim, as providências para a prevenção do crime são *medidas de polícia*, enquanto as medidas de segurança-pena seriam *post delictum*, para a defesa social repressiva.

Para os loucos, as medidas repressivas também são aplicáveis: “*todos*, sem distinção devem encontrar uma sanção (ou ‘medida de defesa social, como diz o Código Penal russo de 1927) pelo único fato deter cometido um crime”⁶²³. Assim, as sanções repressivas, independentemente da normalidade psíquica do autor ou de qualquer responsabilidade moral, serão aplicáveis, cabendo ao juiz individualizar a pena.

Aos loucos, o positivismo criminológico propõe a cura em manicômio judicial, novidade em relação à Escola Clássica, segundo o princípio da porta giratória: a loucura exclui o crime, exclui responsabilidade penal. FERRI afirma que “os anormais e até os loucos, em sua grande maioria – e diga-se o mesmo dos precoces – têm conhecimento de que o ato que estão para levar a efeito é ilícito, proibido e punido”⁶²⁴. Anibal BRUNO explica: “excluindo de seu sistema qualquer preocupação sobre a responsabilidade moral do agente; a teoria exclui a distinção clássica entre imputáveis e inimputáveis”⁶²⁵.

Com a periculosidade, já não se pode mais distinguir os autores de crimes como loucos e não loucos, fugindo dessa classificação uma série delinquentes que se encontram em uma linha intermediária. A normalidade do querer foi comprometida pela conclusão do positivismo criminológico de que “na essência do delito, há quase sempre a manifestação de uma personalidade mais ou menos anômala e deficiente sob o ponto de vista biopsicológico”⁶²⁶. Na verdade, a maioria dos delinquentes encontra-se entre os loucos, diluindo-se a imputabilidade.

A distinção clássica permitiria que o direito penal ficasse sem objeto. Assim, “ou a grande multidão dos anômalos biológico-sociais vem a se incluir entre os

⁶²² FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal...cit.*, p. 266.

⁶²³ FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal...cit.*, p. 219.

⁶²⁴ FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal...cit.*, p. 227.

⁶²⁵ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 35.

⁶²⁶ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 36.

loucos, dilui-se a imputabilidade e fica sem objeto o magistério punitivo; ou os anômalos se reúnem aos normais e em realidade falseia-se o fundamento da sanção criminal”⁶²⁷. O dualismo da concepção clássica manifesta-se, sob a concepção unitária de reação repressiva da defesa social, absolutamente sem sentido.

A *periculosidade criminal* permitira ao juiz individualizar a pena segundo o grau de periculosidade, não ficando a adequação sujeita à simples fundamentação da sentença, conservando as garantias individuais do delinquente.

FERRI enumera as funções jurídicas do critério de periculosidade:

1º não é de justificar a responsabilidade penal do delinquente, pois que tal responsabilidade tem o próprio fundamento de fato e de direito (como vimos no n.º 49) em que o homem, vivendo em sociedade, deve respeitar o *mínimo de disciplina social*, que é marcado pelas leis penais e, se excede, deve-lhe sofrer sanção repressiva; 2º é função diversa, segundo se trata de periculosidade *sócia*, e então na polícia de segurança *justificam-se* as providências preventivas a tomar contra indivíduos “temíveis pela sua conduta ‘perigosa para si ou para outrem’ como dizem na lei (1904) sobre os manicômios e a nova Lei de Periculosidade Social, art. 154; e segundo se trata de periculosidade *criminal* (em justiça penal), que tem a única função jurídica de fazer adaptar – na lei, na sentença, a execução – a sanção repressiva à personalidade do delinquente em razão do crime cometido e em vista da sua readaptabilidade à vida livre.

A Escola Clássica fundava-se na pena retributiva, relacionando-se a pena com o delito, fruto da vontade livre e consciente. Contudo, “excluída da pena essa finalidade de expiação e de castigo e considerada a sanção criminal como meio de emenda e de inocuização do delinquente, perde o delito a sua posição de pressuposto exclusivo(...). Pressuposto da sanção, é a periculosidade do homem”⁶²⁸.

Partindo-se do postulado determinista ao negar o livre arbítrio pelo atavismo, a pena será uma medida de higiene social e de transformação do delinquente: “se o delinquente representa um organismo disfuncional no interior de uma sociedade sã, unívoca e consensual, a resposta do Estado à transgressão da norma deve ter uma fundamentação terapêutica”⁶²⁹. Para determinar a pena, inicialmente, elaborou-se a classificação dos criminosos a partir de critérios científicos, segundo três postulados:

⁶²⁷ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 36.

⁶²⁸ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 25.

⁶²⁹ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias....cit.*, p. 131.

o grau de propensão ao delito, as características físicas e psíquicas e o tipo de crime. Deu-se a “criação de tipologias delinquenciais [que] permitiria reduzir os criminosos em categorias específicas, impondo-lhes códigos exatos para facilitar o estudo empírico através do método experimental”⁶³⁰, acertando o tratamento segundo o grau de periculosidade.

Esta classificação permitira ao juiz individualizar a sanção segundo os estudos da personalidade do agente. O próximo passo seria a individualização administrativa, segundo critérios dos órgãos penitenciários e baseado no juízo de periculosidade do magistrado. Alguns autores, contudo, falam da avaliação subjetiva da personalidade do réu durante o processo de conhecimento, indicando-se o nível de periculosidade a partir de um diagnóstico clínico: “o exame realizado pelos técnicos da criminologia (psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais) propiciaria decisão judicial projetiva, *determinando a sanção adequada em vista não só de uma ação já realizada, como também em vista de uma ação futura*”⁶³¹. O laudo criminológico avaliaria a vida pregressa e a personalidade do autor, critérios que seriam aperfeiçoados na execução. Assim, “da resposta meramente retributiva no ato sentencial, os órgãos penitenciários atuariam na imposição de instrumento eficaz ao fim ressocializador”⁶³².

§ 2 – A solução dualista dos neoclássicos e ecléticos

Se para os positivistas a pena se transforma e perde seu caráter retributivo devido à nova concepção de delito, para os neoclássicos, a pena continua a mesma. Os dogmáticos neoclássicos, na esteira de BINDING, mantêm-se fiéis à pena retributiva do classicismo, um mal justo a ser imposto ao mal injusto do crime, mas agora, sob o conceito de culpabilidade, “como noção de fato, psicológica ou normativamente considerada, com todas as sutilezas da análise lógico jurídica a que submetem os dogmáticos modernos”⁶³³.

⁶³⁰ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias....cit.*, p. 131.

⁶³¹ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias....cit.*, p. 132.

⁶³² CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias....cit.*, p. 132.

⁶³³ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 146.

LISZT, contudo, propõe uma solução de compromisso, inicialmente fundada no conceito da pena fim, instrumento de defesa social. Após a luta das escolas na Alemanha, percebe a incompatibilidade do instituto em relação à pena castigo. Então, formula uma teoria mista: penas, fundadas no juízo de culpabilidade, como meio jurídico de punição; e medidas de segurança, fundadas na periculosidade criminal do autor, como meio jurídico de emenda. Este dualismo permitiu “aos códigos modernos, que não queriam aventurar-se decididamente pelo campo do positivismo, iniciarem o tratamento da periculosidade criminal, adotando um princípio avançado e fecundo, sem comprometer os axiomas clássicos”⁶³⁴ de imputabilidade e pena retributiva. São as medidas de segurança que dirigem-se à periculosidade para cumprir o papel de defesa social.

Assim, as medidas de segurança surgem como “instituto autônomo, concorrente com a pena, no quadro das medidas do direito criminal, resulta daquela posição de compromisso entre as velhas [Escola Clássica] e novas ideais [Escola Positiva] onde iriam acolher-se a maioria dos criminalistas”⁶³⁵, especialmente na obra de LISZT. As medidas de segurança seriam um resultado por cissiparidade da pena fim⁶³⁶, “com os atributos de emenda e inocuização da *Zweckstrafe*, que se formaria a nova figura da sanção criminal”⁶³⁷. Percebe-se, aqui, como as medidas de segurança se formulam sob a marca dos ecléticos.

Para os clássicos, as penas devem ser aplicadas aos imputáveis, fundadas no clássico conceito de responsabilidade moral, enquanto as medidas de segurança seriam aplicadas somente aos imputáveis, limitando o conceito de periculosidade a esta categoria. Anibal BRUNO ressalta “que esta corrente está inteiramente fora do espírito da teoria do estado perigoso, que não pode distinguir entre imputáveis e imputáveis, mas sim entre perigosos e não perigosos”⁶³⁸.

Neoclássicos e ecléticos buscam limitar a periculosidade determinada categoria de delinquentes, diferenciando os institutos ao ampliar o conceito de periculosidade para a algumas categorias de delinquentes imputáveis. Esta corrente de compromisso é “francamente contrária ao princípio do estado perigoso, porque se

⁶³⁴ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 36.

⁶³⁵ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 187 – 188.

⁶³⁶ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 04.

⁶³⁷ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 188.

⁶³⁸ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 21.

resolve, em suma, em criar novas figuras delitivas, deixando em segundo plano, o conceito subjetivo de periculosidade”⁶³⁹.

Arturo ROCCO, reacionário à Escola Positiva e fundador do tecnicismo italiano, utiliza-se do conceito de prevenção e repressão para diferenciar as sanções penais: “ao contrário da pena, a medida de segurança teria por fim a prevenção, não a repressão; a utilidade, não a justiça; a prevenção especial, não a prevenção geral. Além disso, as medidas de segurança seriam aplicadas *post factum* e não *propter fatum*”⁶⁴⁰.

STOSS, autor do projeto de Código Penal Suíço que primeiro sistematizou penas e medidas de segurança em uma resposta legislativa à solução de compromisso, entende que os institutos são diferentes por diversos motivos. Primeiramente, a pena fundamenta-se na culpabilidade, enquanto as medidas de segurança fundamentam-se na periculosidade do autor, mas ainda relacionadas ao fato. Em relação ao caráter aflitivo da pena, as medidas de segurança se opõem, já que não possuem o fim de impor um sofrimento, mas sim corrigir o delinquente e proteger a sociedade. A lei comina pena segundo a importância do bem jurídico lesado e o juiz a individualiza, enquanto as medidas de segurança são cominadas pelo legislador segundo a sua classe e com o objetivo de assegurar a sociedade, estabelecendo sua determinação em termos gerais: “quando a medida de segurança consiste em um influxo benéfico sobre uma pessoa, sua duração depende do êxito desse influxo. Quando melhora o agente, cessa a privação de liberdade”⁶⁴¹. Finalmente, o autor estabelece a diferenciação em relação a natureza jurídica dos institutos: “a pena é a reação política contra a lesão ou contra o risco de um bem, protegido pessoalmente, causado pelo culpado. A medida de segurança deve proteger a sociedade antes do dano e do perigo que possam provir de uma pessoa que praticou ou fato punível”⁶⁴².

A pena continua com o mesmo conceito unânime entre os clássicos, um instituto repressivo, já as medidas de segurança são preventivas e seu fim não é a compensação do delito, mas sim o fim de proteção da sociedade. O diferencial entre

⁶³⁹ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 18.

⁶⁴⁰ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 150.

⁶⁴¹ BRUNO, Anibal. *Perigosidade criminal...cit.*, p. 150.

⁶⁴² BRUNO, Anibal. *Perigosidade criminal...cit.*, p. 150.

os autores dualistas decorre do conceito de pena, nuclear para a separação das medidas de segurança:

É realmente inútil multiplicar as razões de dissidência entre as duas grandes figuras de sanções penais. Embora atenuados os rigores do conceito clássico, o conteúdo retributivo da pena, resultante da responsabilidade moral do agente é, na realidade, o núcleo fundamental de toda distinção. Dele é que decorrem, em geral, os demais caracteres diferenciais, de ordinário mais de grau que de essência, sobre que insistem os dualistas. Se nos colocamos no ponto de vista dos clássicos, a situação se define claramente. Instrumento de retribuição, a pena será proporcionada ao delito e à culpa que lhe está incorporada; constituirá um castigo e acentuará, assim, por força da intimidação, o objeto da prevenção geral sobre a especial, pretenderá um fim de justiça mais que de utilidade imediata. A medida de segurança, a cujo conceito é estranho o pensamento retributivo, não é meio de punição, mas de inocuidade e de emenda. Não cogita culpa, nem procura adequação ao fato; fundamenta-se na periculosidade criminal do agente e por esta se especifica e se gradua; o seu fim é a defesa social, não o propósito ético de justa retribuição do mal pelo mal.

Sob a inspiração eclética que o instituto começa a tomar corpo nos congressos da *União Internacional de Direito Penal*, fundada por LISZT, PRINS e VAN HAMEL, em 1889, juristas que basearam a doutrina neoclássica, uma “derivação direta, posto que moderada, da Escola Positiva italiana”⁶⁴³. Os debates giravam em torno das “preocupações para as garantias do indivíduo considerado perigoso”⁶⁴⁴, a adoção da periculosidade como critério único da justiça penal e a avaliação repressiva e preventiva da periculosidade. Aqui que a doutrina das medidas de segurança evolui, em paralelo com a doutrina positivista de estado perigoso. JESCHECK “afirma que a luta contra a criminalidade de categorias especiais de autores, recorrendo a medidas não entendidas como pena, no sentido tradicional, foi um dos grandes postulados da União Internacional de Direito Criminal, antes da primeira Guerra Mundial”⁶⁴⁵.

O critério da periculosidade permitiu a discussão entre diversos grupos, divididos entre a defesa social e os princípios clássicos. Mesmo assim, é unânime a ineficácia das penas para a defesa social. Por isso, “a União Internacional,

⁶⁴³ FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal...cit.*, p. 58 – 59.

⁶⁴⁴ FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal...cit.*, p. 261.

⁶⁴⁵ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário.cit.*,p. 05.

sobretudo, se tem preocupado com esta grave questão e pode-se dizer que faz dela o objeto principal de suas discussões”⁶⁴⁶.

Inicialmente, a periculosidade se resumia aos reincidentes e criminosos incorrigíveis, e os juristas da União Internacional de Direito Criminal buscavam “os meios de garantir a sociedade contra os seus empreendimentos malfazejos, e examinava-se a especialmente o valor das sentenças indeterminadas”⁶⁴⁷. Posteriormente, entende-se pela existência de um *estado perigoso* presente em indivíduos mesmo primários ou aqueles que não tivessem cometido crime algum. Quais seriam as medidas de cura que a sociedade poderia utilizar para se premunir contra eles?

