

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO  
CONVÊNIO COM  
UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC**

**A Progressão de Regime no Sistema Prisional do Brasil: a interpretação restritiva e a vedação legal nos crimes hediondos como elementos de estigmatização do condenado**

**Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho**

**Orientadora: Professora Doutora Vera Regina Pereira de Andrade**

**Florianópolis (SC), dezembro de 2001**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO  
CONVÊNIO COM  
UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC**

**A Progressão de Regime no Sistema Prisional do Brasil: a interpretação restritiva e a vedação legal nos crimes hediondos como elementos de estigmatização do condenado**

**Dissertação submetida à Universidade  
Federal de Santa Catarina – UFSC, para  
obtenção do grau de Mestre em Direito**

**Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho**

**Orientadora: Professora Doutora Vera Regina Pereira de Andrade**

**Florianópolis (SC), dezembro de 2001**

Esta Dissertação foi julgada APTA para obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.



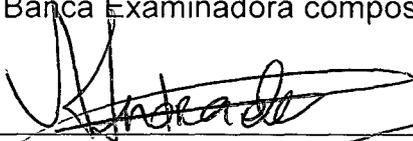
---

Doutora Vera Regina Pereira de Andrade  
Professora Orientadora

---

Professor Doutor Ubaldo César Balthazar  
Coordenador do Curso

Apresentada perante a Banca Examinadora composta dos Professores:

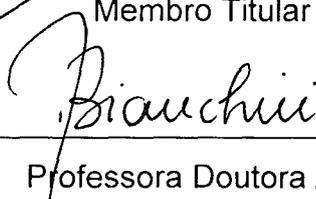


---

Doutora Vera Regina Pereira de Andrade  
Professora Orientadora

---

Professor Doutor Lédio Rosa de Andrade  
Membro Titular da Banca



---

Professora Doutora Alice Bianchini  
Membro Titular da Banca

---

Professora Doutora  
Membro Suplente da Banca

---

Professora Doutora  
Membro Suplente da Banca

*“Você já reparou como entre tantas pessoas que fazem exatamente a mesma coisa, sempre existem aquelas que encontram uma maneira de fazer melhor? Gente que se supera, gente que insiste, persiste, que acredita tanto nas suas idéias que não descansa enquanto não colocá-las em pé. Esse é o tipo de gente que Você reconhece de longe. Porque está à frente, servindo de exemplo, servindo de referência para todos aqueles que vêm depois. São elas que mudam o nosso mundo para melhor. São pessoas assim que movem o mundo e ampliam os horizontes. São pessoas assim que fazem as coisas acontecerem.”*

Autor desconhecido

Extraído do livro Manual de Prática Registral, de Cristina Castelan Minatto Grazião

Dedico este trabalho ao meu filho Victor Augusto e  
à minha esposa Cristina, pela compreensão,  
paciência e companheirismo de ambos e por  
serem, sem dúvida, as pessoas nas quais me  
inspiro a continuar lutando por aquilo que acredito.

## AGRADECIMENTOS

Neste momento de agradecimentos àqueles que, de uma forma ou de outra, me apoiaram, corro um sério risco de, ao nominá-los, esquecer de algumas pessoas que também contribuíram para a concretização do trabalho. Entretanto, submeto-me a este exame de consciência, com a sinceridade de, se porventura esquecer de alguém, render, desde já, todas as homenagens àquele que com amizade e carinho se dedicou à elaboração desta pesquisa.

Agradeço, inicialmente, ao coordenador do Curso de Direito da UNESC, Professor Msc. Daniel Torres de Cerqueira, que, com o seu incentivo, auxiliou-me na continuidade da minha vida acadêmica.

À nossa UNESC - Universidade do Extremo Sul Catarinense – na pessoa de seu Reitor, Professor Antônio Millioli, pelo financiamento da presente pesquisa, por meio da concessão de bolsa de estudos, imprescindível para a concretização do curso, demonstrando a preocupação com a capacitação de seu corpo docente, bem como pela dedicação incondicional de todos seus funcionários, em especial aos da reitoria, da Pós-Graduação e da Biblioteca.

Ao Professor e amigo, Carlos Magno, pela indescritível paciência com todos, pelo exemplo transmitido na perseverança da conquista de seu trabalho, bem como pela dedicação às questões relacionadas à 'emancipação da cidadania'.

Ao dedicado Professor Dilvânio de Souza, também companheiro de mestrado, pelo exemplo de fidelidade de pensamento e perseverança nos objetivos desejados. Mais que isso, pela insuperável dedicação à verdadeira amizade. Ao grande amigo Dilvânio, meu muito obrigado.

Aos Professores e colegas do mestrado, Félix Hobold, Reginaldo de Souza, Clélia Fontanella e ao já Mestre Jackson Correa, companheiros das desgastantes, mas inesquecíveis viagens.

Aos Professores Ubaldo Cesar Balthazar, Antônio Carlos Wolkmer, Orides Mezzaroba, Odete Maria de Oliveira e Edmundo Lima de Arruda Júnior, todos do Curso de Pós-Graduação da UFSC, pelas grandiosas orientações.

À Professora Doutora Vera Regina Pereira de Andrade, não só pelas brilhantes idéias trazidas em suas pesquisas, as quais me foram extremamente úteis, mas, fundamentalmente, por ter sido responsável por toda orientação teórica no desenvolvimento do presente trabalho. Frise-se, por oportuno, que apesar de seu avançado estado gravídico, dedicou-se de forma incondicional à orientação.

Ao Professor Msc. Francisco Bissoli Filho que, gentilmente, dispensou seu precioso tempo, na desgastante tarefa de co-orientação, indicando e fornecendo diversos textos relacionados diretamente ao trabalho.

Ao Professor Msc. Jânio de Souza, também colega de mestrado, pelo exemplo de seriedade e notória transformação intelectual, características fundamentais para um magnífico magistrado. O agradecimento é rendido, também, pelas sugestões, as quais foram valiosas para a versão final do trabalho.

Ao Professor Msc. Rogério Dultra, pela sua insuspeitável capacidade intelectual e profundo conhecimento da criminologia. O apreço é ainda maior ao lembrar das madrugadas 'em claro' que passou para, no dia seguinte, fazer as preciosas críticas, as quais deram um contorno especial ao trabalho.

Aos meus pais, Sigfrido (também revisor) e Cacilda, pelas luzes e inspirações. E, aos meus irmãos, Sigfrido Júnior, Francisco, Luiz e Ubiratan, pelo apoio que proporcionaram.

E, finalmente, o meu eterno agradecimento aos dois amores da minha vida: Cristina e Victor, pelo incentivo e carinho manifestados incondicionalmente, em cada olhar, à minha vida acadêmica.

## RESUMO

Este trabalho tem por objeto a análise do instituto da progressão de regime na execução das penas privativas de liberdade, no sistema prisional do Brasil. Especificamente observada a partir do paradigma da reação social, a progressão de regime é vista sob os fundamentos da teoria da seletividade e da teoria dos estigmas de Erving Goffman.

Por meio do estudo da teoria da seletividade, percebe-se que o funcionamento seletivo do sistema penal está diretamente relacionado à especificidade da infração e às conotações sociais das pessoas envolvidas, o que é denominado de seletividade quantitativa. Desse estudo conclui-se que são as pessoas pertencentes às classes mais pobres da população, não por serem mais aptas a cometerem crimes, que se encontram mais vulneráveis à atuação do sistema. Assim, a atuação do sistema penal se torna desigual e parcial, segundo um código social (*second code*), o qual regula a aplicação da norma penal pela instância oficial.

A conseqüência dessa seletividade é a chegada do indivíduo na prisão, o qual irá sofrer os malefícios da estigmatização. Nesse sentido é de ser notado que a efetiva razão da existência da progressão de regime prisional é a de dar oportunidade ao indivíduo de permanecer o menor tempo possível no cárcere, fazendo diminuir os efeitos da estigmatização.

O aspecto importante da investigação cinge-se, então, em duas situações concretas. A primeira é a análise de uma decisão judicial que impediu a progressão de regime prisional de um condenado que pleiteava a ida ao regime aberto, estando no regime anterior menos tempo que 1/6 (um sexto) exigido na norma penal. Tal requerimento foi fundamentado na hipótese de que o condenado teria ficado no regime inicial (fechado) mais tempo que o previsto, razão pela qual justificou que não haveria necessidade de permanecer no regime intermediário (semi-aberto) pelo lapso de tempo exigível. O requerimento foi indeferido com o argumento de que a norma legal (Lei de Execução Penal) diz que, para progredir de regime, o condenado deve passar pelo menos 1/6 da pena no regime anterior.

A segunda situação prende-se ao dispositivo legal, previsto na Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que veda a progressão de regime para os condenados por crimes lá elencados, determinando que toda a permanência na prisão seja realizada no regime fechado.

Entretanto, a prisão, que é utilizada pelo sistema penal para cumprir suas funções, em verdade contribui para contradizê-las, ou seja, tanto a interpretação restritiva quanto a vedação legal fazem com que o indivíduo mantenha-se dentro da prisão, impossibilitando a progressão de regime prisional, favorecendo apenas a maximização da estigmatização do indivíduo encarcerado.

Nesse sentido, a investigação mostra que o instituto da progressão de regime funciona como mais um mecanismo de seleção, independente das funções prodigalizadas pelo discurso penal, fazendo com que a prisão seja o instrumento capaz de manter a desigualdade de tratamento entre os indivíduos criminalizados, em virtude das diversas possibilidades de interpretação e o que a própria legislação oferece.

## RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo el análisis de la institución de la progresión de régimen en la ejecución de las penas de privación de la libertad, en el sistema de prisión del Brasil. Específicamente observada a partir del paradigma de la reacción social, la progresión del régimen es observada según las bases de la teoría de la selección y de la teoría de los estigmas de Erving Goffman.

A través del estudio de la teoría de la selección se percibe que el funcionamiento selectivo del sistema penal está directamente relacionado con la especificidad de la infracción y con las connotaciones sociales de las personas involucradas, lo cual es denominado selectividad cuantitativa. A partir de este estudio, es posible concluir que las personas que pertenecen a las clases más pobres de la población, no por el hecho de estar más aptos a cometer crímenes, se encuentran más vulnerables a la acción del sistema. De esta forma, la acción del sistema penal se vuelve desigual y parcial, de acuerdo con un código social (*second code*), que reglamente la aplicación de la norma penal a partir de la instancia oficial.

La consecuencia de esta selección es la presencia del individuo en la prisión, con lo cual el mismo sufre los maleficios de la estigmatización. En este sentido, debe ser notado que la razón efectiva de la existencia de la continuación del régimen de prisión debe ser la de dar oportunidad al individuo de permanecer el menor tiempo posible en la cárcel, disminuyendo, así, los efectos de la estigmatización.

El aspecto importante de esta investigación se restringe, entonces, en dos situaciones concretas. La primera de ellas es el análisis de una decisión judicial que se impidió la progresión del régimen de prisión de un condenado que pleiteaba la ida al régimen abierto estando en el régimen anterior menos tiempo que 1/6 (un sexto) exigido en la norma penal. Tal demanda fue fundamentada en la hipótesis de que el condenado habría estado en el régimen inicial (cerrado) más tiempo que el previsto, razón por la que justificó que no habría necesidad de permanecer en el régimen intermedio (semi-abierto) por el período de tiempo exigible. El pedido fue indeferido con el argumento de que la norma legal (Ley de Ejecución Penal) reza

que, para cambiar de régimen, el condenado debe completar por menos 1/6 de la pena en el régimen anterior.

La segunda situación dice respecto al dispositivo legal, previsto en la Ley n 8.072/90 (Ley de los Crímenes Hediondos), que veta la progresión de régimen a los condenados por crímenes en ella clasificados, determinando que toda la peramencia en la prisión sea realizada en régimen cerrado.

Entre tanto, la prisión, que es utilizada por el sistema penal para cumplir sus funciones, en realidad contribuye para contradecirlas, o sea, tanto la interpretación restrictiva como el veto legal, hacen con que el individuo sea mantenido dentro de la prisión, tornando imposible la progresión de régimen de prisión, favoreciendo apenas un aumento de la estigmatización del individuo prisionero.

En este sentido, la investigación muestra que la institución de la progresión de régimen funciona como un mecanismo más de selección, independiente de las funciones ofrecidas por el discurso penal, haciendo con que la prisión sea el instrumento capaz de mantener la desigualdad de tratamiento entre los individuos criminalizados, en virtud de las diversas posibilidades de interpretación y de lo que la propia legislación ofrece.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	01
<b>CAPÍTULO I - O PROCESSO DE ESTIGMATIZAÇÃO DO CONDENADO</b> .....	05
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	05
2. O PARADIGMA ETIOLÓGICO, A CRIMINOLOGIA POSITIVISTA E A IDEOLOGIA PENAL DOMINANTE .....	06
3. O PARADIGMA DA REAÇÃO SOCIAL, A CRIMINOLOGIA CRÍTICA E O FUNCIONAMENTO SELETIVO E ESTIGMATIZANTE DO SISTEMA PENAL ..	11
3.1 O paradigma da reação social .....	12
3.2 A Criminologia Crítica .....	16
3.3 A teoria da seletividade .....	18
4. A TEORIA DOS ESTIGMAS E AS INSTITUIÇÕES TOTAIS .....	28
4.1 A teoria dos estigmas de Erving Goffman .....	28
4.2 A prisão como instituição total .....	34
4.3 A estigmatização pela instituição prisional – ‘máquinas de deteriorar’ .....	42
<b>CAPÍTULO II - A PRISÃO E OS SISTEMAS PROGRESSIVOS: CONFIGURAÇÃO E FUNCIONALIDADE</b> .....	46
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	46
2. A PRISÃO COMO PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE .....	47
3. A RESSOCIALIZAÇÃO E A IDEOLOGIA DO TRATAMENTO .....	53
4. O INSTITUTO DA PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL COMO INSTRUMENTO DA IDEOLOGIA DO TRATAMENTO .....	55
4.1 Os fundamentos históricos da progressão de regime .....	55
4.2 A progressão de regime na Legislação Penal brasileira e sua atual conceituação .....	58
4.3 A suspensão condicional da pena e o livramento condicional .....	64
4.4 As funções declaradas do instituto da progressão de regime prisional: conseqüência dos princípios da individualização da pena e da ressocialização do condenado .....	66
5. A IMPOSSIBILIDADE DE RESSOCIALIZAÇÃO NA PRISÃO .....	67

**CAPÍTULO III - A MAXIMIZAÇÃO DA ESTIGMATIZAÇÃO PELA NÃO**

<b>PROGRESSÃO DE REGIME</b> .....	76
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	76
2. ASPECTOS DOGMÁTICOS – A HERMENÊUTICA PENAL NA PROGRESSÃO DE REGIME. A RESTRIÇÃO DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ALGUNS CASOS CONCRETOS .....	77
2.1. Aspectos gerais da interpretação da norma penal .....	78
2.2 A interpretação conforme a ideologia penal dominante .....	83
2.3. A restrição da concessão do benefício da progressão de regime pela via interpretativa (interpretação restritiva) e pela via legislativa (vedação legal – art. 2º, § 1º Lei nº 8.072/90): afronta aos princípios da individualização da pena e da impossibilidade de imposição de penas desumanas. Alguns casos concretos .....	84
2.3.1 A restrição da concessão pela via interpretativa (interpretação restritiva) .....	85
2.3.2 A restrição da concessão pela via legislativa .....	90
3. PROGRESSÃO DE REGIME. O ATENTADO ÀS TRANSFORMAÇÕES HISTÓRICAS DO INSTITUTO. A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA E A VEDAÇÃO LEGAL COMO FORMAS DE AUMENTAR A ESTIGMATIZAÇÃO DO CONDENADO .....	93
4. A VEDAÇÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME COMO FORMA DE ATINGIR AS FUNÇÕES NÃO DECLARADAS DA PRISÃO .....	99
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	103
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	107
<b>ANEXOS</b> .....	115

## INTRODUÇÃO

O tema proposto, progressão de regime, foi escolhido em virtude da constatação de diversas contradições existentes entre o que se pretende dialogar na academia e o que se faz diante das situações reais de conflito e da preocupação existente em relação àqueles que realmente sofrem a intervenção do sistema. Essas constatações surgiram a partir do momento em que os pedidos de concessão do benefício da progressão de regime tinham, tanto em pareceres do Ministério Público, como nas decisões proferidas pelos juízes da execução penal, reiteradamente manifestações desfavoráveis.

A delimitação do tema ficou circunscrita à interpretação restritiva e ao impedimento legal para os crimes hediondos, ambos relativos à concessão do benefício da progressão de regime na execução penal, funcionando como mais uma forma de estigmatizar o condenado do que os fins declarados pelas diversas Escolas Penais.

Nesta pesquisa, duas foram as hipóteses consideradas como contributos à estigmatização do condenado, no momento da execução da pena privativa de liberdade: a primeira é a reiterada manifestação do Poder Judiciário no sentido de impedir a concessão do benefício caso o condenado ainda não tenha cumprido, no regime anterior, o lapso temporal estabelecido para a progressão, independentemente de estar em um regime mais severo por um período maior que o previsto legalmente; e a segunda, o impedimento legal (§ 1º, do art. 2º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990) da progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos.

A partir das idéias preconizadas pelas Escolas Penais, surgiram diversas teorias (absolutas e relativas) sobre a finalidade da pena. A Escola Clássica colocou o crime como objetivo central a ser atingido pela pena. Na Escola Positiva o homem foi colocado no centro da análise. Entretanto, é na Escola Positiva italiana e, mais tarde, na teoria da Nova Defesa Social que surge a idéia de tratamento para a

ressocialização (retorno à normalidade da vida social), fundamentada pela "ideologia do tratamento".

Assim, enquanto não se verificar a superação do atual sistema penal, pois esse até hoje não cumpriu suas funções prometidas, é importante que se minimize ao máximo os efeitos dos estigmas causados pela condenação, em especial pelo cárcere, devido ao afastamento produzido pela prisão no encarcerado que, retirado do convívio das pessoas livres, é colocado dentro dos muros da prisão.

Assim é que o instituto da progressão do regime, dentre outros, tem esta finalidade específica, isto é, propiciar o retorno gradativo do condenado ao 'convívio harmônico da sociedade livre', reduzindo os males da estigmatização.

O trabalho objetiva, fundamentalmente, demonstrar que no momento em que os operadores jurídico-penais, em face da vedação legal imposta pela Lei dos Crimes Hediondos e da interpretação restritiva do instituto, reduzem ou impossibilitam a aplicação do benefício é que os efeitos da estigmatização passam a ser sentidos de maneira mais intensa e direta pelo condenado, como também, indiretamente, pelos demais integrantes do corpo social, quando do seu retorno ao convívio com as 'pessoas livres'.

Da mesma forma tentar-se-á demonstrar, a partir da teoria da estigmatização de Goffman, os efeitos da restrição, total ou parcial, da progressão de regime e que esta, quando interpretada restritivamente ou mesmo quando vedada pela lei dos crimes hediondos, atenta contra o próprio discurso tradicional da ideologia do tratamento.

O desenvolvimento do trabalho deu-se em dois momentos: primeiramente, sob o enfoque descritivo do objeto analisado (os institutos da vedação legal e da interpretação restritiva), foram utilizados os instrumentos dogmáticos técnico-jurídicos, como a Lei Penal (Código Penal), a Lei Processual Penal e a Lei de Execução Penal; e, num segundo momento, este objeto foi observado à luz da Criminologia, especificamente no paradigma da reação social, utilizando-se as obras

de Alessandro Baratta e Vera Regina Pereira de Andrade, bem como os aportes teóricos da Ciência Política, da Sociologia e das Políticas Criminais.

Objetiva-se, com isto, demonstrar que há uma forte presença da ideologia penal dominante, principalmente do chamado princípio da seletividade. A demonstração será feita com o estudo de dois casos específicos. O primeiro será estudado sob o enfoque da interpretação restritiva e o segundo da vedação legal.

Assim, o presente estudo foi realizado por meio da pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método hipotético dedutivo, ou seja, extraído-se a hipótese de um marco teórico, chega-se a determinada conclusão a partir de um específico estudo de caso.

O trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro - O processo de estigmatização do condenado – é dedicado aos fundamentos teóricos que balizaram a investigação, sendo procedida uma breve análise do paradigma etiológico de criminologia, passando pelo paradigma da reação social e teorias da seletividade, da estigmatização e, finalizando, os efeitos da prisão no condenado.

No segundo capítulo - A prisão e os sistemas progressivos: configuração e funcionalidade - a partir das teorias da pena, foi feita uma análise da ideologia do tratamento, abordando a prisão neste mesmo contexto, descrevendo-se também os sistemas progressivos de cumprimento da pena privativa de liberdade, para analisar o atual instituto da progressão de regime prisional, adotado no Brasil, caracterizando-o como uma consequência dos princípios da individualização da pena e da ressocialização do condenado, bem como a impossibilidade de ressocialização do indivíduo na prisão.

No terceiro capítulo - A maximização da estigmatização pela não progressão de regime – procurou-se demonstrar que a não concessão do benefício da progressão de regime prisional concorre acentuadamente para a estigmatização do condenado. Tanto no caso da interpretação restritiva, como na vedação legal, a pesquisa será baseada nos pressupostos levantados pelo paradigma da reação

social, buscando demonstrar que a criminalidade é apenas uma realidade seletivamente construída.

Por fim, cabe ressaltar que na última parte desta dissertação, especificamente na bibliografia, além das obras citadas diretamente no texto, foram incluídas aquelas que, de alguma forma, contribuíram para a realização deste trabalho.

## CAPÍTULO I

### O PROCESSO DE ESTIGMATIZAÇÃO DO CONDENADO

1. Considerações iniciais. 2. O paradigma etiológico, a criminologia positivista e a ideologia penal dominante. 3. O paradigma da reação social, a criminologia crítica e o funcionamento seletivo e estigmatizante do sistema penal. 3.1 O paradigma da reação social. 3.2 A Criminologia Crítica. 3.3 A teoria da seletividade. 4. A teoria dos estigmas e as instituições totais. 4.1 A teoria dos estigmas de Erving Goffman. 4.2 A prisão como instituição total. 4.3 A estigmatização pela instituição prisional – ‘máquinas de deteriorar’

#### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Diante do tema proposto na presente pesquisa – Progressão de Regime: a interpretação restritiva e a vedação legal à concessão do benefício nos crimes hediondos como elementos de estigmatização do condenado – sua delimitação e o problema a ser solucionado, analisamos, neste capítulo, num primeiro momento, o paradigma da reação social e o funcionamento seletivo e estigmatizante do sistema penal e, num segundo momento, a teoria dos estigmas e os efeitos da estigmatização através da prisão.

Como conteúdo originário e finalístico do instituto, a progressão do regime, na execução da pena privativa de liberdade, é corolário da idéia de ressocialização do indivíduo, uma vez que a partir da progressiva readaptação à vida social, o condenado teria mais condições de conviver em sociedade, o que refletiria na diminuição da estigmatização provocada pelo próprio sistema prisional.

O referido discurso ressocializador está contido na legislação penal brasileira de maneira bastante clara, conforme se verifica nos dispositivos pertinentes à matéria, como na parte final da redação do artigo 59 do Código Penal (“...conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.”), e nos artigos 1º (“A execução penal tem por objetivo (...) proporcionar condições para a harmônica integração social ...”) e 10º (“...objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.”), da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84).

Com base nos paradigmas da Dogmática Penal e etiológico em Criminologia, criou-se a idéia de que a sociedade deve possuir um sistema repressivo adequado para punir aqueles indivíduos que se distinguem dos demais em razão de seus comportamentos, a partir do fundamento de que a criminalidade é um meio natural, ontológica e preconstituída ao Direito Penal.

Assim, proceder-se-á neste capítulo uma breve análise do paradigma etiológico em Criminologia e suas funções declaradas, passando pelo paradigma da reação social e teorias da seletividade, da estigmatização e, finalizando, pelos efeitos da prisão no condenado.

## 2. O PARADIGMA<sup>1</sup> ETIOLÓGICO, A CRIMINOLOGIA POSITIVISTA E A IDEOLOGIA PENAL DOMINANTE

Com a consolidação dos pressupostos epistemológicos do positivismo e da cientificação do controle social e, na tentativa de dar à Criminologia o *status* de ciência, foi estabelecido o chamado paradigma etiológico, que busca a explicação do fenômeno criminal por meio de suas causas, indicando as respostas para o controle da criminalidade. Tal paradigma sustentado, principalmente, nas concepções de Lombroso, de Ferri e de Garofalo sobre o fenômeno criminal, tenta explicar, pelo método científico ou experimental, que a criminalidade é causalmente determinável como um fenômeno natural, indagando fundamentalmente “o que o criminoso faz, e por que o faz”.

As obras “O Homem Criminoso” de Cesare Lombroso (1876) que, sob o enfoque antropológico, sustentava a idéia de criminoso nato, “Sociologia Criminal”

---

<sup>1</sup> Para Kuhn (1979, p. 219) “um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade científica partilham. E, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que compartilham um paradigma”. Andrade (1997, p. 41) explica que “resgatando a historicidade e o relativismo do signo “Ciência”, a teoria kuhneana dos paradigmas caracteriza a cientificidade de uma disciplina não pelas suas opções, pressupostos epistemológicos ou produtos, mas pela sua forma “paradigmática” de exteriorização. Com efeito, segundo Kuhn, uma análise histórica demonstra que inexistente ‘a’ Ciência como atividade unívoca para todas as épocas e sociedades, uma vez que o entendimento sobre o que é fazer Ciência é sempre relativo a um consenso ou conjunto de compromissos teóricos básicos existentes num dado grupo humano: a comunidade científica. É sempre definido pela existência de um “paradigma”, o que relativiza a definição do que é científico.”

de Enrico Ferri (1931) que, sob o enfoque sociológico, sustentava que o crime não é decorrente do livre arbítrio, mas o resultado previsível, determinado por fatores antropológicos, sociológicos e jurídicos que conformam a personalidade de uma minoria de indivíduos como “socialmente perigosa”, e a “Criminologia: estudo sobre o delito e a repressão penal”, de Raffaele Garofalo (1925), sob os enfoques jurídico e psicológico, compõem a trilogia caracterizadora da Escola Positiva italiana, a qual servirá como base dos pressupostos positivistas para a cientifização da criminologia, com a finalidade específica de controle social.

A Criminologia tradicional, orientada pelo paradigma etiológico, concebia que o “delinqüente” nascia com uma pré-disposição para cometer crimes. Diversamente da Escola Clássica, que centrou sua investigação sobre o fato, tal escola centrou seus estudos sobre o homem. A antropologia criminal de Lombroso, que centrou suas investigações no ‘homem delinqüente’, partindo de um determinismo orgânico e psíquico do criminoso, situou o crime dentro do próprio criminoso. Na sua sociologia criminal, Ferri, desenvolvendo as idéias de Lombroso, aditou uma perspectiva sociológica às causas da criminalidade, sustentando que além do determinismo biológico, estariam ligadas ao crime características etiológicas individuais, físicas e sociais. Garofalo (1925, p 64), por sua vez, viu o delito natural como resultado da deficiência sentimental do homem delinqüente, em especial dos sentimentos de probidade e piedade.

Assim, no dizer de Baratta (1983, p. 154):

O pressuposto de que parte a Criminologia etiológica na sua função auxiliar e legitimadora do sistema penal e da política criminal oficial é que existe um meio natural de comportamentos e indivíduos que possuem uma qualidade que os distingue de todos os outros comportamentos e de todos os outros indivíduos: esse meio natural seria a criminalidade. Sendo a criminalidade uma entidade ontológica, seria possível descobrir as causas e colocar a ciência destas ao serviço da prática que a deve combater. Este modo de considerar a criminalidade está tão profundamente enraizado no senso comum que uma concepção que dele se afaste corre o risco de, a todo momento, passar por uma renúncia a combater situações e ações socialmente negativas.

O caminho a ser trilhado, verifica-se, é o do controle da criminalidade mediante uma base científica. A escola clássica dava importância ao crime que, dentro do positivismo, desaparece, prevalecendo o criminoso.

Assim é que a luta contra a criminalidade, pretensamente científica, inicia-se pela própria ideologia de combate à criminalidade pelo criminoso, com o fim especial de proteção e defesa sociais.

Santos (1979, p. 113) conclui que:

A realidade natural desse objeto determinado por relações causais é a base da unidade de método do modelo positivista: o método para identificação das relações causais do objeto é o método indutivo das ciências naturais positivistas, sob a forma do positivismo lógico das ciências sociais. A ciência positiva do crime se propõe como *objetiva* (construída sobre a realidade do dado) e *neutra* (construída por um método adequado ao objeto): a realidade natural do objeto determinaria a objetividade do dado da percepção sensorial, captado por um método cuja confiabilidade garantiria a objetividade da ciência.

Então, àqueles indivíduos que possuem um comportamento dito anormal, que se distingue dos demais, estaria justificada, diante do discurso oficial, a aplicação das penas como elemento socialmente útil à defesa social, pois "(...) se o homem está fatalmente determinado a cometer crimes, a sociedade está igualmente determinada – através do Estado – a reagir em defesa de sua própria conservação, como qualquer organismo vivo, contra os ataques às suas condições normais de existência. A pena é, pois, um meio de defesa social." (Cf. ANDRADE, 1997, p. 68).

Diante dos postulados preconizados – eliminar a metafísica do livre-arbítrio e substituí-la por uma ciência capaz de demonstrar pelo método científico e experimental as causas da criminalidade – a missão da Escola Positiva era possibilitar, de forma científica, a diminuição da criminalidade e, se possível, o seu desaparecimento.

Pode-se, assim, identificar no positivismo suas concepções políticas e criminais na ampliação das exigências e direitos da sociedade sobre os delinquentes, na responsabilidade social (em contraponto à responsabilidade pessoal da Escola Clássica) e, finalmente, "não curavam de *punir* segundo a gravidade da culpa mas de reforçar a *defesa* da sociedade; não reconheciam, por isso, à reação social outra medida que não a da necessidade em função da ameaça

– da *temebilità* (Garófalo) ou da *pericolosità* (Ferri) – do delinqüente (Cf. DIAS e ANDRADE, 1992, p. 19).

Garofalo (1925, p. 290) justifica a existência da pena de morte com a afirmação de que os indivíduos que praticam crimes são destituídos do sentimento de piedade, o qual (sentimento de piedade) era da natureza humana. Esses indivíduos, pois, colocavam-se fora da sociedade e rompiam o vínculo que os ligava a ela, razão pela qual se poderia suprimi-los não só porque o senso moral foi violado pelo delito, mas se a violação fosse um sintoma de uma permanente anomalia física, tornava o delinqüente para sempre impróprio à vida social.

Dias e Andrade (1992, p. 19) aditam que:

Foi este entendimento das relações entre a sociedade e o criminoso que deu fundamento às doutrinas da prevenção especial nas suas mais extremas manifestações; e deixa compreender que tais doutrinas – apesar dos esforços moderadores de penalistas como V. Liszt – comportem sempre o risco de colocar o delinqüente na total disponibilidade de juízos de diagnósticos e terapia. Daqui derivou justamente a crise actual do pensamento – ou do “mito”, como querem já alguns – da ressocialização do delinqüente como força integradora principal do fim preventivo-especial da pena.

Dias e Andrade (1992, p. 18), refletindo sobre a herança do positivismo, dizem que:

(...) se não sobreviveram as teorias especificamente positivistas – as teses antropológico-causais – a verdade é que muito ficou e muito perdura ainda da sua herança: não tanto no que toca aos parâmetros metodológicos, quanto no que respeita às linhas de força da sua ideologia político-criminal. Estamos a pensar sobretudo na chamada ideologia do tratamento<sup>2</sup>, que de modo algum se pode considerar definitivamente superada e cujos perigos estão longe de se poderem considerar neutralizados.

Conforme Baratta (1999, p. 41) é importante dizer que:

Tanto a Escola clássica quanto as escolas positivistas realizam um modelo de ciência penal integrada, ou seja, um modelo no qual ciência jurídica e concepção geral do homem e da sociedade estão estreitamente ligadas. Ainda que suas respectivas concepções do homem e da sociedade sejam profundamente diferentes, em ambos os casos nos encontramos, salvo

---

<sup>2</sup> A ideologia do tratamento será detidamente tratada no Capítulo II da presente pesquisa.

exceções, em presença da afirmação de uma ideologia da defesa social, como nó teórico e político fundamental do sistema científico.

Enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, a ideologia da defesa social<sup>3</sup> (ou do fim) constituiu o predomínio ideológico dentro do específico setor penal, bem como no saber comum. As escolas positivistas herdaram a ideologia da defesa social da Escola Clássica, transformando-a em algumas de suas premissas, em conformidade às exigências políticas que assinalam a passagem do estado liberal clássico para o estado social.

O conteúdo desta ideologia passou a fazer parte da filosofia dominante da Ciência Jurídica, das opiniões comuns, dos representantes do aparato penal penitenciário e também do homem de rua. Esta ideologia da defesa social pode ser reconstruída, segundo Baratta (1999, p. 42) pelos seguintes princípios:

- a) Princípio de legitimidade. O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais.
- b) Princípio do bem e do mal. O delito é um dano para a sociedade. O delinqüente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem.
- c) Princípio de culpabilidade. O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador.
- d) Princípio da finalidade ou da prevenção. A pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinqüente.

