

**O MINIMALISMO PENAL
COMO POLÍTICA CRIMINAL
DE CONTENÇÃO DA VIOLÊNCIA PUNITIVA**

Samyra Haydêe Napolini

**DISSERTAÇÃO APRESENTADA NO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COMO REQUISITO À OBTENÇÃO DO TÍTULO DE
MESTRE EM CIÊNCIAS HUMANAS - ESPECIALIDADE DIREITO**

Orientadora: Dra. Vera Regina Pereira de Andrade

**FLORIANÓPOLIS
1995**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação **O Minimalismo Penal como Política Criminal de
Contenção da Violência Punitiva**

elaborada por **SAMYRA HAYDÉE NASPOLINI**

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para
a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

Florianópolis, 13 de setembro de 1995.

BANCA EXAMINADORA:


Prof. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade - Presidente

Prof. Dr. Alessandro Baratta - Membro

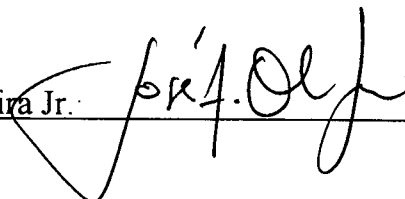

Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer - Membro

Professora Orientadora:

Prof. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade

Coordenador do curso:

Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Jr.



Aos meus pais e irmãos, Fúlvio, Maria, Susana e Samuel, pelo amor sem limites e por acreditarem em mim.

A Veríssima, pela dedicação, ensinamentos e amizade.

A alguém muito especial, pela esperança.

A todos os excluídos pela lógica de um sistema baseado na injustiça social, fim último deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

A toda a minha família, pelo apoio e estímulo incomensuráveis.

A Vera Regina Pereira de Andrade, pelo exemplo de dedicação e trabalho com os quais me orientou e iluminou os meus caminhos.

Aos amigos e companheiros de todas as horas, Luis Bráulio Farias Benitez, Argemiro Cardoso Martins, Cristiano Paixão Araújo Pinto, Luis Henrique Urquhart Cademartori, Vânia Beatriz Rey Paz e Marcelo Arno Nerling.

Aqueles amigos, que mesmo sem a presença física estiveram sempre comigo, os quais saberão se reconhecer neste sincero agradecimento.

Aos colegas do Mestrado, pelo apoio e contribuições na sala de aula e fora dela, principalmente ao Salo de Carvalho e Evandro de Pizza.

Aos professores Christian Guy Caubet e Leonel Severo Rocha, por acompanharem os meus primeiros passos nos caminhos da pesquisa.

Aos professores Antônio Carlos Wolkmer e Alessandro Baratta, por honrarem a minha banca e pelo exemplo de luta por um Direito melhor.

Ao professor Luis Alberto Warat, pelo ensino, preocupação e afeto.

Aos coordenadores e funcionários do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, pela solicitude e simpatia.

Ao Jair Rosa, pela amizade e carinho com os quais sempre me atendeu.

Aos meus alunos, pela troca de saberes e experiência, associada ao carinho que sempre me propiciaram.

Ao CNPq, pela concessão da bolsa de estudos para realização do mestrado.

A todo o povo brasileiro, que indiretamente financiou os meus estudos.

A Deus, onipresente, sem o qual nada faria sentido.

RESUMO

O objeto desta dissertação consiste no "Minimalismo" penal como Política Criminal de contenção da violência punitiva do sistema penal moderno nas sociedades capitalistas.

Partindo da noção de deslegitimação do sistema penal, pela seletividade e violência com que se manifesta o seu exercício de poder, o "Minimalismo" penal surge como uma resposta a curto e médio prazo de limitação e contração do sistema, a fim de propiciar um espaço para que a própria sociedade desenvolva formas mais democráticas e efetivas para a resolução dos seus conflitos e problemas.

Tal Política Criminal, com a recuperação das garantias liberais do Estado de Direito e com a proteção aos Direitos Humanos visa servir de transição para uma futura abolição do sistema penal.

O objetivo geral é o estudo do Minimalismo nas propostas de Política Criminal de ALESSANDRO BARATTA e EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, com o intento de demonstrar que esta tendência se apresenta apta a responder à deslegitimação do sistema penal através da sua contração.

A dissertação encontra-se configurada em três capítulos aos quais se sucedem as considerações finais. Trata-se de um estudo descritivo baseado na pesquisa bibliográfica e documental, sendo que sua teoria de base é a Criminologia Crítica.

O primeiro capítulo versa sobre a deslegitimação do sistema penal, demonstrando a seletividade e a violência do seu exercício de poder e o fracasso da pena de prisão quanto à ressocialização do condenado.

O segundo capítulo trata da proposta de Política Criminal de ALESSANDRO BARATTA em sua estratégia de Direito Penal Mínimo, enquanto que o terceiro capítulo se ocupa do Realismo Marginal Criminológico na sua dimensão político-criminal minimalista de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI.

As considerações finais consistem no paralelo entre a principiologia de Direito Penal Mínimo dos dois autores e na constatação da necessidade de implementação desses princípios para conter a violência do sistema penal.

RESUMEN

El objeto desta disertación consiste en el "Minimalismo" penal como Política Criminal de contención de la violencia punitiva del sistema penal moderno en las sociedades capitalistas.

Partiendo de la noción de la deslegitimación del sistema penal por la selectividad y violencia con la qual se manifiesta su ejercicio de poder, el Minimalismo penal se presenta como una respuesta a corto y médio plazo de limitación y contracción del sistema con la finalidad de propiciar un espacio para que la propia sociedad desenvuelva formas más democráticas y efectivas para la resolución de sus conflictos y problemas.

El objetivo general es el estudio del Minimalismo en las propuestas de Política Criminal de ALESSANDRO BARATTA y EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, con el fin de demostrar que esta tendencia se presenta apta para responder a la deslegitimación del sistema penal através del freno a la violencia punitiva.

La disertación se encuentra configurada en tres capítulos a los cuales se suceden las consideraciones finales. Se trata de un estudio descriptivo basado en la investigación bibliográfica y documental, siendo que su teoría de base es la Criminología Crítica.

El primer capítulo trata de la deslegitimación del sistema penal demostrando la selectividad y la violencia de su ejercicio de poder y el fracaso de la pena de prisión en lo que se refiere a la resocialización del condenado.

El segundo capítulo trata de la propuesta de Política Criminal de ALESSANDRO BARATTA en su estrategia de Derecho Penal Mínimo, mientras que el tercer capítulo se ocupa del Realismo Marginal Criminológico en su dimensión político-criminal minimalista de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI.

Sus consideraciones finales consisten en la comparación entre la principiología de derecho penal mínimo de ambos y en la constatación de la necesidad de implementación de estos principios para frenar la violencia del sistema penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
CAPÍTULO I: A DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL.....	11
I.1. Introdução.....	11
I.2. A Mudança de Paradigma em Criminologia e o Surgimento da Criminologia Crítica.....	12
I.3. Os Resultados da Crítica ao Sistema Penal.....	26
CAPÍTULO II: A POLÍTICA CRIMINAL ALTERNATIVA E OS PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL MÍNIMO DE ALESSANDRO BARATTA.....	39
II.1. Introdução.....	39
II.2. A Política Criminal Alternativa.....	40
II.3. Os Princípios de Direito Penal Mínimo.....	49
CAPÍTULO III: O REALISMO MARGINAL CRIMINOLÓGICO E O MINIMALISMO PENAL DE EUGENIO RAÚL ZAFFARONI.....	79
III.1. Introdução.....	79
III.2. O Realismo Marginal Criminológico.....	81
III.3. O Minimalismo Penal.....	93
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	107
BIBLIOGRAFIA.....	115

INTRODUÇÃO

1) Objeto

A presente dissertação tem por objeto o "Minimalismo" penal como Política Criminal de contenção da violência punitiva do sistema penal.

A denominação "Minimalismo", não indica, porém, uma homogeneidade de posições político-criminais, fazendo-se necessários alguns esclarecimentos quanto ao termo para acercarmos melhor o nosso objeto.

Primeiramente, a expressão "Minimalismo" penal tem sido utilizada para designar a corrente de autores que defendem um Direito Penal Mínimo. Como todo agrupamento em correntes acaba simplificando demasiadamente o conjunto de teorias que as compõem, é importante esclarecer que dentro do "Minimalismo" penal podemos encontrar posições e matizes diferentes.

Ao mesmo tempo que o "Minimalismo" engloba as posições garantidoras desde uma perspectiva filosófica defendida por FERRAJOLI na Itália, o Direito Penal Mínimo desde uma perspectiva jurídica postulado por NAUCKE na Alemanha, significa também, sob o marco teórico da Criminologia Crítica, a Política Criminal de Direito Penal Mínimo de BARATTA e, mais recentemente, a de ZAFFARONI na Argentina (BARATTA, 1990, p. 140).

Trataremos aqui das Políticas Criminais minimalistas de BARATTA e ZAFFARONI, que partem da idéia de um sistema penal deslegitimado e estruturalmente impossibilitado de cumprir as funções úteis que legitimam a sua existência. Consiste, portanto, em uma posição minimalista que postula a longo prazo a abolição do sistema penal, mas que admite que esta abolição deva passar necessariamente, a curto e a médio prazos, de um lado, por uma profunda transformação do sistema penal, através de processos de descriminalização e de redução da pena, e de outro lado, pela reformulação do Direito Penal, utilizando-se do mesmo como um instrumento contra a violência do próprio sistema penal. (BARATTA, 1990, p. 143) (ZAFFARONI, 1991b, p. 94 e 106).

Os Princípios de Direito Penal Mínimo enunciados por ambos autores, revelam-se, portanto, como estratégias de contração do sistema penal, visando com isto a contenção da violência na qual se manifesta o seu exercício de poder.

Para tanto, recuperam algumas garantias liberais do Direito Penal e utilizam-se dos Direitos Humanos¹ como base fundamental de suas propostas, no sentido de adequar a atuação do sistema penal para que esta, além de não os violar, encontre neles o seu limite.

2) Formulação do problema e justificativa

Desde que o sistema penal passou a ser objeto de estudo da Criminologia, este se revelou como um exercício de poder deslegitimado.

¹ Os Direitos Humanos, na perspectiva de BARATTA, são considerados como um conceito histórico-social no qual se podem incluir os Direitos Sociais, os interesses difusos e coletivos, e outros (BARATTA, 1987a, p. 623). Já na proposta de ZAFFARONI, são referidos como aqueles declarados na *Convenção Americana*, considerados apenas como direitos individuais. (ZAFFARONI, 1984, p. 26).

A deslegitimação do sistema penal deve-se principalmente ao fato de não se encontrar o mesmo estruturalmente apto a cumprir as funções declaradas em seu discurso oficial, funções essas que pretendem justificar a sua existência e perpetuação.

Várias pesquisas sociológicas, historiográficas e oriundas da Criminologia Crítica revelaram que o sistema penal não consegue nem conter a criminalidade e nem ressocializar o criminoso através da prisão (instituição central dos sistemas penais capitalistas). Por outro lado, apresenta um alto grau de seletividade, tanto na seleção dos bens a serem tutelados pela lei penal, quanto no recrutamento da sua clientela. Outro fator concorrente para a deslegitimação do sistema penal é a sua violência operacional, que na realidade faz com que este crie mais problemas do que aqueles que visa combater.

Apesar deste fato, assistimos no momento atual, principalmente após a guerra do Vietnã, ao surgimento, em vários cantos do planeta, mais precisamente nos Estados Unidos e na Europa com extensão para toda a América Latina, dos chamados Movimentos de Lei e Ordem. Tais movimentos difundem, através de uma vasta propaganda ideológica, uma situação de pânico e insegurança em toda a população. Utilizando-se de argumentos como o aumento da criminalidade, principalmente do terrorismo, narcotráfico e crimes hediondos, apresentam como remédio milagroso para a resolução destes problemas, por um lado o aumento da repressão, baseada no antigo regime punitivo-retributivo (ARAÚJO JR.: 1992, 158), e por outro o fortalecimento da prevenção especial negativa, baseada na neutralização do criminoso através de prisões de segurança máxima, perpétuas e da pena de morte (ANDRADE, 1994a, p. 450).

Os resultados do crescimento deste movimento têm sido a inflação de leis altamente repressivas, que violam várias garantias constitucionais, penais e processuais penais, geradas sem o mínimo de pesquisa criminológica e sociológica, o

aumento das penas de prisão e o clamor da população para a instituição da pena de morte.

Todo esse quadro, desalentador para os que possuem a convicção de que o sistema penal é estruturalmente incapaz de resolver tais problemas, impõe aos penalistas e aos criminólogos críticos a necessidade de construção de uma resposta político-criminal voltada para a desmitificação do sistema penal, para a contenção da sua violência e para a busca de novas formas de resolução dos conflitos.

A escolha dos Princípios de Direito Penal Mínimo de ALESSANDRO BARATTA deve-se ao fato de que, além deste ser um dos fundadores da Criminologia Crítica, tanto na Europa quanto na América Latina, é também o principal formulador de suas teorias e Política Criminal. Os princípios de Direito Penal Mínimo, enunciados por BARATTA, constituem-se em um sistema global e completo de pautas, ao contrário de outras propostas minimalistas que só cobrem alguns aspectos particulares do problema penal (CERVINI, 1993, p. 89).

Por outro lado, o Realismo Marginal Criminológico de ZAFFARONI, na sua dimensão político-criminal minimalista, também foi escolhido como objeto de nosso estudo porque, além de reconhecer sua fonte na proposta de Direito Penal Mínimo, possui particularidades que lhe conferem clara autonomia, principalmente no que tange aos Direitos Humanos (CERVINI, 1993, p. 89) e aos problemas específicos dos sistemas penais latino-americanos.

É importante salientar que estas propostas não se esgotam com os seus princípios para um Direito Penal Mínimo. Ambos os autores possuem uma vasta produção teórica referente à reconstrução da Dogmática Jurídico-Penal sobre novas bases, com vistas à transformação do sistema penal. Porém, devido ao fato destes projetos ainda se encontrarem em andamento, e o seu estudo requerer uma outra dissertação, nosso trabalho gravitará em torno das Políticas Criminais, mais

precisamente em torno da principiologia de cada modelo, abordando, quando se fizer necessário, ainda que de forma superficial, a dimensão Dogmática.

A obra dos autores estudados não se constitui em um todo monolítico, tendo passado por várias fases de produção teórica e política. Porém, em suas dimensões político-criminais, privilegiamos os últimos textos, ressaltando, ainda, que ambas as produções continuam em curso.

Por fim, nossa escolha deve-se ao fato de corroborarmos os resultados da Criminologia Crítica quanto à deslegitimação do sistema penal, e subscrevermos a proposta da abolição deste sistema a longo prazo, precedida da sua contração a curto e a médio prazos.

3) Definição, natureza e abrangência espaço-temporal do estudo

O estudo desenvolvido através desta dissertação possui uma natureza descritiva dos modelos minimalistas propostos pelos autores.

Trataremos, portanto, de dissertar sobre as tendências político-criminais de BARATTA e ZAFFARONI que, apesar de possuírem o "minimalismo penal" como tronco comum, apresentam especificidades que as distinguem.

Conforme esclarecemos no item reservado ao objeto de estudo, centraremos o foco de análise nas dimensões político-criminais contemporâneas dos autores, estando elas direcionadas aos países capitalistas, tanto aos de capitalismo central quanto periférico.

4) Objetivo e hipótese geral

Sendo o nosso objetivo geral o estudo do "minimalismo penal", acercar-nos-emos de vários objetivos específicos para alcançá-lo. Primeiramente demonstraremos como surgiu a Criminologia Crítica, a partir da mudança de paradigma operada pelo *labelling approach* em relação ao paradigma etiológico em que se baseava a Criminologia tradicional positivista e a transformação do sistema penal em seu objeto de estudo.

Em seguida, e com base nos estudos da Criminologia Crítica sobre o funcionamento do sistema penal, apontaremos a sua deslegitimação em face do fracasso quanto ao cumprimento de suas funções declaradas e o altíssimo grau de seletividade, arbitrariedade e violência com que manifesta o seu exercício de poder.

Por fim, pretendemos desenvolver uma pesquisa sobre a Política Criminal Alternativa de ALESSANDRO BARATTA e sobre o Realismo Marginal Criminológico de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, com fulcro nos princípios de Direito Penal Mínimo enunciados por ambos os autores.

Nesse sentido, pretendemos demonstrar, nesta dissertação, que o "minimalismo penal" em suas já mencionadas vertentes apresenta-se como uma tendência político-criminal apta a responder à deslegitimação do sistema penal, através de um amplo processo de descriminalização, despenalização e desjudicização, baseado no rigoroso respeito aos Direitos Humanos e às garantias jurídicas do Estado de Direito, com o objetivo final de substituir o atual sistema penal por formas mais democráticas e efetivas de resolução dos conflitos.

5) Estrutura e desenvolvimento da dissertação

A dissertação está configurada em três capítulos, aos quais se sucedem as considerações finais.

No primeiro capítulo apontaremos o modelo integrado de Ciência Penal, que procura legitimar o sistema penal moderno, bem como a trajetória da mudança de paradigma em Criminologia - uma das Ciências que compõem este modelo - que, a partir do paradigma da reação social, possibilitou o surgimento da Criminologia Crítica.

Com base nas pesquisas da Criminologia Crítica associadas às pesquisas sociológicas e historiográficas sobre as funções declaradas e as realmente cumpridas pelo sistema penal, demonstraremos a seletividade e a violência com que o poder punitivo manifesta o seu exercício, o fracasso da pena de prisão quanto à ressocialização do delinqüente e, por extensão, a deslegitimação do sistema penal por resultar evidente o não cumprimento das funções que justificam a sua existência.

A seletividade do sistema penal e o fracasso da prisão como instituição ressocializadora serão ilustrados com exemplos encontrados em nosso próprio país, através das estatísticas demonstradas na conclusão do censo penitenciário brasileiro efetuado pelo Ministério da Justiça em 1994.

No segundo capítulo, realizaremos o estudo sobre a Política Criminal Alternativa de ALESSANDRO BARATTA e a sua principiologia de Direito Penal Mínimo. Nessa ocasião, reconstituiremos a elaboração da Política Criminal Alternativa, dimensão político-criminal da Criminologia Crítica, a qual se configura como a base da proposta minimalista do autor.

Em seguida passaremos à exposição dos princípios de Direito Penal Mínimo como estratégia político-criminal a curto e a médio prazos, para a contenção da violência punitiva do sistema penal. Tal estratégia apresenta-se como "*requisitos*

mínimos de respeito aos Direitos Humanos na lei penal."(BARATTA, 1987a, p. 23).

No terceiro capítulo desenvolveremos o estudo do Realismo Marginal Criminológico de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, que entende imperiosa a necessidade de elaborar um saber específico para a análise dos sistemas penais latino-americanos. Considera que estes, além de apresentarem as características estruturais inerentes aos sistemas penais capitalistas, possuem uma forma específica de operacionalidade muito mais violenta e seletiva do que os sistemas penais dos países centrais. Tais particularidades são atribuídas pelo autor, entre outros fatores, ao fato de nossa dependência em relação àqueles países.

Após uma exposição sobre o Realismo Marginal Criminológico, passaremos ao estudo da sua dimensão político-criminal, que são os Princípios limitadores da violência punitiva, ou seja, a proposta minimalista de ZAFFARONI. Tal proposta passa por uma reconstrução das garantias liberais utilizando-se do "*direito humanitário como fio condutor.*" (ZAFFARONI, 1991, p. 06).

Nas considerações finais realizaremos, num primeiro momento, o resumo dos temas tratados nos capítulos e, num segundo momento, um comparativo entre a proposta de Política Criminal minimalista de BARATTA e ZAFFARONI.

6) Método e teoria de base

Por se tratar de um estudo descritivo, a presente dissertação foi desenvolvida com base na pesquisa bibliográfica, apesar de nos utilizarmos em alguns momentos da pesquisa documental.

Sua teoria de base constitui-se na Criminologia Crítica. Conforme esclarece ANDRADE (1994a, p. 300-303), a Criminologia Crítica surgiu entre finais dos anos

sessenta e meados dos anos setenta nos países de capitalismo avançado, consolidando-se a partir do paradigma da reação social e das teorias do conflito. Utilizando-se e desenvolvendo as pesquisas de sua matriz, os criminólogos críticos ***"aderem a uma interpretação materialista - e alguns marxista, certamente não ortodoxa - dos processos de criminalização nos países do capitalismo avançado."***

Na perspectiva da Criminologia Crítica, o sistema penal é definido não somente como um conjunto de órgãos encarregados da elaboração, aplicação e execução da lei penal, mas também como o conjunto de vários fatores que concorrem para o exercício do poder punitivo do Estado.

Assim:

"...o sistema penal não é unicamente um complexo estático de normas, mas também um complexo dinâmico de funções (processo de criminalização) para o qual concorre a atividade das diversas instâncias oficiais, desde o legislador até os órgãos de execução penal e os mecanismos informais da reação social." (BARATTA, 1982a, p. 41).

7) Esclarecimentos adicionais

A opção por um trabalho descritivo deveu-se à necessidade da autora aprofundar os conhecimentos teóricos sobre o tema tratado, a fim de possibilitar um futuro estudo de possibilidades de mudanças para o sistema penal brasileiro. Por esse motivo, ou seja, por se tratar de um empreendimento intelectual que se encontra nos seus primórdios, admitimos as incompletudes e falhas que, além de atinentes à condição humana, também podem ser atribuídas ao seu caráter exploratório.

As citações em idioma estrangeiro foram traduzidas para o idioma nacional sob nossa responsabilidade, na intenção de proporcionar ao leitor uma maior linearidade, preservando-se, porém, as fontes que se seguem a cada citação.

Os grifos contidos nas citações são dos próprios autores, encontrando-se as mesmas também grifadas no original.

Por fim, na bibliografia encontram-se elencadas, além das obras citadas nos textos e as diretamente consultadas, outras que concorreram para a elaboração da presente dissertação, ainda que de forma indireta.

CAPÍTULO I

DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL

I.1. Introdução

Neste capítulo demonstraremos o modelo integrado de Ciência Penal que procura legitimar o sistema penal moderno, a trajetória da mudança de paradigma da Criminologia, uma das Ciências que compõem este modelo, e o surgimento da Criminologia Crítica - nosso marco teórico - a partir do paradigma da reação social.

Baseados nas pesquisas da Criminologia Crítica associadas às pesquisas sociológicas e historiográficas sobre as funções declaradas e as realmente cumpridas pelo sistema penal, demonstraremos a seletividade e a violência com que o poder punitivo manifesta o seu exercício, o fracasso da pena privativa de liberdade na ressocialização do delinqüente e, conseqüentemente, a deslegitimação do sistema penal por resultar evidente, em face destas pesquisas, o não cumprimento pelo mesmo das funções que buscam justificar a sua existência.

A seletividade do sistema penal e o fracasso da prisão como instituição de ressocialização serão ilustrados com exemplos encontrados em nosso país, através de estatísticas levantadas pelo censo penitenciário brasileiro efetuado pelo Ministério da Justiça em 1994.

I.2. A mudança de paradigma em Criminologia e o surgimento da Criminologia Crítica

Para o estudo do sistema penal moderno, necessário faz-se observar a inserção deste na matriz histórica que o condiciona: o Estado Moderno.

O Estado Moderno e o seu característico "monopólio da violência física"¹, legitima-se pela legalidade, fazendo com que o seu poder de castigar também encontre na legalidade a sua legitimação:

"A intervenção do direito representa, na história do poder de castigar uma transformação qualitativa muito importante. A mesma concerne na idéia de legitimação do poder e corresponde-se com um fenômeno mais geral no desenvolvimento do Estado Liberal moderno: o nascimento de uma nova forma de legitimação do poder, isto é, a legitimação através da legalidade." (BARATTA, 1986, p. 79).

Além de legitimar-se através da legalidade, o exercício do poder punitivo por parte do Estado moderno também necessita justificar os meios dos quais se utiliza para a realização do controle social.

