

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A FUNÇÃO SIMBÓLICA DO DIREITO
PENAL COMO MATRIZ OCULTA DA
POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA
CONTEMPORÂNEA**

Dissertação submetida à
Universidade Federal de Santa Catarina
como parte dos requisitos para a
obtenção do grau de Mestre em Direito.

QUITÉRIA TAMANINI VIEIRA PÉRES

Florianópolis, 2001.

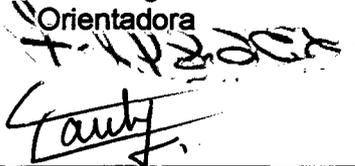
A FUNÇÃO SIMBÓLICA DO DIREITO PENAL COMO MATRIZ OCULTA DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA

QUITÉRIA TAMANINI VIEIRA PÉRES

'Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de Mestre em Direito, Área de Concentração em Instituições Jurídico-Políticas, e aprovada em sua forma final pelo Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.'

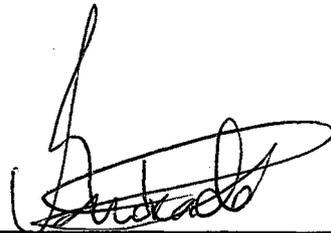


Professora Doutora Vera Regina Pereira de Andrade
Orientadora



Professor Doutor Christian Guy Caubet
Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito

Banca Examinadora:



Professora Doutora Vera Regina Pereira de Andrade
Presidente



Professor Doutor Paulo de Tarsó Brandão



Professora Doutora Ela Wiecko Volkmer de Castilho

*Às pessoas que edificaram meu familiar universo de amor:
meu marido, **Adriano**,
fonte viva das emoções que alimentam o engenho da minha vida,
e meu filho **Leonardo**,
a própria emoção na forma de ser.*

AGRADECIMENTOS

Agradecer, no sentido léxico, significa “mostrar-se grato por; demonstrar, manifestar gratidão; (...)” (AURÉLIO, 1999, p. 72). Contudo, nesta particular ocasião, gostaria de propor a ampliação destes contornos para imprimir a tal expressão também conotações de afeto, reconhecimento, respeito e admiração.

AGRADEÇO, sob tal prisma, **aos meus pais, ANTONIO e MARIA**, pela dádiva da vida e pelo amor com que sempre me ampararam diante dos mais difíceis desafios; **à mãezinha, ALTAMIRA**, pela dedicação prestada em todos os momentos da minha vida, sempre regada com palavras de apoio e perseverança; **aos demais familiares e amigos** (termos que se fundem), especialmente JOSÉ MIGUEL, LURDINHA e MARIA OLIVEIRA, pelo carinho e amparo oferecidos diante das dificuldades; **à UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**, pela oportunidade oferecida; **aos seus Professores**, pelo conhecimento compartilhado e sabiamente lapidado; e **aos seus Servidores**, pelo auxílio a todo tempo prestado; **à UNIVERSIDADE REGIONAL DE BLUMENAU**, cujo quadro de professores saudosamente integrei, pela confiança depositada no período de afastamento; **ao TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA**, instituição que com legítimo orgulho integro por nutrir lídimos ideais de justiça, pelo apoio e franca compreensão prestados diante das necessidades vivenciadas ao longo do percurso; **à CAPES** pela concessão da bolsa de estudo que ensejou o financiamento do curso; **aos Professores membros da Banca Examinadora**, DRA. ELA, DR. BRANDÃO, MSC. JACKSON e DRA. VERA pela atenção dispensada na avaliação do trabalho e, principalmente, pelas valiosas contribuições oferecidas em prol do seu aprimoramento; e, finalmente, de um modo muito especial, **à professora Dra. VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE**, pela abalizada orientação e, principalmente, pelas lições de ciência e de vida que, enquanto mestre e amiga, soube ensinar; **ao meu filho, LEONARDO**, pelo que é, pelo que proporciona e pelo que ensina com seu modo genuíno de ser; e **ao meu grande amor, ADRIANO**, metade da minha alma com quem casei. *(-Ah, querido ADRI, diante de ti não encontro palavras para agradecer pela incondicional compreensão e permanente incentivo prestado com palavras, atitudes e seu próprio exemplo. Por isso, prefiro encontrar teus olhos e, em silêncio, deixar entoar o nosso hino de amor!).*

SUMÁRIO

Resumo	VII
<i>Resumen</i>	VIII
Introdução	09
CAPÍTULO I – A CONCEPÇÃO DA CRIMINALIDADE EM SEU VERSO E REVERSO: TEORIA CRIMINOLÓGICA X SENSO COMUM	19
1.1. A nova concepção da Criminalidade a partir da mudança de paradigma – do etiológico ao da reação social	19
1.2. O papel co-constitutivo desempenhado pelo sistema penal	27
1.3. A tradicional concepção da Criminalidade arraigada no senso comum	30
1.3.1. Os postulados da Ideologia da Defesa Social	31
1.3.2. O perfil do saber penal dominante	40
1.3.3. A influência dos Movimentos de Lei e Ordem	48
CAPÍTULO II – A FUNÇÃO SIMBÓLICA DO DIREITO PENAL	56
2.1. As promessas anunciadas pelo Direito Penal e a falsidade do seu perfil declarado	56
2.2. As promessas cumpridas pelo sistema penal e a realidade do seu perfil operacional	63
2.3. O simbolismo como função específica oculta e bem-sucedida	71
CAPÍTULO III – A MATRIZ OCULTA DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA	80
3.1. Política criminal: noções conceituais	80
3.2. A lógica dicotômica da política criminal brasileira	84
3.3. A política criminal legislativa brasileira contemporânea	88

3.3.1. Análise da legislação penal codificada	92
a) Reforma penal de 1.984	92
b) Destacadas alterações legislativas posteriores	97
3.3.2. Análise da legislação penal esparsa destacada	100
a) Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1.989 – Prisão Temporária	101
b) Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1.990, modificada pela Lei n. 8.930, de 06 de setembro de 1.994 – Crimes Hediondos	103
c) Lei n. 9.034, de 03 de maio de 1.995 – Crime Organizado	105
d) Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1.995 – Juizados Especiais Criminais	106
e) Lei n. 9.455, de 07 de abril de 1.997 – Tortura	108
f) Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1.997 – Código de Trânsito Brasileiro	108
g) Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1.998 – Meio Ambiente	109
h) Lei n. 9.677, de 02 de julho de 1.998 - Fabricação e Adulteração de Remédios	111
i) Outros retratos da inflação legislativa	112
CONCLUSÃO	118
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	122

Resumo da Dissertação apresentada à UFSC como parte dos requisitos necessários para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

A FUNÇÃO SIMBÓLICA DO DIREITO PENAL COMO MATRIZ OCULTA DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA

QUITÉRIA TAMANINI VIEIRA PÉRES

Fevereiro/2001

Orientadora: Professora Doutora Vera Regina Pereira de Andrade

Área de Concentração: Instituições Jurídico-Políticas

Palavras-chave: política criminal, simbolismo, função simbólica, direito penal, criminologia.

Número de Páginas: 127.

RESUMO: No desempenho do seu poder repressor contra a criminalidade, exercido através do Direito Penal, vale-se o Estado de um discurso estrategicamente elaborado para garantir a própria relegitimação, o qual encontra funcional alicerce na reclamação emanada da sociedade em favor do recrudescimento do sistema penal. Contudo, nova abordagem do problema é proposta pelo paradigma da reação social - também denominado *labelling approach* - mediante crítica análise do próprio processo de criminalização e suas conseqüências. A partir deste prisma, se depreende que o Direito Penal está cumprindo marcante função simbólica ao lograr sua sustentação a partir da falsa noção de satisfação das promessas declaradas, muito embora persista buscando objetivos diametralmente opostos. Por sua vez, tal função opera como matriz oculta a informar ideologicamente os rumos da política criminal brasileira, palco onde se arquitetam as constantes reformulações legislativas sob dicotômica lógica, a um tempo, obedecendo a tendência criminalizante/penalizante e, a outro, fazendo inflar o discurso de conotação minimalista/garantista com o clamor pela menor intervenção do Estado e pelo respeito aos direitos e garantias individuais assegurados constitucionalmente. Ambas as vertentes, todavia, constituem respostas simbólicas e eficazes. Simbólicas em relação ao proposto problema da criminalidade, porquanto sabido que as promessas que as instruem não serão realizadas. E, eficazes, em relação aos objetivos potencialmente perseguidos pela operacionalização do sistema penal, uma vez assegurada por tal via sua revigorada sustentação.

Resumen de la Disertación presentada a la UFSC como parte de los requisitos necesarios para la obtención del grado de Maestro en Derecho.

LA FUNCIÓN SIMBÓLICA DEL DERECHO PENAL COMO MATRIZ OCULTA DE LA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEÑA CONTEMPORANEA

QUITÉRIA TAMANINI VIEIRA PÉRES

Febrero/2001

Orientadora: Profesora Doctora Vera Regina Pereira de Andrade

Área de Concentración: Instituciones Jurídico-Políticas

Palabras-llave: política criminal, simbolismo, función simbólica, derecho penal, criminología.

Número de Páginas: 127.

RESUMEN: En el desempeño de su poder represor contra la criminalidad, ejercido a través del Derecho Penal, valse el Estado de un discurso estratégicamente elaborado para garantizar la propia relegitimación, lo cual encuentra funcional base en la reclamación emanada de la sociedad en favor del recrudescimiento del sistema penal. Sin embargo, nuevo abordaje del problema es propuesta por el paradigma de la reacción social - también denominado "labelling approach" - mediante la crítica análisis del propio proceso de criminalización y sus consecuencias. Desde este prisma, se deduce que el Derecho Penal está cumpliendo marcante función simbólica al lograr su sustentación a partir de la falsa noción de cumplimiento de las promesas declaradas, aunque persista buscando objetivos diametralmente opuestos. Por su vez, tal función opera como matriz oculta a informar ideológicamente los rumos de la política criminal brasileña, escenario donde se planean las constantes reformulaciones legislativas sob dicotómica lógica, a un tiempo, obedeciendo la tendencia criminalizante/penalizante y, a otro, haciendo inflar el discurso de connotación minimalista/garantista con el clamor por la menor intervención del Estado y por el respecto a los derechos y garantías individuales asegurados constitucionalmente. Ambas las vertientes, sin embargo, constituyen respuestas simbólicas y eficaces. Simbólicas en relación al propuesto problema de la criminalidad, mientras sabido que las promesas que las instruyen no serán realizadas. Y, eficaces, en relación a los objetivos potencialmente perseguidos por la operacionalización del sistema penal, una vez asegurada por tal vía su revigorada sustentación.

INTRODUÇÃO

A presente dissertação visa oportunizar espaço para a discussão dos mais inquietantes questionamentos que acompanham a trajetória acadêmica e profissional incursionada sobre os caminhos do Direito Penal, desencadeados a partir da suspeita do exercício de uma matriz oculta a explicar a funcional engenhosidade estampada no plano da política criminal brasileira.

A pesquisa abriga como foco central a investigação acerca do desempenho, pelo Direito Penal, de um papel marcadamente simbólico identificado enquanto função e não mera consequência, já que, no plano da política criminal, estrategicamente são definidos os delineamentos que visam assegurar eficácia ao prognóstico de sua gradativa expansão - não obstante a reconhecida inadimplência quanto aos compromissos oficialmente anunciados.

Desse modo se explica a eleição do presente tema que traduz, em linhas gerais, o escopo de desenvolver percuciente estudo em torno da função simbólica efetivamente desempenhada pelo Direito Penal e do êxito de seu cumprimento, bem como sua utilização como matriz¹ oculta na fixação dos rumos da política criminal brasileira, notadamente no período compreendido desde a reforma penal de 1984.

Por isso, o título: “*A Função Simbólica do Direito Penal como Matriz Oculta da Política Criminal Brasileira Contemporânea.*”

Assim é que esta dissertação tem por objeto a política criminal brasileira, observada desde a reforma penal de 1.984, abrangendo destaques a respeito da legislação desde então editada sobre a matéria. Sob tal prisma, diagnosticar-se-á a acentuada tendência de crescente intervenção do Estado no sentido de mais penalizar e criminalizar, muito embora persista vigoroso o argumento institucional de reverência e adesão à corrente minimalista².

¹ O termo *matriz* é empregado para designar uma concepção hábil a inspirar um determinado modelo.

² Segundo a corrente minimalista, a repressão à conduta transgressora apenas em *ultima ratio* deve ser feita pelo Direito Penal, legitimando-se o poder incriminador e repressor do Estado apenas nas hipóteses em que se constituir meio necessário por conta da ineficácia dos demais ramos do Direito.

