

**REFORMA E “CONTRA” - REFORMA PENAL (1984 - 1996):
UMA ILUSÃO ... QUE SOBREVIVE**

Jackson Chaves de Azevêdo

**DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO**

Orientadora: Profa. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade

FLORIANÓPOLIS

1997

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

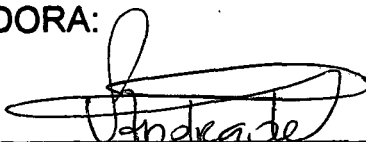
**A DISSERTAÇÃO REFORMA E “CONTRA” - REFORMA PENAL
NO BRASIL(1984-1996): UMA ILUSÃO ... QUE SOBREVIVE**

elaborada por JACKSON CHAVES DE AZEVÊDO

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

Florianópolis, 08 de abril de 1997.

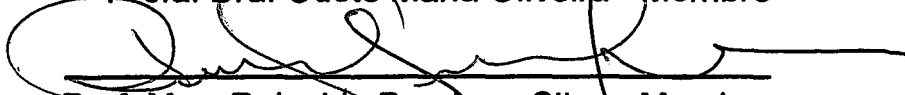
BANCA EXAMINADORA:



Profa. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade - Presidente



Profa. Dra. Odete Maria Oliveira - Membro



Prof. Msc. Reinaldo Pereira e Silva - Membro

Orientadora

Profa. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade

Coordenador do Curso:



Prof. Dr. Ubaldo Cesar Baltazar

Dedicatória

À Maíra, Uirá e Raísa, meus filhos e meus momentos eternos, de quem, mesmo tendo-os comigo, é permanente a saudade do presente e do futuro;

À Cris, minha companheira;

À Bahia e à Lagoa da Conceição, meus lugares;

A todos os excluídos.

Agradecimentos

A Omar e Olindina, meus pais, a quem me devo.

Aos meus amigos e colegas Alexandre, Carlos, Cesar, Dulce, Edmundo, Jenz, João Augusto, José Augusto, Natália, Néviton, Patrícia, Paulo, Reinaldo, Lula e Viviane, pela convivência iniciada ou fortalecida em Florianópolis. Agradeço especialmente a Cesar, pela dedicação fraternal, inclusive na finalização deste trabalho.

À Procuradoria Geral do Estado da Bahia, exemplo maior de Serviço Público.

Às Universidades do Estado da Bahia e Federal de Santa Catarina.

Aos professores Vera Andrade e Clóvis Goulart, do CPGD - UFSC, pela qualidade das relações humanas que estabelecem com seus alunos. À primeira, especialmente, pela orientação - verdadeira seiva -, estímulo e apoio, sem os quais esta dissertação não teria sido possível. Vera é exemplo de competência, talento, responsabilidade, seriedade e amizade, e, de maneira pouco comum e admirável, sendo erudita e cercada da maior respeitabilidade acadêmica, mantém a simplicidade.

À equipe do CPGD, especialmente: Dilsa, Stela, Rose e Ivonete.

À Morgana e Mú, pela carinhosa companhia.

RESUMO

Esta dissertação tem como objeto a reforma penal de 1984 e três leis posteriores através das quais, respectivamente, instituiu-se a prisão temporária, definiram-se os crimes hediondos e disciplinou-se o combate ao crime organizado.

O objetivo é caracterizá-los como tentativas de resposta ao descrédito do sistema penal, apontando os seus equívocos, posto que inspirados numa falsa compreensão da “criminalidade”. O marco teórico da análise é a Criminologia Crítica, que operou, neste século, uma mudança radical do paradigma, substituindo, no centro de abordagem, o autor e o fato, pelas condições que originam o desvio e fazem nascer o criminoso.

A dissertação, baseada, fundamentalmente, em pesquisa bibliográfica, estrutura-se em três capítulos e considerações finais.

No primeiro capítulo, busca-se demonstrar a falsidade das premissas criminológicas tradicionais, privilegiando-se uma visão crítica do fenômeno da criminalização.

O segundo capítulo noticia, brevemente, a trajetória do sistema penal no pós-guerra que inspirou a reforma penal de 1984 no Brasil, identificando-lhe os principais aspectos, notadamente no que se refere aos seus objetivos declarados.

Por fim, no último capítulo, procura-se situar o recrudescimento de um Direito Penal repressivo, consequência do “fracasso” da reforma de 84, inserido num movimento que se convencionou chamar “lei e ordem”, cujo traço predominante é a ênfase, mais do que no retribucionismo, na prevenção especial negativa.

Conclui-se afirmando a convicção de que, tal como estruturado, o sistema penal não quer, não pode, e por isso, também, não vai, jamais, realizar suas promessas.

The first chapter is dedicated to the demonstration of the traditional premises falseness, emphasizing a critical view of the criminalization phenomenon.

The second chapter brings a brief notice of the Penal System trajectory in the post war years, that has inspired the Brazilian 1984 Penal Statute Reform, pointing out its main features, specially in respect of its ostensives purposes.

The last chapter shows the increase of the repressive model as a consequence of the 1984 Penal Statute Reform "failure", inserted in a trend known as "*law and order*", which has as a main feature not only the emphasis on the retribution but especially on the incapacitation or specific deterrence of the agent.

The conclusion is an affirmation of the conviction that the Penal System, as its is nowadays structured, does not intend to, is not able to, and therefore, will never fulfill its promises.

ABSTRACT

This dissertation focuses the 1984 Penal Statute Reform and also three other later acts through which were established the temporary imprisonment, defined the hideous crimes and regulated the repression against the organized crime.

The aim is to typify this new legislation as an answer attempt to the Penal System discredit, pointing out their mistakes, since they are inspired in a false comprehension of the criminality phenomenon. The theoretical starting point of this analysis is the Critical Criminology, which resulted in a radical change in the paradigm in this century, transferring the focus from the "*fact*" and the "*agent*" for the observation of the real conditions that give birth to the delinquent.

This dissertation, based, specially, on bibliographic research, has been structured upon three chapters, followed by final commentaries.

SUMÁRIO

Introdução	1
Capítulo I: QUAL PARADIGMA?	8
1. O paradigma etiológico da Criminologia	9
2. O paradigma da reação social: o <i>labelling approach</i> e a Criminologia crítica	10
3. O Sistema Penal	14
4. "Contradições" do sistema penal	18
4.1 A insinceridade do discurso	20
4.2 A vida como "bem jurídico"	25
4.3 Os fins declarados e as funções reais da pena	26
a) Produção e reprodução do <i>status quo</i>	26
b) A cifra oculta	27
c) A seletividade	30
5. O cárcere e a ressocialização	33
Capítulo II: A REFORMA PENAL DE 1984. UMA ILUSÃO...	42
1. O discurso político-criminal do capitalismo central	
1.1. A ideologia da "defesa social"	43
1.2. O Movimento da Defesa Social	44
1.3. A Nova Defesa Social	46
2. A internacionalização da reforma	50
3. A recepção brasileira do discurso político-penal europeu	53
3.1. Breve contextualização reformista	54
3.2. As idéias inspiradoras. Os objetivos declarados	56
- O Princípio da intervenção mínima	57
- Culpabilidade	58
- Objetivos da pena	59
- As Penas	62
- A prisão	64
- As penas restritivas de direitos	65

CAPÍTULO III: A “CONTRA”-REFORMA. ... QUE SOBREVIVE.	67
1. O fracasso anunciado	69
1.1 As estatísticas divulgadas	70
- Da reforma de 1984 à Lei nº 7.960/89	71
- De dezembro de 1989 à Lei nº 8.072/90	73
- De julho de 1990 à Lei nº 8.930/94	74
- De setembro de 1994 à Lei nº 9.034/95	75
2. A influência da “mídia”	76
3. Os movimentos de “lei e ordem”	80
4. Prevencionismo	85
5. As leis brasileiras	
- A Lei nº 7960/89	92
- As Leis nº 8.072/90 e nº 8.930/94	96
- A Lei nº 9.034/95	106
Considerações finais	110
Referências bibliográficas	117

INTRODUÇÃO

Objeto desta dissertação é a reforma penal de 1984 e três desdobramentos que se lhe seguiram, instituindo a prisão temporária, definindo os crimes hediondos e disciplinando o combate ao crime organizado.

O objetivo é caracterizar uma e outros como tentativas de resposta ao descrédito do sistema penal, apontando os seus equívocos, posto que inspirados numa concepção positivista, segundo a qual a Sociedade deve defender-se do crime e do criminoso, como se não fora ela própria um fator criminógeno.

O marco teórico da análise é a Criminologia Crítica, que operou, neste século, uma mudança radical de paradigma, substituindo, no centro de abordagem, o autor e o fato, pelas condições que originam o desvio e fazem nascer o criminalizado.

É ilusório querer estudar (e combater) o binômio positivista crime-criminoso, sem compreender os processos de criminalização engendrados na Sociedade que se vale do sistema penal, tal como ele é, como um dos instrumentos para produzir e reproduzir as relações sociais e econômicas de desigualdade e privilégios. Por isso, com base na nova Criminologia, pode-se apontar a falácia dos discursos reformista e “contra”-reformista, cuja função é meramente simbólica, pois, na verdade, os objetivos reais são os latentes, opostos aos declarados.

Em verdade, entre a reforma penal de 1984, pretensamente minimalista, e os movimentos de “lei e ordem”, existe uma contradição do ponto de vista da garantia dos direitos humanos legalmente protegidos.

Por outro lado, existe uma continuidade ideológica no sentido da relegitimação do sistema penal e do fortalecimento da seletividade.

A pesquisa é, fundamentalmente, bibliográfica, mas a experiência vivida pelos brasileiros é suficiente para demonstrar o acerto das abordagens da nova Criminologia, especialmente quanto à seleção das condutas criminalizáveis e à seleção dos indivíduos criminalizados.

Bastam, como exemplos recentes, os episódios do governo Collor e do governo Fernando Henrique, as grandes fraudes financeiras, os “anões” do orçamento, as empreiteiras não investigadas, o sistema bancário e os “socorros” públicos, o escândalo da emissão de títulos públicos estaduais e municipais, o império financeiro construído pelas igrejas salvacionistas, etc.

No primeiro capítulo, busca-se demonstrar a falsidade das premissas e do discurso tradicionais do sistema penal, privilegiando-se uma visão crítica do fenômeno por eles chamado de criminalidade, na convicção de que, tal como estruturado, o sistema penal não quer, não pode, e por isso, também, não vai, jamais, realizar suas promessas.

O segundo capítulo noticia, brevemente, o discurso político-criminal positivista, notadamente no pós-guerra, e a sua recepção no Brasil, concretizada na reforma penal de 1984. São expostas as principais idéias inspiradoras da reforma e os seus objetivos declarados, promessas igualmente descumpridas.

No terceiro e último capítulo, procura-se situar o recrudescimento de um Direito Penal cada vez mais repressivo, conseqüência do “fracasso” da reforma de 84 e da demanda por maior repressão, especialmente veiculada pelos meios de comunicação social de massa, os quais, assim agindo,

satisfazem a interesses próprios e de outros grupos. Tratam-se de algumas das promessas, no Brasil, dos movimentos que se convencionou chamar “lei e ordem”, cujo traço predominante é a ênfase na prevenção especial negativa, herança “aperfeiçoada” da Escola Positiva Italiana.

Isso, pasme-se, em plena expansão do “neoliberalismo”: menos Estado, não ao intervencionismo (evidentemente, no que interessa à expansão capitalista). Ou será, arriscando uma análise política, que o Estado neoliberal é também neointervencionista, e numa proposta talvez mais intervencionista que o modelo anterior?

Com efeito, tinha-se, até então, que o discurso da pena, variando, como qualquer outro, historicamente, em função dos interesses político-econômicos que visa a atender, os mesmos interesses que condicionaram a sua elaboração, guardavam certa congruência com o modelo de Estado no qual se formava. RUSCH e KIRCHHEIMER (1984, p. 3) haviam pontuado:

“La pena como tal no existe: existen solamente sistemas punitivos concretos y prácticas determinadas par el tratamiento de los criminales. ...

Cada sistema de producción tiende al descubrimiento de métodos punitivos que corresponden a sus relaciones productivas.”

Segundo FOUCAULT (1991, p. 30), devemos “Considerar as práticas penais mais como um capítulo da anatomia política, do que uma consequência das teorias jurídicas”, embora advirta BUSTOS RAMÍREZ (1982a, p. 118) que não é tão fácil indagar

“la concepción de pena (sentido, funciones y fines) y su legitimidad, pues entonces entra en juego una enmarañada red ideológica que impide sua aprehensión directa y vela la interrelación entre estructura socio-económica y pena.”¹

Veja-se, mesmo rapidamente, como, de fato, a experiência comprova um tipo de relação entre pena e Estado.

No Estado absolutista, a pena era considerada *expição*. A total concentração de poder apoiava-se na ideologia da delegação divina; desobedecer à autoridade significava rebelar-se contra Deus, justificando o castigo, a *expição*.

¹ Ver obra de Rusche e Kirchheimer, a respeito da qual Foucault (1991, p. 27) escreveu:

“Nessa linha, Rusche e Kirchheimer estabeleceram a relação entre os vários regimes punitivos e os sistemas de produção em que se efetuam; assim, numa economia servil, os mecanismos punitivos teriam como papel trazer mão-de-obra suplementar - e constituir uma escravidão “civil” ao lado da que é fornecida pelas guerras ou pelo comércio; com o feudalismo, e numa época em que a moeda e a produção estão pouco desenvolvidas, assistiríamos a um brusco crescimento dos castigos corporais - sendo o corpo na maior parte dos casos o único bem acessível; a casa de correção - o Hospital Geral, o Spinhuis ou Rasphuis - o trabalho obrigatório, a manufatura penal apareceriam com o desenvolvimento da economia de comércio. Mas como o sistema industrial exigia um mercado de mão-de-obra livre, a parte do trabalho obrigatório diminuiria no século XIX nos mecanismos de punição, e seria substituída por uma detenção com fim corretivo.”

Tal suporte ideológico era necessário para garantir a expansão do capitalismo mercantil em troca do fortalecimento do poder central e da sustentação política que dele recebia.

Nesse contexto, a pena também servia à produção e reprodução do capital, na medida em que possibilitava a exploração da mão-de-obra recolhida aos cárceres, produzindo mercadorias a baixo preço. Ao mesmo tempo, transformando o próprio trabalho em mercadoria, prestava-se à regulação do mercado de trabalho.

Na ideologia do mercantilismo, à concepção da livre relação econômica entre os homens corresponde a concepção do *livre arbítrio*. Cada homem é capaz de decidir sobre os próprios atos e saber o que é justo ou injusto. Seu comportamento resulta da autonomia da vontade, sem interferência de fatores externos.

São as teorias retributivas.

Ao depois, a crescente importância do capital e a sua expansão provocam a superação do Estado centrado em Deus e no soberano, fazendo surgir a concepção do Estado liberal, produto da “auto-determinação” da sociedade.

Aí, a pena não se explica mais como *expição*, e passa a ter dois fundamentos. O primeiro, *retribuição* à perturbação da ordem livremente estabelecida por todos. Assim como cada homem é livre para determinar sua conduta, a sociedade também o é para reprimir qualquer comportamento que considere inaceitável ou ameaçador aos valores que lhe interessa preservar. O segundo, a *prevenção geral* dos delitos pela intimidação que causaria nos demais cidadãos.

São as teorias da prevenção geral.

Sobrevêm o desenvolvimento e a consolidação do capitalismo que demandam o surgimento do Estado Intervencionista, no qual surgem as teorias da prevenção especial, objeto de análise no Capítulo III.

Como então explicar, no Estado “neoliberal”, a mais apurada forma de intervenção no homem através da pena?

É que, talvez, haja chegado o momento de abdicar do discurso que sugeria uma separação entre Estado e capital privado. O Estado, que sempre foi privatizado, “reconhece”, por fim, sua inteira submissão aos interesses do capital hegemônico e às suas formas de controle social. E este, por sua vez, assume, de forma visível, a sua condição de titular do Poder.

CAPÍTULO I

QUAL PARADIGMA?

Para melhor compreender a reforma de 1984 e seus desdobramentos, importa situar, resumidamente, mais o primeiro que o segundo, dois paradigmas no interior dos quais se moveu a Criminologia desde a Escola Positiva até os nossos dias: o paradigma etiológico e o paradigma da reação social.

1. O paradigma etiológico da Criminologia

Até os anos setenta, a Criminologia permaneceu atrelada ao paradigma etiológico, caudatário do positivismo do século XIX, para o qual só era reconhecido como científico o estudo causal-explicativo dos fatos observados. Para esse modelo, o crime é um fenômeno natural, e a Criminologia uma ciência causal-explicativa do “crime” e do “criminoso”, que se vale do método experimental e das estatísticas criminais para explicar as causas do crime e prever os meios para evitá-lo.

Demonstra ANDRADE (1996a, pp. 276 e ss.) que esse modelo estabelece uma divisão pretensamente científica entre o (sub)mundo da “criminalidade”, composto por uma “minoría” de sujeitos potencialmente perigosos (o mal), e o mundo da normalidade, representado pela maioria na sociedade (o bem). Para os positivistas, esse potencial de perigosidade, situado no coração do Direito Penal, justifica a pena como meio de defesa social, atribuindo-lhe caráter utilitário: a prevenção especial positiva (recuperação pela execução penal) por isso deve ser individualizada.

Na dicção da autora, a violência é, dessa forma, identificada com a violência individual, que se encontra no centro do conceito dogmático de crime, imunizando a relação entre a criminalidade e as violências estrutural e institucional.

2. O paradigma da reação social: o *labelling approach* e a Criminologia Crítica

Desde os anos cinquenta, porém, os estudos da Sociologia Criminal já apontavam como centro da abordagem teórica, no lugar do “criminoso”, as condições objetivas, funcionais, que originam o desvio, e, mais tarde, anos sessenta, as próprias instâncias oficiais do controle e o seu poder de estigmatização ¹.