---

<sup>3</sup> Segundo Baratta (1997, p. 240 – nota 2 do Capítulo II – A ideologia da defesa social), “o termo ‘ideologia’ em um significado positivo (conf. O uso de Karl Mannheim) se refere aos ideais ou programas de ação; em um significado negativo (conf. O uso de Marx), se refere à falsa consciência, que legitima instituições sociais atribuindo-lhes funções ideais diversas das realmente exercidas”. Da mesma forma que Baratta, usaremos o termo durante a dissertação, neste segundo sentido, com referência, em particular, à ideologia penalista, identificada como ideologia da defesa social. Baratta (1997, p. 240 – nota 3 do Capítulo II – A ideologia da defesa social) também faz uma ressalva com relação ao significado dessa expressão ‘defesa social’. Para ele, é importante saber distinguir esta ideologia penalista geral, “com o movimento de estudos sobre direito e reforma penal indicado como ‘defesa social’ (Filippo Gramatica) e, depois, como ‘nouvelle défense sociale’ (Marc Ancel) e que, melhor, pode se considerar como uma das especificações que a ideologia da defesa social encontrou nos últimos decênios.

e) Princípio de igualdade. A criminalidade é violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos.

f) Princípio do interesse social e do delito natural. O núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos. Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais).

Assim é que a ideologia penal dominante viu no homem criminoso o centro de sua investigação, tendo-o como um ser anômalo, do qual depreendeu os estigmas da criminalidade. E, modelando o paradigma etiológico em Criminologia, a Escola Positiva assumiu a tarefa de explicar, cientificamente, as causas da criminalidade e as maneiras pelas quais poder-se-ia evitá-la.

### 3. O PARADIGMA DA REAÇÃO SOCIAL, A CRIMINOLOGIA CRÍTICA E O FUNCIONAMENTO SELETIVO E ESTIGMATIZANTE DO SISTEMA PENAL<sup>4</sup>

A presente pesquisa, cuja reflexão maior será realizada no terceiro capítulo, tem como suporte teórico a Criminologia desenvolvida no paradigma da reação social surgido em torno dos anos sessenta do século XX.

---

<sup>4</sup> A expressão sistema penal, no dizer de Huertas (1994, pp. 5-6), faz referência ao conjunto de instituições estatais e suas atividades, que interferem na "criação" e "aplicação" das normas penais, concebidas estas no seu sentido mais extenso, desde as disposições substantivas, até as procedimentais e administrativas. Assim compreendido, o sistema penal é composto pelo aparato total de normas, instituições, saberes, ações e decisões direta ou indiretamente relacionados com o fenômeno criminal. Abrange não somente as agências legislativas (responsáveis pela criação das normas), instituições policiais, Ministério Público, Poder Judiciário e Sistema Prisional (responsáveis pela imposição ou aplicação das normas), como também inúmeras outras agências que concorrem para a aplicação das leis penais, dentre elas os órgãos públicos e agentes financeiros e econômicos que têm o dever de noticiar a prática de crimes (Polícia Ambiental, Banco Central, Vigilância Sanitária, Defesa do Consumidor, etc), a Ordem dos Advogados, a Medicina Legal, a Psiquiatria Forense, as Perícias Forenses, e aquelas responsáveis pela produção e reprodução dos saberes que envolvem o sistema penal, o que se faz principalmente através das Escolas de ensino jurídico. O aparato do sistema penal não é estanque ou isolado do universo social, estando, ao contrário, inserido neste contexto. Por isso, torna-se relevante mencionar as instituições sociais, entre elas a mídia, a escola em sentido amplo, a família, a igreja, os clubes e associações, etc., as quais produzem e reproduzem o senso comum, modelando o sistema penal (Cf. BISSOLI FILHO, 1998, p. 55).

### 3.1 O paradigma da reação social

A partir do século XX, apesar do continente europeu manter a fiel tradição pelo paradigma etiológico e pela ideologia da defesa social, principalmente nos Estados Unidos, desenvolvem-se novas formas de conhecimento criminológico, com a finalidade de explicar os problemas sociais de maneira diferente daquelas apresentadas pelo paradigma etiológico, dando origem às Escolas de Criminologia Americana, promovendo a negação da ideologia da defesa social<sup>5</sup>.

Assim, grande é a diferença entre a criminologia etiológica, ou tradicional, e a criminologia da reação social. Além da nova maneira de definir o objeto e os próprios termos da questão criminal, a distinção é também, e sobretudo, uma consequência do que, para utilizar a nomenclatura de Thomas S. Kunh, pode ser definido como uma “troca de paradigmas” introduzida na moderna criminologia. (Cf. BARATTA, 1983, p. 145)

Utilizando o paradigma da reação social e considerando por isso a criminalidade não como uma qualidade natural de comportamentos ou de indivíduos, mas como uma qualidade que lhes é atribuída através de processos de definições da parte das instâncias oficiais ou do público, a criminologia crítica parece desafiar, antes de mais, o senso comum. (Cf. BARATTA, 1983, p. 154 - 155)

Dias e Andrade (1992, p. 43) ressaltam ainda que a ruptura metodológica e epistemológica com a criminologia tradicional significou tanto o abandono do paradigma etiológico-determinista (sobretudo sobre o ponto de vista individual) e a substituição de um modelo estático e descontínuo de abordagem do comportamento desviante por um modelo dinâmico e contínuo, como a desvalorização das estatísticas oficiais como instrumento fundamental de acesso à realidade do crime.

Foi assim que, mais precisamente a partir da década de setenta do século XX, surgiu a Criminologia norte-americana, introduzindo as teorias do *labelling approach* no estudo do crime e da criminalidade.

---

<sup>5</sup> As teorias fundadas no paradigma da reação social promovem a reconstrução dos diversos princípios da ideologia da defesa social, como o ‘princípio da legitimidade’, ‘princípio do bem e do mal’, etc. Para entender os argumentos, importante observar Andrade (1997, pp. 200 – 202).

Andrade (1997, p. 183) afirma que o *labelling approach* constitui-se em uma das correntes desconstrutoras do moderno sistema penal, consubstanciada pela crítica historiográfica (desenvolvida a partir da crítica à prisão), sociológica e criminológica.

Nesta dimensão desconstrutora, Andrade (1997, p. 183) adverte ainda que:

pode-se aludir a pelo menos cinco desconstruções fundamentais que, embora superpostas e convergentes, estruturam-se a partir de diferentes perspectivas analíticas: a desconstrução marxista, a desconstrução foucaltiana, a desconstrução interacionista do *labelling approach*, a desconstrução abolicionista e a desconstrução feminista.

É de se salientar que esta matriz criminológica é designada na literatura alternativa e sinonimamente por enfoque, perspectiva ou teoria do interacionismo simbólico, *labelling approach*, etiquetamento, rotulação ou ainda por paradigma da “reação social”, do controle, ou da definição.

Assim, a partir de toda esta mudança, fica evidente que não há justificativa epistemológica a ser sustentada pelo paradigma etiológico em virtude do que se desfaz o caráter científico da criminologia positiva, em face da clara deslegitimação de seu método e pela exclusão da reação social de seu objeto.

Assim, na base do paradigma da reação social:

(...) a investigação criminológica tem tendência para se deslocar das causas do comportamento criminal em direção às condições a partir das quais, numa dada sociedade, as etiquetas da criminalidade e o estatuto do criminoso são atribuídos a comportamentos e a sujeitos, e para o funcionamento da reação social informal e institucional (processo de criminalização). (Cf. BARATTA, 1983, p. 147)

Traduzido epistemologicamente, o *labelling* explica a conduta humana a partir do interacionismo simbólico e da etnometodologia, duas correntes fenomenológicas da sociologia americana, as quais orientam no sentido de que a sociedade não é uma realidade que pode ser conhecida como algo em si, mas a partir de uma construção social<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> ANIYAR DE CASTRO (1983, p. 6) identifica que para o construtivismo social as observações estão

Baratta (1993, p. 147) anota, fundamentalmente, que:

A introdução do *labelling approach*, sobretudo devida à influência de correntes de origem fenomenológica (como o interacionismo simbólico e a etnometodologia), na sociologia da desviância e do controle social, e de outros desenvolvimentos da reflexão sociológica e histórica sobre o fenômeno criminal e sobre o direito penal, determinaram, no seio da criminologia contemporânea, uma troca de paradigmas mediante a qual esses mecanismos de definição e de reação social vieram ocupar um lugar cada vez mais central no interior do objeto da investigação criminológica. Constitui-se, assim, um paradigma alternativo relativamente ao paradigma etiológico, que se chama, justamente, o paradigma da 'reação social' ou 'paradigma da definição'.

Bissoli Filho (1998, p. 44-48) salienta que para o interacionismo simbólico, a sociedade, ou seja, a realidade social, é construída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, para as quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem. A etnometodologia se ocupa da realidade cognitiva incorporada aos processos de experiências humanas subjetivas, que se realizam no cotidiano de cada indivíduo. Estas experiências são, por exemplo, as atitudes naturais, os principais fatores determinantes da conduta do indivíduo e os meios através dos quais um indivíduo se orienta na situação da vida, da experiência que armazenou e do estoque de conhecimento à sua disposição.

Assim, de acordo com a teoria fenomenológica, cada indivíduo constrói o seu próprio "mundo", fazendo-o com o auxílio de materiais e métodos que lhe são oferecidos pelos outros: o mundo da vida é um mundo social que, por sua vez, é pré-estruturado pelo indivíduo.

Assim é que, por meio das correntes fenomenológicas e dos conceitos como o de 'conduta desviada' e 'reação social', chega-se a principal conclusão, qual seja, a de que a conduta criminalizada não é um produto de natureza ontológica, pré-

---

baseadas em construções mentais, ou seja, a realidade só existe na medida em que é interpretada e em consequência apreendida. Outro aspecto importante é que o processo cognoscitivo é construído a partir da subjetividade do observador, sendo, portanto, uma realidade variável. O construtivismo opõe-se ao positivismo, ao ver o mundo como uma realidade em si, cognoscível independentemente da pessoa que o observa, ou seja, uma realidade estática.

constituída à reação social e penal, mas um rótulo (daí a origem da palavra “*labelling*”), a ser atribuído a determinadas pessoas.

Desta forma, o *labelling* desloca o interesse cognocitivo e a investigação das causas do crime para a reação social da conduta desviada, “(...) em especial para o sistema penal, como conjunto articulado de processos de definição (criminalização primária) e de seleção (criminalização secundária) e para o impacto que produz o etiquetamento na identidade do desviante.” (Cf. ANDRADE, 1997, p. 207)

Percebe-se que a ruptura epistemológica e metodológica é muito acentuada, pois enquanto o paradigma etiológico em Criminologia baseava-se na investigação das causas da criminalidade, verifica-se, agora, no paradigma da reação social, do controle ou da definição, uma investigação funcional do processo de criminalização. Desta forma, o paradigma da reação social justifica que:

Uma conduta não é criminal ‘em si’ ou ‘per si’ (qualidade negativa ou nocividade inerente) nem seu autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade (patologia). O caráter criminal de uma conduta e a atribuição de criminoso a seu autor depende de certos processos sociais de ‘definição’, que atribuem à mesma um tal caráter, e de ‘seleção’, que etiquetam um autor como delinqüente. Conseqüentemente, não é possível estudar a criminalidade independentemente destes processos. Por isso, mais apropriado que falar da criminalidade (e do criminoso) é falar da criminalização (e do criminalizado) e esta é uma das várias maneiras de construir a realidade social. (Cf. ANDRADE, 1997, p. 205)

É de se ressaltar que a ruptura de paradigma vem demonstrar as deficiências do projeto da modernidade, mormente aquelas relativas às funções declaradas pelo sistema penal. Assim, a investigação da criminalidade se desloca do comportamento criminal (paradigma etiológico) para as condições a partir das quais, numa dada sociedade, as etiquetas da criminalidade e o estatuto do criminoso são atribuídos a comportamentos e a sujeitos, e para o funcionamento da reação social informal e institucional (processo de criminalização) (Cf. BARATTA, 1993, p. 147)

### 3.2 A Criminologia Crítica

A partir do momento da recepção do *labelling approach* e das teorias do conflito, no âmbito da sociologia criminal, é que se verifica a passagem da Criminologia liberal à Criminologia crítica, "(...) a qual indo por dentro do paradigma da reação social e para além dele, desenvolve a dimensão do poder, numa perspectiva materialista cujo nível de abstração macrossociológica alça as relações de poder e propriedade em que se estrutura conflitivamente a sociedade capitalista." (Cf. ANDRADE, 1997, p. 214).

Diante das diversas expressões do pensamento criminológico e sociológico jurídico contemporâneo, a criminologia crítica estabelece, diversamente da criminologia tradicional, uma nova maneira de definir o seu objeto e os próprios termos das questões penais, mas mesmo assim o paradigma etiológico, com o qual nasceu a criminologia positivista do fim do século XVIII, manteve-se na base de toda a criminologia tradicional até o início do século XX.

Entretanto, conforme sustenta Baratta (1983, p. 146):

A pretensão da criminologia tradicional, de proporcionar uma teoria das condições (ou causas) da criminalidade não tem justificação do ponto de vista epistemológico. Uma investigação das causas não é aplicável a objetos definidos por normas, convenções ou avaliações sociais e institucionais. Aplicando a objetos deste tipo um saber causal – naturalista produz uma "coisificação" dos resultados dessas definições normativas tomando-os por "coisas" que existem independentemente destas. A "criminalidade", os "criminosos" são, sem dúvida, objetos deste tipo. E são impensáveis sem a intervenção de processos institucionais e sociais de definição, a lei penal, a sua aplicação por parte das instâncias oficiais, as definições e as reacções não institucionais.

A consequência dessa coisificação produzida pela criminologia etiológica é que os elementos são adquiridos por simples observação de uma parte dos fenômenos em causa e é justamente esta parte que é selecionada pelos mecanismos institucionais e sociais de definição, os quais, segundo a hipótese de que parte a criminologia etiológica, deveriam ser indiferentes para a existência do seu objeto de investigação (Cf. BARATTA, 1983, p. 147).

Comparada à criminologia tradicional, a criminologia crítica coloca-se numa relação radicalmente diferente com a prática. Para a criminologia tradicional o sistema positivo e a prática oficial são os destinatários, os beneficiários do seu saber, o príncipe que ela é chamada a aconselhar. Para a criminologia crítica o sistema positivo e a prática oficial são, antes de mais, o objeto de seu saber. A relação com o sistema é crítica; a sua tarefa imediata não consiste em fornecer receitas de política criminal mas sim em examinar de maneira científica a gênese do sistema, a sua estrutura, os seus mecanismos de selecção, as funções que ele realmente exerce; os seus custos económicos e sociais, de avaliar sem preconceitos o tipo de resposta que ele está em condições de fornecer e que efectivamente fornece aos problemas sociais reais. Ela coloca-se ao serviço de uma construção alternativa ou antagonista dos problemas sociais ligados aos comportamentos socialmente negativos. (Cf. BARATTA, 1983, p. 152-153)

A análise teórica (crítica) destes mecanismos de criminalização negam o mito do direito penal igualitário – base da ideologia da defesa social, revelando exatamente o contrário, ou seja, o direito penal não cumpriu suas obrigações prometidas mas, de uma forma velada, cumpre as não declaradas. Diga-se, então, que as proposições deslegitimadoras do sistema são as seguintes, conforme Baratta (1999, p. 162):

- a) O Direito Penal não defende todos e somente os bens essenciais nos quais todos os cidadãos estão igualmente interessados e quando castiga as ofensas aos bens essenciais, o faz com intensidade desigual e de modo parcial ('fragmentário');
- b) A lei penal não é igual para todos. O status de criminal é desigualmente distribuído entre os indivíduos;
- c) O grau efetivo de tutela e da distribuição do status de criminal é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, pois estas não constituem as principais variáveis da reação criminalizadora e de sua intensidade.

Nesta perspectiva, partindo do pressuposto materialista, a Criminologia crítica pretende construir uma teoria económico-social do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização (Cf. BARATTA, 1999, p. 197).

Sob esta ótica da Criminologia crítica, a criminalidade se revela como um *status* atribuído a determinados indivíduos em virtude da selecção dos bens tutelados e dos comportamentos ofensivos previstos nos tipos penais, bem como a selecção dos indivíduos estigmatizados entre todos aqueles que realizam infrações penais. Assim, a criminalidade é "(...) um 'bem negativo', distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses, fixada no sistema sócio-económico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos (Cf. BARATTA, 1999, p. 161).

### 3.3 A teoria da seletividade

Diante dessa nova perspectiva criminológica, esboçaremos alguns lineamentos sobre a teoria da seletividade. Para tanto, observaremos os processos de criminalização, tanto primário quanto secundário, bem como o controle social na construção seletiva da criminalidade. A importância dessa teoria para a presente pesquisa é decisiva, uma vez que é a partir da seletividade, do etiquetamento e rotulação dos delinquentes, que se poderá dizer sobre a exacerbação da estigmatização do condenado quando houver a proibição da progressão de regime.

Muitos autores discutem, hoje, quais os critérios que devem ser utilizados para a elaboração de um tipo penal. Há o entendimento de que a lei deve ser alterada conforme a "necessidade" e as transformações culturais da sociedade. Mas se isto é verdadeiro, qual o real sentido das punições de determinadas condutas, já que estamos tratando de ações delituosas, pinçadas aleatoriamente, e carregadas com uma cruel ideologia?

Assim, há uma nebulosa razão para a consecução final da incriminação de determinadas condutas, pois não há, e com certeza nunca haverá - caso o sistema não mude - uma divulgação do verdadeiro motivo pelo qual aquele tipo de conduta foi rotulado como indevido pelo grupo social, mas que na maioria das vezes foi feito um prévio controle pelo próprio sistema dominante, por intermédio dos meios de comunicação.

Entretanto sempre se coloca como motivo determinante a necessidade de uma justiça mais célere, justa, evitando-se o descontrole da violência social. Conforme a Criminologia Positivista, os indivíduos que transgridem as normas formam uma categoria homogênea por haver realizado o mesmo fato desviante. Aniyar de Castro (1993, p. 99-100) afirma que esta categorização leva às seguintes conseqüências: 1) as pessoas catalogadas como desviantes não formam categoria homogênea de pessoas; 2) os atos não podem ser considerados verdadeiros, pois os processos de etiquetamento são falíveis; 3) o grupo dos desviantes não contém todos que transgrediram uma regra; 4) a única semelhança que possuem é a característica de serem classificados como tais; 5) o desvio é uma transação que

tem lugar entre o grupo social e a pessoa que é encarada por esse grupo como transgressor; 6) marginais são também os do grupo majoritário em relação a quem foi catalogado ou etiquetado.

Para que tudo isso aconteça é necessária a imposição de regras (imposição do poder político e econômico), já que os grupos, cuja posição social lhes proporciona armas e poder, estão melhor capacitados para impor o seu ponto de vista, ou seja, as regras (Cf. ANIYAR DE CASTRO, 1983, p. 101).

Interessante reflexão faz Aniyar de Castro (1983, p. 101):

Mas a existência de uma regra não garante, automaticamente, que vá ser imposta. Com efeito, múltiplos fatores, baseados essencialmente na atitude da audiência social (por isso se fala de uma criminologia da reação social), determinaram a imposição efetiva e portanto o apontamento ou etiquetamento daquele a quem a reação social seleciona.

Um exemplo serve para ilustrar. O artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal Brasileiro, no caso do roubo de um relógio em que a violência é realizada com uma arma de brinquedo, prevê uma pena de, no mínimo, cinco anos e quatro meses de reclusão, sem prejuízo da multa. Já no caso de homicídio culposo, previsto no artigo 121, § 3º, do Código Penal Brasileiro, o indivíduo é apenado com detenção de um ano, sem previsão de multa.

Independentemente das questões criminológicas até aqui apresentadas, sobre a possibilidade de se punir esta ou aquela conduta, é de se perceber que quantitativa e qualitativamente é superior a pena do crime patrimonial em relação ao crime contra a vida. Do ponto de vista ideológico, o crime patrimonial é, invariavelmente, cometido por pessoas pobres; e o crime de homicídio culposo – em grande parte relacionado a acidentes de trânsito – é cometido pela classe economicamente mais favorecida, que é aquela que tem acesso à propriedade de veículos.

Para Zaffaroni (1996, p. 268-270), “é o grau de vulnerabilidade ao sistema penal que decide a seleção e não o cometimento do injusto, porque há muitíssimos mais injustos penais iguais e piores que deixam o sistema penal indiferente”,

acrescentando ainda que "(...) uma pessoa se coloca em situação de vulnerabilidade quando o sistema penal a seleciona e a utiliza como instrumento para justificar seu próprio exercício de poder."

Ele classifica os níveis de vulnerabilidade conforme a probabilidade de ser selecionado pelo sistema e conforme a situação em que se colocou o sujeito. São dois os fatores a serem considerados: a) posição ou estado de vulnerabilidade, que é predominantemente social (condicionada socialmente) e, b) o esforço pessoal para a vulnerabilidade, que é predominantemente individual. O primeiro caso consiste no grau de risco ou de perigo que a pessoa corre só por pertencer a uma determinada classe ou grupo social, como também por se enquadrar em um estereótipo. O segundo caso consiste no grau de risco em que a pessoa se coloca em razão de um comportamento particular. Assim, a realização do "injusto" é parte do esforço para a recepção da vulnerabilidade, na medida em que o sujeito tenha decidido fazer com autonomia.

Zaffaroni (1996, p. 250) orienta que o princípio da legalidade, muitas vezes entendido como "tipo-garantia", não pode ter outro fundamento que a necessidade de limitar a violência seletiva do poder penal. Afirma, ainda, que a teoria do delito sofre problemas lingüísticos, conduzindo à ilusão de presumir que o sistema penal opera captando as ações típicas e antijurídicas, mecânica ou automaticamente. Afirma, ainda, o autor, que:

Este 'uso da linguagem' jurídica não pode levar-nos a perder de vista – em momento algum – que o sistema penal escolhe pessoas arbitrariamente e que os requisitos de tipicidade e antijuridicidade (sintetizados na categoria de "injusto penal") nada mais são que os requisitos mínimos que a agência judicial deve esforçar-se por responder a fim de permitir que o processo de criminalização, em curso, sobre a pessoa arbitrariamente selecionada, possa avançar.

Diante da expectativa da Criminologia Positivista de que a criminalidade é realizada por uma minoria de indivíduos, ditos 'socialmente perigosos', principalmente em virtude das anomalias físicas ou sociais, e possuir uma maior possibilidade de cometer crimes, é de se observar que muitas condutas não são consideradas criminosas.

Neste sentido, Hulsman (1996, p. 64-65) afirma que muitas situações que se enquadram nas definições da lei penal não entram na máquina. Este fenômeno foi chamado pelos criminólogos de “cifra negra da delinquência”, no momento em que lhes pareceu anormal que acontecimentos criminalizáveis não fossem efetivamente perseguidos, o que, depois de numerosas pesquisas, verificaram que o volume de fatos legalmente puníveis que o sistema ignora ou menospreza era muito grande.

Baratta (1991, p. 103) lembra que:

As pesquisas sobre cifra negra da criminalidade, ligadas a uma análise crítica do método e do valor das estatísticas criminais para o conhecimento objetivo do desvio em uma dada sociedade, não se referem, contudo, somente ao fenômeno da criminalidade do colarinho branco, porém, mais em geral, à real frequência e à distribuição do comportamento desviante penalmente perseguível, em uma dada sociedade. Essas pesquisas levaram a uma outra fundamental correção do conceito corrente de criminalidade: a criminalidade não é um comportamento de uma restrita minoria, como quer uma difundida concepção (e a ideologia da defesa social a ela vinculada), mas, ao contrário, o comportamento de largos estratos ou mesmo da maioria dos membros de nossa sociedade.

Importante observar que a própria legalidade não é respeitada nem mesmo no âmbito do sistema penal formal, uma vez que a estrutura do sistema penal programa um número elevado de hipóteses que, concretamente, se torna impossível a sua aplicabilidade, sob pena de criminalizar todos os indivíduos. Assim, o sistema penal pretende dispor de um poder que não possui, ocultando o verdadeiro poder que exerce; além disso, se realmente cumprisse o programado, provocaria o caos social, chegando a criminalizar toda a população várias vezes (Cf. ZAFFARONI, 1991, p. 26).

Afirma Zaffaroni (1991, p. 27) que diante da absurda suposição torna-se óbvio que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva, dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis.

Esta seleção é produto de um exercício de poder que se encontra, igualmente em mãos dos órgãos executivos, de modo que também no sistema penal “formal” a incidência seletiva dos órgãos legislativo e judicial é mínima. Os órgãos legislativos, inflacionando as tipificações, não fazem mais do que aumentar o arbítrio seletivo dos órgãos executivos do sistema penal e seus pretextos para o exercício de um maior poder controlador.

A criminalidade trazida pelas estatísticas oficiais não pode ser levada a sério, no sentido de se querer perceber fidedignamente os verdadeiros fatos delituosos, em virtude da seletiva distribuição de condutas criminalizáveis, uma vez que o sistema é incapaz de operacionalizar e atuar em todas as condutas ditas criminalizáveis (o que se denomina “seletividade quantitativa”), bem como da especificidade da infração e as conotações sociais dos autores e das vítimas<sup>7</sup> (“seletividade qualitativa”), que é recriadora de cifras negras ao longo do processo de criminalização (Cf. ANDRADE, 1997, p. 265-266).

Andrade (1997, p. 263) adverte ainda que “(...) o ‘efeito funil’ ou a ‘mortalidade de casos criminais’ operada ao longo do corredor da delinqüência, isto é, no interior do sistema penal, resulta da ampla margem de discricionariedade seletiva dos agentes do controle”.

Segundo Aniyar de Castro (1983, p. 103), esse processo de criminalização pode ser realizado em três diferentes direções: a) a criminalização de condutas, mediante a criação de normas penais, ou seja, o ato ou conjunto de atos direcionados a alterar uma conduta lícita, em ilícita, mediante a criação de lei; b) a criminalização de indivíduos, que opera no terreno repressivo institucional concreto, e que consiste no procedimento que leva a marcar determinadas pessoas, em vez de outras, como delinqüentes; e, finalmente, c) a criminalização do desviante, com a finalidade de perpetuação do papel de delinqüente, mediante a imposição de rótulos e a amplificação do desvio, através de um processo psicológico e social, provocando a formação das carreiras criminais.

---

<sup>7</sup> Hulsman (1993, p. 65, nota de rodapé) diz que “Na França, o Parquet, juiz da oportunidade do processo, elimina, segundo Ph. Robert e Cl. Faugeron, dois terços da matéria prima que lhe é submetida. Pesquisas sobre o poder discricionário dos agentes encarregados de introduzir os fatos no sistema mostram que, nos diferentes níveis de seleção, operam toda sorte de critérios que nada têm a ver com os princípios legais: por exemplo, uma matéria pode ou não ser apreciada, dependendo do grau de acumulação de expedientes do tribunal em questão...”. Sobre o conceito de seletividade quantitativa e qualitativa, ver Andrade (1997, pp. 263-267).

Dias e Andrade (1992, p. 447, nota de rodapé nº 7) afirmam que “Investigações empíricas feitas na Alemanha Federal revelaram, por exemplo, que cerca de 85% a 95% dos casos conhecidos pela polícia ficaram a dever-se a denúncia: cfr., com desenvolvimento, J. Kürzinger, (n. 1), pág. 15 e segs. Fontes da nossa Polícia Judiciária por nós contactadas emitiram unanimemente a opinião de que, em Portugal, a percentagem seria porventura ainda superior à apurada na Alemanha Federal.”

É de se notar, pois, que o próprio sistema escolhe e seleciona quem são os receptores das normas, ou seja, a quem se destina a imputação da conduta desviada, isto é, os delinquentes e, conseqüentemente, os que serão punidos. A constatação se dá em diversas instâncias, ou seja, na instância parlamentar, na instância policial, na instância judicial, etc.

Dias e Andrade (1992, p. 386-389) afirmam que são dois os mecanismos de seleção: a) o poder relativo dos sujeitos potenciais do processo formal de controle, caracterizado pela participação de pessoas em grupos de pressão, destinados a manipular o conteúdo e a direção da própria lei, como é o caso dos crimes de colarinho branco; e b) os estereótipos, os quais em sua coerência intrínseca ajudam a explicar que as instâncias formais de resposta – de controle e tratamento – recrutem seus clientes entre os que exibem determinados estigmas. Deste modo, o estereótipo surge como mecanismo de seleção e reprodução, funcionando como estabilizador entre a sociedade e os seus criminosos. Neste aspecto, percebe-se a quem é dirigida a composição da norma e do tipo penal, ou seja, o tipo penal já é redigido direcionado a determinada classe ou grupo social<sup>8</sup>, tanto no preceito primário (definição da conduta incriminadora), quanto no secundário (cominação da espécie e quantidade de pena)

Em outra instância – agora a instância policial – há uma outra seleção, uma verdadeira escolha do culpado, ou seja, daquele ou daqueles que transgrediram ou não a norma – de acordo com a situação social, financeira e muitas vezes racial – bem como na escolha dos fatos e condutas que serão feitos os inquéritos policiais e a quem será destinada a algema, a investigação, a prisão, num/verdadeiro desrespeito ao ser humano e aos princípios individuais de liberdade.

Na instância judicial, a realidade é ainda mais cruel. O indivíduo chega na porta do Fórum “já condenado”, não pela sentença do magistrado, mas pelo olhar

---

<sup>8</sup> CASTILHO (1996, p. 10, nota de rodapé), citando Fernando Badia (1976, p. 95) e Santos (1991, p. 41), diz que o primeiro define operativamente grupo social como “uma pluralidade de pessoas em situação estável, uniforme e formal (às vezes institucionalizada, em sentido sociológico), de interação ativa ou potencial, que se cristaliza em um sistema de valores interiorizados, e por isso mesmo, compartilhados, e se traduz em atitudes e comportamentos comuns” e o segundo conceitua classe social como “os agregados básicos de indivíduos numa sociedade, os quais se opõe entre si pelo papel que desempenham no processo produtivo, do ponto de vista das relações que estabelecem

indiscreto dos curiosos cidadãos, que o vêem com o estigmatizante rótulo de criminoso. Algemado, o indivíduo é conduzido ao juiz que, procurando desvendar a verdade dos fatos, o interroga, num ritual, muitas vezes, parcial.

A seleção é um fato inquestionável, ou seja, a seletividade como característica do controle jurídico-penal é ainda ressaltada em enfoques teóricos diferenciados, como o de Foucault (1977, p. 248), que fala da justiça penal como “(...) instrumento para controle diferencial das ilegalidades...” e o de Cohen (1988, p. 134 e 135), que desenvolve o “princípio da oposição binária” (bom-mau, escolhido-condenado, rebelde-dócil, tratável-intratável, etc.), princípio estrutural do sistema de controle.

Assim:

Quando a investigação criminológica se desloca do criminoso e do seu meio para aquelas pessoas ou instituições que definem o criminoso, o objeto fundamental de análise são os mecanismos e o funcionamento do controle social, ou seja, os processos de criminalização primária e secundária, que se constituem em processos sucessivos de definição e seleção.

São processos de dupla face. Se, de um lado constróem a criminalidade, por outro desenham o mapa da impunidade. Ao mesmo tempo em que alguns são criminalizados, outros são imunizados<sup>9</sup>. Alguns são incluídos, outros são excluídos.

A criminalização primária se faz através da produção de normas penais. O espaço maior dessa produção é o Poder Legislativo, ao lado das outras fontes normativas formais admitidas pela Dogmática Jurídica, para complementação das normas penais em branco.

As normas penais traduzem uma anterior seleção dos bens a serem tutelados e dos comportamentos ofensivos a esses bens. Por sua vez, a seleção é feita de acordo com uma pauta, um sistema de valores. O Código Penal Brasileiro, por exemplo, reflete sobretudo o universo moral próprio da cultura burguesa-individualista, que privilegia a proteção do patrimônio privado e a repressão das condutas desviadas típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados. (CASTILHO, 1996, p. 25)

Tanto os indivíduos portadores de um estigma criminal, como aquele situado no estereótipo do criminoso, são facilmente selecionados pelo sistema penal, o que demonstra que a estigmatização e a estereotipação do criminoso torna-o mais vulnerável a esta seletividade (Cf. BISSOLI FILHO, 1998, p. 201).

---

entre si na organização do trabalho e quanto à propriedade”.

<sup>9</sup> Utiliza-se a expressão “imunidade” para as situações que não são objeto de criminalização primária e “impunidade” para aquelas que, previstas na lei em abstrato, não são alcançadas pela

O funcionamento da justiça penal é altamente seletivo, pois as diversas agências de controle penal não representam, nem mesmo tutelam, os interesses comuns, senão aqueles de uma minoria dominante e socialmente privilegiada.

Na verdade, a seleção feita pelo sistema é realizada por meio da eleição de candidatos à criminalização, em que se desencadeia o processo de sua criminalização, submetendo-o (o candidato) ao poder judicial. Tal seleção é feita em função da pessoa, ou seja, o bom candidato é escolhido a partir de um estereótipo, entretanto, no dizer de Zaffaroni (1996, p. 246),

(...) à agência judicial só é permitido intervir racionalmente para limitar essa violência seletiva e física, segundo certo critério objetivo próprio e diverso do que rege a ação seletiva do restante exercício do poder do sistema penal, pois, do contrário, não se justificaria a sua intervenção e nem sequer a sua existência (somente se 'explicaria' funcionalmente).