Assim:

"No Estado moderno ocidental o poder de punir e o sistema penal em que se institucionaliza é marcado por uma dupla via legitimadora. Por um lado, por uma justificação pela legalidade que se conecta com o seu enquadramento na programação normativa;

¹ Para Weber, o Estado só pode ser definido sociologicamente com referência ao seu meio específico, a coação física, e não através de seus fins, que podem ser os mais diversos. Portanto, para ele o Estado Moderno "é a comunidade humana que, dentro de um determinado território (o território é elemento definidor) reclama (com êxito) para si o monopólio da violência física legítima. É específico do nosso tempo que a todas as outras associações e indivíduos só é concedido o direito à violência física na medida em que o Estado permite. O Estado é a única fonte de 'direito' à violência." (WEBER, 1979, p. 09).

por outro lado, por uma justificação e legitimação utilitarista que se conecta com a definição dos fins (funções declaradas) perseguidos pela pena.
(ANDRADE, 1994a, p. 286).

Dessa forma, encontramos como pilares de legitimação do poder de punir do Estado vários saberes, dos quais, para o nosso estudo, três deles se revelam os mais importantes: a Dogmática Penal, a Criminologia e a Política Criminal.(ANDRADE, 1994a, p. 294).

À Dogmática Penal coube o papel de mediação entre a programação legislativa e as decisões judiciais, no sentido de operacionalizar a aplicação da lei abstrata ao caso concreto, para que esta seja realizada dentro da legalidade, legitimando o poder punitivo com a promessa da segurança jurídica.²

A função da Política Criminal neste modelo seria então:

"...elaborar o conjunto sistemático de princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena segundo os quais o estado deve conduzir a luta contra o crime através da pena e das instituições conexas." (ANDRADE, 1994a, p. 176).

A Criminologia cumpre, por sua vez, um papel fundamental na justificação e legitimação utilitária do sistema penal, a qual, desde a última década do século passado, até os anos sessenta deste século, baseou-se fundamentalmente no paradigma etiológico, que definia seu objeto como sendo a criminalidade, enquanto um fenômeno natural e o seu objetivo, a busca das causas e dos fatores desta criminalidade, a fim de fornecer subsídios para o seu combate.

Tal Criminologia, denominada positivista, cumpria a função de ciência auxiliar da Dogmática Penal, munindo-a de conhecimentos antropológicos,

² A respeito ver: ANDRADE (1994a e 1994b, p. 121-136).

psicológicos e sociológicos para desempenhar o seu papel de racionalizadora das decisões judiciais.

Como uma Ciência explicativa, que se utiliza do método de investigação empírico, desenvolvia as suas teorias sobre a criminalidade através de pesquisas realizadas com indivíduos nas prisões ou nos manicômios judiciais. Dessa forma, as conclusões nas quais a Criminologia sempre embasou suas teorias foram fruto de investigações realizadas com indivíduos que já haviam sido capturados pelas engrenagens do sistema penal. Além de uma expressa aceitação das definições legais de crime como determinantes de seu objeto, tal atitude revela também a função legitimante do sistema penal desempenhada pela Criminologia, que em conjunto com a Dogmática Penal compõe o "modelo integrado de Ciência Penal".³

O modelo integrado de Ciência Penal, que se inicia na Alemanha e na Itália, transnacionalizou-se para muitos países da Europa ocidental, África, Estados Unidos e América Latina. (DEL OLMO, 1984, p. 105).

Tal modelo científico, baseado na integração entre Dogmática Penal e disciplinas antropológicas e sociológicas que constituem a Criminologia positivista, tem seu êxito explicado pelo fato de convergirem estas disciplinas na legitimação do sistema penal, e pelo fato da Criminologia positivista se comprometer com a ideologia dominante na ciência do Direito Penal: a "ideologia da defesa social". (BARATTA, 1982a, p. 30).

A ideologia da defesa social nasceu com a Escola Liberal Clássica⁴, contemporaneamente á revolução burguesa e *"enquanto a ciência e a codificação*

³ A respeito do modelo integrado de Ciência Penal ver: ANDRADE (1994a), BARATTA (1982a, p. 28-63), ZAFFARONI (1989) e BACIGALUPO (1982, p. 52-70).

⁴ O termo Escola Liberal Clássica é utilizado para designar toda uma construção teórica a respeito da teoria do crime e do Direito Penal, desenvolvida durante o século XVIII e início do século XIX em vários países da Europa. Suas concepções baseiam-se no liberalismo e no contrato social. É representada principalmente pelas obras de Jeremy Bentham na Inglaterra, de Anselm von Feuerbach na Alemanha, de Cesare Beccaria e da Escola Clássica de Direito Penal na Itália. A respeito ver: BARATTA (1991a, p. 21-25), ANDRADE (1994, p. 105-130) e DIAS & ANDRADE (1994, p. 06-10).

penal impunham-se como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal." (BARATTA, 1991a, p. 36).

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Intervencionista, a Escola Positiva⁵ passou a fornecer o aporte teórico para a justificação do sistema penal, utilizando-se da mesma ideologia, porém, adaptando-a às suas premissas. Entretanto, como salienta BARATTA (1982a, p. 30), a ideologia da defesa social não se constitui numa ideologia exclusiva dos juristas, mas é também compartilhada pelo "senso comum", principalmente com relação à criminalidade e à pena.

Os princípios que norteiam tal ideologia são os seguintes⁶:

a) Princípio de legitimidade: O Estado recebe da sociedade a legitimidade para reprimir a criminalidade através de suas instituições. Estas representam o interesse da sociedade na reprovação e condenação de determinados indivíduos que, através de sua conduta delitativa, violaram os valores e as normas sociais.

b) Princípio do bem e do mal: O delito é um mal que contrasta com a sociedade que é o bem, portanto o delinquente é um elemento negativo no sistema social.

c) Princípio de culpabilidade: Por contrariar os valores e as normas existentes na sociedade, o delito configura-se numa conduta reprovável.

⁵ A Escola Positiva surge na Itália com Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, tornando-se a referência do pensamento penal ao final do século XIX e início do século XX. A respeito ver a literatura citada na nota 4.

⁶ A respeito dos princípios da ideologia de defesa social ver: BARATTA (1991a, p. 36 e 1982a, p. 30).

d) Princípio do fim ou da prevenção: A pena não possui somente a finalidade postulada pelas suas teorias absolutas, ou seja a retribuição, mas também busca, enquanto sanção abstrata cominada pela lei, a contramotivação ao comportamento criminoso (prevenção geral). Por outro lado, a sua aplicação concreta visa a ressocialização do delinqüente (prevenção especial). As teorias de prevenção geral e especial constituem as teorias utilitárias da pena.

e) Princípio do interesse social e do delito natural: Os tipos penais servem para tutelar os bens jurídicos os quais toda a sociedade possui interesse comum em preservar; portanto, a ofensa a esse bens jurídicos significa ofensa a interesses fundamentais de todos os cidadãos.

f) Princípio de igualdade: A lei penal é igual para todos e aplica-se a todos os infratores de suas normas, sem nenhuma distinção. O grau da repressão penal é equivalente ao dano causado ao bem jurídico; quanto maior o dano e quanto maior a importância do bem, maior a sanção.

A partir dos anos trinta, começa a ocorrer a separação entre a Dogmática Penal e a Criminologia. Esta separação é atribuída por BARATTA (1982a, p. 41) principalmente às pesquisas em Sociologia Criminal desenvolvidas nos Estados Unidos. Tais teorias contribuíram significativamente para o questionamento da "ideologia da defesa social".

As teorias sobre a criminalidade desenvolvidas na América do Norte levaram à superação, por parte de uma das vertentes da Criminologia contemporânea, desta ideologia, a qual embasava o modelo integrado de Ciência Penal composta pela Dogmática Penal, pela Criminologia e pela Política Criminal.

Porém, segundo PABLOS DE MOLINA:

"...esta mudança essencial das concepções criminológicas, precedida naturalmente de uma correlativa 'relativização' no mundo dos valores, é fruto de um lento processo e de aportações científicas de diversas origens e procedência; aportações que, devidamente coordenadas, foram desmoronando, pouco a pouco, os pilares sobre os quais se cimentava o majestoso edifício da Criminologia tradicional."(1984, p. 89).

O conjunto destas aportações é denominado por COHEN (1988, p. 56) de "impulso desestruturador".

Conforme salienta ANDRADE (1994a, p. 295), o "impulso desestruturador" do sistema penal e seus paradigmas de sustentação, ou seja, do modelo integrado de ciência penal, deve ser abordado em duas dimensões: a primeira é a dimensão propriamente desconstrutora, formada pela crítica historiográfica, sociológica e criminológica do moderno sistema penal; a segunda dimensão é a das Políticas Criminais alternativas e os seus subseqüentes movimentos de reforma, que só foram possíveis, a partir da desconstrução realizada pela primeira dimensão.⁷

No âmbito da primeira dimensão desconstrutora do sistema penal e seu paradigma legitimante, encontram-se as teorias criminológicas estadunidenses com algumas contribuições europeias que, segundo BARATTA, apesar de se tratarem de teorias liberais sobre o desvio, não só lançaram as bases para a mudança de paradigma da Criminologia contemporânea, como também colocaram em xeque os princípios fundamentais da "ideologia da defesa social"⁸.

⁷ Ver também: CAPELLER (1992, p. 63-79).

⁸ Ainda nesta primeira dimensão desconstrutora, podemos destacar como precursoras, segundo COHEN e ANDRADE, as obras de crítica à prisão tais como: a) a obra de DAVID J. ROTHMAN ("The Discovery of the Asylum: Social Order and Disorder in the New Republic"- 1971); a obra de MICHEL FOUCAULT "*Surveiller et Punir*" de 1975 (em português: "Vigiar e Punir"); c) a obra de DARIO MELOSSI E MASSIMO PAVARINI "*Carcere e Fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*" de 1977 (em espanhol "Carcel y Fábrica: los orígenes del sistema penitenciário"); e ainda como lembra ANDRADE, a obra dos estudiosos da

Dentre estas teorias, destacam-se: as teorias funcionalistas ou da anomia, as teorias da subcultura criminal, as teorias psicanalíticas da criminalidade, as teorias sobre as técnicas de neutralização, as teorias da reação social e a Sociologia do conflito.⁹

As teorias funcionalistas ou da anomia, cujos principais expoentes são DURKHEIM, MERTON, CLOWARD e OHLIN, postulam a normalidade e a funcionalidade do delito. Defendem que as causas da criminalidade não devem ser buscadas nem na patologia individual e nem na social, pois o crime é um comportamento normal e inerente à própria estrutura social. Além de normal, o crime cumpre importantes funções de estabilização e inovação do sistema social.

As teorias das subculturas criminais, cujos autores mais representativos são COHEN, SUTHERLAND e WHYTE, defendem que em uma sociedade pluralista e complexa como a nossa não existem somente alguns padrões de conduta que são os normatizados, mas sim uma multiplicidade de outros valores que o indivíduo interioriza através do mesmo processo de socialização com que interioriza e assume os valores majoritários. O desvio não seria, portanto, o reflexo de uma "desorganização" ou "ausência de valores", mas a expressão de outros sistemas de valores e normas que não são os oficiais: os "subculturais".

As teorias psicanalíticas da criminalidade, desenvolvidas por FREUD, THEODOR REIK, ALEXANDER, STAUB, entre outros, sustentam que a reação punitiva em uma sociedade cumpre a real função de satisfazer certas necessidades sociais, no sentido de que os membros desta mesma sociedade se utilizam do

Escola de Frankfurt, GEORG RUSCHE e OTTO KIRCHEIMER "*Punishment and Social Structure*"(em espanhol: "Pena y Estructura Social"), publicada em 1939.

⁹ A respeito ver: BARATTA (1991a, p. 44-135), DIAS & ANDRADE (1994, p. 235 e ss.) e PABLOS DE MOLINA (1984, p. 90 e ss.) (1992, p. 206 e ss.).

desviado como bode expiatório e sobre ele descarregam sua agressividade e frustração.

As teorias das técnicas de neutralização de SYKES e MATZA surgem como contraponto às teorias das subculturas criminais. Para os seus autores, o desviante interioriza os valores da cultura dominante; neutraliza-os, porém, através de racionalizações que tornam ineficaz o controle social que as normas pretendem atingir.

Entretanto, o passo decisivo para a mudança de paradigma que experimenta a Criminologia contemporânea, foi dado pelo *labelling approach* (também designado teoria do etiquetamento e da reação social). As investigações realizadas dentro deste marco teórico colocam em xeque o princípio da igualdade, que é central na ideologia tradicional do Direito Penal, e revelam que as qualidades de desviado e de criminoso são atribuídas apenas a determinados sujeitos, através de mecanismos de definição e de seleção existentes em todas as instâncias de controle social.

Com efeito:

***"Relativizando e problematizando a definição da criminalidade do paradigma etiológico o labelling desloca, portanto, o interesse cognoscitivo e a investigação das 'causas' do crime e, pois, da pessoa do autor (delinqüente) e seu meio e mesmo do fato-crime, para a reação social da conduta desviada, em especial para o sistema penal, como conjunto articulado de processos de definição (criminalização primária) e de seleção (criminalização secundária) e para o impacto que produz o etiquetamento na identidade do desviante."*(ANDRADE, 1994a, p. 328).**

Também denominado teoria da rotulação, teoria do etiquetamento, ou ainda teoria da reação social, termos dos quais nos utilizaremos indistintamente, o

labelling approach tem sua matriz teórica no Interacionismo Simbólico norte-americano¹⁰.

O Interacionismo Simbólico, ao deixar estabelecido que a explicação para a existência do delito não está em quem viola a lei, mas na própria lei, a partir da qual se iniciam os processos de rotulação e estigmatização, lançou as bases para as pesquisas da Criminologia da Reação Social¹¹.

Os principais expoentes do Interacionismo Simbólico são BECKER, LEMERT, CHAPMAN, KITSUSE, TANEMBAUM, SCHUR, ERIKSON E GUSFIELD.

Os estudos sobre os processos de criminalização e da reação social empreendidos pelos teóricos do *labelling approach* podem ser divididos em três níveis explicativos (ANDRADE, 1994a, p. 329).

No primeiro nível são desenvolvidos estudos sobre o processo de criminalização primária, que investiga como ocorre a definição da conduta desviada, ou seja "*como se manifesta a reação social criminalizando condutas antes lícitas, mediante a criação de normas penais*". (ANIYAR DE CASTRO, 1983, p. 96).

Para BECKER (1973, p. 19-38), o desvio é uma criação dos grupos sociais encarregados de elaborar as normas cuja infração constitui o desvio e aplicar estas normas a determinados indivíduos que serão etiquetados como estranhos. Os valores expressos nas normas obedecem aos interesses de quem cria estas normas.

O segundo nível de pesquisa do *labelling approach* estuda os processos de distribuição do *status* de criminoso, ou seja, uma vez estabelecidas as normas, estas serão aplicadas conjuntamente com suas sanções a certos indivíduos que serão

¹⁰ A respeito ver: ANIYAR DE CASTRO (1983, p. 59-96).

¹¹ "*Também sob a denominação de Criminologia da Reação Social encontram-se situados os movimentos radicais que na nossa disciplina deram origem à chamada Criminologia Radical ou Crítica, e a que em razão do título do livro de Taylor, Walton e Young, denominou-se Nova Criminologia.*" (ANIYAR DE CASTRO, 1983, p. 97).

etiquetados como desviados. Neste sentido: "*O desviado é aquele a quem foi aplicada esta etiqueta exitosamente, e a conduta desviada, é aquela que as pessoas etiquetam assim.*" (POSTALOFF, 1992, p. 30).

Portanto, este segundo nível tenta explicar a criminalização secundária que nas palavras de ANDRADE (1994a, p. 330) consiste na:

"...aplicação das normas penais pela Polícia e pela Justiça. É o importante momento da atribuição da etiqueta de desviante (etiquetamento ou rotulação) que pode ir desde a simples rejeição social até a reclusão do indivíduo em uma prisão ou internação em um manicômio. Para os teóricos do labelling a atribuição desta etiqueta é um momento fundamental não apenas na construção seletiva da criminalidade mas pelo seus efeitos na identidade do sujeito etiquetado."

Um dos principais representantes deste nível de investigação é DENIS CHAPMAN (1973, p. 161-184), e suas teses podem ser assim resumidas: a) qualquer conduta que tenha uma forma desaprovada, também possui formas idênticas que são neutras ou aprovadas; b) a única diferença entre delinquentes e não delinquentes é a condenação; c) a conduta delitativa é um comportamento da população em geral, porém a condenação é imputada a alguns, em parte pela sorte, outra parte por processos sociais que dividem a sociedade em classes delinquentes e não delinquentes, sendo que da primeira faz parte o pobre não privilegiado; d) há um tratamento diferencial por parte da lei, conforme o grupo social a que pertença o autor da conduta desviada; e) o sistema legal é uma instituição criadora de delitos que participa da conduta a qual persegue.

Nas palavras de CHAPMAN (1973, p. 175):

"Por conseguinte, o sistema legal seleciona algumas categorias de pessoas que se comportam de certa maneira, para serem castigadas e destas algumas são mais censuradas (ou estigmatizadas) que outras. Geralmente estes serão homens, débeis, pobres e pouco educados e na Inglaterra hoje em dia o imigrante."

No terceiro nível de pesquisa encontramos ***"a investigação do impacto da atribuição do status de criminoso na identidade do desviante (é o que se define como 'desvio secundário')."***(ANDRADE, 1994a, p. 329).

LEMERT criou os conceitos de desvio primário e desvio secundário¹². Sustenta que o submetimento de uma pessoa que tenha cometido um desvio a "cerimônias degradantes", penalizações e tratamentos, vincula o ato desviado a esta pessoa, fazendo com que ela se ligue simbolicamente ao seu ato e passe a cometer novos atos desviantes. Em suma, a reação social frente ao desvio primário conduz ao desvio secundário. Afirma, portanto, que o controle social é muito mais uma causa do que um efeito da delinqüência.

Para LEMERT (1973, p. 98):

"...na sociedade moderna, a diferenciação socialmente significativa entre desviados e não desviados depende cada vez mais de circunstâncias contingentes de situação, lugar, antecedentes sociais e pessoais e agências de controle social organizadas em forma burocrática."

Anteriormente aos estudos do *labelling approach*, encontramos pesquisas em Sociologia Criminal que em muito contribuíram para as conclusões levantadas pelo *labelling*. Trata-se de pesquisas sobre a criminalidade de colarinho branco¹³

¹² Ver a respeito: LEMERT (1973, p. 97-102).

¹³ "O termo delinqüente de colarinho branco de uso comum em todos os idiomas, aparece, pela primeira vez, no discurso presidencial pronunciado por Sutherland perante a Sociedade Americana de Sociologia em 27 de dezembro de 1939, publicado, depois, sob o título de *White-Collar Criminality* na *American Sociological*

desenvolvidas principalmente por SUTHERLAND e sobre a cifra negra da criminalidade.

As pesquisas sobre a criminalidade de colarinho branco, também denominada "cifra dourada da criminalidade", revelaram, através de estatísticas, a enorme quantidade de infrações, principalmente em matéria econômica e comercial, praticadas por pessoas de alta posição social e que passavam impunes pela repressão penal. Segundo SUTHERLAND, entre a criminalidade real e a criminalidade aparente, existe uma série de condutas que seriam criminosas e que jamais chegarão ao conhecimento do sistema penal: os crimes de colarinho branco, assim definidos como: *"violação da lei penal por uma pessoa de alto nível socioeconômico, no desenvolvimento de sua atividade profissional"* (SUTHERLAND citado por PABLOS DE MOLINA, 1984, p. 161).

A partir de tais revelações, as pesquisas sobre a criminalidade de colarinho branco colocaram em xeque a afirmação na qual sempre se baseou a Criminologia positivista, sobre a existência de comportamentos considerados maus em si, e apenados por normas que defendiam valores comuns a toda a sociedade.

Essa pesquisa, realizada nos Estados Unidos, pode ter seus resultados estendidos, segundo BARATTA (1991a, p. 101), a todas as sociedades de capitalismo avançado.

A impunidade dos criminosos de colarinho branco pode ser entendida primordialmente pelo fato de não existirem tipos penais adequados para o enquadramento de tais ações. Ou seja, podemos extrair de tal fato que a afirmação de que os tipos penais tutelam os principais bens jurídicos em uma determinada sociedade, não passa de um mito sustentado pela ideologia da defesa social. Tutelam, sim, os valores morais e culturais dos que são incumbidos de elaborar as leis,

Review (1940)."(PABLOS DE MOLINA, 1984, p. 161). Ver também: ANIYAR DE CASTRO (1982, p. 123 e ss. e 1983, p. 72-83), PABLOS DE MOLINA (1984, p. 153 e ss.) e POSTALOFF (1982, p. 59-60).

concentrando a sua proteção no patrimônio privado e negligenciando a proteção de interesses coletivos e difusos.

Por outro lado, as pesquisas sobre a cifra negra da criminalidade¹⁴, nas quais encontramos os crimes de colarinho branco, demonstram que muitas das situações que se enquadrariam nos tipos penais não chegam sequer a entrar na máquina da repressão penal. Entre a criminalidade real e a criminalidade aparente, existe uma série de condutas que seriam criminosas e que jamais chegarão ao conhecimento do sistema penal. Vejamos um exemplo: "*Em um país como a Holanda, muito menos de 1% dos eventos criminalizadores é incriminado efetivamente nos tribunais dentro do campo do delito tradicional. A não criminalização é a regra, a criminalização uma rara exceção.*" (HULSMAN, 1986, p. 127).

Com os acréscimos das investigações sobre a "cifra negra" da criminalidade, através das quais se torna evidente que a criminalidade é um comportamento de uma maioria e não de uma minoria "anormal" - conforme a Criminologia positivista sempre tentou demonstrar - o *labelling approach* deu um passo decisivo na mudança do paradigma da Criminologia, do etiológico para o paradigma da reação social.

A recepção alemã do *labelling approach*, contribuiu para um salto qualitativo da teoria e revelou-se como a passagem do *labelling* para os movimentos radicais. Isso porque se ocupou em estudar a distribuição do *status* de criminoso conforme a divisão da sociedade em classes sociais, tratando-se, portanto, de uma "macroperspectiva do *labelling*"¹⁵.

¹⁴ A explicação sobre o que vem a ser a cifra negra da criminalidade pode ser encontrada em DIAS & ANDRADE (1992, p. 133): "...a diferença (quantitativa) entre o volume da criminalidade num certo nível e o volume a um nível diferente, dum ponto de vista do processo formal de reação e controle. Neste sentido, tanto se pode falar de *cifras negras* a propósito da diferença entre a criminalidade 'real' e a criminalidade *conhecida pela polícia*, como entre esta última e a que vem a ser transmitida à acusação (...) Contudo, a expressão *cifras negras* é corrente e preferencialmente utilizada como sinónimo de *criminalidade oculta* ou *latente*."

A respeito ver também: ANIYAR DE CASTRO (1983, p. 66), BARATTA (1987a, p. 635 e 1991a, p. 101-104), CERVINI (1993, p. 135 e ss.), HULSMAN & CELIS (1993, p. 64-66), HULSMAN (1986, p. 127), POSTALOFF (1982, p. 55 e ss.) e THOMPSON (1983).

¹⁵ ANIYAR DE CASTRO (1983, p.109).

É importante salientar, que as pesquisas sobre as teorias do conflito, de DAHRENDORF, COSER, SIMMEL e D. VOLD, desenvolvidas a partir do *labelling approach*, focalizam na origem dos processos de criminalização primária (elaboração da lei penal) e secundária (aplicação da lei penal) a defesa dos interesses de grupos detentores do poder, considerando a sociedade como estratificada e tomada por conflitos de interesse e de hegemonia. Tal teoria acresce ao *labelling approach* uma dimensão política, que vem completar o paradigma da reação social.