Em 1889, no primeiro congresso da União, em Bruxelas, conclui-se que o então atual sistema contra reincidentes era defeituoso e insuficiente no combate da criminalidade, devido à falta de classificação dos delinquentes, tratando-se de maneira uniforme os criminosos habituais e os de ocasião, e o abuso de penas curtas. A limitação do estado perigoso é evidente no congresso do ano seguinte, quando se entende que os delinquentes incorrigíveis seriam os reincidentes (degenerados ou criminosos por profissão), os quais deveriam ser submetidos “conforme o grau da sua degeneração e do perigo que apresentam, a medidas especiais distintas a pô-los fora do estado de fazer mal e de emenda-los se possível”⁶⁴⁸. Não se deve aumentar a dose do remédio que se provou ineficaz, sendo necessária uma medida específica em relação aos reincidentes⁶⁴⁹.

Em 1905, no congresso de Hamburgo, PRINS propõe estender aos reincidentes a noção de estado perigoso. LISZT propõe estender a discussão do estado perigoso para os demais delinquentes. PRINS então questiona: “deve-se punir o delinquente pelo que fez, pelo que quis fazer, ou pelo que é”⁶⁵⁰? LISZT ressalta a modificação das discussões, não mais em torno da reincidência, mas sim o estado perigoso do autor: “não é mais o delito isolado incriminado na espécie, mas

⁶⁴⁶ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 189.

⁶⁴⁷ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 189.

⁶⁴⁸ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 190.

⁶⁴⁹ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, 04.

⁶⁵⁰ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 191.

a integralidade da individualidade do delinquente que ditará antes de tudo à sociedade as medidas que ela deverá tomar”⁶⁵¹.

GARÇON limitou a tese de PRINS e LISZT no Congresso de 1910, em Bruxelas, aceitando a existência de indivíduos perigosos, mas não abrangendo a categoria para todos os delinquentes: “em resumo, penso que existem indivíduos ‘em estado perigoso contra os quais a sociedade tem o dever de tomar as mais enérgicas medidas de defesa”⁶⁵².

Em 1905, o congresso em Hamburgo tratou da periculosidade dos reincidentes, sem chegar a nenhuma conclusão definitiva. Mesmo assim, entendeu-se certo que o juiz declare “o estado perigoso do condenado, quando se tratar de indivíduos de imputabilidade diminuída”⁶⁵³.

Em 1910, no congresso de Rennes, a França define seu posicionamento que seria, posteriormente, defendido nos congressos gerais da União Internacional: a tese “da conciliação das garantias da liberdade individual e da noção de estado perigoso”⁶⁵⁴. Afirmava-se o conflito entre o conceito amplo de periculosidade e as garantias individuais, prevendo-se a existência de periculosidade em certos indivíduos anormais, que somente seria reconhecida se o legislador previsse a mensuração do grau de periculosidade e a limitação das infrações que permitiriam declarar o estado perigoso.

GARRAUD e RAPPORT apoiam as conclusões finais do congresso: “existem delinquentes que, em razão de seu estado mental ou de sua vida criminosa, devem considerar-se como em estado perigoso”⁶⁵⁵, mas a este devem ser asseguradas as garantias individuais e a limitação ao princípio da legalidade: para que sejam tomadas medidas específicas em relação aos indivíduos perigosos, deve haver crime.

Já a corrente germano-belga, representada por LISZT e PRINS, reage e propõe, na Assembleia Geral de Bruxelas, em 1910, teses essenciais para o tema. Primeiramente, o estado perigoso e medidas de defesa social em geral. A definição

⁶⁵¹ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 190.

⁶⁵² BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 191.

⁶⁵³ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal ...cit.*, p. 14.

⁶⁵⁴ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal ...cit.*, p. 14.

⁶⁵⁵ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal ...cit.*, p. 14.

do estado perigoso se dá quando “é preciso induzir da natureza intelectual especial a um indivíduo determinado que se não poderá impedi-lo de cometer atos delituosos pela pena e execução da pena ordinária”⁶⁵⁶, podendo existir antes mesmo do crime ser cometido. As medidas de defesa social podem ser divididas em duas: medias de adaptação, destinadas à indivíduos corrigíveis, e medidas de eliminação, destinadas a eliminar o indivíduo incorrigível do convívio social, devendo durar enquanto não cessar a periculosidade. Em resposta à crítica francesa, afirma-se que a liberdade individual não está em perigo se as legislações estabelecerem as condições de verificação do estado perigoso. Em relação ao estado perigoso dependente da prática de crime, “a medida de defesa social pode ser tomada, quer em lugar da pena, quer acessoriamente à pena”⁶⁵⁷.

Em relação às medias de adaptação dos criminosos, seriam aplicáveis aos delinquentes jovens, àqueles cujo motivo do crime seja a ociosidade ou má conduta; e aos delinquentes que cometeram crime por embriaguez.

Já as medidas de eliminação deveriam ser tomadas em relação aos delinquentes alienados, absolvidos por inimputabilidade, permanecendo em estabelecimento específico até a cessação de periculosidade; aos semi-imputáveis e aos reincidentes reiterados.

As medidas de defesa social anteriores ao cometimento do crime poderiam ser aplicadas segundo a periculosidade do indivíduo, aplicáveis às crianças e adolescentes abandonados, aos ébrios.

A Assembleia conclui que a legislação penal, em defesa da segurança social deve estabelecer medidas especiais contra os criminosos perigosos, seja em razão de reincidência, hábitos de vida ou hereditariedade, manifesto em crime⁶⁵⁸.

Em 1913, em Copenhague, a União fala-se da necessidade do criminalista estudar as causas do crime e o alcance de medidas que possuam como finalidade e defesa social mediante o sofrimento mínimo do criminoso. Conclui-se que na luta contra o crime, pode-se recorrer “às medidas de segurança, independentemente da aplicação de uma pena, se essas medidas forem justificadas pelo estado perigoso

⁶⁵⁶ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 191.

⁶⁵⁷ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 192.

⁶⁵⁸ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 193.

do delinquente”⁶⁵⁹, recomendadas sob as garantias individuais do criminoso. O estado perigoso é especialmente verificável em determinadas categorias de delinquentes. Conclui-se que a medida de segurança será de duração indeterminada e cumprida em asilos de segurança, casas de internamento e casas de trabalho. O congresso se divide ao concluir se é aplicável ao reincidente perigoso somente medida de segurança ou pena seguida de medida de segurança⁶⁶⁰

Pela primeira vez, em 1926, após a extinção da União Internacional de Direito Criminal no pós-guerra, os criminalistas positivistas se reúnem aos demais no Congresso de Bruxelas da então recentemente formada *Association Internationale de Droit Pénal*. A aplicação dualista das medidas de segurança era objeto de segundo plano das discussões, que giravam principalmente em torno da proposta do sistema unitário do positivismo: “deve a medida de segurança substituir a pena ou simplesmente completa-la”⁶⁶¹? Este era o problema das soluções de compromisso, já que as doutrinas eram opostas, sendo a conciliação inconcebível.

Discutia-se o sistema unitário proposto por FERRI e positivado em seu projeto de Código Penal, em 1921. Contudo, foi neste congresso que FERRI abandona sua posição radical: seja por ter pedido a esperança de ser aprovado seu projeto, “ele pretendesse realmente defender as conquistas mínimas da escola; seja que, realmente, no seu ânimo influíssem razões de ordem política, o grande mestre renunciou à luta e passou à posição de uma política criminal conciliadora”⁶⁶².

Assim FERRI admite que, embora insuficiente, a pena clássica deveria ser conservada e, ao mesmo tempo, completada, tornando-se mais eficaz através da medida de segurança. Abstraindo-se da diferenciação dos institutos, FERRI conclui “que a pena como sanção única do delito não basta às exigências práticas da defesa social quer contra os delinquentes mais perigosos por anomalias mentais ou por tendências e hábitos de delito, quer com relação aos menores”⁶⁶³.

Tradicionalistas como BRAFFORT sustentaram a limitação das medidas de segurança aos inimputáveis. Já os positivistas afirmam que “penas e medidas de

⁶⁵⁹ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 193.

⁶⁶⁰ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 195.

⁶⁶¹ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 195.

⁶⁶² BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 196.

⁶⁶³ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 196.

segurança são aspectos próximos da mesma sanção criminal”⁶⁶⁴. Os ecléticos afirmam que a pena deve ser mantida, mas completada pelas medidas de segurança.

Na conferência de Roma, em 1928, as medidas de segurança ganham maior sistematização, mas ainda sob a égide da proposta eclética, positivada pelo projeto Rocco. As medidas de segurança foram entendidas como institutos aplicáveis aos sujeitos perigosos após a prática de crime, sejam eles imputáveis ou não, mas ficam submetidas às exigências do princípio da legalidade.

As medidas de segurança privativas de liberdade foram divididas em cinco: a) medidas de internamento em hospital para alienados criminosos; a) internamento para criminosos anormais; c) detenção dos reincidentes em estabelecimento específico; d) colocação de vagabundos, mendigos e vadios em estabelecimentos de trabalho obrigatório; e) submissão dos menores ao regime específico de estabelecimento de educação ou correção⁶⁶⁵.

Já as medidas de segurança restritivas de liberdade se confundem com os imputáveis, envolvendo desde liberdade vigiada até a proibição de exercício de uma profissão, expulsão de estrangeiros ou medidas para menores.

A limitação das medidas de segurança se deu em relação à verificação da periculosidade social: a lei preveria casos de presunção de periculosidade, enquanto o juiz deveria verificar a existência de periculosidade do indivíduo, deduzida da gravidade do fato e de acordo com circunstâncias específicas de cada país. Entende-se como “socialmente perigosa a pessoa que cometeu o fato, quando é de temer que pratique novos fatos previstos pela lei como infrações”⁶⁶⁶.

O juiz ordenaria a aplicação das medidas de segurança, podendo aplica-las antes mesmo da sentença nos casos previstos em lei. Havia flexibilidade em relação à substituição da pena por medida de segurança, conforme a verificação da periculosidade do acusado. Entendeu-se pela duração indeterminada das medidas de segurança, ficando estas submetidas enquanto perdurar o estado de periculosidade, verificável mediante novo exame durante a execução.

⁶⁶⁴ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 196.

⁶⁶⁵ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 198.

⁶⁶⁶ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 198.

As medidas de segurança agregadas à pena seriam executadas após a pena privativa de liberdade⁶⁶⁷. Tratando-se de alienados, ébrios ou intoxicados por entorpecentes, o juiz poderia aplicar a medida de segurança antes mesmo do trânsito em julgado da sentença, ao contrário dos delinquentes responsáveis.

A mais impressionante, mas de lógica impecável em relação à periculosidade, é a previsão de aplicação de medida de segurança mesmo após a prescrição do delito, a qual “sempre será subordinada ao exame de periculosidade, e o juiz poderá substituir a medida de segurança estabelecida em lei por outra menos grave”⁶⁶⁸.

A conclusão do X Congresso Internacional Penal e Penitenciário, ocorrido em Praga, em 1930, é similar: “é indispensável completar o sistema de penas por um sistema de medidas de segurança para garantir a defesa social, nos casos em que a pena é inaplicável ou insuficiente”⁶⁶⁹, com o objetivo de corrigir, eliminar o criminoso ou impossibilitar a reincidência do criminoso.

O congresso seguinte, realizado em 1935, foi de suma importância para os dogmáticos alemães, que tiveram a oportunidade de expor os postulados do estado nacional-socialista. O tema objeto das discussões era o mais árduo para a solução de compromisso: a execução. Concluiu-se que, da mesma forma que penas e medidas de segurança se diferenciam pelo fundamento (culpabilidade e periculosidade), a execução também deve ser diferenciada, não comprometendo-se, assim, o fim específico das medidas de segurança. Assim, “deve recomendar-se que se apliquem as medidas de segurança em estabelecimento especiais, separados dos estabelecimentos penitenciários”⁶⁷⁰.

Contudo, como ressalta Anibal BRUNO, o congresso se limita às diferenças superficiais dos institutos, afirmando que o problema da sistematização das medidas de segurança está longe de ter sido esgotado.

O IV Congresso da *Association Internationale de Droit Pénal*, em 1936, conclui por duas questões relevantes às medidas de segurança: primeiramente, a

⁶⁶⁷ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 199.

⁶⁶⁸ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 201.

⁶⁶⁹ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 202.

⁶⁷⁰ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 204.

execução destas deve ser legada a um juiz, em segundo lugar, o princípio da legalidade rege as medidas de segurança da mesma forma que as penas.

Seção IV – Os sistemas unitários e do duplo binário – a sistematização do conceito de periculosidade

Após a consolidação da burguesia no poder, a legitimação de um poder punitivo intervencionista é necessariamente contrária ao liberalismo clássico. A Escola Positiva e a negação da Escola Clássica representa a “necessidade histórica de criação de um novo modelo de controle penal de modificação do indivíduo adequado ao sistema social da época”⁶⁷¹. A Escola Positiva sustenta sua cientificidade e questiona o direito positivado, afirmando o papel simplista do legislador em apenas positivar os avanços teóricos da Criminologia, a então hegemonia da Criminologia em relação à Dogmática⁶⁷², por ser a Ciência Penal.

Nada mais justo do que propor como solução à exigência legal a positivação dos conhecimentos sobre o homem perigoso, único fundamento para a reação penal de defesa social: “nos projetos e nos códigos de acentuada inspiração positivista, como o projeto de FERRI, o projeto cubano de Ortiz e o código da Rússia, o conceito de periculosidade surge como um princípio orgânico, regendo todas as partes do sistema”⁶⁷³. A periculosidade é o fundamento exclusivo da sanção criminal, aplicando-se a pena ao ser constatada a periculosidade social do indivíduo, independentemente de ser imputável ou não⁶⁷⁴. Em face do conceito de periculosidade, a imputabilidade não se sustenta. O delito é a crise do estado perigoso, sintoma.

Nasce desta concepção o sistema unitário, que não prevê medida de segurança para categorias específicas de indivíduos perigosos, mas sim uma reação social preventiva e repressiva baseada na responsabilidade social e na periculosidade do indivíduo delinquente, negando-se o livre arbítrio e a responsabilidade moral do autor⁶⁷⁵. A periculosidade, e não o delito, passa a ser o

⁶⁷¹ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias...cit.*, p. 60.

⁶⁷² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 152.

⁶⁷³ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 97.

⁶⁷⁴ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 22.

⁶⁷⁵ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 05.

objeto da sanção. Assim, passa-se a admitir a ação preventiva da sociedade ante a periculosidade mesmo sem delito.