Os criminalizados e estigmatizados pelo sistema não encontram outra justificativa em sua criminalização, senão pelo fundamento de que a seletividade legalizada do sistema penal, amparada pelo senso comum e operadores jurídicos (entenda-se neste sentido desde a família, meios de comunicação, igreja, escola, passando pelas agências de controle como a polícia, varas criminais, etc., bem como pelo legislativo) haviam chegado até ele, fazendo da criminalidade não só como uma realidade socialmente construída, mas realizada de forma seletiva e desigual pelo controle social (Cf. ANDRADE, 1997 p. 184).

O pensamento dominante é no sentido de que a lei não pode deixar de incriminar determinadas condutas, sob pena de surgir o caos e, novamente, termos que pregar a violência individual para evitar a violência social. Para tanto seria necessário um código exaustivo e explícito, que defina os crimes, fixando penas que estão previamente destinadas a uma determinada classe social, não porque tenham uma maior tendência a cometer delitos, mas porque há uma maior possibilidade de que estas pessoas sejam criminalizadas pelo sistema.

O que ocorre no entanto é que o Direito Penal é essencialmente seletivo e dentro de uma perspectiva crítica, a criminalização ocorre tanto do ponto de vista dos bens tutelados, quanto dos sujeitos envolvidos.

Nesse sentido, Baratta (1983 a, p. 740-741) afirma que criminoso é, na opinião pública, quem está sujeito a sanções estigmatizantes, isto é, na prática, quem esteve ou está fazendo parte da população carcerária. Isto significa dizer que há uma maior chance de um sujeito sofrer sanções estigmatizantes por meio do cárcere se ele pertencer a uma classe social mais baixa.

Surge, neste instante, a importância de se perceber que a função realizada pela prisão é, ao produzir a referida desigualdade, fomentando a constituição e manutenção estrutural da escala vertical da sociedade, criar os sujeitos desta relação.

Isto parece claro se se considera a relação capitalista de desigualdade, sobretudo como relação de subordinação, ligada estruturalmente à separação entre propriedade da força de trabalho e dos meios de produção e, de outro lado, à disciplina, ao controle total do indivíduo requerido pelo regime de trabalho na fábrica e, ademais, pela estrutura de poder que assumiu o modelo da fábrica (Cf. BARATTA, 1993 a, p. 741).<sup>10</sup>

Diante do modo de produção capitalista e a "fabricação" de indivíduos desiguais, há hoje um recrutamento de indivíduos marginalizados pelo sistema penal com alguns propósitos determinados dentro ou fora da lógica do mercado de trabalho, ou seja, na exploração de mão-de-obra barata e na atividade ilegal (drogas, por exemplo).

Conforme Baratta (1983 a, p. 743), o cárcere representa a consagração definitiva de uma carreira criminal e, muito mais do que isso, a resposta de uma sociedade honesta a uma minoria criminosa; é o instrumento essencial para a criação da população criminosa, recrutada quase exclusivamente das classes mais baixas da sociedade.

---

<sup>10</sup> Tradução livre do autor da dissertação: "Esto aparece claro si se considera la relación capitalista de desigualdad, sobretudo como relación de subordinación, ligada estructuralmente a la separación de la propiedad de la fuerza de trabajo de la de los medios de producción, y de otra parte, a la disciplina, al control total del individuo requerido por el régimen de trabajo en la fábrica y más de la estructura de poder, en una sociedad que ha asumido el modelo de la fábrica."

Baratta (1987, p. 626) diz que o sistema punitivo se apresenta não como uma violência inútil, senão como violência útil do ponto de vista da reprodução do sistema social existente e, portanto, do interesse dos detentores do poder, com a finalidade de manutenção das relações de produção e distribuição desigual de recursos.

De maneira inversa podemos entender o verdadeiro e ideológico papel das prisões, ou seja, podemos perfeitamente perceber que o sistema penal funciona a partir do momento em que não cumpre as suas determinações, pois a estrutura organizacional e o modo de funcionamento do sistema punitivo é absolutamente inadequado para desenvolver as funções declaradas pela ideologia da defesa social e utilitárias da pena (Cf. BARATTA, 1987, p. 625)

Foucault (1987, p. 244) explica que:

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, tipo especificado, forma política ou economicamente menos perigosa - talvez até utilizável - de ilegalidade; produzir delinqüentes, meio aparentemente marginalizado mas centralmente controlado; produzir delinqüente como sujeito patologizado. O sucesso da prisão: nas lutas em torno da lei e das ilegalidades, especificar uma 'delinqüência'. (...) esse processo de constituição da delinqüência-objeto se une à operação política que dissocia as ilegalidades e delas isola a delinqüência. A prisão é o elo desses dois mecanismos; permite-lhes se reforçarem perpetuamente um ao outro, objetivar a delinqüência por trás da infração, consolidar a delinqüência no movimento das ilegalidades.

Baratta (1987, p. 624) afirma que a pena, em suas manifestações mais drásticas, que tem por objeto a liberdade pessoal e a incolumidade física dos indivíduos, é violência institucional, isto é, limitação de direitos e repressão de necessidades reais fundamentais dos indivíduos mediante aceitação legal ou ilegal dos funcionários do poder legítimo ou do poder de fato de uma sociedade.

Para alcançar o melhor caminho, são dispostas penas que restringem direitos do cidadão (pena privativa de liberdade, restritiva de direitos e pecuniária), de forma a, genericamente, valorar condutas impondo sanções cada vez mais graves, quanto mais importante for o bem jurídico tutelado, escalonando, hierarquicamente, as já referidas condutas, mensurando-as, proporcionalmente, por meio das penas.

Segundo Baratta (1997, p. 625)

O funcionamento da justiça penal é altamente seletivo, seja no que respeita à proteção outorgada aos bens e interesses, ou bem no que concerne ao processo de criminalização e ao recrutamento da clientela do sistema.<sup>11</sup>

É neste sentido que o indivíduo ao ingressar na prisão, previamente selecionado pelo sistema penal, torna-se mais vulnerável aos efeitos da estigmatização, diminuindo ou, muitas vezes, impossibilitando seu retorno ao convívio social. Assim, faz-se necessário uma breve análise sobre a teoria dos estigmas.

#### 4. A TEORIA DOS ESTIGMAS E AS INSTITUIÇÕES TOTAIS

##### 4.1 A teoria dos estigmas de Erving Goffman

Os estigmas criados no indivíduo, principalmente pela ação da prisão, marcam-no de forma tão grave e constante, que o mesmo é perseguido incessantemente. É importante, pois, estudarmos os estigmas e como eles se fazem sentir de maneira mais intensa nas pessoas.

O estigma, termo de origem grega que significa “o sinal” (marca) que identifica determinada pessoa, estabelece, para a presente pesquisa, uma relação interna muito grande com o processo de criminalização, uma vez que o portador de um estigma criminal, seja ele a efetiva condenação ou qualquer outro contato com o sistema penal (polícia, outro processo criminal, imprensa, etc.), aumenta sua vulnerabilidade e a possibilidade de se tornar um cliente criminalizável pelo sistema.

Assim, serão mais fortemente sentidos os efeitos da estigmatização quando não for possível a aplicação do dispositivo legal que dê direitos ou permita uma interpretação mais benéfica ao estigmatizado, pois estes e os detentores do

---

<sup>11</sup> Tradução livre do autor da dissertação: “El funcionamiento de la justicia penal es altamente selectivo, ya sea en lo que respecta a la protección otorgada a los bienes y los intereses, o bien en lo

estereótipo criminoso são os destinatários do discurso falacioso da necessidade da existência do sistema penal.

O sentimento de culpa interior que às vezes se invoca para justificar o sistema penal - o autor de um crime teria necessidade do castigo - nada tem a ver com a existência de tal sistema. Não se trata de negar que os homens possam experimentar uma profunda perturbação a propósito de alguns de seus atos ou comportamentos. Mas, é preciso afirmar com toda a convicção que não é a existência ou a inexistência do sistema penal que provoca tal sentimento, tanto quanto não é este sistema que poderá dar àquele que sofre, com sua consciência, a transformação interior de que possa necessitar. Nossas experiências profundas nada têm a ver com o sistema penal.

Ao contrário, é preciso denunciar as culpabilizações artificiais que este sistema produz. Em inúmeros casos, a experiência do processo e do encarceramento produz nos condenados um estigma que pode se tornar profundo. Há estudos científicos, sérios e reiterados, mostrando que as definições legais e a rejeição social por elas produzida podem determinar a percepção do eu como realmente "desviante" e, assim, levar algumas pessoas a viver conforme esta imagem, marginalmente.

Nos vemos de novo diante da constatação de que o sistema penal cria o delinqüente, mas, agora, num nível muito mais inquietante e grave: o nível da interiorização pela pessoa atingida do etiquetamento legal e social. (Cf. HULSMAN, 1993, p. 69)

No entendimento de Goffman (1982, p. 11) é a própria sociedade que estabelece os meios de categorizar as pessoas e dar-lhes o atributo considerado comum e normal. Importante observar, no entanto, que o estereótipo de um indivíduo está ligado diretamente àquele juízo de valor que lhe foi dado, marca ou sinal: o estigma. Destaca-se, assim, a relação (interface) entre as exigências que efetivamente são feitas e o caráter que se imputa ao indivíduo pelo seu retrospecto em potencial, quando se cria uma realidade social virtual com a categoria e os atributos que o indivíduo, na realidade, prova possuir, ou seja, a sua identidade social real.

Podem surgir evidências de que um indivíduo tenha um atributo que o torna diferente de outros que se encontram numa categoria em que pudesse ser incluído – podendo ser até uma categoria menos desejável, ou seja, uma pessoa má, perigosa ou fraca – identificando-a como uma pessoa diferente, caracterizando-o como um indivíduo estragado ou diminuído. Goffman (1982, p. 12) explica que isto acontece “especialmente quando o seu efeito de descrédito é muito grande — algumas vezes ele também é considerado um defeito, uma fraqueza, uma desvantagem — e

---

que conciérnela proceso de criminalización y al reclutamiento de la clientela del sistema.”

constitui uma discrepância específica entre a identidade social virtual e a identidade social real."

Há outros tipos de discrepância entre a identidade social real e a identidade social (imaginária ou virtual), que nos leva a reclassificar um indivíduo, colocando-o numa categoria diferente, alterando positivamente a nossa avaliação. Em nosso caso, o termo estigma será usado em referência a um atributo profundamente depreciativo.

Nesse sentido, para Goffman (1982, p. 13):

Um estigma é, então, na realidade, um tipo especial de relação entre atributo e estereótipo, embora eu proponha a modificação desse conceito, em parte porque há importantes atributos que em quase toda a nossa sociedade levam ao descrédito.

Goffman (1982, p. 14) identifica três tipos de estigmas. O primeiro, são as abominações do corpo; o segundo, as culpas de caráter individual, percebidas como vontade fraca, paixões tirânicas ou não naturais, crenças falsas e rígidas, desonestidade, sendo essas inferidas a partir de relatos conhecidos de, por exemplo, distúrbio mental, prisão, vício, alcoolismo, homossexualismo, desemprego, tentativas de suicídio e comportamento político radical; e finalmente, o terceiro, são os estigmas tribais de raça, nação e religião, que podem ser transmitidos através de linhagem e contaminar, por igual, todos os membros de uma família.

Sobre a teoria dos estigmas, Goffman diz que o indivíduo estigmatizado, quando se relaciona consigo mesmo, poderá: a) procurar, ele mesmo, corrigir o que considera a base objetiva de seu defeito; b) dedicar-se ao domínio de áreas de atividade consideradas fechadas aos possuidores de defeitos semelhantes aos seus, com a finalidade de corrigir sua condição de forma indireta; c) poderá ver suas privações como uma bênção secreta; d) poderá reafirmar as limitações dos normais, identificando que esses também possuem defeitos; e, finalmente e) poderá, diante de seu atributo vergonhoso, romper com aquilo que é chamado de realidade, e tentar, obstinadamente, empregar uma interpretação não convencional do caráter de sua identidade social. Nesse último aspecto, o indivíduo estigmatizado usa o seu

'defeito' para ganhos secundários, como desculpas pelo fracasso a que chegou por outras razões.

Outra importante explicação está no sentimento do estigmatizado ao manter contato com indivíduos ditos "normais", quando estes e aquele sentem de maneira mais intensa os efeitos da estigmatização. Segundo ele, o estigmatizado pode se sentir inseguro em relação à maneira como o "normal" o identifica e o recebe, ou ainda, pode acontecer que o indivíduo estigmatizado sinta que está em exibição e leve sua autoconsciência e controle sobre a impressão que está causando a extremos e áreas de conduta que supõe que os demais não alcançam. É possível, quando o defeito da pessoa estigmatizada é aparente, visualmente, o estigmatizado sentir-se invadido em sua privacidade, e que este, ao tentar contato com pessoas "normais", o faz com agressividade, provocando nos outros uma série de respostas desagradáveis (Cf. GOFFMAN, 1982, p. 27).

Quando o estigma é perceptível ou visível, a situação constrangedora se caracteriza, tanto para os "normais" quanto para os estigmatizados, uma vez empregadas categorizações inadequadas a este.

Conforme já evidenciado no início desse título, pode haver diferenças entre a realidade social-virtual (identidade virtual) e a identidade social-real do indivíduo. Assim, quando essas diferenças são evidentes (conhecidas ou manifestas) a consequência é o seu afastamento da sociedade e de si mesmo, tornando-se uma pessoa desacreditada frente ao mundo, o que vem contribuir para que se estrague sua identidade social. Quando isto acontece os membros de uma categoria de estigma particular tendem a reunir-se em pequenos grupos sociais cujos membros derivam todos da mesma categoria, estando esses próprios grupos sujeitos a uma organização que engloba em maior ou menor medida. (Cf. GOFFMAN, 1982, p. 32)

Nesse sentido, o estigmatizado se relaciona com os seus iguais (os quais compartilham do mesmo estigma), e aos poucos vai sendo transformado naquilo que o seu próprio estigma determina, pois entre os iguais, o indivíduo estigmatizado pode utilizar sua desvantagem como uma base para organizar sua vida, mas para

tanto deve-se resignar-se a viver num mundo incompleto. (Cf. GOFFMAN, 1982, p. 29-30)

Em termos sociológicos é importante definir que o estigma, seja ele aparente ou não, representa um conteúdo que pode afastar o indivíduo estigmatizado de suas relações sociais, bem como lhe serem esquecidos outros atributos que possui. Os estigmas estão diretamente ligados à seletividade do sistema penal; uma vez que há um sensível aumento da vulnerabilidade do indivíduo estigmatizado. Isso acontece quando há uma discrepância muito grande entre a identidade virtual e a identidade real do indivíduo. Essa contradição interna entre as duas identidades tem como efeito afastar o indivíduo da sociedade e de si mesmo.

É de se notar que a discrepância entre as identidades virtual e real é tanto maior quanto maior for o conteúdo das informações, mais ou menos existentes sobre o indivíduo e a sua relação com os normais, o que irá determinar a sua identidade social. Essas informações sobre a identidade do indivíduo, “assim como o signo que as transmite, é reflexiva e corporificada, ou seja, é transmitida pela própria pessoa a quem se refere, através da expressão corporal na presença imediata daqueles que a recebem” (Cf. GOFFMAN, 1982, p. 53).

Goffman identifica as informações sociais pelos signos que as transmitem, os quais são chamados de símbolos. O símbolo pode significar uma confirmação ou complemento da imagem que se tem do indivíduo ou mesmo uma pretensão especial a prestígio, honra ou posição de classe desejável, o qual é denominado “símbolo de prestígio”. Podem também existir o “símbolo de estigma”, o qual desperta a atenção sobre uma degradante discrepância de identidade do indivíduo com a conseqüente redução da valorização do indivíduo. Finalmente há o símbolo desidentificador, o qual “tende – real ou ilusoriamente – a quebrar uma imagem, de outra forma coerente, mas nesse caso numa direção positiva desejada pelo ator, buscando não só estabelecer uma nova pretensão, mas lançar sérias dúvidas sobre a validade da identidade virtual” (Cf. GOFFMAN, 1982, p. 54).

É de se considerar a existência de alguns signos que representam algo superficial, como é o caso das marcas no pulso, as quais revelam que um indivíduo

tentou o suicídio, as marcas no braço do viciado em drogas, ou ainda os punhos algemados dos prisioneiros em trânsito (Cf. GOFFMAN, 1982, p. 55). Para Goffman há vários signos que transmitem informações sociais, mas que podem ser alterados conforme sua necessidade e importância. Podem variar por serem ou não congênitos e desses – aqueles que não são congênitos – variam em permanentes ou não. Estes últimos – os não congênitos e não permanentes – podem ou não serem empregados contra a vontade do indivíduo.

Revela-se muito importante a relação de fato que pode existir entre uma pessoa e outra e uma pessoa e um local, pois em determinadas situações a identidade social dos que acompanham o indivíduo estigmatizado pode ser usada como fonte de informação sobre a sua própria identidade social, supondo-se que ele é o que os outros são. Para tanto, Goffman cita o exemplo do círculo de criminoso, em que uma pessoa com ordem de prisão pode contaminar legalmente qualquer um que seja visto em sua companhia, expondo-o à prisão como suspeito (1982, p. 58)<sup>12</sup>.

Além da identidade social, é importante entender, pela teoria de Goffman, o conceito de identidade pessoal, “pois todo o problema da manipulação do estigma é influenciado pelo fato de conhecermos, ou não, pessoalmente o indivíduo estigmatizado (Cf. GOFFMAN, 1982, p. 65).

Neste sentido GOFFMAN (1982, p. 67) afirma que:

A identidade pessoal, então, está relacionada com a pressuposição de que ele pode ser diferenciado de todos os outros e que, em torno desses meios de diferenciação, podem-se apegar e entrelaçar, como açúcar cristalizado, criando uma história contínua e única de fatos sociais que se torna, então, a substância pegajosa à qual vêm-se agregar outros fatos biográficos. O que é difícil de perceber é que a identidade pessoal pode desempenhar, e desempenha, um papel estruturado, rotineiro e padronizado na organização social justamente devido à sua unicidade.

---

<sup>12</sup> Um exemplo claro na legislação brasileira sobre a estigmatização pela companhia, é o que acontece no que está previsto no caput do artigo 37, da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976 (Lei de Tóxicos). Diz o referido artigo: “Para efeito de caracterização dos crimes definidos nesta lei a autoridade atenderá à natureza e a quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, às circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.”

Acredita-se, pois, que cada indivíduo seja único e que esta idéia de unicidade do indivíduo esteja relacionada, em primeiro lugar, à imagem do indivíduo na mente das outras pessoas e, em segundo lugar, ao conjunto do total de fatos que estejam relacionados aos indivíduos e que não se encontram combinados em nenhuma outra pessoa no mundo (Cf. GOFFMAN, 1982, p. 67).

Neste sentido Goffman explica, assim, que o conceito de identidade social permite considerar a estigmatização e o conceito de identidade pessoal permite considerar o papel do controle de informação na manipulação do estigma, ou seja, “a idéia de identidade do eu nos permite considerar o que o indivíduo pode experimentar a respeito do estigma e sua manipulação e nos leva a dar atenção especial à informação que ele recebe quanto a essas questões (1982, p. 117).

Conclui Goffman (1982, pp. 149-150) que:

A estigmatização daqueles que têm maus antecedentes morais pode, nitidamente, funcionar como um meio de controle social formal; a estigmatização de membros de certos grupos raciais, religiosos ou étnicos tem funcionado, aparentemente, como um meio de afastar essas minorias de diversas vias de competição; e a desvalorização daqueles que têm desfigurações físicas pode, talvez, ser interpretada como uma contribuição à necessidade de restrição à escolha do par.

#### 4.2 A prisão como instituição total

De um modo geral as instituições sociais possuem mecanismos de interação entre seus participantes, em que se conquista, gradualmente, o tempo e o interesse dos mesmos. Erving Goffman, em sua obra *Manicômios, Prisões e Conventos*, dá as características gerais de instituições sociais, em especial as chamadas “instituições totais”, as quais são tipicamente identificadas como instituições fechadas que, simbolicamente, são categorizadas pela barreira à relação social com o mundo externo e por proibições à saída.

Segundo Goffman (1999, p. 16-17), as instituições totais podem ser criadas para: a) cuidar de pessoas que, segundo se pensa, são incapazes e inofensivas, b) cuidar de pessoas consideradas incapazes de cuidar de si mesmas e que são

também uma ameaça à comunidade, embora de maneira não intencional (como os sanatórios para doentes mentais), c) proteger a comunidade contra perigos intencionais (como as cadeias, penitenciárias), d) realizar de modo mais adequado alguma tarefa de trabalho, e que se justificam apenas por meio de fundamentos instrumentais (como os quartéis, escolas internas), e) servir de refúgio do mundo, embora muitas vezes sirvam também como locais de instrução para os religiosos (como abadias, mosteiros, conventos e outros claustros).

Para caracterizar e entender o funcionamento de uma instituição total é necessário compreender primeiramente que o indivíduo não participante de uma instituição total tende a dormir, brincar e trabalhar em diferentes lugares, com diferentes co-participantes, sob diferentes autoridades e sem um plano racional geral, ou seja, vive com uma relativa liberdade.

Entretanto, nas instituições totais há uma ruptura dessa liberdade, pois, como afirma Goffman (1999, p. 17-18), todos os aspectos da vida são realizados no mesmo local e sob uma única autoridade. Cada fase da atividade diária do participante é realizada na companhia imediata de um grupo relativamente grande de outras pessoas, todas elas tratadas da mesma forma e obrigadas a fazer as mesmas coisas em conjunto. As atividades diárias são rigorosamente estabelecidas em horários, pois uma atividade leva, em tempo predeterminado, à seguinte e toda a seqüência de atividades é imposta de cima, por um sistema de regras formais explícitas a um grupo de funcionários e finalmente, as várias atividades obrigatórias são reunidas num plano racional único, supostamente planejado para atender aos objetivos oficiais da instituição.

Em decorrência dessa característica básica de todas as instituições totais, qual seja, o severo controle das muitas necessidades humanas, Goffman (1999, p. 18-21) aponta algumas implicações e motivações, tais como:

a) quando as pessoas se movimentam em conjuntos podem ser supervisionadas por um pessoal cuja atividade principal não é orientação ou inspeção periódica, mas vigilância;

b) há uma divisão entre o grande grupo dos internados, e uma pequena equipe de supervisão. Geralmente, os internados vivem na instituição e a equipe dirigente está integrada no mundo externo;

c) cada agrupamento tende a conceber o outro através de estereótipos limitados e hostis – a equipe dirigente muitas vezes vê os internados como amargos, reservados e não merecedores de confiança; os internados muitas vezes vêem os dirigentes como condescendentes, arbitrários e mesquinhos.

d) Os participantes da equipe dirigente tendem a se sentir superiores e corretos; os internados tendem, pelo menos sob alguns aspectos, a se sentir inferiores, fracos, censuráveis e culpados.

e) a mobilidade social entre os dois estratos é grosseiramente limitada; geralmente há uma grande distância social e esta é freqüentemente prescrita;

f) há também restrições à transmissão de informações, sobretudo informação quanto aos planos dos dirigentes para os internados, dando à equipe dirigente uma base específica de distância e controle com relação aos internados.

Diante dessas observações, todas essas restrições colaboram para conservar estereótipos antagônicos, desenvolvendo-se dois mundos sociais e culturais diferentes, que caminham juntos com pontos de contato oficial, mas com pouca interpenetração. Importa a consequência no que se refere ao trabalho. Na sociedade a autoridade local de trabalho não tem qualquer tipo de interferência na utilização do pagamento pelo trabalhador.

Entretanto, segundo Goffman (1999, p. 21),

(...) os internados de instituições totais têm todo o dia determinado, para eles equivale a dizer que todas as suas necessidades essenciais precisam ser planejadas. Portanto, qualquer que seja o incentivo dado ao trabalho, esse incentivo não terá a significação estrutural que tem no mundo externo. Haverá diferentes motivos para o trabalho e diferentes atitudes com relação a ele. Este é um ajustamento básico exigido dos internados e dos que precisam levá-los a trabalhar.

Outra incompatibilidade com o trabalho nas instituições totais é o fato de que, por vezes, é exigido tão pouco trabalho que os internados, freqüentemente, pouco instruídos para atividades de lazer, sofrem extraordinário aborrecimento. O trabalho

exigido pode ser realizado em ritmo muito lento e pode estar ligado a um sistema de pagamentos secundários (prêmios) ou até mesmo por ameaça de castigo físico.

Em algumas instituições, existe uma espécie de escravidão, e o tempo integral do internado é colocado à disposição da equipe dirigente; neste caso, o sentido do “eu” e de posse do internado pode torná-lo alienado em sua capacidade de trabalho. Conforme Goffman (1999, p. 21) “haja muito ou pouco trabalho, o indivíduo que no mundo externo estava orientado para o trabalho tende a tornar-se desmoralizado pelo sistema de trabalho da instituição total”.

Por fim, mais uma incompatibilidade das instituições totais com a sociedade externa é com relação à família, pois a vida familiar é, às vezes, contrastada com a vida solitária. Na realidade, um contraste mais adequado poderia ser feito com a vida em grupo, pois aqueles que comem e dormem no trabalho, com um grupo de companheiros de serviço, dificilmente podem manter uma existência doméstica significativa. Inversamente, o fato de manter as famílias fora das instituições sociais muitas vezes permite que os membros das equipes dirigentes continuem integrados na comunidade externa e escapem da tendência dominadora da instituição total. (Cf. GOFFMAN, 1999, p 22)

Independentemente do fato de determinada instituição total agir como força boa ou má na sociedade civil, certamente terá força, e esta depende em parte da supressão de um círculo completo de lares reais ou potenciais. Inversamente, a formação de lares dá uma garantia estrutural de que as instituições totais não deixarão de enfrentar resistências. A incompatibilidade entre essas duas formas de organização social deve esclarecer algo a respeito das funções sociais mais amplas de ambas. (Cf. GOFFMAN, 1999, p. 22)

É importante salientar que o internado, ao chegar na instituição, traz consigo uma bagagem cultural, denominada “cultura aparente”, derivada de um “mundo da família”, ou seja, um conjunto de experiência acumulada que confirmava uma concepção tolerável do “eu” e permitia um conjunto de formas de defesa, exercidas de acordo com sua vontade, para enfrentar conflitos, dúvidas e fracassos. Entretanto, se as instituições totais não substituem algo já formado pela sua cultura específica, estamos diante de algo mais limitado do que aculturação ou assimilação. Se ocorre mudança cultural, talvez se refira ao afastamento de algumas

oportunidades de comportamento e ao fracasso para acompanhar mudanças sociais recentes no mundo externo. Por isso, se a estada do internado é muito longa, pode ocorrer, caso ele volte para o mundo exterior, o "desculturamento" que o torna, temporariamente, incapaz de enfrentar alguns aspectos de sua vida diária. (Cf. GOFFMAN, 1999, p. 23)

Assim, as instituições totais mantêm viva a diferenciação entre o mundo institucional e o mundo externo, fomentando uma constante tensão como mecanismo de controle dos homens, pois desde o ingresso o internado é submetido a um despojamento de seu mundo doméstico, iniciando em seu "eu" uma progressiva mortificação, através de processos relativamente padronizados nas instituições totais.

Goffman (1999, p. 24-25) cita que a barreira que as instituições totais colocam entre o internado e o mundo externo assinala a primeira mutilação do "eu". Em muitas instituições totais, inicialmente se proíbem as visitas vindas de fora e as saídas do estabelecimento, o que assegura uma ruptura inicial profunda com os papéis anteriores e uma avaliação da perda do papel. São também conhecidos os processos de admissão, em que o novato é "enquadrado", e admite ser conformado e codificado num objeto que pode ser colocado na máquina administrativa do estabelecimento, modelado suavemente pelas operações de rotina.

O processo de admissão pode ser caracterizado como uma despedida e um começo, e o ponto médio do processo pode ser marcado pela nudez. Essa nudez está caracterizada tanto pela nudez física como pela retirada de seus bens individuais, pois ao perder sua aparência usual há uma conseqüente deformação pessoal que decorre do fato de o indivíduo perder seu conjunto de identidade, muito importante na configuração do "eu".

Nas instituições totais há outra forma de mortificação; a partir da admissão, ocorre uma espécie de exposição contaminadora. No mundo externo, o indivíduo pode manter objetos que se ligam aos seus sentimentos do eu – por exemplo, seu corpo, suas ações imediatas, seus pensamentos e alguns de seus bens – fora de contato com coisas estranhas e contaminadoras. No entanto, nas instituições totais esses territórios do eu são violados; a fronteira que o indivíduo estabelece entre o seu ser e o ambiente é invadida e as encarnações do eu são profanadas. (Cf. GOFFMAN, 1999, p. 31)

Diversas são as formas de mortificação do “eu” nas instituições totais, como por exemplo a violação da reserva de informação sobre o indivíduo, a possibilidade de outras pessoas presenciarem situações humilhantes, em virtude de que, de um modo geral, não há possibilidade do internado ficar inteiramente sozinho, pois as celas normalmente são feitas de barras de metal, permitindo sua constante exposição.

Talvez o tipo mais evidente de exposição contaminadora seja a de tipo diretamente físico – a sujeira e a mancha no corpo ou em outros objetos intimamente identificados com o eu.

(...)

Uma forma muito comum de contaminação se reflete em queixas a respeito de alimento sujo, locais em desordem, toalhas sujas, sapatos e roupas impregnados com o suor de quem os usou antes, privadas sem assentos e instalações sujas para o banho.

(...) quando a agência de contaminação é outro ser humano, o internado é ainda contaminado por contato interpessoal imposto e, conseqüentemente, uma relação social imposta. (Cf. GOFFMAN, 1999, p. 32-34)

Assim, a contaminação interpessoal, que é realizada por meio da violação nas instituições totais, existe em todos os níveis, chegando ao ponto de existirem situações dramáticas como a penetração física e psíquica do indivíduo, violando o território de seu “eu”.

Numa instituição total, no entanto, os menores segmentos da atividade de uma pessoa podem estar sujeitos a regulamentos e julgamentos da equipe diretora; a vida do internado é constantemente penetrada pela interação de sanção vinda de cima, sobretudo durante o período inicial de estada, antes de o internado aceitar os regulamentos sem pensar no assunto. Cada especificação tira do indivíduo uma oportunidade para equilibrar suas necessidades e seus objetivos de maneira pessoalmente eficiente, e coloca suas ações à mercê de sanções. Violenta-se a autonomia do ato”. (Cf. GOFFMAN, 1999, p. 42)

Nas instituições totais, a baixa posição dos internados, em conseqüência de todo o processo de despojamento<sup>13</sup>, cria um meio de fracasso pessoal que a sua

<sup>13</sup> Este processo de despojamento foi estabelecido pelo próprio internado quando ele mesmo compara sua vida no mundo exterior com a atual na instituição total. Segundo Goffman (1999, p. 44) “(...) uma das formas mais eficientes para perturbar a ‘economia’ de ação de uma pessoa é a obrigação de pedir permissão ou instrumentos para atividades secundárias que a pessoa pode executar sozinho no mundo externo, - por exemplo, fumar, barbear-se, ir ao banheiro, telefonar, gastar dinheiro, colocar cartas no correio. Essa obrigação não apenas coloca o indivíduo no papel submisso, “não-natural” para um adulto, mas também permite que suas ações sofram interferência da equipe diretora.” (Cf. GOFFMAN, 1999, p. 44)

desgraça é sentida constantemente. Com isso, segundo Goffman (1999, pp. 63-65), o internado tende a criar um tipo de lamentação e defesa como forma de explicar sua baixa posição presente. Assim, “o eu do internado pode tornar-se, mais do que no mundo externo, foco de sua conversa e de seu interesse, o que leva a excesso de piedade por si mesmo” (Cf. GOFFMAN, 1999, p. 64).

Outro fator de degradação interna do indivíduo na instituição total é a existência do sentimento de que o período que ficou na instituição é tempo tirado de sua vida e, em conseqüência, deve ser cumprido e nada mais que isso. Segundo Goffman (1999, pp. 64-65) esse tempo é algo que foi posto entre parêntesis na consciência constante, e de uma forma que dificilmente se encontra no mundo externo.

Por isso, o internado tende a sentir que durante a sua estada obrigatória – sua sentença – foi totalmente exilado da vida. É neste contexto que podemos avaliar a influência desmoralizadora de uma sentença indefinida ou de sentença muito longa. (Cf. GOFFMAN, 1999, pp. 64-65)

Entretanto, há que ser consideradas não só as dificuldades e as duras condições de vida na instituição total, mas também as perdas de contatos sociais provocadas pela admissão na instituição e a impossibilidade de transferir suas aquisições do período de internamento ao mundo exterior.

Este sentimento de tempo morto provavelmente explica o alto valor dado às chamadas atividades de distração, isto é, atividade intencionalmente desprovida de seriedade, mas suficientemente excitantes para tirar o participante de seu ‘ensinamento’, fazendo esquecer momentaneamente a sua situação real (Cf. GOFFMAN, 1999, p. 65)

Segundo Goffman (1999, p. 66), essas atividades podem ajudar a suportar a tensão criada pelos ataques ao “eu” do internado. Entretanto, nas instituições totais a insuficiência dessas atividades impõe determinadas privações, as quais, na vida civil livre, o indivíduo pode esconder-se em alguma outra atividade industrializada – televisão, rádio, cinema, bebida, álcool, etc. – os quais, na vida interna, não estão à sua disposição.