A partir do *labelling*, considerado pelos criminólogos mais autorizados como um passo "irreversível", e com as teorias sociológicas do conflito, tem-se a passagem da Criminologia Liberal para a Criminologia Crítica. Dessa forma, a Criminologia Crítica é assim identificada:

"Quando junto a 'dimensão de definição', a 'dimensão do poder' aparece suficientemente desenvolvida na construção de uma teoria, estamos na presença do mínimo denominador comum de toda esta perspectiva que podemos ordenar sob a denominação de 'criminologia crítica'."
(BARATTA, 1991a, p. 225)¹⁶

Com base neste novo paradigma a Criminologia contemporânea, em sua vertente denominada Criminologia Crítica, ocupa-se hoje da ***"análise dos sistemas punitivos em suas manifestações empíricas, em sua organização e em suas funções reais."***(BARATTA, 1987, p. 624). Inclui-se nesta perspectiva o processo de criminalização, que vai desde a seleção dos bens e valores a serem tutelados pelo Direito Penal, à seleção realizada pelas agências policiais e judiciais dos que serão

¹⁶ Ver também a respeito: BARATTA (1991b, p. 51-83) e ANDRADE (1994b, p. 121-136).

criminalizados, até à estigmatização que segue o indivíduo após ter passado pela prisão.

Em relação à segunda dimensão de desconstrução do sistema penal e de seus paradigmas de sustentação, que são as Políticas Criminais alternativas, podemos subscrever as palavras de ANDRADE (1994a, p. 298):

"Em linhas gerais, os grandes eixos de alternativas Político-Criminais então em curso, fundamentam-se na necessidade da mínima - e redefinida - intervenção penal ou na abolição do sistema penal e sua substituição por formas alternativas de resolução dos conflitos como mediação e conciliação. De forma que se distribuem, centralmente, entre posturas minimalistas (FERRAJOLI, 1986 e 1989) e abolicionistas (HULSMAN, 1984 e 1986) ou posturas que, sem recusar a utopia abolicionista a longo prazo reivindicam um Direito Penal mínimo baseado na reconstrução crítica e fortalecimento das garantias liberais a curto e médio prazo (...)."

As propostas de intervenção penal mínima de BARATTA e ZAFFARONI, serão estudadas nos segundo e terceiro capítulos da presente dissertação, respectivamente.

I.3 Os Resultados da Crítica ao Sistema penal

A análise do sistema penal pela Criminologia Crítica demonstrou que o mesmo é absolutamente incapaz de cumprir as funções declaradas em seu discurso oficial, ou seja, as funções baseadas na ideologia da defesa social.

Em vista disso, a Criminologia Crítica coloca em xeque o princípio do Direito Penal como um direito igual por excelência, revelando que:

a) o Direito Penal não tutela os bens e interesse de todos os membros da sociedade, e quando defende os bens essenciais, o faz de forma fragmentária;

b) a lei penal não trata a todos com igualdade, o *status* de criminoso é distribuído desigualmente entre os indivíduos na sociedade;

c) o grau de tutela e a distribuição do *status* de criminoso não é proporcional ao dano causado à sociedade através da conduta criminosa, ou seja, não é a gravidade da ação que determina a intensidade da repressão penal.

Para BARATTA (1982a, 43), ***"a variável principal da distribuição desigual dos status de delinqüente, parece ser, à luz das investigações recentes, a posição ocupada pelo ator potencial na escala social."***

Conforme vimos anteriormente, o processo de criminalização inicia-se na elaboração da lei (criminalização primária). É nesta etapa que começa a seletividade do sistema penal. A partir da seleção dos bens jurídicos e dos tipos, já se tem uma idéia de que espécie de criminosos serão perseguidos pelo sistema e qual será a sua clientela.

Na segunda etapa do processo de criminalização, que é a aplicação da norma abstrata ao caso concreto (criminalização secundária), a seletividade do sistema penal torna-se mais explícita e é desempenhada principalmente pelas agências policiais. São estas agências que escolhem os casos que serão levados ao conhecimento da instância judiciária que, por sua vez, exerce a mesma seleção.

Para ZAFFARONI (1991b, p. 133), o esteriótipo alvo do sistema penal é fabricado pelos meios de comunicação de massa e são estes esteriótipados que as agências policiais passam a perseguir, deixando à margem do sistema outros tipos de criminalidade como as de colarinho branco.

"Nossos sistemas penais reproduzem sua clientela por um processo de seleção e condicionamento criminalizante que se orienta por esteriótipos"

*proporcionados pelos meios de comunicação de massa.....
Os órgãos do sistema penal selecionam de acordo com esses esteriótipos, atribuindo-lhes esses comportamentos, tratando-os como se se comportassem dessa maneira, olhando-os e instigando a todos a olhá-los do mesmo modo, até que se obtém, finalmente, a resposta adequada ao papel assinalado."*

Salienta BARATTA (1991a, p. 101) que, ao lado da igualdade formal da lei penal, convive a desigualdade substancial dos indivíduos perante o sistema penal. Tanto as agências policiais, os promotores, juizes e até mesmo o cidadão comum contribuem para as desigualdades, no momento em que formulam o esteriótipo do criminoso, e a este esteriótipo passam a perseguir. Por outro lado, concorrem outros fatores para o tratamento diferenciado pelo sistema penal, tais como o prestígio social, que favorece as pressões sobre os denunciantes e juizes, o poder aquisitivo para o pagamento de advogados renomados, a ausência de esteriótipos que direcionem as agências policiais na perseguição de certos delitos, etc.

É lógico que em função da existência da criminalidade de colarinho branco e da cifra negra da criminalidade, que passam ao largo da repressão penal, formula-se uma falsa imagem da distribuição da criminalidade entre os estratos sociais, veiculada pelos meios de comunicação e baseada em estatísticas oficiais e reforçada pela Criminologia positivista, as quais apresentam a criminalidade como um fato concentrado nos estratos inferiores da sociedade, associando-a a fatores sociais e pessoais como a pobreza. (BARATTA: 1991a, p.103).

Os exemplos encontrados em nosso próprio país são claros com relação à seletividade e falam por si mesmos:

Resumo do quadro indicador do primeiro Censo Penitenciário Nacional, elaborado pelo Ministério da Justiça em 1994.

- * 95% dos presos são pobres,
- * 87% dos presos não concluíram o primeiro grau,
- * 85% dos presos não possuem condições para contratar um advogado,
- * 96,31% dos presos são homens,
- * Crimes mais praticados: Roubo 33%, Furto 18%, Homicídio 17%, Tráfico de Drogas 10%, Lesão Corporal 3%, Estupro 3%, Estelionato 2%, Atentado Violento ao Pudor 2%, Extorsão 1%.

Em matéria recente sobre o mesmo censo, intitulada *A Punição Inútil*, a revista *Veja* do dia 30 de novembro de 1994, página 54 publicou:

*** de cada dez presos, três cometeram delitos banais, como roubar tijolos ou uma lata de leite.**

A revista *Isto É* do dia 30 de novembro de 1994, página 16, também sobre o censo penitenciário publicou: **"Dos 129.169 presos no Brasil, 0,002% cumprem pena por corrupção ativa (o equivalente a 2,5 presos) e 0,04% estão condenados por corrupção passiva (o equivalente a 2,5 presidiários)."**

As pesquisas sobre a criminalidade de colarinho branco e sobre a cifra negra da criminalidade, são conclusivas:

"a criminalidade não é um comportamento de uma restrita minoria, como quer uma difundida concepção (e a ideologia da defesa social a ela vinculada), mas, ao contrário, o comportamento de largos estratos, ou mesmo da maioria dos membros de nossa sociedade." (BARATTA, 1991a, p. 104)

A seletividade do sistema penal, ainda segundo BARATTA (1987a, p. 634), não deve ser atribuída unicamente à reprodução pelo sistema das desigualdades existentes na sociedade, ela possui uma origem anterior e estrutural ao sistema penal, que consiste na distância existente entre o planejamento feito pelo legislador das condutas sancionáveis, e os recursos administrativos e judiciários para a aplicação da sanção a estas condutas: **"A justiça penal se apresenta como uma organização que só pode funcionar seletivamente, isto é, dirigindo as sanções contra uma parte infinitesimal de seus potenciais clientes, que são os infratores da lei."**

Se de fato fossem perseguidas pelo sistema penal todas as ações e omissões descritas nos tipos penais, estaríamos diante da **"absurda suposição - não desejada por ninguém - de criminalizar reiteradamente toda a população"** (ZAFFARONI, 1991b, p. 27). Tal constatação demonstra, segundo o autor, que **"o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, ao setores vulneráveis"** (1991b, p. 27).

A seletividade do sistema penal ainda continua no momento da quantificação da pena. O que se verifica, na realidade, é que a pena imposta a um condenado na maioria das vezes não é proporcional ao dano que ele causou à sociedade com o seu crime. Na dosimetria da pena também influem questões como a posição do apenado na escala vertical da sociedade, a sua vida pregressa e outros aspectos subjetivos, tais como o grau de periculosidade. Mais uma vez entra em ação o rótulo, o esteriótipo do condenado. Mais uma vez deparamo-nos com o altíssimo grau de seletividade do sistema penal, selecionando, agora, quem permanecerá e por quanto tempo na prisão. Os exemplos citados acima evidenciam tal afirmação.

Por outro lado, com relação à prisão, que é a instituição central dos sistemas penais modernos, as pesquisas da Criminologia Crítica, bem como algumas

pesquisas historiográficas e sociológicas, evidenciam o seu fracasso histórico quanto às suas funções de prevenção geral e especial declaradas pela Ideologia da Defesa Social. Aliás, conforme afirma FOUCAULT, a crítica da prisão e de seus métodos, bem como a idéia de reforma, são contemporâneas ao seu próprio nascimento. Tais críticas, elucida o autor, baseiam-se em certos problemas que se repetem hoje, diferenciando-se apenas pelos números.

Primeiramente, em relação à prevenção geral, comprovado está que as prisões não diminuem os índices de criminalidade.

Vejamos o exemplo:

"Nos Estados Unidos, o número de acontecimentos violentos registrados é bastante alto. Os índices de homicídios registrados em algumas cidades americanas ultrapassam em muito o número absoluto de homicídios registrados em toda a França. E os Estados Unidos têm um dos sistemas penais mais repressivos do mundo (taxa de encarceramento entre 250-300 por 100.000 habitantes)." (HULSMAN & CELIS, 1993, p. 108).

Desde o século passado as principais mudanças efetuadas com relação à prisão, sempre ocorreram com o intuito declarado de reduzir as taxas de criminalidade. Todas tentativas fracassadas, que não resistem às evidências dos fatos.

A esse respeito, FOUCAULT é taxativo:

"As prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e criminosos permanece estável, ou ainda pior, aumenta." (FOUCAULT, 1993, p. 234).

Por outro lado, a teoria da prevenção especial também cai por terra, ao verificarmos que o cárcere gera efeitos completamente contrários à ressocialização e reeducação do condenado.

As características constantes das prisões na sociedade capitalista contemporânea, estudadas e demonstradas por vários autores, colocam em xeque o mito da ideologia do tratamento através do cárcere.

A primeira questão levantada é a do paradoxo em que se baseia esta ideologia: excluir para ressocializar, educar para a liberdade alguém que se encontra encarcerado. *"Punir é castigar, fazer sofrer. A intimidação, a ser obtida pelo castigo, demanda que este esteja apto a causar terror. Ora, tais condições são reconhecidamente impeditivas de levar ao sucesso uma ação pedagógica."* (THOMPSON, 1991, p. 5).

Partindo deste princípio, o que se constata na realidade é que a prisão consiste, assim como a sociedade, em um sistema social, porém com características próprias e muito diferentes das encontradas na sociedade, características estas que levaram GOFFMAN (1992, p. 11-16) a denominá-la de "instituição total":

"Uma instituição total pode ser definida como um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada

*.....
Seu 'fechamento' ou seu caráter total é simbolizado pela barreira à relação social com o mundo externo e por proibições à saída que muitas vezes estão incluídas no esquema físico - por exemplo, portas fechadas, paredes altas, arame farpado, fossos, água, florestas ou pântanos. A tais estabelecimentos dou o nome de instituições totais."*

Além das características formais encontradas no sistema social que é a prisão, também denominado sistema prisional, encontramos uma série de outras características informais, resultantes da interação entre as pessoas que compõem este sistema: presos, guardas, médicos, criminólogos, pessoal da administração, etc.

As cerimônias de degradação às quais são submetidos os condenados ao iniciarem o cumprimento de suas penas, tais como o despojamento de suas vestes e objetos pessoais; o regime de horários; a vigilância total sobre seus atos; o regime de privações: privação de liberdade, privação de bens, privação de autonomia, privação de segurança e privação de relações heterossexuais¹⁷; bem como a hierarquia formal e informal de poder, são características encontradas em todos os sistemas prisionais.

Dessa forma, o indivíduo que adentrar a prisão terá que passar por um processo de adaptação ao sistema prisional. A este processo de socialização CLEMMER denominou de "prisonização": ***"O termo prisonização indica a adoção, em maior ou menor grau, do modo de pensar, dos costumes, dos hábitos - da cultura geral da penitenciária."*** (THOMPSON, 1991, p. 23).

Ao estudar a prisonização, BARATTA (1991a, p. 193-208) analisa o processo que atravessa um indivíduo condenado à prisão sob um duplo ponto de vista.

Inicialmente, sob o ponto de vista da "desculturação", ou seja, aos poucos o condenado irá desaprendendo a viver em sociedade, diminuindo a sua força de vontade e a responsabilidade para com a obtenção de formas de subsistência própria e de sua família e distanciar-se-á cada vez mais dos valores e das formas de comportamento da sociedade exterior ao cárcere.

Inserido no contexto carcerário e excluído da sociedade, com a qual mantém quase nenhum contato, é lógico que, aos poucos, o condenado vai perdendo a noção

¹⁷ A respeito das privações prisionais ver: OLIVEIRA (1984, p. 66-86).

de como é viver em liberdade. O regime de privações, tanto de contatos sociais, quanto de satisfação da sua sexualidade, contribuem para a sua desadaptação.

Ao mesmo tempo, analisando sob o outro ponto de vista, o condenado sofre uma "aculturação"; segundo BARATTA, este processo ocorre devido a outros dois processos: a educação para ser criminoso e a educação para ser bom preso.

O primeiro processo é possível devido ao fato de estarem cumprindo pena, em uma mesma instituição carcerária, indivíduos condenados por uma variedade enorme de crimes. Tal situação favorece o surgimento de uma organização informal entre os detentos, organização essa que obedece uma hierarquia, onde normalmente os que dominam toda a comunidade carcerária são os criminosos de maior orientação anti-social. Estes criminosos acabam servindo de modelo para os outros presos e geralmente gozam de prestígio entre o pessoal que administra e trabalha na instituição, prestígio na maioria das vezes conquistado através de jogos de poder e da violência ilegal.

Para a educação para ser criminoso concorrem não só questões como a corrupção existente entre os administradores das instituições carcerárias, como também a corrupção, o medo e a incapacidade dos guardas.

O segundo processo, denominado de educação para ser bom preso, consiste no fato de que a única educação que o condenado recebe dentro da prisão é a que o leva a adaptar-se às normas existentes dentro dela. Encontram-se aí normas formais, impostas através da disciplina, e informais, oriundas das relações existentes entre os criminosos que comandam a comunidade carcerária e o pessoal da administração. A violação de tais normas acarretam uma série de castigos e de violências ilegais, tais como a tortura e até mesmo a execução.

Todos estes processos fazem com que a instituição da prisão se apresente na realidade muito mais como uma "fábrica de criminosos", conforme denominou FOUCAULT, do que como um local de reabilitação.

Os números significativos de reincidência, apontados por várias estatísticas, demonstram que a prisão está muito longe de cumprir a função que legitima a sua existência, que é a de reeducar e ressocializar o criminoso, contribuindo de uma forma eficaz para a sua definitiva inserção na população criminosa.

Uma prova clara disso são as estatísticas levantadas pelo Censo Penitenciário Nacional, realizado pelo Ministério da Justiça:

*** Índice de presos reincidentes: 35%.**

Podemos, ainda, citar como exemplo as estatísticas utilizadas por BITENCOURT (1993, p. 149):

"Nos Estados Unidos as cifras de reincidência oscilam entre 40 e 80%."

"Na Espanha, o percentual médio de reincidência, entre 1957 e 1973, foi de 60,3%."

"Na Costa Rica, mais recentemente, foi encontrado o percentual de 48% de reincidência."

Conforme já mencionamos, todos esses problemas já nasceram junto com a prisão. A este respeito vejamos o seguinte comentário:

"Há um século e meio que a prisão vem sempre sendo dada como seu próprio remédio, a reativação das técnicas penitenciárias como a única maneira de reparar seu fracasso permanente; a realização do projeto corretivo como o único método para superar a impossibilidade de torná-lo realidade." (FOUCAULT, 1993, p. 237)

Nos países da América Latina, além de todos os problemas da prisão apontados até aqui se apresentarem de uma forma muito mais acentuada do que nos países do capitalismo central, podemos acrescentar outro que expressa claramente a violência institucional e ilegal que caracteriza nossos sistemas penais. Trata-se da questão dos presos sem condenação, ou seja, aqueles que ainda não sofreram a sentença condenatória e a estão aguardando na prisão. Os números apontados por ZAFFARONI (1991a, p. 225) são alarmantes:

"A Colômbia tem 54% da população penal composta por processados, Costa Rica 44%, Chile 53%, Equador 70%, El Salvador 91%, Guatemala 73%, Honduras 88%, México 61%, Peru 65%, Dominicana 85%, Uruguai 91%, Venezuela 71%."

Se partirmos do pressuposto que legitima o sistema penal, o de que a sua função é a de definir como crime os danos causados aos principais bens jurídicos da sociedade, perseguir os causadores destes danos e encarcerá-los com o objetivo de diminuir a criminalidade e reeducá-lo para o convívio social, conforme preconiza a ideologia da defesa social, o que expomos acima evidencia o fracasso do sistema penal. Porém, ao constatarmos que o fracasso da prisão, base deste sistema, acompanha-a desde o seu surgimento, somos levados à interrogação de FOUCAULT (1993, p. 239): ***"O pretense fracasso não faria então parte do funcionamento da prisão?"***

Não cumpre o sistema penal outras funções, que não as declaradas por seu discurso oficial, as quais explicam a sua perpetuação através dos anos?

A Criminologia Crítica nos oferece respostas afirmativas a essa questão.

Uma primeira função não declarada, porém cumprida pelo sistema penal, é a de reprodução e produção das desigualdades sociais. A elaboração e aplicação

seletiva da lei penal, possuindo como alvo os estratos mais baixos da população, agem de forma a impedir a ascensão social dos indivíduos pertencentes a esses estratos. Ou seja, o sistema penal não só contribui para a manutenção da escala vertical da sociedade, como também, determina o *status* dos indivíduos nesta escala. (BARATTA, 1991a, p. 193-208).

Para cumprir esta função, o sistema penal utiliza-se de uma segunda função, que também não é declarada. A estigmatização de certos indivíduos e a punição de alguns selecionados comportamentos ilegais servem para mascarar uma série de outros comportamento que devem permanecer imunes à repressão penal, comportamentos esses que são típicos de indivíduos pertencentes aos estratos superiores da sociedade, como por exemplo, os criminosos de colarinho branco.

Em síntese:

"Mais do que ser a resposta de uma sociedade honesta a uma minoria criminal (representação que agrada a maioria silenciosa de todos os países, facilmente instrumentalizada na campanha de 'lei e ordem'), o cárcere é o instrumento essencial para a criação de uma população criminal recrutada quase exclusivamente nas filas do proletariado e separada da sociedade, com conseqüências não menos grave para a classe." (BARATTA, 1982b, p. 743).

A partir disso podemos concluir, em relação à prisão, que não só ela, como todo o sistema penal, delimitando sua clientela e estabelecendo, dentro de toda a população, quais os indivíduos que serão perseguidos e capturados para fazerem parte da população criminosa, cumprem a função de reproduzir e legitimar as relações de desigualdade inerentes à acumulação do capital no sistema capitalista.

Esta real função cumprida pelo sistema penal é sintetizada com muita propriedade pelas palavras de FOUCAULT (1993, p. 243):

"Se tal é a situação, a prisão, ao aparentemente 'fracassar' não erra seu objetivo; ao contrário, ela o atinge na medida em que suscita no meio das outras uma forma particular de ilegalidade, que ela permite separar, pôr em plena luz e organizar como um meio relativamente fechado mas penetrável. Ela contribui para estabelecer uma ilegalidade visível, marcada, irreduzível a um certo nível secretamente útil - rebelde e dócil ao mesmo tempo; ela desenha, isola e sublinha uma forma de ilegalidade que parece resumir simbolicamente todas as outras, mas que permite deixar na sombra as que se quer ou se deve tolerar."

CAPÍTULO II

A POLÍTICA CRIMINAL ALTERNATIVA E OS PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL MÍNIMO DE ALESSANDRO BARATTA

II.1. Introdução

No primeiro capítulo vimos o modelo integrado de Ciência Penal que procura legitimar o sistema penal moderno, a trajetória da mudança de paradigma da Criminologia, uma das Ciências que compõem este modelo e o surgimento da Criminologia Crítica a partir do paradigma da reação social.

Demonstramos, também, com base nas pesquisas da Criminologia Crítica associadas às pesquisas sociológicas e historiográficas sobre as funções declaradas e as realmente cumpridas pelo sistema penal, a seletividade e a violência com que o poder punitivo manifesta o seu exercício, o fracasso da pena privativa de liberdade na ressocialização do delinqüente e, conseqüentemente, a deslegitimação do sistema

penal por resultar evidente, em face destas pesquisas, o não cumprimento pelo mesmo das funções que buscam justificar a sua existência.

Neste capítulo estudaremos a proposta de Política Criminal Alternativa de ALESSANDRO BARATTA e a sua estratégia de Direito Penal Mínimo baseada nas garantias jurídicas do Estado de Direito e nos Direitos Humanos, para a contenção da violência punitiva.

Conforme ressaltamos na introdução, o Minimalismo penal deste autor constitui-se em uma estratégia de Política Criminal a curto e a médio prazo de resposta a deslegitimação do sistema penal, já que, apesar de se declarar abolicionista, considera que várias mudanças ainda serão necessárias para a preparação da abolição do sistema penal. O Direito Penal Mínimo é uma delas.

II.2. A Política Criminal Alternativa

Como decorrência da sua produção criminológica, ALESSANDRO BARATTA, além de ser um dos fundadores da Criminologia Crítica, é também, o principal formulador de suas teorias e Política Criminal. Este Capítulo é dedicado ao estudo da sua estratégia de Política Criminal intitulada de Direito Penal Mínimo.

Para a compreensão desse tema na obra de ALESSANDRO BARATTA, necessário se faz um estudo preliminar de sua proposta de Política Criminal Alternativa, na qual o autor fundamenta os Princípios de Direito Penal Mínimo.

Em sua obra intitulada *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*¹, publicada pela primeira vez na Itália em 1982, BARATTA lançou as bases para uma Política Criminal Alternativa, como política das classes subalternas, a qual

¹ BARATTA (1991a).

encontraria o seu aporte teórico em uma teoria materialista (econômico-política) do desvio.

Na ocasião, assinalava BARATTA (1991a, p. 209) que estas seriam as duas tarefas da Criminologia Crítica: a construção de uma teoria materialista do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização e elaborar uma Política Criminal Alternativa com base nesta teoria.

A necessidade da construção de uma teoria materialista do desvio tornou-se imperiosa a partir do momento em que, ao romper com o "paradigma etiológico" da Criminologia Tradicional, a Criminologia Crítica relativizou o conceito de crime, deixando de considerar a criminalidade como uma qualidade ontológica de determinadas condutas ou indivíduos para classificá-la como um *status* atribuído a certos indivíduos, mediante os processos de criminalização primária e secundária. A criminalidade, portanto, deveria ser estudada dentro da perspectiva da Criminologia Crítica como um "bem negativo"² distribuído desigualmente e em conformidade com a posição ocupada pelos indivíduos na escala vertical da sociedade fixada pelo sistema sócio-econômico capitalista.