Retratado este contexto aparentemente contraditório, justifica-se o desenvolvimento de crítica investigação sobre dois aspectos, o primeiro alusivo ao *fracasso* no cumprimento das funções prometidas pelo Direito Penal através de um discurso próprio, pautado pela coerência e ancorado nas premissas informadoras da ideologia dominante, e, o segundo - não por coincidência - relativo ao sucesso com que o mesmo opera outras funções latentes diametralmente opostas, as quais retratam perfeita sintonia com seus objetivos instrumentais que visam lhe conferir sustentação.

De ressaltar que justamente nesta paradoxal circunstância - em que permanecem ocultas as bem-sucedidas funções latentes enquanto jazem fracassadas as declaradas -, reside o sentido atribuído ao simbolismo do Direito Penal, cuja função se identifica com a meta de conferir aparência de legitimidade ao sistema em que se insere.

O marco teórico da análise é a Criminologia Crítica que operou, neste século, significativa mudança de paradigma³ ao se deslocar do marco etiológico para operar com o da reação social. Com isso, substituiu no centro da abordagem o autor e o fato pelas condições que originam o desvio e fazem nascer o criminalizado, processo que ocorre pela via do etiquetamento, consumada notadamente na prática legislativa e judiciária.

Algumas considerações se impõem nesta oportunidade a fim de permitir preliminar compreensão acerca de fundamentais noções conceituais empregadas no desenvolvimento do raciocínio, o qual parte da posição teórica criminológica assumida, desvenda o simbolismo impregnado na realidade operacional do Direito Penal e culmina na análise das diretrizes definidas pela política criminal contemporânea.

A propósito das teorias criminológicas, explica ANDRADE (1997, p. 198) que, “na base no paradigma etiológico, modelado segundo uma matriz positivista derivada das Ciências Naturais, a Criminologia é definida como uma Ciência causal-explicativa da criminalidade; ou seja, que investiga as causas da criminalidade (seu objeto) segundo o método experimental”. Logo, erige a tese fundamental de que “ser delinquente constitui

uma propriedade da pessoa que a distingue por completo dos indivíduos normais”, donde conclui que “sendo a criminalidade uma entidade ontológica, seria possível descobrir as suas causas da criminalidade e colocar a Ciência destas ao serviço da prática que a deve combater”. (ANDRADE, 1997, p. 199).

Este paradigma, com o qual nasceu a Criminologia no final do século XIX, permanece ainda hoje na Europa como o modelo tradicional comprometido com a ideologia da defesa social, dominante na Dogmática Penal.

Todavia, no século XX, a Criminologia mudou de cenário e se deslocou do continente europeu para o americano, quando assumiu nova postura ao negar os princípios que informavam aquela ideologia e, com isso, detonar verdadeiro processo de desconstrução até culminar na revolução de paradigma que consolidou os pressupostos da Criminologia Crítica.

Tal mudança de concepção é assim explicada por ANDRADE (1997, p. 207):

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

Com isso, parte-se dos conceitos de *conduta desviada* e *reação social* como “termos reciprocamente interdependentes” para formular a seguinte tese central:

“a de que o desvio – e a criminalidade – não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação (ou controle) social, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição e seleção.” (ANDRADE, 1997, p. 205).

³ Este signo é empregado no sentido, já clássico, atribuído por KUHN, segundo o qual “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. 23).

À luz destas ponderações, mais apropriado que falar da criminalidade e do criminoso, é falar da criminalização e do criminalizado, pois o crime deixa de ser o objeto e assume a condição de produto da reação social, via pela qual o *labelling approach* acentua o papel co-constitutivo do controle na sua construção social por entender que as agências controladoras não *detectam* ou *declaram* a natureza criminal de uma conduta, mas a *geram* ou *produzem* ao etiquetá-la assim.

Desse modo, pondera ANDRADE (1997, p. 207):

“(...) ao invés de indagar, como a Criminologia tradicional, ‘quem é criminoso?’, ‘por que é que o criminoso comete crime?’, o *labelling* passa a indagar ‘quem é definido como desviante?’, ‘por que determinados indivíduos são definidos como tais?’, ‘em que condições um indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?’, ‘que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?’, ‘quem define quem?’ e, enfim, com base em que leis sociais se distribui e concentra o poder de definição?”

Tais questionamentos, confrontados com a realidade conhecida, denunciam que o sistema penal está estruturalmente dedicado a administrar uma reduzidíssima parcela das infrações, normalmente as praticadas pelas pessoas das mais baixas classes sociais, posto que constituem sua potencial clientela.

Ao promover a seleção desigual das pessoas de acordo, sobretudo com a imagem estereotipada da criminalidade e do criminoso, permitindo que os grupos poderosos usufruam da capacidade de impor quase que total imunidade das suas condutas criminosas, cujo dano social normalmente é muito mais acentuado, o sistema penal desnuda sua face deslegitimada.

Isto ocorre porque o sistema jurídico-penal se vale de um falacioso discurso composto de premissas firmadas pela ideologia dominante que nenhum compromisso guarda com a respectiva operacionalização, porquanto sabido que esta é levada a efeito de modo invertido ao viabilizar a realização com pleno êxito de outras funções, de todo distintas e por isso propositalmente não declaradas .

Justamente nesta oposição entre o *manifesto* (declarado) e o *latente*, entre o verdadeiramente desejado e o diversamente acontecido no plano dos efeitos e conseqüências reais do Direito Penal, que HASSEMER associa o sentido do *simbólico* com a noção de *engano* ao explicar que, do ponto de vista crítico, assim se configura um Direito Penal em que as funções latentes predominam sobre as declaradas, do qual se pode esperar que realize através da norma e sua aplicação outros objetivos diversos daqueles nela descritos (1991, p. 28 e 30)⁴.

O exercício desta função simbólica pelo Direito Penal se evidencia no palco da política criminal, composta pelo heterogêneo complexo de situações consideradas negativas, conjecturadas estrategicamente segundo o escopo de auto-legitimar o sistema em que se insere e com isso garantir a realização da meta maior, qual seja, *a de efetivar seletivamente o controle social de modo a respeitar os interesses daqueles que dominam as relações de poder*.

Todavia, em se respeitando a posição criminológica ora adotada, cuja compreensão exige constante recurso à interdisciplinariedade, apresenta-se ainda mais instigante o desafio de diagnosticar a existência de uma matriz oculta a explicar o funcionamento da política criminal.

Contudo, a tarefa de identificar o objeto e formular a conceituação da política criminal não se afigura fácil. A propósito, explica BARATTA (1997a, p. 57) que, traduzindo um conceito complexo, a política criminal apresenta finalidade unívoca, sendo que por muito tempo se considerou que fosse controlar a criminalidade, ou seja, reduzir o número de infrações delitivas, tendo, contudo, se ampliado com o desenvolvimento de estudos de vitimologia, para abranger também o controle das conseqüências do crime.

Após reconhecer que o objeto da política criminal se mostra heterogêneo e indefinido, desenvolvendo estudo sob o marco da Criminologia Crítica, BARATTA (1997a, p. 67) conclusivamente pondera que o

⁴ Texto apresentado segundo a tradução livre da autora. Em sua versão original, assim consta: “Existe un acuerdo global respecto de la dirección en la cual se busca el fenómeno de Derecho simbólico: se trata de una oposición entre ‘realidad’ y ‘apariciencia’, entre ‘manifiesto’ y ‘latente’, entre lo ‘verdaderamente querido’ y lo ‘otroramente aplicado’; y se trata siempre de los efectos reales de las leyes penales. ‘Simbólico’ se asocia con ‘engañio’, tanto em sentido transitivo como reflexivo.” (HASSEMER, 1991, p. 28). E, adiante: “‘Simbólico’ em sentido crítico es por consiguiente um Derecho penal em el cual las funciones latentes predominen sobre las manifiestas: del cual puede esperarse que realice a través de la norma y su aplicación otros objetivos que los descritos en la norma.” (HASSEMER, 1991, p. 30).

enfrentamento da questão alusiva ao futuro da política criminal requer a idealização de programas de ação justos e eficazes para ter sob controle três aspectos erigidos à condição de tarefas: "a) as situações *problemáticas* e de violação de direitos fundamentais dependentes do comportamento de pessoas físicas; b) os processos de criminalização; c) as conseqüências individuais e sociais das violações de direito e dos processos de criminalização."

Formuladas estas inaugurais ponderações, seguem declinados os problemas em torno dos quais se desenvolverá a presente pesquisa:

(a) O Direito Penal cumpre uma função simbólica? Em caso positivo, quais objetivos persegue?

(b) Como tal função simbólica pode ser identificada a partir da análise da política criminal brasileira desde a reforma de 1984?

As hipóteses provisoriamente estabelecidas são as seguintes:

Hipótese "a"- O Direito Penal cumpre marcante função simbólica, a qual se evidencia na própria contradição estampada a partir da constatação de que, por um lado, edificou-se na sociedade a concepção de que sua atuação é imprescindível à garantia da proteção e segurança em face do anunciado problema da criminalidade, enquanto, por outro, estabeleceu-se historicamente inquestionável déficit quanto ao cumprimento das promessas pelo mesmo oficialmente declaradas. Assim, com marcante êxito realiza funções latentes voltadas ao objetivo maior de garantir a própria sustentação, para o que dissemina a sensação de insegurança que faz com que seja considerado imprescindível à garantia da proteção dos *cidadãos do bem* contra atitudes reputadas negativas praticadas pelos outros, *do mal*, então rotuladas criminosas.

Hipótese "b" - A expressiva demanda (neo)criminalizadora e penalizadora invocada sob a forma de apelos do senso comum, veiculados pelos Movimentos de Lei e Ordem através da mídia falada e escrita, por si só denuncia o exercício da função simbólica do Direito Penal que opera como matriz oculta na fixação dos parâmetros que definem os rumos da política criminal contemporânea. Comporta-se, pois, como nítido mecanismo ideológico que outorga sucesso ao funcionamento desta engenhosidade que

caracteriza o sistema penal, quer quanto ao propósito de se auto-legitimar, quer de assegurar a manutenção do modelo social próprio das primitivas civilizações em que, identicamente, a opressão servia aos interesses da elite dominante, por isso com natural ênfase à defesa dos bens patrimoniais.

A importância do presente estudo decorre da necessidade de incursionar investigação sobre a função simbólica exercida pelo Direito Penal através do cumprimento de promessas ocultas, para assim permitir melhor entendimento dos rumos adotados pela política criminal brasileira contemporânea, uma vez estabelecida nítida conexão entre tais matérias.

Em termos mais específicos, o objetivo pode ser melhor explicitado a partir da seguinte subdivisão de ordem metodológica:

(a) Estudar o sistema penal segundo os postulados da teoria criminológica, esta ditada pelo paradigma da reação social, em contraposição aos enunciados sustentados pela Ideologia da Defesa Social e veiculados pelo Movimento de Lei e Ordem;

(b) Refletir criticamente sobre a ambigüidade funcional do sistema penal em relação às promessas declaradas e às efetivamente cumpridas, a ponto de denunciar a falácia do discurso oficial e, via de consequência, a própria deslegitimação do Direito Penal; e, finalmente,

(c) Analisar os fatores que demonstram o cumprimento de uma função marcadamente simbólica pelo Direito Penal, representada pela aparente garantia de proteção e segurança oferecidas à sociedade em face da criminalidade, comportando-se como matriz que, permanecendo estrategicamente oculta, orienta a política criminal contemporânea visando justificar sua crescente projeção intervencionista.

O método de abordagem será o dedutivo⁵ e o de procedimento, descritivo-argumentativo e dialético⁶, este último motivado pela

⁵ Explica PASOLD (1999, p. 83) que neste método (dedutivo), procura-se estabelecer uma formulação geral para, em seguida, buscar as partes do fenômeno de modo a sustentá-la.

⁶ Justamente para retratar este ângulo do conhecimento, ENGELS conceituou a dialética como a “grande idéia fundamental segundo a qual o mundo não deve ser considerado como um complexo de coisas acabadas, mas como um complexo de processos em que as coisas, na aparência estáveis, do mesmo modo que os seus reflexos intelectuais no nosso cérebro, as idéias, passam por uma mudança ininterrupta de devir e decadência, em que, finalmente, apesar de todos os insucessos aparentes e retrocessos momentâneos, um desenvolvimento progressivo acaba de se fazer hoje.” (POLITZER apud LAKATOS e MARCONI, 1985, p. 96).

convicção de que a apreensão do contexto sócio-jurídico-penal exige sua análise enquanto processo e não coisa estática, tal como ocorre na metafísica.

Desfaz-se, portanto, qualquer compromisso com a indulgente postura de ratificação do legado doutrinário oficial que ao assunto tem dispensado tratamento eminentemente repetitivo e linear, quase incólume à polemização. Romper com a alienação então consagrada enquanto processo, através do qual os conceitos são aceitos sem maiores questionamentos, implica em difícil e ardoroso desafio, cuja consecução importa na ousada opção pela reflexão crítica e na corajosa refutação de posturas cômodas, muitas vezes aceitas para economizar argumentos.