Goffman (1999, p. 66-67) traz, ainda, algumas considerações sobre o internado no momento de seu retorno, ou seja, o momento da volta à sociedade

mais ampla, 'livre', fora dos muros da instituição, o que, sem dúvida, é importante para várias conclusões da presente pesquisa, uma vez que está profundamente relacionada, não só aos aspectos técnicos do instituto da progressão de regime, mas também às preocupações sociológicas da instituição prisional na personalidade do indivíduo segregado nessa instituição total. Assim, embora o indivíduo saiba o exato momento de sua libertação, e mais, tenha planos para sua saída, freqüentemente sente-se angustiado quando se aproxima tal momento. A referida angústia é revelada pela preocupação em conseguir superar suas próprias limitações.

Freqüentemente as instituições totais afirmam sua preocupação com a reabilitação, isto é, com o restabelecimento dos mecanismos autorreguladores do internado, de forma que, depois de sair, manterá, espontaneamente, os padrões do estabelecimento. (...). Na realidade, raramente se consegue essa mudança, e, mesmo quando ocorre mudança permanente, tais alterações freqüentemente não são as desejadas pela equipe dirigente. A não ser no caso de algumas instituições religiosas, nem o processo de despojamento e nem os processos de reorganização parecem ter um efeito duradouro, em parte por causa de ajustamentos secundários, da presença de costumes contrários à instituição, bem como por causa da tendência dos internados para combinar todas as estratégias na 'viração'. (Cf. GOFFMAN, 1999, p. 67)

Após o deslumbramento da vida livre, o indivíduo esquece grande parte de sua vida na instituição. Os sentimentos criados pelo período do internamento enfraquece-se após a saída. Entretanto, é a experiência na instituição total que é relevante, pois,

Muito freqüentemente, a entrada significa, para o novato, que passou para o que poderia ser denominado um status proativo: não apenas sua posição social intramuros é radicalmente diversa da que era fora, mas, como chega a compreender se e quando sai, sua posição social no mundo externo nunca mais será igual à que era. (...). Quando o status proativo é desfavorável, - tal como ocorre com os que saem de prisões ou hospitais para doentes mentais - podemos empregar o termo 'estigma', e esperar que o ex-internado faça um esforço para esconder seu passado e tente 'disfarçar-se'. (Cf. GOFFMAN, 1999, p. 68)

Além disso, Goffman ressalta outros problemas; dois deles, porém, são mais importantes à presente pesquisa. O primeiro problema apresentado é o fato de que o indivíduo não se sente disposto a assumir as responsabilidades que deixou de ter quando entrou na instituição total e isso se deve à perda ou impossibilidade de adquirir os hábitos exigidos na sociedade civil 'livre'. O segundo fator apresentado é o estigma, pois quando o indivíduo adquiriu um baixo status proativo, tende a sentir

isso no momento de sua saída, quanto o estigma se faz mais presente, seja no momento de conseguir um emprego ou mesmo num local para viver.

Em resumo, pode descobrir que a libertação significa passar do topo de um pequeno mundo para o ponto mais baixo de um mundo grande. Além disso, ao voltar para a comunidade livre, pode encontrar alguns limites à sua liberdade. (...). Para o homem que sai da prisão, pode haver uma forma de liberdade 'condicional', com a obrigação de apresentar-se regularmente e afastar-se dos círculos de que participava quando entrou na prisão. (Cf. GOFFMAN, 1999, p. 69)

Por fim, Goffman aponta que uma das mais interessantes diferenças entre as instituições totais é o destino que é dado àqueles que delas saem.

Assim,

De modo geral, estes ficam geograficamente dispersos; encontra-se a diferença no grau de manutenção de ligações estruturais, apesar dessa distância. Numa extremidade da escala, encontramos os formados por determinada abadia beneditina, que não apenas conservam contatos informais, mas que, pelo resto de suas vidas, verificam que sua ocupação e sua localização geográfica foram determinadas por sua participação original. Na mesma extremidade da escala estão os ex-prisioneiros, cujas estadas nas prisões os orientam para suas ocupações futuras e para a comunidade nacional do submundo que, a partir de então, será seu ambiente. Na outra extremidade da escala, encontramos os soldados convocados para os mesmos quartéis e que, imediatamente depois da desmobilização, passam para a vida particular, e até se abstêm de participar de reuniões do regimento. Também aqui estão os ex-doentes mentais que cuidadosamente evitam pessoas e acontecimentos que poderiam ligá-los ao hospital. Entre esses dois extremos, encontramos o sistema de "velhos amigos" nas escolas particulares e nas universidades, que funcionam como comunidades optativas para a distribuição de oportunidades entre grupos de colegas de formatura. (Cf. GOFFMAN, 1999, p. 107-108)

#### 4.3 A estigmatização pela instituição prisional – 'máquinas de deteriorar'<sup>14</sup>

Na mesma linha da análise de Goffman, Zaffaroni (1996, p. 127-129) entende que os meios de comunicação de massa, principalmente a televisão, são elementos indispensáveis para o exercício de poder de todo o sistema penal, pois sem os quais a população perceberia o quanto é falacioso o discurso justificador da existência do sistema penal.

<sup>14</sup> Essa expressão é utilizada por Zaffaroni (1996, p. 135), para caracterizar as cadeias como instrumentos altamente deteriorantes da personalidade do indivíduo.

Os meios de comunicação são criadores de ilusão, tanto em nível transnacional como em nível nacional. Em nível transnacional os meios de comunicação de massa se ocupam da precoce introjeção do modelo penal como um pretense modelo de solução dos conflitos através da 'comunicação de diversão'<sup>15</sup>, ou seja, aquela aparentemente inofensiva e, em nível das conjunturas nacionais, os meios de comunicação geram a ilusão, fazendo com que apenas grandes ameaças sejam percebidas como perigosas.

Assim, Zaffaroni (1996, 129) explica que:

Em nível das conjunturas nacionais, os meios de comunicação de massa têm a função de gerar a ilusão de eficácia do sistema, fazendo com que apenas a ameaça de morte violenta por ladrões ou de violação por quadrilhas integradas por jovens expulsos da produção industrial pela recessão sejam percebidos como perigo.

Zaffaroni (1996, p. 130) faz algumas advertências que interessam à presente pesquisa, afirmando outra importante função desempenhada pelos meios de comunicação de massa – nacional e transnacional – que é a fabricação dos estereótipos do criminoso, atuando seletivamente, catalogando os criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada.

Finalmente Zaffaroni afirma que:

Nossos sistemas penais reproduzem sua clientela por um processo de seleção e condicionamento criminalizante que se orienta por estereótipos proporcionados pelos meios de comunicação de massa.

(...)

Os órgãos do sistema penal selecionam de acordo com esses estereótipos, atribuindo-lhes e exigindo-lhes esses comportamentos, tratando-os como se se comportassem dessa maneira, olhando-os e instigando todos a olhá-los do mesmo modo, até que se obtém, finalmente, a resposta adequada ao papel assinalado. (ZAFFARONI, 1996, p. 133)

Os estigmas produzidos pelo sistema penal são sentidos de forma mais intensa pelas pessoas carentes, não porque elas têm uma maior propensão de cometerem crimes, mas em virtude de que já foram selecionadas e têm o estereótipo

<sup>15</sup> São característicos desse processo, os seriados policiais e desenhos animados, onde se enaltece a supressão do mal como solução do conflito (SWAT, Juiz Nicolac Marschal, Tom e Jerry, etc).

dos criminalizáveis. A carga de estigmatização é ainda maior, uma vez que o contato com o sistema penal faz com que as pessoas se distanciem dos “contaminados” (estigmatizados pelo contato com a prisão, por exemplo), formando um círculo vicioso, fomentando a manutenção do sistema.

É de se registrar que

(...) este fenômeno não é privativo do sistema penal, mas nele assume características particulares: uma pessoa começa a ser tratada 'como se fosse', embora não haja manifestado nenhum comportamento que implique em infração. Ao generalizar-se o tratamento de acordo com o 'como se fosse' e sustentar-se no tempo quase sem exceção, a pessoa passa a se comportar com o papel atribuído, ou seja, 'como se fosse', e com isso acaba 'sendo' (Cf. ZAFFARONI, 1996, p. 134).

Segundo Payne (1973, p. 105)<sup>16</sup>, o que as etiquetas causam no desviado podem induzi-lo a novas formas de desvio, podem dirigi-lo a uma ação da sociedade que lhe assegure a perpetuação da etiqueta e, finalmente, podem induzi-lo a formar parte de comunidades e subculturas desviadas que mantêm seus membros em seus papéis desviados, impossibilitando-os de uma mudança.

É importante entender que a instituição total – prisão – exerce um papel fundamental na deterioração da identidade social do indivíduo, pois, como já nos referimos<sup>17</sup>, há uma enorme discrepância entre a identidade virtual e a identidade real da pessoa, criando um processo de estigmatização do indivíduo.

Isto ocorre porque o encarcerado é levado a viver em condições bem diferentes das quais vivia, como também lhe é tolhida toda e qualquer liberdade de ação, limitando-o a realizar atividades simples como fumar, ver televisão, dormir, comunicar-se com o mundo exterior, etc.. Assim, ao ingressar numa instituição total – prisão, cadeia, penitenciária – o sujeito perde sua privacidade, seu próprio espaço,

<sup>16</sup> Payne (1973, p. 105) diz que as proposições básicas da teoria do etiquetamento são atribuídas a Lemert, Tannenbaun e Becker e é semelhante a que outros chamam de “perspectiva interacionista”. Aduz ainda que: “Este enfoque se centra más sobre la reacción de la audiencia social a la acción del individuo, que sobre el individuo mismo o el contenido de su comportamiento. Dicha reacción se refleja en una etiqueta social, a saber, una designación con nombre estereotipado, imputado a una persona sobre la base de alguna información que se tiene sobre él”.

<sup>17</sup> Ver item 4.1. A teoria dos estigmas de Erving Goffman

é submetido a revistas degradantes (chegando a ponto de serem feitas visitas, fisicamente, muito íntimas) etc., sendo portanto, ferido em sua auto-estima.

A prisão não deteriora por deteriorar, mas o faz para condicionar: 'invade' o indivíduo com suas exigências do papel que também lhe são formuladas pelas outras agências do sistema – que a prisão apenas exacerba – em uma continuidade deteriorante realizada por todas as agências, incluindo a judicial. Trata-se de uma verdadeira 'lavagem cerebral', da qual fazem parte, inclusive, os demais prisioneiros que integram com aquele submetido ao tratamento criminalizante. (ZAFFARONI, 1996, p. 136)

Ademais, devemos também perceber que o efeito da prisionização<sup>18</sup> é a deterioração do indivíduo, o qual é submetido a um tratamento cultural completamente distinto daquele que possuía na sociedade livre. Assim, é preciso compreender que essa nova cultura, na qual, na prática, é submetido o encarcerado, em nada tem relação com o discurso oficial (legitimador do sistema) de reeducação, proposto pela criminologia tradicional, que comporta os postulados da 'ideologia do tratamento', mas que possui um conteúdo ideológico muito forte, que é o de condicionar as pessoas, vigiando-as, fazendo com que elas se sintam permanentemente controladas e assim fazê-las permanecer como integrantes do sistema penal enquanto uma "marginália" que o alimenta incessantemente.

Um dos fatores que mais colaboram com a prisionização é o tempo de permanência na instituição, ou seja, quanto mais tempo o indivíduo ficar na prisão, maiores serão os seus reflexos.

Assim, é de se perceber que toda pessoa que entra no sistema prisional sofre uma maior ou menor prisionização, dependendo de vários fatores, principalmente do maior ou menor grau de assimilação e de socialização, os quais fazem com que o indivíduo preso aprofunde sua identificação com os valores criminais.

---

<sup>18</sup> Conforme Cervini (1995, p. 31) "o fenômeno que Clemmer chama de 'prisionização' e depois Goffman 'aculturação' é uma consequência comum de todas as instituições totais, e a prisão é uma delas."

## **CAPÍTULO II**

### **A PRISÃO E OS SISTEMAS PROGRESSIVOS: CONFIGURAÇÃO E FUNCIONALIDADE**

1. Considerações iniciais. 2. A prisão como pena privativa de liberdade. 3. A ressocialização e ideologia do tratamento. 4. O instituto da progressão de regime prisional como instrumento da ideologia do tratamento. 4.1 Os fundamentos históricos da progressão de regime. 4.2 A progressão de regime na Legislação Penal brasileira e sua atual conceituação. 4.3 A suspensão condicional da pena e o livramento condicional. 4.4 As funções declaradas do instituto da progressão de regime prisional: consequência dos princípios da individualização da pena e da ressocialização do condenado. 5. A impossibilidade de ressocialização na prisão

#### **1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Neste capítulo, será feita uma análise da prisão como pena privativa de liberdade, descrevendo-se também o histórico e o surgimento dos sistemas progressivos de cumprimento da pena privativa de liberdade, a fim de que possamos melhor entender e analisar o atual instituto da progressão de regime prisional, adotado pelo Direito Penal brasileiro.

Diante da histórica brutalidade das penas privativas de liberdade, como veremos, surgiu o sistema progressivo de cumprimento das penas, fundado no isolamento individual, com a gradativa conquista, por parte do condenado, pelo seu mérito, de parcelas de sua liberdade perdida, proporcionando-lhe a oportunidade da readaptação social. Isso tudo é muito importante a fim de que possamos, mais tarde, verificar que tanto a interpretação restritiva à concessão do benefício da progressão como a vedação legal (Lei nº 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos), são mecanismos que colidem com os objetivos declarados do instituto da progressão de regime.

## 2. A PRISÃO COMO PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

As penas, ou as retribuições, como núcleo do sistema penal, foram encaradas na história de diversas formas. Elas atravessaram um período exclusivamente vingativo, passaram por idéias revolucionárias e humanitárias e, hoje, ao que parece, tendem novamente a recrudescer.

Nos primitivos tempos, a retribuição era feita do mal pelo mal, ou seja, ao mal causado o mesmo mal era retribuído. As guerras entre as tribos muitas vezes eram causadas, em sua gênese, pela reação de um grupo àquele o qual perpetrava uma ofensa a um membro de seu clã.

Sob a égide do manto sagrado da religião e imaginando que apenas com o sofrimento é que se poderia purgar os pecados cometidos aqui na terra, “sobrevio o ciclo do terror, o período do absolutismo, do tiranismo, do autocratismo e de muito arbitrarismo, em que o rei era a lei, o rei era o Estado” (Cf. FARIAS JÚNIOR, 1996, p. 25).

Na antigüidade, a privação da liberdade somente aparece no sentido de garantir a futura execução, numa eventual condenação.

Grécia e Roma, pois, expoentes do mundo antigo, conheceram a prisão com finalidade eminentemente de custódia para impedir que o culpado pudesse subtrair-se ao castigo. Pode-se dizer, com Garrido Guzman, que de modo algum podemos admitir neste período da história sequer um germe de prisão como lugar de cumprimento de pena, já que praticamente o catálogo de sanções esgotava-se com a morte, penas corporais e infamantes. A finalidade da prisão, portanto, restringia-se à custódia dos réus até a execução das condenações referidas. A prisão dos devedores tinha a mesma finalidade: garantir que os devedores cumprissem as suas obrigações. (Cf. BITENCOURT, 1993. p. 17)

Durante a idade média, também a prisão é relegada a uma finalidade custodial. Bitencourt (1993, p. 21) adverte que é na idade média e, mais precisamente sob a influência do direito canônico, que surge a idéia do que hoje conhecemos como as prisões modernas, em especial as primeiras idéias de reforma do delinqüente.

Nesse sentido Bitencourt (1993, p. 21) esclarece que:

O conceito de pena medicinal (da alma) encontra-se na base das penas canônicas, nas quais a reclusão tinha como objetivo induzir o pecador a arrependimento de suas faltas e emendar-se graças à compreensão da gravidade de suas culpas.

(...)

Estas noções de arrependimento, meditação, aceitação íntima da própria culpa, são idéias que se encontram intimamente vinculadas ao Direito Canônico ou a conceitos que provieram do Antigo e Novo Testamentos.

É nessa época que surge a prisão Estado, onde somente podiam ser recolhidos os inimigos do poder, real ou senhorial, que tivessem cometido delitos de traição ou os adversários políticos dos governantes e a prisão eclesiástica que destinava-se aos Clérigos rebeldes e respondia às idéias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, dando ao internamento um sentido de penitência e meditação, deixando como seqüela o isolamento celular, o arrependimento e correção do indivíduo, na busca de sua reabilitação (Cf. BITENCOURT, 1993, p. 18-21).

Em determinado momento a “punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias conseqüências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro.” (Cf. FOUCAULT, 1996, p. 15)

Percebe-se, pois, que a pena privativa de liberdade começa a surgir com a alteração do foco da punição. Primeiramente os castigos corporais são substituídos pela privação de tempo do condenado, pois desde o ponto de vista das idéias, a partir do século XVI se começa a valorizar a liberdade e se impõe progressivamente o racionalismo. Surge, também, a má consciência que procura substituir a publicidade de alguns castigos pela vergonha. Finalmente, há que se considerar as transformações sócio-econômicas ocorridas até a idade moderna, com o surgimento de uma grande massa de pobres, conseqüência natural do capitalismo (Cf. BITENCOURT, 1993, pp. 34 e 35).

Baratta (1999, p. 190) mostra a grande contribuição dada pelas obras de Rusche e Kirchheimer e de Foucault, quando explicam a origem materialista da prisão, levando sempre em conta a função efetiva cumprida pela instituição e, para individualizar esta função, necessário é considerar a sociedade em que se desenvolveu como instituição penal. Diante desta maneira de observar a origem do sistema prisional, se opõe o enfoque idealista, o qual é representado, principalmente, pelas teorias dos fins da pena, segundo a qual esta é uma resposta à criminalidade.

Diante da perspectiva da explicação materialista da origem da prisão, é importante fazer a análise, relacionando o surgimento do capitalismo com o surgimento das penas privativas de liberdade. Rusche e Kirchheimer (1984, p. 46) afirmam que a adoção de um método mais humano de repressão e a instituição das casas de correção constituíram o resultado de uma mudança das condições econômicas e, com a ajuda da máquina legislativa e administrativa, o Estado utilizou os contingentes de força de trabalho que encontrou à sua disposição para a realização de seus objetivos.

No mesmo sentido Dario Melossi e Massimo Pavarini fizeram a análise também a partir da relação entre capital e trabalho, ou seja, a investigação apontou que tais transformações ocorreram a partir da mudança do modo de produção feudal para o modo de produção capitalista.

No sistema de produção precapitalista, o cárcere como pena não existe; esta afirmação é historicamente verificável com a advertência de que não se refere tanto à prisão como instituição ignorada no sistema feudal, quanto à pena de internação como privação da liberdade.

Na sociedade feudal existia a prisão preventiva ou a prisão por dívidas, mas não é certo afirmar que a simples privação da liberdade, prolongada por um período determinado de tempo e sem qualquer outro sofrimento, era conhecida e utilizada como pena autônoma e ordinária. (Cf. MELOSSI e PAVARINI, 1987, p. 19)<sup>19</sup>

<sup>19</sup> Tradução livre do autor da dissertação: "En un sistema de producción precapitalista la cárcel como pena no existe; esta afirmación es históricamente verificable con la advertencia de que no se refiere tanto a la cárcel como institución ignorada en el sistema feudal cuanto a la pena de la internación como privación de la libertad.

En la sociedad feudal existía la cárcel preventiva o la cárcel por deudas, pero no es correcto afirmar que la simple privación de la libertad, prolongada por un periodo determinado de tiempo y sin que le acompañara ningún otro sufrimiento, era conocida y utilizada como pena autónoma y ordinaria."

Percebe-se, pois, que a análise é muito mais estrutural do que física, ou seja, eles buscaram não a primeira construção física de privação de liberdade, mas a origem da instituição carcerária, encontrando-a no capitalismo e na conseqüente aparição do proletariado.

Com a alteração do modo de produção feudal para o modo de produção capitalista, entre os séculos XIV e XV, marcada pelos intensos conflitos sociais em Flandres, no norte da Itália, na Toscana e no norte da Alemanha (Cf. RUSCHE E KIRCHHEIMER, 1984, p. 15), houve uma corrida dos camponeses para as cidades.

O constante incremento dos delitos entre os grupos proletários mais agredidos pela pobreza, obrigou as classes dominantes a buscar novos métodos que fizeram mais efetiva a administração da justiça criminal. (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 1984, p. 15)<sup>20</sup>

A grande massa de camponeses que invadiu as cidades, em busca de emprego, encontra apenas dificuldades, pois nem todos eram utilizados como mão-de-obra. Foi assim que, inevitavelmente, a fuga para as cidades converteu os trabalhadores do campo em desocupados. Na primeira metade do século XVI, aproximadamente, por influência do clero inglês, o rei da Inglaterra autorizou a utilização do castelo de Bridewell para serem recolhidos os vagabundos, desocupados, ladrões e autores de pequenos delitos, com a finalidade de reformá-los pelo trabalho e disciplina, bem como o de servir para desestimular a vagabundagem e ociosidade daqueles que assim se encontravam (Cf. MELOSSI e PAVARINI, 1987, p. 30-32).

Para que este novo proletariado não tomasse a vantagem desta situação, se recorre ao trabalho forçado, que desde o princípio assume a função de regulação em relação ao preço da mão-de-obra no mercado livre. (Cf. MELOSSI e PAVARINI, 1987, p. 34).<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Tradução livre do autor da dissertação: "El constante incremento de los delitos entre los grupos proletarios más golpeados por la pobreza, obligó a las clases dominantes a buscar nuevos métodos que hicieran más efectiva la administración de la justicia criminal."

<sup>21</sup> Tradução livre do autor da dissertação: "Para que este nuevo proletariado no tome la ventaja en este situación, se recurre al trabajo forzoso, que desde el principio asume la función de regulación respecto del precio del trabajo en el mercado libre."

Assim é que no final do século XVI os métodos punitivos começam a sofrer profundas alterações, com a possibilidade da utilização da mão-de-obra daqueles submetidos ao cárcere. Segundo Rusche e Kirchheimer (1984, p. 25), estas alterações foram causadas, não pelas considerações humanitárias, mas sim pelo incipiente desenvolvimento econômico e um material humano à disposição do aparato administrativo, pois como afirmam “A força de trabalho dos reclusos era utilizada em uma das duas formas: ou eram as próprias autoridades que administravam a instituição, ou os reclusos eram entregues como aluguel a um empresário privado” (1984, p. 49)<sup>22</sup>.

Ademais, advertem Rusche e Kirchheimer (1984, p. 25) que o surgimento de grandes e ricas populações urbanas, criou a necessidade de se adquirir determinados bens de consumo; além disso, a estabilidade da demanda e o crescimento econômico conduziram a uma expansão dos mercados consumidores e a uma segurança, por parte dos empresários, de vender suas mercadorias.

É de se notar que os trabalhadores que vinham do campo não se adaptaram à rigorosa disciplina imposta nas fábricas, em razão do modo de produção capitalista. Segundo Melossi e Pavarini, é na primeira metade do século XVII que, na Holanda, dois fatores preponderantes impulsionam a utilização do trabalho forçado, em uma estrutura distinta até então realizada na Europa.

Há, por um lado, a luta pela independência, liderada pela classe mercantil urbana e sancionada pela junta de Utrecht em 1579, que fez com que as províncias do norte dos Países Baixos recorressem à herança de desenvolvimento, já secular nas províncias de Flandes, mas já então empobrecido e truncado pela repressão de Felipe II. (...) Por outro lado, o grande desenvolvimento do tráfico mercantil veio a incrementar a demanda de trabalho em um mercado em que não havia uma oferta tão grande como na Inglaterra, e em um momento em que toda Europa estava passando por uma séria diminuição demográfica. (Cf. MELOSSI e PAVARINI, 1987, p. 35-36)<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Tradução livre do autor da dissertação: “La fuerza de trabajo de los reclusos era utilizada en una de dos formas: o eran las propias autoridades las que administraban la institución, o los reclusos eran entregados en alquiler a un empresario privado.”

<sup>23</sup> Tradução livre do autor da dissertação: “Hay, por un lado, la lucha por la independencia, liderada por la clase mercantil urbana y sancionada en la junta de Utrecht en 1579, que hizo que las provincias del norte de los Países Bajos recogieran la herencia de desarrollo ya en ese entonces secular de las provincias de Flandes, pero para entonces empobrecido y truncado por la represión de Felipe II. (...) Por otro lado, el gran desarrollo del tráfico mercantil vino a incrementar la demanda de trabajo en un mercado en el que no había una oferta tan grande como en Inglaterra, y en un momento en que toda Europa estaba pasando por una seria disminución demográfica.”

Diante desse contexto social é que, em Amsterdã, surgem as primeiras casas de correção, com o objetivo principal de transformar em socialmente útil a mão-de-obra, obrigando os prisioneiros a trabalharem dentro da instituição, a fim de que adquirissem hábitos de trabalhadores e que pudessem, quando em liberdade, incorporarem-se voluntariamente ao mercado de trabalho, nas fábricas.

Segundo Melossi e Pavarini (1987, p. 36)

A função da casa de trabalho é indubitavelmente mais complexa de que a de taxar simplesmente o salário livre. Ou, ao menos, se pode também dizer que este último objetivo se deve entender na plenitude de seu significado, ou seja, como controle da força de trabajo, da educação e domesticação desta.<sup>24</sup>

Rusche e Kirchheimer (1984, p. 26) afirmam que a escassez de força de trabalho importada, na Holanda, era de tal intensidade, que os proprietários se obrigavam a pagar salários tão altos que incidiam diretamente sobre suas condições de vida, as quais, por vezes, eram inferiores às dos próprios assalariados.

A Holanda possuía, no final do século XVI, o sistema capitalista mais desenvolvido da Europa, entretanto carecia de mão-de-obra de reserva que era abundante na Inglaterra.

Assim, em consonância com o novo pensamento capitalista, havia a necessidade da redução dos custos de produção, e o olhar se voltou para o aproveitamento da mão-de-obra disponível para "(...) não só absorvendo-a dentro da atividade econômica senão, 'ressocializando-a' de tal modo que no futuro estivesse disposta a integrar-se voluntariamente ao mercado de trabalho" (Cf. RUSCHE e KIRCHHEIMER, 1984, p. 15)<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Tradução livre do autor da dissertação: "La función de la casa de trabajo es indudablemente más compleja que la de tasar simplemente el salario libre. O, al menos, se puede también decir que este último objetivo se debe entender en la plenitud de su significado, es decir como control de la fuerza de trabajo, de la educación y domesticación de ésta."

<sup>25</sup> Tradução livre do autor da dissertação: "(...) no solo absorbiéndola dentro de la actividad económica sino, además, 'ressocializándola' de modo tal que en el futuro estuviera dispuesta a integrarse voluntariamente en el mercado de trabajo"

Dessa forma, após as experiências das casas de correção holandesas, e dos “Bridwells” ingleses, que além de se constituírem, sem dúvida, na inspiração dos atuais modelos de penitenciárias<sup>26</sup>, marcam o nascimento da pena privativa de liberdade, superando a utilização da prisão como simples meio de custódia (Cf. BITENCOURT, 1993, p. 59).

Foucault (1996, p. 207), advertindo de forma bastante clara que a prisão veio, no tempo, com finalidade não judicial, contribuindo, sobremaneira, aos postulados levantados nas obras de Rusche e Kirchheimer, e de Melossi e Pavarini, pois segundo ele a prisão se constituiu fora do aparelho judiciário, ou seja, passou a existir no momento em que foram elaborados os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar-lhes o máximo de tempo e forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza. A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência.

### 3. A RESSOCIALIZAÇÃO E A IDEOLOGIA DO TRATAMENTO

A idéia de correção do apenado foi inicialmente difundida pela Escola Correcionalista<sup>27</sup> – onde se sustentava que o único fim da pena é a correção do delinqüente, pela sua transformação interior – em que suas proposições avançaram os limites da conciliação das teorias absolutas e relativas da pena, acabando por preconizar a remodelação completa do Direito Penal tradicional, a extinção da pena e a concentração de esforços dirigida ao idôneo tratamento dos delinqüentes (Cf. BISSOLI FILHO, 1998, p. 150).

---

<sup>26</sup> Bitencourt (1993, p. 59) adverte que, embora sem confirmação, Norval Morris afirma que a prisão constitui um invento norte americano, por obra dos quaqueiros da Pensilvânia, na última década do século XVIII.

<sup>27</sup> Esta escola surgiu na Alemanha, em 1839, com a obra “Comentatio num poena malum esse debeat, de Carlos Röder” (BISSOLI FILHO, 1998, p. 149, nota de rodapé nº 80).

Assim é que a partir das mudanças provocadas, principalmente, a partir do século XVIII (Revolução Francesa e Iluminismo), que a pena de prisão passa a ocupar destacado espaço nos chamados países civilizados. A função de ressocialização do "delinqüente" e sua correlata ideologia do tratamento é tratada no âmbito da teoria da pena, sob a rubrica genérica de prevenção especial ou, mais especificamente, por prevenção especial positiva.

É de se notar que a ideologia da defesa social (ou do fim) nasceu contemporaneamente à revolução burguesa e a Escola Positiva herdou-a da Escola Clássica, transformando-a em algumas de suas premissas (Cf. BARATTA, 1999, p. 41). Neste sentido a pena passou a não só ter um sentido de retribuição mas também o de prevenir o crime. Assim é que o fim da pena, para a teoria da prevenção especial positiva, passa a ter a conotação de ressocialização, consubstanciada na ideologia do tratamento, visando a reinserção social do indivíduo condenado, na intenção de que este respeite a lei.

Cervini (1995, p. 46) ressalta a inidoneidade da prisão para o fim de tratamento, dizendo ainda que:

Já dissemos que a prisão, como sanção penal de imposição generalizada, não é uma instituição antiga e que as razões históricas para manter uma pessoa reclusa foram, a princípio, o desejo de que mediante a privação da liberdade retribuísse à sociedade o mal causado por sua conduta inadequada; mais tarde, obrigá-la a frear seus impulsos anti-sociais e mais recentemente o propósito teórico de reabilitá-la. Atualmente, nenhum especialista entende que as instituições de custódia estejam desenvolvendo as atividades de reabilitação e correção que a sociedade lhes atribui. O fenômeno de prisonização ou aculturação do detento, a potencialidade criminalizante do meio carcerário que condiciona futuras carreiras criminais (fenômeno de contágio), os efeitos da estigmatização, a transferência da pena e outras características próprias de toda instituição total, inibem qualquer possibilidade de tratamento eficaz e as próprias cifras de reincidência são por si só eloqüentes.

Assim é que a teoria de prevenção especial positiva, também denominada por correção, entende que a função da pena constitui-se no tratamento do condenado, por meio da sua reeducação e readaptação à normalidade da vida social, pois "A

pena deve tender à correção do apenado. Este é o núcleo ao redor da qual gira a teoria que examinamos” (Cf. BAQUERIZO, 1986, v. 2. p. 153)<sup>28</sup>.

#### 4. O INSTITUTO DA PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL COMO INSTRUMENTO DA IDEOLOGIA DO TRATAMENTO

A progressão de regime, de acordo com a legislação penal vigente, faz parte do processo de readaptação do indivíduo à sociedade livre. Para tanto é necessário o tratamento pessoal do condenado (processo da individualização da pena), a fim de que as funções da prisão sejam atendidas, principalmente a da ressocialização. Assim, deve-se perceber que mesmo dentro da ideologia penal dominante, em seus pressupostos fundamentais, a pessoa criminalizada deve receber o tratamento adequado para sua readaptação social e que a progressão de regime, como veremos, faz parte da promessa de se alcançar a reinserção social.

##### 4.1 Os fundamentos históricos da progressão de regime

Durante estes quase duzentos anos de existência do sistema prisional – cárcere como pena principal – diversas foram as maneiras de cumprimento da pena privativa de liberdade, pois durante o século XIX ela convive com algumas outras, como a deportação às colônias e os trabalhos forçados, sendo estas (deportação e trabalhos forçados) abandonados gradativamente.

Aos poucos se criou a idéia de que a execução da pena privativa de liberdade deveria ser concebida como um sistema, como um tratamento que buscasse a reabilitação do condenado à futura vida social ‘livre’.

A partir desse novo sistema de penalização, que somente no século XVIII teve início, a pena de prisão se efetiva, passando ao primeiro plano do direito punitivo moderno. Assim, com a “evolução” dos modelos prisionais, surgem diversos

---

<sup>28</sup> Tradução livre do autor da dissertação: “La pena debe tender a la corrección del penado. Este es el núcleo alrededor del cual gira la teoría que examinamos.”

sistemas, dentre os quais destaca-se o sistema pensilvânico, também chamado de sistema celular, o qual possuía a característica principal do isolamento; o sistema auburniano, que tinha como característica principal o silêncio entre os presos; e, por fim, o sistema progressivo, o qual Bitencourt (1993, p. 81), citando Francisco Bueno Arus, assevera que é caracterizado por

(...) distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende construir um estímulo à boa conduta e à adesão de recluso ao regime aplicado e, de outro, pretende que este regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade.

Depois do surgimento de vários sistemas, como o sistema pensilvânico, filadélfico e o auburniano, dentre outros, surge o sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade, o qual, também, recebe diversas alterações, para se chegar ao modelo atualmente aplicado.

Dentre os sistemas progressivos mais importantes, destaca-se o sistema inglês, ou *mark system*, o sistema irlandês e o sistema de montesinos.