Nas palavras de BARATTA (1989a, p. 21):

"Esta teoria materialista se caracteriza pelo fato de relacionar os dois pontos da questão criminal, as situações socialmente negativas e o processo de criminalização, com as relações sociais de produção e, no que diz respeito à nossa sociedade, com a estrutura do processo de valorização do capital".

Para realizar essa relação, BARATTA defende a importância do emprego de alguns instrumentos conceituais e das hipóteses teóricas desenvolvidas por MARX, ressaltando que este emprego não deve ser dogmático e o marxismo deve ser

² BARATTA (1991a, p. 167).

considerado como um "edifício teórico aberto", em todo tempo confrontado, portanto, com outros enfoques teóricos.

A racionalidade coerente com uma teoria materialista do desvio e de uma Política Criminal Alternativa, deve ser, para BARATTA (1989a, p. 44-48 e 1991a, p. 227-230) uma racionalidade diferente da empregada pela Criminologia tradicional. Nesta, a racionalidade é empregada no sentido de indicar o fim a perseguir; naquela, a racionalidade deve indicar o ponto de partida da teoria. No modelo de Ciência tecnológica, na qual é classificada a Criminologia tradicional, a racionalidade, ou segundo BARATTA, melhor chamá-la de racionalização, é uma norma para a ação, indica o ponto de chegada da prática, é a razão tecnológica. Enquanto que a Criminologia Crítica e sua Política Criminal Alternativa deverão utilizar-se de um modelo de racionalidade que permita compreender a realidade dentro de uma "lógica de contradição dialética", a razão crítica.

O emprego da lógica dialética no estudo do sistema penal revela que a imagem ideal que ele sustenta de si mesmo, através de suas funções declaradas, não passa de uma ideologia. Essa ideologia penal também é objeto de estudo da Criminologia Crítica, e a conclusão à qual se chega é a de que ela é inerente não só à estrutura e funcionamento do sistema penal, mas à estrutura e funcionamento do sistema jurídico na sociedade capitalista moderna.

A declaração de que o sistema penal, assim como o sistema jurídico como um todo, assegura a igualdade é ideológica, pois, na realidade, o Direito, além de servir para assegurar, produzir e legitimar (na medida em que articula o consenso e desarticula o dissenso) as relações de desigualdade na sociedade capitalista, também garante a manutenção das suas relações de produção baseadas na subordinação e na exploração.

A razão tecnológica, que fundamenta a Criminologia tradicional, não permite que esta extrapole os âmbitos do sistema penal, fazendo com que as tentativas de

resolução dos problemas do sistema sempre se detenham em um nível interno ao próprio sistema. Segundo BARATTA, esta é a base de toda Política Criminal reformista, cujo objetivo é o aperfeiçoamento dos meios para alcançar os fins declarados pelo sistema.

Por esse motivo, a Criminologia tradicional sempre funcionou como uma teoria científica auxiliar do Direito Penal, revelando-se aos olhos da Criminologia Crítica como uma instância legitimadora do sistema penal, na medida em que contribui para a sua racionalização³.

Ao contrário, a razão crítica, enquanto fundamento epistemológico da Criminologia Crítica, faz com que esta não considere que as contradições do sistema penal possam ser resolvidas no seu âmbito interno. Elegendo o próprio sistema e a ideologia que o legitima, como o seu objeto de estudo, a Criminologia Crítica revela a racionalidade do seu funcionamento, principalmente enquanto inserido no contexto sócio-econômico capitalista, e permite a elaboração de uma Política Criminal de superação do sistema penal, que é a Política Criminal das classes subalternas.

Para a elaboração de uma Política Criminal das classes subalternas, BARATTA fornece quatro indicações estratégicas⁴:

1) Inicialmente, partindo do pressuposto de que o problema do desvio e da criminalidade devem ser estudados a partir de sua inserção na estrutura da sociedade capitalista, uma separação entre os comportamentos socialmente negativos das classes subalternas e das classes dominantes faz-se necessária.

A criminalidade das classes subalternas deve ser interpretada como manifestações dos conflitos existentes em razão do sistema de produção capitalista.

³ Neste sentido ver o item I.2. do primeiro Capítulo.

⁴ A respeito ver: BARATTA (1991a, p. 213) e ARAÚJO (1991, p. 65-79).

A criminalidade das classes dominantes, ou seja, a criminalidade econômica, a corrupção política, bem como a criminalidade organizada, deve ser estudada segundo *"a relação funcional que existe entre os processos legais e ilegais de acumulação e circulação de capital, e entre esses processos e a esfera política."*(BARATTA, 1991a, p. 213).

2) Em segundo lugar, partindo da conclusão de que o Direito Penal é um Direito desigual, a segunda estratégia para a construção de uma Política Criminal Alternativa é o reforço da tutela dos bens jurídicos realmente essenciais para a vida e saúde da coletividade, direcionando os mecanismos de reação institucional para os crimes econômicos, ecológicos, de corrupção nos órgãos do governo, os da grande criminalidade organizada, os que afetam a segurança e a higiene no trabalho, os atentatórios à saúde pública e outros afins. Isso deve ser feito - frise-se- prestando-se atenção na possibilidade de meios alternativos de controle, que em alguns casos podem se revelar mais eficazes.

Deve-se, também, contrair ao máximo o sistema punitivo com relação às condutas criminalizadas sob a égide de concepções autoritárias e éticas do Estado, despenalizando-se os delitos de opinião como a injúria, os delitos contra a moralidade pública e contra a personalidade do Estado.

Assim:

"A estratégia da despenalização significa, também, a substituição das sanções penais por formas de controle legal não estigmatizantes (sanções administrativas, ou civis) e, mais ainda, o encaminhamento de processos alternativos de socialização do controle do desvio e privatização dos conflitos, nas hipóteses em que isso seja possível e oportuno."(BARATTA, 1991a, p. 215).

Concluindo, poderíamos chamar a segunda estratégia de BARATTA de uma compensação de seletividade, para que se possa barrar os efeitos perversos do Direito desigual sobre as classes subalternas. Esse fim só será alcançado se ainda aliarmos a essas mudanças a democratização dos vários setores do aparato punitivo do Estado, como a polícia, a organização judiciária, etc.

3) Em terceiro lugar, uma Política Criminal Alternativa deve vir acompanhada de toda uma discussão no âmbito da opinião pública, no sentido de conscientizar toda a população sobre as desigualdades do sistema penal e a sua imperiosa necessidade de mudanças.

Trata-se de inverter a hegemonia cultural das classes dominantes que colaboram, principalmente através dos meios de comunicação, para a disseminação dos estereótipos da criminalidade, perpetuando a legitimação do sistema penal pelo mito da igualdade.

Para alcançar esse fim, a Política Criminal das classes subalternas deve-se valer de produções científicas e informações que levem a uma crítica ideológica das estruturas e do funcionamento desigual do sistema penal, promovendo um amplo debate sobre a questão criminal no seio da sociedade e da classe operária.

4) Por fim, uma Política Criminal Alternativa, que parte da desconstrução do sistema penal feita pela Criminologia Crítica, onde resta evidente o fracasso histórico da instituição carcerária quanto às suas funções declaradas de contenção da criminalidade e reintegração do criminoso na sociedade; pautada nos estudos reveladores das reais funções de marginalização de grupos isolados e reprodução das desigualdades sociais; não pode ter um fim que não seja a abolição desta instituição.

Para BARATTA (1991a, p. 219), a abolição do cárcere deve vir acompanhada também da superação do Direito Penal, no sentido da superação da pena, e não do

direito que regulamenta o controle social institucional do desvio, pois é preciso defender as garantias constitucionais e legais que fundamentam o seu exercício.

A abolição do Direito Penal e da pena de prisão, porém, é o objetivo a longo prazo da Política Criminal Alternativa, pois segundo BARATTA (1982b, p. 747): ***"múltiplas e politicamente diferentes são as fases de aproximação deste objetivo."***

Como exemplo, em artigo intitulado *"Resocialización o control social. Por un concepto crítico de 'reintegración social' del condenado"* (BARATTA, 1991d)⁵, o autor reafirma que o objetivo final de sua Política Criminal é a abolição da instituição carcerária, porém elabora uma pauta de mudanças a curto e médio prazo no sistema penal para a solução imediata do problema da reintegração do condenado.

Partindo dos resultados da Criminologia Crítica, no que concerne à questão da impossibilidade de ressocializar o condenado através do cárcere, e que este na realidade produz efeitos contrários a tal objetivo, BARATTA propõe a sua reinterpretação e perseguição a partir de outras bases.

Primeiramente, aponta para um conceito sociológico da reintegração social. Nesse sentido, já que a reintegração do condenado na sociedade não pode acontecer "através" do cárcere, deve ser um fim a ser perseguido "apesar" do mesmo, buscando-se amenizar os obstáculos que ele impõe à reintegração.

O fim de reintegração social a ser perseguido "apesar" do cárcere, requer um comprometimento com uma Política Criminal que, antes de apresentar um caráter reformista cuja função seja legitimar a instituição carcerária, deve ter uma inspiração humanista guiada pela preocupação com os direitos e o destino das pessoas condenadas.

Uma Política Criminal com esta finalidade deve ter como objetivo imediato não só um "melhor" cárcere, mas também "menos" cárcere.

⁵ In: ARAÚJO (1991, p. 251-256).

Portanto:

"Trata-se de considerar seriamente, como política a curto e a médio prazo, uma drástica redução da aplicação da pena carcerária, assim como buscar ao mesmo tempo o máximo desenvolvimento das possibilidades já existentes de regime carcerário aberto e de realização dos direitos dos detentos à instrução, ao trabalho e à assistência, e ao mesmo tempo desenvolver mais estas possibilidades no plano legislativo e administrativo." (BARATTA: 1991b, p. 254).

Todas essas providências visam não somente a abertura do cárcere para a sociedade, como também da própria sociedade para o cárcere, extirpando o efeito perverso da segregação e das privações de necessidades que um cárcere completamente fechado impõe ao condenado. Por este motivo, o autor prefere a utilização do termo "reintegração", conceito que pressupõe a participação ativa tanto do condenado quanto da sociedade, enquanto que os termos "tratamento" e "ressocialização" indicam um papel passivo do condenado e um papel ativo da instituição. Os dois últimos termos são resquícios das concepções da Criminologia tradicional, que sempre considerou o condenado como um indivíduo "anormal" e "mau", o qual deveria ser tratado e readaptado para uma sociedade "normal" e "boa".

Por fim, quanto à noção sociológica de reintegração social do condenado, BARATTA salienta que esta reintegração requer uma transformação da sociedade, para que esta procure resolver os seus problemas e conflitos no seu próprio âmbito, sem a necessidade de segregá-los no mundo separado do cárcere.

Ainda com relação à reintegração, faz-se necessária uma reavaliação do seu conceito jurídico. Juridicamente falando, a ressocialização só encontra legitimidade no sentido de "serviço" e não no sentido de manipulação do indivíduo condenado. Todas as atividades que podem ser desenvolvidas - tanto pela instituição quanto pelo

condenado - e que visem a sua reintegração na sociedade, devem ser reinterpretadas como um direito dos cidadãos detentos; portanto, um serviço a ser prestado pela instituição.

Para a Política Criminal Alternativa, a redefinição de tratamento e ressocialização como um exercício de direitos do condenado revela-se um núcleo central. Portanto, tal política considera que atividades como instrução, trabalho, assistência social e psicológica, tanto dentro do cárcere quanto após a saída do condenado do mesmo, devem ser serviços prestados como oportunidades de reintegração, e não no sentido de manutenção da disciplina carcerária.

Outro núcleo central para a Política Alternativa é o intento de realizar as condições culturais e políticas que levem a sociedade a prescindir do uso do cárcere para a resolução de seus conflitos, para tanto sendo essencial a assunção da radical tarefa de desencarceramento. Portanto, a Criminologia Crítica deve ocupar-se por um lado dessa tarefa e, por outro lado, da garantia dos direitos e dos serviços que devem ser realizados dentro da instituição carcerária.

Mas não é somente com relação á questão da reintegração social do condenado que BARATTA propõe uma Política Criminal a curto e a médio prazos, para a consecução de seu objetivo final que é a abolição do Direito Penal. A contração ao mínimo do sistema penal como uma estratégia para obtenção da máxima contenção da violência punitiva, também é a prioridade da Política Criminal Alternativa do controle social do autor. Esta procurará a curto e a médio prazos efetivar profundas mudanças no sistema penal, limitando suas injustiças e custos sociais, buscando reduzir a sua intervenção na gestão dos conflitos e dos problemas sociais, deixando espaço para que a própria sociedade encontre outras formas mais eficazes e mais justas para a solução dos mesmos.

Nas palavras de BARATTA (1991b, p. 76):

"Deste ponto de vista a política criminal alternativa é, a curto e a médio prazos, uma política de direito penal mínimo, que promove uma vasta e progressiva obra de descriminalização. Mas, a idéia reguladora desta política, o objetivo final que deverá levar em conta qualquer intervenção, não é um sistema penal melhor, porém segundo uma frase de G. Radbruch que gosto de recordar, 'qualquer coisa melhor que o direito penal'."

IL3. Princípios de Direito Penal Mínimo

Conforme vimos na introdução da presente dissertação, a Política Criminal Alternativa de BARATTA denominada - ainda que pragmaticamente - de "Minimalismo" penal, parte da assunção de que o sistema penal se encontra deslegitimado, e apesar de seu objetivo final ser a abolição deste sistema, admite a dificuldade política e cultural de substituí-lo a curto prazo.

Portanto a tarefa de tal Política Criminal é ao mesmo tempo preparar a transformação do sistema penal, inclusive do seu discurso oficial, legitimado entre outras instâncias pela Dogmática jurídico-penal; e a utilização do mesmo como um instrumento para conter a violência com que manifesta o seu exercício de poder, enquanto o ideal abolicionista não é alcançado.

Com estes objetivos, BARATTA (1987a, p. 623-650), através de um artigo intitulado *"Princípios del Derecho Penal Mínimo. Para una teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal"*, enuncia os princípios de Direito Penal Mínimo como pauta reguladora das atividades do sistema penal.

Os princípios de Direito Penal Mínimo, enquanto Política Criminal a curto e médio prazo, pretendem ser, segundo o autor, uma articulação programática para uma mínima intervenção penal com base em requisitos mínimos de respeito aos

Direito Humanos pela lei penal. A prioridade desta Política Criminal é desenvolver uma estratégia que contenha ao máximo a violência punitiva.

Assim:

"A teoria do direito penal mínimo representa uma proposta de política criminal alternativa na perspectiva da criminologia crítica. Trata-se, sobretudo, de um programa de contenção da violência punitiva através do direito baseado na mais rigorosa afirmação das garantias jurídicas próprias do Estado de Direito e dos direitos humanos de todos os cidadãos, em particular das vítimas, processados e condenados pelo sistema de justiça penal. Seu programa consiste numa ampla e rigorosa política de descriminalização e, numa perspectiva final, na superação do atual sistema de justiça penal e sua substituição por formas mais adequadas, diferenciadas e justas de defesa dos direitos humanos frente à violência."(BARATTA, 1993, p. 56).

Para que possamos compreender melhor os princípios de Direito Penal Mínimo enunciados por BARATTA, faz-se necessário um estudo sobre alguns conceitos básicos e alguns pressupostos dos quais parte o autor.

Inicialmente, afirmamos que o autor parte da idéia de um sistema penal deslegitimado, sendo que esta deslegitimação ou desconstrução do sistema penal é resultado dos estudos da Criminologia Crítica, a partir do momento em que o sistema penal e o seu discurso legitimador passaram a ser o seu objeto de pesquisa.

A deslegitimação do sistema penal realizada pela Criminologia Crítica já foi o objeto do primeiro capítulo da presente dissertação, porém consideramos necessária uma síntese dos seus principais resultados (BARATTA, 1987a, p. 624-627).

a) Com relação à pena, e especialmente a cumprida com privação de liberdade em ambientes insalubres, a Criminologia Crítica revela que esta consiste em uma "violência institucional"⁶.

b) A tutela dos bens jurídicos enunciada pela lei penal e perseguida pelos órgãos do sistema penal, não é uma tutela dos interesses comuns de toda a sociedade, mas somente a tutela de interesses de grupos e classes minoritárias e privilegiadas pela posição elevada que ocupam dentro da escala vertical da sociedade. Isso porque o sistema penal se revela como reprodutor das relações de poder e propriedade existentes no sistema social global, ao mesmo tempo produzindo e legitimando ideologicamente estas relações.

c) O sistema penal funciona de uma forma altamente seletiva. Segundo vimos no primeiro capítulo, a seletividade do sistema penal manifesta-se num primeiro momento através da escolha pelo legislador dos bens a serem tutelados pela lei penal (criminalização primária) e, num segundo momento, na seleção pela polícia com base em estereótipos dos indivíduos que serão levados a julgamento pela instância judiciária, a qual por sua vez exerce a mesma seleção (criminalização secundária). A classe social à qual pertencem os componentes da população carcerária é uma prova de que todo o sistema penal se encontra dirigido às classes populares, apesar da existência dos criminosos de colarinho branco, que na verdade são os principais responsáveis pelas graves violações aos Direitos Humanos que ocorrem na sociedade

d) O sistema penal gera muito mais conflitos do que aqueles que pretende resolver. Na verdade o sistema punitivo não resolve os conflitos existentes na

⁶ Em recente artigo intitulado "*Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal*", BARATTA (1993, p. 44-61), fornece-nos os conceitos de violência e violência institucional: "*Em qualquer das suas formas, a violência é sempre repressão de necessidades e, portanto, violação ou suspensão de direitos humanos*" (p. 48). Segundo o autor, a violência pode ser distinguida conforme o agente que a pratica, portanto a violência é "*violência institucional quando o agente é um órgão do Estado, um governo, o exército ou a polícia*" (p. 48); dessa forma, a violência institucional pode ser exercida dentro da legalidade ou fora dela, conforme inúmeros exemplos de prisões ilegais, torturas e mortes extrajudiciais, praticadas principalmente pela polícia e pelo exército

sociedade, ele os reprime. Dessa forma, muitas vezes os conflitos alcançam uma dimensão mais grave do que se fossem resolvidos pelos envolvidos na situação, no momento do seu surgimento. Por outro lado, o custo social da intervenção penal produz novos conflitos, muitas vezes piores do que os que se reprimiu. Um exemplo disso é o contágio e a generalização das etiquetas que acompanham toda a família do condenado (ANIYAR DE CASTRO, 1983, p. 106).

e) O sistema penal, pelo modo como está estruturado e pela forma como funciona, é absolutamente incapaz de realizar as funções declaradas em seu discurso oficial, principalmente pela ideologia da defesa social.

O fracasso histórico da prisão, pena principal e elemento caracterizador dos sistemas penais modernos, que tivemos a oportunidade de verificar no primeiro capítulo deste trabalho, demonstra a inutilidade desta instituição para cumprir as funções de contenção da criminalidade e de ressocialização do condenado, funções essas que legitimam a sua existência e perpetuação.

A análise das funções realmente cumpridas pela prisão, porém, demonstra que sua sobrevivência histórica, apesar do aparente fracasso, deve-se ao fato desta instituição desenvolver funções altamente úteis para o sistema capitalista, na medida em que administra uma parte de conflitos existentes na sociedade e entre as classes populares, obscurecendo os comportamentos socialmente negativos das classes dominantes. Neste mesmo contexto, a prisão produz e reproduz a criminalidade como comportamentos típicos das classes mais débeis da sociedade, comprometendo-se com a manutenção material e ideológica das relações desiguais, fruto da acumulação do capital.

Todas estas questões, resultado dos estudos da Sociologia e da Criminologia Crítica, fazem o autor concluir que, apesar de se encontrar deslegitimado, o sistema penal continua manifestando o seu exercício de poder na sociedade, e de uma forma violenta: a violência punitiva. Portanto, o Direito Penal Mínimo é uma proposta de

Política Criminal Alternativa que estabelece um programa para a contenção desta violência.

O programa de Direito Penal Mínimo de ALESSANDRO BARATTA baseia-se em uma rigorosa afirmação das garantias jurídicas atinentes ao Estado de Direito, possuindo os Direitos Humanos como núcleo central.

Em trabalho publicado sobre a questão do Estado de Direito, BARATTA (1987b, p. 119-134) afirma que, apesar de este se apresentar atualmente como uma ideologia legitimante do poder estatal na defesa dos interesses de uma minoria privilegiada, a busca da realização do ideal Estado de Direito, como um Estado que garanta um mínimo de certeza com relação à vida e à liberdade dos indivíduos, deve ser a luta de todos aqueles que pretendam contribuir para o progresso da sociedade.

Nas palavras de BARATTA (1987b, p. 134):

"Trata-se de uma luta pelo progresso da sociedade quando por meio do Estado de Direito pretenda-se chegar mais além do Estado de Direito; ou seja, quando esta luta dirija-se não só a uma modificação formal e meramente jurídica, senão a uma modificação substancial tanto das relações econômicas como das relações de poder dentro da sociedade: de tal maneira que não só a forma jurídica, senão também a estrutura destas relações, chegue a ser a garantia (não formal, mas substancial) da liberdade. Neste sentido, o Estado de Direito não pode ser no presente senão a meta final, ao menos uma etapa decisiva no caminho face a uma sociedade de homens livres."

Portanto, os princípios de Direito Penal Mínimo, principalmente na categoria de limitação formal do sistema penal, baseiam-se na idéia de utilização das garantias fundamentais do Estado de Direito, como um mandato real para o funcionamento do sistema penal e não como conceitos abstratos adormecidos nas letras da lei.

A defesa das garantias jurídicas do Estado de Direito insere-se, portanto, na Política Criminal Alternativa, como uma estratégia para a contenção da violência do sistema penal a curto e médio prazo, enquanto não se atinja uma sociedade de igualdades e liberdades substanciais, que prescindam do controle penal do desvio⁷.

O conceito de Direitos Humanos assume, na proposta de BARATTA para uma mínima intervenção penal, duas funções.

Primeiramente, uma função negativa, ou seja, limitadora desta intervenção. Toda a intervenção realizada pelo sistema penal, através de qualquer uma das suas agências, deve ser pautada no estrito respeito aos Direitos Humanos.

Como função positiva, os Direitos Humanos servem para determinar o objeto de tutela do sistema penal. A violação dos Direitos Humanos é a única condição necessária, porém não suficiente, para a intervenção penal.

Em artigo já citado⁸, BARATTA (1993, p. 46) propõe uma definição extralegal de Direitos Humanos, em termos de direito à satisfação das necessidades reais dos indivíduos e da coletividade, entendendo por necessidades reais "*as potencialidades de existência e qualidade de vida das pessoas, dos grupos e dos povos.*"

Classifica, dessa forma, dois grupos fundamentais de Direitos Humanos:

a) O primeiro grupo constitui-se dos direitos individuais: direito à vida, à integridade física, à liberdade pessoal, de opinião e expressão, de crença, e os direitos políticos;

⁷ Segundo o autor, o modelo de sociedade que possa prescindir do Direito penal e da prisão é o modelo de sociedade socialista: "*A sociedade igualitária é aquela que deixa o máximo de liberdade à expressão do diverso, porque a diversidade é precisamente o que é garantido pela igualdade, isto é, a expressão mais ampla da individualidade de cada homem, portanto, que consente a maior contribuição criativa de cada homem à edificação e à riqueza comum de uma sociedade de 'livres produtores', na qual os homens não são disciplinados como portadores de papéis, mas respeitados como portadores de capacidades e de necessidades positivas.*" (BARATTA, 1991, p. 221).

⁸ BARATTA (1993, p.44-61).

b) O segundo grupo é formado pelos direitos econômico-sociais: direito ao trabalho e devidas condições de segurança, à educação, à saúde pública, ao meio ambiente saudável, etc.