Neste novo paradigma, chamado “da reação social”, explica ANDRADE (1994), o crime não é uma entidade ontológica, nem a criminalidade uma qualidade intrínseca da conduta, preconstituídas à reação social e penal, mas rótulos atribuídos a determinados comportamentos e determinados sujeitos através de complexos processos, formais e informais, de interação social, que servem à definição do que é crime e à seleção que etiqueta e estigmatiza alguém como criminoso, entre tantos que praticaram ou praticam a mesma conduta. Aí o porquê de ser mais apropriado falar em criminalizado e criminalização em vez de criminoso e criminalidade, que não podem ser estudados sem que se estudem esses processos. São as teorias do “*labelling approach*” ou da *reação social*.

¹ Ver o livro de Erving Goffman, *Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada*.

Enquanto os criminólogos tradicionais perguntam: “Quem é criminoso?”, “Como alguém se torna criminoso?”, “Em que condições alguém reincide?”, “Com que meios se pode exercer um controle sobre o criminoso?”, os teóricos do “labelling approach ” indagam: “Quem é definido como criminoso?”, “Que efeito acarreta esta definição para o indivíduo?”, “Em que condições este indivíduo se faz objeto de uma definição?”, “Quem define a quem?” (BARATTA, 1991a, p. 87). Criminalidade e criminoso passam a ser vistos como uma realidade construída dentro da experiência social.

Vê-se, portanto, que desde os anos cinquenta/sessenta, a Criminologia tradicional começava a sofrer o enorme impacto de novas abordagens que, retomando a crítica historiográfica², e elegendo como objeto o próprio sistema penal, passaram a demonstrar, entre outras evidências, o divórcio entre o discurso penal e a realidade operacional do sistema.

O mais importante marco da análise crítica do discurso da pena é, porém, a obra *Pena y Estructura Social*, cujos autores, RUSCHE e KIRCHHEIMER, já na década de trinta, começaram a demonstrar serem outras as suas funções e que a prisão cumpria papel oposto ao que lhe era atribuído, o de fabricar “carreiras criminosas”, constituindo-se, pois, num verdadeiro fator criminógeno.

² Ver, por todos, Foucault, “Vigiar e Punir”.

Curiosamente, é de BECCARIA (1991, p. 55) a afirmativa, em 1763-4, de que *“as penas punem os delitos que fizeram nascer”*³.

Com efeito, repete-se, na perspectiva da nova Criminologia, delinqüente não é quem apenas praticou fato definido como crime, mas quem, tendo-o feito, foi também alcançado pelo sistema, isto é, quem sofreu o efeito estigmatizante da ação das instâncias de controle.

Segundo BECKER, citado por BARATTA (1991a, p. 88), os desvios são criados pelos grupos sociais que, dispondo do poder que têm, definem as normas (tipificação), aplicam-nas a determinadas pessoas e etiquetam-nas.

Assim, o desvio não é uma qualidade do comportamento, mas consequência da aplicação das normas e sanções. O delinqüente é uma pessoa a quem o etiquetamento foi aplicado com êxito; o comportamento delinqüente é o que foi assim rotulado.

³ *“Se o prazer e a dor são a força motora dos seres sensíveis, se entre os motivos que impelem os homens às ações mais sublimes foram colocados pelo Legislador invisível o prêmio e o castigo, a distribuição desigual destes produzirá a contradição, tanto menos evidente quanto é mais comum, de que as penas punem os delitos que fizeram nascer”.*

A mudança definitiva de paradigma ocorreu com a ampliação ainda maior do objeto da Criminologia, para nele compreender, além dos mecanismos sociais e institucionais que controlam e constroem a “realidade social” da conduta desviante, criam e aplicam as definições de tal conduta e de criminalidade, e realizam o processo de criminalização, as relações desses mecanismos com a estrutura sócioeconômica⁴. Surgia a Criminologia Crítica.

O enfoque macrossociológico privilegia o desvio e sua relação com as estruturas sociais, com o desenvolvimento das relações de produção e distribuição, superando, porém, o paradigma etiológico e suas implicações ideológicas: o desvio como realidade preexistente à reação social e institucional e a aceitação acrítica das definições legais como princípio de individualização da pretensa realidade ontológica.

Como diz BARATTA (1991a, p. 84), é impossível compreender a criminalidade sem estudar a ação do sistema penal que a define através de normas abstratas e reage contra ela pela atuação das instâncias oficiais de controle social (polícia, justiça e demais instituições).

⁴ Ver artigo de Alessandro Barata (1978, pp. 8e9)

3. O Sistema Penal

Segundo ANDRADE (1994), o sistema penal é um conceito bidimensional que inclui normas e saberes, (enquanto programas de ação ou decisórios), por um lado, e ações e decisões, em princípio programadas e racionalizadas, por outro; organiza-se, estruturalmente, em duas dimensões e níveis de abordagem:

- a) uma dimensão **programadora** que define o objeto do controle, isto é, a conduta delitiva, as regras do jogo para as suas ações e decisões e os próprios fins perseguidos;
- b) uma dimensão **operacional** que deve realizar o controle do delito com base naquela programação.

O Direito Penal é o centro do sistema, situando-se na primeira dimensão. Tem caráter "programático", já que a normatividade penal, integrada por normas constitucionais, processuais penais, penitenciárias etc., expressa um "dever-ser".

O poder legislativo é a fonte básica da programação do sistema, enquanto que as principais agências de sua operacionalização são a Polícia, a Justiça e o Sistema de execução de penas e medidas de segurança, no qual a prisão ocupa o lugar central.

Enfim, não se pode excluir do sistema penal o público, que, na condição de denunciante, tem o poder de operacionalizar o próprio sistema e, na condição de opinião pública e "senso comum", interage ativamente com ele. A opinião pública figura na "periferia" do sistema. (ANDRADE, 1994, pp. 283/5).

A superação definitiva do paradigma etiológico⁵ implicou uma nova concepção do sistema penal: não mais um sistema estático de normas, e sim um sistema dinâmico de funções, que se vale de três mecanismos: a produção das normas (criminalização primária), sua aplicação, que compreende a ação dos órgãos de investigação e jurisdicionais (criminalização secundária) e a execução penal.

⁵ A propósito, v. ANDRADE (1994, pp. 296-7):

"Assim a Criminologia contemporânea experimenta uma troca de paradigmas mediante a qual está a se deslocar e transformar de uma Ciência das causas da criminalidade (paradigma etiológico), que caracterizou seu estatuto desde o século XIX, em uma Ciência da criminalização (paradigma da reação social), ocupando-se hoje, especialmente, do controle sócio-penal e da análise da estrutura, operacionalidade e reais funções do sistema penal, que veio a ocupar um lugar cada vez mais central no interior do objeto da investigação criminológica.

Pode-se dizer então que desde as histórias revisionistas de sua fundação e elementos caracterizadores estruturais até a análise de sua inteira dinâmica funcional o desconstrucionismo abala, precisamente, os sustentáculos daquele duplo eixo legitimador do sistema penal a que nos referimos ... expondo não apenas a violação encoberta e aberta da programação normativa e teleológica do sistema penal (da qual resulta sua grave crise de legitimidade, não obstante a convivência com sua autolegitimação) mas também o cumprimento de funções latentes, distintas das declaradas".

A análise crítica desses mecanismos desmistificou o Direito Penal como direito igualitário, base ideológica da “defesa social”, ao revelar que:

- 1º) não protege igualmente todos os indivíduos;
- 2º) não protege apenas os bens que interessam igualmente a todos os cidadãos;
- 3º) penaliza, fragmentariamente, com intensidade desigual, as ofensas aos bens essenciais;
- 4º) a lei não é igual para todos: o *status* de criminoso é aplicado desigualmente entre as pessoas que praticam infrações, mesmo que, por igual, socialmente danosas e legalmente graves (não é a prática da infração, por si, que torna alguém “criminoso”).

É, portanto, Direito desigual, como tantos outros ramos do Direito. A propósito, BARATTA (1978, p. 11).

“No que se refere à seleção dos bens protegidos e dos comportamentos lesivos, o caráter fragmentário do direito penal perde as ingênuas justificações através da natureza da coisa ou da idoneidade técnica de certas matérias e, não de outras, para ser objeto do controle penal. Essas justificações constituem uma ideologia que oculta o fato de que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes

e a imunizar do processo de criminalização os indivíduos pertencentes às ditas classes e ligados funcionalmente às exigências de acumulação capitalista e dirige o processo de criminalização, principalmente, para formas de conduta desviante típicas das classes subalternas. Isso se realiza, não somente com a seleção das espécies de comportamento tipificado nas normas, mas, também, com a diversa intensidade da ameaça penal, que freqüentemente está em relação inversa com o dano social dos comportamentos, porém com a mesma formulação técnica das normas. Quando se dirige a comportamentos típicos de indivíduos pertencentes às classes subalternas e que contradizem as relações de produção e de distribuição capitalistas, estas formam uma rede bastante estreita, enquanto que a rede é bastante mais larga quando as normas têm por objeto a criminalidade econômica ou outras formas de criminalidade típicas de indivíduos pertencentes às classes que estão no poder.”

O Direito Penal é desigual e configurador⁶ na medida em que é parte constitutiva da ideologia dominante que define o “cidadão” tanto em termos formais como o seu negativo, o “anti-cidadão” (o que ousa transgredir).

⁶ Escreve FOUCAULT (1991, p. 27):

“Do grande livro de Rusche e Kirchheimer podemos guardar algumas referências essenciais. Abandonar em primeiro lugar a ilusão de que a penalidade é antes de tudo (se não exclusivamente) uma maneira de reprimir os delitos ... Analisar antes os “sistemas punitivos concretos” ... que não podem ser explicados unicamente pela armadura jurídica da sociedade nem por suas opções éticas fundamentais; recolocá-los em seu campo de funcionamento onde a sanção dos crimes não é o único elemento; mostrar que as medidas punitivas não são simplesmente mecanismos “negativos” que permitem reprimir, impedir, excluir, suprimir, mas que elas estão ligadas a toda uma série de efeitos positivos e úteis que elas têm por encargo sustentar”

A função instrumental da pena desnuda a desigualdade formal e material entre os indivíduos. Não só não somos iguais, como somos desiguais, na realidade.

4. “Contradições” do sistema penal

Diz-se que a história do sistema penal é a história de sua permanente reforma. Se o que gera uma reforma é sempre uma crise, pode-se dizer, então, que a história do sistema penal é a história da sua “crise”, que se traduz, entre outros aspectos, na implosão, agora, da contradição entre a programação normativa e a operacionalidade real, isto é, entre as funções declaradas e as funções reais do sistema.⁷ Essa contradição, como a “crise”, ver-se-á adiante, não deve ser considerada, todavia, acidental ou não desejada.

⁷ Escreve ZAFFARONI (1996, p. 15):

“Hoje, temos consciência de que a realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico-penal, e de que todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais. A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.”

E em nota de rodapé, acrescenta:

“Imaginamos o que sucederia em qualquer país ocidental desenvolvido, caso se conseguisse efetivamente punir com a privação da liberdade, conforme o previsto em lei, todos os furtos em supermercados e todos os casos de posse de entorpecentes proibidos” .

4.1. A insinceridade do discurso

A evidenciar que a “crise” não é acidental, considere-se a insinceridade do discurso, sob duplo aspecto:

a) a consciência de que a lei não reflete e nem modifica a realidade e que não é feita para ser cumprida:

Aponta ZAFFARONI (1996), como um dos aspectos da ilegitimidade do sistema penal, a sua falsa racionalidade. Para ele o sistema seria legítimo se atuasse em conformidade com um discurso, além de internamente coerente, verdadeiro, isto é, de realização social possível e conforme sua programação. No dizer do autor, a projeção social efetiva da planificação explicitada no discurso jurídico-penal deve ser minimamente verdadeira, ou seja, deve realizar-se em alguma medida. E ainda: não é socialmente verdadeiro um discurso jurídico-penal quando, por exemplo, os órgãos policiais, judiciais, do Ministério Público, os meios massivos de comunicação social, etc. contemplam passivamente o homicídio de milhares de pessoas.

Ouso, por isso, discordar da analogia que ZAFFARONI parece sugerir entre os legisladores penais e os caçadores paleolíticos⁸, pois me parece irrecusável reconhecer que há uma consciência clara da falácia do discurso oficial, salvo a boa-fé de alguns reformadores. A imagem ideal que o sistema auto-propõe não resulta de um erro de percepção, e assim como a consciência dessa contradição, traduz, na feliz imagem de Alessandro Baratta, o seu estatuto ideológico.

b) o interesse, ainda que não explicitado, na manutenção da criminalidade, da qual depende, direta e indiretamente, um conjunto de atividades industriais, comerciais, intelectuais e ocupacionais (armas, sistemas de alarmes, equipamentos de segurança, Polícia, Judiciário, Ministério Público, meios de comunicação, literatura, advocacia, medicina, arquitetura, engenharia, política, etc.).

⁸ Colhe-se na obra de ZAFFARONI (1996, p. 18) a seguinte nota:

“Geralmente, quando o discurso jurídico-penal é utilizado para encobrir graves problemas sociais, gera indignação, e temos aí o fenômeno em um caso típico, que tenta achar uma solução em casos particulares arbitrariamente selecionados pelo sistema penal. Em qualquer país podem-se encontrar exemplos deste tipo de leis que são produto de um moderno pensamento mágico. ‘O pintor-caçador do paleolítico pensava que com a pintura possuía a coisa mesma, pensava que com o retrato do objeto adquiria poder sobre o mesmo objeto; creditava que o animal da realidade sofria a mesma morte do que o animal retratado’ (Arnold Hauser, História social de la literatura y dei arte. Madri, 1971, t. I, pp. 20). Nossos projetos de leis, movidos pelo desejo de acalmar campanhas pela “lei e pela ordem”, ou com fins “eleitoreiros”, lembram os caçadores paleolíticos.”

Não surpreenderia, por exemplo, e o enfoque não é diferente, que um milionário traficante de drogas, “filantropicamente”, financiasse uma clínica que tivesse êxito no tratamento e recuperação de drogados: a certeza da possibilidade de cura certamente pode funcionar como desinibidor para experimentar drogas, além de, simbolicamente, projetar socialmente e afastar suspeitas. Por outro lado, a insinceridade do discurso, aqui apontada, traduz o “déficit cognoscitivo” assinalado por ANDRADE (1994, p. 463), isto é, a falta de rigor científico da Dogmática Penal.

Com efeito, segundo a autora, o discurso não descreve, rigorosamente, o funcionamento do sistema, o que é funcional, pois a falsidade do discurso dogmático integra seu código ideológico (ideologia liberal + ideologia da defesa social) que tem sido fundamental à legitimação e à eficácia simbólica (reprodução ideológica) do sistema penal, pela sobreposição à sua imagem real de uma imagem ideal. (ANDRADE, 1984, pp. 467 e ss.)

Já no prefácio da edição brasileira da obra de MARC ANCEL, HELENO FRAGOSO - que não pode ser apontado como representante dessa nova Criminologia - pontuara:

“O sistema de justiça criminal está em crise, pela discrepância profunda entre suas aparências e suas realidades. Trata-se de um sistema opressivo, desigual e injusto em que a teoria do Direito Penal, cumprindo a função ideológica que lhe é atribuída, está inteiramente divorciada da realidade”.

Se déssemos a palavra ao sistema, que não tem voz, para que, em termos bem simples, expressasse o seu funcionamento ideológico, ouviríamos algo mais ou menos assim:

- Eu sei que a minha prática, o que eu faço, é diferente do que eu digo, mas se eu disser isso, ninguém vai me aceitar. E como o que eu quero é exatamente o que faço, preciso continuar mentindo, porque só consigo fazê-lo enquanto disser o que digo. É graças ao que digo (legalidade, prevenção, ressocialização, etc.) que posso fazer o que eu faço (construção seletiva da criminalidade).

A discrepância entre o discurso e o funcionamento é confirmada por OLIVEIRA (1996, p. 234) em relação ao cárcere:

“O decantado processo de recuperação resulta apenas na absurda teorização discursiva do sistema, pois, na prática, nada alcança, além da formação de estereótipos e do fomento da reincidência, de forma profissional e aperfeiçoada, devido ao clima negativo, anti-natural, corrupto e desumano que predomina nas prisões, sob agressivas e assustadoras formas. Despersonaliza os presos, gera uma criminalidade violentamente assustadora, que desaponta, vulnera e enfrenta, com sucesso, qualquer aparelho policial e judicial.”

Se tal é a situação, diz FOUCAULT, a prisão, ao aparentemente “fracassar”, não erra seu objetivo. E arremata:

“O atestado de que a prisão fracassa em reduzir os crimes deve talvez ser substituído pela hipótese de que a prisão conseguiu muito bem produzir a delinqüência ...

O sucesso é tal que, depois de um século e meio de ‘fracassos’ a prisão continua a existir, produzindo os mesmos efeitos e que se têm os maiores escrúpulos em derrubá-las.”
(1991, pp. 243-4)

Eis a razão de não se dever atribuir a função real do sistema apenas à sua dimensão operacional, vez que esta, juntamente com a dimensão programadora, constituem uma unidade, a unidade do Direito, garantindo assim o que ANDRADE (1994, p. 446) denomina de “eficácia invertida”, ou seja, não “o fracasso do projeto penal declarado”, mas “o êxito do não projetado”.

4.2. A vida como “bem jurídico”

Um exemplo das contradições, apontado por ZAFFARONI (1996, pp. 12-3), é a tutela da vida como “bem jurídico”, numa sociedade em que:

- a) centenas de milhares de crianças morrem antes de completar o primeiro ano por carências alimentares ou sanitárias, as quais, quando não matam, provocam seqüelas irreversíveis;
- b) os órgãos do sistema penal causam mais mortes do que a totalidade dos homicídios dolosos entre particulares;
- c) os abortos são livremente praticados, mas causam mortes apenas nos estratos sociais mais baixos.

4.3. Os fins declarados e as funções reais da pena

Outro exemplo fornecem-nos os índices de reincidência e de criminalização crescentes, demonstrando o inteiro fracasso da pena no sentido dos objetivos declarados: prevenção geral e tratamento, reinserção social, ressocialização, etc.