O sistema inglês, idealizado por Alexander Maconochie, era caracterizado por medir a duração da pena por uma soma de trabalho e de boa conduta imposta ao condenado, dividindo-se em três períodos. O primeiro período, era o isolamento celular diurno e noturno, chamado de período de provas, que tinha a finalidade de fazer com que o preso refletisse sobre seu delito, podendo ser submetido ao trabalho, com regime de alimentação escassa. O segundo período era o de trabalho em comum sob a regra do silêncio, em que o apenado era recolhido em um estabelecimento denominado *public workhouse*, e esse período era dividido em classes, no qual o condenado, possuindo determinado número de marcas e depois de um certo tempo, passava a integrar nova classe, chegando ao terceiro período, que era a liberdade condicional. Nesse terceiro período, o condenado obtinha uma liberdade limitada, em virtude das restrições recebidas, as quais deveriam ser

obedecidas por um período determinado. Ultrapassado esse período sem revogação, alcançava a liberdade definitiva (Cf. BITENCOURT, 1993, p. 83).

O sistema irlandês estabeleceu uma prisão intermediária entre o estabelecimento fechado e a liberdade condicional. Tal regime ficou composto de quatro fases. A primeira, a segunda e a última fase desse sistema em nada diferenciavam do sistema inglês. A novidade estava na existência de uma terceira fase, denominada fase intermediária, executada em prisão especial, onde o preso trabalhava ao ar livre, no exterior do estabelecimento, em trabalhos preferencialmente agrícolas (o que equivale ao regime aberto no Direito Penal brasileiro). A disciplina era mais suave e os presos viviam, por vezes, em barracas desmontáveis, dedicando-se ao cultivo ou à indústria. Eram-lhes concedidas inúmeras vantagens, como a não obrigatoriedade do uso do uniforme, a não existência do castigo corporal, remuneração pelo trabalho, a escolha da atividade laboral e, especialmente, podiam comunicar-se com o exterior (Cf. BITENCOURT, 1993, pp. 84-86).

O atual modelo de sistema progressivo de cumprimento das penas teve muito a influência do denominado Sistema de Montesinos, criado por Manuel Montesinos e Molina<sup>29</sup>, o qual valorizou a relação com os reclusos, fundada no sentimento de confiança e estímulo, procurando construir no recluso uma definida autoconsciência.

O desenvolvimento das idéias de Montesinos foi baseado: a) no respeito à dignidade do preso, evitando-se infligir ao preso sanções infamantes; b) no fim ressocializador da pena, pois entendia que a função do presídio era devolver à sociedade homens honrados e cidadãos trabalhadores e; c) na função reabilitadora do trabalho, sustentando que o trabalho penitenciário devia ser remunerado porque seria o melhor estímulo para despertar o interesse por alguma atividade produtiva. Montesinos ainda rechaçava o regime celular, pois entendia que este satisfazia uma das condições da pena: a mortificação do apenado. Admitia a concessão de licença de saídas temporárias, considerava benéfica a integração de grupos mais ou menos

---

<sup>29</sup> Conforme Bitencourt (1993, p. 86-87), Manuel Montesinos nasceu em São Roque, Campo de Gibraltar, em 17 de junho de 1796 e morreu em 1862. Em 1835 Manoel de Montesinos foi nomeado Governador do Presídio de Valência.

homogêneos, criando uma prática penitenciária que constituiu um importante antecedente da prisão aberta. (Cf. BITENCOURT, 1993, p. 88-91)

#### 4.2 A progressão de regime<sup>30</sup> na Legislação Penal brasileira e sua atual conceituação

Neste tópico será descrita a progressão de regime nas legislações penais brasileiras desde o Código Imperial de 1831 até o atual Código Penal, mostrando o encaminhamento do instituto no Direito Penal pátrio, bem como indicar na legislação vigente quais as situações em que há a possibilidade da concessão de tal benefício. Serão levantados, também, alguns aspectos da suspensão condicional da pena, também conhecida como *sursis*, e do livramento condicional.

O instituto da progressão de regime não foi adotado pelo Código Criminal do Império do Brasil, de 7 de janeiro de 1831, muito embora havia apenas uma menção sobre a substituição de pena, quando, no cumprimento da pena de galés, o condenado tinha menos de vinte e um anos ou mais que sessenta, ou ainda se durante o cumprimento da pena completasse sessenta anos de idade poderia substituí-la pela pena de prisão com trabalho pelo tempo restante (art. 45, § 2º, do Código Criminal do Império)<sup>31</sup>.

É bom que se diga que o Código do Império previa três tipos de punições, a saber: a) pena de galés (art. 44), b) a pena de prisão com trabalho (art. 46) e, c) a pena de prisão simples (art. 47).

A primeira noção mais próxima do atual sistema progressivo de cumprimento de penas privativas de liberdade ocorreu no Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil, Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, quando em seu artigo

---

<sup>30</sup> A progressão de regime, conforme sugere a própria terminologia, consiste na gradativa passagem de um regime de cumprimento da pena privativa de liberdade (fechado, semi-aberto e aberto) para outro menos severo.

<sup>31</sup> Diz o Código Criminal do Império: "Art. 45 - A pena de galés nunca será imposta: § 2º - Aos menores de vinte e um annos e maiores de sessenta, aos quaes se substituirá esta pena pela prisão com trabalho pelo mesmo tempo. Quando o condemnado a galés, estando no cumprimento da pena chegar á idade de sessenta annos, ser-lhe-há esta substituída pela de prisão com trabalho por outro

50 previa que o indivíduo condenado à prisão celular (prevista no artigo 43, letra “a”, do referido Decreto 847), que tivesse sido condenado a pena superior a seis anos e já havia cumprido mais da metade da pena, poderia cumprir o restante da pena em penitenciária agrícola.

Adotou o referido Código quatro tipos de penas, a saber: a) prisão celular, b) reclusão, c) prisão com trabalho obrigatório e, d) prisão disciplinar (art. 43). Também foi previsto nesse Código Penal o livramento condicional (art. 51 e 52 do Código Penal).

Na Consolidação das Leis Penais, Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, houve novamente uma noção do sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade, mas somente nos casos de prisão celular (art. 45, *caput*, letras “a” e “b”)

No Código Penal brasileiro de 1940, permaneceu com o regime de reclusão (art. 30) e criou um novo regime de cumprimento denominado detenção (art. 31). Adotou-se uma espécie de sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade, prevendo inicialmente o isolamento absoluto do sentenciado, por um período não superior a três meses, podendo, o condenado, após o inicial contato com o sistema, trabalhar dentro do estabelecimento penal ou em obras ou serviços públicos<sup>32</sup> (conforme *caput* do artigo 30 e seu § 1º, do Decreto Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940)

A progressão, conforme configurado no Código Penal de 1940, em alguns casos, permitia que o condenado de bom comportamento fosse transferido para colônia penal, se houvesse cumprido metade da pena, quando essa não fosse superior a três anos, ou, um terço da pena, quando essa fosse superior a três anos (conforme art. 30, § 2º, incisos I e II, do Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Levava-se em consideração, pois, além dos critérios objetivos (temporais), critérios subjetivos relativos ao comportamento.

---

tanto tempo quanto ainda lhe faltar para cumprir.” (Redação original)

<sup>32</sup> Dispunha o artigo 30 da antiga parte geral do Código Penal brasileiro, de 1940: “Art. 30 – No período inicial do cumprimento de pena reclusão, se o permitem as suas condições pessoais, fica o

No Código Penal de 1969<sup>33</sup>, Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, houve a previsão, no seu art. 38<sup>34</sup>, do cumprimento das penas privativas de liberdade (reclusão e detenção) em estabelecimentos penais fechados e abertos, ou seja, não previu o legislador qualquer possibilidade de progressão de regime, apenas criou uma nova condição de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Entretanto, esse mesmo Código Penal deixou expressa a possibilidade da regressão de regime, determinando que quando o condenado fugisse seria transferido para o regime fechado (art. 38, § 5º)<sup>35</sup>.

Com a Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, foi criado o regime semi-aberto e expressamente adotou-se o sistema progressivo de cumprimento das penas privativas de liberdade que, dentre outras disposições (inclusive contendo modificações no Código de Processo Penal), alterou alguns dispositivos do Decreto Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), em especial o conteúdo do artigo 30, que tratava, como anteriormente falado, da execução penal, mais especificamente sobre algumas hipóteses de progressão de regime.

Previa, a referida alteração, a mesma possibilidade do isolamento absoluto inicial, por tempo não superior a três meses, com a finalidade declarada de conhecer a personalidade do condenado, sendo que esse isolamento inicial da pena privativa de liberdade passou a ser facultativo<sup>36</sup>.

Ficou, entretanto, a critério de lei local, ou, à sua falta, por provimento do Conselho Superior da Magistratura ou órgão equivalente, as concessões de um dos três regimes, bem como a transferência e o retorno de um para outro (art. 30, § 6º, inciso I, do Código Penal de 1940, com redação alterada pela Lei nº 6.416, de 24 de

---

recluso também sujeito a isolamento durante o dia, por tempo não superior a três meses."

<sup>33</sup> O Código Penal de 1969 não chegou a entrar em vigor.

<sup>34</sup> Art. 38 do Código Penal de 1969: "As penas privativas de liberdade serão cumpridas: I – em estabelecimento penal fechado; II – em estabelecimento penal aberto."

<sup>35</sup> Diz o art. 38, § 5º: "Se o condenado fugir, será transferido para estabelecimento penal fechado."

<sup>36</sup> Dispunha o artigo 30 da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977: "O período inicial, do cumprimento de pena privativa da liberdade, consiste na observação do recluso, sujeito ou não a isolamento celular, por tempo não superior a 3 (três) meses, com atividades que permitam completar o conhecimento de sua personalidade."

maio de 1977). Entretanto, algumas determinações gerais já estavam contidas na norma, pois os benefícios eram concedidos (na própria expressão da Lei nº 6.416), de acordo com a aquisição de critérios adotados de tempo de pena<sup>37</sup> – requisitos objetivos – os definidores de personalidade<sup>38</sup> e comportamento<sup>39</sup> – requisitos subjetivos – bem como as expressões caracterizadoras da ideologia do tratamento.<sup>40</sup>

Percebe-se, pois, que no direito penal brasileiro, mais especificamente na execução das penas privativas de liberdade, o instituto da progressão de regime é deferido com base em alguns requisitos, objetivos e subjetivos, do condenado, ou seja, requisitos temporais de cumprimento (objetivos) e de comportamento (subjetivos).

O Código Penal de 1940, já alterado em 1977, sofre mais uma modificação em 1984 (Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984), dando nova redação à parte geral. Este novo diploma definiu três espécies de penas: as privativas de liberdade, as restritivas de direito e as penas pecuniárias (art. 32 do Código Penal). Estabeleceu também que as penas privativas de liberdade serão de reclusão, que poderão ser cumpridas em regime fechado, semi-aberto e aberto, e de detenção, em que poderão ser cumpridas em regime semi-aberto e aberto, exceto a hipótese de regressão de regime (art. 33).

O § 2º do artigo 33 do Código Penal define expressamente a progressividade na execução das penas privativas de liberdade, devendo ser observado o mérito do condenado, bem como alguns outros critérios – objetivos – de tempo, da reincidência e, finalmente, os critérios identificadores da personalidade e do comportamento do condenado – subjetivos – previstos no artigo 59 do mesmo Código<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> "Art. 30, § 5º, inciso I – Se a pena não for superior a quatro anos, poderá ser recolhido a estabelecimento de regime aberto, desde o início, ou:" (grifo nosso)

<sup>38</sup> "Art. 30, § 5º – O condenado não perigoso, (...)" (grifo nosso)

<sup>39</sup> "Art. 30, § 7º, inciso I – os requisitos objetivos e subjetivos que os condenados deverão ter para a sua obtenção."

<sup>40</sup> "Art. 30, § 1º – O recluso passará, posteriormente, a trabalhar em comum, dentro do estabelecimento em que cumpre a pena ou fora dele, na conformidade de suas aptidões ou ocupações anteriores, desde que haja compatibilidade com os objetivos da pena."

<sup>41</sup> Diz o artigo 59 do Código Penal: "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

A progressividade de regime, bem como a ideologia do tratamento, estão transparentes na Exposição de Motivos (n<sup>os</sup> 35 e 37) da nova parte geral do Código Penal.

35 – A decisão será, no entanto, provisória, já que poderá ser revista no curso da execução. A fim de humanizar a pena privativa da liberdade, adota o Projeto o sistema progressivo de cumprimento da pena, de nova índole, mediante o qual poderá dar-se a substituição do regime a que estiver sujeito o condenado, segundo seu próprio mérito. A partir do regime fechado, fase mais severa do cumprimento da pena, possibilita o Projeto a outorga progressiva de parcelas da liberdade suprimida.

37 – Sob essa ótica, a progressiva conquista da liberdade pelo mérito substitui o tempo de prisão como condicionante exclusiva da devolução da liberdade.<sup>42</sup>

No mesmo sentido a Lei de Execução Penal dispõe que a execução das penas privativas de liberdade será realizada de forma progressiva, conforme os artigos 112 e seguintes da referida Lei, bem como sua Exposição de Motivos.

Art. 112 – A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.

§ único – A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.

Diz a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal<sup>43</sup>, ao se referir à progressividade de regime:

119 - A progressão deve ser uma conquista do condenado pelo seu mérito e pressupõe o cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime anterior. (...).

120 - Se o condenado estiver no regime fechado não poderá ser transferido diretamente para o regime aberto. Esta progressão depende do cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime semi-aberto, além da demonstração do mérito, compreendido tal vocábulo como aptidão, capacidade e merecimento, demonstrados no curso da execução.

Assim, a atual redação da parte geral do Código Penal, que foi determinada pela Lei n<sup>o</sup> 7.209, de 11 de julho de 1984, bem como a Lei de Execução Penal - Lei

---

reprovação e prevenção do crime:”

<sup>42</sup> Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal – Lei n<sup>o</sup> 7.209, de 11 de julho de 1984, publicada no Diário do Congresso (Seção II), de 29 de março de 1984.

<sup>43</sup> Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal – Lei n<sup>o</sup> 7.210, de 11 de julho de 1984.

nº 7.210, de 11 de julho de 1984, convergem no sentido de que o sistema adotado pela legislação brasileira, quanto à execução das penas privativas de liberdade, é o progressivo, bem como adota-se a ideologia do tratamento para a "cura" dos criminosos.

Outro aspecto importante é a fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, uma vez que a partir deste é que será possível as futuras progressões de regime. Conforme o artigo 59, inciso III, da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, o juiz deverá estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Para a fixação do regime inicial, deve-se levar em consideração o disposto nos parágrafos 2º e 3º, do artigo 33 da Parte Geral do Código Penal (Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)<sup>44</sup>.

Cabe ressaltar que os requisitos concessivos dos benefícios da progressão de regime são, novamente, os critérios objetivos e subjetivos, e que estes últimos são mecanismos limitadores à concessão de tais benefícios, pois deixa ao arbítrio do julgador a concessão ou não do benefício.

Na Legislação Penal brasileira há a vedação legal para a progressão de regime quando o crime praticado está previsto no § 1º, do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990<sup>45</sup>, (chamada de Lei dos Crimes Hediondos), para os crimes

---

<sup>44</sup> Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. § 1º - Considera-se: a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado. § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

<sup>45</sup> Diz o referido dispositivo legal: "Art. 2º - Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança e liberdade provisória; § 1º - A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado"

definidos como hediondos ou a eles equiparados, como o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo<sup>46</sup>.

#### 4.3 A suspensão condicional da pena e o livramento condicional

De forma semelhante ao instituto da progressão de regime, a suspensão condicional da pena e o livramento condicional também foram resultados da “nova ideologia” dominante, que vislumbrava um tratamento ao indivíduo, principalmente àqueles condenados a penas de curta duração.

Originalmente, estes institutos tiveram como fundamento a necessidade de uma alternativa àqueles penas de curta duração, criando-se a idéia de extinção das penas de curta duração ou mesmo a adoção de substitutivos.

Importante ressaltar que a suspensão da pena, ou *sursis*, visa suspender a execução privativa de liberdade e, conseqüentemente, os efeitos nocivos da prisão.

Sobre o livramento condicional, Bissoli Filho (1998, p. 155) lembra que dentro do instituto da progressão de regime, este poderia ser considerado o período da pena em que o apenado mantém contato em tempo integral com a sociedade e não acarreta, necessariamente, a passagem pelos regimes intermediários.

O artigo 83 do Código Penal brasileiro diz:

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:  
**I** - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; **II** - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; **III** - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto; **IV** - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; **V** - cumprido mais

<sup>46</sup> A Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que definiu os crimes de tortura, em seu art. 1º, § 7º, dispôs que há a possibilidade de que a execução da pena para estes crimes poderá ser realizada de forma progressiva, revogando expressamente o disposto no art. 2º da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). Há, entretanto, uma grande discussão na doutrina e na jurisprudência brasileira no sentido de saber se a revogação abrangeu ou não todos os crimes enumerados na Lei nº 8.072/90.

de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. **Parágrafo único** - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

A idéia trazida no bojo do acima transcrito, artigo 83 do Código Penal, mostra que é uma tentativa de redução do tempo de permanência do condenado na prisão, uma vez que este instituto é incompatível com as penas privativas de liberdade cuja duração seja inferior a dois anos – pena de curta duração – (*caput* do artigo 83), em conformidade com a ideologia do tratamento.

De uma forma esquemática Goulart (1975, v. 1, p. 147) indica, além dos substitutivos propriamente ditos, os quais substituem as penas privativas de liberdade de curta duração, como a suspensão condicional da pena (previsto nos artigos 77 e seguintes do Código Penal e artigo 11 da Lei de Contravenções Penais) e o livramento condicional (previsto nos artigos 83 e seguintes do Código Penal), as principais medidas substitutivas previstas na legislação penal. São elas:

- a) medidas restritivas da liberdade, como a prisão albergue, o confinamento domiciliar e as limitações de fim de semana;
- b) medidas restritivas de direito, aplicadas para evitar que certos direitos, funções ou profissões sejam exercidas por aqueles que não apresentem condições para tal (as penas restritivas de direito estão previstas nos artigos 43 e seguintes do Código Penal);
- c) penas pecuniárias (as penas pecuniárias estão previstas nos artigos 49 e seguintes do Código Penal);
- d) medidas de tratamento, destinando-se aos indivíduos em que o seu comportamento denota anomalias psíquicas (as medidas de segurança estão previstas nos artigos 98 e seguintes do Código Penal)

4.4 As funções declaradas do instituto da progressão de regime prisional: consequência dos princípios da individualização da pena e da ressocialização do condenado

Dentre os diversos institutos existentes na fase executiva da pena privativa de liberdade (livramento condicional, indulto, anistia, graça, etc.), a progressão de regime prisional exerce grande destaque na sua individualização, uma vez que permite, com base nos próprios méritos do indivíduo, passar, por exemplo, do regime fechado ao regime semi-aberto.

O princípio da individualização da pena integra o discurso da ideologia penal dominante, pois desde a Escola Positiva já se preconizava justamente a necessidade da determinação da pena. Ferri (1931, p. 352-353) diz que é por meio da prevenção especial e da aplicação individualizada da pena que se alcança uma de suas finalidades, quais sejam: a) a de tornar inócuo o delinqüente incorrigível e incurável e, b) reeducá-lo, se emendável e curável, para a vida social.

Da mesma maneira a Escola Correcionalista, no início do século XIX (Röeder, Dorado Montero, Concepción Arenal, Jiménez de Asúa, dentre outros), também já destacava que deveria dar maior ênfase ao delinqüente e não só ao ato delituoso.

A criminóloga alemã Hilde Kaufmann elaborou um estudo sobre a execução penal, concluindo que cada preso deve ter um tratamento diferenciado, individualizado, uma vez que nem todos são iguais.

Segundo Kaufmann (1979, p. 191-194), o processo de individualização da pena deve ser realizado dentro de quatro formas. A primeira é a diferenciação, em que a execução da pena privativa de liberdade deve ser orientada de acordo com o contato com o mundo externo, o que levou às três formas atualmente existentes. A segunda é a classificação, ou seja, é a diferenciação levada a efeito com base na ordenação tipológica, segundo diferentes teorias criminológicas, além de alguns critérios a serem adotados, tais como o sexo, a idade, espécie de crime e tempo de duração de pena. A terceira é a progressão, na qual o condenado pode ser promovido para estabelecimentos fechados, semi abertos ou abertos, dependendo

de alguns fatores, como a idoneidade, comportamento e merecimento. A última forma é o procedimento de seleção, em que se deve criar estabelecimentos diferenciados, distribuindo os reclusos de acordo com uma classificação, de acordo com a possibilidade de reincidência ou mesmo de acordo com o grau de periculosidade.

Este estudo enaltece, assim, que as funções declaradas do instituto da progressão de regime prisional é a consequência dos princípios da individualização da pena e da ressocialização do condenado, e é precisamente em razão da necessidade de se obter uma adequação do indivíduo à sociedade que a Dogmática Penal se propôs a cumprir sua função, fazendo com que a pena seja exatamente quantificada, individualizada e, em consequência, sua execução seja realizada de forma progressiva de acordo com os regimes impostos pela legislação, a fim de que se possa determinar qual é a melhor forma de reinserir o indivíduo na sociedade.

É de se notar, pois, que a progressão de regime está viceralmente relacionada à reabilitação do condenado que, por sua vez, está ligada à ideologia do tratamento. Assim, a prisão é utilizada como instrumento de realização desses objetivos, e o instituto da progressão de regime servirá, pelo discurso da ideologia penal dominante, para evitar ou minorar os efeitos devastadores da prisão na personalidade do condenado e proporcionar a sua ressocialização.

## 5. A IMPOSSIBILIDADE DE RESSOCIALIZAÇÃO NA PRISÃO

A ideologia do tratamento está presente na legislação penal brasileira, no Código Penal e na Lei de Execução Penal, conforme anteriormente visto (item 4, deste Capítulo). Dentro desta visão o condenado deve ser tratado e reconduzido à sociedade, sendo a função da pena, pois, dar o adequado e necessário tratamento ao indivíduo e não eliminá-lo da mesma. A idéia trazida é a de que o indivíduo encarcerado deva ser ressocializado por meio de tratamento a ele, individualmente, destinado.

Ancel (1979, p. 287-293) explica que o conhecimento científico da personalidade do delinqüente é necessário para não só prever e organizar o seu exame, mas integrá-lo ao processo penal. Neste sentido a nova defesa social visa detectar o ser humano a fim de explicar a si mesmo, e a ele próprio, as razões de sua conduta. Na busca da reabilitação do indivíduo à sociedade, o exame científico da personalidade do delinqüente é imprescindível e somente terá resultado se houver uma alteração no processo tradicional, devendo, para tanto, o indivíduo ser observado em todas as fases do processo.

Entretanto, Muñoz Conde (1982, p. 135) faz uma crítica no sentido de que a referida ressocialização se banalizou em virtude de não ter sido claramente delimitada sua finalidade e conteúdo, observando que:

Se se aceita e se dá como correta a frase de Durkheim, de que "a criminalidade é um elemento integrante de uma sociedade sã" e também se se considera que é essa mesma sociedade que produz e define a criminalidade, é lógico que se pergunte até que ponto tem sentido falar de ressocialização do delinqüente em uma sociedade que produz ela mesma a delinqüência. Não é o delinqüente, senão a sociedade que deveria ser objeto de uma ressocialização.<sup>47</sup>

A chamada "ressocialização" só tem sentido a partir do momento em que a própria sociedade é sadia, ou seja, quando a ordem social e jurídica vigente é correta. A ressocialização parte de um processo de interação e comunicação entre o indivíduo e a sociedade, cujas normas devem ser aceitas pelo indivíduo, sem, entretanto, tal confrontação ser determinada unilateralmente, tanto pelo indivíduo como pelas normas sociais. Neste sentido Muñoz Conde (1982, p. 136) adverte que:

Por parte do indivíduo não se determina unilateralmente este proceso, porque não existe um sistema de valores absolutamente individual, totalmente desconectado dos sistemas de valores vigentes na sociedade, da mesma maneira que tampouco existe uma linguagem absolutamente individual. O indivíduo, pela própria natureza de seus condicionamentos existenciais, está obrigado ao relacionamento e à comunicação com seu mundo circundante; em uma palavra, à convivência. Entretanto, nem mesmo as normas sociais podem determinar unilateralmente o processo de ressocialização. As normas sociais não são algo imutáveis e permanentes

<sup>47</sup> Tradução livre do autor da dissertação: "Si se acepta y se da por buena la frase de Durkheim, de que "la criminalidad es un elemento integrante de una sociedad sana" y se considera además, que es esa misma sociedad la que produce y define la criminalidad, es lógico que se pregunte hasta qué punto tiene sentido hablar de resocialización del delincuente en una sociedad que produce ella misma delincuencia. No es el delincuente, sino la sociedad la que debería ser objeto de una resocialización."

em que o indivíduo deva adaptar-se obrigatoriamente, senão o resultado de uma correlação de forças submetidas às influências mutáveis. Falar, portanto, de ressocialização do delinquente sem questionar, ao mesmo tempo, o conjunto normativo que se pretende incorporá-lo, significa aceitar como perfeita a ordem social vigente sem questionar qualquer de suas estruturas, nem mesmo aquelas mais diretamente relacionadas com o delito cometido.<sup>48</sup>

Pode-se, contudo, entender que o Direito Penal tenha como finalidade proteger a sociedade; entretanto, deve-se perceber que em uma sociedade plural, há diversas concepções e sistemas de valores, sendo inevitáveis, pois, os conflitos de interesses. Muñoz Conde (1982, p. 137) pondera que:

A ressocialização somente será possível, certamente, quando o indivíduo a ser ressocializado e o responsável de fazê-la têm ou aceitam o mesmo fundamento moral que a norma social apresenta. Entretanto, como pode esta tarefa chegar a um fim quando não se dá esta relação? Uma ressocialização sem esta relação coincidente básica significa pura e simplesmente submissão, domínio de uns sobre outros e a grave lesão da livre autonomia individual.<sup>49</sup>

Neste sentido é que, no plano dos valores morais, nega-se toda legitimação que tenta impor crenças e convicções internas do Estado e da sociedade, com o objetivo de obrigar os outros a aceitá-las, desrespeitando o sentimento e crenças individuais. Segundo Muñoz Conde (1982, p. 137):

Uma ressocialização entendida desse plano moral conduziria a mais absurda e perigosa manipulação da consciência individual e sempre deixaria sem resolver a questão de qual dos sistemas morais vigentes na sociedade devem ser tomados como sistema de referência que deva ser adotado pelo indivíduo, salvo que se tenha já por conhecida a resposta no sentido de que

---

<sup>48</sup>Tradução livre do autor da dissertação: "Por parte del individuo no se determina unilateralmente este proceso, porque no existe un sistema de valores absolutamente individual, totalmente desconectado de los sistemas de valores vigentes en la sociedad, de la misma manera que tampoco existe un lenguaje absolutamente individual. El individuo, por la propia naturaleza de sus condicionamientos existenciales, está obligado al intercambio y a la comunicación con su mundo circundante; en una palabra, a la convivencia. Pero tampoco las normas sociales pueden determinar unilateralmente el proceso de resocialización. Las normas sociales no son algo inmutable y permanente a lo que el individuo deba adaptarse obligatoriamente, sino el resultado de una correlación de fuerzas sometidas a influencias mutables. Hablar, por tanto, de resocialización del delincuente sin cuestionar, al mismo tiempo, el conjunto normativo al que se pretende incorporarlo, significa aceptar como perfecto el orden social vigente sin cuestionar ninguna de sus estructuras, ni siquiera aquellas más directamente relacionadas con el delito cometido."

<sup>49</sup> Tradução livre do autor da dissertação: "La resocialización es, ciertamente, solo es posible cuando el individuo a ressocializar y el encargado de llevarla a cabo tienen o aceptan el mismo fundamento moral que la norma social de referencia. Pero, ¿cómo puede llevarse a cabo esta tarea cuando no se da esta coincidencia? Una resocialización sin esta coincidencia básica significa pura y simplemente sometimiento, dominio de unos sobre otros y lesiona gravemente la libre autonomía individual."

é óbvio que a ressocialização deve referir-se a sistemas de valores da classe dominante.<sup>50</sup>

Muñoz Conde (1982, p. 138) questiona a ressocialização dizendo que se esta moralmente não é possível, haveria a possibilidade de se ressocializar para a legalidade, já que esta ação significa recuperar para a sociedade e esta é algo mais que a soma dos sistemas sociais parciais que a compõem, pois a ressocialização deve consistir na aceitação, por parte dos delinqüentes, das normas que regem essa sociedade. O pressuposto básico é que estas normas também são feitas por disposições penais, as quais contêm uma série de expectativas de conduta legalmente determinadas e, uma vez descumpridas, sujeitar-se-ão, os infratores, a uma determinada pena. Espera-se, pois, que ao findar a sua execução, seria restabelecido o respeito do delinqüente perante a norma, evitando-se a reincidência.

Assim é que a relação entre a ressocialização e respeito à legalidade pode ser questionada em razão de que nem todo delinqüente deva ser objeto de ressocialização, porque não é pelo fato de ter cometido uma infração que ele tenha rompido sua vinculação com a sociedade, deixando de respeitá-la, como ocorre com os criminosos ocasionais ou mesmo aqueles que cometem crimes contra a ordem financeira e econômica (crimes fiscais, crimes contra o sistema financeiro, etc.), pois como adverte Muñoz Conde (1982, p. 139):

Nenhum deles questiona o fundo das normas que tenham infringido e cuja infração o tenha conduzido a sofrer a pena. Não existe, pois, uma correlação absoluta entre delinqüência e ressocialização, e esta conclusão obriga a empregar, como disse Schellhoss, este conceito de ressocialização, de um modo seletivo. Nesse sentido seletivo, necessitados da ressocialização estariam apenas os autores dos delitos de certa importância e gravidade social.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> Tradução livre do autor da dissertação: "Una resocialización entendida en este plano moral conduciría a la más absurda y peligrosa manipulación de la conciencia individual y siempre dejaría sin resolver la cuestión de cuál de los sistemas morales vigentes en la sociedad debe tomarse como sistema de referencia al que deba adoptarse el individuo, salvo que se tenga ya por conocida la respuesta en el sentido de que es obvio que la resocialización debe referirse al sistema de valores de la clase dominante."

<sup>51</sup> Tradução livre do autor da dissertação: "Ninguno de ellos cuestiona en el fondo las normas que han infringido y cuya infracción les ha conducido a sufrir la pena. No existe, pues, una correlación absoluta entre delincuencia y resocialización, y esta conclusión obliga a emplear, como dice Schellhoss, este concepto, el de resocialización, de un modo selectivo. En este sentido selectivo, necesitados de resocialización estarían solo los autores de delitos de cierta importancia y gravedad social."

Na mesma orientação, Mir Puig (1989, p. 38) se manifesta no sentido de que é necessário mudar a sociedade, pois ela cria o delinqüente, sendo ela a responsável. Há que se realizar a ressocialização, sim, mas da sociedade. Finaliza Mir Puig (1989, p. 41) da seguinte forma:

Mas, então, deve existir a ressocialização? Ao contemplar as críticas que aconselham rechaçar os chamados "programas de máxima ressocialização", temos negado que a filosofia do tratamento permita legitimar a manipulação da personalidade ou a intromissão na esfera moral do indivíduo. Acabamos de comprovar a incapacidade da ressocialização para oferecer uma resposta global ao problema da criminalidade. E, entretanto, continuo acreditando na necessidade de facilitar, na medida do lícito, o necessário e o possível, e com todos os limites assinalados, a reincorporação do delinqüente na sociedade.<sup>52</sup>

É de se perceber que no curso da execução da pena privativa de liberdade, ou seja, durante a permanência do indivíduo na prisão, ele fica sujeito ao processo de prisionização (anteriormente falado – Capítulo I). Na prisão, o indivíduo adquire novos modos de comportamento que implicam em normas e valores próprios do sistema prisional. Neste sentido, Bergalli (1976, p. 53) afirma que:

O sistema de valores que é gerado na diária e permanente interação entre os internos e os funcionários dos presídios leva em si, como característica essencial, a radical contraposição com os fins da execução penal. Se o objeto da busca da execução da pena é reconduzir o condenado no sistema de valores de seu anterior meio social que violou, o acultramento carcerário provocará, em sentido inverso, não só a manutenção dessa contradição de normas e valores senão o nascimento conseqüente da possibilidade de uma reincidência no caso de sua liberdade.<sup>53</sup>

Bergalli (1976, p. 54) adverte ainda que, ao entrar em uma prisão, o indivíduo sofre um choque inicial resultante de um ambiente onde tudo é imposto autoritariamente, passando por uma fase de conformismo e rebeldia à ordem, regras

<sup>52</sup> Tradução livre do autor da dissertação: "Pero, entonces, que queda en pie de la resocialización? Al contemplar las críticas que aconsejan rechazar los llamados "programas de resocialización máximos", hemos negado que la filosofía del tratamiento permita legitimar la manipulación de la personalidad o la intromisión en la esfera moral del individuo. Ahora acabamos de comprobar la incapacidad de la resocialización para ofrecer una respuesta global al problema de la criminalidad. Y, sin embargo, sigo creyendo en la necesidad de facilitar, en la medida de lo lícito, lo necesario y lo posible, y con todos los límites señalados, la reincorporación del delincuente a la sociedad."