A seu turno, percebe-se que as inquietações anunciadas não admitem respostas perfeitas e acabadas, pois a reflexão acerca delas - quando criticamente desenvolvida - culmina por repercutir em novas indagações, talvez ainda mais palpitantes.

Quanto às técnicas de pesquisa, estas consistirão no levantamento de dados através da pesquisa bibliográfica, compreendendo especialmente livros, artigos e estatísticas, entre outros.

Especificadas estas delimitações de ordem metodológica, cumpre explicitar as etapas do pensamento com que o raciocínio será desenvolvido.

Cuidar-se-á no Capítulo I, do estudo acerca da concepção da criminalidade prestigiando os mais importantes entendimentos que habitam o verso e reverso da teoria criminológica e discurso jurídico-penal. Assim, por um lado, serão investigados os delineamentos firmados pela teoria criminológica tendo em vista os pressupostos da Criminologia Crítica, detendo especial atenção para o papel co-constitutivo desempenhado pelo próprio sistema penal. E, por outro, será foco da análise a noção da criminalidade vigente no senso comum, a qual guarda estreita coerência com o pensamento sustentado pelos juristas dogmáticos cujas lições expressam o saber penal dominante, encontrando expressivo respaldo ideológico nos postulados da Ideologia da Defesa Social e consagrando-se a partir da influência projetada pelos movimentos de lei e ordem, especialmente através da mídia.

No Capítulo II, projetar-se-á reflexão acerca da função simbólica do Direito Penal. Este estudo pressupõe inicial debate sobre as promessas anunciadas pelo Direito Penal de modo a demonstrar a falsidade do seu perfil declarado. Seguir-se-á a leitura das promessas efetivamente cumpridas a partir da análise da realidade operacional do sistema penal, de todo distintas, senão opostas àquelas.

Assim, o mais leve toque com a realidade culmina por denunciar o exercício de função simbólica com êxito desempenhada pelo Direito Penal a ponto de ser eleita *matriz oculta* da Política Criminal, já que - estabelecida íntima conexão com esta - norteia suas diretrizes de acordo com premissas próprias diferentes daquelas que emprestam juridicidade e coerência ao discurso oficial pertinente, daí porque se mantêm não reveladas.

Afinal, ao tempo que tenta esboçar medidas que retratam a criminalidade como problema social progressivamente agravado, a política criminal insiste na preconização da rigorosa atuação do Direito Penal como indispensável para a resolução dos conflitos sob o argumento de que, monopolizando o poder repressivo, alcançará a segurança e a harmonia social desejadas. Exsurge, pois, a noção de simbolismo a partir da verificação de que este tão difícil mister de resguardar a segurança pública nunca foi observado pelo sistema penal, o qual dele apenas se apropria para justificar sua existência e sustentação.

Deste modo, vale-se o Direito Penal de argumentos discursivos simétrica e retoricamente articulados para lograr sua sustentação, conjugados através da versão relegitimadora manejada pelos mecanismos que integram o aparato oficial (legislativo, polícia, justiça e administração penitenciária). A propósito, cumpre ressaltar que neste comportamento vicioso tem incidido até mesmo os programas dos cursos de graduação em Direito que, via de regra, optam pela reprodução do saber destituído da necessária crítica, via hábil a desvendar o legítimo sentido então encoberto.

Passo seguinte, no Capítulo III, desenvolver-se-á percuciente investigação sobre elementos extraídos do contexto sócio-jurídico brasileiro para viabilizar mais detida análise da nossa política criminal desde a reforma penal de 1984, admitida esta como marco espaço-temporal.

Do estudo acerca das noções conceituais e conjunturais atribuídas à política criminal brasileira, revelar-se-á a lógica dicotômica operada em seu interior, a um tempo anunciando adesão à corrente minimalista/garantista e, a outro, chancelando medidas de acentuado recrudescimento do sistema penal, mediante iniciativas criminalizantes e /ou penalizantes.

Sem perder de vista tais nuances, finalmente, serão compilados os principais subsídios oriundos da produção legislativa brasileira ocorrida desde a edição da última grande reforma penal, delineando-se com isso o perfil da nossa política criminal contemporânea.

Compreender-se-á, pois, como o Direito Penal, mesmo sem cumprir as funções que declara, consegue proporcionar à sociedade a sensação de maior segurança que na hipótese de sua ausência (ora compreendida como não intervenção). Verifica-se, destarte, que – por conta do sucesso com que vem se operando a função simbólica do Direito Penal - a inadimplência do Estado acaba por se converter, paradoxalmente, num fator preponderante à sua sustentação.

Enfim, pode-se afirmar que a proposta de diagnosticar a função simbólica exercida pelo Direito Penal através do cumprimento de promessas diversas das declaradas e, a partir daí, investigar sua atuação enquanto matriz oculta da política criminal brasileira se equipara à tarefa de apreender o mecanismo pelo qual opera o engenho ideológico que explica o funcionamento da máquina ...

CAPÍTULO I

A CONCEPÇÃO DA CRIMINALIDADE EM SEU VERSO E REVERSO: TEORIA CRIMINOLÓGICA X SENSO COMUM

1.1. A NOVA CONCEPÇÃO DA CRIMINALIDADE A PARTIR DA MUDANÇA DE PARADIGMA – DO ETIOLÓGICO AO DA REAÇÃO SOCIAL

Ao descortinar o tema, convém, num primeiro momento, voltar os olhos para o confronto estabelecido entre os homens ao longo da convivência social na busca da satisfação das necessidades próprias e alheias, circunstância que exigiu a edição de normas com o intuito de regular os comportamentos e as conseqüências projetadas para o caso de eventual descumprimento.

Com o reconhecimento de que a conflituosidade constitui característica inerente à vida em sociedade, revelou-se a importância da organização de tais normas de modo sistematizado (do que se ocupa a ciência do Direito), assim também da atribuição a um conjunto de agências da incumbência de sua operacionalização, compreendendo desde a etapa programadora (instância legislativa), até a executiva propriamente dita (instâncias executiva e judiciária).

Lembra BASTOS (1998, p. 38) que todo este complexo – legislação, sentença, comportamento – “constitui, no fundo, obra humana, criação humana”. Daí porque adverte:

“Portanto, quem quiser saber o que é o direito, consulte o que o homem faz. Olhe em seu redor. Se por acaso encontra leis que definem, ou pensam definir, o que é obrigatório, facultado ou proibido, convém continuar observando. Isto é, convém verificar se seus destinatários e, especialmente, os órgãos encarregados de dar-lhes execução, agem em tal sentido.”

Outrossim, sob o pálio da missão de tutelar importantes bens da vida mediante a incorporação do castigo como retribuição ao

comportamento ofensivo, especializou-se a ciência jurídica para atribuir ao Direito Penal a tarefa de cuidar da descrição das condutas proibidas, então denominadas *criminosas*, assim também da correspondente infligência de gravame pessoal denominado *penalidade*, com especial ênfase para a subtração ou restrição da liberdade.

Especificando ainda mais o foco desta análise com a dedicação ao estudo do fato criminoso, das circunstâncias que o cercam e das formas de resposta a ele, a Criminologia vem compondo sua história a partir da contínua sucessão de escolas criminológicas, pautadas pelas inovações ideológicas que atribuem novos contornos aos paradigmas respectivos.

Assim é que, desenvolvida no âmbito da filosofia política liberal clássica na Europa, no século XVIII e primeira metade do século XIX, a escola liberal clássica⁵ – segundo BARATTA (1997, p. 31) - se detinha “principalmente sobre o delito, entendido como conceito jurídico, isto é, como violação do direito e, também, daquele pacto social que estava, segundo a filosofia política do liberalismo clássico, na base do Estado e do direito.”

Destacando as principais convicções desta escola e, desde logo, estabelecendo os principais pontos de divergência com a escola positivista, BARATTA (1997, p. 31) pondera:

“Como comportamento, o delito surgia da livre vontade do indivíduo, não de causas patológicas, e por isso, do ponto de vista da liberdade e da responsabilidade moral pelas próprias ações, o delinqüente não era diferente, segundo a Escola clássica, do indivíduo normal. Em consequência, o direito penal e a pena eram considerados pela Escola clássica não tanto como meio para intervir sobre o sujeito delinqüente, modificando-o, mas sobretudo como instrumento legal para defender a sociedade do crime, criando, onde fosse necessário, um dissuasivo, ou seja, uma contramotivação em face do crime. Os limites da cominação e da aplicação da sanção penal, assim como as modalidades de exercício do poder punitivo do

⁵ Conforme BARATTA (1997, p. 32), quando se fala da escola liberal clássica como um antecedente ou como a “época dos pioneiros” da moderna criminologia, se faz referência, particularmente, à obra de Jeremy Bentham na Inglaterra, de Anselm von Feuerbach na Alemanha, de Cesare Beccaria e da escola clássica de direito penal na Itália.

Estado, eram assinalados pela *necessidade* ou *utilidade* da pena e pelo princípio de legalidade.”

Daí porque, ao formular um discurso crítico sobre o sistema penal com o estabelecimento de uma política criminal inspirada nos princípios da humanidade, legalidade e utilidade da pena, as escolas liberais clássicas deslocaram sua atenção da criminalidade para o Direito Penal.

Interessante observar que tais princípios receberam, na atualidade, um significado contextualizado por parte das novas tendências criminológicas que neles vislumbraram um mecanismo de contestação aos postulados sustentados pela criminologia positivista.

Esta, por sua vez, consolidou-se entre o final do século XIX e o começo do século do XX, quando houve marcante predomínio das teorias desenvolvidas na Europa no âmbito da filosofia e da sociologia do positivismo naturalista⁶. Tais teorias, segundo BARATTA (1997, p. 29), também denominadas *patológicas da criminalidade*, baseavam-se nas características biológicas e psicológicas que diferenciariam os sujeitos *criminosos* dos *normais* e também na negação do livre arbítrio mediante um rígido determinismo.

Com estes delineamentos, erigiu-se o paradigma etiológico baseado na matriz positivista derivada das Ciências Naturais, segundo a qual somente se reconhece como científico o estudo causal-explicativo dos fatos observados.

Cuidava, portanto, da investigação das causas da criminalidade segundo o método experimental, valendo-se – no dizer de BARATTA (1997, p. 29) – “da pretensa possibilidade de individualizar ‘sinais’ antropológicos da criminalidade e de observar os indivíduos assim ‘assinalados’ em zonas rigidamente circunscritas dentro do âmbito do universo social (as instituições totais, ou seja, o cárcere e o manicômio judiciário)”.

Nesta linha de raciocínio, se assegurava que o Direito Penal Positivo nada mais fazia que reconhecer os delitos e positivá-los, tendo em vista o pressuposto de que, sendo a criminalidade uma entidade ontológica, seria

⁶ Alude-se, em particular, “à escola sociológica francesa (Gabriel Tarde) e à “Escola Social” na Alemanha (Franz von Liszt), mas especialmente à “Escola positiva” na Itália (Cesare Lombroso, Enrico Ferri, Raffaele Garofalo).” (BARATTA, 1997, p. 32).

possível investigar suas causas e permitir a atuação da Ciência de modo a erradicá-la.

À luz disso, percebe-se que a concepção da Criminologia como *estudo das causas da criminalidade* encontra na matriz positivista seu legítimo embrião.

A propósito, importa assinalar que também assim, por muito tempo, a Criminologia foi encarada pelas escolas sociológicas. Estas, por sua vez, vislumbrando a estreiteza do foco da análise, gradativamente passaram a romper o vínculo com este paradigma reducionista visando dar lugar à análise de outras circunstâncias situadas num plano mais amplo (macro).

De todo modo, resta aclarada a razão pela qual, em sua origem, a Criminologia traduz a função cognoscitiva e prática de “individualizar as causas desta diversidade, os fatores que determinam o comportamento criminoso, para combatê-los com uma série de práticas que tendem, sobretudo, a modificar o delinquente.” (BARATTA, 1997, p. 29-30).

Estudando o prisma ideológico da criminologia positivista, ANDRADE (1995, p. 34) adverte que essa

“(...) não apenas coloca seu próprio saber (causal e tecnológico) ao serviço dos objetivos declarados do sistema, mas produz (e reproduz) o próprio discurso interno que os declara, avalizando, do ponto de vista da ciência, uma imagem do sistema que é dominada por esses objetivos”.

Com efeito, a extrema funcionalidade desse processo racionalizante por si só explica porque esta concepção da Criminologia edificada em torno das causas da criminalidade permanece ainda hoje tão arraigada na doutrina tradicional e no senso comum através dela reproduzido, mormente no meio acadêmico, seu principal proliferador.