Já os neoclássicos sustentam uma solução de compromisso entre a Escola Clássica e os “avanços” da Escola Positiva sobre estudo científico das causas da criminalidade. A centralidade ideológica é da Dogmática penal, enquanto a Criminologia limita-se ao seu papel auxiliar. Da mesma forma que o Estado intervencionista não abandona a estrutura e as instituições do Estado de Direito, o Direito Penal intervencionista não abandona o fato-crime, surgindo espaço para um Direito Penal de conciliação entre as garantias penais liberais e a “intervenção sobre a ‘personalidade perigosa do delinquente’”⁶⁷⁶. Daí surgem as soluções legislativas conciliadoras entre “as exigências de objetividade, certeza e segurança jurídica e de valorização da concreta individualidade perigosa do criminoso”⁶⁷⁷, limitando a periculosidade a determinadas categorias de indivíduos.

Da solução conciliadora dos neoclássicos e tecnicistas italianos, nasce o sistema do duplo binário, diferenciando-se a pena da medida de segurança: enquanto a pena estaria fundada na culpabilidade, de natureza retributiva, as medidas de segurança estariam fundadas na periculosidade do indivíduo, de natureza preventiva, reeducativa, e de fundo utilitário. O duplo binário consiste na aplicação sucessiva e pena e medida de segurança pelo mesmo fato⁶⁷⁸. A teoria das medidas de segurança permitiu a aplicação do instituto em sua formação original (no sistema do duplo binário) para imputáveis e inimputáveis:

Ao sistema do duplo binário se chega partindo-se da concepção clássica da pena retributiva expiatória e de suas manifestas insuficiências. Formula-se na doutrina a teoria das medidas de segurança distinguindo-se da pena porque esta se funda na culpabilidade do agente, e por ela se mede, aplicando-se aos imputáveis, ao passo que as medidas se fundam na periculosidade e por ela se medem, aplicando-se tanto aos imputáveis como aos inimputáveis. A pena, em consequência, se funda na justiça, como justa retribuição, ao passo que a medida de segurança se funda na utilidade. A pena é sanção e se aplica por fato certo, o crime praticado, ao passo que a medida de segurança não é sanção e se aplica por fato provável, a repetição de novos crimes. A pena é medida aflictiva, ao passo que a medida de segurança é tratamento, tendo natureza assistencial, medicinal ou pedagógica. O caráter aflictivo que esta última apresenta não é um fim pretendido, mas meio indispensável à sua execução finalística. A pena visa

⁶⁷⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 163.

⁶⁷⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal...cit.*, p. 163.

⁶⁷⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...cit.*, p. 605.

à prevenção geral e especial, ao passo que a medida de segurança vista apenas à prevenção especial, consistente na recuperação social ou na neutralização do criminoso⁶⁷⁹.

A periculosidade do autor não é critério geral, sugerindo-se a tipicidade de situações perigosas⁶⁸⁰, como nos casos dos multi-reincidentes e criminosos habituais⁶⁸¹, ébrios, vagabundos e inimputáveis. No sistema do duplo binário, os clássicos tiveram que fazer maiores concessões, assumindo-se uma solução de compromisso entre o posicionamento das Escolas (unicista, para os positivistas, pena como única consequência penal, para os clássicos). Assim, “as medidas de segurança, com o sistema do duplo binário, vieram pôr fim à estéril luta de escolas, que dominou a ciência penal de fins do século passado [XIX] e início deste [XX]”⁶⁸².

Resumindo-se, os tradicionalistas sustentaram a limitação das medidas de segurança aos inimputáveis, ante a comprovada ineficácia da pena. Já os positivistas afirmam que “penas e medidas de segurança são aspectos próximos da mesma sanção criminal”⁶⁸³. Os ecléticos afirmam que a pena deve ser mantida, mas completada pelas medidas de segurança.

§ 1 – Sistema do duplo binário, dupla via

O dualismo dos institutos possibilitou aos códigos modernos uma solução de compromisso, permitiu a estes “não queriam aventurar-se decididamente pelo campo do positivismo [criminológico], iniciarem o tratamento da periculosidade criminal, adotando um princípio avançado e fecundo, sem comprometer os axiomas clássicos da imputabilidade e da pena”⁶⁸⁴. Diferenciou-se, assim, penas e medidas de segurança.

Antes da sistematização das medidas de segurança, algumas legislações já adotavam medidas isoladas, como é o caso do Código Penal francês, de 1808, que previa a possibilidade de internar o menor delinquente, absolvido por falta de

⁶⁷⁹ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 03.

⁶⁸⁰ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 20.

⁶⁸¹ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 03.

⁶⁸² FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 04.

⁶⁸³ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 196.

⁶⁸⁴ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 36.

discernimento, a uma instituição de reeducação (seja em colônia penitenciária ou em instituição de caridade)⁶⁸⁵. Na Inglaterra, medidas preventivas de detenção foram criadas em 1860, com o *Criminal Lunatic Azylum Act*⁶⁸⁶ e o *Mental Deficiency Act*, de 1913, prevendo a periculosidade de inimputáveis e defeituosos mentais⁶⁸⁷. A legislação portuguesa também previa medidas de segurança⁶⁸⁸. O Código Norueguês de 1902, também prevê a internação do responsável ou irresponsável penal em asilo para alienados ou casa de trabalho para o condenado reconhecido como perigoso⁶⁸⁹.

A primeira sistematização dos institutos de pena e medidas de segurança ocorreu no anteprojeto do Código Penal suíço, em 1894, de autoria de Carl STOSS, a primeira tentativa de positivar as medidas de segurança: “as medidas de segurança se constroem ao lado do instituto tradicional da pena, aplicáveis a certas categorias de delinquentes – os irresponsáveis, os de responsabilidade atenuada, os menores, os habituais, os alcóolicos e os vagabundos”⁶⁹⁰.

Além de sistematizar as medidas de segurança e atribuir o caráter jurisdicional a elas⁶⁹¹, STOSS introduziu o critério *vicariante*, permitindo substituir a pena por medida de segurança⁶⁹². Por isso, GRISPIGNI demonstra a larga zona de permeabilidade entre os institutos: “a medida de segurança podia substituir a pena, definitivamente, ou a título de ensaio, mesmo em indivíduos que, no esquema clássico, se incluíam entre os imputáveis”⁶⁹³. O tempo da medida de segurança intercorrente também contaria na duração da pena, demonstrando que as medidas de segurança eram substitutos equivalentes da pena, diluindo-se a rigorosa distinção entre eles. Assim, “conclui o criminalista italiano que, no sistema do projeto as duas providências são substancialmente a mesma coisa”⁶⁹⁴.

685 BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 209.

686 BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 209.

687 BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 97.

688 FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 03.

689 BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 209.

690 BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 155.

691 BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 210.

692 FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 02.

693 BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 156.

694 BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 156.

O dualismo existente entre penas e medidas de segurança, então inventado⁶⁹⁵, permaneceu até hoje na maioria dos Códigos Penais. Neste mesmo sentido, foram os projetos suíços seguintes, assim como os alemães e austríacos. A sistematização de STOSS foi de suma importância para o instituto: “é dele que partem os ensaios e as realizações legislativas posteriores, e depois dele é que se incentiva na doutrina a discussão dos problemas capitais da teoria das medidas de segurança”⁶⁹⁶.

A exposição de motivos do Código Penal alemão de 1908, comentando o §81, que trata da individualização da pena, “chega mesmo a declarar que ‘a palavra pena é tomada em sentido largo e compreende ainda a medida de segurança’⁶⁹⁷. Percebe-se a influência da Escola Positiva, que começava a se impregnar nos projetos da época: não obstante os dogmáticos alemães insistirem na posição dualista, admitiam a interpenetração do instituto.

Neste mesmo rumo dualista, encontra-se o projeto Rocco, uma sistematização mais bem feita, enaltecendo o dualismo entre penas e medidas de segurança, o “mais extremo dualismo”, apresentando os institutos como essencialmente distintos, já que “as medidas de segurança não se confundem com as penas e ainda menos se substituem a esta, e têm, em regra, fins eliminativos, ou curativos e terapêuticos, ou educativos e corretivos, e às vezes (...) simplesmente cautelares⁶⁹⁸”, como era o caso das medidas de segurança patrimoniais.

A pena pressupõe a imputabilidade e a culpabilidade, enquanto, para a aplicação das medidas de segurança, a verificação da periculosidade social já é suficiente, seja por pessoas que já cometeram delitos ou fatos que não constituem crime, mas denotam periculosidade criminal. A natureza das medidas de segurança não seria jurisdicional, mas sim administrativa, apesar de ser aplicada por juiz. A pena é consequência do delito e tem por fundamento a justiça, enquanto a medida de segurança é consequência da periculosidade e se fundamenta na utilidade. A pena é retributiva, enquanto as medidas de segurança possuem a função de

⁶⁹⁵ REALE JÚNIOR *et al. Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 283.

⁶⁹⁶ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 210.

⁶⁹⁷ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 156.

⁶⁹⁸ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 157.

eliminação, cura ou readaptação. As penas possuem limite máximo, enquanto as medidas de segurança são determinadas por tempo máximo indeterminado.

A periculosidade criminal é atributo da pessoa “que provavelmente voltará a delinquir, prescreve o código as circunstâncias em que se fundamentará o juízo nessa periculosidade”⁶⁹⁹. A sistematização do projeto Rocco é considerada “modelar” pelos juristas técnicos, um marco do direito positivo.

Foi com o Código Penal italiano de 1930 que o sistema do duplo binário se firmou e então que o instituto das medidas de segurança se popularizou. Sobre esta solução dualista de compromisso que se constrói “o sistema dos códigos e projetos que aderem à corrente legislativa chamada Política Criminal, que representa essa fase de transição e compromisso entre as velhas e as novas ideias, características do nosso direito mental em mudança”⁷⁰⁰. A exemplo disto, temos o Código Suíço, de 1937⁷⁰¹.

§ 2 – Sistema unitário

Como bem afirma FERRI, desde 1878, quando defendeu a tese sobre o fim do livre arbítrio clássico, até o projeto Rocco, com a sistematização do sistema do duplo binário, via-se “sucessivas escavações na rocha do sistema clássico, que parecia granítica. E não me engano pensando que finalmente não resta mais que um sutil diafragma para completar a evolução da justiça penal no sentido positivista”⁷⁰², tal como foi positiva nas legislações de sistema unitário.

Isto porque, com a exclusão do livre arbítrio pela presunção de periculosidade para os delinquentes, “é inevitável que, de concessão em concessão, se chegue até o fundo”⁷⁰³: um sistema unitário de defesa social repressivo e preventivo, baseado unicamente na periculosidade do autor. Com a substituição dos pressupostos basilares da Escola Clássica pela Escola Positivista, deu-se uma

⁶⁹⁹ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 211.

⁷⁰⁰ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 158.

⁷⁰¹ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 02 – 03.

⁷⁰² FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal...cit.*, p. 216.

⁷⁰³ FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal...cit.*, p. 216.

solução ao problema da responsabilidade penal, mas desta vez baseando-se na investigação científica da causalidade do crime:

Se qualquer crime, do mais leve ao mais feroz, é a expressão sintomática de uma personalidade antissocial, que é sempre mais ou menos anormal e portanto mais ou menos perigosa, é inevitável a conclusão de que a organização jurídica de defesa social repressiva não se pode subordinar a uma pretensa normalidade ou intimidabilidade ou dirigibilidade do delinquente. De qualquer maneira que um homem se torne delinquente, com vontade e inteligência aparentemente normais, em virtude de pouca anormalidade, ou com vontade e inteligência fracas ou anormais ou doentes, incumbe **sempre** ao Estado a necessidade, e portanto o direito-dever da defesa repressiva, somente subordinada, a forma e medida das suas sanções, à personalidade de cada delinquente, mais ou menos readaptável à vida social. **Todo sujeito ativo de delito é, portanto, sempre penalmente responsável, desde que o ato seja seu**, isto é, expressão de sua personalidade, quaisquer que sejam as condições fisiopsíquicas em que ele o deliberou e executou. E as sanções defensivas contra ele só deverão ser condicionadas pela qualidade e quantidade da sua diversa potência ofensiva⁷⁰⁴.

Por este motivo que o Projeto FERRI, de 1921, o Código Penal da Rússia, de 1927, e o Projeto Penal de Cuba, de 1926, adotam soluções unicistas: pela adoção dos pressupostos da Escola Positiva⁷⁰⁵.

O projeto FERRI, de 1921, “introduziu o sistema unitário de sanções de duração indeterminada (art. 44), aplicadas segundo a periculosidade do agente (art. 20)”⁷⁰⁶. Foi a primeira tentativa unicista, colocando-se em prática os ensinamentos da Escola Positiva, quando “a teoria da periculosidade encontrou a sua mais clara e mais ampla expressão”⁷⁰⁷.

Se em 1879 os clássicos italianos se opunham à criação do manicômio judiciário, já que os inimputáveis não seriam responsáveis da justiça penal, como falava MANCINI, e os neoclássicos e ecléticos já fizeram concessões em relação ao sistema do duplo binário, agora, FERRI propunha a periculosidade como linha diretriz de todas as sanções: “estava aberta a estrada ao afã reformador dos positivistas”⁷⁰⁸. As “medidas de segurança” tornam-se a sanção uniforme, excluindo-se a pena retributiva. O Direito Penal não se pautava mais pelo fato, mas sim sobre a personalidade e a periculosidade do delinquente.

⁷⁰⁴ FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal...cit.*, p. 217.

⁷⁰⁵ FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal...cit.*, p. 216.

⁷⁰⁶ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 06.

⁷⁰⁷ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 98.

⁷⁰⁸ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 98.

Exclui-se a distinção entre imputáveis e inimputáveis, todos são responsáveis perante a lei e a defesa social, exceto nos casos de justificação: “todos os delinquentes são perigosos, segundo o princípio já estudado de FERRI. O grau de periculosidade determina e gradua a sanção”⁷⁰⁹.

O Projeto Rocco foi um retrocesso ao positivismo e a legislação voltou à zona cinzenta de compromisso dos dualistas. Era necessário positivar uma solução científica, baseada nas descobertas da Criminologia. Mas o projeto não vira lei.

O projeto cubano, de autoria de José Augustin Martinez, apesar de manter a distinção entre imputáveis e inimputáveis, admite o critério da periculosidade. Assim, apesar de sua orientação eclética, o autor chama-lhe de código da defesa social.

Mas somente com o Código Penal russo, em 1927, que o sistema unitário toma corpo, na esteira de FERRI, com a aplicação generalizada do critério da periculosidade⁷¹⁰, abandonando-se o critério da culpabilidade⁷¹¹. As medidas preventivas e repressivas seriam aplicáveis a qualquer cidadão que tenha cometido um ato perigoso (art. 2º), entendido como “toda ação ou omissão dirigida contra a Constituição dos Soviets ou lesiva de ordem jurídica estabelecida pelo Governo dos Trabalhadores e Camponeses, para a época de trânsito ao estado comunista”⁷¹².