<sup>53</sup> Tradução livre do autor da dissertação: "El sistema de valores que se genera en la diaria y permanente interacción entre internos y personal penitenciario lleva en sí, como característica esencial, la radical contraposición con los fines de la ejecución penal. Si el objeto de la búsqueda de ésta es la de reconstruirle al condenado el sistema de valores de su anterior seto social que él ha violado, pues entonces la aculturación carcelaria provocará, en sentido inverso, no sólo el

e rotinas estabelecidas, resultando numa deformação permanente da personalidade. Por estas razões o autor contesta os atuais processos de tratamento realizado com o indivíduo, lembrando que:

A transformação dos métodos de execução penal com a aplicação de sistemas de terapia que tenham por fim corrigir tanto os defeitos de caráter, como os de uma socialização que não tenha sido completa durante a vida em liberdade, revelaram não só os efeitos perniciosos das longas, senão e principalmente, das curtas privações de liberdade.<sup>54</sup>

Diante de tudo isso, vê-se, pois, uma completa contradição entre os pressupostos trazidos ou resultantes da ideologia do tratamento ressocializador e os seus verdadeiros efeitos, bem como o mecanismo que se tenta realizá-lo: o cárcere. Entretanto, dentro da perspectiva de que o sistema prisional existe, deve-se considerar que as idéias de progressão de regime e ressocialização estão íntima e diretamente ligadas à possibilidade de o indivíduo permanecer um mínimo de tempo possível na prisão.

Isto ocorre em virtude de que, de um modo geral, as teorias tradicionais da pena produzem apenas a deterioração do indivíduo, transformando-o em um ser diferente. Karan (1993, p. 178) lembra que estas teorias têm no irracionalismo o seu ponto em comum, o qual desmonta suas pretensões fundamentadoras da pena. Isto acontece pois as agências penais somente agem nos conflitos visíveis, o que compromete a pretensão do direito penal em ser geral e impessoal.

Diante destas cifras ocultas, o irracionalismo das teorias tradicionais se põe a descoberto. Tome-se, por exemplo, a idéia da prevenção geral positiva, da pena como um exercício de reconhecimento e de fidelidade à norma. Diante destas cifras ocultas, ter-se-ia que reconhecer que as violações não conhecidas da lei penal não produziriam desorganização social, nem constituiriam a ameaça à integridade e à estabilidade social, que estaria a exigir a resposta penal. (Cf. Karam 1993, p. 179)

A teoria da prevenção especial positiva da pena sofre diversas objeções diante do paradigma da reação social, o qual demonstra que, em verdade, a ação do

---

mantenimiento de esa contradicción de normas y valores sino el nacimiento consecuente de la posibilidad de una recaída en el delito en el caso de su libertad."

<sup>54</sup> Tradução livre do autor da dissertação: "La transformación de los métodos de ejecución penal con la aplicación de sistemas de terapia que tengan por fin corregir tanto los defectos del carácter, como los de una socialización que no ha sido completa durante la vida en libertad, revelaron no sólo los efectos perniciosos de las largas sino y principalmente de las cortas privaciones de libertad."

sistema penal é exatamente no sentido oposto ao fim preconizado. Neste sentido Karam (1993, p. 177) explica que:

Quanto às teorias relativas da prevenção especial, sua inviabilidade é evidente, num sistema repressivo, que faz da prisão o seu centro. A idéia de ressocialização, com seu objetivo declarado de evitar que o apenado volte a delinquir, é absolutamente incompatível com o fato da segregação. Um mínimo de raciocínio lógico repudia a idéia de se pretender reintegrar à sociedade, afastando-a dela.

Muñoz Conde (1982, pp. 144-146) faz uma crítica ao discurso de ressocialização proposto pela “ideologia do tratamento”, discordando do meio ou sistema empregado essa finalidade: a prisão. Segundo o autor, fundamentalmente são duas as objeções quanto ao tratamento adotado à ressocialização, pelo sistema penitenciário. Em primeiro lugar as condições de vida existente na prisão e, em segundo lugar, a violação aos direitos fundamentais do recluso ao lhe impor um tratamento obrigatório.

Adverte Muñoz Conde que o recluso deve adaptar-se à nova cultura da prisão (aceitação de papel secundário, novos hábitos, como vestir, como dormir, linguagem, etc.), que também é imposta pelos outros reclusos, sob pena de sofrer um tratamento “diferenciado”<sup>55</sup>. Este processo de adaptação, que vai em sentido oposto ao da ressocialização, é realizado, em primeiro lugar, por meio de um fenômeno denominado por Goffman de “desculturação”, caracterizado pela perda, por parte do preso, das capacidades vitais e sociais mínimas exigidas para uma vida em liberdade e, em segundo lugar, por meio de um fenômeno denominado “enculturação” que é, na visão de Clemmer, a prisionização, em que o preso adota,

---

<sup>55</sup> Nas penitenciárias é comum, se não normal, existir o “dono da cela”, o “protetor” de determinados presos. Interessante estudo foi realizado por Drauzio Varella, na Casa de Detenção de São Paulo, mais conhecido como “Carandiru”, onde ele relata fatos sobre a forma de viver dentro daquele estabelecimento prisional. Dentre várias passagens, duas delas marcam exatamente o propósito deste parágrafo, qual seja, a demonstração da existência de uma cultura própria dentro de uma penitenciária. A primeira passagem é “O Barraco”, onde Varella (1999, p. 36) fala sobre a relação de poder que existe dentro de uma cela (barraco é a cela), e os valores que cada um tem que pagar para ficar. Isto aconteceu pois a própria administração do presídio, quando os recursos financeiros diminuíram, passou a manutenção das celas aos presos. Assim, cada um que entra tem que pagar pelo investimento que os que lá estavam empregaram. A segunda passagem é o capítulo “Laranja”, onde o autor fala sobre a obrigatoriedade dos mais fracos assumirem a responsabilidade de fatos ocorridos dentro do pavilhão. Segundo Varella (1999, p. 148), “embora os funcionários saibam que aquele não é o verdadeiro autor do crime ou contravenção, pouco podem fazer contra o código de silêncio que rege a vida no Crime.”

em maior ou menor grau, os usos e costumes, tradição e cultura do estabelecimento prisional.

Muñoz Conde (1982, p. 147) afirma que:

Os efeitos negativos da prisionização para o tratamento ressocializador são evidentes. O interno não só não aceita os valores mínimos cujo respeito se pretende conseguir com o processo ressocializador, senão que aprende outros distintos e ainda totalmente contrários a estes valores. Na prisão o sujeito não aprende a viver em sociedade, senão a prosseguir e, ainda, aperfeiçoar sua carreira criminosa através do contato e das relações com outros delinquentes.<sup>56</sup>

Esta análise crítica é importante, pois evidencia o resultado prático do ingresso do indivíduo na prisão. Estas condições são mais relevantes no momento em que o indivíduo permanece um longo período na instituição. Bitencourt (1993, p. 180-183) ressalta a necessidade de mostrar que a privação de liberdade imposta ao indivíduo favorece ao aparecimento de patologias psicossomáticas e as depressões reativas. Segundo o autor, estas depressões reativas podem desenvolver no indivíduo um quadro depressivo clássico de indiferença, inibição, desinteresse, perda da memória e, até mesmo, a criação de idéias autodestrutivas, podendo chegar ao suicídio.

Para Bitencourt (1993, p. 183):

Os efeitos negativos que a experiência em prisão produz na autoimagem do recluso podem ser atribuídos a causas múltiplas. Porém, uma das mais importantes é que uma instituição total, como a prisão, produz um sentimento de esterilidade absoluta, cuja origem reside na desconexão social e na impotência habitual para adquirir, dentro da prisão, benefícios que sejam transferíveis à vida que se desenvolve lá fora.

Assim, diante desses processos de prisionização que o indivíduo sofre ao entrar na prisão, sem qualquer perspectiva de voltar ao convívio com o meio social livre das marcas, faz com que ele incorpore esses valores negativos, que lhes foram

---

<sup>56</sup> Tradução livre do autor da dissertação: "Los efectos negativos de la prisionización para el tratamiento resocializador son evidentes. El interno no solo no acepta los valores mínimos cuyo respecto pretende conseguir el proceso resocializador, sino que aprende otros distintos y aun totalmente contrarios a estos valores. En la cárcel el sujeto no aprende a vivir en sociedad, sino a proseguir y aun perfeccionar su carrera criminal a través del contacto y las relaciones con otros delincuentes."

atribuídos a partir do primeiro contato com o sistema penal, levando consigo esta carga de estigmas, as quais irão identificá-lo socialmente, prejudicando na relação interpessoal futura.

Os estigmas, causados pela permanência do indivíduo na prisão, o acompanharão, independentemente da pena ter alcançado ou não a ressocialização. Ademais, como afirma Castro (1983, p. 132-3), pela teoria do estereótipo a pessoa só é diferente na medida em que é pré-selecionada, como integrante de uma classe social, para integrar a categoria de delinqüente, e que este, ao ser assinalado, é vítima de uma sociedade dividida em classes.

Diante dos estigmas e estereótipos causados no indivíduo pelo cárcere, este se credencia a ser selecionado novamente pelo sistema, uma vez que passou a pertencer a um determinado grupo: os diferentes. Assim, ao fazer que o indivíduo permaneça mais tempo na prisão, por meio da interpretação restritiva ou mesmo pela vedação imposta pela legislação, o sistema prisional cumpre sua função não declarada de, cada vez mais, selecionar os delinqüentes.

## CAPÍTULO III

### A MAXIMIZAÇÃO DA ESTIGMATIZAÇÃO PELA NÃO PROGRESSÃO DE REGIME

1. Considerações iniciais. 2. Aspectos dogmáticos – a hermenêutica penal na progressão de regime. A restrição da concessão do benefício. Alguns casos concretos. 2.1. Aspectos gerais da interpretação da norma penal. 2.2. A interpretação conforme a ideologia penal dominante. 2.3. A restrição da concessão do benefício da progressão de regime pela via interpretativa (interpretação restritiva) e pela via legislativa (vedação legal – art. 2º, § 1º Lei nº 8.072/90): afronta aos princípios da individualização da pena e da impossibilidade de imposição de penas desumanas. Alguns casos concretos. 2.3.1 A restrição da concessão pela via interpretativa (interpretação restritiva). 2.3.2 A restrição da concessão pela via legislativa. 3. Progressão de regime. O atentado às transformações históricas do instituto. A interpretação restritiva e a vedação legal como formas de aumentar a estigmatização do condenado. 4. A vedação da progressão de regime como forma de atingir as funções não declaradas da prisão

#### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A idéia deste último capítulo é, efetivamente, demonstrar que a interpretação restritiva da progressão de regime prisional e a impossibilidade da concessão do benefício, relativamente aos crimes hediondos, concorrem, acentuadamente, para a estigmatização do condenado.

Primeiramente será feito um cuidadoso, mas não exaustivo, estudo sobre os métodos de interpretação das normas penais, uma vez que um dos objetivos da presente pesquisa é demonstrar que há interpretação restritiva das normas penais. Tanto no caso da interpretação restritiva das normas penais, quanto no caso da vedação legal, a pesquisa será baseada nos pressupostos levantados pelo paradigma da reação social ao demonstrar que a criminalidade é uma realidade seletivamente construída.

## 2. ASPECTOS DOGMÁTICOS – A HERMENÊUTICA PENAL NA PROGRESSÃO DE REGIME. A RESTRIÇÃO DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ALGUNS CASOS CONCRETOS

O discurso ressocializador, como visto, está contido na legislação penal brasileira de maneira explícita, conforme se verifica nos dispositivos pertinentes à matéria, como na parte final da redação do artigo 59 do Código Penal (“...conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.”), e nos artigos 1º (“A execução penal tem por objetivo (...) proporcionar condições para a harmônica integração social ...”) e 10 (“...objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.”), da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84).

Entretanto, é nítido que a execução penal funciona mais como uma forma de estigmatizar o condenado do que segundo aqueles fins originários, históricos e oficialmente instituídos. Um dos mecanismos utilizado é a proibição da progressão de regime, tanto através da interpretação restritiva como pela vedação imposta pela legislação penal (no caso da presente investigação a Lei dos Crimes Hediondos - Lei nº 8.072/90).

Diante disso, duas são as hipóteses a serem consideradas como contributos à estigmatização do condenado, no momento da execução da pena privativa de liberdade:

a) a reiterada manifestação do Poder Judiciário no sentido de impedir a concessão do benefício caso o condenado ainda não tenha cumprido, no regime anterior, o lapso temporal estabelecido para a progressão, independentemente de estar em um regime mais severo por um período maior que o previsto legalmente; e

b) o impedimento legal (§ 1º, do art. 2º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990) da progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos.

É de se ressaltar a importância que a aplicação do instituto da progressão de regime tem na tentativa de minimizar os efeitos da estigmatização e, em raciocínio inverso, a não concessão do instituto produz a maximização da estigmatização.

## 2.1 Aspectos gerais da interpretação da norma penal

Em linhas gerais pode-se dizer que os manuais de Direito Penal indicam que para desvendar o conteúdo da norma é indispensável interpretá-la, buscando, em um processo lógico e científico, a vontade contida na norma jurídica.

Segundo Bruno (1967, p. 198) “o pensamento moderno Hermenêutico nasceu sob a exigência de limitar os poderes dos juízes, em reação ao arbítrio judiciário da época anterior, como resultado da escola exegética ou dogmática, que se formou dentro do Iluminismo do século XVIII.”.

Com o passar dos tempos foram acrescentados e alargados o sentido e os métodos de interpretação. Assim é que autores como Aníbal Bruno, Nélon Hungria, E. Magalhães Noronha, Heleno Cláudio Fragoso, Damásio E. de Jesus, dentre outros, adotaram alguns critérios para o desenvolvimento do processo de interpretação, mas que, retiradas algumas diferenciações de nomenclatura, todos têm, de um modo geral, o mesmo conteúdo acadêmico.

Para tanto, adota-se para a presente pesquisa, a terminologia utilizada por Carlos Maximiliano e Magalhães Noronha, cujas obras são atualizadas até os dias atuais<sup>57</sup>. Cabe ressaltar que foram utilizados estes dois autores, pois a obra de Carlos Maximiliano está mais voltada à interpretação das normas em geral e Magalhães Noronha pois sua obra está relacionada diretamente com o direito penal.

Noronha (1999, p. 72), afirma que a interpretação, com relação ao sujeito, pode ser autêntica, judicial e doutrinária.

A interpretação autêntica é feita pelo próprio legislador, por via de outra lei ou outra disposição, não se compreendendo neste tipo as interpretações realizadas a partir da exposição de motivos que precedem os códigos ou dos comentários

---

<sup>57</sup> As obras de Edgar Magalhães Noronha são revistas e atualizadas por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha.

realizados pelos autores da lei, não constituindo, por consequência, de força obrigatória. De diferente forma, é considerada uma interpretação autêntica a disposição contida na própria lei, como acontece, por exemplo, com o artigo 327 do Código Penal, que conceitua “funcionário público”. A interpretação judicial é a realizada pela atividade judicante, ou seja, nas decisões judiciais, só tendo força nos casos concretos, podendo se constituir numa fonte de direito: a jurisprudência. A interpretação é doutrinária, quando realizada pelos escritores ou comentadores do texto.

Com relação ao meio empregado, a interpretação pode ser realizada pelas seguintes formas: gramatical, literal ou sintática, e a lógica ou teleológica. Para Maximiliano (1997, p. 107), o processo gramatical exige a posse do conhecimento perfeito da língua empregada no texto, informações sobre o autor do texto a ser interpretado, conhecimento sobre o assunto e a certeza da autenticidade do texto analisado. O processo lógico procurar descobrir o “(...) alcance de expressões do Direito sem o auxílio de nenhum elemento exterior; (...) pretende do simples estudo das normas em si, ou em conjunto, por meio do raciocínio dedutivo, obter a interpretação correta.” (Cf. MAXIMILIANO, 1997, p. 123).

No mesmo sentido, Noronha (1999, p. 73) diz que enquanto a interpretação gramatical deve preceder a qualquer trabalho exegético, para se fixar, primeiramente, a aceção dos termos usados pelo legislador, a interpretação teleológica busca a vontade da lei.

Outros elementos devem ser observados para se obter uma boa interpretação. Deve-se observar o *elemento sistemático* – que leva a confrontar a disposição em análise com outras da mesma lei – a *rubrica* da lei – que é o elemento de valor – o *elemento histórico* – já que o direito objetivo não se isola no tempo, pois é resultante de evolução histórica – a *legislação comparada* – pois uma lei pode se inspirar noutra de país estrangeiro, devendo, pois, conhecer sua objetividade e origem – e, finalmente, os elementos *extrajurídicos* e *extrapenais* – pois se deve considerar o meio político-social em que a lei veio a luz, como também os conceitos de outras ciências que o direito se relaciona (Cf. NORONHA, 1999, p. 73-74).

Segundo Maximiliano (1997, p. 128), o processo sistemático de interpretação consiste "(...) em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto."

Noronha (1999, p 73-74) aduz ainda que, quanto aos resultados, a interpretação pode ser declarativa, restritiva, extensiva e progressiva. Diz-se declarativa, quando, para a harmonia e compreensão do texto legal, não há necessidade de restringir ou estender o seu sentido. É restritiva quando se restringe o alcance das palavras usadas no texto, em virtude de que a linguagem da lei disse mais do que a vontade nela contida. Diz-se extensiva quando, para fazer as palavras alcançarem a vontade da lei, é necessário ampliar seu sentido ou alcance. Deve-se lembrar que, tanto a interpretação restritiva quanto a extensiva, não pretende corrigir a norma, mas apenas restaurar-lhe o seu sentido verdadeiro. Finalmente, quanto aos resultados, a interpretação pode ser progressiva, que se faz quando novas concepções entram no âmbito da lei, como por exemplo, as transformações sociais, científicas e jurídicas.

Visto os conceitos tradicionais de interpretação da norma penal, faz-se mister observar alguns outros princípios a que deve ajustar-se toda interpretação da norma penal. São quatro os princípios: a proscrição da analogia, a interpretação restritiva ou o princípio do *in dubio pro reo*, princípio da intranscendência ou de personalidade de pena, e o princípio da humanidade.

a) Princípio da proscrição da analogia: diferentemente do Direito Civil, visto que neste é possível aplicar a analogia<sup>58</sup>, o Direito Penal veda completamente sua aplicação. Zaffaroni (1997, p. 174) ensina que a analogia, que é vedada pelo Direito Penal, é aquela que visa completar o texto legal de maneira a estendê-lo para proibir o que a lei não proíbe, para considerar antijurídico o que ela nada diz. Tal vedação é consectário do princípio da legalidade, previsto na legislação brasileira, tanto no Código Penal (artigo 1º), como na Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, XXXIX).

---

<sup>58</sup> Diz o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

Entretanto, como lembra Zaffaroni (1997, p. 176), a analogia como forma de pensamento não é vedada, uma vez que quando se aplica um princípio a um certo grupo de casos, não havendo uma disposição legal que diga o contrário, não há necessidade de se abster de utilizá-la a casos que se encontram numa mesma situação.

Neste sentido, completa Zaffaroni que:

Se não aplicássemos a analogia na lógica jurídica, nosso trabalho seria praticamente irrealizável, porque o pensamento humano recorre iniludivelmente à analogia; a comparação é imprescindível ao raciocínio.

b) A interpretação restritiva ou o princípio do *in dúbio pro reo*: O princípio do *in dúbio pro reo* é amplamente aceito no Direito Processual Penal, mas sofre alguns questionamentos no âmbito do Direito Penal. Diante disso, a interpretação da lei penal pode ser extensiva, literal e restritiva, quanto ao alcance da punibilidade.

Segundo Zaffaroni (1997, p. 177), há um limite semântico do texto legal, além do qual não se pode estender a punibilidade. Diante disso, é possível realizar uma interpretação mais extensiva ou mais restritiva de punibilidade, observando determinados limites. Assim, Zaffaroni expressa seu pensamento sobre a analogia em três conclusões, a saber:

b.(1) a interpretação extensiva é vedada se for para considerar a inclusão de hipóteses punitivas que não são toleradas pelo limite máximo da resistência semântica da letra da lei, pois deixaria de ser interpretação para ser analogia;

b.(2) não aceita qualquer regra convincente dentro dos limites semânticos do texto, pois não se pode distinguir onde a lei não faz, a menos que haja determinação para tal e que a distinção não sirva para aumentar a punibilidade;

b.(3) diante de duas interpretações possíveis, uma mais ampla e outra mais restrita, é que se admite a utilização do princípio do *in dúbio pro reo*.

Finaliza, Zaffaroni afirmando que:

Não obstante, esse princípio não tem um valor absoluto, porque bem pode ocorrer que o sistema entre em choque com a expressão entendida em seu sentido restrito e se harmonize com seu sentido amplo, o que em tal caso nos autoriza a interpretação mais abrangente, porque tem caráter absoluto o princípio da racionalidade da ordem jurídica, que é o próprio pressuposto de nossa atividade científica.

#### c) O princípio da intranscendência ou de personalidade da pena

Conforme este princípio, a lei penal e, mais precisamente, a pena, não pode ultrapassar os limites da(s) pessoa(s) envolvida(s) com o fato juridicamente analisado. Assim, a interpretação da norma deve ser realizada no momento de sua aplicação, e em todas as fases processuais, ou seja, desde a deflagração da ação penal até a execução da pena, na eventual sentença condenatória, pois a atividade interpretativa não se esgota com a análise do caso concreto e sua pertinente adequação à abstração da norma, mas também durante a execução da pena.

Este princípio está previsto no artigo 5<sup>o</sup>, inciso XLV da Constituição Federal de 1988 e no artigo 5<sup>o</sup>, parágrafo 3<sup>o</sup> da Convenção Americana sobre Direitos humanos – “Pacto de San José de Costa Rica – 1969”.<sup>59</sup>

#### d) O princípio de humanidade

O princípio da humanidade significa a necessidade da existência de uma equivalência entre o delito praticado e sua respectiva consequência jurídica: a pena. Este princípio é deduzido na Constituição Federal de 1988, no artigo 5<sup>o</sup>, inciso XLVII, o qual veda as penas de morte (salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, inciso XIX da Constituição Federal), perpétua, de banimento, trabalhos forçados e penas cruéis. A Convenção Americana sobre Direitos humanos – “Pacto de San José de Costa Rica – 1969”, no artigo 5<sup>o</sup>, parágrafo 2<sup>o</sup>, estabelece que

---

<sup>59</sup>“Artigo 5<sup>o</sup>, inciso XLV da Constituição Federal de 1988: nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

“Artigo 5<sup>o</sup>, parágrafo 3<sup>o</sup> da Convenção Americana sobre Direitos humanos – ‘Pacto de San José de Costa Rica – 1969’: a pena não pode passar da pessoa do delinqüente.”

ninguém deverá ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Neste sentido, Zaffaroni (1997, p. 179) afirma que o princípio de humanidade é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente como também qualquer consequência indelével do delito. Conclui o autor que:

(...) a república pode ter homens submetidos à pena, “pagando suas culpas”, mas não pode ter “cidadãos de segunda”, sujeitos considerados afetados por uma *capitis diminutio* para toda a vida. Toda a consequência jurídica de um delito – seja ou não uma pena – deve cessar em algum momento, por mais longo que seja o tempo que deva transcorrer, mas não poder ser perpétua no sentido próprio da expressão.

Neste sentido a interpretação interfere diretamente nos processos de estigmatização e seletividade da criminalização de condutas dos indivíduos, uma vez que ela (a hermenêutica) vai dar o exato contorno nas decisões judiciais, dependendo, sobretudo, da identidade social do sujeito criminalizado.

## 2.2 A interpretação conforme a ideologia penal dominante

O funcionamento seletivo do sistema penal<sup>60</sup> está, por um lado, relacionado com a defasagem entre a programação penal e os recursos disponíveis do sistema para sua operacionalização (seletividade quantitativa), e por outro diretamente relacionado com a especificidade da infração e as conotações sociais das pessoas envolvidas (seletividade qualitativa) (Cf. ANDRADE, 1997, p. 266).

Esta distribuição seletiva, traduzida pelo predomínio desproporcionado da criminalização de condutas nas classes sociais inferiores pelas instâncias de controle e nas estatísticas oficiais da criminalidade em detrimento da imunização da classe alta, deve ser interpretada, segundo Dias e Andrade (1997, p. 385) como uma consequência sistematicamente produzida.

---

<sup>60</sup> Sobre a teoria da seletividade, ver item 2.4, do primeiro capítulo, desta dissertação

Neste sentido, Baratta (1999, p. 179) afirma que:

Tal distribuição desigual, em desvantagem dos indivíduos socialmente mais débeis, isto é, que têm uma relação subprivilegiada ou precária com o mundo do trabalho e da população, ocorre segundo as leis de um código social (*second code*) que regula a aplicação das normas abstratas por parte das instâncias oficiais.

A hipótese da existência deste *second code* significa a refutação do caráter fortuito da desigual distribuição das definições criminais, ocasionado principalmente pelos estereótipos, associados às “teorias de todos os dias” (senso comum), sobre a criminalidade e a pena.

Andrade (1997, p. 269), conclui que a influência desta multiplicidade de variáveis decisórias extralegais favorece o surgimento de uma “imagem estereotipada e preconceituosa da criminalidade que, pertencente ao *second code* da Polícia, do Ministério Público e dos juízes, (assim como no senso comum dos cidadãos), condiciona suas subseleções que têm, por outro lado, um caráter conservador e reprodutivo das assimetrias de que, afinal, se alimentam os estereótipos”.

Da mesma forma DIAS e ANDRADE (1997, p. 541) enfatizam que os estereótipos “operam claramente em benefício das pessoas que exibem os estigmas da respeitabilidade dominante e em desfavor dos que exibem os estigmas da associabilidade e do crime”.

2.3 A restrição da concessão do benefício da progressão de regime pela via interpretativa (interpretação restritiva) e pela via legislativa (vedação legal – art. 2º, § 1º Lei nº 8.072/90): afronta aos princípios da individualização da pena e da impossibilidade de imposição de penas desumanas. Alguns casos concretos

Diante da não superação do atual sistema penal, é importante que se minimize ao máximo os efeitos dos estigmas causados pela condenação, em especial pelo cárcere, devido ao afastamento social produzido pela prisão no encarcerado.

Assim é que, diante do pressuposto de que o cárcere é uma realidade, o instituto da progressão do regime, dentre outros (por exemplo a suspensão condicional da pena, livramento condicional), tem a finalidade específica de proporcionar o gradativo retorno do condenado ao 'convívio harmônico da sociedade livre', reduzindo os males da estigmatização. Inversa e conseqüentemente, a restrição na aplicação do benefício, tanto na vedação legal imposta pela Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos) ou pela interpretação restritiva do instituto, que reduzem ou impossibilitam a aplicação do benefício, os efeitos da estigmatização passam a ser sentidos de maneira mais intensa e direta pelo condenado, como também, indiretamente, pelos demais integrantes do corpo social.

### 2.3.1 A restrição da concessão pela via interpretativa (interpretação restritiva)<sup>61</sup>

Neste primeiro aspecto serão abordados o sentido restritivo da interpretação da norma penal e sua implicação na concessão do benefício da progressão de regime, com a conseqüente maximização da estigmatização do indivíduo.

Para este ponto específico será trazido um caso concreto no qual, diante da possibilidade de uma interpretação mais sensível e menos extensiva nos limites da punibilidade, verificou-se exatamente o contrário. Opinando na mesma direção do Ministério Público Estadual, o juiz da execução penal indeferiu o pedido de progressão de regime da pena privativa de liberdade, determinando que o condenado não teria direito ao benefício.

Como se trata da análise de um caso concreto<sup>62</sup>, far-se-á um breve relatório dos fatos e das decisões proferidas pelo órgão judicial.

---

<sup>61</sup> Cabe frisar que o caso concreto trazido para estudo não significa que este seja o entendimento do Poder Judiciário, mesmo porque há várias decisões em contrário, concedendo a progressão de regime, ainda que o indivíduo não tenha passado pelo regime intermediário (por exemplo a decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 97.03.056639-1, publicado no DJU de 14.11.2000, seção 2, p. 296), muito embora a decisão do TJSC (analisada na presente dissertação) represente o entendimento da ideologia penal dominante, a qual serve para a comprovação de nossa hipótese inicial.

O indivíduo já condenado requereu, ao juiz da execução da sentença, a progressão de seu regime prisional, tendo em vista que, após a soma e unificação das penas privativas de liberdade, o mesmo teria sido condenado a 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 17 (dezesete) dias de reclusão, a serem cumpridos a partir de 17.08.98 - data do último trânsito em julgado - tendo sido fixado o regime fechado como inicial ao cumprimento da reprimenda.

Feito o cálculo da pena, para efeitos de progressão de regime, ficou determinado que poderia, efetivamente, progredir para o regime semi-aberto no dia 19 de março de 1999. Entretanto o pedido para a progressão de regime somente foi efetuado no dia 18 de agosto de 1999 e deferido no dia 03 de setembro de 1999, ou seja, o indivíduo já tinha cumprido 5 meses e 13 dias a mais no regime fechado. Frise-se: não por demérito, mas por inércia na execução de sua pena. Este pedido de progressão para o regime semi-aberto foi deferido.

Para a progressão ao regime aberto o condenado deve cumprir mais 1/6 da pena restante, ou seja, no caso em análise, o indivíduo deveria cumprir mais 179 dias. Entretanto, fica a pergunta: estes 179 dias devem ser computados a partir de 19 de março de 1999 – **dia que deveria progredir ao regime semi-aberto** – , ou a partir do dia 03 de setembro de 1999 – **data da efetiva progressão**? No primeiro caso, resultaria na progressão para o regime aberto no dia 15 de setembro de 1999, já no segundo somente em 25 de janeiro de 2000.

A interpretação do magistrado e do representante do Ministério Público, foi pela segunda opção, ou seja, foi indeferido o pedido de progressão para o regime aberto. Houve recurso para o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o qual manteve

---

<sup>62</sup> Este caso ocorreu na 1ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma (SC) – Justiça Estadual – e foi processado nos autos nº 020.96.004577-5 e julgado em grau de recurso pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no Recurso de Agravo nº 99.019599-6, cujo relator foi o Des. Genésio Nolli. Presidiu o julgamento do Acórdão o Exmo. Sr. Des. Amaral e Silva, e participaram do mesmo, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Souza Varella, e lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho. Os dados aritméticos do cálculo da pena não constam da presente pesquisa pois eles não foram contestados. A discussão cinge-se apenas na obrigatoriedade da permanência do condenado no regime anterior mais rigoroso, pelo lapso temporal exigido legalmente (1/6 da pena, conforme artigo 112, da Lei de Execução Penal), ainda que, no regime inicial (fechado), tenha ficado mais tempo que o previsto.

a decisão de primeiro grau. O argumento utilizado, tanto pelo representante do Ministério Público, pelo magistrado sentenciante de primeiro grau como pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina foi sempre o mesmo: a interpretação do artigo 112 da Lei de Execução Penal diz que o condenado deve cumprir 1/6 da pena em cada regime, contando-se este prazo a partir do momento em que teve efetivamente deferida a sua progressão e não da data em que deveria progredir.

Para uma melhor visualização dos argumentos expendidos pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, segue a ementa e alguns trechos do acórdão:

RECURSO DE AGRAVO. PROGRESSÃO DE REGIME. LAPSO TEMPORAL DE UM SEXTO NÃO CUMPRIDO. EXECUÇÃO DA PENA EM FORMA PROGRESSIVA. RECURSO DESPROVIDO.

Quando se tratar de segunda progressão, isto é, do regime semi-aberto para o aberto, o requisito temporal será calculado pelo restante da pena.

O preso deve cumprir um sexto da pena em cada regime, contando-se este prazo a partir do momento em que teve efetivamente deferida a sua progressão e não da data em que deveria progredir.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso de agravo n. 99.019599-6, da Comarca de Criciúma (1ª Vara Criminal/Execuções Penais), ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

(...)

Centra-se o recurso na discussão acerca da interpretação que deve ser dada ao art. 112 da Lei de Execuções Penais, isto é, se a sexta parte da pena, requisito objetivo para a obtenção da progressão, deve ser contada da data em que o reeducando deveria progredir ou da data em que efetivamente progrediu passando a cumprir a pena em novo regime.

(...)

Dessome-se da melhor hermenêutica, que o preso deve cumprir um sexto da pena em cada regime, contando-se este prazo a partir do momento em que teve deferida a sua progressão, e não, conforme quer fazer crer a defesa, da data em que deveria progredir.

(...)

E, *in casu*, verificou-se que o recorrente após iniciar o cumprimento da pena no regime fechado, cumprido um sexto da pena e lhe sendo favorável o requisito subjetivo, obteve progressão para o regime semi-aberto. Entretanto, não cumpriu a sexta parte no regime semi-aberto, o que inviabiliza a progressão para o regime aberto(...).

Bem apropriada a colocação da Promotora quando disse:

Caso fosse encampado o posicionamento do agravante, chegar-se-ia ao que se chama de progressão de regime per saltum, ou seja, imagine-se o exemplo de uma pessoa que tenha sido condenada à pena de 3 anos de reclusão em regime fechado e deixe transcorrer 1 ano sem ingressar com qualquer pedido de progressão para o regime semi-aberto, no entender do agravante, estaria autorizada a ser transferida diretamente do regime fechado para o aberto, pois seria levada em consideração simplesmente a data pela qual deveria progredir e não progrediu, deixando-se de lado o dia em que efetivamente ocorreu a progressão.

Destarte, em se adotando a interpretação do recorrente, estar-se-ia deixando de observar a execução em forma progressiva da pena, conforme explicitado no exemplo acima.