Contudo, a partir dos anos 60, esta concepção patológica e clínica passou a sofrer reação por parte de um novo paradigma científico, denominado *da reação social* ou *labelling approach*, fundado na consideração do crime como um comportamento definido pelo Direito, e no

repúdio do determinismo e da consideração do delinqüente como um indivíduo diferente (BARATTA, 1997, p. 30).

Sob tais premissas, explica ANDRADE (1997, p. 184), a Criminologia contemporânea experimenta uma troca de paradigmas por meio da qual se desloca e transforma de uma “Ciência das causas da criminalidade (paradigma etiológico)” em uma “Ciência das condições da criminalização (paradigma da reação social)”, “ocupando-se hoje, especialmente, do controle sociopenal e da análise da estrutura, operacionalidade e reais funções do sistema penal, que veio a ocupar um lugar cada vez mais central no interior do objeto da investigação criminológica.”

Com esse enfoque, marcado pela perspectiva de superação das mencionadas teorias patológicas e deslocamento da atenção dos fatores biológicos e psicológicos para os sociais, vislumbrou-se o nascimento da nova criminologia que se anunciava a partir do “conhecimento de que não é possível considerar a criminalidade como um dado préconstituído às definições legais de certos comportamentos e de certos sujeitos”. (BARATTA, 1997, p. 30).

Este paradigma da reação social ou *labelling approach*, modelado pelo interacionismo simbólico⁷ e o construtivismo social⁸ como esquema explicativo da conduta humana, segundo lição de ANDRADE (1997, p. 205):

“(...) parte dos conceitos de ‘conduta desviada’ e ‘reação social’, como termos reciprocamente interdependentes, para formular sua tese central: a de que o desvio – e a criminalidade – não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação (ou controle) social, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos

⁷ O interacionismo simbólico representa uma certa superação da antinomia rígida das concepções antropológicas e sociológicas do comportamento humano, ao evidenciar que não é possível considerar a natureza humana ou a sociedade como *dados* estanques ou estruturas imutáveis. (ANDRADE, 1997, p. 204). Ainda, para tal vertente, a sociedade, ou seja, a realidade social é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, às quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem. (BARATTA, 1997, p. 87).

⁸ Segundo o construtivismo social, as observações estão baseadas em construções mentais, vez que a realidade só existe na medida em que é interpretada e, em consequência, apreendida. Constitui uma filosofia relativista (porque interpreta a realidade social conforme a maneira que cada um tem de ver as coisas) e reflexiva (posto que se volta sobre o investigador, ignorando a realidade objetiva). A par disso, tem contribuído positivamente nos estudos criminológicos ao desvendar a natureza problemática da lei, a qual não constitui coisa absoluta, autônoma, valiosa em si e por si, pois existem aqueles que definem o que é delito a partir da posição de poder em que se encontram. (CASTRO, 1983, p. 6-8).

através de complexos processos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição e seleção.”

Em sendo assim, esclarece ANDRADE (1997, p. 205):

“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 criminoso 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 delinquente.”

Assim sendo, após concluir que não mais se afigura possível estudar a criminalidade sem considerar a repercussão destes processos, ANDRADE (1997, p. 205) sugere como mais apropriado se falar da “criminalização” e do “criminalizado” que da “criminalidade” e do “criminoso”.

Nesse passo, delineando o perfil deste novo paradigma, explica BARATTA (1997, p. 86) que “o *labelling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade”. No seu dizer,

“(...) esta direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinqüente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinqüência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, não é considerado e tratado pela sociedade como ‘delinquente’.”

Diferenciando-se das outras concepções retro declinadas justamente por expandir o ângulo analisado para nele incluir a própria operacionalização do sistema, sem olvidar o impacto causado pela atuação das

instituições respectivas, a criminalidade se revela sob nova roupagem, antes não conhecida, porquanto não investigada.

Apresenta-se, pois, como um *status* atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: “a *definição* legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal e a *seleção* que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tais condutas.” (ANDRADE, 1995, p. 24, 25 e 28).

Afinal, ao ressaltar que o crime deixa de ser o objeto para constituir o produto da reação social e que não esboça natureza ontológica, mas social e definitorial, o *labelling approach* destaca o papel co-constitutivo exercido pelas agências controladoras sempre que reconhecem formalmente a natureza criminal de uma conduta (processo do etiquetamento), ocupando-se também do efeito estigmatizante daí derivado.

Por sua vez, a regularidade com que os estratos sociais mais pobres são envolvidos neste processo desnuda a constatação de que a criminalidade, sob tal ângulo, se afigura como uma realidade social construída de forma extremamente seletiva e desigual.

Operada a ampliação do objeto da Criminologia, para nele inserir, além dos mecanismos sociais e institucionais que controlam e constróem a *realidade social* da conduta desviante, as relações desses mecanismos com a estrutura sócio-econômica, surge a distinção entre a *velha* e a *nova* Criminologia - ora reconhecida nas teorias da *reação social* ou *labelling approach*. De notar, pois, que esta nova concepção criminológica deixa de considerar a criminalidade como uma entidade natural para se preocupar com a sua constituição no interior da experiência social vivida num dado momento e espaço, respeitada sua constante mutação e peculiaridades.

Vê-se, portanto, que a Criminologia tradicional sofreu o impacto de inovadoras abordagens direcionadas ao próprio sistema penal e também à natureza, estrutura e funções do controle social em suas diversas instâncias, tudo de modo a evidenciar com contornos nítidos o flagrante descompasso entre o discurso penal e a realidade operacional respectiva.

Sob o impulso do conhecimento investigado no âmbito da sociologia criminal contemporânea, a Criminologia liberal deu lugar à

Criminologia crítica, sem que se observasse em tal processo evolutivo qualquer solução de continuidade. Isso porque, ao tempo em que operou marcante complementação com alguns pressupostos reputados deficitários, mormente no plano da análise macrossociológica, houve também a reafirmação de outros cujos resultados foram delineados pelo paradigma da reação social, pelas teorias do conflito e pela ideologia da defesa social.

Conforme sublinha ANDRADE (1997, p. 214), tendo recebido numerosos aportes teóricos, a Criminologia crítica “desenvolve a dimensão de poder – considerada deficitária no *labelling* – numa perspectiva materialista cujo nível de abstração macrossociológica alça as relações de poder e propriedade em que se estrutura conflitivamente a sociedade capitalista.”

Em sendo assim, a Criminologia crítica assume maior amplitude em seu foco de análise quando acrescenta à base teórica interacionista um approach marxista, pois a partir disso recupera

“(...) a análise das condições objetivas, estruturais e funcionais que originam, na sociedade capitalista, os fenômenos de desvio, interpretando-os separadamente conforme se tratem de condutas das classes subalternas ou condutas de classes dominantes (a chamada criminalidade de colarinho branco, dos detentores do poder econômico e político, a criminalidade organizada, etc).” (ANDRADE, 1997, p. 217).

Delineando um perfil comparativo entre tais teorias, BARATTA (1997, p. 249) explica:

“Para a criminologia tradicional o sistema penal existente e a prática oficial são os destinatários e beneficiários de seu saber, em outras palavras, o príncipe para o qual é chamada a ser conselheira. Para a criminologia crítica o sistema positivo e a prática oficial são, antes de tudo, o objeto de seu saber. A relação com o sistema é crítica; sua tarefa imediata não é realizar as receitas da política criminal, mas examinar de forma científica a gênese do sistema, sua estrutura, seus mecanismos de seleção, as funções que realmente exerce, seus custos econômicos e sociais e avaliar, sem preconceitos, o tipo de resposta que está em condições de dar, e que efetivamente dá, aos problemas sociais reais.”

A partir dessas ponderações, se observa que a criminalidade assume importante modificação em seu significado quando o ângulo da abordagem migra do paradigma etiológico-determinista para o da reação social, e, ainda mais, quando passa a abranger a influência das relações de poder operadas sob o enfoque macrosociológico.

Como resultado desta transformação, em linhas resumidas ditadas por BARATTA,

“a ‘criminalidade’ se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, pela seleção de bens jurídicos penalmente protegidos e dos comportamentos ofensivos a estes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, pela seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos aqueles que praticam tais comportamentos.” (ANDRADE, 1997, p. 218).

1.2. O PAPEL CO-CONSTITUTIVO DESEMPENHADO PELO SISTEMA PENAL

Num primeiro momento, cumpre direcionar a análise para os contornos do sistema penal em sua exata completude na perspectiva de que não se incorra no vício de reduzi-lo ao complexo estático das normas penais ou a compartimentos estruturais isolados. Há que compreender, desse modo, as agências do controle social formal que o integram (Legislativo - criminalização primária; Polícia e Justiça - criminalização secundária; sistema penitenciário), além dos mecanismos de controle social informal (escola, imprensa, vizinhança, entre outros).

Caracterizando um modelo racionalizado, burocratizado e profissionalizado, o moderno sistema penal adota estrutura organizacional que, no dizer de ANDRADE (1997, p. 175), comporta abordagem em duas dimensões e níveis de abordagem:

“a) uma dimensão definicional ou programadora do controle penal que define as regras do jogo para as suas ações e decisões e os próprios fins perseguidos, que define, portanto, o seu horizonte de projeção; b) uma dimensão operacional que deve realizar o controle

penal com base naquela programação. O sistema é, pois, um conceito bidimensional que inclui normas e saberes (enquanto programas de ação ou decisórios), por um lado, e ações e decisões, em princípio racionalizadas, por outro.”

Tocante à primeira dimensão, de cunho *definicional*, encontra-se no Direito Penal o arcabouço da legislação repressora, embora não o esgote - já que se faz acompanhar por outras normas, a exemplo da constitucional, processual penal, entre outras que, em amplo e sistematizado contexto, integram a versão programadora do sistema enunciando comandos sob a forma de *dever-ser*.

Já quanto à outra dimensão, denominada *operacional*, dois momentos comportam distinta apreciação: o primeiro, quanto ao procedimento criminal a que se submete o caso investigado até final julgamento, e, o segundo, quanto à resposta oferecida pelo sistema penal em caso de condenação, quando se efetiva a imposição da pena ao indivíduo que teria praticado determinado comportamento rotulado como delituoso pela norma penal.

A propósito da identificação das agências respectivas, esclarece ANDRADE (1997, p. 175):

“O poder legislativo é, de qualquer modo, a fonte básica da programação do sistema, enquanto as principais agências de sua operacionalização são a Polícia, a Justiça e o sistema de execução de penas e medidas de segurança, no qual a prisão ocupa o lugar central. O sistema penal existe, pois, como a articulação funcional sincronizada da Lei penal-Polícia-Justiça-Prisão e órgãos acessórios.”

Assim é que, como produto da atuação desta ampla estrutura organizacional do sistema penal, se situa o efeito estigmatizante, pois nenhuma instância, a rigor, se furta ao lançamento da própria nódoa com feição de estigma. Porém, no ápice deste processo se situa o formal momento do etiquetamento consumado por ocasião da prolação da sentença penal condenatória, a qual rotula o indivíduo como criminoso, submetendo-o, via de consequência, à aplicação de penalidades específicas, com especial destaque para aquelas privativas de liberdade.

Com efeito, a prisão constitui o principal foco deste processo estigmatizante, já que os indivíduos dela egressos levam consigo tal mácula para sempre, dela não se livrando mesmo após o completo cumprimento da pena. A propósito disso, ressalta HULSMAN (1997, p. 61-62) que a prisão também deve ser concebida como um castigo corporal, a exemplo do que ocorria na época dos suplícios, posto que degrada os corpos, além de acarretar outros males no plano pessoal, com o afastamento da família, a perda do emprego e do respectivo salário, exemplificativamente.

Ainda, abordando as conseqüências da interiorização do estigma provocado tanto pela experiência do processo como do encarceramento, HULSMAN (1997, p. 69) salienta:

“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 a imagem, marginalmente. Nos vemos de novo diante da constatação de que os sistema penal cria o delinquente, mas agora, num nível muito mais inquietante e grave: o nível da interiorização pela pessoa atingida do etiquetamento legal e social.”

Feitas tais ponderações, percebe-se – como acentua ANDRADE (1999, p. 26) – que o universo da criminalidade é construído e co-constituído através da própria intervenção do sistema, concebido como autêntico exercício de poder, controle e domínio, mediante:

“a) a definição legal de crimes pelo Legislativo, que atribui à conduta o caráter criminal, definindo-a (e, com ela, o bem jurídico a ser protegido) e apenando-a qualitativa e quantitativamente, e;
b) a seleção das pessoas que serão etiquetadas, num *continuum* pela Polícia-Ministério Público e Justiça, e;
c) estigmatizadas (especialmente na prisão) como criminosos entre todos aqueles que praticaram tais condutas.”