Aplicando esta noção de Direitos Humanos à análise do sistema penal na sua real estrutura e funcionamento, BARATTA conclui que, na maioria das vezes, este atua muito mais como um sistema de violação dos Direitos Humanos do que como sistema de tutela dos mesmos.

A violação dos Direitos Humanos pelo sistema penal se dá de várias formas. Como já vimos acima, a pena revela-se como uma violência institucional, no sentido de que reprime as necessidades básicas do ser humano. Através dos fins úteis que as teorias utilitárias da pena declaram que ela cumpre, pretendem as mesmas justificar tal repressão. Com os estudos da Criminologia Crítica sobre o fracasso da prisão quanto aos seus declarados fins úteis, a pena revela-se, porém, como violência inútil com relação aos fins de prevenção geral e especial. Por outro lado, a violação aos Direitos Humanos apresenta-se mais evidente se considerarmos que a maior parte dos casos de prisão ocorre com indivíduos que ainda nem receberam sentença condenatória (conforme vimos no capítulo I).

Além de violência institucional, a prisão também é um local onde ocorrem as mais diversas formas de violência: violência de indivíduos, violência dos guardas, violência de grupos, etc.

Podemos ainda acrescentar, ao rol de violências cometidas pelo sistema penal, aquelas que, violando o princípio liberal da reserva legal e todos os seus derivados, violam também os Direitos Humanos, tais como penas de morte extrajudiciais, torturas, desaparecimentos, linchamentos, cometidas por policiais, militares, esquadrões da morte, etc, e que serão estudadas a seguir.

Todavia, a violência praticada pelo sistema penal, apesar de ser inútil aos seus fins declarados, revela-se útil aos seus fins realmente cumpridos.

Segundo BARATTA (1987a, p. 626):

"Em uma economia política da pena, o sistema punitivo apresenta-se, pois, não como violência inútil, senão como violência útil, a partir do ponto de vista da autorreprodução do sistema social existente, e, portanto, dos interesses dos grupos detentores do poder, para a manutenção das relações de produção e distribuição desigual dos recursos. Como consequência, o sistema punitivo aparece, em uma análise científica, como um suporte importante da violência estrutural."

A luta para a afirmação dos Direitos Humanos como estratégia para a contenção da violência institucional é a mesma luta para a contenção da violência estrutural, definida por BARATTA (1993, p.47) como:

"...a repressão das necessidades reais e portanto dos Direitos Humanos no seu conteúdo histórico-social. A violência estrutural é uma das formas da violência; é a forma geral de violência em cujo contexto costumam originar-se, direta ou indiretamente, todas as outras formas de violência."⁹

A repressão das necessidades reais é reflexo das relações de produção baseadas na propriedade e no poder. Com efeito, violência estrutural é, nas palavras de GALTUNG citadas por BARATTA, sinônimo de "injustiça social". É a injustiça social que leva ao profundo abismo entre as situações atuais e potenciais de satisfação das necessidades reais dos indivíduos.

⁹ Ver também a respeito: ANDRADE (1994a, p. 444 e ss.).

Da conclusão de que a violência institucional é uma das manifestações da violência estrutural, BARATTA (1987a, 626-627) aponta duas consequências:

"Uma política de contenção da violência punitiva é realista somente se se inscrever no movimento para a afirmação dos Direitos Humanos e da justiça social.....; as possibilidades de utilizar de modo alternativo os instrumentos tradicionais da justiça penal para a defesa dos direitos humanos são sumamente limitadas."

Apesar da limitação, os Direitos Humanos utilizados em sua dupla função continuam sendo, na opinião do autor, o fundamento mais correto para uma política alternativa do controle social que tenha por objetivo a mínima intervenção penal.

Os Princípio de Direito Penal Mínimo enunciadas por BARATTA, portanto, referem-se ao requisitos mínimos de respeito aos Direitos Humanos¹⁰ por parte da lei penal, pois dirigem-se a uma drástica diminuição ao nível de criminalização primária.

Tais princípios se dividem em duas categorias: os princípios intra-sistemáticos e os princípios extra-sistemáticos. Os primeiros indicam os requisitos para a criação e manutenção de condutas delitivas na lei penal. Os segundos constituem os critérios políticos e metodológicos para um processo de descriminalização e para a resolução alternativa dos conflitos e problemas sociais que prescindam do sistema penal.

¹⁰ Os Princípios de Direito Penal Mínimo como requisitos de respeito aos Direitos Humanos pela lei penal foram elaborados, segundo BARATTA, levando-se em consideração os estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni compilados no documento final do Instituto Interamericano de Derechos Humanos, com sede em San José de Costa Rica, e que será abordado no próximo capítulo.

PRINCÍPIOS INTRA-SISTEMÁTICOS

1) Princípios de Limitação Formal:

1.1. *Princípio da reserva legal ou princípio de legalidade em sentido estrito*

Vimos no capítulo anterior que, com o surgimento do Estado Liberal Moderno, a punição passou a ser um monopólio deste, e seu poder legitimado pela legalidade.

Em seu artigo sobre "*Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal*", BARATTA (1986, p. 77-92) explicita que, a partir desse momento, a função punitiva por parte do poder estatal passou a ser regulamentada por definições legais de crimes e de penas, de forma que o conceito de pena restou como derivado do conceito de crime.

Mesmo sob a égide de um Estado de Direito, o sistema punitivo continua a manifestar-se, porém, à margem da legalidade. O princípio da reserva legal serve muito mais como uma instância ideológica de legitimação do poder estatal, do que como mandato real para o funcionamento do sistema penal.

Extrapolando o conceito legal de pena e adotando o conceito sociológico de BARATTA (1987a, p. 628), que define a pena como "*repressão das necessidades reais fundamentais geralmente reconhecidas como direitos em uma sociedade*", podemos concluir que grande parte da função punitiva, estatal ou não, ocorre, nos dias de hoje, fora do âmbito do Direito.

Neste sentido, os exemplos não são poucos. Basta analisarmos as práticas punitivas de ditaduras, fascistas e nazistas, na Europa, e as dos países na América Latina, onde as desapareições, as torturas e as penas de morte extrajudiciais são lugar-comum.

Mesmo fora de tempos de ditadura, encontramos situações de violação ao princípio da legalidade nas ações da polícia e dos grupos militares¹¹ e paramilitares, principalmente na América Latina¹². No Brasil, além de exemplos de divulgação nacional como o massacre dos presos no Carandiru, de menores na Candelária e de famílias inteiras na favela de Vigário Geral, podemos acrescentar outros extraídos da obra de PASSOS (1994, p. 80-82):

*** Só no ano de 1990, de 13 de fevereiro a 26 de outubro, 50 pessoas morreram no Estado do Rio de Janeiro em matanças coletivas.**

*** Segundo a publicação *Enfoque* da Anistia Internacional, de 1990, os "Esquadrões da Morte" assassinam no Brasil, ao menos um menino ao dia.**

*** O jornal *O Estado de São Paulo*, de 18.7.91, noticiou que, só nos primeiros sete meses do ano, ocorreram no Estado da Bahia 70 linchamentos.**

O primeiro passo para a contenção da violência punitiva, é, portanto, para BARATTA, a submissão desta violência ao princípio da legalidade.

Este princípio, além de ser a base para os outros princípios de limitação formal da violência punitiva, impõe várias implicações:

a) o exercício da função punitiva deve restringir-se aos casos previstos pela lei como delito;

¹¹ A respeito ver: BARCELLOS (1992).

¹² A respeito ver: ZAFFARONI (1984).

b) é proibida a cominação de penas por outros órgãos do Estado que não sejam o legislativo;

c) qualquer violação a este princípio, principalmente aos Direitos Humanos, deve ser tipificada como crime e conseqüentemente objeto de pena.

1.2. Princípio de taxatividade

O cumprimento deste princípio, que é uma decorrência do princípio da reserva legal, impõe que a pena só seja aplicada nos casos em que ocorrer a expressa violação da norma penal em todos os seus elementos, descritivos, subjetivos e normativos. Ou seja, a conduta prescrita na tipificação do crime, seja no verbo que a define, seja nos demais elementos que a compõem, deve permitir uma maior objetividade na aplicação da hipótese geral ao caso concreto.

Para tanto requer uma apurada técnica legislativa que exclua do tipo penal quaisquer elementos que exijam para a sua interpretação o apelo a valorações sociais e a cláusulas gerais.

A analogia fica portanto proibida por este princípio e, segundo o autor, deveria ser proibida expressamente pela lei.

1.3. Princípio de irretroatividade

O princípio da irretroatividade, também derivado do princípio da reserva legal em sentido amplo, delimita o âmbito de eficácia da lei penal no tempo. Exclui a

aplicação da pena, bem como de qualquer modificação que venha prejudicar o réu no processo ou o condenado na execução que não tenha sido prevista pela lei ao tempo do fato.

Este princípio proíbe a retroatividade da lei nos casos em que não seja para beneficiar o réu ou o condenado. Assim, se um indivíduo estiver cumprindo uma pena por fato praticado anteriormente a uma lei que agrava a sua situação, cominando para o crime uma pena maior, por exemplo, esta lei não será aplicada ao seu caso.

1.4. Princípio da primazia da lei penal substancial

Este princípio impõe que qualquer ação desenvolvida pelos subsistemas do sistema penal deva realizar-se dentro do princípio da reserva legal enunciado pela lei penal substancial.

Dessa forma, a garantia da legalidade deve acompanhar o indivíduo desde a sua passagem pela polícia, no transcorrer do processo e durante toda a execução da pena.

O princípio da primazia da lei penal substancial, proíbe, portanto, a utilização pela polícia ou pelos administradores das penitenciárias de qualquer medida discricionária ou disciplinária restritiva aos direitos do indivíduo que não estejam estritamente de acordo com a lei penal substancial.

1.5. Princípio de representação popular

Baseado na noção de Estado de Direito, o princípio de representação popular impõe que a elaboração da lei penal obedeça todos os requisitos deste Estado em relação à representatividade popular nos órgãos legislativos.

A assembléia legislativa deve refletir a vontade popular na medida em que seja escolhida mediante eleições livres e secretas, desenvolvidas em um ambiente de livre organização dos partidos e movimentos políticos.

2) Princípios de Limitação Funcional:

2.1. Princípio da resposta não contingente

A lei penal deve ser uma resposta somente aos problemas sociais gerais e duradouros, não devendo direcionar-se a situações atípicas e excepcionais.

Este princípio impõe a máxima observação das características de generalidade e abstração da lei penal, ressaltando a ameaça às garantias jurídicas inerentes ao Estado de direito, que constitui a legislação penal de emergência¹³.

A pretexto de combater principalmente o narcotráfico e o terrorismo, em vários países do mundo tem-se elaborado leis de emergência que violam explicitamente os Direitos Humanos e corrompem a lógica dos Códigos. Em nosso país temos como exemplo, entre outras, a Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), e a recente Lei 9.034/95 (Lei do Crime Organizado).

¹³ A respeito ver: BARATTA (1985a, p. 559-595).

Outro exemplo de respostas contingentes dadas pela lei penal, é a administrativização do direito penal, ou seja, *"proliferação incontrolada e não planificada de normas penais que só constituem elementos secundários e complementares ao âmbito de leis não penais."*(BARATTA: 1987a, p. 631).

O princípio da resposta não contingente impõe, portanto, a autonomia da resposta penal, para que esta não se transforme em uma legislação de reforço a matérias não penais.

Os problemas sociais que a lei penal procurará resolver devem estar "suficientemente decantados" dentro da sociedade e a elaboração das lei deve passar por um processo de debate parlamentar, acompanhado de uma vasta discussão pública.¹⁴

2.2. Princípio da proporcionalidade abstrata

Um Direito Penal Mínimo, que possui os Direitos Humanos como pauta definitiva de condutas criminalizáveis (função positiva), só deverá permitir que a graves violações a estes direitos seja aplicada a lei penal.

A quantidade da pena já deve estar anteriormente cominada na lei e deve ser estritamente proporcional ao dano social causado pela conduta violadora dos Direitos Humanos, objeto da lei penal.

¹⁴ *"Ao falar de discussão política, refiro-me aos processos de articulação autônoma do 'mundo de vida' e da consciência dos conflitos em uma comunidade 'livre do poder' entre os portadores das necessidades e dos direitos; processos dentro dos quais os sujeitos atuam em sua competência política de cidadãos, como membro daquele 'público' que em uma sociedade democrática. exerce as funções de controle e de orientação das instâncias comunitárias e institucionais."* (BARATTA, 1987a, p. 631).

Um exemplo da violação deste princípio, segundo BARATTA (1989b, p. 84), é o rigor com que são apenadas em algumas legislações o consumo de drogas, enquanto que ao mesmo tempo não punem a autolesão e muito menos a tentativa de suicídio¹⁵.

2.3. Princípio de idoneidade

Não basta que uma conduta seja uma grave violação aos Direitos Humanos para que se lhe comine uma pena, ainda que esta obedeça ao princípio da proporcionalidade abstrata.

O princípio de idoneidade impõe ao legislador um exame empírico rigoroso, que possa comprovar o efeito socialmente útil da pena.

Este exame deve ser feito com base em estudos comparativos com outros ordenamentos, bem como com o auxílio de métodos sociológicos que evidenciem algum efeito útil da pena nas situações de grave ameaça aos Direitos Humanos.

2.4. Princípio de subsidiariedade

Mesmo que se comprove a idoneidade da resposta penal, esta só pode ocorrer nas situações em que não exista a possibilidade de sua substituição por outra forma não penal de solução para aquele conflito gerado pela violação dos Direitos Humanos.

¹⁵ A respeito ver BARATTA (1989b, p. 72-93).

A pena, portanto, só será procedente se não houver outra possibilidade que implique em menor custo social.

2.5. Princípio de proporcionalidade concreta ou de adequação do custo social

Este princípio parte do pressuposto, unanimemente aceito, de que a pena produz elevados custos sociais. O custo social aqui levado em consideração, porém, não é o cálculo econômico entre custo e benefício, mas os graves problemas criados pela pena para as pessoas às quais é imputada, para suas famílias e para toda a sociedade.

Em relação à sociedade, a intervenção penal pode agravar muitos de seus conflitos. Em artigo publicado sobre a Sociologia das drogas, BARATTA (1989b, p. 72-93) desenvolve profundamente a questão do custo social de sua criminalização.

Em relação aos consumidores de drogas, a maioria dos efeitos negativos sobre a saúde e o *status* social do drogado são oriundos da criminalização: a qualidade da droga não é controlada, as condições de higiene nas quais o consumo se realiza favorecem o contágio de doenças, o elevado preço das substâncias favorece a criminalidade para a sua obtenção.

O ambiente social do drogado é negativamente estigmatizado, fazendo com que eles se reúnem em subculturas que favorecem a marginalização.

A criminalização da droga expõe o sistema penal a sérios riscos de degeneração, ocasionando a crise de sua legitimidade e credibilidade, haja vista as ações ilegais da polícia, as superlotações nos presídios e o alto grau de reincidência.

Os efeitos da criminalização também são graves com relação ao mercado das drogas, pois acrescentam uma variável artificial no seu preço e propiciam o surgimento da criminalidade organizada.

A questão das drogas é somente um exemplo, entre tantos, dos efeitos negativos para a sociedade da intervenção penal.

Com relação à pessoa do condenado e à sua família, o custo social da intervenção penal é tanto maior quanto mais baixo for o estrato social ao qual pertençam.

Portanto, este princípio também impõe a exigência de uma aplicação da pena e dos benefícios voltada para a compensação e limitação das desigualdades sociais.

Vejamos:

"Neste sentido, o princípio da proporcionalidade concreta imprime aos critérios programáticos que devem guiar o juiz na discricionariedade que lhe é atribuída, na aplicação da pena e na concessão de atenuantes e de benefícios, uma direção oposta àquela que, na prática atual, assumem as decisões judiciais quando orientadas por valorações como prognose de criminalidade, as quais, como é sabido, aumentam as desvantagens dos indivíduos pertencentes a estratos sociais mais baixos."(BARATTA, 1987a, p. 634).

2.6. Princípio de implementabilidade administrativa da lei

Conforme vimos no primeiro capítulo da presente dissertação, a seletividade do sistema penal não se deve somente a sua incapacidade operacional, mas também

ao fato deste recrutar a sua clientela nos estratos sociais mais baixos, reproduzindo dessa forma as desigualdades sociais.

Se de fato fossem imputadas penas a todos aqueles que violam a norma penal, estaríamos diante da hipótese levantada por ZAFFARONI de criminalizarmos reiteradas vezes toda a população.

A seletividade estrutural do sistema penal encontra o seu fundamento na distância entre a programação legislativa e os recursos administrativos para o seu implemento.

Só existem, contudo, duas possibilidades para estancar a seletividade do sistema penal: ou se adequam os recursos administrativos aos programas legislativos, ou se redimensiona a programação legislativa para que esta se torne compatível aos recursos administrativos.

A primeira alternativa torna-se inviável se levarmos em consideração os custos econômicos e sociais desta operação gigantesca, que levaria, em último caso, a uma militarização do sistema penal e do Estado.

Portanto, só resta a outra possibilidade que o princípio da implementabilidade administrativa da lei impõe, ou seja, adequar a programação legislativa aos recursos administrativos para o seu implemento, o que por si só já reduziria ao mínimo o número de intervenções penais.

2.7. Princípio do respeito pelas autonomias culturais

Na elaboração deste princípio, o autor parte do pressuposto de que em uma sociedade existem diferentes formas de percepção da realidade, das normas, dos

valores, e que estas são parcialmente condicionadas pela hegemonia cultural dos grupos dominantes.

Uma Política Criminal Alternativa, preocupada com os requisitos de respeito aos Direitos Humanos pelo sistema penal, não pode ser indiferente às específicas percepções da realidade, das normas e dos valores das minorias étnicas e grupos minoritários, possuidores de culturas diferenciadas do resto da sociedade.

O princípio do respeito pelas autonomias culturais impõe a impossibilidade de criminalização de comportamentos praticados por indivíduos pertencentes à subculturas, quando estas se encontrem bem delimitadas¹⁶.

Segundo CERVINI (1993, p. 118):

"Uma subcultura implica na existência de juízos de valor, ou todo um sistema social de valores que, sendo parte de outro sistema mais amplo e central, cristalizou-se aparte. Vista a situação desde a cultura dominante e mais ampla, os outros valores da subcultura segregam a primeira e obstaculizam a integração total, causando em certas ocasiões conflitos abertos ou encobertos. Como resultado do isolamento normativo da subcultura, e sua própria solidariedade, surgem valores compartilhados que seus membros aprendem, adotam e inclusive exibem com transcendência simbólica, e que diferem em quantidade e em qualidade dos da cultura dominante."

Por outro lado, este princípio alia-se aos outros princípios de Direito Penal Mínimo, para fornecer ao desvio e a diversidade o maior espaço possível, desde que compatíveis com a mínima organização social justa.

¹⁶ Ver também a respeito: ZAFFARONI (1990) e CERVINI (1993).

2.8. Princípio da primazia da vítima

Para o autor é injustificada a pretensão do sistema penal de tutelar os bens jurídicos que extrapolem os interesses da própria vítima.

Com a interferência do Estado no conflito existente entre vítima e autor, esta é desapropriada do direito de compor o conflito segundo os seus interesses.

Com a observância do princípio da primazia da vítima, pode-se implementar uma estratégia de descriminalização de uma grande parte dos conflitos sobre os quais incide a lei penal.

Este princípio impõe, portanto, que se estabeleça um maior canal de comunicação entre a vítima e o autor do delito e uma política criminal voltada para a aplicação de sanções de caráter restitutivo ao invés de repressivo.

3) Princípios de Limitação Pessoal:

3.1. Princípio da imputação pessoal ou princípio de personalidade

Segundo o princípio de personalidade, a pena só pode ser aplicada a pessoa ou pessoas físicas responsáveis pela conduta violadora dos Direitos Humanos.

Além de proibir a extensão da pena a outras pessoas que não o réu, este princípio exclui a responsabilidade objetiva.

A responsabilidade de pessoas jurídicas e entes morais também fica proibida por ele. Apesar de admitir que as violações mais graves aos Direitos Humanos normalmente partem de grupos econômicos e da criminalidade organizada, BARATTA entende que, com este princípio, renuncia-se ao "mito da onipotência do

sistema penal", obrigando a sociedade a procurar outras formas de controle dessas ações que ultrapassem as penas pessoais e sejam mais eficazes, como, por exemplo, atacar a liberdade de operação e o patrimônio de certos grupos.

3.2. Princípio da responsabilidade pelo fato

Pelo princípio da responsabilidade pelo fato, não é possível se responsabilizar ninguém por suas características pessoais, mas somente pelo comportamento previsto como delito pela lei penal. Dessa forma, este princípio exclui qualquer forma de intervenção coativa, ou nenhuma consequência penal poderá basear-se na "periculosidade do autor"¹⁷.

Este princípio é extensivo a todos os ramos do Direito Penal, incluindo, portanto, a punição de menores em instituições especiais e os tratamentos em manicômio judiciário.

Segundo BARATTA, o princípio da responsabilidade pelo fato impõe uma redefinição do conceito de responsabilidade penal¹⁸, que assegure a todos os indivíduos sujeitos a qualquer intervenção coativa pelo sistema penal, limites claros de duração para cada sanção, prevista como consequência da violação da norma jurídica proibitiva por meio de um ato. Essa redefinição do conceito de responsabilidade penal é imperiosa, na medida em que os conceitos de imputabilidade, inimputabilidade e semimputabilidade definidos na teoria do crime passam atualmente por uma grave crise.

¹⁷ Termo cunhado pela Escola Positiva para legitimar a intervenção coativa, conforme vimos no primeiro capítulo.

¹⁸ Neste sentido ver: BARATTA (1988, p. 6655-6673).

Trata-se de submeter o sistema punitivo paralelo para os indivíduos que apresentam transtornos psíquicos aos direitos e garantias assegurados pela disciplina jurídica normal. Os transtornos psíquicos devem ser levados em consideração para o estabelecimento do tipo de regime de detenção ou para a concessão de benefício, procurando-se ao máximo evitar as consequências negativas que a prisão impõe ao tratamento e à ressocialização.

Da mesma forma, este princípio impõe a eliminação de sistema punitivo paralelo para os menores penalmente incapazes, aplicando aos mesmos a disciplina jurídica normal, baseada em modernas técnicas pedagógicas, preservando o respeito à pessoa do menor e aos seus direitos à educação e à assistência social.

3.3. Princípio da exigibilidade social do comportamento conforme a lei

Este princípio impõe a definição técnico-jurídica da condição necessária para a aplicação da pena, que é a reprovação, orientada pelo conceito de culpabilidade.

A definição normativa do conceito de culpabilidade, excluindo do mesmo elementos metafísicos e morais, deve ser baseada no contexto situacional da ação e possuir dois requisitos mínimos:

a) Causas de não exigibilidade social de comportamento conforme a lei, com os critérios para a sua verificação baseado no contexto situacional da ação e nos papéis sociais ou institucionais desempenhados pelo sujeito na situação problemática;

b) Critérios para a avaliação das alternativas de comportamento que possui o indivíduo no momento em que exerceu a ação delitiva.

Uma Política Criminal Alternativa, preocupada em minimizar a intervenção punitiva, deve levar em consideração o rol de alternativas comportamentais à disposição do sujeito no momento da ação delitiva, considerando que essas alternativas são variáveis dependentes do *status* social a que pertença o sujeito. Pois as alternativas de condutas são também distribuídas entre os indivíduos de acordo com o estrato social a que pertence, sendo que, quanto mais baixo o estrato, menor a possibilidade de alternativas

PRINCÍPIOS EXTRA-SISTEMÁTICOS

1) Princípios Extra-sistemáticos de Descriminalização

Os quatro princípios extra-sistemáticos de descriminalização apresentam a questão vista de uma ótica externa ao sistema penal. Ou seja, enquanto os princípios intra-sistemáticos impõem a descriminalização como consequência lógica dos Direitos Humanos, como único e exclusivo objeto da lei penal, bem como o limite para o exercício da repressão punitiva, os princípios extra-sistemáticos extrapolam o âmbito do sistema penal, acrescentando, à Política Criminal de Direito Penal Mínimo, estratégias de nível exterior ao sistema.