Em verdade, a Criminologia Crítica demonstra serem outras as funções reais da pena:

a) Produção e reprodução do *status quo*

A pena não só reproduz e produz as relações sociais, como os próprios sujeitos passivos dessas relações, recrutados nos estratos inferiores da sociedade. Serve, assim, à manutenção da escala vertical, na medida em que o *status* de criminoso obstaculiza a ascensão social.

Com efeito, os mecanismos informais de reação reforçam a marginalização, para o que contribui a pena com uma de suas funções simbólicas: a separação entre “bons” e “maus”.

b) A cifra oculta

A aplicação da pena reforça a ilusão de que o sistema funciona ao mesmo tempo em que mantém a cifra oculta da "criminalidade", acobertando um número bem maior de infrações, sobretudo quando praticadas pelos segmentos sociais "imunes" ao processo de criminalização.

As estatísticas criminais oficiais traduzem apenas a atividade das instâncias formais do sistema penal (Polícia, Ministério Público, Tribunais, Penitenciárias).

"(...) o certo é que a estatística criminal não informa quase nada a respeito da chamada 'criminalidade real', mas proporciona dados bem precisos sobre a magnitude e qualidade da criminalização (Pilgram), aspecto que de modo algum pode descuidar-se." (ZAFFARONI, 1984, p. 144)⁹

⁹ Ainda consoante ZAFFARONI (1984, p.144):

"Nos países do capitalismo central a estatística criminal assume o valor de dado bastante preciso acerca da criminalização, mas nos países do capitalismo periférico a informação estatística só proporciona o conhecimento de um setor da criminalização e da reação social, dado que outro fica à margem dela, como são as sanções não institucionalizadas, isto é, desapareições forçosas e involuntárias (ONU I), execuções extralegais (ONU II), torturas e tratos desumanos (ONU III e IV), o que é bastante freqüente na América Latina (...) e no mundo, onde aumentam as violações aos Direitos Humanos, apesar das manifestações declarativas [João Paulo II (I), Puebla]. Com esta última observação fica dito que as estatísticas não registram os crimes do poder político e econômico, os que não só se 'filtram' no sistema penal, mas que freqüentemente ficam fora do primeiro filtro, quer dizer, do primeiro nível de seleção normativa abstrata."

As pesquisas sobre a cifra oculta permitiram significativa mudança no conceito de criminalidade, mostrando não ser esta um comportamento minoritário, mas, inversamente, o da maioria da sociedade.

"O discurso jurídico-penal programa um número incrível de hipóteses e que, segundo o "dever-ser", o sistema penal intervém repressivamente de modo "natural" (ou mecânico). No entanto, as agências do sistema penal dispõem apenas de uma capacidade operacional ridiculamente pequena se comparada à magnitude do planejado. A disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população. Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado." (ZAFFARONI, 1996, p. 26)

Nem todo delito é perseguido, nem todo delito é registrado, nem todo delito é investigado, nem todo delito é denunciado, nem toda denúncia é recebida e nem toda denúncia recebida resulta em condenação.

As estatísticas criminais não refletem a criminalidade real, sugerindo uma concentração da “criminalidade” nos estratos inferiores da sociedade e praticamente sua ausência nos estratos superiores, como se a “criminalidade” resultasse de

"(...) factores personales y sociales correlativos de la pobreza, entre los que se incluyen, observa Sutherland, 'la enfermedad mental, las desviaciones psicopáticas, la habitación en slums, y la 'mala' situación familiar de la clase. Estas connotaciones de la criminalidad recaen no sólo sobre los estereotipos de criminalidad, los cuales, como indagaciones recientes han demostrado, influyen y guían la acción de los organismos oficiales, tornándola de ese modo socialmente 'selectiva', sino también sobre la definición corriente que el hombre de la calle comparte, ignorante de las estadísticas criminales." (BARATTA, 1991a, p.103)

Complementa ANDRADE (1994, p. 410):

“Enquanto a intervenção do sistema geralmente subestima e imuniza as condutas às quais se relaciona a produção dos mais altos, embora mais difusos danos sociais (delitos econômicos, ecológicos, ações da criminalidade organizada, graves desviantes dos órgãos estatais) superestima infrações de relativamente menor danosidade social, embora de maior visibilidade, como delitos contra o patrimônio, especialmente os que tem como autor indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais débeis e marginalizados.

Assim, se é bastante óbvio que quase todas as prisões do mundo estão povoadas por pobres, isto indica que há um processo de seleção de pessoas às quais se qualifica como delinqüentes, e não, como se pretende, um mero processo de seleção de condutas qualificadas como tais”.

c) A seletividade

Outra função real da pena é reforçar o caráter seletivo do sistema.

Já que a realização da criminalização programada provocaria um resultado que ninguém deseja, é irrecusável que o sistema penal se estrutura de forma que a legalidade processual não opere, ampliando a seletividade.

Marca do sistema, a seletividade não é nova:

" ... no Antigo Regime, os diferentes estratos sociais tinham cada um sua margem de ilegalidade tolerada: a não-aplicação da regra, a inobservância de inúmeros editos ou ordenações eram condição do funcionamento político e econômico da sociedade. Traço que não é particular ao Antigo Regime? Sem dúvida." (FOUCAULT, 1991, p. 76).

Sociedade desigual, também o *status* de criminoso, bem negativo, é desigualmente distribuído. À seleção dos comportamentos criminalizáveis, mais encontradiços nas classes marginalizadas, corresponde uma seleção dos sujeitos também criminalizáveis, sendo maiores as "chances" de indivíduos pertencentes a estes grupos.

Com freqüência, antes de selecionada pelo sistema penal, a população carcerária foi “filtrada” por outras instituições de controle social: escola, casa de menores, etc., no *continuum* cujo extremo é o Direito Penal.

Na perspectiva da Criminologia Crítica, a criminalidade é um *status* atribuído a determinadas pessoas por meio de uma dupla seleção: a dos bens penalmente protegidos e a dos comportamentos ofensivos a tais bens, assim tipificados; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que praticam infrações.

A criminalidade é um “bem negativo”, distribuído desigualmente segundo a hierarquia de interesses fixados no sistema sócio-econômico, segundo a desigualdade social dos indivíduos.” (BARATTA, 1978, p.10)

Como visto, só alguns “bens” são penalmente tutelados (primeiro nível de seleção); só alguns comportamentos lesivos a tais bens são tipificados (segundo nível de seleção); só alguns sujeitos, entre muitos que praticam as condutas tipificadas, são indiciados ou processados (terceiro nível de seleção); nem todos os denunciados são condenados (quarto nível); nem todos os condenados à mesma pena cumprem-na em iguais condições (quinto nível) e nem todos sofrem, igualmente, o estigma da condenação.

É preciso assumir o caráter fragmentário do Direito Penal no que toca à seleção de necessidades e interesses que devam ser protegidos, decorrência mesmo do princípio da intervenção mínima. O problema é determinar as características de quais devem ser os bens jurídicos penalmente tutelados, que não podem ser os da minoria detentora do poder de definição em detrimento das necessidades e interesses do conjunto da população, especialmente os que não têm acesso aos bens da vida minimamente indispensáveis à satisfação dos Direitos do Homem, sem os quais não se há de falar em dignidade humana.

5. O cárcere e a ressocialização ¹⁰

A idéia de ressocializar surge no quadro das transformações que consolidaram o capitalismo, e é a idéia-mestra das teorias da prevenção especial positiva¹¹, bem desenvolvida pela Defesa Social. Foi ela a pedra de toque da reforma penal de 1984.

Ao resumir as objeções mais freqüentes à teoria da prevenção especial positiva, ROXIN (1986, p. 21-2)¹² nega legitimidade ao poder do Estado de interferir na personalidade

¹⁰ É vasta a bibliografia sobre o tema, razão pela qual é impossível citar todos os autores. Para maior aprofundamento, indicam-se, entre outros: Alessandro Baratta, *Resocialización o control social. Por un concepto crítico de "reintegración social" del condenado*, In -:Sistema Penal Para o Terceiro Milênio, p.251-265; Anabela Miranda Rodrigues, *Reinserção Social . Para uma Definição do Conceito*, In -: Revista de Direito Penal e Criminologia, n° 34, p. 25-47; Francisco Muñoz Conde, *La Resocialización Del Delincuente - Análisis y Crítica de un Mito*, In -:Política Criminal y Reforma dei Derecho Penal, pp. 131-154; Santiago Mir Puig, *Que Queda en Pie de la Resocialización?*, In -:Eguzkilore, n° 2, p. 35-41;

¹¹ Ver nota na página 47

¹² Ei-las: não delimita o exercício do poder punitivo do Estado, nem subjetiva, nem temporalmente. Assim, os opositores a qualquer regime político poderiam ser considerados "inadaptados" e submetidos a "tratamento penal".

De outro ângulo, pergunta: os socialmente marginalizados ou indesejáveis (mendigos, prostitutas, etc.) também poderiam ser penalmente "tratados" mesmo se não praticassem um fato específico tido como criminoso? E como a duração do "tratamento" não poderia ser prefixada, o indivíduo ficaria, sem limites, à mercê da intervenção estatal. Mesmo os que, adeptos dessa teoria, defendem um direito penal do fato (tipicidade) e penas prévia e precisamente definidas, dão o poder do Estado como pressuposto, em vez de fundamentá-lo.

Acresce que os crimes *irrepetíveis* ficariam sem punição, já que não haveria quem ressocializar ou o que evitar (ex.: os assassinos dos campos de concentração)

individual “adaptando-a” aos padrões coletivos de comportamento. Segundo o autor, o homem tem o direito de ser “diferente”. A maioria não tem o direito de obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhe parecem desejáveis.

Ocorre, e é fácil demonstrá-lo, que a população carcerária provém, na maior parte, de zonas socialmente marginalizadas, caracterizadas por problemas já na socialização primária da idade pré-escolar.

Revelam os censos penitenciários de 1993 e 1994 que 95% (noventa e cinco por cento) dos presos em todo o Brasil são “absolutamente pobres”; 76% (setenta e seis por cento) eram “analfabetos” ou “semi-analfabetos”, em 1993, e 87% (oitenta e sete por cento) não tinham o 1º grau completo, em 1994.

Bem observado, o que parecia simples matiz filológico na definição do fim do tratamento (socialização ou ressocialização) se revela como uma mudança decisiva do seu conceito. Isso modifica a relação entre o cárcere e o conjunto das instituições, privadas e públicas, destinadas à socialização e à instrução.

O cárcere deve ser visto como parte de um *continuum* que compreende família, escola, assistência social, organização cultural do tempo livre, preparação profissional, universidade e instrução de adultos.

Por isso mesmo, muitos sabem que o endurecimento da resposta penal (penas mais severas, estabelecimentos de segurança máxima, criminalização, etc.) não produz os efeitos preventivos, nem geral nem especial, o que se demonstra pela crescente reincidência e aumento da violência definida como criminosa.

Para os teóricos do *labelling*, a reação social, uma vez consumada (pena, por exemplo), gera no indivíduo efeitos psicológicos que determinam a reincidência, pondo em “xeque” o princípio da prevenção e o caráter reeducativo da pena. Por isso que:

“ ... la intervención del sistema penal, y especialmente las penas que privan de libertad, en lugar de ejercer un efecto reeducativo sobre el delincuente, determinan, en la mayor parte de los casos, una consolidación de la identidad de desviado del condenado y su ingreso en una verdadera y propia carrera criminal.” (BARATTA, 1991a, p. 89).

Na sua obra, OLIVEIRA (1996, p. 233), assegura que:

“O desejado sentido ressocializador da pena, na verdade, configura apenas um fantástico discurso retórico para manter o sistema, o que, na realidade, traduz um evidente malogro, um desperdício de tempo para o preso e um gasto inútil para o Estado, que retira da sociedade um indivíduo por apresentar comportamento desviante e o transforma num irrecuperável, pois a reincidência atinge o alarmante índice de mais de setenta por cento no país. Daí dizer-se, que a prisão fabrica o reincidente. O preso primário de hoje será o reincidente de amanhã, fechando-se o círculo irreversível da prisão, que tem como consequência o custo do delinqüente em si e da delinqüência que produz.”

Interessante o que observa TOMPSON:

“Toda vez que um detento consegue escapar das grades será, necessariamente, instaurado um inquérito, visando a descobrir as causas e as responsabilidades referentes ao fato. Nunca ninguém se lembrou de adotar medida semelhante para cada caso em que um indivíduo, posto em liberdade, após submeter-se ao trabalho intimidativo e curativo da prisão, a ela retorna por força de reincidência. Não obstante, há aí prova sobeja de que a instituição fracassou e seria curial averiguar as causas e as responsabilidades do insucesso, se tal é a medida que se toma relativamente a uma falha observada quanto à operação dos meios.” (1991, pp. 8-9)

A propósito, adverte BARATTA, de cuja obra se colhe a maioria dos ensinamentos a seguir expostos, que vasta literatura baseada na observação empírica sobre aspectos psicológicos, sociológicos e organizativos demonstrou ter sido vã, até agora, toda tentativa de ressocialização e de reinserção por meio

do cárcere, malgrado a introdução de técnicas psicoterapêuticas e educativas e as transformações da sua estrutura organizativa.

As prisões continuam a ser o momento culminante do mecanismo de marginalização que produz a população criminal e a administra de modo a adaptá-la a *funções próprias* que a qualificam, produzindo efeitos contrários à reeducação e reinserção do condenado, e favoráveis à sua integração na população criminal.

O cárcere contraria todo ideal educativo moderno de estimular a individualidade e o auto-respeito, alimentado pelo respeito ao educador. Os rituais de degradação no começo da detenção, despojando o encarcerado dos símbolos exteriores da própria autonomia (vestimentas e objetos pessoais) constituem o oposto. A educação fortalece o sentimento de liberdade e espontaneidade do indivíduo; a vida carcerária, como universo disciplinar, tem o caráter repressivo e padronizador.¹³

¹³ Oportuno transcrever, na íntegra, trechos do libelo que OLIVEIRA reverbera:

“A prisão é um mal em si mesma. Estabelecimento fechado, de regime totalitário, prisionaliza a mentalidade de todos os seus ocupantes: presos, guardas, carcereiros, funcionários, psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais e diretores - mantendo-os sob constante tensão e desconfiança. ...

A pena privativa de liberdade ... é o passaporte para a insegurança, um abandono, de extensão e conseqüência desastrosas: cessação de direitos políticos, cerceamento de ir e vir, de exercer atividades econômicas, intelectuais e artísticas, de manter convívio familiar, de privar com amigos, de desenvolver relacionamento sexual normal.”

O regime de “privações” tem efeitos negativos sobre a personalidade e contrários ao fim educativo do tratamento, especialmente os de natureza sexual, direta e indiretamente, pelo modo como as necessidades são satisfeitas, caracterizado pelas relações informais de poder e de violência.

Nenhuma técnica psicoterapêutica ou pedagógica consegue reverter o processo negativo de socialização, no cárcere, sob dois pontos de vista:

- 1º) “desaculturação”: desadaptação às condições necessárias para a vida livre (diminuição da força de vontade, perda do sentido de autorresponsabilidade <econômica e social>), incapacidade para apreender a realidade do mundo exterior que cede a uma visão ilusória, alheamento progressivo aos valores e modelos de comportamento próprios da sociedade exterior;
- 2º) “culturalização” ou “prisionização”: assimilação das atitudes, modelos de comportamentos e valores próprios da sub-cultura carcerária (relações dos condenados entre si e destes com o pessoal do presídio), interiorização que é inversamente proporcional às chances de reinserção na sociedade livre.

A respeito, disse FRAGOSO (1985, pp. 300-301):

“Como instituição total a prisão necessariamente deforma a personalidade, ajustando-se à subcultura prisional (prisionização) ... O problema da prisão é a própria prisão.”

ROBERTO LYRA, em *Penitência de um Penitenciário*, já em 1957, dizia:

“A pedagogia, a medicina, a psicologia, a economia, a política, até a própria moral, já não admitem discussão sobre a monstruosidade antinatural, antiindividual e anti-social de prender, isolar, segregar.”

Eis a visão de LINS e SILVA (1991, p. 33), outro que também não pode ser apontado como representante da nova Criminologia:

“... a prisão não regenera nem ressocializa ninguém; perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece, é uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas onde se diploma o profissional do crime.”

No decorrer do seu livro, THOMPSON (1991) deixa claro que a relação cárcere e sociedade é uma relação de exclusão, que se contradiz com o alardeado propósito de reinserção do condenado. Não se pode excluir e incluir ao mesmo tempo.

As relações sociais de poder da subcultura carcerária, diz ainda BARATTA, se, de um lado, apresentam características que a distinguem da sociedade exterior, de outro lado, reproduzem e ampliam características próprias desta: relações sociais baseadas no egoísmo e na violência ilegal, que constroem os mais débeis à submissão e à exploração.

O exame do sistema de valores e de modelos de comportamento presentes na sociedade em que se quer reinserir o condenado leva à conclusão de que a verdadeira reeducação deveria começar pela sociedade e não pelo condenado.

Antes de modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, chegando, assim, à raiz do mecanismo de exclusão.

De outro modo, haverá pelo menos a suspeita de que a função verdadeira da modificação é aperfeiçoar e consolidar a exclusão, integrando, mais que os excluídos na sociedade, a relação mesma de exclusão na ideologia legitimadora do estado social.

Mais do que nunca, *“resulta necesario despojar a las instituciones sociales dedicadas a la ejecución de las penas, de sus velos ideológicos y apariencias jurídicas y describirlas en sus relaciones reales. El vínculo, transparente o no, que supuestamente existe entre delito y pena debe ser destruido en tanto que impide toda investigación acerca del significado autónomo de la historia de los sistemas punitivos.”* (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 1984, p. 3).

O cuidado que a sociedade punitiva dedica ao egresso, rastreando sua existência de modos visíveis e invisíveis, poderia ser interpretado como a vontade de perpetuar o estigma indelével da pena.