As pessoas que cometerem atos perigosos ou que representarem perigo para a sociedade, seja por sua relação com ambiente criminoso ou por conduta anterior, “serão aplicadas medidas de defesa social, de índole correcional ou de natureza médica ou médico-pedagógica”⁷¹³. A periculosidade é o mesmo fundamento para a sanção, penas e medidas de segurança são fundidas sob o nome de medidas de defesa social, “exclusão da ideia de imputabilidade, e de retribuição e expiação no conceito da medida de defesa”⁷¹⁴. Contudo, como ressaltou Eugenio Cuello CALÓN, a legislação russa introduz um instituto com nome de pena e com sentido retributivo, ao limitar as medidas de carácter correcional aos imputáveis, as de carácter médico e médico-pedagógico aos inimputáveis, mantendo

⁷⁰⁹ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 98

⁷¹⁰ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 99.

⁷¹¹ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 06.

⁷¹² BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 99.

⁷¹³ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 99.

⁷¹⁴ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 100.

a distinção clássica⁷¹⁵. FRAGOSO, contudo, ressalta que “o direito costumeiro se revelou mais forte que a vontade do legislador. A doutrina e a jurisprudência retomaram um direito penal da culpa, incorporando ao novo CP, de 1960”⁷¹⁶.

O sistema unitário também foi adotado pelo Código Penal dinamarquês, de 1930; na reforma do código português, em 1936; “no CP grego, de 1950; no CP sueco, de 1962; no CP búlgaro, de 1968 e no anteprojeto francês de 1978. O único país socialista que adota o sistema do duplo binário é a Hungria”⁷¹⁷.

O *Criminal Justice Act*, de 1948, na Inglaterra, revogou o critério vicariante introduzido pela *Prevention of Crime Act*, de 1908. Esta lei, por sua vez, havia previsto medidas de segurança preventivas para os criminosos habituais. Após 1948, introduziu-se o *corrective training* e transformou a detenção preventiva em pena-medida de segurança, substituindo a pena retributiva clássica. Na verdade, “na Inglaterra e nos Estados Unidos prevalece um sistema unitário, onde não se distingue pena de medida de segurança”⁷¹⁸. A legislação norte-americana, desde 1876, instituiu a pena indeterminada, introduzida primeiramente no estado de Nova York: o tribunal estipula os limites mínimo e máximo da pena, ficando sua efetiva duração a cargo das juntas de livramento condicional. FRAGOSO afirma que um estudo mais atento das sanções norte-americanas demonstra que “a maioria delas reúne as principais características das penas e das medidas, sobretudo destas últimas, pois têm em muita conta a personalidade e a periculosidade do delinquente, bem como sua possível ressocialização”⁷¹⁹.

Seção V – Vida e morte do sistema do duplo binário: a invenção do sistema dualista alternativo

Como bem ressaltou Salo de CARVALHO, “a passagem do modelo contratualista de controle social para a estrutura etiológica, operada fundamentalmente pela transformação nas funções do Estado, impõe séria

⁷¹⁵ CALÓN, Eugenio Cuello. *Las medidas de seguridad...cit.*, p. 15.

⁷¹⁶ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 06.

⁷¹⁷ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 06.

⁷¹⁸ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 07.

⁷¹⁹ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 07.

modificação na justificativa e operacionalidade da pena⁷²⁰. A mudança do discurso de fundamentação da pena está associada às transformações do perfil do Estado, pois a forma de intervenção estatal modifica os mecanismos punitivos.

Assim, “a sobreposição do Estado intervencionista (*welfare*) ao Estado liberal redimensionará a expectativa quanto às formas de atuação no controle do delito⁷²¹. Da mesma forma, a influência do positivismo criminológico e a autonomia científica da Criminologia em relação do Direito Penal servirão para a invenção de uma nova forma de gerir a execução das punições e as teorias que justificam a pena.

O positivismo criminológico implica a adoção de fundamentos medicalizados do discurso do crime e do criminoso e, conseqüentemente, da pena. O crime é uma consequência do atavismo, do estigma natural do delinquente: “da liberdade à periculosidade, da intimidação à reforma moral. Ao antecedente criminoso, a incipiente ciência do direito penal (criminologia) apresenta a promessa de uma nova vida – *a um passado de periculosidade confere-se um novo futuro: a recuperação*”⁷²².

Para isto, a pena toma para si o fundamento de *prevenção especial* na perspectiva punitiva voltada para o indivíduo perigoso. Neste panorama, “a sanção penal de caráter interventivo, no interior do paradigma penal- *welfare* (Garland), objetivará sobretudo a reforma moral do criminoso”⁷²³. O homem criminoso será objeto de intervenção do controle punitivo para a defesa social, sendo um indivíduo inferior, deficitário: “a ciência criminológica objetiva, portanto, desenvolver um instrumental tecnológico capaz de diagnosticar estes déficits e supri-los por meio da pena criminal, cujo caráter e natureza são gradativamente aproximados aos da medidas de segurança”⁷²⁴.

Com a investigação criminológica voltada para o estudo criminoso, a sanção diferencia-se da pena clássica, e “o sentido essencialmente profilático da pena transforma o universo e o perfil do direito penal. A ciência ocupada exclusivamente

⁷²⁰ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias...cit.*, p. 128.

⁷²¹ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 75.

⁷²² CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias...cit.*, p. 129

⁷²³ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 75.

⁷²⁴ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 76.

por pensadores do direito e da política até o século XVIII e meados do século XIX é invadida por profissionais alheios ao mundo jurídico⁷²⁵: médicos, psiquiatras, sociólogos, assistentes sociais.

O sistema do duplo binário surge como solução de compromisso entre a Escola Positiva e a Escola Clássica do Direito Penal, buscando-se a limitação do poder punitivo e as garantias individuais do acusado. O movimento de Política Criminal de LISZT tinha como objetivo “propor uma trégua entre os clássicos e os positivistas e buscar, na prática, os pontos de confluência entre as duas famosas escolas na luta contra o delito”⁷²⁶.

As soluções de compromisso do sistema do duplo binário são características desta estrutura penal-welfare, ao combinarem o legalismo liberal, “com os compromissos correccionalistas baseados na reabilitação, no bem-estado e no conhecimento criminológico”⁷²⁷. Esta nova maneira de pensar é muito mais do que uma nova teoria da pena e uma prática criminológica, mas influenciou toda a ideologia punitiva do século XX⁷²⁸.

Na prática, contudo, como bem notou FRAGOSO, ANTOLISEI já previa desde 1932 as falhas do duplo binário: “os sistema dualístico, embora engenhoso, não poderia se considerar definitivo, pois nele se vislumbram todas as características de um compromisso transitório”⁷²⁹. O problema da unificação das penas e medidas de segurança nunca deixou de existir.

Apesar de não assumir, declaradamente, os pressupostos do paradigma etiológico, na prática, o correccionalismo penal permite o abandono do livre-arbítrio para certos indivíduos, construindo-se com base na personalidade do indivíduo e das condições que o impulsionaram a cometer o crime: transformando como objeto de análise a sua vida pessoal “familiar e social, os atores do laboratório criminológico objetivam encontrar as fontes de deficiência que produzem o crime.

⁷²⁵ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias...cit.*, p. 129.

⁷²⁶ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*.4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 241.

⁷²⁷ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 76.

⁷²⁸ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 77;

⁷²⁹ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 05.

Isolada a causa do delito, diagnosticada sua etiologia, delimitam-se o grau e a forma da intervenção corretiva⁷³⁰.

Aqui está a passagem da finalidade da pena como sanção retributiva pela perspectiva da prevenção especial da pena como medida de tratamento. Como efeitos, a culpabilidade é substituída pela periculosidade e a pena retributiva passa ser medida terapêutica ou de correção. Essa substituição é prática e não meramente teórica, gerando efeitos tanto na teoria do delito como na execução da sanção. Importante a conclusão de Salo de CARVALHO em relação à principal mudança: o conteúdo da resposta punitiva, já que “o caráter sanitário altera a sua natureza: as *penas* são convertidas gradualmente, em maior ou menor escala, em *medidas* (de segurança ou socioeducativas), tanto na forma (qualidade) quanto no tempo (quantidade) da punição⁷³¹.

Este é o fim disciplinar da pena, essencialmente, sobre o qual já falava FOUCAULT. Altera-se finalmente o objetivo da pena: do corpo para a alma. E as causas são diversas na formação da sociedade disciplinar, que exige a medicalização do discurso penal e a despatologização da psiquiatria, elegendo-a como ciência da higiene social. Não a psiquiatria isolada, mas umbilicalmente ligada ao Direito Penal.

Na teoria do delito, os efeitos do são sentidos em relação à teoria da culpabilidade: se o critério da culpabilidade não é substituído pelo da periculosidade, extinguindo-se os limites entre imputabilidade e inimputabilidade, as fronteiras são, ao menos, radicalmente reduzidas. É o princípio da homogênea reação social: substitui-se a “alternativa institucional ‘ou prisão, ou hospital’, ‘ou expiação, ou cura’, pelo princípio de uma *homogeneidade da reação social*⁷³².

Entende-se, assim, porque a pena retributiva perdia sua fundamentação. Na arquitetura penal intervencionista, a pena pode ser indeterminada, já que depende da correção do *homo criminalis*. E mesmo com a diferenciação teórica entre penas e medidas de segurança, nos sistemas do duplo binário é comum a verificação de periculosidade do indivíduo durante a execução penal: “não por outra razão são

⁷³⁰ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 77.

⁷³¹ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 78.

⁷³² FOUCAULT, Michel. *Os Anormais... cit.*, p. 42.

fundamentais o diagnóstico do indivíduo quando do seu ingresso na instituição penal e, posteriormente, de forma periódica, o acompanhamento de sua trajetória”⁷³³.

Somente após a ressocialização que o indivíduo pode ser liberado para o convívio social. É a invenção do sujeito anormal. O tema central do modelo correcionalista é “o indivíduo inadaptado ou mal-socializado (*undersocialized*), identificado a partir de uma diferença radical entre o *normal* e o *patológico*, produzida pela gramática criminológica”⁷³⁴. O foco é o delinquente, que precisa ser corrigido por meio da assimilação clínica de características normais.

A assimilação das premissas do modelo de Defesa Social do positivismo criminológico e do paradigma correcionalista penal foram diferentes em cada país, mas legitimaram o discurso punitivo do século XX. Inclui-se à pena, não mais diferenciada da medida de segurança dos imputáveis, a função de prevenção especial.

Entende-se porque defendia-se o monismo/unitarismo em relação ao tratamento dos imputáveis, pois “não é possível seriamente diferenciar, na execução, a pena privativa de liberdade da medida de segurança detentiva para imputável”⁷³⁵. Como bem ressalta Anibal BRUNO “a pena, nos códigos modernos, já não pertence à raça pura das medidas punitivas tradicionais. Cada dia mais se deixa penetrar de um conteúdo que, em rigor, é específico das medidas de segurança”⁷³⁶.

Desde 1953, no IV Congresso Internacional de Direito Penal, em Roma, a unificação da pena e das medidas de segurança para inimputáveis era discutida. A matéria foi objeto da Grande Comissão de Direito Penal, incumbida da reforma do Código Penal Alemão, e Eberhard SCHMIDT defendia a unificação de penas e medidas de segurança para inimputáveis, sustentando “como óbvio um sistema de execução penal voltado para a ressocialização do condenado”⁷³⁷, afirmando que indivíduos anteriormente considerados perigosos, como mendigos e vagabundos, deveriam ser retirados do Direito Penal.

⁷³³ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 78.

⁷³⁴ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 78.

⁷³⁵ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 08.

⁷³⁶ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 160.

⁷³⁷ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 08.

Na prática, a execução de medidas de segurança de imputáveis e penas era a mesma, conforme já observou MEZGER, revelando-se a *crise do sistema do duplo binário*, afirmando que “a casa de trabalho (que o velho código alemão previa no § 42, d), em sua essência, constituía uma pena, e que a custódia de segurança (*Sicherungsverwahrung*) executava-se transferido o condenado da ala direita para a esquerda do mesmo estabelecimento”⁷³⁸, a burla das etiquetas. Ele propõe a pena de segurança, fundada tanto na prevenção especial como na geral. SAUER, ao questionar se penas e medidas de segurança seriam conceitos opostos, conclui “abstratamente sim, concretamente não”⁷³⁹.

No centro da questão de unificação de penas e medidas de segurança para imputáveis está a natureza jurídica e a finalidade da pena. FRAGOSO sustenta que o sistema do duplo binário só faria sentido em um sistema que a pena continuasse fundada na retribuição, mantendo o sentido original da pena clássica. Contudo, como bem ressalta o autor, “o magistério punitivo do Estado não se funda na retribuição, nem tem qualquer outro fundamento metafísico. A pena encontra seu fundamento no dever que incumbe ao Estado de preservar a ordem e a segurança da convivência social”⁷⁴⁰.

Assim, pena e medida de segurança têm o mesmo fundamento: ambas têm como objetivo a proteção de bens jurídicos e impedir a reincidência. Na execução, ambas buscam a ressocialização. FRAGOSO conclui: a natureza jurídica da pena “é, em essência, retributiva, porque é perda de bens jurídicos impostas ao transgressor. Mas a medida de segurança detentiva para imputáveis, que o condenado recebe e sofre como uma pena, também é perda de bens jurídicos”⁷⁴¹.

Assim, a ficção do duplo binário se desfaz por seu artificialismo, por não distinguir, na prática, a execução de medida de segurança de imputáveis em relação à pena privativa de liberdade. Salo de CARVALHO fala da assimilação do paradigma correccionalista e das soluções de compromisso:

⁷³⁸ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 08.

⁷³⁹ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 160.

⁷⁴⁰ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 08.

⁷⁴¹ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 07.

Nos países ocidentais, centrais e periféricos, o modelo correccional da prevenção especial positiva representou o discurso oficial das agências do sistema punitivo o longo do século passado, orientando as legislações penais e penitenciárias e moldando as instituições de execução da pena. Logicamente, em cada país, o percurso de incorporação e de efetivação do sistema *penal-welfare* foi distinto; inclusive em razão da maior ou menor identificação política com as distintas formas de Estado de intervenção. Assim, embora seja possível vislumbrar a emergência do correccionalismo no positivismo criminológico, diferentes movimentos político-criminais adequaram suas orientações às realidades dos distintos países que adotaram o modelo⁷⁴².

A principal função do modernismo penal “que orientou os rumos das políticas criminais e da criminologia no século XX seria compatibilizar a base principiológica do racionalismo ilustrado com as demandas de tratamento individualizado”⁷⁴³.