1.1. *Princípio da não intervenção útil*

Este princípio indica a necessidade de uma Política Criminal que estabeleça maior liberdade para a manifestação das diversidades existentes na sociedade. Em vista disso, a alternativa à criminalização não implica em substituí-la necessariamente por outras formas de controle social, seja formal, seja informal.

Isso implica uma rigorosa economia do controle social, para que a sociedade possa se desenvolver de uma forma mais igualitária e livre, convivendo com as diversidades na medida em que estas sejam compatíveis com uma organização social justa.

1.2. *Princípio da privatização dos conflitos*

O princípio da privatização dos conflitos possui estreita ligação com o princípio da proporcionalidade concreta e com o princípio da primazia da vítima.

Impõe uma Política Criminal de substituição de algumas intervenções penais por um direito restitutivo e por mediações e acordos entre as partes envolvidas nos conflitos, ou seja: retirar o interesse na punição do Estado e devolvê-lo ao seu âmbito privado, para que ali possa ser resolvido.

1.3. Princípio da politização dos conflitos

Este princípio impõe a devolução a certos conflitos do seu caráter político, como, por exemplo, a corrupção administrativa, as ilegalidades de órgãos militares e serviços secretos, a relação entre o crime organizado e o governo dos Estados, etc.

A intervenção do sistema penal não resolve os conflitos, somente os reprime. Para realizar essa repressão, o conflito é reconstituído a um nível técnico, processual, que o separa de suas implicações políticas.

Portanto, além de restituir a certos conflitos a sua dimensão política, este princípio impõe formas de intervenção institucional onde haja mais espaço para a participação e controle popular na gestão dos problemas mais importantes do sistema político.

1.4. Princípio da preservação das garantias formais

Segundo este princípio, mesmo quando o conflito for resolvido por outra forma de controle social que não seja o penal, as garantias formais previstas nas leis penais devem ser asseguradas aos envolvidos.

O princípio da preservação das garantias formais evita o risco, apontado por muitos como argumento contra a descriminalização, de que outras formas de controle do desvio signifiquem menores garantias para os indivíduos do que aquelas asseguradas pela lei penal.

2) Princípios Metodológicos da Construção Alternativa dos Conflitos e dos Problemas Sociais

Esta segunda categoria de princípios extra-sistemáticos para um Direito Penal Mínimo, segundo BARATTA (1987a, p. 645):

"...implicam na liberação da imaginação sociológica e política a respeito de uma 'cultura do penal' que colonizou amplamente o modo de perceber e de construir os conflitos e os problemas sociais em uma sociedade."

Tais princípios procuram reinterpretar os conceitos de "criminalidade" e de "pena", tratados de forma eminentemente técnica pelos profissionais do Direito, buscando, desta forma, alcançar uma nova e diferenciada atitude em relação aos conflitos e problemas sociais.

2.1. Princípio da subtração metodológica dos conceitos de criminalidade e de pena

Propõe um experimento metodológico aos atores incumbidos de interpretar os conflitos: prescindir hipoteticamente dos conceitos de "criminalidade" e de "pena", para verificar como os conflitos e problemas sociais poderiam ser resolvidos se tais definições jurídicas não existissem.

Trata-se, portanto, de forçar a imaginação na busca de alternativas para a interpretação dos conflitos e para as respostas a eles que sejam diferentes das punitivas.

2.2. Princípio de especificação dos conflitos e dos problemas

Para BARATTA (1987a, p. 645) o sistema penal apresenta-se, em uma análise sociológica, como "*um aglomerado arbitrário de objetos heterogêneos*". Dessa maneira, tal sistema pretende responder com a mesma forma de funcionamento e repressão aos mais variados tipos de condutas consideradas puníveis, cujo o único ponto em comum é o fato de estarem sujeitas a uma resposta punitiva. Como exemplo, o autor interroga o que tem em comum o aborto com a corrupção administrativa, ou os pequenos furtos com a grande criminalidade ecológica.

Este princípio propõe que se imagine a não existência de respostas institucionais para tais conflitos, para que se possa pensá-las reagrupando-os de forma mais homogênea em áreas mais específicas, levando ao surgimento de respostas mais adequadas à natureza de cada um.

2.3. Princípio geral de prevenção

Este princípio oferece uma indicação fundamental para uma política alternativa do controle social. Indica uma mudança das formas de controle social repressivo para uma forma de controle social preventivo.

Como já vimos, a intervenção penal não resolve os problemas e conflitos sociais, somente os reprime através de ação individual sobre uma de suas variáveis, fazendo com que, na maioria das vezes, crie problemas maiores do que os que pretende resolver.

Uma política preventiva deve orientar-se para a modificação das situações que levam os conflitos a se desenvolver, é uma política que busca, através da realização dos Direitos Humanos, a satisfação de suas necessidades reais, e por conseguinte, a justiça social. ***"O princípio da prevenção geral corresponde então à estratégia do controle democrático da violência."***(BARATTA, 1993, p. 60).

Isso porque, ao contrário do sistema penal, que está estruturalmente limitado para dar respostas aos conflitos como se estes estivessem isolados do todo social, a Política Criminal Alternativa busca a compreensão desses conflitos dentro de estruturas sociais objetivas e de mecanismos sociais complexos, dentro dos quais a ação delitiva é muito mais um efeito do que uma causa. Trata-se, portanto, de prevenir o acontecimento dos conflitos com a erradicação de suas causas e não com a repressão dos seus efeitos.

2.4. Princípio da articulação autônoma dos conflitos e das necessidades reais

Segundo BARATTA, este é o mais importante dos princípios extra-sistemáticos. Parte da noção de que o sistema penal tem desempenhado uma expropriação ideológica dos conflitos sociais, impedindo que os sujeitos de necessidades e de Direitos Humanos tenham a sua própria percepção e consciência dos conflitos nos quais estão envolvidos.

A articulação autônoma dos conflitos, por parte dos portadores de necessidades reais, impõe que estes sujeitos passem de uma condição passiva para com o tratamento institucional e assumam uma função ativa na definição dos conflitos nos quais estão inseridos e na escolha das formas e instrumentos para a sua resolução, de acordo com as suas necessidades reais. Tal princípio, portanto, possui a

idéia de uma democracia representativa e participativa como seu pressuposto, onde todo o exercício de poder do Estado deva ser a manifestação de um poder que reflita a vontade popular e os interesses gerais da nação.

Assim:

"A articulação autônoma da percepção e da consciência dos conflitos, das necessidades reais e dos direitos humanos por parte de seus próprios portadores, em uma comunicação não condicionada pelo poder, e a idéia da democracia e da soberania popular, são os princípios-guias para a transformação do Estado, não só face a um modelo formal de Estado de direito, mas também face a um modelo substancial de Estado dos direitos humanos."(BARATTA, 1987a, p. 647).

Para o autor, estes são também princípios-guias para toda a Política Criminal Alternativa, no seu intuito de transformação e superação do nosso atual sistema penal em um sistema de defesa e de garantia dos Direitos Humanos.

CAPÍTULO III

O REALISMO MARGINAL CRIMINOLÓGICO E O MINIMALISMO PENAL DE EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

III.1. Introdução

No primeiro capítulo demonstramos como se constituiu o modelo integrado de Ciência Penal que procura legitimar o sistema penal moderno; vimos, também, a trajetória da mudança de paradigma da Criminologia que, a partir do paradigma da reação social, possibilitou o surgimento da Criminologia Crítica.

Demonstramos ainda, com base nas pesquisas da Criminologia Crítica associadas às pesquisas sociológicas e historiográficas sobre as funções declaradas e as realmente cumpridas pelo sistema penal, a seletividade e o alto grau de violência com que o poder punitivo manifesta o seu exercício, o fracasso da pena privativa de liberdade na ressocialização do condenado e a conseqüente deslegitimação do

sistema penal por resultar evidente, em face destas pesquisas, o não cumprimento pelo mesmo das funções que visam justificar a sua existência.

No segundo capítulo, vimos a proposta de Política Criminal Alternativa de ALESSANDRO BARATTA e a sua estratégia de Direito Penal Mínimo, baseada nos Direitos Humanos, para a contenção da violência punitiva com a qual o sistema penal manifesta o seu exercício de poder.

Neste capítulo, pretendemos estudar a proposta político-criminal de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, penalista e criminólogo argentino, que entende necessária a elaboração de um saber que possibilite a análise específica dos sistemas penais latino-americanos, por considerar que estes apresentam, além das características estruturais presentes em todos os sistemas penais, particularidades inerentes à nossa condição de dependência para com os países centrais e um número muito mais elevado de arbitrariedade seletiva e violação dos Direitos Humanos, frutos da operacionalidade violenta de nossos sistemas penais.

Assim, ZAFFARONI elabora o Realismo Marginal Criminológico que, em sua dimensão político-criminal, propõe alguns princípios limitadores da violência dos sistemas penais da América Latina, possuindo os Direitos Humanos como fio condutor. Através da enunciação dos princípios limitadores da violência do sistema penal, o autor admite que, apesar de aspirar a utopia¹ abolicionista, limita-se a curto prazo a elaborar uma proposta de Minimalismo penal para nossa região marginal. É o que passaremos a estudar neste capítulo.

¹ Neste sentido ZAFFARONI (1991b, p. 149) considera utopia no sentido positivo de algo que ainda não se realizou, mas que se pretende realizar.

III.2. O Realismo Marginal Criminológico

Em sua obra, *Em Busca das Penas Perdidas*, ZAFFARONI (1991b) desenvolve um panorama geral da deslegitimação do sistema penal, principalmente o latino-americano e propõe a reinterpretação do Direito Penal.

Neste trabalho, que é o corolário de vários estudos anteriores, o autor oferece-nos as suas principais teses e propostas, expõe a necessidade de desenvolver um saber penal específico para nossa região marginal e reconstruir a Dogmática Jurídico-Penal sob as bases de um Direito Penal garantidor, que possua os Direitos Humanos como fio condutor. (ZAFFARONI, 1991b, p. 06).

Apesar de defender a idéia de que nem sempre as teorias oriundas dos países centrais podem ser utilizadas para a compreensão dos fenômenos da nossa região, o professor argentino demonstra quais as contribuições teóricas destes países que contribuíram para a deslegitimação do sistema penal na América Latina.

Primeiramente, considera a deslegitimação mais importante e irreversível aquela realizada pelo Interacionismo Simbólico e que deu origem à Criminologia da Reação Social.

Na opinião do autor, ao descreverem os processos de definição nos quais produz-se e reproduz-se a delinquência:

"...as investigações interacionistas e fenomenológicas constituem o golpe deslegitimador mais forte recebido pelo exercício de poder do sistema penal, do qual o discurso jurídico-penal não mais poderá recuperar-se, a não ser se fechando hermeticamente a qualquer dado da realidade, por menor que seja, isto é, estruturando-se como um delírio social." (ZAFFARONI, 1991b, p. 61).

Em segundo lugar, atribui às teses de FOUCAULT (1979) sobre a relação entre "saber" e "poder" um papel muito importante na deslegitimação dos sistemas punitivos. Entre outras contribuições, ao afirmar que as "instituições de seqüestro" (prisão, escola, manicômio, hospital, etc.) produzem formas específicas de saber e de poder, FOUCAULT deixou muito claro o papel legitimador que a Criminologia etiológica desempenha em relação à prisão.

Por último, o "paradigma da dependência" que se contrapõe ao "paradigma do desenvolvimento"², é para o autor um ***"marco que nos permite melhor aproximação para a compreensão do controle social punitivo em nossa região marginal."*** (ZAFFARONI, 1991b, p. 66).

Com a adoção deste paradigma, ZAFFARONI conclui³ que, devido ao fato do desenvolvimento econômico latino-americano estar condicionado pela dependência, possui defeitos estruturais, determinantes do nosso tipo de controle social, pois diante de situações críticas busca-se ***"estabelecer o equilíbrio apelando para o uso da força."*** (ZAFFARONI, 1984, p. 152).

Eis o resumo do ponto de vista do autor sobre as três contribuições teóricas acima mencionadas:

"Em síntese, as contribuições teóricas deslegitimantes mais significativas para a desqualificação do discurso jurídico-penal em nossa área foram a criminologia da reação social em suas vertentes interacionistas, fenomenológicas, marxistas dos autores que trabalham teoricamente a partir do reconhecimento da eficácia deslegitimante"

² O paradigma do desenvolvimento fundamenta tese difundida pelos setores oficiais do poder mundial de que o capitalismo dos países centrais seria "centrífugo", e que portanto, espalharia o seu progresso às regiões marginais. O paradigma da dependência desenvolvido nos Estados Unidos refuta esta teoria por considerar que os fenômenos das regiões marginais não são análogos aos centrais, apenas derivados dos mesmos, apresentando, por isto, especificidades que tornam impossível compreendê-los através das mesmas categorias do saber central. (ZAFFARONI, 1991b, p. 65).

³ Ver a respeito: ZAFFARONI (1984, p. 135-174).

das anteriores, as de Foucault quanto à 'microfísica' do poder e, mais recentemente, as contribuições da criminologia da economia dependente." (ZAFFARONI, 1991b, p. 69).

Em obra intitulada *Criminologia: aproximación desde un margen*, o autor demonstra que nosso controle social se caracteriza por utilizar como meio uma "punição institucionalizada", assim entendida como *"imposição de uma cota de dor ou privação legalmente previstas, ainda que nem sempre demonstradas como tais pela mesma lei, que pode assinalar-lhe fins diferentes."* (ZAFFARONI, 1988, p. 15).

Dessa forma, na América Latina encontramos o controle social punitivo institucionalizado como punitivo, que é o sistema penal composto por um conjunto de órgãos estatais (polícia, judiciário, etc.), e um controle social punitivo institucionalizado como não punitivo, sob a forma de assistência, terapia, trabalho, etc.

Para o autor, também fazem parte do sistema penal o conjunto de leis que regulam o seu exercício (leis constitucionais, leis penais, leis processuais, etc.), bem como o saber que operacionaliza a aplicação da programação enunciada pela lei, a Dogmática Jurídico-Penal. ZAFFARONI (1988, p. 17-18) acrescenta ainda como componente do sistema penal os meios de comunicação e a opinião pública que, juntamente com os outros componentes, tornam possível o exercício do controle punitivo institucionalizado.

Com efeito, ao lado deste sistema penal, definido por ZAFFARONI como "sistema penal em sentido estrito", convivem, além dos já citados, dois outros tipos de controles sociais punitivos: um sistema penal paralelo e um parainstitucional

Composto por agências de menor hierarquia, as quais desempenham uma menor função punitiva, o sistema penal paralelo é responsável pelo controle dos

delitos contravencionais, administrativos, etc. O problema deste sistema consiste no fato de que devido as suas agências não se apresentarem hierarquizadas possuem uma maior discricionariedade e arbitrariedade.

Exercido por pessoas da sociedade e muitas vezes pelos próprios integrantes do sistema penal, o controle social parainstitucional traduz-se em punições ilícitas e altamente violentas como penas de morte extrajudiciais, torturas, desaparecimentos, linchamentos, etc. Estes tipos de punição ocorrem muito na nossa região, sendo que por se tratarem de violação aos Direitos Humanos constituíram o objeto da pesquisa realizada pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos sob a direção de ZAFFARONI e publicada pelo autor, em 1984, sob o título: *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*.

Por apresentarem os sistemas penais latino-americanos as características comuns a todos os sistemas penais, mas possuírem diferentes formas operacionais concretas, para a sua deslegitimação concorrem, além das teorias centrais já mencionadas, a evidência dos próprios fatos, ou seja, o número de mortes causadas pelo exercício de poder dos nossos sistemas penais e que para ZAFFARONI (1991b, p. 38 e 67) significam "**um genocídio em marcha**"⁴.

Exemplificando:

"Há mortes em confrontos armados (alguns reais e a maioria simulada, ou seja, fuzilamento sem processo). Há mortes por grupos parapoliciais de extermínio em várias regiões. Há mortes por competidores em atividades ilícitas (disputa por monopólio de distribuição de tóxicos, jogo, prostituição, áreas de furtos, roubos domiciliares, etc.). Há 'mortes anunciadas' de testemunhas, juizes, fiscais, advogados, jornalistas, etc. Há mortes de torturados que não 'agüentaram' e de outros em que os torturadores 'passaram do ponto'. Há mortes

⁴ Ver também a respeito: ANDRADE (1994a, p. 434-442).

'exemplares' nas quais se exhibe o cadáver, às vezes mutilado, ou se enviam partes do cadáver aos familiares, praticadas por grupos de extermínio pertencentes ao pessoal dos órgãos do sistema penal. Há mortes por erro ou negligência de pessoas alheias a qualquer conflito. Há mortes do pessoal dos próprios órgãos do sistema penal. Há alta freqüência de mortes nos grupos familiares desse pessoal cometidas com as mesmas armas cedidas pelos órgãos estatais. Há mortes pelo uso de armas, cuja posse e aquisição é encontrada permanentemente em circunstâncias que nada têm a ver com os motivos dessa instigação pública. Há mortes em represália ao descumprimento de palavras dadas em atividades ilícitas cometidas pelos órgãos do sistema penal. Há mortes violentas em motins carcerários, de presos e de pessoal penitenciário. Há mortes por violência exercida contra presos nas prisões. Há mortes por doenças não tratadas nas prisões. Há mortes por taxa altíssima de suicídios entre os criminalizados e entre o pessoal de todos os órgãos do sistema penal, sejam suicídios manifestos ou inconscientes. Há mortes... .
(ZAFFARONI, 1991b, p. 124-125).

A violência operacional do sistema penal é possibilitada por três fatores constatados por ZAFFARONI (1991b, p. 21-29):

1. "O sistema penal não atua de acordo com a legalidade";
2. "A legalidade nem mesmo é respeitada no âmbito do sistema penal formal";
3. "O exercício de poder por parte do sistema penal é abertamente ilícito".

Analisaremos cada um dos fatores separadamente.

1. "O sistema penal não atua de acordo com a legalidade"

O exercício de poder do sistema penal seria legal se todos os seus órgãos atuassem de acordo com a programação legislativa, ou seja, em obediência aos princípios da legalidade penal e da legalidade processual enunciados pelo discurso jurídico-penal.

O princípio da legalidade penal impõe ao exercício de poder punitivo o estrito cumprimento dos requisitos legais para a punição de condutas previstas em lei penal. Só devem ser punidas, conforme este princípio, as condutas típicas, antijurídicas, e na medida da reprovação que indique a culpabilidade.

O princípio da legalidade processual impõe a obrigatoriedade dos órgãos do sistema penal de criminalizar todos os casos de condutas que violem a norma penal, e esta criminalização deve obedecer a rigorosos ritos processuais.

A análise dos textos legais, porém, permite-nos observar que *"a própria lei renuncia à legalidade"* (ZAFFARONI, 1991b, p. 22), ao excluir do seu âmbito o exercício de poder dos órgãos executivos do sistema, principalmente a polícia.

Nas mãos da polícia, que exerce o seu poder punitivo com altíssimo grau de arbitrariedade e seletividade, é que encontramos "o verdadeiro e real poder do sistema penal", o poder configurador, exercido sobre "os setores mais carentes da população e sobre alguns dissidentes (ou diferentes) mais incômodos ou mais significativos".

Assim:

"Mediante esta expressa e legal renúncia à legalidade penal, os órgãos do sistema penal são encarregados de um controle social militarizado e verticalizado, de uso cotidiano, exercido sobre a maioria da população, que se estende além do alcance meramente repressivo, por ser

substancialmente configurador da vida social."(ZAFFARONI, 1991b, p. 23).

Baseado nisso, conclui ZAFFARONI que o poder repressivo do sistema penal, consubstanciado no fato de deter, processar e condenar o autor de algumas condutas criminosas é ínfimo, se comparado com o poder militarizado de vigilância disciplinar exercido pelas agências executivas. Todavia, apesar deste disparate, o discurso jurídico-penal apresenta o poder repressivo como sendo a totalidade do poder do sistema.

Resumindo:

"Em síntese, e levando-se em conta a programação legal, deve-se concluir que o poder configurador ou positivo do sistema penal (o que cumpre a função de disciplinarismo verticalizante) é exercido à margem da legalidade, de forma arbitrariamente seletiva, porque a própria lei assim o planifica e porque o órgão legislativo deixa fora do discurso jurídico-penal amplísimos âmbitos de controle social punitivo."(ZAFFARONI, 1991b, p. 25).

2. "A legalidade nem mesmo é respeitada no âmbito do sistema penal formal⁵"

Diante da enorme disparidade entre a programação legislativa e a capacidade operacional dos órgãos do sistema penal, o autor assinala que este se encontra estruturalmente montado para que a legalidade processual jamais seja respeitada e que o seu poder seja exercido com ***"altíssimo grau de seletividade dirigida, naturalmente, aos setores mais vulneráveis"***.(ZAFFARONI, 1991b, p. 26).

⁵ Sistema penal formal é, para ZAFFARONI, o encarregado do exercício de poder repressivo: deter, processar e condenar.

A impossibilidade absoluta de criminalizar todas as condutas criminosas conforme a programação legislativa revela que **"o sistema penal é um verdadeiro embuste: pretende dispor de um poder que não possui, ocultando o verdadeiro poder que exerce."** (ZAFFARONI, 1991b, p. 26).

Por outro lado, o sistema penal formal também viola a legalidade penal.

Por vários motivos:

"Os tipos penais nascidos da incontrolada e desordenada 'inflação' de normas penais, podem carecer de adequada técnica legislativa, o que dá lugar para que muitos deles sejam 'abertos' (ou melhor 'difusos'), com grave lesão para as garantias de legalidade e reserva. As detenções sem prazo, fundadas nas faculdades de emergência, tendem a transformarem-se em crônicas, dando lugar a um desequilíbrio na divisão dos poderes estatais, porque de fato e de direito são penas impostas por tempo indeterminado pelos poderes executivos." (ZAFFARONI, 1982, p. 77).

3. "O exercício de poder abertamente ilícito por parte do sistema penal"

Por último, a deslegitimação dos sistemas penais latino-americanos pelos próprios fatos, deve-se também a seu **"violentíssimo exercício de poder à margem de qualquer legalidade."** (ZAFFARONI, 1991b, p. 28).

Os exemplos disso são as punições ilícitas exercidas por pessoas alheias ao sistema penal e por pessoas pertencentes aos próprios órgãos do sistema penal, conforme já foi analisado.

Toda essa violência, característica da operatividade de nossos sistemas penais, leva o autor a defender a imperiosa necessidade de formulação de um saber criminológico:

"...que nos permite explicar como operam os controles sociais punitivos de nossa margem periférica, que condutas e atitudes promovem, que efeitos provocam e como os encobre enquanto isso seja necessário ou útil para projetar alternativas para as soluções punitivas ou soluções punitivas alternativas menos violentas que as existentes e mais adequadas ao progresso social." (ZAFFARONI, 1988, p. 20).

Partindo desta constatação, em sua obra *Em Busca das Penas Perdidas* (1991b), ZAFFARONI elabora o "Realismo Marginal".

Tal modelo surge da necessidade de uma resposta marginal à deslegitimação do sistema penal. Responder à deslegitimação do sistema penal, para ZAFFARONI (1991b, p. 155), ***"significa encontrar uma resposta que contribua para diminuir a violência atual, quebrando sua curva ascendente."***

Neste sentido, o autor revela-se como "otimista":

"...acreditamos ser possível reduzir os níveis de violência, salvar muitas vidas, evitar muita dor inútil, e, finalmente, fazer o sistema penal desaparecer um dia, substituindo-o por mecanismos reais e efetivos de solução de conflitos." (ZAFFARONI, 1991b, p. 159).