Aqui a hipótese de FOUCAULT do alargamento do universo carcerário pela assistência (e o preconceito?), um novo panóptico invisível para assegurar o controle e a gestão da população criminal.

Dentro dessas novas perspectivas, a reforma penal brasileira e seus desdobramentos revelam-se ineficazes em relação aos objetivos declarados, como serão vistos a seguir.

Adverte-se, desde logo, que apesar das contradições, reais ou não, entre si, a reforma de 84 e seus desdobramentos têm em comum o que assinala ZAFFARONI (1996): o fato de constituírem mecanismos negadores que aparentam conservar a segurança da resposta penal. Ou, como se depreende da tese de ANDRADE (1994), mantêm a ilusão de segurança jurídica. Em suma, consubstanciam novas tentativas de legitimar o sistema, cujo discurso atingiu um altíssimo nível de descrédito.

Eis o porquê de “contra”-reforma, assim entre aspas. Uma e outros, em verdade, são, ao cabo, mais um momento saliente do que se convencionou chamar a “crise” do sistema penal, como se se tratasse de algo que não fosse permanente e tão antigo quanto o sistema ele mesmo.

CAPÍTULO II

A Reforma Penal de 1984

Uma Ilusão ...

É útil à compreensão da reforma penal de 1984 no Brasil aludir, brevemente, às idéias reformistas do pós-guerra, tomando como ponto de partida a visão européia que inspirou o novo discurso oficial de legitimação do sistema penal na segunda metade do século.

1. O discurso político-criminal do capitalismo

1. 1 A ideologia da “defesa social”

As raízes da ideologia da defesa social que domina a Ciência Penal e a Criminologia positivista, a maior parte dos operadores jurídico-penais e o senso comum, remontam à Escola Clássica.

Analisando-a, BARATTA (1991a, pp. 36-7) identifica-lhe os seguintes princípios:

- a) **princípio do bem e do mal**, representados respectivamente pelo delinqüente e pela sociedade;
- b) **princípio de culpabilidade**: o delito traduz uma atitude consciente e reprovável contra valores previamente estabelecidos pela lei;
- c) **princípio de legitimidade**. A repressão do delito é uma reação legítima da sociedade;
- d) **princípio de igualdade**. Todos os cidadãos estão igualmente sujeitos à reação penal;
- e) **princípio do interesse social**. O Direito Penal protege interesses fundamentais para a existência da sociedade;
- f) **princípio do fim ou da prevenção**. A pena não só retribui, como reprime o delito.

A ideologia da defesa social representa um programa de ação (ANDRADE, 1994, pp. 229-32) e uma doutrina fundamental ao processo de transnacionalização do controle social, propósito caro à expansão do capitalismo central, como bem analisado por DEL OLMO (1984). A transnacionalização do controle é matéria que demanda abordagem mais detalhada, por isso que apenas referida neste trabalho.

1.2. O Movimento da Defesa Social

Da primeira à segunda Grandes Guerras Mundiais, as experiências stalinista, fascista e nazista impuseram ao Direito Penal notável retrocesso na caminhada, desde BECCARIA, rumo ao respeito e garantia dos direitos humanos. É o que assinalou LINS E SILVA durante o Colóquio MARC ANCEL, em 1990, no Rio de Janeiro (ARAUJO JUNIOR, 1991, pp. 28-9)

Não seriam os últimos recuos, como se verá!

A reação humanista veio com FILIPPO GRAMATICA, pioneiro do movimento que se consagrou como Defesa Social, cujas idéias, redimensionadas por outros pensadores que tiveram em MARC ANCEL seu maior divulgador e

sistematizador, deram corpo à chamada Nova - ou novíssima - Defesa Social¹. “Novo” o movimento, antiga a ideologia, como visto.

As propostas de GRAMATICA assentavam-se no Estado de Direito, na legalidade e num sistema regular de processo judicial. Partiam de uma concepção revisionista do crime, o que implicava o estudo das suas causas e efeitos, preconizando uma política racional de respeito à dignidade e aos direitos humanos, numa visão pluralista que ultrapassava os limites do Direito.

A um só tempo, o Movimento propugnava pela descriminalização para os ilícitos considerados de “pequena monta” e pela criminalização das ofensas aos direitos transindividuais (moralidade pública, sistema financeiro, meio-ambiente, etc.).

GRAMATICA e seus seguidores condenavam a pena de morte, restringindo a privação da liberdade para casos extremos, especialmente a prisão preventiva e a temporária. Insurgiam-se contra a ideologia do tratamento, tal como concebida até então, advogando que se devesse propiciar ao condenado o máximo de condições que lhe permitissem *escolher* não delinquir.

¹ Para aprofundar o conhecimento a respeito, ver o livro de MARC ANCEL, “A Nova Defesa Social”.

1.3. A Nova Defesa Social

A idéia de tratamento, ainda hoje em voga, foi retomada por MARC ANCEL, passando a constituir o objetivo central de um novo movimento, dentro da perspectiva de “prevenção do crime e tratamento dos delinqüentes” e da “recondução ao convívio social” dos atingidos pela “reação” do sistema repressivo, através de uma “ação sistemática de *ressocialização*, quando não fosse a hipótese de “eliminação”². Cogitava-se, pois, dos dois tipos de prevenção, como função da pena: a geral (prevenção do crime) e a especial (o tratamento).

² Marc Ancel (1979, pp. 16 e ss.) apresenta as seis idéias básicas, aqui resumidas:

1^a) O sistema anti-criminal não visa unicamente expiar uma falta por meio de um castigo, mas busca proteger a sociedade contra as ações criminais;

2^a) A proteção da sociedade se fará por um conjunto de medidas extrapenais destinadas a neutralizar o delinqüente, pela eliminação, segregação, ou métodos curativos ou educativos;

3^a) A política criminal deve privilegiar a prevenção individual e tornar operante um sistema de prevenção do crime e tratamento dos delinqüentes, numa ação sistemática de *ressocialização*;

4^a) Não é possível *ressocializar* sem humanizar, crescentemente, o novo Direito Penal, que deve ter uma preocupação global com o indivíduo: torná-lo auto-confiante, restituir-lhe o sentimento de responsabilidade individual e social, bem como o senso dos valores humanos, assegurando-lhe o respeito aos direitos do homem e as garantias decorrentes dos princípios da legalidade e da regularidade do processo;

5^a) Essa política de humanização não tem caráter humanitário ou sentimental, pois fundamenta-se, cientificamente, no estudo do fato criminoso e da personalidade do delinqüente, para descobrir a realidade humana e social revelada por cada espécie criminosa (as causas);

6^a) Trata-se de uma política-arte com bases científicas, por isso que universal. Sua filosofia humanista e seu ideal moral permitem ultrapassar o determinismo materialista e o totalitarismo, e só nesse sentido toca as relações entre o indivíduo e o Estado. Sua filosofia política é o individualismo social, já que a sociedade só existe pelo homem e para o homem.

Para tanto, julgava-se necessário *humanizar* o Direito Penal a fim de restituir ao indivíduo o sentimento de responsabilidade pessoal e social, bem como o senso dos valores humanos, tornando-o confiante em si mesmo.

Tal política apoiava-se no estudo do fato criminoso e da personalidade do delinqüente, respeitando os direitos e garantias individuais.

Retomava-se, assim, a teoria da *prevenção especial positiva*³ (particularmente desenvolvida desde a Escola

³, Oportuno transcrever na íntegra a síntese de Andrade (1994, pp. 125-6), sobre as teorias da pena:

“Convém situar, pois, desde já, o marco geral das teorias da pena, que se desenvolvem da Escola clássica, passando pela Escola positiva à contemporaneidade, seja para melhor situar a contribuição das Escolas na sua formulação, seja pela referência que a elas faremos em distintos momentos deste trabalho.

Para as teorias absolutas (Kant, Hegel, Carrara) a função da pena é a retribuição. A pena não é vista como um meio para a realização de fins, uma vez que encontra em si mesma a sua própria justificação. Neste sentido não se pode dizer que não seja atribuída à pena uma função positiva, mas sim que esta função é interna ao Direito mesmo pois é essencialmente reparatória, de reafirmação do Direito.

Para as teorias relativas o fim da pena é a prevenção e ela é vista, ao revés, como um meio para a realização de fins socialmente úteis. Relativamente a estas é possível diferenciar quatro tipos ideais de modelos teóricos, observando que freqüentemente encontram-se teorias nas quais se utiliza mais de um modelo, geralmente em disposição hierárquica de funções (teorias plurifuncionais).

Segundo um esquema universalmente utilizado nos manuais, as teorias relativas se classificam em teorias da "prevenção especial" e teorias da "prevenção geral" conforme o seu destinatário principal seja identificado, respectivamente, no castigo penal ou na sua ameaça.

As teorias da prevenção geral se subdividem em teorias da prevenção geral negativa (Bentham, Feuerbach, Beccaria) e positiva (Escola funcionalista desde Durkheim e, contemporaneamente, representada pela "teoria da prevenção-

Positiva italiana), isto é, em vez de neutralizar o transgressor através da custódia em lugares separados, do isolamento e aniquilamento físico (prevenção especial negativa), dever-se-ia tratar o condenado para sua reeducação e readaptação à normalidade da vida social.

Escreve ARAÚJO JUNIOR (1991, pp. 65 e ss) que a Nova Defesa Social não se caracteriza como um programa técnico de modificações regulamentares, mas, sim, como um verdadeiro estado de espírito, ou, nas palavras de ANCEL, "por uma tomada de consciência acerca de necessidades sociais e éticas novas, em face das antigas estruturas e de tradições obsoletas". Aponta suas três características fundamentais:

integração"). Nas primeiras, cujos destinatários são os infratores potenciais, a função da pena é a intimidação ou dissuasão neles provocada pela mensagem contida na lei penal, em especial pela cominação da pena em abstrato, que estaria então dirigida a criar uma contramotivação ao comportamento contrário à lei. Nas segundas, cujos destinatários são, ao revés, os cidadãos fiéis à lei, a função da pena é a de declarar e afirmar valores e regras sociais e de reforçar sua validade, contribuindo desta forma para a integração do grupo social em torno daqueles e para o restabelecimento da confiança institucional desprezada pelas transgressões ao ordenamento jurídico. Embora reconheça antecedentes na formulação durkheimiana foi objeto de recente reelaboração na Alemanha, no marco conceitual da teoria sistêmica pela chamada teoria da "prevenção-integração" que representa, também, o ponto de chegada do desenvolvimento da Ciência penal alemã dos últimos decênios.

As teorias da prevenção especial também se subdividem, por sua vez, em teorias da prevenção especial negativa e positiva. As primeiras afirmam a função de neutralização do transgressor: custódia em lugares separados, isolamento, aniquilamento físico. As segundas (particularmente desenvolvidas desde a Escola Positiva italiana e retomadas no pós-guerra pela teoria da Nova Defesa social representada entre outras por ANCEL (1979) afirmam, ao revés, a função de tratamento do condenado para sua reeducação e readaptação à normalidade da vida social."

- a) trata-se de um **movimento de natureza antidogmática e multidisciplinar** (o Direito Penal não é o único nem o melhor instrumento de combate à criminalidade);
- b) **mutabilidade**: acompanha as mudanças sociais, o que revela seu caráter prático e o objetivo de promover a reforma das instituições jurídico-penais;
- c) **universalidade**, pois situa-se acima das legislações nacionais.

Possuindo tais características, postula um permanente exame “crítico” das instituições vigentes que conduza à sua melhoria ou até à sua abolição, à garantia dos direitos do homem e à promoção dos valores essenciais da humanidade. Preconiza, repete-se, a descriminalização para os ilícitos de pequena monta e a criminalização das ofensas aos direitos transindividuais. Repudia a pena de morte e a ideologia do tratamento (ressocialização), em homenagem ao direito de “ser diferente”: a atividade socializadora consiste na colocação, à disposição do condenado, do maior número possível de condições que permitam a este, “*voluntariamente*” (?), não voltar a delinquir (DIAS, 1984).

2. A internacionalização da reforma ⁴

Além da Nova Defesa Social, que teve inegável influência na reforma penal da segunda metade do século, considera JESCHECK (1982, pp. 235 e ss.) que o movimento internacional de reforma do Direito Penal nesse período sinaliza a mudança de atitude diante da criminalidade e das possibilidades e métodos para combatê-la, o que se deve a alguns fatores.

Primeiramente, o “progresso” da investigação criminológica com o concurso das modernas ciências sociais. Comentando-o, assinala BERGALLI (1982) que a investigação criminológica referida é a positivista, ou seja, aquela orientada quase exclusivamente sobre o autor, subordinada à Dogmática Penal, com uma função instrumental e auxiliar do direito punitivo. Restringe-se a uma visão biopsicológica, considerando a criminalidade uma realidade ontológica anterior, inteiramente alheia às revelações da Criminologia da reação social e penal.

Outro fator, segundo JESCHECK, foi a descrença na possibilidade de modificação dos delinqüentes e de sua inserção na vida social mediante as técnicas de trabalho e educação programadas para serem aplicadas durante o

⁴ Para uma visão crítica da transnacionalização do controle, ver o trabalho já citado de Rosa dei Olmo e o artigo de Roberto Bergali, referido a seguir.

encarceramento. Em outras palavras: o fracasso da ressocialização fortaleceu as concepções no sentido de que a privação da liberdade deve ser a *ultima ratio*, reservada para os casos de delinquência grave ou, no máximo, como pena subsidiária no caso de descumprimento de penas mais brandas, podendo também ser aplicada através das limitações de fim de semana, possibilitando ao apenado manter uma vida normal sem perder o contato com a comunidade que integra. Deveria ser abolida a privação da liberdade de curta duração.

A multa passava a ocupar a preferência em substituição às penas privativas de liberdade de curta e média duração, preconizando-se também a instituição do sistema de prova ou liberdade vigiada, e a prestação de serviços à comunidade.

Um terceiro fator foi a investigação da cifra oculta da criminalidade, revelando que esta não se limita a grupos marginais, sendo mais difundida do que o que se imagina. "Cifra oculta" ou "cifra obscura", a designar a defasagem entre a criminalidade real (incluindo a de colarinho branco) e a criminalidade estatística (oficialmente registrada).

Marca saliente desse movimento de reforma era a idéia de descriminalização, cuja concretização poderia se dar por diferentes vias:

- a) a transformação de ilícitos penais em infrações administrativas punidas com multas de caráter disciplinar;
- b) a possibilidade de suspensão provisória de formulação da acusação - solução pré-processual - (antes de formular a acusação), impondo-se condições a serem cumpridas pelo infrator;
- c) a suspensão processual antes da imposição da pena, propiciando ao acusado a reparação do dano, bem assim em casos de escassa gravidade do fato;
- d) *abolitio criminis*, resultante da transformação de valores sócio-culturais.

Em conseqüência, deveria o legislador restringir os tipos penais a limites absolutamente necessários para salvaguardar a ordem pública, evitando-se o chamado “efeito de criminalização”.

Em síntese, as novas metas passam a ser a descriminalização e criação de penas “alternativas” e substitutivas da prisão, devendo esta, se e quando aplicada, causar o menor dano possível ao condenado. A propósito, algumas dessas fórmulas foram adotadas no Brasil, através da recente Lei n° 9.099, de 26 de setembro de 1995, que disciplinou os chamados Juizados Especiais Criminais e, entre outras providências, introduziu a suspensão condicional do processo.

3. A recepção brasileira do discurso político-penal europeu

Focalizando a América-Latina, BUSTOS RAMÍREZ (1982b, pp. 275 e ss.)⁵ atribui o reformismo do pós-guerra à recepção das idéias européias num contexto de redemocratização favorável a mudanças no Direito Penal, cujo progresso está fortemente ligado à concepção democrática do Estado.

No Brasil, em 1963, buscava-se, sob o influxo das novas idéias, reformar a legislação penal. As tentativas resultaram no Código de 1969, que nunca entrou em vigor. Desde então se apregoava a necessidade de modernizar as leis constitutivas do sistema penal brasileiro, no “interesse da segurança dos cidadãos e da estabilidade dos direitos.”

⁵ Transcreve-se do artigo o seguinte trecho :

“Aquietados los ánimos en Europa después de la Segunda Guerra Mundial y reconstruida su economía, Latino-américa vuelve a acoger com gran fuerza en las décadas de los años sesenta y setenta los avances del derecho europeo y específicamente del derecho penal. Por outra parte, gracias a una iniciativa de EDUARDO NOVOA, por primeira vez se reúnen a discutir temas de su especialidad los más destacados penalistas latinoamericanos, lo que da nacimiento a una comisión redactora de un Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, iniciativa totalmente original y única. Además, vientos democráticos recorrían Latinoamérica, a lo largo y a lo ancho en la década de los años sesenta lo que impulsaba a profundizar en todas las materias propias de un Estado de derecho y, por ello, necesariamente también en las del derecho penal, cuyo progreso está tan fuertemente ligado a una concepción democrática dei Estado. Estas han sido, pues, las bases que dieron suficiente aliento a un movimiento de reforma ...”

3.1. Breve contextualização reformista

Eis um pequeno trecho do relatório da CPI do Sistema Penitenciário, concluída em 1976 (CERNICCHIARO: 1995, pp. 131-7):

“As penas de reclusão e de detenção, bem como as imposições penais prévias não se distinguem para a grande maioria dos presos, cumpridas que são em cárceres promíscuos; a individualização da pena é obstaculada pela superlotação carcerária, que impede a classificação dos prisioneiros em grupos e sua lotação em estabelecimentos distintos; grande parte da população carcerária vive em ociosidade, sob a influência corruptora da subcultura criminal; esse tipo de prisão acentua o caráter criminógeno do cárcere e antes serve à difusão e ao aperfeiçoamento do crime do que à defesa da sociedade... Preconiza-se novo sistema de penas, dotado de substitutivos à pena de prisão, revestidos de eficácia pedagógica, de forma a restringir a privação da liberdade a crimes graves e delinqüentes perigosos. A busca de outras sanções para criminosos sem periculosidade diminuirá a ação criminógena do cárcere e atuará como fator de despopulação das prisões. - O exame da personalidade do sentenciado, tendo em vista a natureza do crime, é que determinará sua inserção no grupo com o qual conviverá no curso da execução da pena.”