O movimento da Velha Defesa Social era atribuída ao projeto inicial do positivismo criminológico e a necessidade de se adequar a antiga pena retributiva aos novos postulados científicos do paradigma etiológico, criando-se o sistema dualista alternativo para complementar a pena clássica com a medida de segurança corretiva⁷⁴⁴. Assim já previa Anibal BRUNO:

Daí esse dualismo em que reponta a influência das duas correntes diversas e de que se ressentem, no pensamento de muitos, a teoria da periculosidade. Essa dubiedade de posição em frente ao problema conduz à aceitação concorrente de princípios doutrinariamente divergentes: estado perigoso e responsabilidade moral; medida de segurança e pena; crime, fenómeno natural, e crime, entidade jurídica. Dualismo justo e aceitável na legislação atual, ilógico e estéril na doutrina. Preso aos postulados do direito clássico, o pensamento jurídico cedo há de revelar-se fundamentalmente inconciliável com a teoria.⁷⁴⁵

O movimento da Nova Defesa Social, iniciado na década de 50, no pós-guerra, e liderado por Marc ANCIEL universalizará práticas punitivas que unem o controle social intensivo e o humanitarismo, “a partir da compatibilização dogmática de modelos repressivos aparentemente ambíguos com as políticas intervencionistas do Estado Social preventivo”⁷⁴⁶: recusa-se o carácter retributivo, assumindo-se a função ressocializadora da pena. É aqui que se concebe a solução “garantista” do sistema dualista alternativo, adotando-se as premissas de prevenção especial.

⁷⁴² CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 79.

⁷⁴³ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 128.

⁷⁴⁴ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias...cit.*, p. 68 – 76.

⁷⁴⁵ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 26.

⁷⁴⁶ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 178.

Assim, durante as décadas de 1970 e 1980, “os postulados do correccionalismo são adequados às estruturas liberais do direito penal da culpabilidade”⁷⁴⁷, servindo para justificar a pena na maioria dos países ocidentais. Exemplo deste movimento é a reforma do Código Penal de 1984.

Entende-se, desta forma, porque FRAGOSO afirma que o sistema da dupla via também entrou em crise devido “à precariedade do juízo de periculosidade, bem como à inexistência de estabelecimentos e de pessoal técnico. Leis modernas, que mantêm o sistema, aproximam medida de segurança da pena, adotando o critério vicariante”⁷⁴⁸ e as garantias da pena asseguradas às custódias de segurança. O sistema dualista alternativo seria o ápice deste movimento reformador.

A consideração da personalidade do agente é inevitável na aplicação da pena, tornando a responsabilidade moral do agente, critério clássico da pena, relativizada com a contraposição entre culpa e periculosidade⁷⁴⁹. O critério da periculosidade é negado por BETIOL por ser uma violação ao Estado de Direito, já que um homem livre não pode ser considerado perigoso⁷⁵⁰. Trata-se de uma ficção jurídica, um juízo oracular sobre o comportamento futuro do agente, “podendo-se afirmar o carácter profético da noção de estado perigoso”⁷⁵¹. Segundo FRAGOSO, a importância atribuída ao critério da personalidade, como objeto da Criminologia, pertence ao passado.

Na teoria, o sistema do duplo binário impede que a personalidade do agente seja considerada, cabendo à medida de segurança avaliar a probabilidade de reincidência. Na prática, a consideração da personalidade é indispensável para a individualização da pena. Assim, na esteira de NUVOLONE, FRAGOSO ressalta que o fato de serem utilizados os mesmos elementos “à medição da pena e a verificação da periculosidade, mostra a incoercível exigência unificadora das sanções penais, que devem prosseguir, contemporaneamente, para os imputáveis, finalidade de repressão e de prevenção especial”⁷⁵².

⁷⁴⁷ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 179.

⁷⁴⁸ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 08.

⁷⁴⁹ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 09.

⁷⁵⁰ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 10.

⁷⁵¹ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 11.

⁷⁵² FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 12.

As exigências do sistema dualista alternativo, que unifica as penas e medidas de segurança de imputáveis se aparta do embuste das etiquetas e busca a realidade punitiva. A pena deveria se fundamentar, exclusivamente, na culpabilidade⁷⁵³. O Direito Penal não acolheu a ideia de intervenção ilimitada em relação à pena, mas justificou que alguns indivíduos recebessem tratamento diferenciado por serem materialmente diferentes em termos psicológicos, sendo submetidos ao regime da medida de segurança.

A despatologização da loucura, ocorrida com o paradigma etiológico da Criminologia, foi relativizada, limitando a aplicação das medidas de segurança a certos indivíduos, considerados perigosos.

⁷⁵³REALE JÚNIOR *et al.* *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 30. .

CAPÍTULO IV. A PRÁTICA PUNITIVA BRASILEIRA – VIDA E MORTE DO SISTEMA DO DUPLO BINÁRIO, CRÍTICAS AO SISTEMA DUALISTA ALTERNATIVO

Seção I – Sistema do duplo binário na legislação brasileira

Antes do Código Penal de 1940, não se podia falar em sistematização das medidas de segurança. Apesar da orientação absolutista das três ordenações “a face negra do direito penal”⁷⁵⁴, os intérpretes das Ordenações Filipinas, de 1603, já afirmavam a impossibilidade de “acusar de crime àquele que não se mostrava capaz de dolo ou de culpa, se louco, insensato e demente”⁷⁵⁵.

De inspiração iluminista e humanitária, o Código Imperial, de 1830, também utilizava-se do *princípio da porta giratória*, prevendo “que os loucos que houvesse cometido crimes haviam de ser recolhidos às casas a eles destinadas, ou encaminhados às respectivas famílias, consoante ao juiz criminal parecesse mais conveniente”⁷⁵⁶, conforme o art. 12. O princípio da inimputabilidade permitia que os loucos fossem objeto de providência policial e administrativa, mas não penal. Da mesma forma, o Código de 1890 previa a exclusão de crime pela inimputabilidade (art. 29)⁷⁵⁷.

O destino dos loucos criminosos era, portanto, incerto, assim como dos loucos em geral. Não existia nenhum tratamento pena específico para os inimputáveis, muito menos uma instituição⁷⁵⁸.

Contudo, os avanços da Escola Positiva foram logo sentidos nos estudos penais brasileiros, forte influência doutrinária para os projetos de Códigos Penais Republicanos. Tobias BARRETO e Viveiros de CASTRO alegavam a insuficiência do ordenamento no combate da criminalidade, influenciados pelo paradigma etiológico, concluindo-se pela ineficácia da pena clássica. Em 1895, Machado de OLIVEIRA, Cândido MOTTA, Alcântara MACHADO e outros professores da Faculdade de

⁷⁵⁴ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal...cit.*, p. 266.

⁷⁵⁵ REALE JÚNIOR, Miguel *et. al. Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 280.

⁷⁵⁶ REALE JÚNIOR, Miguel *et. al. Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 280.

⁷⁵⁷ REALE JÚNIOR, Miguel *et. al. Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 281.

⁷⁵⁸ RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade*. Rio de Janeiro: ICPC: Editora Revan, 2003, p. 42.

Direito de São Paulo, fundaram a *Sociedade de Antropologia Criminal, Psiquiatria e Medicina Legal*, sob a influência da Escola Positiva italiana⁷⁵⁹.

A formação do discurso psiquiátrico penal pela criminologia permite ao Judiciário criar uma tecnologia própria para os loucos criminosos, com um discurso psiquiátrico, mas sem confundir-se com este. Os postulados positivistas exigem a necessidade de criação de um dispositivo capaz de conter o delinquente anormal⁷⁶⁰. Em 1893, o Decreto Lei nº 145 prevê a reclusão de vadios, vagabundos e capoeiras para correção pelo trabalho obrigatório em colônia penal⁷⁶¹.

Em 1893, os primeiro projetos de reforma do Código Penal começa a se esboçar. Em 1899, Vieira ARÚJO propõe a criação de espaços específicos para inimputáveis específicos, diversos dos hospícios comuns.

Em 1903, o Decreto Lei nº 1.132 prevê a criação de manicômios judiciários, demonstrando a necessária formação de um discurso normalizador: “enquanto não possuírem os estados manicômios criminais, os alienados delinquentes e condenados alienados somente poderão permanecer em asilos públicos, nos pavilhões que especialmente se lhes servem”⁷⁶² (art. 11).

Os manicômios judiciais são “resultado de um armistício entre duas partes em disputa: nem manicômio, nem prisão, um híbrido que muitas vezes sofrerá a crítica do psiquiatra. Ele não poderá aplicar totalmente a tecnologia disciplinar característica do hospício e nem poderá decidir autonomamente sobre o destino da classe dos alienados, ficando as internações e altas a critério do juiz”⁷⁶³. Os decretos nºs 14831/1921 e 17805/1927 também regulam a criação e manutenção dos manicômios judiciais enquanto um Código Penal não efetiva-os.

Em 1928, o Projeto de Virgílio de Sá PEREIRA foi fortemente influenciado pela Escola Positiva italiana, adotando a classificação de delinquentes com imputabilidade restrita, imputando ao juiz dever de internar o acusado absolvido por

⁷⁵⁹ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal...cit.*, p. 278.

⁷⁶⁰ RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade*. Rio de Janeiro: ICPC: Editora Revan, 2003, p. 49.

⁷⁶¹ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 217.

⁷⁶² RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade*. Rio de Janeiro: ICPC: Editora Revan, 2003, p. 49.

⁷⁶³ RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade*. Rio de Janeiro: ICPC: Editora Revan, 2003, p. 49.

inimputabilidade, e assim, os projetos “perseguem as ideias, que se alternam da inofensividade e da desapareição da periculosidade, à FERRI, ou da temibilidade à GARÓFALO, noções desvinculadas de sua origem, sugerem os critérios de aplicação das medidas aplicáveis aos inimputáveis e semi-imputáveis”⁷⁶⁴.

A mesma influência positivista pode ser observada no projeto de 1935, “orientação adotada em importantes setores como foi a classificação dos delinquentes, a periculosidade criminal e social, a individualização e indeterminação da pena, o emprego das medidas de segurança, etc”⁷⁶⁵.

As medidas de segurança são sistematizadas da mesma forma que no Projeto Rocco, dominando o critério da periculosidade criminal⁷⁶⁶: aplicáveis aos inimputáveis ou semi-imputáveis, ou ainda em relação aos mendigos, vagabundos, prostitutas e ébrios. Elas substituíam a pena, nos casos dos inimputáveis, ou completavam-na, no caso dos demais delinquentes perigosos. O projeto contudo, impediu a aplicação de penas indeterminadas e limitou a duração das medidas de segurança, evidente solução de compromisso do sistema do duplo binário. Ele foi amplamente discutido na 1ª Conferência Brasileira de Criminologia, em 1936⁷⁶⁷.

Foi então que surgiu o projeto Alcântara Machado, de 1938, após o golpe de Estado de 1937⁷⁶⁸. Sob a base do sistema do duplo binário e inspirado no Código de Rocco, Alcântara MACHADO fundamenta as sanções na culpabilidade e na periculosidade dos agentes. Como bem concluiu Anibal BRUNO, “é a zona de compromisso da transição das velhas para as novas ideias, necessária e explicável como já vimos. Pertence o Projeto àquela corrente que, para usarmos uma expressão de Florian, tem ‘a sensibilidade da imediata exigência contemporânea’⁷⁶⁹. Segundo o autor, este foi o projeto que melhor sistematizou os institutos.

Somente se admitia a periculosidade pós-delitiva e as medidas de segurança eram consideradas providências jurisdicionais. Não há limite máximo para as medidas de segurança. O fundamento das medidas de segurança é a periculosidade, desaparecendo a distinção entre imputáveis e inimputáveis. A

⁷⁶⁴ REALE JÚNIOR, Miguel *et. al. Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 281

⁷⁶⁵ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal...cit.*, p. 280.

⁷⁶⁶ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 218.

⁷⁶⁷ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 205 – 206.

⁷⁶⁸ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal...cit.*, p. 282.

⁷⁶⁹ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 205 – 223.

periculosidade era legalmente presumida para os inimputáveis (mentais e etários) e para os delinquentes de imputabilidade restrita, como surdos-mudos, selvícolas, delinquentes por tendência em razão do desajustamento social (como reincidentes, participantes de quadrilhas, vadios, mendigos, etc.)⁷⁷⁰.

O Código Penal de 1940 entrou em vigor após o exame do projeto Alcântara Machado por uma Comissão Revisora, integrada por Nelson Hungria, Roberto Lyra e outros penalistas⁷⁷¹. O código permitia a aplicação de medidas de segurança para imputáveis e inimputáveis, podendo servir como substitutivo ou complemento da pena. A pena continuava sendo repressiva e fundada na culpabilidade, enquanto as medidas de segurança eram medidas preventivas e fundadas na periculosidade, “estado subjetivo, mais ou menos duradouro, de antissociabilidade”⁷⁷².

O sistema legal “adotou em sua plenitude o sistema do duplo binário, disciplinado amplamente as medidas de segurança”⁷⁷³, permitindo a “imposição sucessiva de pena e mais a medida de segurança para o condenado presumidamente perigoso”⁷⁷⁴.

Como bem ressaltou FRAGOSO, na prática, as medidas de segurança para imputáveis não era aplicadas: durante 40 anos de vigência do código, somente em São Paulo “que foi construído um único estabelecimento para execução de medidas de segurança detentivas para imputáveis. Em nenhum outro Estado existem tais estabelecimentos, o que significa que as disposições do código ficaram no papel”⁷⁷⁵. Neste estabelecimento, as condições não eram diferentes dos problemas que o ambiente carcerário já apresentava.

As medidas de segurança detentivas eram substituídas pela liberdade vigiada. O livramento condicional ficava adstrito ao exame de cessação de periculosidade, prejudicando as medidas de segurança. Assim, a impressão que se

⁷⁷⁰ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal...cit.*, p. 227

⁷⁷¹ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal...cit.*, p. 284.

⁷⁷² DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal...cit.*, p. 285.

⁷⁷³ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 15.

⁷⁷⁴ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal...cit.*, p. 286.

⁷⁷⁵ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 15

tinha era “a de que o sistema funciona sem que as medidas de segurança detentivas para imputáveis façam falta”⁷⁷⁶.

As reformas seguintes orientavam-se para a abolição do sistema do duplo binário, como para o caso do anteprojeto Hungria, de 1963, limitando a aplicação das medidas de segurança inimputáveis, aos semi-imputáveis as medidas de segurança eram facultativas, podendo ser substituídas pela pena (critério vicariante) e, finalmente, prevendo para os “criminosos habituais e por tendência (inspirado no código italiano, no código grego, de 1950, e no projeto Soler), um amento facultativo de penas”⁷⁷⁷.