Assim, ZAFFARONI deixa clara a sua posição abolicionista, porém considera que enquanto esta "utopia" não se realiza, necessária faz-se a elaboração de uma resposta à deslegitimação do sistema penal para conter a sua violência punitiva. Esta resposta é o Realismo Marginal.

O termo "realismo" é utilizado por sua vez como síntese de vários conceitos. Primeiramente como realismo filosófico, que concebe a realidade como algo fora e independente da vontade do sujeito cognoscente, que deve se limitar apenas a dar-lhe um sentido.

"Realismo" também é empregado no sentido de considerar as situações socialmente negativas como uma realidade, e não como algo que expresse a "falta de um bem". Caracteriza-se pela renúncia à busca de um modelo ideal, devido à urgência na formulação de uma política redutora da violência. Por fim, baseia-se no reconhecimento da vida humana e o desprezo por ela em nossa realidade marginal.

A expressão "marginal" também engloba vários aspectos. Ao mesmo tempo que diz respeito a nossa localização, na periferia do planeta, significa ainda a nossa relação de dependência para com os países centrais.

"Marginal" simboliza, além disso, a maioria da população latino-americana, que se encontra ***"marginalizada do poder, mas objeto da violência do sistema penal."***(ZAFFARONI, 1991b, p. 165).

A resposta para a violência do sistema penal que o Realismo Marginal pretende propiciar abrange tríplice dimensão: a dimensão criminológica, a dimensão político-criminal e a jurídico-penal.

Neste sentido, a dimensão criminológica:

"...permitiria uma aproximação dos mecanismos e efeitos da realidade operacional de nossos sistemas penais com a clara e confessa intencionalidade de procurar o saber necessário para diminuir seus níveis de violência de forma imediata e suprimi-los de forma mediata, como objetivo ou estratégia 'utópica' (no sentido positivo do 'não realizado', não no sentido negativo do 'não realizável')".
(ZAFFARONI, 1991b, p. 171).

A dimensão político-criminal encontra estreita ligação com a dimensão criminológica, pois a Criminologia é um saber:

"...necessário para instrumentalizar a decisão política de salvar vidas humanas e diminuir a violência política em nossa região marginal com vistas a se alcançar um dia, a supressão dos sistemas penais e a sua substituição por formas efetivas de solução de conflitos (se estes necessitarem ser resolvidos, já que, por um lado, nem todos os conflitos necessitam resolver-se e, por outro, não existe sociedade com capacidade para resolver todos eles." (ZAFFARONI, 1991b, p. 172).

Por outro lado, a dimensão jurídico-penal apresenta-se mais complexa para ZAFFARONI, já que a deslegitimação do sistema penal implica a deslegitimação do discurso jurídico-penal.

Porém, o autor considera possível:

"...a construção de um novo discurso jurídico-penal, que aceite a deslegitimação do exercício de poder do sistema penal e que se limite a pautar as decisões das agências judiciais com o mesmo objetivo político de reduzir a violência, levando-se em conta a informação criminológica sobre a operacionalidade real dos sistemas penais." (ZAFFARONI, 1991b, p. 172).

Conforme enunciamos na introdução, a presente dissertação pretende ocupar-se da dimensão criminológica e político-criminal do Realismo Marginal de ZAFFARONI.

Nesta dimensão o autor desenvolve algumas estratégias e táticas para a redução do violento exercício de poder do sistema penal e a sua substituição por outras formas mais eficazes de resolução dos conflitos.

A primeira tática seria a substituição do discurso produzido pelas instâncias reprodutoras da ideologia do sistema penal por um discurso contrário à violência. Nesse sentido, *"é fundamental a neutralização do aparelho de propaganda violenta do sistema penal, ou seja, a introdução de mensagens diferentes nos meios de comunicação de massa."* (ZAFFARONI, 1991b, p. 175).

Uma segunda tática implicaria no submetimento das notícias difundidas pelos meios de comunicação a um controle técnico, visando evitar as *"metamensagens reprodutoras ou instigadoras públicas de violência, de delito, de uso de armas, de condutas suicidas ou de consumo de tóxicos."* (ZAFFARONI, 1991b, p. 175).

A última e mais importante tática de resposta à deslegitimação do sistema penal é a intervenção mínima, acompanhada de um processo intensivo de descriminalização e de redução da pena de prisão, e limitada pelas garantias do Direito Penal liberal.

Assim:

"Em nossa opinião, o direito penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça." (ZAFFARONI, 1991b, p. 106).

Desta forma, o Direito Penal Mínimo de ZAFFARONI (1991b, p. 06) possui uma ética básica de valorização da vida humana, pautada na reconstrução das garantias fundamentais e baseada nos Direitos Humanos como fio condutor.

III. 3. O Minimalismo Penal

Para ZAFFARONI, a recuperação das garantias dos Direitos Humanos pelo programa de Direito Penal Mínimo é imperiosa pois, segundo ele, os resultados das pesquisas que demonstram a deslegitimação do sistema penal revelam que este viola abertamente os Direitos Humanos. Esta violação é oriunda não só da violência operacional do exercício de poder punitivo em nossos sistema penais periféricos, como também de todos os sistemas penais, constituindo-se como fruto de suas características estruturais. **"Em resumo, o exercício de poder dos sistemas penais é incompatível com a ideologia dos direitos humanos."** (ZAFFARONI, 1991b, p. 147).

A constituição do sistema penal atual iniciou-se no século XII, consolidando-se no século XIX, enquanto que, apesar de possuir diversas raízes e origens, a formulação dos Direitos Humanos em sua versão moderna se deu no século XVIII, fruto do Iluminismo e na tentativa de limitar o poder do sistema penal.

Ao invés, porém, de ter o seu poder limitado, o sistema penal conseguiu aumentá-lo através da proliferação das agências policiais nos séculos XVIII e XIX, que exercem como vimos o mais importante poder do sistema penal : o positivo e o configurador. (ZAFFARONI, 1991b, p. 152).

Entretanto, na opinião do autor, os Direitos Humanos não representam uma utopia, mas **"um programa de longo alcance de transformação da humanidade."** (ZAFFARONI, 1991b, p. 149).

Por se apresentar como um programa, significa algo que deve se realizar e não algo que já se realizou, pois:

"A pretensão de que os Direitos Humanos estão realizados não passa de uma tentativa de colocá-los 'ao contrário' e, conseqüentemente neutralizar seu

potencial transformador." (ZAFFARONI, 1989, p. 440).

Se compararmos o artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos do Homem, segundo o qual "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos" com a consagração da desigualdade efetuada pela seletividade do sistema penal, poderemos constatar a contradição entre os Direitos Humanos e o sistema penal. E é por isso que os dispositivos dos Direitos Humanos sempre buscaram limitar e conter o exercício de poder do sistema penal.

Portanto, o Realismo Marginal encontra nos Direitos Humanos as bases para a sua estruturação.

Assim:

"A necessidade e a urgência de uma resposta fundada na deslegitimação do sistema penal se impõe também, a partir da perspectiva do programa transformador que os direitos humanos implicam, particularmente em nossa localização no mapa do poder planetário, onde o caminho progressivo até a realização dos direitos humanos é muito claramente submetido a interrupções abruptas e onde o exercício de poder do sistema penal constitui a peça chave do extermínio brutal." (ZAFFARONI, 1991b, p. 153).

Como uma das instâncias de legitimação do sistema penal é o discurso jurídico-penal, ZAFFARONI (1991b, p. 253) considera imprescindível para a contenção da violência do sistema penal a modificação do discurso jurídico-penal, sobre as bases de um direito humanitário.

As garantias penais contidas no discurso jurídico-penal devem servir de limite à violência do sistema penal, e não somente como princípios aos quais o sistema deveria respeitar, mas na realidade, viola.

Portanto:

"O que se deve pretender - e fazer - é que a agência judicial empregue todos os seus esforços de forma a reduzir cada vez mais, até onde o seu poder permitir, o número e a intensidade destas violações, operando internamente a nível de contradição com o próprio sistema, a fim de obter, desse modo, uma constante elevação dos níveis reais de realização operativa desses princípios." (ZAFFARONI, 1991b, p. 235).

Dessa forma, a agência judicial possui um papel fundamental na estratégia de contenção da violência do sistema penal, pois deverá decidir em cada caso submetido a sua apreciação conforme uma regra denominada pelo autor de "mínima violação/máxima realização" das garantias penais.

Assim:

"Da perspectiva de um discurso jurídico-penal pautado no realismo marginal, entende-se por garantias penais o compromisso das agências judiciais penais para exercer seu poder de modo a decidir cada caso conforme a regra de 'mínima violação/máxima realização' dos princípios que servem para limitar a irracionalidade (violência) do exercício de poder do sistema penal, configurando, deste modo um 'padrão' - provisório, por ser progressivo e 'aberto', ou 'inacabado' - de máxima irracionalidade (violência) tolerada (porque a agência judicial carece de poder para impor um menor)." (ZAFFARONI, 1991b, p. 236).

Neste sentido, ZAFFARONI (1991a, p. 232 e 1991b, p. 222-225) compara a deslegitimação do sistema penal com a deslegitimação da guerra⁶, demonstrando que

⁶ A analogia do sistema penal com a guerra, enquanto exercícios de poder deslegitimados, é reiteradas vezes utilizada pelo autor no sentido de demonstrar que as agências judiciais, mesmo frente a um sistema penal deslegitimado podem exercer um papel de controladoras dos efeitos nocivos deste sistema.

o papel da agência judicial no sistema penal é o mesmo que o da Cruz Vermelha Internacional que, apesar de não possuir o poder de acabar com a guerra, procura evitar seus piores efeitos e busca contê-la dentro dos limites do seu poder.

Na medida em que as decisões das agências judiciais se pautarem pela regra de "mínima violação/máxima realização" dos princípios penais, elas irão construindo "padrões" que avançarão na direção da redução da violência. Portanto, a fim de propiciar o avanço dos padrões, os princípios penais limitadores da violência não devem ser considerados estáticos, mas "abertos ou "inacabados". (ZAFFARONI, 1991b, p. 237).

Segundo o autor, esta é a forma de progredir sempre mais na limitação da violência, e exige um papel crítico do discurso jurídico-penal para com os padrões alcançados pelas agências judiciais.

Portanto:

"A única forma de se manter esta progressividade da limitação repressiva e de fazer com que os princípios penais permaneçam sempre 'abertos' ou 'inacabados' consiste em sustentar um certo grau de contradição entre o discurso jurídico-penal da agência de reprodução ideológica e o padrão obtido pelas agências judiciais." (ZAFFARONI, 1991b, p. 237).

Tais princípios, baseados nas garantias penais e nos Direitos Humanos, não são inacabados somente na sua realização, mas também na sua enunciação e catalogação, na medida em que a complexidade e a dinâmica dos conflitos na sociedade implicam no surgimento de novos princípios. (ZAFFARONI, 1991b, p. 238).

Dessa forma, os princípios penais fundamentais classificam-se em três categorias que englobam vários outros princípios.

Na primeira encontramos os "Princípios para a Limitação da Violência por Carência de Elementaríssimos Requisitos Formais". Na segunda, os "Princípios para a Limitação da Violência por Exclusão de Pressupostos de Disfuncionalidade Grosseira para os Direitos Humanos" e, na terceira, os "Princípios para a Limitação da Violência por Exclusão de Qualquer Pretensão de Imputação Pessoal em Razão da sua Notória Irracionalidade". São estes princípios que passaremos a estudar.

1) Princípios de Limitação da Violência Por Carência de Elementaríssimos Requisitos Formais

Como muito bem observou CERVINI (1993, p. 94), os princípios enunciados por ZAFFARONI no âmbito desta categoria coincidem com os Princípios Intra-sistemáticos de Limitação Formal elaborados por BARATTA em seu programa de Direito Penal Mínimo (conforme vimos no capítulo II).

1.1. Princípio de reserva legal ou de exigência máxima de legalidade em sentido estrito

Este princípio impõe a máxima realização e a mínima violação da legalidade das penas e de todos os seus pressupostos (devido processo legal, contraditório, idoneidade das provas, etc.).

Isso significa que a agência judicial deve recuperar para si toda a forma de punição encontrada no sistema penal e submeter a sua aplicação ao mais estrito cumprimento do princípio da legalidade.

Como o Estado Moderno reserva para si o direito à punição, teríamos, com este princípio, todas as formas punitivas enquadradas no requisito da legalidade.

Assim:

"O princípio de legalidade, muitas vezes entendido como 'tipo-garantia', não pode ter outro fundamento que a necessidade de limitar a violência seletiva do poder penal. É uma espécie de 'direito penal mínimo' hoje consagrado quase que universalmente e que se tratou de racionalizar, limitar e burlar das mais diversas formas."
(ZAFFARONI, 1991b, p. 250).

1.2. Princípio de máxima taxatividade

Sob a égide deste princípio ficam proibidos todos os tipos penais abertos e em branco, as escalas penais indeterminadas para a duração da pena e as punições administrativizadas, os quais, por não possuírem limites certos e serem passíveis de várias construções, possibilitam a violação do princípio da legalidade.

O princípio da máxima taxatividade também proíbe o emprego da analogia na interpretação da lei penal.

1.3. Princípio da irretroatividade

O princípio da irretroatividade surge como consequência do princípio da legalidade, pois não se pode punir uma conduta que, não estando prevista na lei penal, não possibilita ao seu autor o conhecimento prévio da proibição nem da pena cominada à sua violação.

1.4. Princípio da máxima subordinação à lei penal substantiva

Este princípio impõe a subordinação de qualquer lei, decreto, regulamento, acórdão, etc, seja no campo processual, seja no executivo ou administrativo e que impliquem em limitações de direitos aos requisitos exigidos pela lei penal para a sua imposição.

Como já mencionamos, para o autor é exatamente neste campo, externo ao sistema penal formal, que encontramos as principais formas de violência. O fato destas agências disporem de um alto grau de discricionariedade abre espaço para a ocorrência de muitas arbitrariedades no seu exercício de poder.

Assim, ZAFFARONI postula a submissão do exercício do poder punitivo destas agências ao controle e limite do Direito Penal como, por exemplo, as prisões preventivas, os delitos contravencionais, as prisões administrativas, etc.

1.5. Princípio de representação popular

De acordo com este princípio, as lei penais só podem ser elaboradas pelo poder legislativo previsto pela Constituição e com representação popular.

Dessa forma:

"As leis penais 'de direito' ou 'de fato' somente serão reconhecidas na medida em que beneficiem o criminalizado ou o candidato à criminalização, e sempre que tal benefício não tenha resultado de uma ação calculada dos usurpadores do poder legítimo a fim de se beneficiar ou a seus aliados circunstanciais." (ZAFFARONI, 1991b, p. 240).

2) Princípios Para a Limitação da Violência Por Exclusão de Pressupostos de Disfuncionalidade Grosseira Para os Direitos Humanos

Esta categoria de princípios é direcionada para a orientação da aplicação da lei penal pelas agências judiciais.(CERVINI, 1993, p. 94).

2.1. Princípio da limitação máxima da resposta contingente

Este princípio impõe ao juiz uma análise crítica das disposições legislativas e a negação da sua aplicação, quando elas não forem fruto de amplos debates públicos sem a consulta de técnicos especializados e sem uma pesquisa político-criminal.

O princípio da limitação máxima da resposta contingente visa evitar, portanto, a aplicação de leis demagógicas que atendam a interesses de pequenos grupos de pressão ou a propagandas publicitárias. Nestes casos, o que a agência judicial deve fazer é declarar a inconstitucionalidade destas leis e abster-se da sua aplicação.

2.2. Princípio de lesividade

A imposição da pena só deve ocorrer quando houver um bem jurídico afetado. Pois, segundo o autor, a pena imposta como consequência de uma ação que não afetou o direito de ninguém é uma "aberração". Este princípio exige como condição para a resposta punitiva a lesão ou o perigo concreto de lesão de algum bem jurídico.

Portanto:

"A necessidade de um bem jurídico afetado apresenta-se, em verdade, como outro limite máximo de irracionalidade tolerada, que não pode ser ultrapassado sem que se caia no absurdo total: admitir a intervenção do sistema penal quando não há conflito, ou quando o conflito é gerado sem que o direito de alguém seja afetado, mas somente seus valores, gostos ou opiniões." (ZAFFARONI, 1991b, p. 255).

2.3. Princípio da mínima proporcionalidade

A pena não deve ser admitida para punir um fato insignificante ou de lesividade mínima (princípio da insignificância).

Apesar do seu caráter irracional, a pena não pode ultrapassar o limite do intolerável, sendo aplicada em casos de lesividade mínima, ou excedendo, de forma grosseira, a proporcionalidade ao dano causado pela conduta delitiva.

2.4. Princípio do respeito mínimo à humanidade

Segundo este princípio, o juiz deve prescindir da pena ou aplicá-la de forma mínima, quando esta, na sua previsão abstrata ou nas circunstâncias concretas, repugnar os mais elementares sentimentos de humanidade, isto é, quando implicar em uma lesão gravíssima para a pessoa ou quando os efeitos e o sofrimento quanto ao ato praticado tornarem a sua aplicação desnecessária.

Para ZAFFARONI, este é um fato juridicamente admissível e obedece aos princípios constitucionais.

2.5. Princípio de idoneidade relativa

Como sabemos, a intervenção penal não serve para solucionar os conflitos, mas apenas para reprimi-los. Não se pode, porém, admitir que o legislador pretenda responder às demandas conflituais de uma forma grosseira.

Neste sentido, o princípio de idoneidade relativa impõe aos juízes que pressionem o poder legislativo, para que este não tente "desembaraçar-se" dos

conflitos com soluções simbólicas, que só ocultam os conflitos ao invés de proporcionar maneiras para a suas soluções.

2.6. Princípio limitador da lesividade à vítima

Desde os séculos XII e XIII a vítima foi excluída como sujeito no processo penal e substituída por um representante do soberano ou do Estado. ZAFFARONI (1991b, p. 184) considera esta passagem histórica como uma expropriação irreversível do direito da vítima.

Portanto, a vítima de um delito acaba invariavelmente prejudicada, resultando inadmissível que a agência judicial, além deste prejuízo estrutural, permita a intervenção penal quando esta acarretar maiores prejuízos para a vítima, como, por exemplo, o sofrimento com a intervenção que é feita contra a sua vontade.

2.7. Princípio de transcendência mínima da intervenção punitiva

A intervenção penal acaba sempre transcendendo a pessoa do condenado e afetando o grupo ao qual pertence, apesar do princípio constitucional de pessoalidade das penas. Um exemplo disso é o contágio e a generalização das etiquetas que, segundo ANIYAR DE CASTRO (1983, p. 106), acompanha toda a família do criminalizado. Para ZAFFARONI (1991b, p. 243): "***Ninguém pode evitar esta transcendência, a não ser mediante a supressão da pena.***"

A agência judicial, porém, deve procurar exercer seu poder de modo que a pena não ultrapasse o seu nível normal de transcendência, contendo ao máximo a violência irracional que afete necessariamente a terceiros.

3) Princípios Para a Limitação da Violência
Por Exclusão de Qualquer Pretensão de Imputação Pessoal
Em Razão da sua Notória Irrracionalidade

Estes princípios encontram-se conectados com a concepção de ZAFFARONI (1991b, p. 243) sobre a Teoria do Delito *"como um conjunto de limites que a agência judicial deve comprovar não violados, a fim de que possa dar vez às conseqüências penais."*

Assim, o autor acresce aos princípios acima estudados os conceitos de tipicidade, antijuricidade e culpabilidade como limites à violência do sistema penal.

Dessa forma, desenvolve o conceito de culpabilidade de uma maneira original e particular, rechaçando qualquer espécie de culpabilidade em razão de características pessoais do criminalizado, conforme ocorre com a noção de periculosidade.

Como já vimos no capítulo I, o sistema penal, através de suas agências policiais, elege alguns candidatos à criminalização e submete-os à decisão da agência judicial. Esta deverá, segundo ZAFFARONI (1991b, p. 248), limitar a irracionalidade da violência seletiva, pautando suas decisões em critérios objetivos e diversos dos que possibilitam a ação seletiva dos outros órgãos do sistema penal.

Assim:

"Para que esta exigência de dados objetivos resulte minimamente racional, tais dados devem ser selecionados de acordo com algum fundamento antropológico ou, pelo menos, não recusar uma base antropológica; por isso, não deve tomar como

dados limitadores ou reguladores outras coisas que não sejam uma conduta ou ação do criminalizado. Qualquer outro dado resultaria contrário ao conceito de homem como pessoa e, por conseguinte, claramente antijurídico." (ZAFFARONI, 1991b, p. 249).

Devido à exigência de requisitos para a criminalização fundados na conduta ou na ação do criminalizado, o conceito de culpabilidade normativa com base na reprovação personalizada resulta deslegitimado.

Essa deslegitimação é fruto da própria deslegitimação do sistema penal, principalmente quando é evidente a sua seletividade.

Portanto:

"A seletividade do sistema penal neutraliza a reprovação: Por que a mim? Por que não a outros que fizeram o mesmo?, são perguntas que a reprovação normativa não pode responder."(ZAFFARONI, 1991b, p. 259).

Alguns limites que a culpabilidade pela reprovação impõem à criminalização, tais como a inexibibilidade de conduta diversa por impossibilidade de compreensão do antijurídico ou por incapacidade de autodeterminação, devem, porém, continuar a ser respeitados, mas acrescidos de mais um limite à culpabilidade, para que esta permaneça dentro do máximo de racionalidade aceitável: "a culpabilidade pela vulnerabilidade" (ZAFFARONI, 1991b, p. 270).

A "vulnerabilidade" é o risco de ser selecionado pelo sistema penal, podendo ser medida em "níveis", conforme a "situação" de risco em que se tenha colocado a pessoa. A situação de vulnerabilidade é gerada por "fatores de vulnerabilidade" que podem ser divididos em dois grupos: "posição ou estado de vulnerabilidade" e "esforço pessoal para a vulnerabilidade".

A "posição ou estado de vulnerabilidade" é socialmente condicionada, ou seja, algumas pessoas em função de sua classe social, cor, preferências sexuais, estão mais vulneráveis à seleção do sistema penal para serem criminalizadas. Este fator é "incobrável": a agência judicial não pode decidir em função do estado ou posição de vulnerabilidade. (ZAFFARONI, 1991b, p. 270).

Por outro lado, o "esforço pessoal para a vulnerabilidade" implica na autodeterminação da pessoa de colocar-se em risco de ser selecionada pelo sistema penal em função de um comportamento particular, e neste sentido pode ser cobrado pela agência judicial. Inclusive, ZAFFARONI (1991b, p. 271) chega a afirmar que os fatores de esforço pessoal para a vulnerabilidade **"são os que constituem a essência da contribuição dada pela pessoa para sustentar o exercício de poder que a seleciona e criminaliza."**

E este é o limite do poder redutor da violência do sistema penal que as agências judiciais possuem, pois não podem negar-se a criminalizar uma conduta que, além de apresentare os requisistos legais para a criminalização, foi realizada por uma pessoa que despendeu um esforço para se tornar vulnerável.

Assim, a posição ou estado de maior vulnerabilidade dará origem a um baixo nível de culpabilidade, na medida em que a agência judicial deverá agir de forma a reduzir a violência seletiva baseada em estereótipos de criminosos.

Por fim, deve-se sempre levar em conta que a culpabilidade pela vulnerabilidade não pode nunca ultrapassar os limites da autonomia da vontade impostos pela culpabilidade baseada na reprovação, pois se trata do limite máximo da violência tolerável, o qual **"é alimentado e sustentado por todos os anteriores limites ou requisitos limitadores."** (ZAFFARONI, 1991b, p. 271).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As pesquisas da Criminologia Crítica, ao revelarem a deslegitimação do sistema penal, proporcionaram um solo fértil para o surgimento de Políticas Criminais que buscam uma resposta para a deslegitimação deste sistema.

Ao transformar o sistema penal em seu objeto de estudo, a Criminologia Crítica, conforme vimos no primeiro capítulo, deixou claro as reais funções que ele cumpre nas sociedades capitalistas modernas.