Informa TOLEDO (1991, pp. 66 e ss.) que, anos depois, em abril de 1980, foram constituídas duas Comissões: a primeira encarregada de emitir parecer sobre o Projeto de Código de Processo Penal, retirado pelo governo quando tramitava no Senado, depois de aprovado pela Câmara, e a segunda para

compatibilizá-lo com o anteprojeto do Código de Execuções, cuja elaboração foi cometida ao antigo Conselho Nacional de Política Penitenciária.

Os estudos convenceram o governo da necessidade de reformar também o Código Penal, para o que nova Comissão foi formada por Francisco de Assis Toledo, Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Rogério Lauria Tucci, René Ariel Dotti e Hélio Fonseca.

Definiu-se, assim, o quadro de uma ampla reforma do sistema penal brasileiro que seria empreendida em duas etapas: Parte Geral do Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execuções Penais; depois, a Parte Especial do Código Penal e a Lei das Contravenções Penais.

Ensejava-se antecipar a já considerada inadiável reformulação do anacrônico e deficiente sistema penitenciário e a tão reclamada atualização dos métodos e da própria estrutura da justiça criminal de primeira instância. Permitir-se-ia, outrossim, que a Parte Especial pudesse desenvolver-se com mais cautela, em face da delicadeza de temas extremamente polêmicos a respeito dos quais convinha ampliar e amadurecer os debates.

No curso de 1981 seguinte, a *Reforma penal* foi objeto de ciclos de conferências e debates em todo o país. Em 1982, as Comissões apresentaram suas conclusões, enfeixadas nos anteprojetos e exposições de motivos encaminhados à Presidência da República e, por esta, ao Congresso Nacional, resultando nas Leis n° 7.209, que alterou a parte geral do Código Penal, e n° 7.210, sobre a execução penal, ambas de 11.07.1984. Continuou tramitando o anteprojeto do Código de Processo Penal.

3.2 As idéias inspiradoras e os objetivos declarados

Tal como até aqui, continuar-se-á buscando reproduzir, o mais fielmente possível, nos aspectos que interessam a este trabalho, o discurso que orientou a *reforma penal* de 1984.

Colhe-se, na exposição de motivos do atual Código Penal, que a legislação penal continuava inadequada às exigências da sociedade brasileira. A pressão das estatísticas oficiais da “criminalidade” e suas novas espécies, a constância da prisão como resposta básica ao delito, a rejeição social dos apenados e seus reflexos no incremento da reincidência, a sofisticação tecnológica, que torna visível a fisionomia da “criminalidade” contemporânea, eram indicados fatores a exigir o aprimoramento dos instrumentos jurídicos de contenção do crime.

Por outro lado, assinala CHERNICCHIARO (1995, p. 130) o que se constituía numa das maiores preocupações dos reformistas:

“A superpopulação carcerária alcançava cifras inquietantes. O número de mandados de prisão que não eram cumpridos também preocupava as autoridades.”

- O Princípio da intervenção mínima

Um dos princípios básicos acolhidos na reforma de 84 foi o da intervenção mínima. Nas palavras de DOTTI (1985, pp. 85-6), outro dos seus co-autores, dever-se-ia limitar a atuação do Direito Penal aos casos de evidente necessidade para a proteção dos bens indispensáveis ao desenvolvimento do homem e da comunidade, quando verificadas ofensas insuportáveis ao livre desenvolvimento da personalidade humana.

E, ainda assim, rompendo-se com o caráter monodimensional do sistema: para todos os males, mesmo diferentes entre si, a prisão como única resposta. Daí as penas “alternativas” e substitutivas: prestação de serviços à comunidade, interdição de direitos, limitações de fim-de-semana, multa.

- Culpabilidade

Fracassada a ideologia do tratamento, a perigosidade cedia lugar à culpabilidade, recuperando esta sua proeminência, para constituir-se no fundamento e limite da pena estatal, tanto para os que insistem no seu caráter retributivo, como para os que defendem, exclusivamente, a prevenção geral e especial. Dever-se-iam reforçar as garantias do Estado de Direito em matéria processual.

Adotado, sem reservas de outrora, o princípio da culpabilidade, a aplicação da pena ficava condicionada à verificação da culpabilidade do agente por fato doloso ou culposo, daí extraído-se, entre outras conseqüências, uma dupla função limitadora: o poder de despenalizar ou descriminalizar fatos praticados pelo agente, tipificados mas não censuráveis e a dosagem da pena em função do grau de culpabilidade.

A culpabilidade é o centro de gravidade da pena, seu fundamento e limite, tanto para sua aplicação, quanto na fase de execução (progressão de regime, etc.), por isso que deve ser fixada “conforme seja necessário e suficiente” (art. 59 do CP), para atender às exigências da retribuição (culpa concreta), proporcionalidade (qualidade e quantidade) e da prevenção (geral e especial) (DOTTI, 1985, p. 90)

- Objetivos da pena

A finalidade da pena foi explicitada no art. 59, *caput*, parte final, do Código Penal: “reprovação e prevenção do crime.” A prevenção especial foi consagrada no art. 1º da Lei de Execução:

“A execução penal tem por objetivo ... proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

REALE JUNIOR (1983, p. 42), um dos seus co-autores, afirmava acerca da reforma penal então em curso:

“Busca-se humanizar o Direito Penal sem destituí-lo do seu inafastável caráter punitivo, entendendo-se a pena como um ônus a ser sentido pelo condenado.

Visa-se, outrossim, a que a pena sirva para sugerir valores e comportamentos que facilitem o condenado a enfrentar, com menos conflito, a vida em sociedade, o que não impede o reconhecimento do caráter retributivo da sanção penal.”

Humanizar e punir era a idéia central da reforma, tida como “realista”, em oposição a outras duas concepções consideradas utópicas: a ressocialização do condenado e a transformação estrutural da sociedade para combater a criminalidade, esta proposta pela Criminologia Crítica. (REALE JUNIOR, 1985, p. 61)

Utópica⁶, em verdade, apenas a segunda, porquanto o “fracasso” (do ponto de vista dos objetivos declarados) da primeira é universalmente reconhecido.

Como se vê, já aí é possível identificar a falácia, a insinceridade do discurso reformador: negar e afirmar, ao mesmo tempo, a “ressocialização”.

Assumia-se a pena como castigo: o delito é ofensa a um valor e a pena é a compensação, para não dizer a vingança da sociedade ofendida. Como, porém, “*o preso é recolhido à prisão por castigo e não para ser castigado*” (PIMENTEL, 1985, p. 58), é preciso “*assegurar, aos que lá ficarem, que sejam tratados como seres humanos, com todos os direitos que não foram atingidos com a perda da liberdade*” (FRAGOSO, 1980). Nisto, mais tarde, converteu-se o art. 3^o da Lei n^o 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei de Execução Penal:

“Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.”

⁶ Entendida utopia como algo que, mesmo difícil ou improvável, deve ser buscado.

Nesta linha, a Lei de Execução Penal previu a assistência sanitária, jurídica, educacional, social e religiosa (arts. 10 a 24), o trabalho remunerado (art. 29) e com efeito de remição (arts. 126 a 130), submissão da disciplina ao princípio da legalidade (art. 45), o direito de petição e de correspondência (art. 41, incisos XIV e XV, respectivamente), a progressão para o regime aberto (art. 112), etc.

Característica importante é a individualização da pena, em atenção ao princípio da personalidade, cuja observância é requisito de validade formal e material da sentença. A teor do art. 59 do Código Penal, modificado pela Lei nº 7.209/84,

“O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”

- As Penas

Estabelecia-se novo rol de penas, dispostas em escala decrescente de gravidade (privação de liberdade, restrição de direitos, multa), possibilitando ao juiz concretizar a individualização; e um novo modo de execução. Nenhuma pena segregadora teria período rígido de duração. A sentença condenatória teria limites máximos, não mais certos: a pena passava a ser programática.

A aplicação da pena restringir-se-ia aos casos em que a exigissem a necessidade de proteção da comunidade e a de preparação do delinqüente para uma razoável convivência no mundo social, objetivos da Defesa Social: proteção da sociedade e ressocialização. Reformulava-se o sistema do duplo binário, deixando-se de aplicar, sucessivamente, pena e medida de segurança, excluindo-se esta para o imputável. A pena absorvia a função de prevenção e assistência antes conferida à medida de segurança.

A busca por formas diversas de sanção criminal apoiava-se no propósito, que se reconhecia ambivalente, de aperfeiçoar a pena de prisão, quando necessária, e de substituí-la, quando aconselhável: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitações de fim de semana, cujo cumprimento tinha sua força coativa na possibilidade de se converterem em privação da liberdade.

Assim dispôs o artigo 45 do Código Penal:

“A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade, pelo tempo da pena aplicada, quando:

I - sobrevier condenação, por outro crime, a pena privativa de liberdade cuja execução não tenha sido suspensa;

II - ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta.”

Revalorizava-se a multa adotando-se mecanismos de permanente atualização de seus valores:

“Art. 49. A pena de multa ... Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º. O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

§ 2º. O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.”

Também a multa tinha a força coativa que lhe emprestava o artigo 51, do mesmo Código Penal, consistente na sua conversibilidade em pena de detenção.

Atribuíam-se às penas finalidades retributiva e preventiva, com a preocupação especial de alimentar no condenado a esperança da liberdade e a aceitação da disciplina, pressupostos essenciais da eficácia do tratamento penal.

Coerentemente, reformulavam-se os institutos do “crime continuado” e do livramento condicional, estabelecendo-se novas regras sobre a unificação da pena. A execução da pena tornava-se mais maleável, podendo-se alterar o tempo de permanência no regime fechado segundo o mérito do condenado.

- A prisão

Fundamentavam a reforma o reconhecimento de que o tratamento penal apresentava-se freqüentemente inadequado e quase sempre pernicioso, a inutilidade dos métodos até então empregados no tratamento de delinqüentes e multirreincidentes, os elevados custos na construção e manutenção dos estabelecimentos penais e as conseqüências maléficas para os infratores primários, sujeitos, na intimidade do cárcere, a sevícias, corrupção e perda paulatina da aptidão para o trabalho.

Reconhecendo, explicitamente, constituir-se o cárcere em verdadeiro fator criminógeno, isto é, agente produtor de crimes, os reformadores brasileiros proclamavam, como meio eficaz de combate aos efeitos nefastos da prisão, que uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade teria de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade. Aí a razão para buscarem-se sanções outras para delinquentes sem perigosidade e para crimes menos graves.

- As penas restritivas de direitos

Assim dispôs a nova Parte Geral do Código:

“Art. 43 - As penas restritivas de direitos são:

- I - prestação de serviços à comunidade;*
- II - interdição temporária de direitos;*
- III - limitação de fim de semana.”*

“Art. 44 - As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

- I - aplicada pena privativa de liberdade inferior a 1 (um) ano ou se o crime for culposos;*
- II - o réu não for reincidente;*
- III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.*

Parágrafo único. Nos crimes culposos, a pena privativa de liberdade aplicada, igual ou superior a 1 (um) ano, pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos, exequíveis simultaneamente.”

A só leitura desse artigo revela, de forma eloqüente, a seletividade do sistema.

Eis, em linhas gerais, a proposta de 1984. Pelas razões vistas no capítulo I, os objetivos declarados não poderiam ser alcançados, a exemplo do esvaziamento das prisões (as penas alternativas nunca se destinaram à clientela do cárcere), meta tão cara aos reformadores. Malgrado a boa fé destes, as novas promessas eram ilusórias, mas o seu descumprimento serviria, no entanto, para agravar o descrédito do discurso oficial, ensejando os desdobramentos que se lhe seguiram, entre os quais o recrudescimento das campanhas de "lei e ordem", que abordaremos no capítulo seguinte.

CAPÍTULO III

A “Contra”-Reforma

... Que Sobrevive

Depois de haver afirmado, na década de trinta, que *“la sociedad lucha por mantener en un mínimo nivel la falsa imagen vinculada a la existencia del delito y la reacción penal”* RUSCHE e KIRCHHEIMER (1984, pp. 5 e 254) fizeram a seguinte advertência, algo profética:

“Sin embargo, mientras la conciencia social no se encuentre en posición de comprender - y de actuar en consecuencia - el vínculo inevitable que existe entre el progreso social general y una política penal progresista, todo proyecto de reforma penal podrá alcanzar a lo sumo un éxito

efímero, y su fracaso será atribuido a la perversidad de la naturaleza humana antes que al sistema social. La consecuencia inevitable de todo esto es un retorno a las teorías pesimistas, según las cuales la naturaleza intrínsecamente malvada del hombre puede ser domesticada solo reduciendo las condiciones de vida en la cárcel a un nivel inferior al de las clases más bajas de la población libre. La ineficacia de las penas severas y los tratamientos crueles puede haber sido demostrada miles de veces, pero hasta el momento en que la sociedad sea capaz de resolver sus problemas sociales, la represión, la más simple de las respuestas, seguirá constituyendo la alternativa preferida. Ella proporciona la ilusión de la seguridad ocultando los síntomas del malestar social con un conjunto de juicios morales y legales.”

1. O “fracasso” anunciado

No ano seguinte à reforma penal de 1984, ainda que timidamente, vozes anunciavam o seu fracasso, a exemplo de SANTOS (1985, p. 71):

“Pareceu-nos - perdoe-se a proclamação - uma promessa de felicidade para poucos, que a merecem, decerto, embora não com exclusividade, mas ainda assim a merecem, e não a terão. A promessa pode até apontar o início de um percurso para aqueles que se encontram no cárcere, mas, dentro de uma análise tópica, entre a proposta formal e seu integral cumprimento há uma longa distância a ser percorrida, de logo. E há também outros empecilhos não apenas de conteúdo factual.”

O insucesso da reforma de 84 quanto aos objetivos declarados e o aumento das estatísticas oficiais de vitimização, atingindo as classes média e alta, notadamente através de seqüestros e roubos a bancos, ensejaram uma forte demanda veiculada pela imprensa, rádio e televisão por maior repressão e endurecimento da resposta penal.

1.1. As estatísticas divulgadas

Pareceu importante uma pesquisa empírica para confirmar, ou não, o crescimento da “criminalidade” no período 1984 -1995. Verificou-se, lamentavelmente, a pouca importância que, sob esse aspecto, se tem dado no país ao tema. São poucos os dados disponíveis, e destes, a maioria em estado bruto.

As informações, assim obtidas, são parciais, localizadas¹, e não permitem uma visão de conjunto. Servem, apenas, para exemplificar. Possibilitam, todavia, visualizar, modestamente, é certo, o que vem sendo apontado por “fracasso” da reforma e o porquê da demanda por maior repressão. “Fracasso” entre aspas, pois assim considerado em relação aos objetivos declarados da reforma, já que, sob a ótica das funções reais do sistema, certo é falar-se do seu êxito.

O mesmo se diga em relação a “contra”-reforma, igualmente aspeada, já que, do ponto de vista defendido neste trabalho, não se traiu a unidade lógica e ideológica do sistema quanto ao cumprimento das suas funções reais.

¹ Os dados relativos ao Rio de Janeiro foram extraídos da seguinte fonte: SOARES, Luiz Eduardo (org.). *Violência e Política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: ISER, Relume Dumará: 1996); os do Espírito Santo, da Polícia Civil -ES, via Internet.

Os dados foram agrupados em quatro períodos e desta forma são apresentados a seguir, tendo como marcos divisórios as datas em que entraram em vigor as quatro leis objeto de exame neste capítulo. Os números referem-se aos fatos registrados.

Ei-los:

- Primeiro período

Da reforma de 1984 à Lei n° 7.960, de 21 de dezembro de 1989, que instituiu a prisão temporária

Homicídios dolosos

Rio de Janeiro:

1985 - 38,23%

1989 - 61,98% (por grupo de cem mil habitantes)

São Paulo*:

1985 - 3.696

1990 - 5.661 (número total)

*Fonte: " Estado de São Paulo", 24.8.96

Roubos com morte

Rio de Janeiro:

1985 - 1,33

1989 - 1,53 (por grupo de cem mil habitantes)

Roubos e furtos em residência

Rio de Janeiro:

1985 - 20,70

1989 - 25,14 (por grupo de cem mil habitantes)

Roubos a bancos

Grande São Paulo*:

1988 - 520

1990 - 605

*Fonte: Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo

Furtos de veículos

Rio de Janeiro:

1985 - 184,75

1989 - 245,16 (por grupo de cem mil habitantes)

Roubos de veículos

Rio de Janeiro:

1985 - 110,97

1989 - 116,90 (por grupo de cem mil habitantes)

Estupro

Rio de Janeiro:

1985 - 1161

1989 - 1201

2. A influência da mídia

Dado comum da experiência no contato com os meios de comunicação de massa, é dispensável reproduzir as manchetes e títulos de matérias divulgados por jornais e revistas relativos a fatos policiais e a violência criminalizada. Rádio e televisão, por sua vez, transmitem programas exclusivamente voltados para tais assuntos, a exemplo, entre nós, do “Na Rota do Crime” e do “Aqui e Agora”, imitações da TV norte-americana. Há também jornais diários, como o “Notícias Populares” que fazem do tema sua principal, se não única, razão de circulação e venda.

Os considerados “grandes” jornais também não se furtam de dar o mesmo tratamento sensacionalista e exagerado. Em 23.4.95, por exemplo, a manchete de *O Estado de São Paulo* foi: “Cresce Violência na Grande São Paulo”. Segundo o jornal, a violência superava os números de New York e de Los Angeles: só os homicídios haviam aumentado 47% entre 1991 e 1995.