Assim, diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Este critério adotado poderia ter sentido, caso a negação ao direito de progressão tivesse ocorrido em face do requisito subjetivo da concessão do benefício, ou seja, pelo discurso tradicional, o indivíduo não estaria apto a voltar ao convívio da sociedade livre pois não estaria “reeducado”, “ressocializado” e “recuperado”, ou seja, não estaria apto a ser “reinserido” na sociedade. O critério objetivo – tempo de cumprimento da pena – em se tratando de matéria penal, na dúvida quanto a correta interpretação, deve-se fazer a que mais o beneficie.

Poder-se-ia pensar que a razão da decisão seria um equívoco de interpretação levada a efeito pelos órgãos judiciais, pois, conforme Barroso (1996, p. 115) a hermenêutica penal não permite que se interprete extensivamente as regras punitivas, bem como, proíbe a interpretação restritiva de regras que estabelecem benefícios, em virtude das próprias razões de existência do Direito Penal como limitador do poder punitivo do Estado. Neste caso concreto, o sistema penal não teria feito a distinção quando deveria, tornando-se injusto, pois deu uma interpretação restritiva excedendo nos limites do poder de punibilidade do Estado.

Deve-se observar, no entanto, que se este método interpretativo, qual seja, a de levar em consideração a data que **efetivamente houve a progressão** ignorando a data que **deveria progredir**, seja considerado correto, chegaríamos a algumas situações que, no mínimo, causaria espanto por sua incoerência, sem contar com os incomensuráveis prejuízos aos apenados.

Esta regra somente teria validade em um sistema que funcionasse de forma ideal, ou seja, se no dia correto o condenado tivesse automaticamente seu regime de cumprimento alterado. Este ideal somente funciona, na prática, quando acontece o inverso, ou seja, na regressão de regime. Um indivíduo que está cumprindo pena no regime aberto e comete uma falta, no mesmo momento ele é transferido para o regime fechado e, dependendo do caso, para o completo isolamento (em muitos presídios e penitenciárias, o isolamento é um castigo, e o seu local é chamado de “zero”).

É o funcionamento seletivo do sistema penal que está presente. O processo ocorreu com a utilização perversa de uma hermenêutica questionável, ou seja, é a velada ideologia penal dominante, demonstrável a partir do princípio da seletividade, em especial pelo *second code* que passa a desnudar todo o sistema. Como se não bastasse a quantidade de leis que aumentam a punibilidade seletiva e a repressão, as decisões judiciais estão caminhando, cada vez mais, no sentido de estabelecer um maior rigor no cumprimento das penas privativas de liberdade.

A própria Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, em seus artigos 67 e 68, assevera que a responsabilidade para a fiscalização da execução penal é do Ministério Público que será o grande guardião da execução penal. Assim estão redigidos tais artigos:

Art. 67 – O **Ministério Público fiscalizará a execução da pena** e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução. (grifo nosso)

Art. 68 – Incumbe, ainda, ao **Ministério Público**:

a) a d) (...) omitido

e) a conversão de penas, **a progressão ou regressão nos regimes** e a revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional; (grifos nossos)

Empregando o método da interpretação literal ou gramatical, pode-se dizer que a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal trilha pelo caminho da restrição do direito à progressão do benefício, pois está estampado no item 120 da referida Exposição de Motivos:

120 – Se o condenado estiver no regime fechado não poderá ser transferido diretamente para o regime aberto. Esta progressão depende do cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime semi-aberto, além da demonstração do mérito, compreendido tal vocábulo como aptidão, capacidade e merecimento, demonstrados no curso da execução.

Entretanto, a interpretação restritiva deste item 120 da Exposição de Motivos, notadamente diante do descontrole da execução penal brasileira, leva ao absurdo de, por exemplo, considerar que um condenado a uma pena de três anos, inicialmente no regime fechado, que fosse esquecido dentro da penitenciária, sem a progressão ao regime menos rigoroso que teria direito e tivesse cumprido totalmente

sua pena, não poderia sair da prisão, pois não passou pelos regimes semi-aberto e aberto.

Tal como outros institutos desprisonalizadores, como o livramento condicional, as penas alternativas, a suspensão condicional da pena, as saídas temporárias e a progressão de regime têm, invocando a interpretação teleológica, o objetivo de evitar a aplicação da medida extrema da prisão e, se esta for a última solução, que lá se mantenha o mínimo de tempo possível o “delinqüente”, para evitar ao máximo os efeitos perversos da prisionização.

Assim, a interpretação restritiva dada ao artigo 112 da Lei de Execução Penal, à luz da expressão “(...) quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior (...)”, tomou-se como parâmetro a necessidade incondicional de se ter cumprido 1/6 (um sexto) da pena em todos os regimes, independente de qualquer fato novo, olvidando-se o legislador e seu intérprete em alcançar determinadas situações.

Finalmente, verifica-se que não foi legalmente contemplada a hipótese na qual o apenado fica mais tempo em um determinado regime do que o necessário para sua reintrodução no seio da sociedade. Ante a omissão do legislador nasce a lacuna que deverá ser suprida pela interpretação mais abrangente e razoável possível e, quando necessário, mais favorável ao condenado.

### 2.3.2 A restrição da concessão pela via legislativa

Para o que se pretende realizar, neste segundo aspecto será feita uma análise do dispositivo legal (art. 2º, § 1º Lei nº 8.072/90)<sup>63</sup>, que veda a progressão de regime, face à afronta ao princípio da individualização da pena, aplicada pelo

---

<sup>63</sup> Diz o artigo art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.”

sistema penal<sup>64</sup>, e o conseqüente aumento da estigmatização do indivíduo condenado.

Costa Jr. (1999, p. 132) adverte que:

A lei dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90) estabeleceu nova exceção, em seu art. 2º, § 1º, vedando a progressão no regime, determinando o cumprimento da pena, integralmente, no regime fechado. Entretanto, tem-se apontado, com acerto, a inconstitucionalidade desse dispositivo legal, por ferir o princípio da individualização da pena, agasalhado expressamente no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

O relevo desta demonstração, ressalta-se pelo fato de que, além de inconstitucional, pois houve reforma do texto onde não havia a autorização do constituinte originário, a norma aplicada atenta contra o instituto da progressão de regime, ferindo os princípios da individualização da pena e da impossibilidade da existência de penas cruéis, mostrando-se como mais um mecanismo de restrição de benefícios e conseqüente de maior estigmatização do condenado, ainda que para isso seja necessário impor normas inconstitucionais.

Analisando sistematicamente, é de notar que a progressão de regime é conseqüência do princípio da individualização da pena, o qual está inserido em norma constitucional (art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal brasileira), bem como do princípio da humanidade, que significa a necessidade da existência de uma equivalência entre o delito praticado e sua respectiva conseqüência jurídica, que também está deduzido na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XLVII e na Convenção Americana sobre Direitos humanos – “Pacto de San José de Costa Rica – 1969”, no artigo 5º, parágrafo 2º.

No exame do dispositivo, verifica-se que o constituinte originário determinou ao legislador ordinário (“Art. 5º, inciso XLIII da CF/88: **“a lei considerará(...)”**) apenas que regulamentasse tal dispositivo no sentido de dizer quais seriam os crimes considerados hediondos ou a eles equiparados (equiparou aos crimes

---

<sup>64</sup> Por exemplo, é o que ocorre, na seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas-corpus* nº 69.603-1. Ementa: “Execução Penal. Habeas-corpus. Regime prisional. Crimes hediondos. Cumprimento da pena em regime fechado. Art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Alegação de ofensa ao art. 5º, XLVI, da Constituição. Inconstitucionalidade não caracterizada. Individualização da pena. Publicado no ementário nº 1700-4, publicado no Diário da Justiça de 23 de abril de 1993.

hediondos a prática da tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo), pois todas as limitações já estavam contidas na norma constitucional.

Da mesma forma, a tentativa da Dogmática em dar tratamento equânime nas decisões judiciais também não é atingido e é revelado na aplicação da lei penal nos casos concretos. A desigualdade é mostrada tanto no amplo repertório de decisões dos diversos Tribunais Superiores, quanto na doutrina que aprecia a matéria. A questão da vedação legal da progressão de regime é debatida desde a edição da Lei dos Crimes Hediondos, mas tomou força com a edição da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que definiu os crimes de tortura<sup>65</sup>.

Sobre o tema, Franco (1997, p. 2) adverte que:

A colisão entre as duas posições é flagrante, evidenciando uma desuniformidade de perspectivas que contraria o sentido emprestado ao texto constitucional. O ordenamento jurídico constitui um sistema racional de normas e, como tal, não suporta contradições internas. Não há razão lógica que justifique a aplicação do regime progressivo aos condenados por tortura e que negue, ao mesmo tempo, igual sistema prisional aos condenados por crimes hediondos ou de tráfico ilícito de entorpecentes. Nem sob o ponto de vista do princípio da lesividade, nem sob o ângulo político-criminal, há possibilidade de considerar-se a tortura um fato delituoso menos grave em confronto com os crimes já referidos.

É de notar também que, além de novas disposições legais (como exemplo, pode-se citar a Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997), a caracterização da desigualdade está nas decisões judiciais, quando permitem para uns a progressão de regime e vedam para outros. Como exemplo, pode-se citar o posicionamento dos Ministros Marco Aurélio Mello e Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal, que consideram inconstitucional a vedação legal, quanto à progressão de regime, para os crimes hediondos ou a eles equiparados. Entretanto, no mesmo tribunal,

---

<sup>65</sup> A Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que definiu o crime de tortura (equiparado constitucionalmente ao crime hediondo), prevê em seu artigo 1º, § 7º, a possibilidade da progressão de regime. Assim, há diversos julgados entendendo que houve uma derrogação tácita do disposto do artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que veda a progressão de regime, em virtude de que a Constituição Federal deu tratamento isonômico aos crimes equiparados aos hediondos como o tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e a tortura. Neste sentido decidiu, recentemente a 10ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, nos Embargos Infringentes nº 1174517-4, Rel. Des. Ary Casagrande, por votação unânime, em 16 de agosto de 2000.

outros Ministros indeferem os pedidos de progressão de regime, em recursos que lá chegam, argüindo a constitucionalidade do dispositivo legal que o veda.<sup>66</sup>

Vê-se, pois, que tanto do plano legal, quanto do plano técnico jurídico, a progressão de regime é atacada, demonstrando que, cada vez mais, para o instituto não há certeza de uniformidade das decisões. Em conseqüência, o que ocorre é um aumento do tempo de permanência do indivíduo na prisão, refletindo em uma maior estigmatização do condenado.

### 3. PROGRESSÃO DE REGIME. O ATENTADO ÀS TRANSFORMAÇÕES HISTÓRICAS DO INSTITUTO. A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA E A VEDAÇÃO LEGAL COMO FORMAS DE AUMENTAR A ESTIGMATIZAÇÃO DO CONDENADO.

Diante da presença constante dos meios de comunicação, tentando fazer com que se deva buscar alternativas aos problemas do sistema penal brasileiro, tais como, violência urbana e excesso de crimes brutais (homicídio, latrocínio, tráfico de entorpecentes, roubo, extorsão mediante seqüestro, etc), a solução encontrada sempre é a de proporcionar um sistema penal mais eficiente, o que significa aumentar as penas segregativas, fazendo com que o indivíduo condenado permaneça mais tempo na prisão.

Neste sentido, Assis Moura (2000, p. 353), lembra que:

O binômio criminalidade e violência ocupa, como realçado por Anabela Miranda Rodrigues, lugar de destaque, com a eclosão da criminalidade organizada e de massa. E estes fenômenos, amplamente divulgados pela mídia, são os principais responsáveis pela adoção da chamada "política de segurança", cujo exemplo marcante, entre nós, está na Lei 8.072/90, que trouxe ao cidadão falsa idéia de que o "endurecimento" poderia reduzir a impunidade ou a criminalidade, ainda que com a violação a garantias constitucionais, em especial, a da individualização da pena.

Este pensamento está em conformidade com o chamado "Movimento de Lei e Ordem". Este movimento caracteriza-se pela reação às conseqüências dos

---

<sup>66</sup> O anexo 2 traz cópia do voto dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 70.467-1, o qual indeferiu pedido de progressão de regime

fenômenos da criminalidade, propondo que a pena seja um castigo e uma retribuição, devendo o condenado permanecer um longo período na prisão, de preferência sendo esta de segurança máxima. Segundo Bissoli Filho (1998, p. 72), o “Movimento de Lei e Ordem” propugna também a diminuição dos poderes dos juízes, na individualização e execução da pena.

Dentro desta perspectiva, ignoram-se os direitos individuais, fazendo do cárcere o principal mecanismo para a perda da liberdade e da igualdade, que derivam da dignidade humana. Segundo Fernandes (1999, p. 7) a perda dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade representa a degradação da pessoa humana, assim como a tortura e o tratamento desumano, que hoje são expressamente vedados pela Constituição Federal de 1988.

Além da direta inconstitucionalidade do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos e da interpretação restritiva, no sentido de impedir a progressão de regime, serem atentatórios às bases históricas do instituto, há também a violação dos direitos à dignidade humana. Assim, quanto mais tempo o condenado permanecer na prisão mais tempo estará em contato com o sofrimento, o que equivale dizer que maiores serão suas chances de resultar mais estigmatizado.

O tratamento degradante é observado nas condições desumanas que são submetidos os encarcerados. Estas condições foram apuradas por organizações como a Anistia Internacional que, em seu último relatório anual (1999, p. 34) divulgou suas conclusões, afirmando que:

As violações sérias dos direitos humanos são, em parte, resultado de problemas estruturais e administrativos do sistema penal brasileiro: os longos períodos de encarceramento, tanto de presos provisórios quanto condenados, sob custódia da polícia e não em instituições penais; a perigosa insuficiência de pessoal carcerário e de treinamento do mesmo; a assistência médica inadequada; e a escassez de assistência jurídica gratuita para os detentos pobres. Recursos humanos insuficientes e de baixa qualidade, corrupção e má administração são fatores que contribuem para a violência e as violações dos direitos humanos nos locais de detenção.

Entretanto, pode-se observar com clareza que o instituto da progressão de regime prisional, diga-se, o encarcerado, sofre a maior agressão quando se constata

a violação aos próprios fundamentos originais do instituto, bem como a contradição interna em seus próprios elementos, pois ao mesmo tempo em que a Lei dos Crimes Hediondos veda completamente a progressão de regime prisional, àqueles crimes lá previstos, permite a concessão do livramento condicional.

Assim, é de se perceber que, enquanto o instituto da progressão de regime visa a gradativa “re” incorporação do encarcerado à sociedade, a Lei dos Crimes Hediondos veda a chamada progressão de regime “*strictu sensu*”, (regime fechado ao semi-aberto e este ao aberto) mas permite que o mesmo seja imediatamente colocado na sociedade livre, independentemente de adaptação ao meio. Diz o artigo 83 do Código Penal brasileiro:

Art. 83. O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:  
I a IV – omitido  
V – cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

É de ser considerado que o Código Penal e a Lei de Execução Penal prevêm uma sucessiva concessão de direitos e benefícios, tais como regalias internas (art. 56, da LEP), saídas temporárias (arts. 120 e 122, da LEP), progressão de regime “*strictu sensu*” (art. 112, da LEP), trabalho externo (art. 36 da LEP), bem como o livramento condicional (art. 83 do Código Penal), como a última etapa da progressão “*latu sensu*”, justamente visando incentivar o bom comportamento, bem como à tentativa de ressocializar o “delinqüente”.

O fracasso da ideologia do tratamento se mostra em suas próprias contradições internas, uma vez que a progressão de regime é uma forma declarada de se tratar o indivíduo aprisionado, e as péssimas condições atuais do sistema prisional, jamais permitirá acontecer esta e qualquer outra finalidade.

Diante deste ambiente e fazendo com que o indivíduo fique o maior tempo possível na prisão, através da negação ao direito de progredir de regime e de um tratamento humano indigno, o cárcere provoca a neutralização do condenado (teoria

relativa de prevenção especial, negativa, da pena), principalmente nos aspectos sociais.

Zaffaroni (1996, p. 134) adverte que:

A carga estigmática produzida por qualquer contato do sistema penal, principalmente com pessoas carentes, faz com que alguns círculos alheios ao sistema penal aos quais se proíbe a coalizão com estigmatizados, sob pena de considerá-los *contaminados*, comportem-se como continuação do sistema penal.

Cabe registrar que a carga estigmática não é provocada pela condenação formal, mas pelo simples contato com o sistema penal. Os meios de comunicação de massa contribuem para isso em alta medida, ao difundirem fotografias e adiantarem-se às sentenças com qualificações como 'vagabundos', 'chacais', etc.

Percebe-se, assim, que ao ser vedada a possibilidade de concessão do instituto da progressão de regime, entendido em sua forma mais ampla (trabalho interno, externo, livramento condicional, etc) bem como na gradativa passagem de um regime mais severo a outro menos severo, (progressão em sentido estrito), concorre-se, incisivamente, à maximização da estigmatização do indivíduo.

Segundo Zaffaroni (1996, p. 135), o sistema penal não se trata de um acordo externo, mas um tratamento integrado em um complexo processo de deterioração no qual a prisão realiza a parte mais importante e perfeitamente legalizado através de registros de reincidência, da possibilidade de impedir ou dificultar qualquer exercício de trabalho honesto por parte das agências do sistema penal que se ocupam em propagar a imagem do criminalizado, de privar a liberdade do indivíduo periodicamente, de tomar os antecedentes como provas de sua culpabilidade, dentre outros.

Assim é que a prisão apenas produz, segundo Karam (1993, p. 184-185) um setor de marginalização social e tem importantes funções na manutenção e reprodução da formação social capitalista, principalmente na construção e na propagação da imagem do criminoso, do perigoso, do inimigo, etc., imagem formada basicamente a partir do perfil dos apenados, selecionados nas camadas mais baixas e marginalizadas da população. Afirma, ainda, a autora que:

(...) a prisão tem, hoje, entre suas funções reais, o fornecimento de mão-de-obra para as atividades ligadas à circulação ilegal do capital, mão-de-obra cujo recrutamento se faz, preferencialmente, entre a população criminalizada, impedida de exercer qualquer trabalho honesto, pelos mecanismos de rejeição, produzidos e incentivados pelas próprias agências do sistema penal.

Castro (1983, p. 132) lembra que ao ser enviado ao cárcere, o indivíduo tem suas possibilidades de regressar à vida social normal diminuídas, ou pelo menos muito difíceis, pois os seus antecedentes aumentaram sua vulnerabilidade. Importante contribuição é dada por Zaffaroni (1996, p. 268), ao afirmar que uma pessoa se coloca nesta situação vulnerável quando há sua seleção pelo sistema penal, bem como esta é utilizada para justificar o exercício do poder, sendo, portanto, o grau de vulnerabilidade que define a seleção e não o cometimento do injusto, em virtude de que há inúmeros casos – por vezes até piores – que o sistema penal se acha indiferente.<sup>67</sup>

Assim, é que, em relação à interpretação restritiva e a vedação legal, quanto a concessão do benefício da progressão de regime, o indivíduo ao permanecer mais tempo na prisão, faz de sua vulnerabilidade uma possibilidade, ou seja, diante da tendência de se fazer com que os “delinqüentes” permaneçam o maior tempo possível na prisão, há uma maior chance deste indivíduo ser selecionado pelo sistema penal.

O impedimento da concessão do benefício da progressão de regime, em qualquer de suas formas, provoca no encarcerado a sensação de indignidade e surpresa, pois ao mesmo tempo em que, historicamente, o instituto propaga que deve existir uma gradativa e progressiva readaptação do “delinqüente” à sociedade, o poder punitivo do Estado o afasta desta. Tal postura, identifica uma ruptura às bases fundacionais do instituto, pois promove uma diferença de tratamento no seu próprio discurso interno, no seguinte sentido:

a) com relação à interpretação restritiva pode, em uma possibilidade radical, I,  
fazer com que o indivíduo seja “esquecido” no cárcere e, sem ter havido a progressão ao regime mais brando, não poder voltar à “sociedade livre”, até que

---

<sup>67</sup> Neste sentido, é importante a contribuição dada por Louk Hulsman (1993, p. 64-66), quando trata

cumpra o período de readaptação, ainda que já tenha permanecido todo o tempo de condenação;

b) com relação à vedação legal, imposta pela Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 – Lei dos Crimes Hediondos – ao mesmo tempo em que proíbe a progressão de regime, determinando que o cumprimento da pena privativa de liberdade seja realizado integralmente em regime fechado (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072), possibilita o livramento condicional depois de cumprido 2/3 da pena, ou seja, proíbe a gradativa reinserção mas permite a passagem do regime fechado à liberdade.

Os últimos dados fornecidos pelo Censo Penitenciário<sup>68</sup> brasileiro, demonstram que o regime de cumprimento das penas privativas de liberdade mais utilizado é o fechado (fechado 56%, semi-aberto 14% e aberto 3%), ainda que as penas impostas aos condenados, em sua maioria (51%), não ultrapassem os 8 anos, ou seja, lapso temporal em que há a possibilidade, conforme artigo 33, § 2º, letra “b” do Código Penal<sup>69</sup>, de iniciar-se o cumprimento da pena em regime semi-aberto<sup>70</sup>.

Estes dados também revelam que apesar da nova parte geral do Código Penal ter alargado as possibilidades do cumprimento da pena privativa de liberdade<sup>71</sup>, as instâncias judiciais não fomentam esta possibilidade, fazendo-se

da questão da criminalidade oculta, a que ele denomina “cifra negra”.

<sup>68</sup> O último Censo Penitenciário divulgado foi o de 1995.

<sup>69</sup> Diz o artigo 33, § 2º, letra “b” do Código Penal: “o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;”

<sup>70</sup> Estes dados devem ser observados apenas como ilustração, pois estes números já foram alterados nos últimos 5 anos. No Brasil, segundo o Censo Penitenciário de 1995, havia 148.760 presos, sendo 58.511 cumprindo em regime fechado, 14.091 em regime semi-aberto e 2.782 em regime aberto. Atualmente, segundo dados de abril de 2001, fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional, da Secretaria Nacional de Justiça, vinculado ao Ministério da Justiça, há no Brasil, hoje, 223.220 presos (incluindo homens, mulheres, já condenados e presos provisórios, nas penitenciárias, presídios, cadeias, polícia), sendo 183.702 cumprindo pena em regime fechado, 23.188 em regime semi-aberto e 7.437 em regime aberto. Todos estes dados podem ser analisados no site [www.mj.gov.br/depen](http://www.mj.gov.br/depen).

Outra informação importante é o fato de ser apenas uma hipótese a circunstância de que os condenados com pena até 8 (oito) anos poderiam estar cumprindo suas penas privativas de liberdade em regime semi-aberto, em virtude de que os casos concretos podem apresentar a condição objetiva da reincidência, a qual impossibilitaria o início do cumprimento da pena em um regime mais brando. Entretanto, é de bom alvitre considerar os dados apresentados, pois de uma forma geral o início do cumprimento das penas sempre se dá no regime mais severo, uma vez que a própria legislação diz a expressão “poderá”.

<sup>71</sup> A antiga Parte Geral do Código Penal dispunha, no artigo 29, que “a pena de reclusão e a de detenção devem ser cumpridas em penitenciária, ou, à falta, em seção especial de prisão comum.”,

cumprir as penas em regimes cada vez mais segregativos. De maneira semelhante, a instância legislativa, observando o direcionamento dado pelos movimentos da “Lei e da Ordem”, vedou a possibilidade da progressão de regime para os chamados crimes hediondos ou a eles equiparados. Em ambos os casos, tanto a postura judicial quanto a legislativa faz com que o indivíduo tenha uma maior permanência na prisão, causando-lhe mais deterioração da personalidade e conseqüentemente uma maior estigmatização.

Diante dessas possibilidades, fica claro que os indivíduos que permanecem mais tempo na prisão, se tornam mais estigmatizados e estereotipados, pois lá ficam cada vez mais vulneráveis à ação seletiva do sistema penal, fazendo com que o indivíduo se sinta cada vez mais vigiado, sentindo mais intensamente os efeitos da prisionização.

Castro (1983, p. 132-3), afirma que para a teoria da rotulação ou estigmatização, embora a pessoa objeto do rótulo seja diferente dos outros, desde o início, por se ter desviado da norma, o rótulo vai distanciando-o e diferenciando-o cada vez mais. Para esta teoria, o que interessa são os problemas psicológicos produzidos no sujeito como conseqüência da aposição do rótulo. Neste sentido Bitencourt (1993, p. 172) citando Donald Clemer, afirma que os efeitos da prisionização serão sentidos em seu grau máximo, a partir do momento em que o condenado cumpra uma longa condenação, o que implica uma influência prolongada dos fatores universais de prisionização.

#### 4. A VEDAÇÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME COMO FORMA DE ATINGIR AS FUNÇÕES NÃO DECLARADAS DA PRISÃO<sup>72</sup>

A pena privativa de liberdade, que se caracterizou como um instrumento inidôneo para resolver os conflitos sociais, muito embora diversas teorias tentassem

---

não havendo, pois, os três regimes atuais.

<sup>72</sup> No item 2. As teorias da pena, deste Capítulo, foram trazidas algumas particularidades sobre as teorias da pena, entretanto, neste momento faz-se mister uma nova abordagem com a finalidade específica de entendermos e compararmos as funções declaradas e não declaradas da prisão, em relação à ideologia do tratamento.

buscar a fundamentação necessária para sustentá-la, atinge sua forma mais acabada ao ser executada. Da abstração à concretude, a pena é definitivamente corporificada na execução penal, encontrando na instituição carcerária – prisão – o seu maior referencial. Importante crítica fez Baratta (1985) sobre a tentativa da teoria sistêmica em fundamentar o sistema penal, principalmente a pena e a prisão.

Sobre a atuação do sistema penal, Batista (1990, p. 21) recorda que:

O combate que o direito penal pode oferecer ao crime praticamente se reduz – desde que a pesquisa empírica demonstrou o precário desempenho do chamado 'efeito intimidador' da pena, sob cuja égide sistemas inteiros foram construídos – ao crime acontecido (sendo mínima sua atuação preventiva) e registrado (a chamada criminalidade aparente, que, como também a pesquisa empírica revelou, é muito inferior – em alguns casos, escandalosamente inferior: pense-se, por exemplo, no abortamento – à criminalidade real, sendo a diferença denominada cifra oculta).

Segundo Karam (1993, p. 175), percebe-se que tanto a teoria prevenção-integração como as outras, na tentativa de fundamentar a existência da pena privativa de liberdade, esconde a profunda crise de legitimação, que atravessam o Direito e o sistema penal, fundamentando, por sua vez, os movimentos de expansão da reação punitiva enquanto forma de manutenção e reprodução da realidade social, de coesão e sobrevivência de uma dada organização política, social e econômica.

Entretanto, é de se notar que o Direito Penal ao aplicar a pena, apesar de toda a teorização que existe para evidenciar sua existência e principalmente para fundamentar seu pressuposto de igualdade na proteção indistinta dos cidadãos frente aos ataques dirigidos aos bens essencialmente tutelados, não cumpre suas funções ideologicamente formuladas.

As instituições carcerárias exercem um papel contrário à educação e ressocialização defendida pela ideologia penal dominante, contribuindo apenas para a estabilização da população carcerária. Isto deve ser considerado uma vez que o moderno ideal educativo é baseado na individualidade e respeito ao sujeito submetido ao tratamento. Entretanto, conforme sustenta Baratta (1983 a, p. 744), tudo o que acontece dentro do cárcere como as cerimônias de degradação desde o começo da prisão, nas quais o preso é despojado de todos os símbolos exteriores e

da própria autonomia, desde o uniforme aos objetos pessoais, são opostos à ideologia do tratamento, pois, além disso, a educação se baseia no sentimento de liberdade e de espontaneidade, enquanto a vida no cárcere, na repressão e na uniformidade.

Segundo Thompson (1980, p. 22), a prisão representa uma tentativa de criação e manutenção de um grupo humano submetido a um regime de controle total. Afirma ainda que:

As regulações minuciosas, estendendo-se a toda a área da vida individual, a vigilância, constante, a concentração de poder nas mãos de uns poucos, o abismo entre os que mandam e os que obedecem, a impossibilidade de simbiose de posições entre os membros das duas classes – tudo concorre para identificar o regime prisional como um regime totalitário.

Nas relações sociais e de poder, o cárcere é um reflexo da sociedade externa. Apesar de possuir características próprias, Baratta (1983 a, p. 746) afirma que em sua estrutura mais elementar, o cárcere não é mais que a ampliação, em forma menos mistificada e mais “pura”, das características da sociedade capitalista, pois são relações baseadas no egoísmo e na violência ilegal, nas quais os indivíduos, menos favorecidos, são submetidos às funções de submissão e exploração.

Para se querer que determinada pessoa seja reintegrada à sociedade, deve-se fazer um estudo dos valores e modelos de comportamentos existentes naquela sociedade e, se isso acontecer, verificar-se-á que antes de querer modificar uma pessoa excluída é necessário modificar a sociedade que a excluiu.

A pena, que só se explica em sua função simbólica de manifestação, manutenção e reprodução do poder, indica que o controle social formal manifestado no poder do Estado de punir, estruturando-se em um sistema que se materializa através do processo de criminalização de determinadas condutas conflituosas ou socialmente negativas, ao mesmo tempo em que reduz o enfrentamento de tais condutas à simplista reação de impor uma pena a seus responsáveis, produz um enorme volume de violência e de dor, sob a forma de deterioração moral, privação da liberdade e morte (Cf. KARAM, 1993, p. 185).

A demonstração clara de que o sistema não funciona como declarado, é o fato de existir a reincidência, ou seja, o retorno à “delinqüência” – o cometimento de um crime por indivíduo já condenado e com passagem pela prisão – bem como cristaliza o pensamento de que a seletividade acontece, pois novamente trouxe ao sistema a mesma pessoa e, por vezes, por fatos semelhantes.

Neste mesmo sentido Cervini (1995, p. 39), diz que:

Os desenvolvimentos sociológicos e criminológicos do século XX, e a simples constatação da realidade de seu funcionamento, fazem da prisão uma instituição em crise. Se a finalidade teórica da ideologia do tratamento penitenciário é a total reintegração do detento, as altas taxas de reincidência colocam a nu a dimensão de seu fracasso.

Assim, a contradição interna está na declaração funcional da prisão, ou seja, ao invés de reduzir a criminalidade ressocializando o indivíduo, produz, inversamente, a consolidação das carreiras criminosas cunhadas pelo conceito de desvio secundário. Da mesma forma, se as funções declaradas da pena se resumem na repressão e controle da criminalidade, as funções reais da prisão aparecem reproduzindo a criminalidade e as relações sociais (Cf. ANDRADE, 1997, p. 291).

Para se conseguir atingir os objetivos, quais sejam, a fabricação seletiva da criminalidade e o aumento da estigmatização do indivíduo, é necessário que os benefícios despenalizadores não sejam concedidos, não importando se pela vedação legal ou por meio da interpretação restritiva, fazendo com que o condenado passe, a maior parte do tempo, excluído da sociedade, dentro da prisão.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema proposto, delimitado apenas na 'progressão de regime prisional', sob o prisma do paradigma da reação social, pôde ser observado salientando a análise crítica da negação da concessão do instituto dentro do próprio sistema penal, ou seja, analisando-o sob os enfoques dogmático e ideológico mas, de qualquer forma, como mecanismo cunhado para construir seletivamente a criminalidade.

A análise crítica da negação do benefício da progressão de regime prisional encontra uma grande contradição interna, consubstanciada nos próprios fundamentos originais do instituto, pois ao mesmo tempo em que a Lei dos Crimes Hediondos veda completamente a progressão de regime, permite a concessão do livramento condicional. Da mesma forma, o que se deve observar é o aparente fracasso da ideologia do tratamento, uma vez que o instituto da progressão de regime é uma forma declarada de se tratar o indivíduo aprisionado, e as péssimas condições atuais do sistema prisional, jamais permitirão acontecer esta e qualquer outra finalidade.

Entretanto, a prisão não deve ser considerada uma instituição fracassada, pois o fato de não reabilitar o indivíduo encarcerado faz parte das funções reais de funcionamento do sistema penal, ou seja, esta lógica significa a presença da ideologia penal dominante.

A contradição intradogmática é também encontrada se analisarmos a individualização da pena, principalmente na sua fase executiva. Diante do próprio argumento da ideologia do tratamento, qual seja, o da necessidade da progressiva inserção do indivíduo na sociedade a fim de que ele, gradativamente, seja ressocializado, percebe-se que ao lhe ser vedada a possibilidade de concessão do instituto da progressão de regime, o tratamento não lhe é dado o que concorrerá, incisivamente, à maximização da estigmatização do indivíduo.

Diante deste ambiente e fazendo com que o indivíduo fique o maior tempo possível na prisão, através da negação ao direito de progredir de regime e de um

tratamento humano digno, o cárcere provoca a neutralização do condenado, principalmente nos aspectos sociais. É de se sentir que há uma cruel lógica. Se por um lado a programação do sistema penal insiste em dizer que há a necessidade da presença do Estado cada vez mais forte para combater a crescente violência, enaltecendo, principalmente, os fins atribuídos ao Direito Penal e, conseqüentemente, a pena, por outro se verifica que a ação do sistema está cada vez mais direcionada às classes mais desfavorecidas da população.