A seletividade do sistema penal não se deve apenas aos critérios (esteriótipos) dos quais se utiliza para capturar a sua clientela, mas também ao fato de estar estruturalmente incapacitado de exercer o seu poder conforme a programação legal.

Por outro lado, o fracasso da prisão - instituição central dos sistemas penais capitalistas - quanto à ressocialização do apenado, restou evidente a partir do seu estudo enquanto "instituição total", que na realidade funciona como uma "fábrica de criminalidade".

Temos, portanto, a seletividade e o fracasso da prisão colocando em xeque o princípio do Direito penal como um Direito igual por excelência e as teorias utilitárias da pena difundidas pela Ideologia da Defesa Social. Em resumo,

encontramo-nos diante de um sistema penal deslegitimado quanto às funções que declara cumprir em seu discurso oficial.

Seletividade associada à arbitrariedade faz dos sistemas penais atuais, principalmente na América Latina, um exercício de poder altamente violento e transgressor dos Direitos Humanos e das garantias jurídicas do Estado de Direito, consubstanciadas nas leis constitucionais, penais e processuais penais. Ou seja, um exercício de poder deslegitimado que se manifesta como violência inútil

Como a Criminologia Crítica, porém, procura estudar o sistema penal em sua vinculação com as relações sociais de produção no sistema capitalista, revela que sob esta perspectiva este cumpre funções úteis de reprodução e produção das desigualdades sociais, produto da distribuição desigual dos recursos inerente à lógica de acumulação do capital.

As Políticas Criminais aqui estudadas partem desta noção de deslegitimação do sistema penal e buscam alternativas para os efeitos funestos deste exercício de poder violento a curto e a médio prazos, buscando a preparação para uma futura abolição do controle social punitivo institucionalizado como forma de resolução dos conflitos.

A Política Criminal Alternativa de ALESSANDRO BARATTA e a proposta de Direito Penal Mínimo nela contida, são apontadas no segundo capítulo como estratégia de contenção da violência punitiva, através de requisitos mínimos de respeito aos Direitos Humanos, por parte do sistema penal.

O aporte teórico da Política Criminal Alternativa, como política criminal das classes subalternas, é a teoria materialista (econômico-política) do desvio. Tal teoria, construída sob as bases da Criminologia Crítica, relaciona o fenômeno do desvio e os processos de criminalização com as relações sociais de produção dos sistemas capitalistas.

Partindo desta relação, BARATTA formula quatro indicações estratégicas que convergem para a necessidade de profundas transformações do sistema penal e da sociedade como um todo no que tange às formas de resolução dos conflitos e dos problemas sociais.

Uma vasta e progressiva ação de decriminalização, o reforço das garantias jurídicas do Estado de Direito e dos Direitos Humanos com vistas à substituição do sistema penal por formas mais democráticas e menos violentas de resolução dos conflitos, são alguns dos pontos centrais de sua Política Criminal.

Os princípios de Direito Penal Mínimo, surgem, assim, como uma articulação programática para a realização desta proposta, os quais serão analisados a título de considerações finais em paralelo com aqueles enunciados por ZAFFARONI.

O Realismo Marginal Criminológico de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, conforme vimos na terceiro capítulo, constitui-se em um saber voltado para os sistemas penais latino-americanos.

O autor considera que a nossa situação de dependência em relação aos países do capitalismo central imprime em nossos sistemas penais características operacionais de maior violência e um mais alto grau de violação dos Direitos Humanos. A deslegitimação dos sistemas penais na América Latina é devida sobretudo à evidência dos fatos, principalmente do fato "morte".

A violação explícita da legalidade, associada à arbitrariedade e violência do seu poder configurador desempenhado pelas agências policiais, faz com que o exercício de poder punitivo dos nossos sistemas penais se apresente como um genocídio em marcha.

Portanto, a resposta à deslegitimação do sistema penal significa a busca de uma forma de contenção da violência do mesmo através da sua urgente redução, pois a demora nesta redução "conta-se em mortes". (ZAFFARONI, 1991, p. 224).

Subscrevendo o ideal abolicionista a longo prazo, o Realismo Marginal Criminológico consubstancia-se em uma resposta imediata para a deslegitimação do sistema penal e a sua dimensão politico-criminal constitui-se nos princípios limitadores da violência punitiva.

A principiologia do autor também visa, assim como a de BARATTA, a contração do sistema penal, através da recuperação das garantias jurídicas fundamentais e do respeito aos Direitos Humanos.

Enquanto na obra de BARATTA, porém, os Direitos Humanos são considerados sob uma perspectiva materialista, englobando também os direitos sociais, em ZAFFARONI possuem o seu teor originário moderno, ou seja, liberal, baseado nas garantias individuais.

Assim, a análise dos princípios minimalistas de ambos os autores, revela-nos que, salvo algumas diferenças, existem muitos pontos em comum. Vejamos.

Os Princípios Intra-sistemáticos de limitação formal de BARATTA (princípio da legalidade em sentido estrito, de taxatividade, de irretroatividade, da primazia da lei penal substancial e da representação popular), coincidem com a primeira categoria de ZAFFARONI, ou seja, os Princípios de Limitação da Violência por Carência de Elementaríssimos Requisitos Formais. Com a enunciação desta principiologia, os autores reforçam as garantias jurídicas do Estado de Direito, submetendo a elas toda forma de controle do desvio.

Com os princípios de limitação funcional, ainda dentro da visão intra-sistemática de BARATTA, encontramos correspondentes na categoria de Exclusão de Pressupostos de Disfuncionalidade de ZAFFARONI.

Ambos postulam a necessidade de se evitar respostas contingenciais para os conflitos, impondo a não aplicação de leis penais ou não penais para o controle do desvio que tenham sido elaboradas em clima de emergência, sem as devidas pesquisas técnicas e sem um amplo debate parlamentar e público.

Ao princípio de Proporcionalidade Abstrata de BARATTA, podemos corresponder os Princípios de Lesividade e o da Mínima Proporcionalidade de ZAFFARONI, segundo os quais somente aos delitos que causarem graves danos à sociedade é que se deve impor alguma pena, sendo esta estritamente proporcional e na medida do dano. Neste sentido, BARATTA postula que esses graves danos devem se consubstanciar em violações de Direitos Humanos, enquanto ZAFFARONI exige para a resposta punitiva a lesão ou o perigo concreto de lesão de algum bem jurídico, não mencionando se este bem jurídico deva ser necessariamente atinente aos Direitos Humanos.

Os princípios de Idoneidade (BARATTA) e Idoneidade Relativa (ZAFFARONI) são direcionados no primeiro caso ao legislador, que só deverá cominar penas a partir da comprovação da sua utilidade social, e no segundo caso aos juízes, para que estes se neguem a aplicar penas que apresentem somente uma solução simbólica para os conflitos.

Ambos resgatam o papel da vítima na resolução dos conflitos penais, enunciando princípios - Primazia da Vítima (BARATTA) e Limitador da Lesividade à Vítima (ZAFFARONI - que visam a proteção dos seus interesses, no sentido de proibir que a pena seja aplicada quando a vítima assim o quiser.

O Princípio de Transcendência Mínima da Intervenção Punitiva, enunciado dentro da categoria funcional de ZAFFARONI, possui o seu correspondente no Princípio de Personalidade, que compõe a principiologia de Limitação Pessoal de BARATTA. Referem-se ao estrito cumprimento da pessoalidade das penas, impondo que esta não transcenda a pessoa do condenado além dos limites mínimos que a sua aplicação já implique.

Assim, termina a categoria funcional de princípios enunciada por ZAFFARONI, com o acréscimo do Respeito Mínimo à Humanidade, que proíbe a aplicação de penas ao arrepio de sentimentos mais elementares de humanidade,

enquanto em BARATTA encontramos outros princípios de Limitação Funcional, tais como:

a) Subsidiariedade: a pena só será procedente se não houver outra forma de solução para cada conflito no caso concreto que implique em menor custo social;

b) Proporcionalidade Concreta ou Adequação ao Custo Social: impõe a exigência de se aplicar ou não aplicar as penas com vistas à compensação e limitação das desigualdades sociais;

c) Implementabilidade Administrativa da Lei: a lei penal deve se adequar aos recursos administrativos para a sua aplicação, evitando-se, dessa forma, a seletividade do sistema penal por problemas estruturais;

d) Respeito pelas Autonomias Culturais: postula a não criminalização de comportamentos inerentes a práticas culturais que, apesar de diferenciadas do resto da sociedade, apresentam-se como normais para as subculturas que as integram. É importante salientar que, apesar de ZAFFARONI não se referir ao respeito pelas autonomias culturais em seus princípios limitadores da violência, defende-o no transcorrer de toda a sua obra.

No que tange aos Princípios Intra-sistemáticos de Limitação Pessoal, BARATTA ainda enuncia outros dois princípios: o de Responsabilidade pelo Fato e o da Exigibilidade Social do Comportamento Conforme a Lei. Nesta categoria ZAFFARONI postula a Exclusão de Qualquer Pretensão de Imputação Pessoal.

Assim temos a recusa por parte dos autores de qualquer punição baseada nas noções da Criminologia positivista de "periculosidade do autor", onde a vida e as características pessoais do criminalizado são os fatores que pesam na decisão judicial da culpabilidade.

Neste sentido, ZAFFARONI desenvolve o conceito de "culpabilidade pela vulnerabilidade", acrescentando aos requisitos para a reprovação de condutas criminalizadas um novo limite, baseado no "esforço pessoal para ser vulnerável".

Enquanto que no Realismo Marginal Criminológico os princípios limitadores da violência se atêm ao ponto de vista interno ao sistema penal, esgotando-se aí a sua programação, BARATTA enuncia princípios externos ao sistema que se referem aos Extra-sistemáticos de Descriminalização e aos Metodológicos de Construção Alternativa dos Conflitos e dos Problemas Sociais.

Tais princípios indicam, no primeiro caso, a construção de uma Política Criminal baseada na economia do controle social (Princípio da não Intervenção Útil); na substituição de algumas intervenções penais por um direito restitutivo e mediador (Princípio da Privatização dos Conflitos); na devolução aos conflitos de sua dimensão política (Princípio da Politização dos Conflitos) e na preservação das garantias formais mesmo que os conflitos sejam resolvidos através de um controle social informal (Princípio de Preservação das Garantias Formais).

Na segunda categoria de Princípios Extra-sistemáticos, BARATTA enuncia quatro princípios que procuram reinterpretar os conceitos de "criminalidade" e de "pena" com a liberação da imaginação sociológica e política, no sentido de modificar as formas tradicionais eminentemente técnicas de perceber e solucionar os conflitos e os problemas sociais.

Tais princípios visam uma crescente substituição das formas repressivas por formas preventivas de resolução dos conflitos (Princípio Geral de prevenção); e a passagem dos sujeitos de necessidades reais e dos Direitos Humanos de um papel passivo de tratamento institucional para um papel ativo de busca de soluções comunitárias e mais democráticas para a solução de seus problemas (Princípio da Articulação Autônoma).

Acreditamos que a implementabilidade dos princípios minimalistas significam a contração da intervenção punitiva com a conseqüente contenção da sua violência. A aplicação da pena somente em último caso, e a tolerância em relação a uma série de condutas que não constituam grave lesão para os Direitos Humanos, implicariam

em um processo vasto e necessário de descriminalização e despenalização, obstaculizando os efeitos perversos e inúteis da criminalização e da prisão.

Por outro lado, através da desjudicialização, da politização dos conflitos, da busca de construção alternativa dos problemas sociais e da articulação autônoma dos conflitos realizada pelos sujeitos de necessidades reais, o Minimalismo Penal proporciona uma inversão na lógica intervencionista do sistema penal, que passa por uma conscientização de todos os seus operadores e de toda a sociedade, no sentido de ceder maior espaço para as diversidades e de procurar formas mais democráticas e criativas para a real solução dos conflitos e não somente para a sua repressão.

Para tanto, necessário se faz levar o debate sobre a deslegitimação do sistema penal e a necessidade de contenção da violência do seu exercício de poder, às Universidades, meios de comunicação, associações de magistrados e promotores, e aos responsáveis pela elaboração e execução das leis penais.

Enfim, o Minimalismo Penal revela-se como um empreendimento radical de transformação do sistema penal e da sociedade, propiciando assim a possibilidade de algum dia prescindirmos da existência de um controle social punitivo institucionalizado.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. *Dogmática e sistema penal: em busca da segurança jurídica prometida*. Florianópolis: CPGD/UFSC, 1994a. Tese de Doutorado.

_____. Dogmática e controle penal: em busca da segurança jurídica prometida. In: ROCHA, Leonel Severo. *Teoria do direito e do estado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994b. p.121-136.

_____. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. No prelo da *Revista Sequência*. Florianópolis: CPGD/UFSC, 1995. Texto inédito.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Tradução por Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. *La realidad contra los mitos: reflexiones críticas en criminologia*. Maracaibo: Universidad de Zulia, 1982.

ARAÚJO JR., João Marcello de. Os grandes movimentos atuais de Política Criminal. In: ARAÚJO JR., João Marcello de. *Sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 65-79.

_____. Criminologia hoje. In: LYRA, Roberto, ARAÚJO JR., João Marcello de. *Criminologia*. De acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1992a.

_____. (Org.) *Ciência e Política Criminal em honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1992b.

- ARIEL DOTTI, René. *Bases e alternativas para o sistema penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- BACIGALUPO, Enrique. Relaciones entre la dogmática penal y la criminología. In: MIR PUIG, Santiago (Org.) *Derecho penal y ciencias sociales*. Bellaterra: Universidad Autónoma de Barcelona, 1982. p. 53-70.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia critica e política penal alternativa. Tradução por J. Sérgio Fragoso. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, n. 23, p. 7-21, jul./dez. 1976.
- _____. Criminología y dogmática penal: pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal. In: MIR PUIG, Santiago et al. *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982a. p. 28-63.
- _____. Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones de desigualdad. *Nuevo Foro Penal*. Bogotá, n. 15, p. 737-749, jul./set. 1982b.
- _____. Problemas sociales y percepción de la criminalidad. *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, Cali, n. 9, p. 17-32, 1984.
- _____. La legislación de emergencia y el pensamiento jurídico garantista en el proceso penal. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 32, p. 559-595. 1985a
- _____. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 29, p. 3-26 ene./mar. 1985b.
- _____. Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal. *Poder y Control*, Barcelona, n. 0, p. 77-92, 1986.
- _____. Principios de derecho penal mínimo. Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 40, p. 623-650. 1987a.
- _____. Estado del derecho, derechos fundamentales y "derecho judicial" .*Revista de ciencia juridica*. San José da Costa Rica, n. 57, p. 119-134, mayo/ago. 1987b. Separata.
- _____. Proceso penal y realidad en la imputación de la responsabilidad penal. La vida y el laboratorio del derecho. *Revista General de Derecho*, Valencia, n. 531, p. 6655-6673, dic. 1988a. Separata.

- _____. Introducción a la Criminología de la droga. *Nuevo Foro Penal*. Bogotá, n. 41, p. 329-345, jul./set. 1988b.
- _____. Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social. *Estudios Penales y criminológicos*. Santiago de Compostela, n. 11, p. 15-68, 1989a. Separata.
- _____. Introducción a una Sociología de la droga. Problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias. *Estudios Penales: en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*. Santiago de Compostela, p. 73-93, 1989b. Separata.
- _____. No está en crisis la criminología crítica. In: MARTINEZ, Maurício (Ed.). *Que pasa en la criminología moderna*. Bogotá: Temis, 1990.
- _____. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la Sociología jurídico-penal*. Tradução por Alvaro Bunster. México: Siglo veintiuno, 1991a.
- _____. Che cosa é la criminología crítica? Entrevista a Victor Sancha mata. *Dei delitti e delle pene*. Torino, n. 1, p. 51-81, 1991b. Separata.
- _____. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal. Una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. Tradução por Maurício Martínez. *Revista Hispanoamericana*, Barcelona, n. 1, p. 37-55, 1991c.
- _____. Resocialización o control social. Por un concepto crítico de "reintegración social" del condenado. In: ARAÚJO JR., João Marcello de. (Org.). *sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Revan, 1991d. p. 251-265.
- _____. *Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal*. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, n.2, p. 44-61, abr./maio/jun. 1993.
- BARCELLOS, Caco. *Rota 66: a história da polícia que mata*. São Paulo: Globo, 1992.
- BASTOS, João José Caldeira. Direito Penal: Visão crítico-metodológica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 1. p. 98-104, jan./mar. 1993.
- _____. Revisão crítica do direito penal. *Seqüência*, Florianópolis, n. 23, p. 57-61, dez. 1991.

- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990a.
- _____. *Punidos e mal pagos*. Violência, justiça, segurança pública e Direitos Humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990b.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução por Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- BECKER, Howard S. De que lado estamos? In: OLMO, Rosa de. *Estigmatización y conducta desviada*. Venezuela: Universidad de Zulia, 1973. p. 19-38.
- BERGALLI, Roberto. Reflexiones sobre la criminología en América Latina. In: JIMÉNEZ, Huerta et al (Ed.). *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho: en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*. Buenos Aires: Pannedille, 1970.
- _____. Sentido y contenido de una sociología del control penal para a América Latina. In: *Criminología crítica*. I Seminário. Medellín: Universidad de Medellín, agosto de 1984.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- BORGES FILHO, Nilson. Estado e violência. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.) *Teoria do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994. p. 97-106.
- _____. (Org.) *Direito, Estado, Política e sociedade em transformação*. Porto Alegre: Sérgio Fábri, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*. Valencia: Fernando Torres, 1980.
- BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. tradução por Luis Guerreiro Pinto Cascais et al. Brasília: UnB, 1986.
- BOTTOMORE, Tom. (Org.). *Dicionário do pensamento marxista*. Rio de Janeiro: Zahar, 1988.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Estado y control: la ideología del control y control de la ideología. In: BERGALLI, Roberto, BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Coords.). *El Pensamiento criminológico II*. Estado y control. Barcelona: Península, 1983. p. 11-35.

- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Tradução por Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987.
- _____. *Microfísica do Poder*. Tradução por Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- _____. *Verdade e formas jurídicas*. Texto inédito. Conferência apresentada na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, maio de 1973.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 1.
- GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Tradução por Galeno de Freitas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Tradução por Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1992.
- HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*. Estudos filosóficos. Tradução por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1990.
- HULSMAN, Louk, BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução por Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.
- HULSMAN, Louk. La Criminología crítica y el concepto del delito. *Poder y Control*, Barcelona, n. 0, p. 119-135, 1986.
- LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo veintiuno, 1991.
- LEAL, João José. *Curso de Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Fábris, 1991.
- LEMERT, Edwin M. Desviación primaria y secundaria. In: OLMO, Rosa de. *Estigmatización y conducta desviada*. Venezuela: Universidad de Zulia, 1973. p. 97-104.
- LEVACK, Brian P. *A caça às bruxas na Europa moderna*. Tradução por Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

CAPELLER, Wanda Lemos. Fênix e o eterno-retorno: a dialética entre a imaginação criminológica e a força do Estado. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima (Org.) *Lições de direito alternativo 2*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

_____. As interfaces do penal: notas para uma discussão atual. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 83-89, jan./jul. 1993.

CHAPMAN, Denis. El estereotipo del delincuente y sus consecuencias sociales. In: OLMO, Rosa de. *Estigmatización y conducta desviada*. Venezuela: Universidad de Zulia, 1973. p. 161-186.

CERVINI, Raul. *Los procesos de decriminalización*. Montevideo: Editorial Universidad, 1993.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *As raízes do crime*. Um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Teoria do crime*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

COHEN, Stanley. *Visiones del control social*. Tradução por Elena Iarrauri. Barcelona: PPU, 1988.

COÑDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de política criminal*. Tradução por Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1984.

ECO, Humberto. *Como se faz uma tese*. Tradução por Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1983.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale. Roma: Laterza, 1989.

_____. El derecho penal minimo. *Poder y Control*. Barcelona, n. 0, p. 25-48, 1986.

- LIMA, Roberto Kant de. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro. Seus dilemas e paradoxos*. Tradução por Otto Miller. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- LOMBROSO, Cesare. *O homem criminoso*. Tradução por Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1983.
- LYRA, Roberto, ARAÚJO JR., João Marcello de. *Criminologia*. De acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia dialética*. Guanabara: Borsoi, 1972.
- MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. *Obras escolhidas*. Tradução de José Barata Moura. Lisboa: Progresso, 1985. v. 3.
- MELOSSI, Dario, PAVARINI, Massimo. *Carcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario (siglo XVI-XIX)*. Tradução por Xavier Massii. México: Siglo veintiuno, 1987.
- MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao Direito*. Tradução por Ana Prata. Lisboa: Moraes Editores, 1979.
- OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1984.
- OLMO, Rosa de. *Estigmatización y conducta desviada*. Venezuela: Universidad de Zulia, 1973.
- _____. A transnacionalización del control social. In: *América latina y su Criminología*. México: Siglo veintiuno, 1984. p. 81-121.
- PABLOS DE MOLINA, Antônio Garcia. *Problemas actuales de la Criminología*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1984.
- _____. *Criminologia: Uma introdução aos seus fundamentos teóricos*. Tradução por Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- PACHUKANIS, E.B.. *Teoria geral do Direito e marxismo*. Tradução por Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- PASSOS, Paulo Roberto da Silva. *Elementos de Criminologia e Política Criminal*. Bauru: EDIPRO, 1994.

- PAVARINI, Massimo. Fuera de los muros de la cárcel: la dislocación de la obsesión correccional. *Poder y Control*. Barcelona, n. 0, p. 155-174, 1986.
- POSTALOFF, Miriam Gicovate. *Los procesos de decriminalización*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1982.
- RUSCHE, Georg, KIRCHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Bogotá: Temis, 1984.
- SÁNCHEZ, Mauricio Martínez. El problema social. Sistema penal: el sistema acusado por los abolicionistas. In: ARAÚJO JR., João Marcello de. (Org.) *Sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 44-64.
- SILVA, Juary C. *A macrocriminalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- TAYLOR, Ian, WALTON, Paul, YOUNG, Jock. *Criminología Crítica*. México: Siglo veintiuno, 1977.
- THOMPSON, Augusto. *Esborço histórico do Direito Criminal Luso-brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- _____. *Quem são os criminosos?* Rio de Janeiro: Achiamé, 1993.
- _____. *A questão penitenciária*. De acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- TREVES, Renato. *Introducción a la Sociología del Derecho*. Madrid: Taurus, 1985.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política criminal latinoamericana*. Buenos Aires: Hamurabi, 1982.
- _____. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina* (primer informe). Buenos Aires: Depalma, 1984.
- _____. *Manual de Derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 1987.
- _____. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis, 1988. v. 1.
- _____. La crítica al Derecho penal y el porvenir de la Dogmática Jurídica. In: CUESTA, Jose Luis de et al. (Comp.). *Criminología y Derecho Penal a servicio de la persona*. Libro-Homenaje al professor Antonio Berinstain. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989.

_____. Derechos humanos y sistemas penales en América Latina. In: CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia en América Latina*. Roma: UNICRI, 1990.

_____. El sistema penal en los países de América Latina. In: ARAÚJO JR., João Marcello de. (Org.) *Sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Revan, 1991a. p. 221-236.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991b.

WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1982.

_____. O outro lado da Dogmática Jurídica. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.) *Teoria do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Fábri, 1994. p. 81-95.

_____. *Introdução Geral ao Direito*. Porto Alegre: Sérgio Fábri, 1994.

WARAT, Luis Alberto, ROCHA, Leonel Severo, CITTADINO, Gisele. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sérgio Fábri, 1984.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Fábri, 1990.

_____. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-ômega, 1994.

OUTRAS PUBLICAÇÕES

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Censo Penitenciário Nacional, 1994*. Brasília, 1994.

Jornal O GLOBO de 22/01/95.

Revista ISTO É de 30/11/94.

Revista VEJA de 30/11/94.