Para CERVINI (1994:p. 37-54), em contraste com o princípio da intervenção mínima, diversos fatores favorecem a expansão do Direito Penal, com reflexos no funcionamento dos Poderes de Estado e na percepção da realidade pelos indivíduos. O sistema penal deveria ser programado com equilíbrio e objetividade,

sem interferências deformadoras; os legisladores deveriam evitar os prejuízos irracionais gerados pelos meios de comunicação social e imunizar-se contra os reclamos desfundamentados e puramente emocionais da população, muito vulnerável à imprensa, ao rádio e à televisão.

Adverte aquele autor que, se é desejável que a lei corresponda à consciência legal do povo, e daí a importância da opinião pública nos processos de criminalização e descriminalização, importa observar que essa opinião não é livremente construída, como o demonstram os estudos criminológicos do interacionismo simbólico, a evidenciar o peso substancial dos meios formadores de opinião pública, os quais, embora não exclusivamente, desfiguram e criam a realidade, constituindo fator decisivo na elaboração das leis, particularmente quanto à tendência criminalizadora.

O manejo sensacionalista do noticiário policial tem vários propósitos, a exemplo do aumento do lucro das empresas, e não só das de comunicação. No artigo citado, diz CERVINI que a inoculação do temor não é gratuita ou casualmente orquestrada pela mídia, pois além de, em última instância, reforçar a seletividade do sistema, converte-se em importante fator econômico na geração de despesas com prevenção e segurança.

SOPHIE GENDRUT, socióloga americana vinculada ao Instituto de Estudos Políticos de Paris, registra que só no ano de 1993, gastos com segurança privada atingiram nos EEUU a fabulosa soma de 65 bilhões de dólares contra 35 bilhões gastos pelo Governo com a polícia; no Brasil, estima-se que o preço do medo, em 1995, foi de 3,3 bilhões de reais, pago às empresas de segurança privada.

Não é difícil, também, verificar o que chamaria de “efeito-desvio”, isto é, atrair a atenção para encobrir outros fatos de grande significação social ou política que comprometem pessoas de destaque ou planos de governo. Em junho de 1987, o espaço ocupado nos jornais pela chamada “revolta do Rio”, provocada pelo aumento das tarifas de transporte coletivo, foi cinco vezes maior que o destinado a uma enorme fraude de uma instituição financeira em São Paulo. Nas eleições de 1989, o favoritismo, nas pesquisas, do candidato do Partido dos Trabalhadores foi “abafado” pelo seqüestro de um famoso empresário. Recentemente, buscou-se “reacender” o caso PC, em plena efervescência do escândalo da emissão de títulos públicos pelos Estados, por sua vez incrementado pela Presidência da República, que quer “vender” a Companhia Vale do Rio Doce. Desviada a atenção por um filme sobre a violência policial em São Paulo, só ante a proximidade da votação da emenda da reforma administrativa, foi divulgado um segundo filme revelando a brutalidade, dessa vez, da polícia militar do Rio de Janeiro.

Segundo ARAÚJO JUNIOR (1991, p. 70), o

“progressivo aumento da criminalidade, embora, algumas vezes, apenas, aparente ... e os crimes atrozes são apresentados pelos mass media e por alguns políticos como um fenômeno terrificante, gerador de insegurança e conseqüente do tratamento benigno dispensado pela lei aos criminosos, que, por isso, não lhe têm respeito. Essa propaganda maciça de fatos assustadores provoca na população um verdadeiro estado de pânico, do qual se aproveitam movimentos políticos, geralmente autoritários, para se apresentarem como detentores da fórmula infalível contra a onda criminosa, que querem inculcar existir. O remédio milagroso outro não é senão a ideologia da repressão, fulcrada no velho regime punitivo-retributivo, que recebe, agora, o enganoso nome de Movimento de “lei e ordem”.”

A idéia de que os meios de comunicação social de massa são os grandes reprodutores da ilusão dos sistemas penais é chancelada por ZAFFARONI que os cognomina *fábrica da realidade*, indispensável para o exercício de poder de todo o sistema penal, já que sem eles, a falácia dos discursos justificadores se tornaria mais evidente, ante a impossibilidade de: a) induzir o medo no sentido desejado; b) reproduzir os fatos favoráveis ao poder das agências do sistema penal no momento em que lhes conviesse. Para esse autor, são eles que desencadeiam as campanhas de “lei e ordem”, quando o poder das agências encontra-se ameaçado, valendo-se, entre outros, de três mecanismos: a *“invenção da realidade* (distorção pelo aumento do espaço publicado publicitário dedicado a fatos de sangue, invenção direta de fatos que não

aconteceram), *profecias que se auto-realizam* (instigação pública para a prática de delitos mediante metamensagens de “slogans” tais como “a impunidade é absoluta”, “os menores podem fazer qualquer coisa”, “os presos entram por uma porta e saem pela outra”); *produção de indignação moral* (instigação à violência coletiva, à autodefesa, glorificação de “justiceiros”, apresentação de grupos de extermínio como “justiceiros”, etc.)” (1996, p. 129).

3. Os movimentos de “lei e ordem”

“Como em qualquer emergência, à medida que a situação vai se tornando insustentável, começa a operar-se a evasão mediante mecanismos negadores que, em nosso caso, aparentam conservar a antiga segurança de resposta embora reconheçam-se “problemas” que costumam ser deixados de lado, através de uma delimitação discursiva arbitrária que evita confrontar a crise.” (ZAFFARONI, 1996, p. 12).

As estatísticas da violência criminalizada, exagerada pela mídia, e seus reflexos econômicos para os segmentos sociais até então livres de seus ataques, o agigantamento do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins são fatores desencadeantes das campanhas de “lei e ordem”, cujo discurso pode ser assim resumido: É preciso restabelecer a lei e a ordem em favor das pessoas decentes, dos homens de bem, dos cidadãos honestos. O crime é patológico, o criminoso um ser

daninho e a sociedade deve destruí-los. Polícia e Justiça estão incapacitadas de agir a contento. As leis são fontes de privilégios para os criminosos (FRANCO: 1994, p. 32 e ss.).

Nas palavras de ARAÚJO JUNIOR (1991: p. 65 e ss.), para os defensores desses movimentos os espetaculares atentados terroristas, o gangsterismo e a violência urbana somente poderão ser controlados através de leis severas, que imponham a pena de morte e longas penas privativas de liberdade. Estes seriam os únicos meios eficazes para intimidar e neutralizar os criminosos e, além disso, capazes de fazer justiça às vítimas e aos *homens de bem*, ou seja, aos que não delinquem. Afirma-se, ainda, que a política criminal deve ser orientada no sentido de justificar a pena através das idéias de retribuição e castigo. A pena, assim fundamentada, seria aquela que é conhecida pelo povo, que a respeita, teme e considera justa, pois sua execução é igual para todos, sendo proporcional à gravidade objetiva do crime cometido. Essas idéias, que são rechaçadas pelos intelectuais liberais, são tentadoras para o povo, que reclama, sem muita “racionalidade”, solução imediata para o angustiante problema da segurança pública. Por outro lado, o reconhecimento do fracasso da política do tratamento reeducador deixou em todos, especialistas ou não, uma sensação de frustração, que colabora para a aceitação das idéias repressivas.

Diz o autor que o fracasso da ideologia do tratamento deixou um espaço vazio que a “lei e ordem” quer ocupar.

A política criminal preconizada pelos Movimentos de “lei e ordem” é, por ele, assim resumida:

- a) a pena é castigo e retribuição;
- b) penas severas e duradouras;
- c) prisões de segurança máxima e tratamento diferenciado;
- d) ampliação da prisão provisória;
- e) menor jurisdicionalização da execução.

Permitam-se duas observações. A primeira quanto ao “espaço vazio” deixado, segundo o autor, pela ideologia do tratamento aos Movimentos de “lei e ordem”, dando a impressão de uma contradição entre uma e outros, a qual, mesmo saliente sob o enfoque da garantia dos direitos humanos, só pode ser aceita do ponto de vista das funções declaradas do sistema penal.

Em segundo lugar, o autor assim não denomina, mas, ao destacar as penas severas e duradouras, as prisões de segurança máxima e tratamento diferenciado, seria mais apropriado falar em prevenção especial negativa, ultrapassando o só caráter de retribuição e castigo.

Tal política reforça a seletividade do sistema, não só quanto aos bens merecedores de proteção como quanto à clientela do sistema penal. As condutas mais severamente criminalizadas são as que ameaçam o patrimônio (latrocínios, roubos e extorsões mediante seqüestro), a liberdade sexual (estupro) e a vida. As grandes fraudes, os danos ecológicos, os crimes tributários não merecem a mesma atenção. A violência estrutural é imune aos processos de criminalização: a fome, o desemprego, a concentração da riqueza e da propriedade rural. A violência institucional só raramente preocupa: a prática ilegal da pena de morte pela polícia e outros organismos, o subemprego, os baixos salários, a corrupção político-administrativa, a situação dos índios, etc.

Convém transcrever as observações feitas por SANGUINÉ (1992, p. 114-126):

“Hassemer alerta que determinadas reações sociais frente ao crime, em tempos de especial temor generalizado, dão lugar a uma política criminal emocional e podem reduzir o Direito Penal a uma mera função simbólica: as normas e as cominações penais carecem de operatividade frente ao crime e somente podem ter o sentido de que o sistema penal demonstre a aparência de efetividade e proteção social. Um Direito penal que em muitos de seus âmbitos tenha tão-somente um efeito simbólico aparece como um fenômeno revelador da crise do Direito penal e de uma Política Criminal orientada às conseqüências, cumpre apenas uma função de engano e mina a confiança da população na Administração da

Justiça. A aparência de eficácia da norma penal destina-se a acalmar uma demanda social e exonera o Estado, que recorreu a fáceis medidas de política criminal, de empreender programas mais amplos de política social. Cria-se a falsa imagem de que o reforço do poder repressivo é a resposta adequada ao delito, isto é, que o crime não corresponde a fatores sociais a serem enfrentados com os amplos programas de renovadora política social, mas a decisões do criminoso frente às quais não resta outra saída que a reação social-institucional enérgica. A legislação anti-terrorista, por exemplo, se dirige, mais que a reprimir o terrorismo, a expandir a cultura de emergência, sempre legitimante do reforço dos mecanismos de controle.”

A propósito da problemática das funções simbólica e instrumental do Direito Penal, e da contradição entre elas, escreveu BARATTA (1991b; p. 53):

“Las funciones simbólicas tienden a prevalecer sobre las funciones instrumentales. El déficit de tutela real de bienes jurídicos es compensado por la creación, en el público, de una ilusión de seguridad y de un sentimiento de confianza en el ordenamiento y en las instituciones que tienen una base real cada vez más escasa: en efecto, las normas continúan sendo violadas y la cifra obscura de las infracciones permanece altísima mientras las agencias de control penal siguen midiéndose con tareas instrumentales de imposible realización por este hecho: piénsese en la defensa de la ecología, en la lucha contra la criminalidad organizada, en el control de las toxicosdependencias y en la mortalidad en el tráfico automotor.”

4. Prevencionismo

Com a evolução do Estado liberal, as transformações econômicas, estimuladas pelo desenvolvimento do saber, entre outros fatores, consolidaram o modo de produção capitalista no qual, mais importante que o ter capital, segundo ERIC HOBBSBAWN, é a sua utilização para extrair a mais-valia da força de produção ². Nesse quadro, ao qual não só não é indiferente o Estado, como com ele se confunde (o que se aplica à questão posta na Introdução sobre o Estado neo liberal e o intervencionismo penal) e onde as condições de vida crescentemente desiguais ameaçam a nova ordem, os fundamentos da retribuição e da prevenção geral já não bastavam à compreensão da pena, em sua função e finalidade. Preferiu-se, então, em vez de penas, falar em *medidas*. Estas deveriam ser instrumentos de defesa social, mecanismos de intervenção no próprio indivíduo cujo comportamento acarreta (delito) ou pode acarretar (perigo) um dano social. Os indivíduos deveriam ser disciplinados e dóceis ao sistema. O dissidente é alguém perigoso, anormal, diferente. É preciso, e é legítimo, *tratá-lo*, ainda que segregando-o, para proteger a sociedade. Agregava-se às funções da pena mais uma: a de *prevenção especial*. Era o positivismo, em sua manifestação melhor elaborada no Direito Penal.

No dizer de FOUCAULT:

² "La era del Capitalismo" *apud* Bustos Ramírez, op. cit., p.122.

“À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições. Mably formulou o princípio decisivo:

“Que o castigo, se assim posso exprimir, fira mais a alma do que o corpo.”

Momento importante. O corpo e o sangue, velhos partidários do fausto punitivo, são substituídos. Nova personagem entra em cena, mascarado. Terminada uma tragédia, começa a comédia, com sombrias silhuetas, vozes sem rosto, entidades impalpáveis. O aparato da justiça punitiva tem que ater-se, agora, a esta nova realidade, realidade incorpórea.”³

³ *“Sob o nome de crimes e delitos, são sempre julgados corretamente os objetos jurídicos definidos pelo Código. Porém julgam-se também as paixões, os instintos, as anomalias, as enfermidades, as inaptações, os efeitos de meio ambiente ou de hereditariedade. Punem-se as agressões, mas, por meio delas, as agressividades, as violações e, ao mesmo tempo, as perversões, os assassinatos que são, também, impulsos e desejos. Dir-se-ia que não são eles que são julgados; se são invocados, é para explicar os fatos a serem julgados e determinar até que ponto a vontade do réu estava envolvida no crime. Resposta insuficiente, pois são as sombras que se escondem por trás dos elementos da causa, que são, na realidade, julgadas e punidas. Julgadas mediante recurso às “circunstâncias atenuantes”, que introduzem no veredito não apenas elementos “circunstanciais” do ato, mas coisa bem diversa, juridicamente não codificável: o conhecimento do criminoso, a apreciação que dele se faz, o que se pode saber sobre suas relações entre ele, seu passado e o crime, e o que se pode esperar dele no futuro .”*

E adiante:

“A alma do criminoso não é invocada no tribunal somente para explicar o crime e introduzi-la como um elemento na atribuição jurídica das responsabilidades; se ela é invocada com tanta ênfase, com tanto cuidado de compreensão e tão grande aplicação “científica”, é para julgá-la, ao mesmo tempo que o crime, e fazê-la participar da punição. Em todo o ritual penal, desde a informação até a sentença e as últimas conseqüências da pena, se permitiu a penetração de um campo de objetos que vêm duplicar, mas também dissociar os objetos juridicamente definidos e codificados. O laudo psiquiátrico, mas de maneira geral a antropologia criminal e o discurso repisante da criminologia encontram aí uma de suas funções precisas: introduzindo solenemente as infrações no campo dos

Para ROXIN (1986, p. 20), a teoria da prevenção especial não pretende retribuir o fato passado, mas prevenir novos delitos do autor, o que pode ocorrer de três maneiras: corrigindo o corrigível (ressocialização), intimidando o que é pelo menos intimidável (medo da pena) e tornando inofensivo o incorrigível ou inintimidável, mediante a privação da liberdade (coação). Aqui a prevenção especial negativa.

A função da pena é “tornar o criminoso não só desejoso, mas também capaz de viver respeitando a lei e de suprir as suas próprias necessidades ... Não se destina a sancionar a infração, mas a controlar o indivíduo, a **neutralizar sua periculosidade**, a modificar suas disposições criminosas, a cessar somente após obtenção de tais modificações” (FOUCAULT).

FERRI⁴, nas suas críticas à Escola Clássica, reprovava a sua orientação ideológica e metódica pela desatenção às necessidades sociais de prevenção do delito e à individualidade do delinqüente. Desta forma, o positivismo coloca o criminoso no centro da sua análise, destinando ao crime um lugar secundário.

objetos susceptíveis de um conhecimento científico, dar aos mecanismos da punição legal um poder justificável não mais simplesmente sobre as infrações, mas sobre os indivíduos; não mais sobre o que eles fizeram, mas sobre aquilo que eles são, serão, ou possam ser.” (Michel Foucault, 1991, pp. 20-2, sem grifos).

⁴ Apud ANDRADE (1994)

Para o positivismo, à determinação do homem de cometer crime deve contrapor-se a determinação da sociedade de defender-se contra o potencial de perigosidade social do delinqüente, tido como anormal, justificando assim a introdução de “medidas”, ao lado das penas.

Passava-se, portanto do Direito Penal do fato para o Direito Penal do autor, cuja perigosidade constituiria a medida da pena, justificada esta como instrumento de defesa social.

Em verdade, conquanto os autores, de um modo geral, identifiquem nos movimentos de “lei e ordem” um discurso retributivo-punitivo, parece mais apropriado reconhecer-lhe, também, como dito linhas atrás, um caráter de prevenção especial negativa: o isolamento e o aniquilamento físico dos criminalizados.

O aniquilamento físico não é, oficialmente, admitido no Brasil, cuja Constituição Federal erigiu em direito individual e garantia fundamental a integridade do preso, a teor dos seguintes dispositivos, combinados entre si:

“Título II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

Capítulo I

Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos

Art. 5º ...

...

XLVII - não haverá penas:

...

c) de trabalhos forçados;

...

e) cruéis;

...

XLVIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

...”

Título IV

Da Organização dos Poderes

Capítulo I

Do Poder Legislativo

...

Seção VIII

...

Subseção II

Da Emenda à Constituição

Art. 60. ...

...

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

...

IV - os direitos e garantias individuais.”

Disse “oficialmente” porque, entre outras formas de aniquilamento físico, a tortura e a pena de morte sempre foram, e continuam sendo, aplicadas no Brasil, com o beneplácito de quantos deveriam reprimí-las⁵.

Certo é que, com a política penal mais repressiva, retoma-se, atualizando-a, a teoria da prevenção, cujas origens remontam à Escola Positiva Italiana, conquanto BECCARIA já houvesse assinalado:

“ ... o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já cometido ... Poderiam os gritos de um infeliz trazer de volta do tempo sem retorno as ações já consumadas? O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo.”

⁵ No último dia 03, abril de 1997 em curso, o Senado Federal aprovou projeto de lei definindo o crime de tortura. Nove anos depois que A Constituição Federal considerou-o inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. “Motivou” o Senado a divulgação, no dia anterior, de filme que documentou a atuação da Polícia Militar de São Paulo num bairro popular nos primeiros dias do mês de março. O filme, soube-se depois, já era do conhecimento das autoridades públicas.