Logo, o sistema penal é “constitutivo da própria construção social da criminalidade, que se revela como uma realidade socialmente construída através do processo de criminalização seletivo por ele acionado.” (ANDRADE, 1999, p. 26).

1.3. A TRADICIONAL CONCEPÇÃO DA CRIMINALIDADE ARRAIGADA NO SENSO COMUM

Não obstante as refutações formuladas pelo paradigma da reação social ao modelo positivista buscando a superação do paradigma etiológico, a concepção da criminalidade arraigada no senso comum permanece umbilicalmente atrelada aos pressupostos desse último, traduzindo-se numa versão específica que visa fundamentalmente respaldar a meta da própria legitimação.

Para tanto, seus tradicionais operadores se empenham em retratar a coerência do discurso oficialmente proferido, muito embora não guardem idêntico compromisso em relação às matrizes ditadas pela realidade operacional respectiva.

Destacando a simbiose estabelecida entre esta cultura sediada no âmbito do sistema penal e a própria estrutura social onde se insere, pondera ANDRADE (1999, p. 29):

“(...) além de uma estrutura social (macrocosmos) caracterizada pela desigual distribuição da propriedade (rural e urbana) e do poder é necessário aduzir que, em simbiose com ela, existe uma cultura ou ideologia penal específica a sustentar o sistema penal (microcosmos) e cujas representações sintetizam, por sua vez, o conjunto das funções declaradas ou promessas que legitimam sua existência.”

Esta intrínseca relação de funcionalidade pode ser visualizada com clareza a partir da análise crítica dos postulados da ideologia da defesa social, cujas premissas continuam delineando o saber penal dominante – estampado nos compêndios e discursos oficiais sobre o sistema penal tal como sempre foi ideologicamente institucionalizado –, estruturando-se sob o marcante impulso perpetrado pelos movimentos de lei e ordem, notadamente através da mídia, seu principal veículo-motor.

1.3.1. OS POSTULADOS DA IDEOLOGIA⁹ DA DEFESA SOCIAL

Na lição de BARATTA (1997, p. 41-42), esta ideologia, denominada *da defesa social*, nasceu contemporaneamente à revolução burguesa e assumiu predomínio no âmbito do saber penal, sendo que algumas de suas premissas sustentadas pela escola clássica foram assumidas pelas escolas positivistas. Assevera, ainda, que o conteúdo dessa ideologia se consagrou na filosofia dominante na ciência jurídica e nas opiniões comuns emitidas pelo homem de rua, podendo ser reconstituído através dos seguintes princípios:

a) *Princípio da 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 delinquente 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 delinquente.

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.

⁹ Este termo é empregado com o sentido atribuído por BARATTA (1997, p. 44-45), segundo o qual ideologia se refere à falsa consciência que legitima instituições sociais, atribuindo-lhes funções ideais diversas das que realmente exercem.

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. (...)"

Adverte ANDRADE (1999, p. 29) que tal ideologia veio a constituir-se não apenas na ideologia dominante da Dogmática Penal e dos operadores do sistema penal, mas no senso comum que ainda hoje prevalece vigente sobre a criminalidade, o criminoso, a pena e o Direito Penal.

Com efeito, a tradicional doutrina elaborada acerca da Criminologia se apresenta informada por tais princípios em toda sua extensão, sendo usual a localização na bibliografia respectiva de especial referência à legitimidade atribuída ao Estado para proceder a repressão da criminalidade, assim também à concepção do delito como um dano para a sociedade por afetar interesses reputados *comuns*, como tais reconhecidos pela lei penal, e, finalmente, à noção de que esta comporta indistinta aplicação sob a forma de sanção cominada igualmente aos que a violarem.

A propósito, pondera ANDRADE (1997, p. 137) que, mediante tais preceitos, a ideologia da defesa social sintetiza

"(...) o conjunto das representações sobre o crime, a pena e o Direito Penal construídas pelo saber oficial e, em especial, sobre as funções socialmente úteis atribuídas ao Direito Penal (proteger bens jurídicos lesados garantindo também uma penalidade igualitariamente aplicada aos seus infratores) e à pena (controlar a criminalidade em defesa da sociedade, mediante a prevenção geral (intimidação) e especial (ressocialização)."

Importante ressaltar que, segundo ANDRADE (1997, p. 137), ao mencionado elenco de princípios poder-se-ia somar também o da *legalidade*, porquanto considerado "legado vertebral da ideologia liberal". Em tal abordagem, o princípio da legalidade estaria inserido dialeticamente entre os princípios da legitimidade e da igualdade, expressando-se do seguinte modo: "o Estado não apenas está legitimado para controlar a criminalidade, mas é

autolimitado pelo Direito Penal no exercício desta função punitiva, realizando-a no marco de uma estrita legalidade e garantia dos Direitos Humanos do imputado”.

A partir desse prisma, marcado por aparente avanço em face do seu decantado perfil garantista, o conceito de defesa social passou a esboçar, na ciência penal, uma falsa conotação de significativo avanço.

Assim, sob o pálio da destemida luta pela consecução da paz social sem prejuízo da humanização da resposta penal, os estudiosos e operadores jurídicos persistem defendendo os postulados preconizados pela ideologia da defesa social, os quais habitam em suas consciências de modo tão interiorizado que resulta obstada a desnudação do seu cunho falacioso.

Através da análise crítica deste processo extremamente ideologizado, pode-se assimilar porque o discurso jurídico-penal contemporâneo a todo o tempo se apropria dos enunciados vazados nos princípios supra referidos para sustentar suas premissas e retratar aparente êxito em relação à fundamental promessa que anuncia, qual seja *a de proteger a sociedade contra a criminalidade através da igualitária aplicação da lei repressiva que, a um tempo recupera o criminoso e com isso evita a reiteração da prática criminosa, e, a outro, intimida as demais pessoas a perfilharem idêntica conduta, operando-se tal mecanismo punitivo através das instituições que integram o sistema penal, mediante atuação integrada e harmônica.*

Por sua vez, a consecução deste desiderato se deve ao exemplar manejo com que os operadores do Direito empregam tais noções desde a fase de elaboração do tipo penal (legislativa) até a que culmina na sua aplicação ao caso concreto (judicial).

Ao longo deste processo de criminalização, de modo particularmente evidente se revela o empenho com que é sustentado o mito da igualdade do Direito Penal na construção do discurso respectivo, o que se explica pelo fato de servir de alicerce às demais premissas dado seu alto poder retórico então potencializado.

Na lição de BARATTA (1978, p. 10), o atributo da igualdade se expressa em duas proposições:

- “a) O Direito Penal protege igualmente a todos os cidadãos das ofensas aos bens essenciais, em relação aos quais todos os cidadãos têm igual interesse;
- b) A lei penal é igual para todos, isto é, os autores de comportamentos anti-sociais e os violadores de normas penalmente sancionadas tem ‘chances’ de converter-se em sujeitos do processo de criminalização, com as mesmas conseqüências.”

Todavia, a negação radical a este mito se efetiva através da via crítica mediante a afirmação de proposições opostas, vazadas nos seguintes termos:

- “a) O direito penal não defende todos e tão-somente os bens nos quais têm igual interesse todos os cidadãos e, quando penaliza as ofensas dos bens essenciais, o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;
- b) A lei penal não é igual para todos, o status de criminoso aplica-se de modo desigual aos sujeitos, independentemente do dano social de suas ações e da gravidade das infrações à lei penal realizada por eles.”
(BARATTA, 1978, p. 10).

Importa reconhecer, pois, que a ideologia da defesa social continua informando o sistema penal em todas as suas instâncias, sendo apropriado cotidianamente pelos operadores respectivos com o intuito de amparar o saber construído no âmbito das diferentes esferas de atuação (policial, judicial, penitenciária, além da acadêmica e legislativa, entre outras) sem estampar na sua face aparente qualquer nódoa de contradição ou incoerência discursiva.

O mais nítido retrato desta situação é observado no espectro das decisões judiciais, vislumbrando-se a busca da pretensa uniformização através do usual recurso aos entendimentos jurisprudenciais como oficial e robusta fonte de fundamentação, da qual se extraem valiosos argumentos reputados importantes por emanarem da autoridade legitimada a julgar.

É o que se vislumbra mediante ligeira abordagem da jurisprudência editada pelos Tribunais Pátrios em matéria penal, a qual se faz consagrar por meio do reiterado emprego dos princípios sustentados pela ideologia da defesa social.

Para tanto, seguem transcritas algumas decisões jurisprudenciais¹⁰ em relação às quais se sugere acurada análise dos recursos retóricos empregados para contornar sua fundamentação.

a) Do prazo para formação da culpa em caso de réu preso – Inobservância

“PROCESSO-CRIME — EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA — ESTELIONATO, FORMAÇÃO DE QUADRILHA E FALSIDADE IDEOLÓGICA — PROCESSO COM DIVERSOS RÉUS E DEFENSORES, VÁRIAS VÍTIMAS E INFRAÇÕES PRATICADAS EM COMARCAS CONTÍGUAS — NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIA — CONSTRANGIMENTO ILEGAL INOCORRENTE. “Os prazos para a instrução criminal não devem ser computados com radicalismo pois, dependendo das circunstâncias e das peculiaridades do caso concreto, o seu não cumprimento não deve redundar na soltura daqueles que merecem estar presos, mas em maior atenção do juiz processante quanto à celeridade processual” (JC 66/441). Não há constrangimento ilegal se o excesso de prazo para o encerramento do processo é justificado (RT, 589/395), quando provocado por incidentes processuais não imputáveis ao juiz (RT, 645/290 e 597/3570), resultante de diligências demoradas (como complexidade do processo com vários réus, necessidade de expedição de cartas precatórias). PRISÃO EM FLAGRANTE — LIBERDADE PROVISÓRIA — RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES — CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO ELIDEM A NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO. “A denegação da liberdade provisória, apesar da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, não acarreta constrangimento ilegal quando a preservação da prisão em flagrante se recomenda, pela presença dos motivos que autorizam a custódia preventiva” (RT 583/471).” (TJSC, Habeas Corpus n. 99.001123-2, de São José, Relator Desembargador Nilton Macedo Machado).

“HC — DIREITO PROCESSUAL PENAL — PROCESSO — EXCESSO DE PRAZO — O Direito, como fato cultural, é fenômeno histórico. As normas jurídicas devem ser interpretadas consoante o significado dos acontecimentos, que, por sua vez, constituem a causa da relação jurídica. O Código de Processo Penal data do início da década de 40. O país mudou sensivelmente. A complexidade da conclusão de inquéritos policiais e a dificuldade da instrução criminal são cada vez maiores. O prazo de conclusão não pode resultar de mera soma aritmética, faz-se imprescindível raciocinar com o juízo da razoabilidade para definir o excesso de prazo. O discurso judicial não é mero simples raciocínio de lógica formal” (STJ, HC n. 4.664, do Maranhão, rei. Min. Luiz Vicente Cemicchiaro, publicado no DJU n. 98, de 26.5.97, p. 22.567).

b) Presunção constitucional de inocência – Mitigação

“PRISÃO PREVENTIVA — Presunção constitucional de inocência não é incompatível com a cautela — Providência expressamente regulada no art. 5º, LXI, da CF — Inteligência de seu inc. LVII. “Recurso em habeas corpus. Direito Processual Penal. Presunção de inocência. Prisão preventiva. “A presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) é relativa ao Direito Penal, ou seja, a respectiva sanção somente pode ser aplicada após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Não alcança os institutos de Direito Processual, como a prisão preventiva. Esta é explicitamente autorizada pela Constituição da República (art. 5º, LXI)” (STJ, RHC 1.322 — PR — 6ª T. — j. 12.8.91 — Relator Ministro Vicente Cemicchiaro — DJU 2.9.91, in RT 686/388).

c) Da aplicação da pena abaixo do mínimo legal – Impossibilidade.

“HABEAS CORPUS — ROUBO — USO DE ARMAS E CONCURSO DE AGENTES — PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL — PRETENDIDA REDUÇÃO DE METADE — ATENUANTE DA

¹⁰ In.: SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Jurisprudência Catarinense: Compact Disc, v. 2, 1990/1999.

MENORIDADE RECONHECIDA — INADMISSIBILIDADE — ORDEM DENEGADA. A via estreita do habeas corpus não se presta ao reexame da aplicação da pena, matéria pertinente à apelação ou à revisão criminal. Não há NULIDADE NA SENTENÇA QUANDO, RECONHECIDA A PRESENÇA DE ATENUANTE E, ESTANDO A PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL, NÃO SE PROCEDE A QUALQUER REDUÇÃO, porquanto as atenuantes não permitem redução da pena abaixo do mínimo previsto na lei para o crime que é "até aí, a reprovação mínima estabelecida no tipo penal" (STJ, RSTJ, 104/452)." (TJSC, Habeas Corpus n. 99.001225-5, de São José, Relator Des. Nilton Macedo Machado).