Neste sentido, percebe-se que a prisão produz a marginalização social e, funcionalmente, a manutenção e reprodução da formação social capitalista, principalmente na formação e divulgação da imagem do criminoso, selecionado nas camadas mais baixas e marginalizadas da população.

Ademais, a repressão, pura e simples, traz mais problemas que soluções, pois a estrutura organizacional e funcional é absolutamente inadequada para desenvolver suas funções declaradas, tanto na defesa dos interesses sociais como pelas teorias utilitárias da pena.

Diante dessas possibilidades, fica claro que os indivíduos ao permanecerem mais tempo na prisão, se tornam mais estigmatizados e estereotipados, pois ficam cada vez mais vulneráveis à ação seletiva do sistema penal. Entretanto o problema está em pensar que a interpretação na decisão judicial foi equivocada, quando em verdade é ingenuidade pensar-se desta forma, pois se olvidou da interpretação segundo a especificidade da infração e das conotações sociais das pessoas envolvidas.

O que a prisão faz é apenas retirar o pouco que ainda resta do cidadão. Parece ainda que, nestes 'novos tempos', caracterizado pela passagem do Estado Providência ao Estado Penitência, persuadido pela ideologia econômica dominante, o Estado mostra-se cada vez menor mas, estruturalmente, controlador e, em todos os cantos, presente.

Ao lhe ser negada a liberdade, em qualquer de suas formas, o sistema penal provoca a exacerbação e o evidente desequilíbrio entre as classes sociais,

principalmente em virtude do que se refere as teorias da pena, especificamente nas suas promessas ressocializadoras.

Tal postura, identifica uma ruptura às bases fundacionais da progressão de regime, pois promove uma diferença de tratamento no seu próprio discurso interno, tanto em relação à interpretação restritiva como em relação à vedação legal, imposta pela Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 – Lei dos Crimes Hediondos.

Em ambos os casos, tanto a postura judicial quanto a legislativa faz com que o indivíduo tenha uma maior permanência na prisão, causando-lhe mais deterioração da personalidade e conseqüentemente uma maior estigmatização.

Além da flagrante inconstitucionalidade (muito embora o Supremo Tribunal Federal assim não entenda, conforme decisão anexa – anexo 01) do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos e da interpretação restritiva, no sentido de impedir a progressão de regime, serem atentatórios às bases históricas do instituto e violarem os direitos à dignidade humana, as decisões judiciais mostram-se incapazes de revelar ao senso comum as funções ocultas do sistema penal, pois quanto mais tempo o condenado permanecer na prisão mais tempo estará em contato com o sofrimento, o que equívale dizer que maiores serão suas chances de estar mais estigmatizado, rotulado e sofrendo todos os efeitos perversos da prisão.

Neste sentido, qualquer que seja o mecanismo utilizado para manter o indivíduo no cárcere, pelo maior tempo possível, seja pela interpretação restritiva na concessão do benefício da progressão de regime ou mesmo por imposição legal, o que ocorre, em verdade, é que esta prática favorece o aumento da possibilidade deste indivíduo ser selecionado mais uma vez pelo sistema.

Assim é que, diante do pressuposto de que o cárcere é uma realidade, deve-se proporcionar uma maior possibilidade da utilização do instituto da progressão do regime para evitar a estigmatização, muito embora ela vá ocorrer a partir do momento que a pessoa entra no cárcere.

É cediço, pois, que o instituto da progressão de regime, dentre outros, tem a finalidade específica de propiciar o retorno gradativo do condenado ao 'convívio harmônico da sociedade livre', reduzindo os males da estigmatização. Inversa e conseqüentemente, a restrição na aplicação do benefício, tanto a vedação legal imposta pela Lei dos Crimes Hediondos ou pela interpretação restritiva do instituto, que reduzem ou impossibilitam a aplicação do benefício, os efeitos da estigmatização passam a ser sentidos de maneira mais intensa e direta pelo condenado, como também, indiretamente, pelos demais integrantes do corpo social.

Por fim, é importante lembrar que ao se fazer a análise materialista do sistema penal, demonstra-se, claramente, que assim como ele está concebido na sociedade capitalista, ou seja, como instrumento de controle social do desvio, o Direito Penal produz e reproduz cada vez mais relações sociais desiguais.

É de se notar, pois, que a sociedade capitalista ao impor condições desiguais de vida ao cidadão, provoca a necessidade cada vez maior de existir uma sistema repressivo mais forte e atuante, o que é a característica do sistema penal. Assim, ao manter o indivíduo no cárcere, obrigando-o cada vez mais a permanecer no regime mais rigoroso, o sistema penal está apenas contribuindo para o aumento da estigmatização do condenado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Maria Margarida de. **Como preparar trabalhos para cursos de pós-graduação**. São Paulo: Atlas, 1995. 233 p.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 336 p.

\_\_\_\_\_. **Dogmática Jurídica**: um esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. 118 p.

\_\_\_\_\_. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Revista Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, ano 16, n. 30, p. 24-36, jun. 1995.

ANCEL, Marc. **A nova defesa social**: um movimento de política criminal humanística. Tradução do original da 2. ed., ver. e notas por Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979. 466 p.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da reação social**. Tradução e acréscimos de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 209 p.

\_\_\_\_\_. **Criminología de la liberación**. Maracaibo: Universidad de Zulia, 1987. 263 p.

ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha. Execução penal e falência do sistema carcerário. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 8, n. 29, p. 351-363, jan./mar. 2000.

BAQUERIZO, Jorge E. Zavala. **La Pena**. Parte General, Guayaquil: EQ Editorial, 1986, tomo 1. 427 p.

BARATTA, Alessandro. Criminología y dogmática penal: pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal. In: MIR PUIG, Santiago et. al. **Política criminal y reforma dei derecho penal**. Bogotá: Temis, 1982. p. 28-63.

\_\_\_\_\_. Observaciones sobre las funciones de la cárcel em la producción de la relaciones sociales de desigualdad. **Nuevo Foro Penal**. Bogotá, n. 15, p. 737-749, jul./set. 1982 a.

\_\_\_\_\_. **Sobre a criminologia crítica e sua função na política criminal**. Documentação e Direito Comparado. (Boletim do Ministério da Justiça). Lisboa,

(s.n.), n. 13, separata, p. 145-166, 1983. Relatório apresentado no IX Congresso Internacional de Criminologia. Viena, setembro de 1983.

\_\_\_\_\_. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. **Doctrina Penal**. Buenos Aires, n. 29, p. 3-26 ene./mar. 1985.

\_\_\_\_\_. Principios del derecho penal mínimo. Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. **Doctrina Penal**. Buenos Aires, n. 40, p. 623-650, 1987.

\_\_\_\_\_. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução por Juarez Cirino dos Santos, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, 256 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 300 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. 372 p.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Renavan, 1990.

BECKER, Howard S. **La Desviación y la respuesta de los otros**. Maracaibo: Universidad de Zulia. [19\_\_], 36 p.

BECARIA, Cesari de. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo de Oliveira. Rio de Janeiro: Tecnoprint Gráfica S. A., 1980. 245 p.

BERGALLI, Roberto. **Readaptación social por medio de la ejecución penal**: Notas a propósito de la Ley Penitenciaria Nacional Argentina y del Proyecto de Reformas a la Parte general del Código Penal (1974). Madrid: Universidad de Madrid, 1976. 87 p.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização**: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. 230 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 353 p.

BRASIL. **Carta de lei, da Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça**, 7 de janeiro de 1831. Código Criminal do Império do Brasil.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 847**, de 11 de outubro de 1890. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 22.213**, de 14 de dezembro de 1932. Consolidação das Leis Penais.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal). Diário Oficial da União, Brasília, 31 de dezembro de 1940.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 1.004**, de 21 de outubro de 1969, com alterações introduzidas pela Lei nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973, retificado no Diário Oficial de 6 de março de 1974. Diário Oficial da União, 21 out. 1969.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.368**, de 21 de outubro de 1976 (Lei de Tóxicos). Diário Oficial da União, Brasília, 22 out. 1976.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.416**, de 24 de maio de 1977. Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941) da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 25 de maio de 1977, e retificada em 7 jun. 1977.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.209**, de 11 de julho de 1984. Introduce alterações da parte geral do Código Penal - Decreto-lei nº 2848, de 07 dez. 1940 - Diário Oficial da União, Brasília, 11 jul. 1984.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). Diário Oficial da União, Brasília, 13 jul. 1984.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.072**, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 25 jun. 1990.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Sistema de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen>>. Acesso em: 01 jul. 2001.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Execução Penal. *Habeas-corpus*. Regime prisional. Crimes hediondos. Cumprimento da pena em regime fechado. Art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Alegação de ofensa ao art. 5º, XLVI, da Constituição. Inconstitucionalidade não caracterizada. Individualização da pena. *Habeas-corpus* nº 69.603-1, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Brasília, ementário nº 1700-4, publicado no Diário da Justiça de 23 abr. 1993.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. Tomo 3: Pena e medida de segurança. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1967. 376 p.

- CARCOVA, Carlos Maria. **Teorias jurídicas alternativas**. In: CORREAS, Oscar (Ed.). *Sociologia jurídica en América Latina*. Oñati Proceedings - 1991.
- CAPELLER, Wanda de Lemos. As interfaces do penal: notas para uma discussão atual. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro. n. 2, p. 83-89, jan./jul. 1983.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1. 603 p.
- CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal: parte geral**. Tradução por José Luiz V. de A. Franceschini e J.R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956. v. 1. 400 p.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo**. Rio de Janeiro: Luan, 1996. 137 p.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito alternativo na jurisprudência**. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- CASTIGLIONE, Teodolindo. **Lombroso perante a criminologia contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 1962, 295 p.
- CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional** (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986). 1996. 240 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.
- CERVINI, Raúl. **Os Processos de descriminalização**. Tradução da 2. ed. Espanhola de Eliana Granja et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 254 p.
- CHAPMAN, Denis. El Estereotipo del delincuente y sus consecuencias sociales. In: OLMO, Rosa del (recopilación). **Estigmatización y conducta desviada**. Maracaibo: Universidad de Zulia, 1973, p. 161-184.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Direito penal: curso completo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 772 p.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra, 1997. 573 p.
- FARIA, José Eduardo. A inflação legislativa e a crise do estado no Brasil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. São Paulo, n. 5, ago./dez. de 1994.
- FARIAS JÚNIOR, João. **Manual de criminologia**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1996.

FERNANDES, Emanuella Cristina Pereira. **O desvirtuamento do caráter ressocializador das penas privativas de liberdade.** Disponível em [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br). Acesso em 25 out. 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría dei garantismo penal.** Madrid, Espanha: Editorial Trotta., 1995.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões.** 14. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. 277 p.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 491 p.

FRANCO, Alberto Silva et. al. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 3358 p.

FRANCO, Alberto Silva. O regime progressivo em face das Leis n<sup>os</sup> 8.072/90 e 9.455/97. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, n. 58, p. 2, set. 1997.

GARCIA, Gilberto Lema Marcos. A pena como resposta ao delito. Algumas considerações a respeito do tema. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, n. 60, p. 11, nov. 1997.

GARÓFALO, Raffaele. **Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal.** Tradução por Julio de Mattos. 4. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1925. 607 p.

GOFFMAN, Erwing. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** Tradução por Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. 158 p.

\_\_\_\_\_. **Manicômios, prisões e conventos.** Tradução por Dante Moreira Leite. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Perspectiva, 1999. 312 p.

GOULART, Henny. **Penologia I.** São Paulo: Editora Brasileira de Direito Ltda., 1975 a, v. 1, 153 p.

\_\_\_\_\_. **Penologia II.** São Paulo: May Love, 1975 b, v. 2, 138 p.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão.** Tradução de Maria Lúcia Karan. Rio de Janeiro: Luan. 1993. 180 p.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias.** 2. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Luan, 1993. 207 p.

KAUFMANN, Hilde. **Criminología: ejecución penal y terapia social.** Traducción del alemán por Juan Bustos Ramírez. Buenos Aires: Depalma, 1979. 367 p.

KUEHNE, Maurício. Execução Penal - A Lei e a Realidade. **Revista Jurídica**, Curitiba, ano VIII, n. 6, p. 111-114, 1992.

\_\_\_\_\_. Órgãos de execução penal. O conselho e o patronato. Considerações. **Revista Jurídica**, Curitiba, ano IX, n. 7, p. 139-144, 1993.

\_\_\_\_\_. Elementos Jurídicos-Sociais da execução penal no âmbito do Mercosul: aspectos legais e constitucionais. **Revista Jurídica**, Curitiba, ano XIV, n. 12, p. 101-121, 1998.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução por Beatriz Viana Boeira de Nel Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1975

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 1993.

LEMERT, Edwin M. Desviación primaria y secundaria. In: OLMO, Rosa del (recompilación). **Estigmatización y conducta desviada**. Criminología. Textos para su estudio n. 02, recompilacion a cargo de Rosa del Olmo, Maracaibo, Universidad de Zulia, 1973. p 97-102.

LYRA, Roberto; ARAÚJO JR., João Marcelo. **Criminologia**, Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 426 p.

MEAD, George H. **Espírito, persona y sociedad**: desde el punto de vista del conductismo social. Traducción por Florial Mazía. Buenos Aires: Paidós, [19\_\_], 393p.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimò. **Cárcel y fábrica**: los orígenes del sistema penitenciario (siglos XIV-XIX). Tradução por Xavier Massii. México: Siglo Veintiuno, 1987.

MESSUTI, Ana. Derecho penal y derechos humanos: los círculos hermenêuticos de la pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 28-38, out./dez. 1999.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1990. 500 p.

MIR PUIG, Santiago. **Que queda em pie de la resocialización?** Eguskilore, San Sebastian, n. 2. p. 35-41, 1989.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **La Resocialización dei delinciente** – Análisis y crítica de un mito. In: MIR PUIG, Santiago et al. Política criminal y reforma del derecho penal. Bogotá: Temis, 1982., p. 131-154.

- \_\_\_\_\_. **Teoria geral do delito**. Tradução por Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. 238 p.
- NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**: Introdução e parte geral. 34. ed. revista e atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1999. 388 p.
- OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão**: um paradoxo social. 2. ed Florianópolis: UFSC, 1996. 256 p.
- PAYNE, William D. Etiquetas negativas: pasadizos y prisiones. In: OLMO, Rosa del (recopilación). **Estigmatización y conducta desviada**. Maracaibo: Universidad de Zulia, 1973. p. 105-118.
- PIERANGELLI, José Henrique (Coord.) **Códigos penais do Brasil**: evolução histórica. Bauru: Jalovi, 1980, 770 p.
- RIVACOBIA y RIVACOBIA, Manuel de. **Función y aplicación de la pena**. Buenos Aires: Depalma, 1993. 175 p.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Manual da monografia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**: seu fundamento e âmbito. São Paulo: IBCCrim, nº 11, 1999. 197 p.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHERIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Coleção Pensamiento Criminológico nº 3. Tradução, revisão técnica e nota introdutória por Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. 274 p.
- RUSSOMANO, Rosah. Enfoques constitucionais da pena e a problemática de sua execução. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. ano 17, n. 65, jan./mar., p. 151-162, 1980.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Recurso de agravo. Progressão de regime. Lapso temporal de um sexto não cumprido. Execução da pena em forma progressiva. recurso desprovido. Agravo em Execução n. 99.019599-6 (020.96.004577-5), Comarca de Criciúma (SC), Relator: Desembargador Genésio Noli.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do crime**. São Paulo: Acadêmica, 1993. 104 p.
- \_\_\_\_\_, Juarez Cirino dos. **A criminologia da repressão**: uma crítica ao positivismo em criminologia. Rio de Janeiro: Forense, 1979. 121 p.

SANTOS, Lycurgo de Castro. Divagações sobre a crise do Direito Penal. **Boletim IBCCrim.**, ano 3, n. 33, set. 1995.

SIDOU, J.M. Othon. **O Direito legal**: história, interpretação, retroatividade e elaboração das leis. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SILVA, Odir Odilon Pinto da; BOSCHI, José Antônio Paganella. **Comentários à Lei de execução penal**. Rio de Janeiro: AIDE, 1986. 298 p.

SOUZA, Braz Florentino Henrique de. **Do delito e do delinqüente**. São Paulo: Saraiva, 1965. p.129.

SOUSA SANTOS, Boaventura et al. **O Discurso e o poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1988.

\_\_\_\_\_, Boaventura. Os Direitos Humanos na pós-modernidade. **Direito e Sociedade**. Coimbra, n. 4; p. 3-12, mar. 1989.

\_\_\_\_\_, Boaventura. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996. 347 p.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 222 p.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. 210 p.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carndiru**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. 297 p.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa Ômega, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996. 281 p.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 893 p.

## ANEXOS

1. Decisão do *Habeas Corpus* nº 70.467-1 – Supremo Tribunal Federal
2. Decisão do *Habeas Corpus* nº 69.900-6 – Supremo Tribunal Federal
3. Decisão do *Habeas Corpus* nº 69.603-1 – Supremo Tribunal Federal

SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA  
D.J. 03.09.93  
EMENTÁRIO Nº 1 7 1 5 - 2

10/08/93

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 70467-1 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO  
PACIENTE : LUIZ MÁRIO DA SILVA  
IMPETRANTE: LUIZ MÁRIO DA SILVA  
COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO  
SUL

REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA - PROGRESSÃO -  
ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90. Na dicção da ilustrada  
maioria do Supremo Tribunal Federal, o regime de cumprimento da  
pena não se coloca no âmbito da individualização desta, o que  
atrai a impossibilidade de assentar-se a procedência da pecha  
de inconstitucional em relação à regra do § 1º do artigo 2º da  
Lei nº 8.072/90. A atuação em órgão fracionado é conducente a  
homenagear-se o entendimento da maioria, ressalvando-se a  
convicção pessoal. A unidade do Direito não subsiste quando  
passa o dissenso intencional, ou seja, quando órgãos do mesmo  
Tribunal decidem de forma conflitante.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos,  
acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em segunda  
turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas  
taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o  
habeas-corpus.

Brasília, 10 de agosto de 1993.

MARI DA SILVEIRA

PRESIDENTE

MARCO AURÉLIO

RELATOR



V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) -  
Inicialmente, regerá o entendimento pessoal sobre a competência para apreciação deste habeas-corpus. É que na definição respectiva são consideradas as pessoas dos envolvidos quer como pacientes, quer como autoridades apontadas como coatoras. No caso, o paciente não goza de prerrogativa de foro, sendo que os Desembargadores do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul estão submetidos à jurisdição direta do Superior Tribunal de Justiça, o que atrai a incidência do disposto na alínea "c" do inciso I do artigo 105 da Carta. Todavia, até aqui, esta não é a conclusão dominante, razão pela qual coloco em plano secundário a convicção individual para homenagear a jurisprudência da Corte, deixando para discutir a matéria em sede própria, ou seja, no Plenário, o que já vem ocorrendo em face do julgamento da medida reclamatória nº 341-DF. Após o voto do Ministro-Relator - Moreira Alves - externei dissensão, seguindo-se pedido de vista formulado pelo Ministro Francisco Rezak.

Quanto à matéria de fundo, liquel venho nas vezes em que o Pleno a examinou, contando com a companhia honrosa do Ministro Sepúlveda Pertence. Transcrevo as razões pelas quais assim procedi, salientando que no Plenário prevaleceu a tese de que o regime de cumprimento da pena não está no âmbito da individualização assegurada



HC 70.467-1 MS

constitucionalmente. Daí a ausência de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90.

Denego a ordem, procedendo à transcrição das razões pelas quais tenho convencimento contrário a tal enfoque, que ressalvo, nesta oportunidade:

Preceitua o parágrafo em exame que nos crimes hediondos definidos no artigo 1º da citada Lei, ou seja, nos de latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, genocídio, tortura, tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins e, ainda, terrorismo, a pena será cumprida integralmente em regime fechado.

No particular, contrariando-se consagrada sistemática alusiva à execução da pena, assentou-se a impertinência das regras gerais do Código Penal e da Lei de Execuções Penais, distinguindo-se entre cidadãos não a partir das condições sócio-psicológicas que lhes são próprias, mas de episódio criminoso no qual, por isto ou por aquilo, acabaram por se envolver. Em atividade legislativa cuja formalização não exigiu mais do que uma linha, teve-se o condenado a um dos citados crimes como senhor de periculosidade ímpar, a merecer, ele, o afastamento da humanização da pena que o regime de progressão viabiliza, e a sociedade, o retorno abrupto daquele que segregara, já então com as cicatrizes inerentes ao abandono de suas características pessoais e à vida continuada em ambiente criado para atender a situação das mais anormais ou que, por isso mesmo, não oferece quadro harmônico com a abajada ressocialização.

Saber Presidente, tenho o regime de cumprimento da pena como algo que, no campo da execução, racionaliza-a, evitando a famigerada ideia do "mal pelo mal causado" e que sabidamente é contrária aos objetivos do próprio contrato social. A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. O que se pode esperar de alguém



HC 70.467-1 MS

que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida normal que tem direito um ser humano; que ingressa em uma penitenciária com a taxa da despersonalização?

Sob este enfoque, digo que a principal razão de ser da progressividade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou o benefício indevido, porque contrário ao que inicialmente sentenciado, daquele que acabou perdendo o bem maior que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que, dia-menos-dia receberá de volta aquele que inobservou a norma penal e, com isto, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Estado. A ela não interessa o retorno de um cidadão, que enclausurou, embrutecido, muito embora o tenha mandado para detrás das grades com o fito, dentre outros, de recuperá-lo, objetivando uma vida comum em seu próprio meio, o que o tempo vem demonstrando, a mais não poder, ser uma quase utopia. Por sinal, a Lei nº 8.072/90 ganha, no particular, contornos contraditórios. A um só tempo dispõe sobre o cumprimento da pena no regime fechado, afastando a progressividade, e viabiliza o livramento condicional, ou seja, o retorno do condenado à vida cívica antes mesmo do integral cumprimento da pena e sem que tenha progredido no regime. É que, pelo artigo 5º da Lei nº 8.072/90, foi introduzido no artigo 83 do Código Penal preceito assegurando aos condenados por crimes hediondos, pela prática de tortura ou terrorismo e pelo tráfico ilícito de entorpecentes, a possibilidade de alcançarem a liberdade condicional, desde que não sejam reincidentes em crimes de tal natureza - inciso V. Pois bem, a Lei em comento impede a evolução no cumprimento da pena e prevê, em flagrante descompasso, benefício maior, que é o livramento condicional. Descabe a passagem do regime fechado para o semi-aberto, continuando o incurso nas sanções legais a cumprir a pena no mesmo regime. No entanto, assiste-lhe o direito de ser examinada a possibilidade de voltar à sociedade, tão logo transcorrido quantitativo superior a dois terços da pena.

Outros pontos levantados na matéria discutida, a Lei nº 8.072/90 contém preceitos que fazem pressupor não a observância de uma coerência política criminal, mas que foi editada sob o clima da emoção, como se no aumento da pena e no rigor do regime estivessem os únicos meios de afastar-se o elevado índice de criminalidade.

Por ela, os enquadráveis nos tipos aludidos são merecedores de tratamento diferenciado daquele disciplinado no Código Penal e na Lei de



HC 70.467-1 MS

Execuções Penais, ficando sujeitos não às regras relativas aos cidadãos em geral, mas a especiais, despontando a que, fulminando o regime de progressão da pena, amesquinha a garantia constitucional da individualização.

Diz-se que a pena é individualizada porque o Estado-Juiz, ao fixá-la, está compelido, por norma cogente, a observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizeram presentes à época do procedimento criminalmente condenável. Ela o é não em relação ao crime considerado abstratamente, ou seja, ao tipo definido em lei, mas por força das circunstâncias reinantes à época da prática. Daí cogitar o artigo 59 do Código Penal que 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, não só as penas aplicáveis dentre as cominadas (inciso I), como também o quantitativo (inciso II), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade - e, portanto, provisório, já que passível de modificação até mesmo para adotar-se regime mais rigoroso (inciso III) - e a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Dizer-se que o regime de progressão no cumprimento da pena não está compreendido no grande todo que é a individualização preconizada e garantida constitucionalmente é olvidar o instituto, relegando a plano secundário a justificativa socialmente aceitável que o recomendou ao legislador de 1984. É fechar os olhos ao preceito que o junte a condições pessoais do próprio réu, dentre as quais exsurgem o grau de culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, alfim, os próprios fatores subjetivos que denotaram na prática delituosa. Em duas passagens, o Código Penal vincula a fixação do regime às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, fazendo-o no § 1º do artigo 33 e no inciso III do próprio artigo 59. Talvez, ao que tudo indica, tenham-se esquecido da edição da Lei nº 8.072/90, que poderia faltar aos integrantes do aparelho judiciário, aos juizes, aos tribunais, o zelo indispensável à definição do regime e sua progressividade e, aí, alijou-se do crivo mais abalizado que pode haver tal procedimento.

Assentar-se, a esta altura, que a definição do regime e modificações posteriores não estão compreendidas na individualização da pena é passo demasiadamente largo, implicando restringir



HC 70.467-1 MS

garantia constitucional em detrimento de todo um sistema e, o que é pior, a transgressão a princípios tão caros em um Estado Democrático como são os da igualdade de todos perante a lei, o da dignidade da pessoa humana e o da atuação do Estado sempre voltada ao bem comum. A permanência do condenado em regime fechado durante todo o cumprimento da pena não interessa a quem quer que seja, muito menos à sociedade que um dia, mediante o livramento condicional ou, o mais provável, o esgotamento dos anos de clausura, terá necessariamente que recebê-lo de volta, não para que este torne a delinquir, mas para atuar como um partícipe do contrato social, observados os valores mais elevados que o respaldam.

Por último, há de se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas àqueles que se mostrem incurso em dispositivos da Lei 8.072/90 e dentre elas não é dado encontrar a relativa à progressividade do regime de cumprimento da pena. O inciso XLIII do rol das garantias constitucionais - artigo 5º - afasta, tão-somente, a fiança, a graça e a anistia para, em inciso posterior (XLVI), assegurar de forma abrangente, sem excepcionar esta ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. Como, então, entender que o legislador ordinário o possa fazer? Seria a mesma coisa que estender aos chamados crimes hediondos e assim enquadrados pela citada Lei, a imprescritibilidade que o legislador constitucional somente colou às ações relativas a atos de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLIV). Indaga-se: é possível ao legislador comum fazê-lo? A resposta somente pode ser negativa, a menos que se coloque em plano secundário a circunstância de que a previsão constitucional está contida no elenco das garantias constitucionais, conduzindo, por isso mesmo, à ilação no sentido de que, a ~~contrário sensu~~, as demais ações ficam sujeitas à regra geral da prescrição. O mesmo raciocínio tem pertinência no que concerne à extensão, pela Lei em comento, do dispositivo atinente à clemência ao indulto, quando a Carta, em norma de exceção, apenas rechaçou a anistia e a graça - inciso XLIII do artigo 5º.

Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado.

Com isto, concedo parcialmente a ordem, não para ensejar ao Paciente qualquer dos regimes mais favoráveis, mas para reconhecer-lhe, porque cidadão e acima de tudo pessoa humana, os



HC 70.467-1 MS

benefícios do instituto geral que é o da  
progressão do regime de cumprimento da pena,  
providenciando o Estado os exames cabíveis.

É o meu voto.



08/06/93

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 69900-6 SÃO PAULO

PACTE.: FAUSTINO PEREIRA LOPES  
IMPTE.: ALBERTO ZACHARIAS TORON  
CONTOR.: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

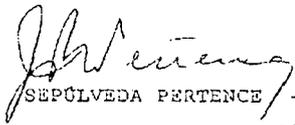
E M E N T A: Crimes hediondos: imposição do regime fechado, vedada a progressão (L. 8.072/90, art. 2º, § 1º); constitucionalidade reconhecida pelo Plenário do Tribunal (HC 62.863); aplicação do precedente, com ressalva da opinião do relator, que reputa o preceito incompatível com a garantia constitucional da individualização da pena.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de habeas corpus.

Brasília, 08 de junho de 1993.

MOREIRA ALVES - PRESIDENTE



SEPÚLVEDA PERTENCE - RELATOR

1100.



V O T O

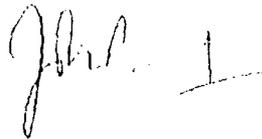
O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (RELATOR):

Em 18.12.92, no julgamento dos BHCC 69.603 e 69.657, fiquei vencido - na honrosa, mas solitária companhia do em. Ministro Marco Aurélio - na tese, agora reiterada, da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da L. 8.072/90.

2. Data venia, continuo convencido, como então afirmei, que de nada vale individualizar a pena, no momento de sua aplicação judicial, se a execução, em razão de natureza abstrata do crime, fará com que penas idênticas, segundo os critérios de individualização, signifiquem sanções de rigor absolutamente diverso, na realidade do seu cumprimento.

3. Contudo, a amplitude da maioria que se formou em sentido contrário, naquelas decisões plenárias ainda recentes, desestimula qualquer proposta de revisão.

4. Por isso, nos termos do art. 101 RISTF, com ressalva de minha convicção pessoal, aplico ao caso a declaração de constitucionalidade do preceito questionado e, em consequência, indefiro a ordem: é o meu voto.



etc.

18/02/93

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 69603-1 SÃO PAULO

Impetrante: Marcio Thomaz Bastos e Alberto Zacharias Toron  
Coator : Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo  
Paciente : Eros José Alonso

EMENTA: "HABEAS-CORPUS".

CRIME HEDIONDO. Condenação por infração do art. 12, § 2º, II, da Lei nº 6.368/76. Caracterização.

REGIME PRISIONAL. Crime hediondo. Cumprimento da pena em regime fechado. Art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Alegação de ofensa ao art. 5º, XLVI, da Constituição. Inconstitucionalidade não caracterizada. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. Regulamentação deferida, pela própria norma constitucional, ao legislador ordinário.

A lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o juiz poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional.

Ordem conhecida, mas indeferida.

A C Ó R D ã O

Vistos relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, por maioria de votos e na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, declarar a constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, e indeferir o pedido de "habeas-corpus", vencidos os Ministros MARCO AURÉLIO e SEPÚLVEDA PERTENCE, que o declaravam inconstitucional e, em consequência, deferiram o pedido.

Brasília, 18 de dezembro de 1992

SYDNEY HANCHES

PRESIDENTE

PAULO BROSSARD

RELATOR



V O T O

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI: -

Sr. Presidente, a individualização da pena está garantida no inciso XLVI do art. 5º da Constituição.

A hipótese presente é, porém, de execução da pena e não de individualização. A execução está prevista pela Constituição, no inciso XLVIII do mesmo art. 5º, obedecendo a três condições uma das quais, a natureza do delito, foi exatamente aquela a que correspondeu, penso eu, o dispositivo de lei cuja constitucionalidade se discute.

Por isso, Sr. Presidente, com a devida vênia do eminente Ministro MARCO AURÉLIO, acompanho o voto do eminente Ministro FRANCISCO REZEK e daqueles que o seguiram, indeferindo o pedido. *Octavio GalloTTi*

18/12/92

TRIBUNAL PLENO

711-K

HABEAS CORPUS

Nº 00696031/130

V O T O

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - Sr. Presidente, Também, com a devida vênia, acompanho o voto do eminente Ministro Francisco Rezek e dos que o seguirem.

Penso que, na hipótese, não há atentado aos dois princípios constitucionais: da isonomia e da individualização da pena. O legislador penal pode, evidentemente, à vista da natureza do crime, estabelecer não só a pena, como uma pena mais grave em relação a um determinado delito que, de acordo com a concepção da época em que se edita a norma penal, se entenda deva ser combatido, de forma mais eficaz, pelos resultados nocivos que a prática desse ilícito vem tendo na sociedade.

O Estado, então, que há-de combater a criminalidade, se arma, também, por via da lei, da cominação, mas, para o combate efetivo a esse tipo de criminalidade, o faz, não só estabelecendo uma pena mais grave, como estipulando, por igual, que o cumprimento da pena se dará segundo regime mais severo para o criminoso.

Não compreendo que se atente assim contra o princípio da isonomia, no tratamento dos criminosos em geral. Entendo que o princípio da isonomia só pode ser visualizado, neste plano, relativamente a cada tipo penal e de acordo com o regime jurídico estabelecido para determinado crime. Ninguém poderá impedir que o Estado defina política de combate a determinados crimes, que repercutam, de forma mais grave, na sociedade, numa certa quadra do tempo, para que certos crimes possam diminuir, reduzindo-se os malefícios que trazem para a sociedade, como também para tornar inequívoca a reprovção, através de uma pena de natureza, a certo tipo de delito.

Entendo que a definição da pena e o regime de seu cumprimento estão intimamente vinculados à natureza do crime, e, por isso mesmo, não vejo, aqui, ofensa ao princípio da isonomia. De igual modo, a matéria concernente à progressividade do regime de cumprimento da pena deve ser delimitada pela lei. A Constituição, dentro do seu sistema, deixa antever precisamente que essa é a política do Estado, no âmbito

J. Néri

HABEAS CORPUS

Nº 00696031/130

penitenciário: os criminosos apenados devem ter tratamento diferente, de acordo com determinados estágios, tanto que se estabelece tempo de cumprimento de pena, durante o qual não pode progredir e depois do qual poderá progredir. Se o legislador, na espécie, previu a possibilidade da liberdade condicional, mas não quis estabelecer a progressividade, demonstrou a maior severidade no tratamento das figuras penais em exame, e o fez objetivamente na lei.

Recuso, assim, a alegação de invalidade da lei em apreço.

*J. N. S.*



/MCA