O Código Penal de 1969 manteve-se fiel ao projeto, apesar de não ter entrado em vigor⁷⁷⁸, previa a pena indeterminada, instituto de inspiração positivista, para os criminosos habituais e por tendência. Na prática, o critério da periculosidade ainda prevalecia. Como bem denota Salo de CARVALHO, o “natimorto Código de 1969” coligava à indeterminação da pena, “a perpetuidade da reincidência, circunstância pessoa considerada critério subjetivo de definição da periculosidade do réu, impor-se-ia, pois o cometimento de um delito representaria uma mácula na vida do indivíduo e deveria acompanhá-lo até a morte”⁷⁷⁹. Ademais, o código reunia em um só ponto diversos postulados do modelo etiológico“(tipologia criminal classificatória, exame clínico-criminológico pré-sentencial, pena indeterminada e reincidência perpétua”⁷⁸⁰): a definição de personalidade do agente, fundada nos prognósticos de reincidência do autor e na periculosidade, critérios que atuarão na individualização e na execução da pena.

Em relação às medidas de segurança pré-delituais, apesar de ter refutado o instituto, o Código de 1940 permitia sua aplicação nos casos de crime impossível ou de tentativa frustrada, desde que verificando-se a periculosidade. A aplicação provisória, antes do trânsito em julgado, era permitida em relação aos inimputáveis, ébrios e toxicômanos.

⁷⁷⁶ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 15.

⁷⁷⁷ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 16.

⁷⁷⁸ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal...cit.*, p. 290.

⁷⁷⁹ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias...cit.*, p. 134.

⁷⁸⁰ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias...cit.*, p. 134.

Seção II – Sistema dualista alternativo – a perspectiva dogmática da sistematização

A reforma de 1984 renuncia de vez o sistema do duplo binário e “qualquer tratamento especial para os delinquentes perigosos, adotando o critério vicariante para os semi-imputáveis”⁷⁸¹. Neste mesmo sentido, a Lei de Execuções Penais, de 1985, também impede a aplicação de medidas de segurança para condenados imputáveis⁷⁸².

Cria-se o *sistema dualista alternativo*, baseado na aplicação alternativa de penas e medidas de segurança. Assim, “o critério *dualista alternativo*, introduzido pela reforma penal de 1984, caracteriza-se pela aplicação *alternativa* de pena criminal ou medida de segurança contra autores de **tipos de injusto**(...), excluída qualquer aplicação *simultânea* de pena criminal e medidas de segurança”⁷⁸³. Este sistema também é chamado de duplo unitário, ou binário único, distinguindo-se do anterior por impedir a aplicação cumulativa dos institutos⁷⁸⁴.

Os institutos possuem um fundamento comum: a autoria de **tipo de injusto** (ação típica e antijurídica concreta). O fundamento específico dos institutos permite a limitação da aplicação de medidas de segurança à autores inimputáveis ou semi-imputáveis⁷⁸⁵: as penas são fundadas na culpabilidade, juízo de reprovação, definido pelo conceito normativo de culpabilidade (imputabilidade, como capacidade de saber e controlar o que faz, conhecimento real ou possível do injusto e exigibilidade de conduta diversa⁷⁸⁶); enquanto as medidas de segurança são fundadas na periculosidade, “prognóstico de futura realização de *fato previsto como crime* por indivíduos portadores de *doença mental* ou *desenvolvimento mental incompleto ou retardado*”, ou por indivíduos semi-imputáveis, sendo, respectivamente, fruto de presunção legal (art. 26, *caput*, do CP) ou determinação judicial (art. 26, parágrafo único, do CP).

⁷⁸¹ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 16

⁷⁸² RAUTER, Cristina. *Criminologia e Subjetividade...cit.*, p. 86.

⁷⁸³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...cit.*, p. 471.

⁷⁸⁴ REALE JÚNIOR, Miguel *et. al. Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 284.

⁷⁸⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...cit.*, p. 472.

⁷⁸⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...cit.*, p. 472.

O critério da periculosidade é limitado aos autores de tipos de injusto inimputáveis e semi-imputáveis, impedindo a aplicação de medidas de segurança aos imputáveis, fruto de uma opção política, como bem ressalta Salo de CARVALHO:

A classificação do autor da conduta considerada ilícita como imputável ou inimputável e a consequente definição da resposta jurídica cabível (pena ou medida de segurança) decorrem de uma opção política (político-criminal), posteriormente legitimada pela ciência jurídico-penal (dogmática penal), por fragmentar o **sistema de responsabilidade criminal** em dois distintos discursos de fundamentação: **sistema de culpabilidade** (imputabilidade/pena) e **sistema de periculosidade** (inimputabilidade/medida de segurança)⁷⁸⁷.

Apesar de negar a adoção plena os institutos advindos do paradigma etiológico projetados no movimento reformista da Nova Defesa Social, a reforma penal de 1984 manteve algumas de suas premissas “enraizadas no sistema de execução penal nacional e sustentam um modelo penalógico aparentemente híbrido, mas que consolida empírica e processualmente a ideologia do tratamento”⁷⁸⁸. Heleno FRAGOSO já ressaltava que as medidas de segurança para imputáveis aproximavam-se cada vez mais da pena retributiva⁷⁸⁹. Somente com a consolidação de um sistema unificado da pena (conceito unificado de prevenção e retribuição), assumindo suas funções também corretivas, que o sistema dualista alternativo faria sentido, ante ao modelo disciplinar e normalizador das funções reais do Direito Penal. Penas e medidas de segurança para imputáveis possuiriam um mesmo objetivo: a ressocialização, a prevenção especial positiva.

Assim, não obstante a negativa formal, substancialmente, a legislação vigente revigora o paradigma etiológico de reforma do sujeito e de neutralização da periculosidade de alguns indivíduos anormais:

⁷⁸⁷ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 501.

⁷⁸⁸ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias...cit.*, p. 136.

⁷⁸⁹ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário...cit.*, p. 7: “Ao centro do debate está a questão fundamental sobre o caráter e o sentido da pena, seu fundamento, os seus fins. O sistema do duplo binário vive em função da pena fundada no princípio da retribuição, incompatível com medidas de defesa social que não se fundem na culpabilidade. Em realidade, o magistério punitivo do Estado não se funda na retribuição, nem tem qualquer outro fundamento metafísico. A pena encontra seu fundamento no dever que incumbe ao Estado de preservar a ordem e a segurança da convivência social, que deflui de sua função de tutor e mantenedor do ordenamento jurídico.”

Avaliações da personalidade do réu na dosimetria da pena; limitações a direitos derivados da reincidência; avaliações de periculosidade; classificação dos condenados segundo suas características pessoais e prognósticos clínicos de tratamento penitenciário são institutos que modelam um sistema de elaboração, aplicação e execução da pena orientado pela noção profilática. Em realidade, categorias como *periculosidade*, *reeducação*, *personalidade do agente*, *prevenção da reincidência* e *medidas de segurança extra-penais* compõem este universo projetivo de prevenção especial devido ao deslocamento sutil e eficaz da teoria defensiva. Apesar da negativa substancial, porém não formal, de sua tradição positivista, o movimento neo-defensivista revigora na atualidade o paradigma etiológico, sua conseqüente concepção anti-secular e anti-iluminista, orientando a transnacionalização do controle social sob o signo da ressocialização. Mais: potencializa, sob a chancela científica, formas de fragmentação social similares às do modelo lombrosiano, pois calcados em concepções naturalistas de sociedades homogêneas e isentas de contradições (a única disfuncionalidade seria o delito). Opera-se, portanto, com a presunção de que existem interesses uniformes e monolíticos no interior do corpo social, com a necessidade de neutralização (eliminação ou recuperação) da periculosidade de alguns grupos ou indivíduos disfuncionais⁷⁹⁰.

Segundo o discurso oficial, o inimputável psíquico é tomado como aquele que não possui condições mínimas de avaliar a ilicitude do ato nem controlar o que faz – sua ação não é fruto da liberdade de vontade, justamente por possuir déficits psíquicos que impossibilitam direcionar sua vontade⁷⁹¹. Assim, o portador de sofrimento psíquico em conflito com a lei não é culpável, mas sim dotado de *periculosidade*, um juízo de provável reiteração criminosa, potência de perigo – *estado* ou *atributo natural* do sujeito. Irresponsável por seus atos, o inimputável não comete crime, justamente por estar afastada a culpabilidade, não podendo receber como efeito sancionatório a pena.

A consciência jurídica permitiu a separação da loucura das demais formas de anormalidade: não para libertar os portadores de sofrimento psíquico, mas sim sua vizinhança de criminosos, mendigos, vagabundos e outros incorrigíveis, da mesma forma que no século XVIII. Este foi o movimento da reforma penal de 1984, não para privilegiar o aspecto terapêutico das medidas de segurança, mas sim porque estas se mostraram ineficientes aos imputáveis.

Apesar da inexistência de crime, “o ordenamento jurídico penal brasileiro, paradoxalmente, insiste em alcançá-los, ao impor, como consequência da realização

⁷⁹⁰ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias...cit.*, p. 136 – 137.

⁷⁹¹ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 502.

da conduta penalmente ilícita, as chamadas medidas de segurança⁷⁹². A função declarada do instituto é eminentemente curativa: “transformar condutas antissociais de inimputáveis em condutas ajustadas de imputáveis”⁷⁹³. São efeitos do poder normalizador da tecnologia disciplinar: a intervenção penal em caso de doença mental, com a aplicação da medida de segurança.

Da mesma forma que as penas assumem um caráter correccional com a prevenção especial, não precisando mais os imputáveis da aplicação das medidas de segurança, estas assumem um caráter sancionador, reconhecido pelo legislador ao reconhecer a necessidade de impedir a aplicação cumulativa dos institutos, manifesto *bis in idem*. O eclétismo do ordenamento penal atual é evidente, transcende a exigência de autoria e tipo de injusto, vinculando as medidas de segurança aos requisitos relacionados com a punibilidade, como expressamente dispõe o art. 96.

As medidas de segurança são aplicáveis segundo dois pressupostos legais, deduzíveis do ordenamento jurídico penal (e não expressamente previstos pelo ordenamento, gerando a crítica em relação à insubordinação das medidas ao princípio da legalidade)⁷⁹⁴: a) a realização de fato anteriormente previsto como crime (art. 97, *caput*, do CP)⁷⁹⁵; b) a periculosidade criminal do autor (art. 97, §1º). A periculosidade é legalmente presumida para autores inimputáveis (art. 26, do CP) e judicialmente definida para autores semi-imputáveis (arts. 26, parágrafo único e 98, ambos do CP), sendo medida pelo perito psiquiatra durante o incidente de sanidade mental como “juízo de probabilidade de delinquência futura baseado nos déficits psíquicos do periciando”⁷⁹⁶.

Após a reforma do Código Penal de 1984, duas espécies de medidas de segurança foram previstas: a detentiva ou estacionária (internação) e a restritiva ou ambulatorial. O ordenamento contém a previsão em abstrato da forma reclusiva ou detentiva da pena aplicável ao fato tipificado (gravidade do delito) como critério único

⁷⁹² KARAM, Maria Lúcia. *Punição do enfermo mental e violação da dignidade*. In *Verve*, São Paulo, v. 2., p. 210 – 224, 2002, p. 217.

⁷⁹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...cit.*, p. 606.

⁷⁹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...cit.*, p. 610.

⁷⁹⁵ Extinguiu-se, assim, a possibilidade de aplicação das medidas de segurança nos casos de crime impossível (art. 17, do CP) e tentativa frustrada (art. 31, do CP), bem como a execução provisória, conforme a prevê a LEP.

⁷⁹⁶ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 502.

de definição da espécie de medida de segurança a ser cumprida (art. 97, *caput*, do CP)⁷⁹⁷.

A finalidade curativa do tratamento realizado durante o cumprimento das custódias de segurança impede o legislador de estabelecer qualquer limite temporal à sua duração: “se o imputável é portador de uma *doença* (diagnóstico médico), a duração do tratamento será estabelecida conforme resposta positiva ou negativa que o paciente apresenta durante o procedimento curativo”⁷⁹⁸. Inadequada a medida ou negativa a resposta do segurado, o estado de antissociabilidade se mantém até a cessação de periculosidade – lesão ao princípio da proporcionalidade.

Apesar do Código Penal condicionar a duração das medidas à cessação de periculosidade, devido à natureza corretiva do instituto, a jurisprudência é pacífica em entender ser aplicável o limite máximo de duração análogo ao da pena: 30 anos.

Diante de flagrante artificialidade da fundamentação teórica do instituo e das consequências desastrosas da internação, as medidas de segurança têm sido alvo de críticas contumazes da criminologia crítica, da dogmática crítica e da antipsiquiatria, reveladoras não só de impropriedades técnicas como também de suas funções reais – a inocuização do sujeito *perigoso*.

O Direito Penal não se pauta mais pelo fato para os inimputáveis, mas sim sobre a personalidade e a periculosidade do delinquente. Percebe-se a herança das soluções de compromisso entre os sistemas punitivos propostos pela Escola Clássica e pela Escola Positiva. As medidas de segurança são uma transposição do juízo de periculosidade do criminoso atávico, estigmatizado do positivismo criminológico.

Seção III – Crise das medidas de segurança

Primeiramente, a crise das custódias de segurança decorre da inconsistência de seu fundamento legitimador – a periculosidade: “presunção, que não passa de uma ficção, baseada no preconceito que identifica o ‘louco’ – ou quem

⁷⁹⁷ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 507.

⁷⁹⁸ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 503.

quer que apareça como ‘diferente’ – como ‘perigoso’⁷⁹⁹. Além de constituir prognóstico incerto e a-científico de comportamento criminoso futuro⁸⁰⁰ e indeterminado⁸⁰¹, preconceito oracular⁸⁰² ou exercício de futurologia⁸⁰³, a desresponsabilização penal do sujeito criminoso (pelo discurso da periculosidade) constitui ranço do pensamento criminológico positivista, do qual a ideologia da Nova Defesa Social não conseguiu se desgarrar, negando o livre-arbítrio ao inimputável – um “determinismo inquebrantável”⁸⁰⁴, fruto do discurso ubesco da psiquiatria penal.