"PENAL. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. MENORIDADE E CAUSA DE AUMENTO. FIXAÇÃO DA PENA. CRITÉRIOS. O sistema adotado pelo Código Penal impede que, estabelecida a pena-base consideradas as circunstâncias judiciais, existindo circunstância atenuante, o juiz diminua a pena abaixo do estabelecido em lei. Portanto, fixada a pena-base no mínimo legal, mesmo levando em conta a menoridade do réu, a pena não pode ser reduzida para quantidade inferior ao mínimo abstratamente considerado. É que as circunstâncias legais influem sobre o resultado a que se chega na primeira fase, cujos limites, mínimo e máximo, não podem ser ultrapassados. Apenas na terceira fase, quando incidem as causas de diminuição e de aumento é que aqueles limites podem ser ultrapassados" (STJ, Recurso Especial n. 46.182, do Distrito Federal, rel. Ministro Jesus Costa Lima, publicado no DJU de 16.5.94, pág. 11.779).

"PENA CRIMINAL - CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE - FIXAÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL - INADMISSIBILIDADE. Fixada a pena-base no mínimo legal, mesmo presentes circunstâncias atenuantes reconhecidas, a pena não pode ser reduzida para quantidade inferior ao mínimo abstratamente considerado. As circunstâncias legais influem sobre o resultado obtido na primeira fase da dosimetria, cujos limites, mínimo e máximo, não podem ser ultrapassados; somente exsurge a possibilidade de diminuição da pena aquém de seu mínimo legal, quando da terceira fase (causas especiais de aumento ou diminuição)" (TJSC, Ap. crim. n. 97.002340-5, da Capital, Rei. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 27 de maio de 1997).

d) Princípio da verdade real em matéria probatória – Mitigação relativizada

"LATROCÍNIO. RECONHECIMENTO DO RÉU FEITO POR DUAS TESTEMUNHAS E DE ACORDO COM O QUE DISPÕE O ART. 226 DO CPP, QUE VAI AO ENCONTRO DO RESTANTE DA PROVA COLIGIDA. TESTIGOS DEFENSIVOS QUE NÃO SÃO DIGNOS DE CRÉDITO. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO PARCIALMENTE PARA REDUZIR A PENA DE MULTA. PROVIMENTO DO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PORQUE O MAGISTRADO TERIA-SE EQUIVOCADO AO FIXAR A PENA-BASE, UTILIZANDO-SE DA LEI ANTIGA. "PROVA PARA A CONDENAÇÃO. SUFICIÊNCIA. CONCEITO. É despropositado exigir, para o acolhimento da pretensão punitiva, grau absoluto de certeza; basta a prova suficiente, isto é, a que, reduzindo ao mínimo desejável a margem de erro, conduz à formulação de juízo de certeza possível. Significa dizer: juízo revestido de confortadora probabilidade de exatidão" (TACrimSP — Ap. Crim. n. 1.038.173/9 — Rei. Juiz Souza Nery — julgado em 30.1.97)". (TJSC, Apelação criminal n. 98.001289-9, de Taió, Relator Des. Genésio Nollí).

"PENAL E PROCESSUAL – TÓXICOS – USO DE ENTORPECENTES – AUTORIA DEMONSTRADA – RECURSO DESPROVIDO – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS – DECRETO CONDENATÓRIO MANTIDO. Se os depoimentos dos policiais, bem como as circunstâncias em que ocorreu a prisão, levam a certeza moral do delito, só resta o decreto condenatório. (...)" (TJSC, Apelação criminal n. 99.001499-1, de Balneário Camboriú, Relator Des. Amaral e Silva). (Grifo da autora).

"PENAL – CRIME DE RESPONSABILIDADE – PREFEITO – FALTA DE PROVAS – IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. Sem prova suficiente da caracterização de crime contra a administração pública não se condena. O recebimento de vantagens por funcionários públicos ou sua contratação podem configurar irregularidades, mas para ensejarem crime, exigem prova inequívoca da tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e principalmente, da autoria." (TJSC, Processo-crime n. 88.089466-4 (347), de Chapecó, Relator Des. Amaral e Silva).

e) Efeitos dos Antecedentes e/ou Reincidência - Estigmatização

"(...) PENA CRIMINAL — PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL — RÉU COM PÉSSIMOS ANTECEDENTES E REINCIDENTE — MANUTENÇÃO. Sendo o réu reincidente e também portador de maus antecedentes, ou sejam, circunstâncias individualizadoras distintas e que não se confundem, justifica-se a fixação da pena-base acima do mínimo legal para, depois, incidir aumento em face da reincidência. A condenação por crime anterior, que não sirva para caracterizar reincidência, será utilizada como antecedentes nas circunstâncias judiciais (primeira fase da dosimetria), não se confundindo com aquela que produza reincidência, incidente somente como circunstância legal obrigatória (segunda fase); é claro que se o fato é o mesmo, não poderá ser duplamente considerado. Bem por isso, é possível ter o agente maus antecedentes, má conduta e até má personalidade, sem ser reincidente ou, então, ser reincidente e não registrar maus antecedentes, apresentando boas conduta e personalidade, ou, ainda, ser de maus antecedentes e também reincidente. (...)"(TJSC, Apelação Criminal n. 99.000061-3, de Criciúma, Relator Des. Nilton Macedo Machado).

"EXECUÇÃO PENAL — UNIFICAÇÃO DE PENAS — HOMICÍDIOS QUALIFICADOS — CONTINUIDADE DELITIVA — DEFERIMENTO — AGENTE DE PÉSSIMOS ANTECEDENTES COM HABITUALIDADE NA PRÁTICA DE CRIMES CONTRA A VIDA — RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. A continuidade delitiva não pode assentar-se em conceitos rígidos ou critérios matemáticos, impondo-se apreciação casuística; havendo mera reiteração na prática de crimes dolosos contra vítimas diferentes, com demonstração de ser o agente habitual na prática delituosa, não há como se reconhecer a ficção jurídica do crime continuado para beneficiá-lo." (TJSC, Recurso de Agravo n. 99.000387-6, de Chapecó, Relator Des. Nilton Macedo Machado).

"PENA — DOSIMETRIA — CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL E LEGAL — BIS IN IDEM — INEXISTÊNCIA. Descabe concluir por duplicidade conflitante com a ordem jurídica em vigor quando, sob o ângulo da pena-base, leva-se em conta a personalidade do agente, aludindo-se a processos anteriores e, sob o ângulo da agravante, considera-se a reincidência" (STF — HC n. 76648-1/SP — Rel. Min. Marco Aurélio — julgado em 28.04.98).

f) Algumas visualizações da diretriz político-criminal do recrudescimento

"APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO AO ARGUMENTO DA INSIGNIFICÂNCIA DOS VALORES SUBTRAÍDOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. A proporcionalidade invocada pela insignificância não alcança somente um ato isolado, mas vai até a pessoa do acusado; do contrário, supondo-se que escolha do furto como meio de vida, tudo o que fizer será considerado de bagatela, e portanto atípico. Não por outra razão estabelece o art. 59, do Código Penal, que a pena deve ser aplicada "conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime". IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO DIANTE DOS VALORES SUBTRAÍDOS. "Somente em situações excepcionalíssimas deve ser concedido o benefício do privilégio aos casos de furto qualificado, atendendo à finalidade do § 2º, do art. 155, do Código Penal diante do espírito do jurista moderno: 'poupar o delinqüente primário, violador eventual, em pequena escala e pouca quantidade do patrimônio alheio, dos inconvenientes do cárcere' (JUTACRIM 86/271); e desde que presentes os 'pressupostos inscritos no art. 155, § 2º, do Estatuto Punitivo. A circunstância de situar-se o preceito benigno em parágrafo anterior ao que define o furto qualificado não afasta o favor legal dessa espécie delituosa. Recurso conhecido e desprovido' (STJ, Recurso Especial n. 25.980-4 - SP, rei. Min. Vicente Leal)" (Ap. Crim. n. 98.003467-1, deste relator, j. em 16.06.98)." (TJSC, Apelação criminal n. 98.011766-6, de Brusque, Relator Des. Álvaro Wandelli)

"EXECUÇÃO PENAL — CRIME HEDIONDO — CUMPRIMENTO DA PENA INTEGRALMENTE EM REGIME FECHADO (ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90) — CONSTITUCIONALIDADE. "É assente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e das Câmaras Criminais Reunidas deste Tribunal de Justiça, o entendimento no sentido da constitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei dos Crimes Hediondos (n. 8.072/90), que impõe resgate integral da reprimenda em regime fechado, pois o princípio da individualização da pena não é ofendido com a impossibilidade de ser progressivo o regime de seu cumprimento." (TJSC,

Rec. de agravo n. 96.007733-2, de São Bento do Sul, Rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 17.9.96).

“RECURSO DE AGRAVO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO §1º, DO ART. 2º, DA LEI 8.072/90. CONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.455/97. DIPLOMA ESPECÍFICO RELATIVO TÃO-SOMENTE AO CRIME DE TORTURA. IMPROVIMENTO. “Tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação onde o art. 2º, §1º, da Lei 8.072, dos crimes hediondos, impõe cumprimento da pena necessariamente em regime fechado. Não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva de progressão frente à caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual à fração da pena, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma’ (STF — HC Rel. Marco Aurélio — DJU de 18.6.93, pág. 1.211). “A Lei n. 9.455/97, que dispõe sobre o crime de tortura, é de caráter especial, relativo tão-somente ao delito ali constante, e não tem o condão de derogar a norma geral prevista na Lei n. 8.072/90, tocante à vedação da progressão de regime.” (TJSC, Recurso de Agravo n. 98.002171-5, de Itajaí, Relator Des. José Roberge, j. em 31.3.98).

Do exposto, convém abordar com especial atenção dois exemplos que bem retratam a progressiva exasperação do rigor na deliberação dos pleitos recursais quando se visa garantir respeito às garantias no plano constitucional asseguradas à pessoa potencialmente criminalizada, situação que bem espelha a influência dos princípios informadores da ideologia da defesa social.

O primeiro trata da perseguida concessão de liberdade, plena ou não, no curso da tramitação do processo criminal, ou seja, enquanto não proferida sentença final de mérito. E, o segundo, da controvertida possibilidade de fixação da pena abaixo do *quantum* mínimo estabelecido pela norma legal.

Quanto ao primeiro exemplo, com extrema facilidade se constata a consagração do entendimento jurisprudencial no sentido de indeferir pedidos de liberdade provisória ou negar provimento aos *habeas-corpus* impetrados em razão da expiração do prazo legalmente estipulado para realização dos atos instrutórios, fazendo prevalecer presunções desfavoráveis ao acusado, lançadas no plano de vãs possibilidades. Possibilidades, entre outras, de que eventual fuga coloque em risco a aplicação da lei penal, ou que suposta iminente delinquência venha a atentar contra a garantia da ordem pública.

Em nome destas premissas de fácil emprego retórico, cada vez mais se restringe o campo de aplicação das garantias constitucionais, bastando citar, à guisa de ilustração, o princípio da *inocência*, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (Constituição Federal, art. 5º, inciso LVII), e, o mandamento que

resguarda o direito de *liberdade* enquanto não configurada a responsabilidade penal, consubstanciado no claro preceito de que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (Constituição Federal, art. 5º, inciso LXVI).

Quanto ao segundo exemplo, relativo ao momento da aplicação da pena, um dos mais importantes na atuação jurisdicional, vale desenvolver breve reflexão, a começar pela atenta leitura do disposto no artigo 59 do Código Penal:

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

- I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.” (Grifo da autora).

Todavia, não obstante o princípio constitucional da individualização da pena (Constituição Federal, art. 5º, inciso XLVI) e o teor do artigo 65 do Código Penal, segundo o qual as circunstâncias ali enumeradas “sempre” devem atenuar a pena, preconiza a corrente jurisprudencial dominante que deve o juiz ficar adstrito ao limite mínimo da pena que, por sua vez, não pode ser ultrapassado mesmo nas hipóteses em que o cálculo da pena parte do patamar mínimo, circunstância que à toda evidência culmina por desconsiderar pura e simplesmente a existência de eventual atenuante então caracterizada.

Diante deste contexto, cumpre indagar até que ponto é conferida liberdade e independência ao magistrado para proceder a quantificação da pena sem perder de vista as nuances do caso concreto? Qual postura deverá assumir caso perceba que a pena mínima estipulada para um determinado crime é excessivamente rigorosa para a reprovação e prevenção do crime praticado segundo a realidade analisada? E se considerar, o magistrado, que a imposição de penalidade se afigura desnecessária para reprovar o crime e ineficaz para

ensejar sua prevenção? Inserindo-se no âmbito deste último questionamento, estão as situações não raramente repetidas de casos levados a julgamento muitos anos depois da ocorrência do fato criminalizado em decorrência da lentidão da tramitação forense, quando todas as provas passam a demonstrar que o acusado está bem integrado em seu ambiente familiar, profissional e social e que sua súbita exclusão de tal convívio nenhum benefício implicará, redundando apenas na ampliação da iniquidade estrutural de que sempre foi vítima.