Permita-se a especulação: se no espaço público, pessoas são agredidas e assassinadas por agentes policiais, é possível concluir que o número de ocorrências iguais é infinitamente maior que o de câmaras filmadoras nas mãos de brasileiros. Dos “esquadrões da morte”, documentados por Hélio Bicudo (*Meu Depoimento sobre o Esquadrão da Morte*) aos grupos de extermínio destes tempos, do documentário da Arquidocese de São Paulo (*Brasil, Nunca Mais*) aos Sem-Terra dos Carajás, é lamentável dizer que, talvez, se houvesse sido instituída legalmente a pena de morte, seria maior o número de pessoas vivas.

A prevenção especial negativa visa a neutralização do criminalizado ou a sua intimidação específica, através do isolamento em presídios de segurança máxima, intervenções cirúrgicas, ou a simples eliminação. Cogita-se, também, de formas de controle eletrônico em liberdade. Se, como alguém disse, “a vida imita a arte”, podem ser lembrados o filme “Um estranho no ninho” e o livro “1984”, de George Orwell.

“Neorretribucionismo” é a expressão usada por Baratta (1991b, pp. 50 e 52), que a considera “a última fronteira de resistência da concepção instrumental do Direito Penal”, ou “a última ilusão do utilitarismo penal”. Os objetivos são, a toda evidência, incompatíveis com o princípio da dignidade humana, segundo o qual, na escala de valores, o homem ocupa o primeiro lugar em importância.

5. As leis brasileiras

As leis nº 7.960/89, 8.072/90 e 9.034/95, a seguir analisadas, são, entre outras, exemplos de como se deu no Brasil a recepção dos movimentos de “lei e ordem”, posteriormente à reforma penal de 84. Podem-se apontar como características gerais a negação das garantias individuais e a prevenção especial negativa.

- A LEI nº 7.960, DE 21 DE DEZEMBRO DE 1989

A Lei nº 7.960 de 21.12.89, que instituiu a prisão temporária, já nasceu negando uma das clássicas garantias do Estado Democrático de Direito: o princípio da legalidade. Com efeito, a referida lei resultou da conversão de uma medida provisória, meio inidôneo para criar instrumento de coerção pessoal, matéria reservada à lei, em sentido estrito.

Além disso, tornou írrita a presunção de inocência, vez que se é possível, após a Constituição de 88, entender subsistente a prisão preventiva regulada no Código de Processo Penal, desde que atendida a exigência de fundamentada necessidade e os requisitos da comprovação da materialidade do delito e indícios suficientes da autoria, o mesmo não se pode dizer

do mero juízo da autoridade policial de imprescindibilidade da medida para as investigações policiais. Em verdade o novo instituto destinou-se a legitimar as prisões arbitrárias feitas pela polícia, contando com o beneplácito do Poder Judiciário, pressionado por “slogans” do tipo “a polícia prende e a Justiça solta”.

Inspirou-se o legislador brasileiro no instituto do *fermo* italiano, cuja aplicação é cercada de maiores cautelas: rígidos pressupostos, controle pelo Ministério Público, hipóteses taxativamente enumeradas, etc.

Sempre houve restrições doutrinárias, aqui e alhures, à prisão provisória, nas suas diversas modalidades, notadamente às cautelares, prisão em flagrante e prisão preventiva, mas, também, às processuais, decorrentes de pronúncia e de sentença condenatória recorrível. A razão é que o instituto afeta os direitos e garantias fundamentais do indivíduo: liberdade, integridade física e moral, segurança, vida privada, honra, intimidade, imagem, etc.

Com efeito, a prisão provisória expõe o indivíduo ao “contágio” carcerário, afasta-o da convivência familiar, profissional e social, e estigmatiza-o, tal como o faz a pena.

Em *La Prisión Provisional de España y la Crisis de una Ley Socialista*, Lorca Navarrete, citado por SANGUINE (1992, p. 97) noticia que é maior a taxa de suicídios entre os presos provisórios.

Acresce que, segundo informe da ONU (idem), cerca de 68,47% dos presos na América Latina são pessoas sem condenação, isto é, presos provisoriamente, às vezes por mais tempo do que o fixado, depois, na sentença. Isto evidencia a utilização sistemática do instituto pelas agências do sistema penal, cuja justiça é morosa, em detrimento dos direitos humanos.

Segundo a lei brasileira, em seu artigo 1º., caberá prisão temporária:

I- quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II- quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III- quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na lei penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: (latrocínio, extorsão mediante seqüestro, estupro, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro, etc...).

A interpretação literal desses incisos levaria a crer que qualquer indivíduo estaria sujeito à prisão, bastando, para isso, a mera suspeita da autoridade policial, o que seria uma afronta, simultaneamente, ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII) e à garantia de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX,) insertos na Constituição Federal.

As reações doutrinárias foram muitas, valendo citar, por todos, TOURINHO FILHO (1992, pp. 346-50), segundo o qual

“...em face do princípio de que ninguém pode ser considerado culpado enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória, elevado dogma constitucional, não faz sentido restringir-se a liberdade ambulatorial do cidadão sem a demonstração de sua real necessidade. Sob esse aspecto, ela é supinamente inconstitucional ...

... a prisão temporária é medida ociosa e arbitrária, porque decretada sem real necessidade ...

... representa um retrocesso em nosso sistema penal. Depois de tantos avanços, tais como a revogação da prisão preventiva obrigatória, da possibilidade de se apelar em liberdade, de se permitir a liberdade após prisão em flagrante, nos termos do parágrafo único do art. 310 do CPP, de se constitucionalizar o princípio da presunção de inocência, vem o legislador, como que traçando norma ‘de encomenda’, e institui ‘prisão temporária’...

É de se esperar que os nossos Juizes se conscientizem da sua severidade e indisfarçável inconstitucionalidade e, por isso mesmo, deixem de decretá-la.

A tal extremo de inconstitucionalidade chegou o legislador que permitiu, inclusive, a decretação da medida, desde que haja 'fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado ..."

O indício é uma das provas admitidas na legislação penal. Como se admitir a existência de 'fundadas razões' com base num indício, na palavra do ofendido ou de uma testemunha? Se a lei exige fundadas razões, tais razões, como diz Tornaghi, se baseiam na suspeita grave e séria. Como pode haver suspeita séria e grave com respaldo no simples indício, num simples testemunho?"

A adoção, entre nós, da prisão temporária, ampliando a prisão provisória, revela, em verdade, a importância do cárcere, senão sua indispensabilidade, às funções realmente cumpridas pelo sistema, apontadas em outros momentos deste trabalho.

- A LEI n° 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990, MODIFICADA PELA LEI 8.930, DE 6 DE SETEMBRO DE 1994.

Conforme análise de FRANCO (1992: p. 43), a Lei 8.072/90 contrariou, a um só tempo quatro "verdades" informadoras do Direito Penal: neutralidade axiológica do legislador, conhecimento da técnica legislativa, compromisso ético e supremacia da Constituição. Isso se deve a adesão do legislador ao movimento de política criminal conhecido como "lei e ordem".

A primeira observação é quanto à indefinição do conceito de hediondez, pretensamente suprida com a simples enumeração de alguns tipos penais já existentes, alterando-lhes o mínimo e o máximo penal e proibindo-lhes a incidência de algumas causas extintivas de punibilidade.

Uma das conseqüências absurdas, por exemplo, é a equiparação entre todas as ações abrangidas no tipo penal "atentado violento ao pudor", todas "hediondas", pouco importando se o agente haja dado um beijo lascivo, tocado nos genitais ou praticado coito anal com sua vítima. O agressor será sempre punido com, no mínimo, seis anos de reclusão, além de não ter direito ao regime de progressão da pena.

Outrossim, qual o critério utilizado na escolha das condutas qualificadas como hediondas? Não se sabe, mas, quando a lei 8.072/90 ainda não havia sido modificada pela lei 8.930/94, uma coisa era clara: a vida, quando dissociada do patrimônio, não era tão valiosa, pois, até então, o homicídio qualificado não era considerado hediondo. Enquanto a pena mínima cominada era de 12 anos, o mínimo legal para a extorsão mediante seqüestro com resultado morte era de 24 anos.

A lei 8.930/94 criou outro absurdo. Além do homicídio em todas as suas formas qualificadas, passou a considerar hediondo, em uma única situação, também o homicídio simples, *quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente*. Ora, o vocábulo “típica” tem um significado técnico, que é a conduta penalmente descrita, mas não há previsão legal de “grupo de extermínio”.

Anota FRANCO (1994, Suplemento de Atualização, pp. 6-7):

“Se o objetivo, com a reformulação do art. 1.º da antiga lei 8.072/90, e, portanto, com a inclusão do homicídio simples, “quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio”, fosse o de dar uma resposta repressiva do Estado às chacinas da Candelária e de Vigário Geral, guardaria cabimento a inclusão do delito no rol dos crimes hediondos, sem nenhuma exacerbação penal? Não seria mister, nesse caso, atribuir-se, no art. 6.º da Lei 8.072/90, novas pautas punitivas para essa hipótese específica de homicídio simples? Não seria um despropósito admitir a montagem impune de um grupo de pessoas com o objetivo de eliminar vidas humanas e só punir seus integrantes pela prática de homicídio simples? Por acaso, não estaria a paz pública sendo agredida? E haveria torpeza maior do que a dos componentes desse grupo infame de indivíduos, que, à margem do estado, adquirem o direito de vida e de morte sobre as pessoas quase sempre integrantes do grupo dos socialmente excluídos? A inexistência de um maior gravame penal não significaria equiparar, sob a ótica punitiva, situações fáticas tão desiguais: o homicídio contra uma pessoa e o homicídio praticado por um grupo de pessoas, adredemente estruturado, contra um número indeterminado de

peessoas? A segunda hipótese não retrataria uma reprovabilidade de seus autores sensivelmente maior do que a primeira?

O inciso, ora analisado, evidencia uma vez mais - o fracasso da Lei de Crimes Hediondos não foi suficiente para chamar à razão os meios governamentais - que se insiste na postura político-criminal - ingênua, tola ou artilosa, não se sabe com exatidão - que apresenta o Direito Penal como a fórmula mágica idônea a solucionar todos os conflitos sociais, a mezinha especial, o unguento infalível, capaz de curar todas as enfermidades que a má distribuição de rendas, a miséria, a fome, o desemprego, os desequilíbrios sociais, a corrupção e a impunidade provocam. Não será obviamente porque se incluiu uma nova modalidade típica no rol dos crimes hediondos, que os esquadrões de morte ou os grupos de extermínio deixarão de existir. Não será, por certo, com a inserção da nova modalidade de homicídio simples entre os delitos daquela categoria, que se irá impedir novos massacres, principalmente, em áreas excluídas da lei penal, por interesses recíprocos da Polícia e de associações criminosas. No máximo, o processo tipificador poderá exercer uma função puramente simbólica tão do agrado de estruturas políticas autoritárias e inconseqüentes.”

Não há, igualmente, tipos penais delimitando as figuras de prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, todas definidas como crimes “equiparados” aos hediondos. Não se encontra, em toda a legislação penal, nenhuma menção à prática de tortura e ao terrorismo, e quanto ao tráfico de entorpecentes e drogas afins, o aplicador do Direito deve buscar nos artigos 12 e 13 da Lei 6.368/76 o que melhor se amolda à idéia de tráfico ilícito.

De acordo com o art. 2.º, os crimes hediondos e os a ele equiparados são insuscetíveis de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória. O legislador extravasou, aqui, seus limites de atuação, pois ousou impor limitações que a própria Constituição não fez. No inciso XLIII, do 5.º artigo da CF, não há menção à proibição do indulto e da liberdade provisória. O indulto, ainda segundo a CF, art. 84, inc. XII, é de competência privativa do Presidente da República, e esta competência não poderia ser limitada por lei ordinária.

Quanto à liberdade provisória, a sua proibição prévia e geral aos acusados de determinado tipo de crime afronta a Constituição Federal no sentido em que ela estabelece, no seu art. 1.º, que somos um Estado Democrático de Direito, fundamentado na dignidade da pessoa humana e garantidor do direito à liberdade (art. 5.º). Em assim sendo, a regra geral é a liberdade, devendo sua privação ser considerada uma exceção. Até porque “ninguém será privado da liberdade (...) sem o devido processo legal” (CF, art.5.º, LIV) e “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (art. 5.º, LXI). É a autoridade judiciária quem pode, após analisar cada caso *particularmente*, decidir da *necessidade* da prisão. Uma lei não pode restringir genericamente a liberdade, por ser esta uma garantia constitucional.

É o que ensina BARTOLI (1992, p. 74):

“Num Estado Democrático de Direito, sob o império da garantia das liberdades individuais constitucionais, não há nada mais aviltante à dignidade humana do que uma prisão cautelar e inspirada num juízo de perigosidade do agente ou de gravidade do fato penal, oriunda de casuísmo autoritário, e sem uma razão de necessidade, como ocorre agora diante da impossibilidade de concessão de liberdade provisória aos autores dos denominados crimes hediondos.”

No mesmo sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Liberdade provisória. Interesse público. Nenhuma sanção penal ou processual penal é aplicada sem interesse público. A liberdade provisória é compulsória quando a lei garante ao indiciado ou réu defender-se em liberdade, com ou sem fiança. A liberdade provisória, todavia, pode depender do poder discricionário (não arbitrário) do Juiz. Inconstitucional, porém, vedá-la de modo absoluto. A Constituição da República impõe à lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5.º, LXVI). Quando a Lei Maior restringe institutos, di-lo expressamente (art. 5.º, XLIII) como ocorre com os crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia”. (STJ - RHC 2.556-0 - Rel. Vicente Cernicchiaro - DJU, de 3.05.93, p.7.812).

Essa proibição fica ainda mais absurda se comparada com o § 2.º deste mesmo artigo: “Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”. Quer dizer que é defeso ao juiz conceder

liberdade provisória ao réu quando ainda não possui dados suficientes para apreciar a responsabilidade deste no delito, mas poderá fazê-lo depois de ter firmado sua convicção e condenado o réu?

O § 1.º do art. 2.º contraria os princípios da individualização e da humanidade da pena ao estabelecer, a priori, que a pena pelos crimes previstos nesta lei deverá ser cumprida integralmente em regime fechado.

A individualização da pena não cessa com a sentença proferida pelo Juiz. É na sua fase de execução que a pena atinge realmente o acusado.

Estabelecer que o condenado por determinado tipo de crime deverá cumprir pena integralmente em regime fechado é desconsiderar seu comportamento dentro do estabelecimento penitenciário e desprezar qualquer esforço do condenado para regenerar-se.

Além disso, acaba com talvez o único meio justo de manter a disciplina nas penitenciárias, que é a progressão de regime por bom comportamento.

É desumano sujeitar alguém a uma pena longa e sem nenhuma esperança de adquirir, por seu próprio mérito,

a liberdade. Ainda mais quando esta esperança é, como bem disse TOLEDO (*"Crimes Hediondos"*, *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992, v.5, p. 68), *"o único ingrediente, de que se pode valer o aparelhamento penitenciário para impregnar a execução da pena de algum utilitarismo, de sorte a não transformá-la em mero castigo, dentro de um retributivismo kantiano, formal e desalmado."*

Acórdão do TJSP decidiu pela
inconstitucionalidade deste dispositivo:

"Regime prisional semi-aberto. Crime Hediondo. "O regime prisional será o semi-aberto, consideradas a primariedade do acusado e a inconstitucionalidade da Lei 8.072/90, quando estabelece o regime fechado integral. O ilustre Procurador de Justiça de São Paulo, Dr. Jaques de Camargo Penteado, em artigo publicado na RT, 674/286 ("Pena Hedionda") concluiu que é inconstitucional o art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90 porque impede a individualização da pena constitucionalmente garantida". (TJSP - AC - Rel. Celso Limongi - RJTJSP - 138/444)".

O artigo 3.º prescreve que os presos de alta perigosidade deverão cumprir pena em estabelecimentos federais de segurança máxima. Isso revela a prevenção especial negativa, que se completa com a prisão perpétua e com a pena de morte.

O artigo 6.º aumentou drasticamente o mínimo e o máximo penal de alguns crimes elencados como hediondos: arts. 157, § 3.º (latrocínio); 159, *caput* e seus §§ 1.º, 2.º e 3.º (extorsão mediante seqüestro e suas formas qualificadas); 213 (estupro); 214 (atentado violento ao pudor); 223 (formas qualificadas dos crimes contra os costumes); 267 (epidemia com resultado morte) e 270 (envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal).

Com as modificações da lei 8.930/94, excluiu-se o envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal do rol dos hediondos.

Qual o destinatário dessa alteração?

Quem pode causar, em grande escala, envenenamento de água ou de substância medicinal ou alimentícia?

Seguramente não é a clientela recrutada para a prisão, integrada por 95% de pessoas absolutamente pobres, e sem formação escolar.

Nas hipóteses, entretanto, de latrocínio, extorsão qualificada pela morte e extorsão mediante seqüestro com resultado morte, e ocorrendo presunção de violência, nos casos elencados no art. 224 do Código Penal, a pena é de 30 anos (!?!).

O art. 7.º instituiu a delação premiada em nossa legislação, copiando a italiana para casos de terrorismo. É eticamente reprovável que um Estado construído sob o princípio da dignidade humana incentive a traição com a diminuição compulsória da pena. Reprovável e inútil, pois um Estado incapaz de cumprir com seus deveres mínimos para com o cidadão não conseguirá proteger o delator de seus antigos comparsas.