O positivismo etiológico negou os postulados garantistas da Escola Clássica, fundamentando a prevenção especial da pena não no fato-crime, mas na periculosidade do autor. Trata-se da hipótese de “ver o crime no criminoso”. O crime é apenas um sintoma de uma personalidade perigosa, contra a qual se deve dirigir uma defesa social⁸⁰⁵. O paradigma etiológico da criminologia, contudo, não foi superado no sentido kuhniano⁸⁰⁶ e encontra-se profundamente engendrado na dogmática penal: “se o delito é uma qualidade ou um *status* natural do indivíduo, uma potência silenciosa (periculosidade) que guarda a sua ativação para transformar-se em um ato cruel, o criminoso está preso ao inevitável processo causal(...)”⁸⁰⁷. O determinismo é inegável: “se há determinação, inexistente autocontrole e voluntariedade da ação. Se ausente a consciência e a vontade, incabível a responsabilização do sujeito pelo dano provocado”⁸⁰⁸. O determinismo positivista ainda presente na dogmática penal desencadeia o processo de essencialização do sujeito – a ênfase no crime totaliza o ser do sujeito e reduz sua complexidade⁸⁰⁹.

Outrossim, a Lei da Reforma Psiquiátrica (Lei nº 10.216/2001) altera o status jurídico do portador de sofrimento psíquico: tem como premissa o respeito à sua

⁷⁹⁹ KARAM, Maria Lúcia. *Punição do enfermo mental...cit.*, p. 217.

⁸⁰⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...cit.*, p. 606.

⁸⁰¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...cit.*, p. 607.

⁸⁰² MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 167.

⁸⁰³ MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria...cit.*, p. 179.

⁸⁰⁴ BRITO E SOUTO, Ronya Soares de. *Medidas de Segurança...*, p. 578.

⁸⁰⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de....*cit.*, p. 26.

⁸⁰⁶ CARVALHO, Salo de. *Criminologia cultural...cit.*, p. 307.

⁸⁰⁷ CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *A punição do sofrimento psíquico no Brasil: reflexões sobre os impactos da reforma psiquiátrica no sistema de responsabilização penal*. In *Revista de Estudos Criminais*, v. 48, janeiro/março 2013, p. 68.

⁸⁰⁸ CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *A punição do sofrimento psíquico no Brasil...cit.*, p. 68.

⁸⁰⁹ YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 143.

autonomia. Trata-se de enfatizar o sujeito e não sua doença, rompendo-se com a lógica hospitalocêntrica e com os processos de coisificação (o sujeito é um simples objeto do tratamento moralizante)⁸¹⁰. É uma nova forma de olhar a loucura diversa da compreensão moderna, que dicotomiza razão e desatino⁸¹¹, liberdade e determinismo - a responsabilização implica o reconhecimento do portador de sofrimento psíquico como sujeito de direitos e obrigações, vocalizando aquilo que foi silenciado: a loucura. Trata-se de abdicar das pretensões moralizantes de tratar e implementar a política da prevenção, manifesta utilização do aparato disciplinar normalizador.

Virgílio de MATTOS, que entende que os dispositivos do código penal relativos à periculosidade foram **revogados** após a edição da Lei da Reforma Psiquiátrica⁸¹², e de Salo de CARVALHO e Mariana WEIGERT, que afirmam a construção de uma responsabilidade *sui generis*⁸¹³. De qualquer forma, a doutrina é unânime em afirmar a inadequação do fundamento periculosista em relação à Lei da Reforma Psiquiátrica.

Em segundo lugar, a doutrina está desmistificando o conceito de doença mental, questionando a própria cientificidade da psiquiatria, como é o caso de SZASZ em *The myth of mental illness*. Para o autor, a psiquiatria retoricamente serve para enaltecer comportamentos socialmente aceitos e desacreditar comportamentos socialmente rejeitados, sob a função declarada de possuir um método ostensivo através da análise médica e cura, quando na realidade utiliza a retórica médica do diagnóstico e tratamento da *doença mental*. Os psiquiatras são retóricos que usam a linguagem para retirar a autoridade das pessoas, não tratando, mas usando os seus poder/saber para produzir sua própria causa, convertendo as pessoas nesta⁸¹⁴. Os efeitos sociais do controle da psiquiatria pela retórica imposição de definições não cura, mas resolve um problema político – a definição de

⁸¹⁰ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 519.

⁸¹¹ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura ...cit.*, p. 47.

⁸¹² MATTOS, Virgílio. *Crime e Psiquiatria...cit.*, p. 152.

⁸¹³ CARVALHO, Salo de; Mariana de Assis Brasil e. *Punição e sofrimento psíquico no Brasil...cit.*, p. 77.

⁸¹⁴ SZASZ, Thomas Stephen. *The myth of mental illness*. New York: Harper Perennial, 1984, p. 12.

símbolos e significações significa a obtenção de poder para impor a realidade sobre o outro⁸¹⁵.

O próprio conceito de doença mental está em crise⁸¹⁶, a loucura esquizofrênica, segundo SZASZ, é um dos símbolos do poder da psiquiatria, por ela mesmo produzido, para silenciar o sujeito e impor seu discurso: “na verdade, a crise da medida de segurança *estacionária* (...) envolve o próprio conceito de *doença mental* que engendrou a Psiquiatria como especialidade científica: existe profundo dissenso na Psiquiatria sobre o *conceito de doença mental*”⁸¹⁷.

Outrossim, a Lei da Reforma suprimiu propositalmente o termo doença mental, não só porque o objetivo do tratamento desinstitucionalizador é o sujeito (e não mais a doença, segundo a lógica coisificante hospitalocêntrica) em seu contexto social “e não uma *doença atomizada* que se apresenta como um fenômeno natural alheio e que preexiste ao próprio sujeito, conforme compreendem as teorias criminológicas e psiquiátricas ortodoxas do positivismo determinista e das neurocriminologias”⁸¹⁸. Trata-se, também, de compreender que o conceito de doença mental é falho e produz efeitos estigmatizadores, que se legitimam por critérios a-científicos, impedindo a alternatividade do tratamento e a lógica desinstitucionalizadora, política implementada pela Lei da Reforma. A mudança da linguagem é essencial: “constitui um passo na desconstrução da lógica manicomial (...), uma nova postura perante estas distintas construções da subjetividade”⁸¹⁹.

O portador de sofrimento psíquico, segundo a Lei nº 10.216/2001, passa ser entendido como sujeito de direitos, capaz e autônomo, responsável por intervir em seu processo terapêutico – “a mudança de enfoque é radical, sobretudo porque na lógica periculosista o ‘louco’ representa apenas um *objeto* de intervenção, de

⁸¹⁵ SZASZ, Thomas Stephen. *The Second Sin*. Garden City, New York: Doubleday Anchor, 1973, p. 24 – 25.

⁸¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...cit.*, p. 616.

⁸¹⁷ SZASZ, Thomas Stephen. *Schizophrenia: The Sacred Symbol of Psychiatry*. New York: Basic Books, 1976.

⁸¹⁸ CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Punição do Sofrimento Psíquico no Brasil...cit.*, p. 79.

⁸¹⁹ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 518.

cura ou de contenção, inexistindo qualquer forma de reconhecimento da capacidade de fala da pessoa internada no manicômio judicial”⁸²⁰.

Em terceiro lugar, a crise das custódias de segurança se dá pela ineficiência das instituições totais em cumprirem o seu programa oficial: transformar condutas ilícitas de inimputáveis em condutas lícitas de imputáveis. Na verdade, o tratamento não ocorre e as funções reais das instituições são reveladas: a natureza jurídica punitiva das medidas de segurança. Trata-se do fenômeno da reversibilidade – em nome de uma aparente proteção dos direitos dos portadores de sofrimento psíquico, cria-se determinadas técnicas que garantem sua própria violação⁸²¹.

A falácia tutelar de desresponsabilização penal da loucura constitui um processo de reversibilidade: “o mesmo processo de desresponsabilização que veda a imposição de penas afasta os limites inerentes à intervenção punitiva”⁸²². O objetivo do tratamento não só impede a fixação de limites máximos⁸²³, como lesiona o princípio da proporcionalidade⁸²⁴ - contrariando a vedação constitucional de perpetuidade das sanções penais⁸²⁵ e legando ao julgador a tarefa de garantir os direitos dos imputáveis, limitadores do poder punitivo, aos inimputáveis⁸²⁶, demonstrando que a sentença absolutória não “representa resposta negativa do Direito ao interesse estatal de punir”⁸²⁷.

Por mais que se tome a posição mais garantista possível, é impossível alegar a isonomia de tratamento entre imputáveis e inimputáveis⁸²⁸ – em nome do “tratamento individual”. Direitos mínimos são obstaculizados, como a exclusão da tipicidade, da ilicitude, da culpabilidade e da punibilidade (prescrição), o direito à

⁸²⁰ CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Punição do sofrimento psíquico no Brasil...cit.*, p. 78.

⁸²¹ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 519.

⁸²² CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 520.

⁸²³ CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Punição do sofrimento psíquico no Brasil...cit.*, p. 59.

⁸²⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...cit.*, p. 618.

⁸²⁵ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 513.

⁸²⁶ BRITO E SOUTO, Ronya Soares de. *Medidas de Segurança...cit.*, p. 589.

⁸²⁷ BRITO E SOUTO, Ronya Soares de. *Medidas de Segurança...cit.*, p. 582.

⁸²⁸ CARVALHO, Amilton Bueno. *Garantismo Penal Aplicado à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 515.

remissão, detração, progressão de regime e ao livramento condicional⁸²⁹, à suspensão condicional do processo, à transação penal, etc.

Mesmo assim, o legislador inseriu subliminarmente a tarifa retributiva de sanção às medidas de segurança no art. 97, §1º, do CP: o prazo mínimo para a verificação de cessação de periculosidade de um a três anos⁸³⁰. Assim, “mesmo ocorrendo a cessação de periculosidade antes deste prazo, fato que tornaria sem sentido a manutenção da medida em sua finalidade terapêutica, o paciente deve necessariamente permanecer submetido ao controle penal”⁸³¹. Igualmente, a previsão do critério genérico de gravidade do crime (tipo de pena cominada) para a determinação do regime de execução das medidas de segurança “impede o devido procedimento de individualização”⁸³², mesmo que o laudo psiquiátrico recomende o tratamento ambulatorial, o juiz pode determinar a medida de segurança estacionária porque o fato previsto como crime é reclusão ou devido ao princípio do livre convencimento.⁸³³

O caráter aflitivo das medidas de segurança é desvelado pela criminologia crítica, evidenciando suas funções reais: “a imposição ilimitada de sofrimento e estigmatização”⁸³⁴. O objetivo terapêutico do manicômio oculta “a finalidade real de preservar a divisão de classes da estrutura social, mediante ameaça permanente de violência contra a força de trabalho”⁸³⁵. Em nome da falácia de proteção dos inimputáveis, infringe os direitos mínimos, protegendo a sociedade⁸³⁶.

Para além do embuste das etiquetas, é necessário tomar como pressuposto das medidas de segurança sua natureza penal. A Lei da Reforma Psiquiátrica prevê uma nova forma de resposta jurídica ao portador de sofrimento psíquico: a desinstitucionalização e a *ultima ratio* do internamento compulsório – a ruptura com a lógica hospitalocêntrica por “processos de moratória na construção de vagas em

⁸²⁹ CARVALHO, Salo. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 520.

⁸³⁰ BRITO E SOUTO, Ronya Soares de. *Medidas de Segurança...cit.*, p. 582.

⁸³¹ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 503.

⁸³² CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 512.

⁸³³ CARVALHO, Salo de. *Novas Reflexões Sobre os Laudos Criminológicos*. Disponível em:

< <http://antiblogdecriminologia.blogspot.com.br/2011/08/novas-reflexoes-sobre-os-laudos.html>>. Acessado em 14.10.2013.

⁸³⁴ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 517.

⁸³⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia Radical*. 3ªed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008,

p. 24.

⁸³⁶ MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria...cit.*, p. 143.

manicômios, de transferência de portadores de sofrimento psíquico para leitos em hospitais gerais (em casos de internação necessária) e de criação de redes alternativas transdisciplinares de atendimento”⁸³⁷.

Finalmente, analisa-se a aplicação da Lei nº 10.216/2001 para a garantia de direitos mínimos os inimputáveis. Afinal, se a inimputabilidade “gera um *status* jurídico privilegiado, é injustificável que não sejam assegurados todos os direitos materiais e todas as garantias processuais que marcam a posição jurídica de réu ou condenado inimputável”⁸³⁸. Não se trata de pretensão advinda do silogismo lógico de interpretar a *vontade do legislador* ordinário, mas sim de concretamente analisar as hipóteses libertadoras de aplicação à Lei da Reforma Psiquiátrica ao instituto das medidas de segurança: “a questão é complexa e demanda sensibilidade. O momento exige atenção para que os anos de luta por um novo modelo de atenção aos portadores de sofrimento mental não se percam em políticas que tendem a recuperar processos de institucionalização manicomial”⁸³⁹.

O objetivo da lei não é acabar com o internamento compulsório, mas sim a desconstrução da internação segundo os moldes asilares como instituto terapêutico (art. 4º, § 3º, da Lei 10.216/2001). Além de enumerar diversos direitos e garantias dos portadores de saúde mental (art. 2º, parágrafo único, I – IX, da Lei nº 10.216/2001), a lei prevê a aplicação sua aplicação de forma indiscriminada, para todos os portadores de sofrimento psíquico (art. 1º, *caput*, da Lei nº 10.216/2001).

A questão colocada pela doutrina crítica não é aplicação da lei, já que isso é tomado como tácito (“não há motivo para excluí-los [portadores de transtorno mental que tenham cometido crime] da aplicação desse diploma, sem promover uma discriminação que não tem o menor suporte na Constituição Federal”⁸⁴⁰), mas o poder revogador que ela possui e a necessidade de reinterpretar os fundamentos e a execução das medidas de segurança.

⁸³⁷ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 518.

⁸³⁸ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 522.

⁸³⁹ DORNELLES, Renata Portella. “O círculo do alienista”: reflexões sobre o controle penal da loucura. 2012. 224 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Departamento de Direito Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2012, p. 140.

⁸⁴⁰ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito penal da loucura e reforma psiquiátrica*. Brasília: ESMUPU, 2008, p. 104.

Renata Portela Dornelles, no mesmo sentido de Paulo Jacobina⁸⁴¹, entende que a Lei da Reforma Psiquiátrica revoga as diretrizes de aplicação das medidas de segurança enumeradas pela Lei de Execução Penal, mesmo sem previsão expressa⁸⁴².