1.3.2. O PERFIL DO SABER PENAL DOMINANTE

A análise da concepção da criminalidade sediada no âmbito da tradicional doutrina, marco da reprodução do saber compartilhado pelos juristas reconhecidamente dogmáticos, pressupõe inaugural reflexão sobre a própria Dogmática Jurídica, âmbito no qual se insere. Nesse pensar, adverte ANDRADE (1996b, p. 18) para a necessidade “tomar por referente a própria imagem compartilhada pelos juristas dogmáticos sobre o trabalho que realizam”.

Isso porque, segundo ANDRADE (1996b, p. 18),

“na auto-imagem da Dogmática Jurídica ela se identifica com a idéia de Ciência do Direito que, tendo por objeto o Direito Positivo vigente em um dado tempo e espaço e por tarefa metódica (imanente) a ‘construção’ de um ‘sistema’ de conceitos elaborados a partir da ‘interpretação’ do material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna, tem por finalidade ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito.”

Nesse prisma, a Dogmática cumpre sua tarefa de elaboração técnico-jurídica do Direito vigente ao desenvolver

“(…) um sistema de teorias e conceitos que, resultando congruente com as normas, teria a função de garantir a maior uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do Direito que, subtraída à arbitrariedade, garanta essencialmente a segurança jurídica.” (ANDRADE, 1996b, p. 18).

Transportando esta concepção para o plano da Dogmática Jurídico-Penal, nota-se que o mais perfeito retrato do arcabouço de teorias e conceitos sobre a Ciência Penal, pautado por marcante harmonia e lógica concatenação, está estampado na pertinente produção doutrinária constante das mais tradicionais e abalizadas obras (tratados e manuais) da lavra de penalistas nacionalmente reconhecidos. E, como não poderia deixar de ser, sendo tal conteúdo dogmático disseminado nas academias universitárias e igualmente apropriado pelas instituições que integram o sistema penal, culmina por servir de base para a estruturação do saber respectivo de modo extremamente eficiente e sistematizado.

Os operadores jurídicos, por sua vez, se apropriam de conhecidos recursos retóricos, tais como “assim diz a lei” ou “assim quis o legislador”, todos corriqueiramente pronunciados tanto nas cátedras universitárias, como nos palanques políticos e, principalmente, nas decisões exaradas nos processos judiciais, onde ascendem ao grau de *razões fundamentadoras*.

À luz destes elementos se revela a *perversão* do discurso que, a rigor, “force-se e retorça-se, tornando alucinado um exercício de poder que oculta ou perturba a percepção do verdadeiro exercício de poder.” (ZAFFARONI, 1991, p. 19).

Como consequência disso, em prejuízo da dinâmica discursiva, está a ímpar capacidade de imobilização que acomete notadamente aqueles que possuem alguma relação com a prática dos órgãos judiciais, posto que, para preservarem sua funcionalidade, lidam com a necessidade de defesa concreta e cotidiana dos direitos humanos.

Na medida em que o discurso jurídico-penal oficial é aceito por tais operadores e pelos juristas em geral, projetam-se os efeitos reais que nutrem o sistema penal, fortalecendo-o a ponto de torná-lo indispensável para a consecução da paz social proclamada. Com o respaldo prestado aos postulados da ideologia da defesa social, derivam visíveis resultados no plano legislativo e judiciário. No primeiro, com a vigência de novas leis que emolduram um ordenamento jurídico-penal cada vez mais repressivo e, no segundo, com a

edição de argumentação jurídica retoricamente hábil a mandar para a prisão aqueles a quem se atribui comprometedor periculosidade.

À guisa de reflexão, se torna oportuna a lembrança de um clássico e discutidíssimo conto em que o personagem central é um sacerdote que se torna ateu, mas segue exercendo seu ministério como se Deus existisse, por achar que assim é melhor para todos.¹¹

A propósito, ainda, poder-se-ia dizer que, respeitadas as conquistas alcançadas no plano teórico, a experiência consolidada ao longo de tantos séculos faz prevalecer a lição de que mais facilmente se crê naquilo que se diz acreditar.

Adverte ZAFFARONI (1991, p. 13-14) que mesmo as posições progressistas, ao se darem conta da gravidade do fenômeno, acabam por reproduzir o discurso jurídico-penal falso por não dispor de outra alternativa, manobrando-o como necessário á defesa dos direitos de algumas pessoas.

Assim é que, estudados nos bancos escolares e empregados corriqueiramente na fala institucional, muitos usuais signos são por todos conhecidos e permanecem arraigados na consciência do coletivo intelectual como *corretos, completos e irreparáveis*, escudando-se na proteção aparentemente derivada de sua *pseudo-mitificação*.

Isto se constata, à toda evidência, no exame do sentido emprestado às principais categorias jurídico-penais que servem de ancoradouro ao referido processo de estruturação, a exemplo das seguintes ora destacadas à guisa de direcionado estudo: *Direito Penal, Crime, Criminoso e Pena*.

Inaugurando esta análise, encontra-se na literatura dogmática a concepção do Direito Penal como “o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem as pratica” (NORONHA, 1991, p. 04); “o conjunto de *normas jurídicas* mediante as quais o Estado proíbe determinadas ações e omissões, sob ameaça de característica sanção penal” (FRAGOSO, 1995, p. 03); ou “o setor do ordenamento jurídico que define os caracteres

¹¹ In.: *San Martin Bueno, mártir*, em “Antologia”, México, 1964, p. 59 e ss. (ZAFFARONI, 1991, p. 14).

essenciais das condutas proibidas, e comina penas ou medidas de segurança aos seus autores” (CIRINO, 1985, p. 21).

O apego ao modelo sistematizado consta melhor retratado no conceito de *crime*, cuja formulação fica a cargo da doutrina já que a legislação não cuidou da matéria, ocupando-se apenas da descrição das condutas respectivas.

É o que se observa na lição de MIRABETE (2000, p. 95):

“Em consequência do caráter dogmático do Direito Penal, o conceito de crime é essencialmente jurídico. Entretanto, ao contrário de leis antigas, o Código Penal vigente não contém uma definição de crime, que é deixada à elaboração da doutrina. Nesta, tem-se procurado definir o ilícito penal sob três aspectos diversos. Atendendo-se ao aspecto externo, puramente nominal do fato, obtém-se uma definição *formal*; observando-se o conteúdo do fato punível, consegue-se uma definição *material* ou *substancial*; e examinando-se as características ou aspectos do crime, chega-se a um conceito, também formal, mas *analítico* da infração penal.”

Nessa ordem de idéias, pode-se destacar como conceito formal o seguinte: “o crime é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao Direito, a que a lei atribui uma pena.” (PIMENTEL, 1983, p. 02).

Como definição material: “crime é a ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de pena, ou que se considere afastável somente através da sanção penal.” (FRAGOSO, 1995, p. 148).

E, finalmente, no âmbito dos conceitos analíticos, destaca-se a concepção do crime como a “ação típica, antijurídica e culpável”, compartilhada a um só tempo pelos autores que seguem tanto a teoria causalista, como a finalista. (MIRABETE, 2000, p. 95-97).

A definição legal da hipótese criminosa, por sua vez, está atrelada à justificativa oficialmente manejada para eleger o caráter ilícito de determinadas condutas humanas.

A este respeito, assinala JESUS (1994, p. 3):

“O fato social que se mostra contrário à norma de Direito forja o ilícito jurídico, cuja forma mais séria é o ilícito penal, que atenta contra os bens mais importantes da vida social. Contra a prática desses fatos o Estado estabelece sanções, procurando tornar invioláveis os bens que protege. Ao lado dessas sanções o Estado também fixa outras medidas com o objetivo de prevenir ou reprimir a ocorrência de fatos lesivos dos bens jurídicos dos cidadãos. A mais severa das sanções é a pena, estabelecida para o caso de inobservância de um imperativo. Dentre as medidas de repressão ou prevenção encontramos as medidas de segurança. Vemos que o Estado estabelece normas jurídicas com a finalidade de combater o crime. (...)”

Em vista desse objetivo maior, qual seja o de *prevenir ou reprimir a ocorrência de fatos lesivos dos bens jurídicos dos cidadãos*, convém investigar o sentido atribuído pelo Direito Penal ao que pronuncia como *bem jurídico*, posto que a partir da sua identificação se desencadeia o processo de criminalização propriamente dito.

Partindo da afirmação de que “bem é tudo aquilo que pode satisfazer as necessidades humanas”, JESUS (1994, p. 4) conclui que “todo valor reconhecido pelo Direito torna-se um *bem jurídico*”. Na sequência, esclarece:

“Os bens jurídicos são ordenados em hierarquia. O Direito Penal visa a proteger os bens jurídicos mais importantes, intervindo somente nos casos de lesão de bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade. Impondo sanções aos sujeitos que praticam delitos, o Direito Penal robustece na consciência social o valor dos bens jurídicos, dando força às normas que os protegem.”

Argumenta MIRABETE (2000, p. 23) que “o fim do Direito Penal é a proteção da sociedade e, mais precisamente, a defesa dos bens jurídicos fundamentais (vida, integridade física e mental, honra, liberdade, patrimônio, costumes, paz pública, etc.)”. Complementa salientando que “alguns desses bens jurídicos não são tutelados penalmente quando, a critério do legislador, não é relevantemente anti-social a ação que o lesou”. Por fim,

reconhece que, “ao menos em caráter secundário, o Direito Penal tem uma aspiração ética: deseja evitar o cometimento de crimes que afetam de forma intolerável os bens jurídicos penalmente tutelados”.

Segundo BATISTA (1990, p. 95-96), “o bem jurídico põe-se como sinal da lesividade (exterioridade e alteridade) do crime que o nega, ‘revelando’ e demarcando a ofensa. Essa materialização da ofensa, de um lado, contribui para a limitação legal da intervenção penal, e de outro a legitima.” Assevera, ainda, que por este motivo o bem jurídico se situa na fronteira entre a Política Criminal e o Direito Penal, uma vez que “não há um catálogo de bens jurídicos imputáveis à espera do legislador”, mas sim, “relações sociais complexas que o legislador se interessa em preservar e reproduzir”.

Esta ponderação sugere a formulação de intrigante questionamento: Quais são, efetivamente, as relações sociais complexas que o legislador se interessa em preservar e reproduzir?

Na esteira deste raciocínio, o mesmo autor admite:

“Numa sociedade de classes, os bens jurídicos não de expressar, de modo mais ou menos explícito, porém inevitavelmente, os interesses da classe dominante, e o sentido geral de sua seleção será o de garantir a reprodução das relações de dominação vigentes, muito especialmente das relações econômicas estruturais.” (BATISTA, 1990, p. 96).

CASTILHO (1998, p. 49), a propósito disso, assevera:

“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 burguês-individualista, que privilegia a proteção do patrimônio privado e a repressão das condutas desviadas típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados.”

Logo, como resultado deste raciocínio silogisticamente arquitetado, *criminoso* passa a ser aquele que viola a norma penal e pratica a conduta nela prevista como proibida.

Contudo, impactante contestação é formulada pelos abolicionistas e minimalistas, que, não obstante outros pontos de divergência, compartilham da concepção do delito como algo existente não por natureza, mas sim por definição, na perspectiva de que esta se dá através da intervenção do sistema penal. Erige-se, pois, um novo ângulo para a análise do conceito de crime, segundo o qual um comportamento é tido como delitivo apenas porque assim quer o sistema, vez que não há nada em sua natureza intrínseca que permita reconhecê-lo como tal.

Com base nessa assertiva, HULSMAN (1997, p. 64) explica que, "(...) de um dia para o outro, o que era delito deixa de sê-lo e aquele que era considerado delinquente se torna um homem honesto, ou, pelo menos, não tem mais que prestar contas à justiça penal. É a lei que diz onde está o crime; é a lei que cria o 'criminoso'."

Ao sustentar que não existem "crimes", nem "delitos", mas apenas "situações problemáticas", HULSMAN (1997, p. 95-96 e 101) sugere sensível mudança de vocabulário com a eliminação daqueles conceitos, pois com base neles a linguagem ostenta palavras como "criminoso", "criminalidade", "política criminal", entre outras que não mais poderiam prevalecer em face ao estigma que provocam.