Beneficia-se a elite econômica, vítima por excelência dos crimes de extorsão mediante seqüestro. Vale a pena assinalar que a delação premiada só é válida para este crime e a redução da pena só será concedida quando for a causa da libertação do seqüestrado. Veja-se a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal, que, vezes muitas, tem produzido a chamada “jurisprudência do terror”:

“Extorsão mediante seqüestro. Causa especial de diminuição de pena. Delação. “A regra do § 4.º do art. 159 do CP, acrescentada pela Lei 8.072/90, pressupõe a delação à autoridade e o efeito de haver-se facilitado a libertação do seqüestrado. Ao contrário da denúncia à autoridade e facilitação da liberdade do seqüestrado o que se tem é a notícia de que a vítima logrou fugir e, mesmo assim, já em liberdade, o paciente continuou a pressioná-la para a entrega do numerário. Destarte, não há como se entender pela incidência do referido parágrafo” (STF - HC 69.328-8 - Rel. Marco Aurélio - DJU, de 5.6.92, p. 8430 e JSTF 168/322).

- A LEI N.º 9.034, DE 3 DE MAIO DE 1995

Sobreveio a lei do combate ao crime organizado. Destacam-se dessa lei os seguintes aspectos:

São admitidos, além dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos investigatórios e de formação de provas:

a) A ação controlada, entendendo-se com isto o acompanhamento à distância de ações delituosas praticadas pela quadrilha, sem a interferência imediata, para que, num momento posterior, consigam-se provas mais robustas e maior número de informações. Sobre este tipo de ação já se manifestou Antonio Magalhães Gomes Filho (“Também em Matéria Processual Penal Provoca Inquietação a Lei Anti-Crime Organizado”, *Boletim IBCCrim*, p. 01):

“Ora, quer pelo aspecto ético, quer pelo ângulo prático, o que deve preponderar nessas situações é exatamente o contrário, ou seja, o interesse na prevenção do delito, evitando-se a consumação de atentados contra a vida, a integridade física, a saúde pública etc., em lugar de se aguardar o melhor momento para a colheita de provas de fatos já perpetrados.”

b) o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

Nesses casos, a lei explica o procedimento a ser adotado, em que o Juiz se converterá em detetive, realizando diligências, colhendo provas; tudo no mais absoluto sigilo, sem intervenção do cartório. Tais informações sigilosas serão autuadas em separado e ficarão em poder do juiz, em cuja presença somente as partes a elas terão acesso. Todas as manifestações das partes serão anexadas em separado e a lei permite que o Juiz as use (as provas sigilosas e as manifestações das partes que sobre estas provas versarem) para firmar sua convicção, mas tudo em segredo!

Havendo recurso, os autos, lacrados, serão enviados ao tribunal competente, e só o relator a eles terá acesso, sem intervenção das secretarias ou gabinetes, devendo o julgamento realizar-se em recinto isolado, assistido, apenas, pelo representante do Ministério Público e do defensor do acusado (e deste, provavelmente). As diligências para colheita de provas, as alegações das partes sobre as provas colhidas, a decisão do Juiz ou Relator, tudo deverá ser feito em segredo absoluto, sob pena das sanções previstas no Código Penal.

Nas disposições gerais, o legislador incentiva a traição, elegantemente denominada “colaboração espontânea”, proíbe a liberdade provisória e a apelação em liberdade e estipula um prazo máximo para a prisão processual: 180 dias. Renovam-se as arbitrariedades já comentadas por ocasião da análise das leis 7.960/89 e 8.072/90.

O regime inicial de cumprimento de pena nos crimes abrangidos por esta lei será o fechado, favorecendo, assim, o isolamento, próprio da prevenção especial negativa.

O “fracasso”, previamente anunciado, da reforma de 1984, reforçou uma demanda por maior repressão, competentemente veiculada pela mídia e atendida pelo legislador, repetindo-se um ciclo (ou círculo vicioso?) que traduz o funcionamento do sistema, necessário à sua manutenção e expansão.

Se, entre a reforma e os desdobramentos apontados, há alguma contradição, esta é apenas aparente, por isso “contra”- reforma, assim entre aspas. Substancialmente, como destacado em vários momentos deste trabalho, é necessário não perder de vista os objetivos latentes, as funções reais do sistema, que preservam a sua unidade ideológica.

Assim compreendido, não se pode aceitar a sugestão de uma ruptura, ou contradição, entre a Reforma de 1984 e as leis posteriores, aqui analisadas. Nesse sentido, a lição de BARATTA (1983, pp.150-1), segundo a qual o funcionamento do sistema se realiza através dessas contradições, que lhe são inerentes e asseguram a realização das suas funções na estrutura social: reproduzir e legitimar as relações de desigualdade, particularmente, na distribuição de recursos e do poder.

Certo é que o reformismo penal continuou alheio “às exigências de uma maior e melhor atenção à saúde, às condições dignas para o trabalho, a exemplo da segurança, ao acesso à educação e informação, à recuperação e preservação da natureza, etc. ... , enfim, aos interesses coletivos, superando a hegemonia que as classes dominantes exercem sobre o processo legislativo” (BERGALLI, 1982, p. 225).

Vai-se cumprindo, assim, como acentua PAVARINI (1988) a função de transformar o cárcere num universo cada vez mais fechado, para uma clientela cada vez mais delimitada, reforçando a seletividade do sistema penal.

“El sistema penal de una sociedad determinada no constituye un fenómeno aislado sujeto solamente a sus regulaciones normativas, sino que es parte integral de la totalidad del sistema social con el que comparte sus aspiraciones y defectos. Por lo tanto, la cifra criminal puede ser contenida solo en el supuesto de que la sociedad proporcione a sus miembros cierta seguridad y un nivel adecuado de vida.”
(RUSCHE e KIRCHHEIMER: 1984, p. 254).

Com isso, realizam-se os reais objetivos do sistema, como postos, a seguir, nas considerações finais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal protege os bens jurídicos, e, igualmente, todos os cidadãos; a pena serve à proteção da sociedade, à prevenção do “crime” e à recuperação do “criminoso”.

Esta, em síntese, a ideologia da defesa social.

Como visto, o sistema penal, legitimado por essa ideologia, continuou autodefinindo-se como mecanismo de proteção da sociedade, e o Direito Penal como direito do tratamento, cuja finalidade é combater o “crime”, reeducar e reintegrar o “delinqüente” na sociedade, como previsto em diversas leis, inclusive as brasileiras de 1984.

Como era previsível, porém, a reforma penal de 1984 não reduziu a “criminalidade”, e, o que seria mesmo impossível, não ressocializou. Até porque, nunca foram essas suas funções reais.

O crescimento da violência criminalizada, as taxas de reincidência, o número de prisões nas classes baixas e o número de motins demonstram-no. A abertura foi só retórica. As condutas criminalizadas continuaram sendo as mesmas: a morte provocada pela fome e pela falta de condições sanitárias, os danos ambientais que escasseiam e encarecem os alimentos, as igualmente criminógenas manobras econômico-financeiras que privatizam o dinheiro público, etc., condutas próprias dos estratos sociais superiores, permaneceram imunes ao controle penal.

Sabendo-se que as funções declaradas não seriam factíveis, tentava-se melhorar as condições do cárcere, mesmo assim, para quem?

Vejam-se as condições para o livramento condicional, suspensão da pena, crime continuado, progressão de regime, educação para o trabalho e detração, possibilidades de exercer-se ocupação ou emprego, etc. E para quem a prisão de segurança máxima?

Por outro lado, já que expressamente reconhecida a importância do cárcere como fator criminógeno, se desejável não foi considerar a reincidência atenuante, pelo menos, genérica, mantê-la como circunstância agravante e erigi-la em óbice à aplicação das novas penas traduziu uma enorme incoerência no discurso da reforma.

Novas penas, aliás, que em nada mudaram a situação da clientela penal. As penas substitutivas, o tratamento dos crimes culposos, o regime de cumprimento da pena tinham como alvo beneficiário só os estratos superiores. Para a clientela típica, nada mudou, ou até piorou.

A distinção entre criminalidade “grave” (prisão) e criminalidade “leve” (penas alternativas), que passou a ser a nova musa do direito penal (ANDRADE, 1996b, p. 4) em nada contribuiu para esvaziar as prisões.

Na realidade, o Direito Penal mínimo é mínimo para algumas pessoas e, ao mesmo tempo, máximo e maximizador para outras, as mesmas para as quais sempre o foi.

Com efeito, ditas “alternativas”, instituíram-se penas complementares ao cárcere, para abranger uma clientela que nunca foi a da prisão, e mesmo depois da sua implantação, manteve a tradição de imunidade: as classes média e alta.

Por sua vez, a teor do art. 49, *caput* e parágrafo primeiro, a menor pena de multa representa 33% (trinta e três por cento) do salário mínimo, num país em que setenta por cento da população têm renda de zero a dois salários mínimos.

A quem se dirigia a interdição temporária de direitos, nos termos do art. 47 do Código Penal? Aos potencialmente aptos a exercer cargo, função ou atividade pública, bem como mandato eletivo (inciso I).

Bastaria um argumento para evidenciar que a clientela das prisões não era a destinatária das novas penas, e que, por isso, a promessa de esvaziá-las não seria cumprida: a exigência de culpa, em sentido estrito, salvo no crime doloso cuja pena aplicada fosse inferior a um ano.

Nenhum censo penitenciário, contudo, permite concluir serem tais pessoas que superlotam as prisões, o mesmo se podendo afirmar quanto aos exercentes de profissão, atividade ou ofício que dependem de habilitação especial, licença ou autorização do poder público (inciso II) e aos que têm autorização ou habilitação para dirigir veículo (inciso III). Ao contrário, como visto, a população encarcerada é integrada quase absolutamente por pobres sem escolaridade e sem formação profissional.

Segundo CIRINO DOS SANTOS (1985, p. 223), o verdadeiro propósito da nova política penal foi o de aperfeiçoar a pena de prisão, legitimando o seu rigor para os “casos de necessidade” e atribuindo eficácia coativa à pena não-carcerária.

Nesse sentido, não surpreende a recepção dos movimentos de “lei e ordem”, que já encontravam na reforma de 84 as sementes para o seu cultivo e expansão.

A rigor, no Brasil, “lei e ordem” não são movimentos de contra-reforma, mas decorrência da reforma, cujo “fracasso” deu-lhes ensanचा.

Os movimentos de “lei e ordem”, por sua vez, prometeram resultados que também não cumpriram nem vão cumprir. Em verdade não fizeram mais do que fortalecer a instituição da prisão, retirando dos seus destinatários as garantias antes prometidas.

É ilusão pensar que penas mais severas e mais polícia reduzem a “criminalidade”.

As promessas oficiais do reformismo penal não foram nem podem ser cumpridas, quer porque as penas e sua execução, tal como concebidos, tornam-nas irrealizáveis, quer porque nunca constituíram, efetivamente, seus objetivos.

A função da pena, em verdade, é outra: a produção e reprodução seletiva de “criminosos”. E quanto maior o número de tipos penais, maior o arbítrio seletivo dos órgãos executivos do sistema, os quais, mesmo podendo reprimir qualquer um, só atuam contra quem decidem.

Todo o movimento reformista destes cinquenta anos, no qual se inserem as experiências brasileiras objeto deste trabalho, é situado por DEL OLMO e BERGALLI na perspectiva da transnacionalização do controle, cujo escopo maior é a manutenção de uma sociedade desigual, discriminatória, segregadora e injusta, matéria apenas referida neste trabalho, que demandaria abordagem mais detalhada.

A política penal refletida em 1984 e nas leis posteriores centrou-se nos enfoques bio-psicológicos, indiferente às novas revelações criminológicas, como se depreende de tudo quanto foi dito.

As opções do legislador brasileiro em 1984 e depois, sem originalidade e, mais uma vez, descompromissado com a transformação estrutural da sociedade, inserem-se, nessa perspectiva, como novas tentativas de relegitimar o sistema penal, ainda que neguem a proposta de um Estado Democrático de Direito.

Mais uma vez não se atacou a violência estrutural, insistindo-se na violência institucional contra os mesmos.

Enquanto isso ... sobrevive a ilusão de que “o crime” e “o criminoso”, tendo existência própria e autônoma, são problemas que cabe ao sistema penal resolver.

Referências bibliográficas

ARAUJO JUNIOR, João Marcelo (org.). *Sistema Penal Para o Terceiro Milênio (Atos do Colóquio Marc Ancel)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ANCEL, Marc. *A Nova Defesa Social*, trad. de Osvaldo Melo. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e Sistema Penal: Em Busca Da Segurança Jurídica Prometida*. Florianópolis (tese de doutorado, Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina), 1994.

_____. *Do Paradigma Etiológico ao Paradigma da Reação Social: Mudança e Permanência de Paradigmas Criminológicos na Ciência e no Senso Comum*. In -:*Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1996a. pp. 276 a 287.

_____. *Dos discursos enunciados aos discursos silenciados: recuperando a dignidade da Política Criminal pelo e para o homem*. Prefácio à obra de CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 1ª ed. Niterói: LUAM, 1996b.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Política Penal Alternativa*, trad. de J. Sérgio Fragoso. In -:*Revista de Direito Penal* nº 23. Rio de Janeiro: Forense, 1978. pp. 7 a 21.

_____. *Sobre a criminologia crítica e sua função na política criminal*. Documentação e Direito Comparado. (Boletim do Ministério da Justiça),(sn), nº 13, Separata, pp. 145-166. Lisboa: 1983

_____. *Criminología Crítica y Crítica Del Derecho Penal*. 3ª ed. México: Siglo Veintiuno, 1991.

_____. *Funciones Instrumentales y Simbólicas Del Derecho Penal: Una Discusión En La Perspectiva De La Criminología Crítica*, trad. de Maurício Martinez Sánchez. *Revista Hispanoamericana*, nº 1, pp.37-55, Barcelona: 1991b.

_____. *Ressocialização o control social - por un concepto crítico de reintegración social dei condenado*. trad. de Maurício Martinez, In -:ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de (org.). *Sistema Penal Para o Terceiro Milênio (Atos do Colóquio Marc Ancel)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991. pp. 251 a 265.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. trad. de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

BERGALLI, Roberto. *Observaciones Críticas a las Reformas Penales Tradicionales*, In -:PUIG, Santiago Mir et alii. *Política Criminal y Reforma Del Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1982. pp. 251 a 271.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan Bustos. *Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal*. Bogotá: Editorial TEMIS Librería, 1982a.

_____. *Consideraciones Respecto A La Estructura Del Delito En La Reforma Penal Latinoamericana*, In -:PUIG, Santiago Mir et alii. *Política Criminal y Reforma Del Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1982b. pp. 275 a 292.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Reforma Penal 10 Anos*. In -:Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 3. n. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1995. pp. 130 a 137.

CERVINI, Raúl. *Incidencia de las "mass media" en la Expnasion del Control Penal en LatinoAmérica*. In -:Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 2. n. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1994. pp. 37 a 54.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal (A Nova Parte Geral)*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

CONDE, Francisco Muñoz. *La Resocialización del Delincuente: Análisis y Crítica de un Mito*. In -:PUIG, Santiago Mir et alii. *Política Criminal y Reforma Del Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1982. pp. 131 a 154.

DEL OLMO, Rosa. *América Latina y su Criminología*. México: Siglo Ventiuno, 1984.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *As Tendências Recentes da Política Criminal e o Novo Código Penal Português*. In -:Revista de Direito Penal e Criminologia. Rio de Janeiro: Forense, jul./dez. 1982. pp. 7 a 23.

DOTTI, René Ariel. *O Novo Sistema de Penas*. In -: *Reforma Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. trad. de Ligia M. Pondé Vassallo. 8ª ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

FRAGOSO, Heleno (coord.). *Direito dos Presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos: Notas sobre a Lei 8.072/90*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Lei dos Crimes Hediondos*. In -:Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, abr./jun. 1992. pp 43 a 57.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada*, trad. de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Rasgos Fundamentales del Movimiento Internacional de Reforma del Derecho Penal*, trad. de Santiago Mir Puig. In -:PUIG, Santiago Mir et alii. *Política Criminal y Reforma Del Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1982. pp. 235 a 250.

- LINS E SILVA, Evandro. *De Beccaria a Filippo Gramatica*. In -: ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de (org.). *Sistema Penal Para o Terceiro Milênio (Atos do Colóquio Marc Ancel)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991. pp. 17 a 43).
- LYRA, Roberto. *Penitência de um Penitenciário*. Rio de Janeiro: 1957
- MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, vol. 1. Rio de Janeiro: Saraiva, 1981.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária* v. 1, nº 2, jul./dez., pp. 177-179. Brasília: 1993
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Censo Penitenciário Nacional 1994*. Brasília: 1995
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Censo Penitenciário Nacional 1995*. Brasília: 1996
- OLIVEIRA, Maria Odete. *Prisão: Um Paradoxo Social*. 2ª ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 1996.
- PAVARINI, Massimo. *Control y Dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, trad. de Ignacio Munagorri. México: Siglo veintiuno, 1988.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *O Drama da Pena de Prisão*. In -: *Reforma Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.

PUIG, Santiago Mir. *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, In -:PUIG, Santiago Mir et alii. *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1982. pp. 67 a 117.

REALE JUNIOR, *Fundamento e Aplicação das Sanções Penais na nova Parte Geral*. In -:*Reforma Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. *Novos Rumos do Sistema Criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Reinserção Social - Para uma definição do conceito*. In -:*Revista de Direito Penal e Criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, jul./dez. 1982, pp. 24 a 47.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. trad. de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Ana Isabel de Figueiredo e Maria Fernanda Palma. Lisboa: Vega, 1986.

RUSCHE, Georg, e KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y Estructura Social*. Trad. de Emilio Garcia Méndez. Bogotá: Temis, 1984

SANGUINÉ, Odone. *Função Simbólica da Pena*. In -:*Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, jul./set. 1992. pp. 114 a 126.

SANTOS, Gérson Pereira dos. *Inovações do Código Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985.

SOARES, Luiz Eduardo (org.). *Violência e Política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.

THOMPSON, Augusto. *A Questão Penitenciária*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

TOLEDO, Francisco de Assis, *Considerações sobre a Ilícitude na Reforma Penal Brasileira*. In -: *Reforma Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina* (segundo informe). Buenos Aires: Depalma, 1984.

_____. *Em busca das penas perdidas*. trad. de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1996.