Virgílio de MATTOS entende que a Lei nº 10. 216/2001, ao substituir a noção de tratamento por prevenção, atribui responsabilidade aos inimputáveis, revogando todo os dispositivos relativos à inimputabilidade (entendidos pelo autor, como inconstitucionais) e às medidas de segurança⁸⁴³. Paulo Queiroz entende que o julgador deve, a partir das diretrizes da Lei da Reforma, individualizar a aplicação da pena ao inimputável e, posteriormente, substituí-la por medida de segurança pelo mesmo prazo⁸⁴⁴. Salo de Carvalho e Mariana WEIGERT⁸⁴⁵ optam por instrumentalizar as possibilidades libertadoras que a lei infraconstitucional fornece ao julgador, efetivando os direitos e garantias dos portadores de sofrimento psíquico, realizando-se a dosimetria da pena e convertendo-a em medida de segurança estacionária, se necessário – uma *responsabilidade sui generis* ou *culpabilidade sui generis*⁸⁴⁶.

A aplicabilidade da Lei nº 10.216/2010 às custódias de segurança não se deve somente ao fato de prever a garantia de direitos ao **todos** portadores de sofrimento psíquico, independentemente de discriminação (art. 1º, *caput*, da Lei nº 10.216/2010). Nem ao fato de que a Lei Complementar nº107/2001, que regulamenta o art. 9º da Lei Complementar nº95/1998 (que, por sua vez, regulamente o art. 59, parágrafo único, da CF) e que dispõe que “a cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas”, entrou em vigor em 26 de abril de 2001, não submetendo a Lei nº10.216/2001 às exigências de revogar expressamente os dispositivos da LEP relativos à execução das medidas de segurança, já que a Lei da Reforma Psiquiátrica entrou em vigor em 06 de abril do mesmo ano (sob a vigência das exigências da redação original do art. 9º, que previa a revogação expressa se

⁸⁴¹ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito penal da loucura...cit.*, p. 109.

⁸⁴² DORNELLES, Renata Portela. “O Círculo Alienista”...*cit.*, p. 143.

⁸⁴³ MATTOS, Virgílio de. *Crime e Psiquiatria...cit.*, p. 152.

⁸⁴⁴ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 7ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 458.

⁸⁴⁵ CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana. *Punição e sofrimento psíquico...cit.*, p. 77.

⁸⁴⁶ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 527 – 529.

necessário)⁸⁴⁷. O assunto, na verdade, encontra-se superado pelas novas diretrizes enunciadas: a) pelo arts. 14⁸⁴⁸ e 17⁸⁴⁹ da Resolução nº113/2010 –CNJ⁸⁵⁰; b) pelos arts. 1º, §1º⁸⁵¹, 4º, parágrafo único⁸⁵², e 6º⁸⁵³, todos da Resolução nº4/2010 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP)⁸⁵⁴; e c) finalmente, pela medida 04⁸⁵⁵ do Plano Nacional de Política Penitenciária de 2011⁸⁵⁶.

Mesmo assim, os julgadores insistem em resistir! Isso demonstra que “o receio em se pensar em formas distintas de intervenção penal ou a dificuldade de se

⁸⁴⁷ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito penal da loucura...*, p. 109.

⁸⁴⁸ Art. 14. A sentença penal absolutória que aplicar medida de segurança será executada nos termos da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, da Lei nº 10216, de 06 de abril de 2001, a lei de organização judiciária local e da presente resolução, devendo compor o processo de execução, além da guia de internação ou de tratamento ambulatorial, as peças indicadas no artigo 1º dessa resolução, no que couber.

⁸⁴⁹ Art. 17. O juiz competente para a execução da medida de segurança, sempre que possível buscará implementar políticas antimanicomiais, conforme sistemática da Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001.

⁸⁵⁰ Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12231-resolucao-no-113-de-20-de-abril-de-2010>>. Acessado em 16.10.2013.

⁸⁵¹ Art. 1º. O CNPCCP, como órgão responsável pelo aprimoramento da política criminal, recomenda a adoção da política antimanicomial no que tange à atenção aos pacientes judiciários e à execução da medida de segurança. § 1º — Devem ser observados na execução da medida de segurança os princípios estabelecidos pela Lei 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial de tratamento e cuidado em saúde mental que deve acontecer de modo antimanicomial, em serviços substitutivos em meio aberto

⁸⁵² Art. 4º. Em caso de internação, mediante o laudo médico circunstanciado, deve ela ocorrer na rede de saúde municipal com acompanhamento do programa especializado de atenção ao paciente judiciário.

Parágrafo único — Recomenda-se às autoridades responsáveis que evitem tanto quanto possível a internação em manicômio judiciário.

⁸⁵³ Art. 6º. O Poder Executivo, em parceria com o Poder Judiciário, irá implantar e concluir, no prazo de **10 anos, a substituição do modelo manicomial de cumprimento de medida de segurança para o modelo antimanicomial**, valendo-se do programa específico de atenção ao paciente judiciário. (Destacamos).

⁸⁵⁴ Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/30/Documentos/Legisla%C3%A7%C3%A3o/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CNPCCP%20n%C2%BA%2004_2010.doc>. Acessado em 16.10.2013.

⁸⁵⁵ Implantação da política de saúde mental no sistema prisional. Detalhamento: **A Lei 10.216/01, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, por seu caráter específico e posterior à Lei 7.210/84, Lei de Execução Penal, promove uma releitura nos itens que se referem à medida de segurança**. Esse tema já foi detalhado pela Resolução Nº 4/2010 do CNPCCP e pela Resolução Nº 113/2010, e Portaria 26, de 31 de março de 2011, ambas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). (Destacamos).

⁸⁵⁶ Disponível em < <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={E9614C8C-C25C-4BF3-A238-98576348F0B6}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7BD1903654-F845-4D59-82E8-39C80838708F%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acessado em 16.10.2013.

criarem modelos alternativos para além dos muros do sistema punitivo (...) revelam nível do enraizamento do sistema punitivo nas pessoas⁸⁵⁷.

⁸⁵⁷

CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança...cit.*, p. 532.

CONCLUSÃO

Após retirar as camadas que velam o sistema dualista alternativo, seu suposto garantismo e a aplicabilidade das medidas de segurança, conclui-se pela manifesta incongruência do instituto, ranço do paradigma etiológico e dos estigmas atávicos do indivíduo perigoso, fruto da solução de compromisso do antigo sistema do duplo binário.

A psiquiatria, para justificar-se como intervenção científica na sociedade, como poder saber com status científico da higiene pública, precisou demonstrar que “é capaz de perceber, mesmo onde nenhum outro ainda pode ver, um certo perigo”⁸⁵⁸, legando ao inimputável um “determinismo inquebrantável” – a periculosidade, presunção normativa de reincidência, herança malfadado do positivismo, a agregação de cunho patológico ao crime⁸⁵⁹.

A crise das medidas de segurança não só se deve à inconsistência de seu fundamento periculosista, baseada em juízo oracular de reincidência, mas também por impor os ideais normalizadores do aparato disciplinar correccionalista, negando o livre-arbítrio a autores inimputáveis, em inconstitucional descompasso com as garantias do acusado imputável. O ideal de cura do discurso-poder normalizador impõe estigmas aos sujeitos portadores de sofrimentos psíquicos demonstra a não superação do paradigma etiológico e a presença atual de seus pressupostos, profundamente engendrados na dogmática penal.

A crise do conceito de doença mental, enaltecida pela Lei da Reforma Psiquiátrica. O advento da Lei de Reforma Psiquiátrica permite afirmar a inadequação do fundamento periculosista das medidas de segurança, e uma solução cabível é a responsabilidade *sui generis*, proposta por Salo de CARVALHO e Mariana WEIGERT⁸⁶⁰.

Finalmente, a crise das medidas de segurança é relevada pela ineficácia das instituições totais em cumprir o seu programa oficial correccionalista de cura. A falácia

⁸⁵⁸ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais...cit.*, p. 151.

⁸⁵⁹ BRITO E SOUTO, Ronya Soares de. *Medidas de Segurança...cit.*, p. 578.

⁸⁶⁰ CARVALHO, Salo de; Mariana de Assis Brasil e. *Punição e sofrimento psíquico no Brasil...cit.*, p. 77.

disciplinar é revelada pela incoerência do tratamento, impossibilitando a cura, enaltecendo a função principal do instituto: a proteção social. Para além do embuste das etiquetas, é necessário tomar como pressuposto das medidas de segurança sua natureza penal.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal: em busca da segurança jurídica prometida*. 501 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994.
- _____. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 14, p 24 – 36, 1996.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milano: Mursia, 1973.
- BONGER, Henk. *The Life and Work of Dirck Volkertszoon Coornher*. Tradução Gerrit Voogt. New York: Editions Rodopi B.V., 2004, p. 259. Disponível na internet: <<http://books.google.com.br/books?id=BPKlwXwcfUcC&pg=PA223&lpg=PA223&dq=coornhert+amsterdam+house&source=bl&ots=XXuSywlc7f&sig=nl4m4NTJY5bhww01aq8DZGIIIZ48&hl=pt-BR&sa=X&ei=TalEUuKhL4LS9AS2qICgAg&ved=0CGQQ6AEwAw#v=onepage&q=work&f=false>>
- BRITO E SOUTO, Ronya Soares de. *Medidas de Segurança: Da Criminalização da Doença aos Limites do Poder de Punir*. In CARVALHO, Salo de. (Coord.). *Crítica à Execução Penal*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
- BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- CALON, Eugenio Coello. *Las medidas de seguridad*. Madrid: A.G.E.S.A., 1956.
- CARNOY, Martin. *Estado e Teoria política*. 2ª ed. Campinas: Papyrus, 1988.
- CARVALHO, Amilton Bueno. *Garantismo Penal Aplicado à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CARVALHO, Salo de. *Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial*. In *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 42, p. – 56, 2005.
- _____. CARVALHO, Salo de. *Criminologia na alcova (diálogo com o marquês de Sade)*. In *Boletim IBCCrim*, n. 182, Janeiro de 2008a. Disponível na internet: <http://www.ibccrim.org.br/novo/boletim_editorial/217-182---Janeiro---2008>. Acessado em 26.08.2013
- _____. *Freud criminólogo: a contribuição da psicanálise na crítica aos valores fundacionais das ciências Criminais*. *Revista de Direito e Psicanálise*. Curitiba, v. 1, n.1, p. 107 - 137, julho/dezembro de 2008b.
- _____. *Penas e Garantias*. 3ª.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008c.

_____. *Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.81, p. 294 – 338, novembro/dezembro 2009.

_____. *Novas Reflexões Sobre os Laudos Criminológicos*. Disponível em: <<http://antiblogdecriminologia.blogspot.com.br/2011/08/novas-reflexoes-sobre-os-laudos.html>>.

_____. *Penas e Medidas de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *A punição do sofrimento psíquico no Brasil: reflexões sobre os impactos da reforma psiquiátrica no sistema de responsabilização penal*. In *Revista de Estudos Criminais*, v. 48, janeiro/março 2013.

DORNELLES, Renata Portella. *"O círculo do alienista": reflexões sobre o controle penal da loucura*. 2012. 224 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Departamento de Direito Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio de língua portuguesa*. 3.ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Lemos D'oliveira. Campinas: Russel, 2003.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução Teórica à História do Direito*. Curitiba: Juruá, 2010.

FOUCAULT, Michel. *História da Loucura na Idade Clássica*. Tradução José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 1978.

_____. *Nietzsche, Freud e Marx*. In _____. *Nietzsche Freud e Marx, Theatrum Philosophicum*. Tradução Jorge Lima Barreto. Porto: Anagrama, 1980.

_____. *Os Anormais: Curso no Collège de France (1974 – 1975)*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. 3.ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

_____. *Entrevistas*. Tradução Vera Portocarrero e Gilda Gomes Carreiro. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

_____. *Poder Psiquiátrico: Curso dado no Collège de France (1973 – 1974)*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução Raquel Ramalhete. 38ª.ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

_____. *Nietzsche, a genealogia e a história*. In _____. *Microfísica do poder*. Tradução Roberto Machado. São Paulo: Graal, 2011

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Sistema do duplo binário: vida e morte*. In *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, nº 32, p. 5 – 21, julho - dezembro, 1981.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Os passos de uma criminologia marxista: revisão bibliográfica em homenagem à Juarez Cirino dos Santos*. In ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (org). *Estudos Críticos Sobre o Sistema Penal – Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe Editora, 2012, p. 219 – 240.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito penal da loucura e reforma psiquiátrica*. Brasília: ESMUPU, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. *Punição do enfermo mental e violação da dignidade*. In *Verve*, São Paulo, v. 2., p. 210 – 224, 2002.

LACAN, Jacques. *D'une question préliminaire à tout traitement possible de la psychose*. In *Écrits*. Paris: Éditions du Seuil, 1996.

LOCKE, John. *The Second Treatise of Civil Government*. Londres, 1774, Capítulo III, seção 21. Disponível na internet: <<http://www.personal.kent.edu/~rstanisl/Resources/Locke.pdf>>. Acessado em 07.10.2013.

LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente: in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*. 5ªed. vol. I. Torino, Fratelli Bocca Editori, 1896.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da filosofia da liberação e direito alternativo*. 2ª. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

MACHADO, Roberto. *Por uma genealogia do poder*. In *Microfísica do Poder*. São Paulo: Edições Graal, 1979.

_____. *Ciência e Saber: A Trajetória da Arqueologia de Foucault*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1981.

MARCUSE, Herbert. *Eros e a civilização: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud*. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Círculo do Livro S.A., 1966.

_____. *Cultura e Psicanálise*. Tradução Wolfgang Leo Maar, Robespierre de Oliveira, Isabel Loureiro. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

MARX, Karl. *O capital: Crítica da Economia Política*. Livro I, V. II. Tradução Reginaldo Sant'Anna. 7ª. Ed. São Paulo: DIFEL, 1986.

MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *O cárcere e a fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. 2. ed. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2006.

NOGUEIRA, Ataliba. *Pena sem prisão*. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

PESSOTTI, Isaias. *A loucura e as épocas*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1994.

_____. *O Século dos Manicômios*. São Paulo: Editora 34, 1996.

REALE JÚNIOR *et al.* *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, OTTO. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Tradução Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia Radical*. 3ªed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

_____. *Direito Penal: Parte Geral*. 4ª ed. Florianópolis: ICPC: Conceito Editorial, 2010.

SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *O processo penal como procedimento em contraditório: (re)discussão do locus dos sujeitos processuais penais*. 2011. 136 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Departamento de Direito do Estado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

SZASZ, Thomas Stepahn. *The Second Sin*. Garden City, New York: Doubleday Anchor, 1973.

_____. SZASZ, Thomas Stephen. *Schizophrenia: The Sacred Symbol of Psychiatry*. New York: Basic Books, 1976.

_____. *The myth of mental illness*. New York: Harper Perennial, 1984.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.