Por fim, tocante à pena, colhe-se a seguinte explicação sobre o objetivo que tem validado sua existência:

"A pena criminal tem sido, em todas as épocas, um permanente e severo mecanismo de controle das condutas individuais e coletivas, utilizado pelo Estado com o objetivo de manter a convivência social e de proteger valores morais e interesses das classes sociais. Vista como uma reprimenda pela prática de uma conduta proibida, deve ela ser considerada como um mal necessário, enquanto perdurar uma sociedade constituída de homens moral e politicamente imperfeitos." (LEAL, 1991, p. 324).

Dentre os fundamentos apontados para a pena - quais sejam, místicos, moral e utilitário - importa reconhecer que este último tem preponderado sob o argumento de que ela existe para cumprir determinadas

funções que são úteis à preservação da convivência social, quais sejam: (a) *função intimidativa ou preventiva*, pois representa uma ameaça de castigo, visando intimidar o indivíduo e assim evitar novos crimes; (b) *função eliminatória*, já que elimina o delinqüente perigoso do convívio social; (c) *função recuperatória*, especialmente voltada ao cunho ressocializador atribuído com maior ênfase à pena de prisão, a partir do final do século XVIII; e (d) *função de defesa social*, isto é, de proteção dos interesses da sociedade contra a conduta perigosa do infrator da lei penal. (LEAL, 1991, p. 325-329).

De todo o exposto, constata-se que - respeitadas as sensíveis particularidades próprias do estilo redacional de cada autor - há marcante uniformidade nos entendimentos supra declinados, os quais se comportam como diretriz vertebral no âmbito da tradicional doutrina.

Por sua vez, todos guardam perfeita compatibilidade com a diretriz maior que orienta a base do pensamento comum aos juristas dogmáticos, segundo a qual o Direito Penal se consubstancia no *exercício de modo igualitário, pelo Estado, da função de repressão e prevenção do delito, como tal configurado na conduta que ofende relevantes interesses sociais*.

Todavia, o mais leve toque com a realidade operacional do sistema penal, mediante atento e crítico exame, por si só faz ruir os fundamentos retóricos que conferem sustentação a este oficial discurso jurídico-penal, desencadeando um processo que mais se identifica com o sentido de *desconstrução* propriamente dito.

Em decorrência, retratar-se-á funcional descompasso entre a programação e a operacionalização do sistema penal¹², desnudando-se a partir disso sua falta de legitimidade, circunstância que, por sua vez, permanece até então escamoteada graças à brilhante racionalidade do discurso respectivo edificado a partir de falsas premissas estrategicamente formuladas para não serem contestadas já que habitam o místico e inatingível universo do saber oficial.

¹² Este enfoque será precisamente abordado no Capítulo II, Item 2.2., sob o título: "As promessas cumpridas pelo sistema penal e a realidade do seu perfil operacional."

1.3.3. OS MOVIMENTOS DE LEI E ORDEM

Enquanto o movimento reformista que eclodiu na edição da reforma penal de 1.984 anunciava o resgate da visão humanitarista e particular respeito ao princípio da intervenção penal mínima – também conhecido pelo signo “minimalista” – cujo discurso preconizava a prisão apenas nas situações extremamente necessárias, a paralela difusão das penas alternativas para a criminalidade menos grave, além da idealização do propósito ressocializador da pena, em via contrária passaram a se fortalecer outros movimentos no meio social denominados de “lei e ordem”, baseados em idéias aparentemente opostas porquanto apegadas ao recrudescimento do sistema.

Tais movimentos clamam pelo endurecimento das medidas levadas a efeito no curso da operacionalização do sistema penal, seja com a maior penalização e criminalização de condutas, com o amplo recurso à aplicação da pena de prisão como mecanismo de proteção da sociedade, ou, ainda, com a adoção de outras medidas igualmente repressivas que inclusive aviltam frontalmente as garantias penais e processuais penais asseguradas constitucionalmente. Com isso, alcançam a legitimação da intervenção repressiva do Estado então reputada cada vez mais indispensável.

Noutras palavras, descartam a *ideologia do tratamento*, alardeada discursivamente, para em seu lugar assumir de público os postulados da *ideologia da repressão* extraídos do conhecido regime punitivo-retributivo.

Tanto assim, que seus defensores alegam que os crimes que marcam a violência urbana, tais como sequestros, roubos, homicídios erigidos à condição de verdadeiras chacinas, apenas poderão ser controlados através de leis de tal modo severas que imponham desde longas penas privativas de liberdade, quiçá perpétuas, até a própria pena de morte. Além disso, por tal via seria assegurada a tão perseguida justiça às vítimas e também à sociedade, formada pelos *homens de bem*, ou seja, por aqueles que potencialmente não constituem a clientela do sistema penal.

Apreciando os postulados deste movimento, ARAUJO JUNIOR (1991, p. 72) menciona aos seguintes:

“a) a pena se justifica como castigo e retribuição, no velho sentido, não devendo a expressão ser confundida com o que, hoje, denominamos *retribuição jurídica*; b) os chamados crimes atrozes seriam punidos com penas severas e duradouras (morte e privação de liberdade longa); c) as penas privativas de liberdade impostas por crimes violentos sejam cumpridas em estabelecimentos penais de segurança máxima, sendo o condenado submetido a um excepcional regime de severidade, diverso daquele destinado aos demais condenados; d) a prisão provisória tenha o seu espectro ampliado, de maneira a representar uma resposta imediata ao crime; e) haja diminuição dos poderes de individualização do juiz e menor controle judicial da execução, que deverá ficar a cargo, quase exclusivamente, das autoridades penitenciárias.”

Cumpra ressaltar que tais idéias fazem lembrar aquelas alimentadas por regimes políticos autoritários, baseados na *ideologia da segurança*, a exemplo do que ocorreu no recente cenário histórico nacional vivido durante a ditadura, quando nossas leis culminavam por tolerar a existência de esquadrões de extermínio, como se nítida compatibilidade de propósitos houvesse.

Destarte, pondera AZEVÊDO (1999, p. 81), outra conseqüência – que denomina *efeito-desvio* - se desencadeia a partir deste processo, atraindo a atenção para encobrir outros fatos de grande significação social ou política que comprometem pessoas de destaque ou planos de governo.

Formulando leitura criminológica eminentemente crítica por ocasião do prefácio feito á obra Reforma e “Contra” Reforma Penal no Brasil, da autoria de AZEVÊDO (1999, p. 17), VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE adverte que as materializações públicas e legislativas esboçadas pelo movimento de “Lei e Ordem”, em primeira análise, opostas às matrizes da humanização e ressocialização oficialmente anunciadas, apenas aparentemente significam um forte retrocesso, pois, ao preconizarem a distinção entre criminalidade grave e leve, culminam por instrumentalizar a seletividade do sistema penal, com o que desnudam a operação de lógica idêntica àquela que informou a reforma penal de 84. (AZEVEDO, 1999, p. 17).

Nesse processo, marcado por profunda influência ideológica, duas ponderações se impõem. A primeira, quanto à expressiva

influência dos meios de comunicação de massa como mecanismos de conformação do pensamento social acerca da criminalidade, e, a segunda, quanto ao poder retórico das estatísticas alusivas ao contexto penitenciário.

Quanto à influência dos meios de comunicação, assevera SHECARIA (1995, p. 136):

“A mídia transmite uma imagem codificada do mundo. Tem a capacidade de alterar o conteúdo e significado da própria realidade. (...) O mundo atual, mundo das comunicações, vive da ficção, da fantasia, em que a definição da realidade assume um papel maior que a própria realidade. As notícias disseminam-se com rapidez incontrolável e com cores muito fortes: textos e imagens, fotos e vídeos, depoimentos e closes revelam a crueza dos acontecimentos (...) Sentimentos intensos e ocultos como a agressividade, os preconceitos sociais, raciais e morais e, principalmente, o medo ganham vida própria no grande espetáculo.”

Ademais, não se pode negar que a população efetivamente demonstra verdadeiro fascínio pelas notícias sobre crimes, as quais encontraram na mídia o mais potente veículo-motor na medida em que esta se vê recompensada com os elevados índices de audiência alcançados em programas tais¹³.

Disseminada a sensação de insegurança, por evidente, o medo então industrializado passa a retratar um preço ainda mais atraente, circunstância que se reflete nos expressivos valores pagos às empresas de segurança privada.

Envolvida em tal contexto, a população edifica noções próprias acerca da realidade social e propõe sugestões visando a reversão do quadro, as quais - como não poderia deixar de ser - encontram alicerce na matriz retributiva cuja consecução, ao seu ver, deve se operar através da atuação mais presente e repressiva do sistema penal.

Uma voz se une a outra e, com o mencionado apoio da mídia, assume a feição de clamor social pela máxima intervenção do Estado

¹³ Exemplos atuais de programas que alcançam expressiva audiência por meio da difusão do noticiário criminal em horário privilegiado: “Linha Direta” (Rede Globo de Televisão), “Aqui e Agora” e “Ratinho Livre” (Rede Record).

exigindo uma luta sem quartel contra determinada forma de criminalidade ou determinados tipos de delinqüentes, mesmo que em prejuízo da perda de tradicionais garantias conquistadas pelo Direito Penal e Processual Penal.

Finalmente, quanto ao poder retórico das estatísticas, vale dizer que tal recurso é empregado corriqueiramente como alicerce retórico ao discurso oficial, pois sua força interpretativa é impressionantemente capaz de formar opiniões por si só, tamanho o poder de convicção projetado pelo seu conteúdo sobre o *sensu comum*.

Isso ocorre como previsível e desejada consequência da contabilização da criminalidade através da ampla divulgação de índices determinados, sempre em ordem crescente, ocasionando a disseminação do medo e do terror justamente quando todos se vêem tomados pelo generalizado sentimento de insegurança social.

A partir deste impulso construtor do pensamento social se vislumbra o vínculo umbilical estabelecido com as campanhas de “Lei e Ordem”, conforme assevera AZEVEDO (1999, p. 83):

“As estatísticas da violência criminalizada, exagerada pela mídia, e seus reflexos econômicos para os segmentos sociais até então livres de seus ataques, o agigantamento do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins são fatores desencadeantes das campanhas de ‘lei e ordem’, cujo discurso pode ser assim resumido: É preciso restabelecer a lei e a ordem em favor das pessoas decentes, dos homens de bem, dos cidadãos honestos. O crime é patológico, o criminoso um ser daninho e a sociedade deve destruí-los. Polícia e Justiça estão incapacitadas de agir a contento. As leis são fontes de privilégios para os criminosos.”

Cumprе ressaltar, todavia, que nenhuma das estatísticas – seja de que natureza for – revela em seu teor a criminalidade que passou ao largo das instâncias oficiais, então concebida como “cifra negra”, cujo percentual ultrapassa a marca de noventa por cento já que a grande maioria dos ilícitos praticados sequer chegam ao conhecimento da autoridade policial, sendo que, dos denunciados, expressiva parcela não conta com a pertinente

investigação ou, por razões outras, não perfilha da marcha processual até deslinde final.

Por isso, adverte HULSMAN (1997, p. 111-112) que as estatísticas policiais não se prestam a avaliar ou *medir* a criminalidade, pois sequer servem de indicador confiável para tanto e sua divulgação apenas serve para desenvolver a angústia e estimular reações fundadas no medo, pois lhes é atribuído um valor que não têm. Assinala, ainda, que é considerável o volume de fatos legalmente puníveis que o sistema ignora ou menospreza o que quer dizer que “o sistema penal, longe de funcionar na totalidade dos casos em que teria competência para agir, funciona num ritmo extremamente reduzido.” (HULSMAN, 1997, p. 65).

Do exposto, resta apontar algumas conseqüências projetadas em período recente no plano institucional – no âmbito dos Poderes constituídos - como reflexo da postura defendida pelos movimentos referidos. A saber:

O Poder Executivo vem sendo nitidamente pressionado pela mídia a dispensar maiores verbas quer para a construção de novos presídios, quer para a reforma e ampliação dos já existentes, buscando viabilizar a acomodação do expressivo contingente carcerário. Além disso, elabora grandes projetos num visível esforço para oferecer uma resposta aos anseios deste movimento, a exemplo do Plano Nacional de Segurança Pública¹⁴ recentemente editado através do Ministério da Justiça, com fundamento no qual inclusive se usurpou funções constitucionalmente atribuídas apenas ao Poder Legislativo ao criar - por meio da edição de medida provisória - significativas restrições ao uso de armas em face da proibição do registro pertinente.

¹⁴ Com o lema “Brasil diz não à violência”, em 20 de junho de 2.000, o Governo Federal lançou o Plano Nacional de Segurança Pública contemplando um diversificado conjunto de medidas que visam “devolver ao povo brasileiro a idéia precisa de segurança e justiça, bem como a percepção da presença e o sentimento de confiança no Poder Público, restituindo-lhe valores fundamentais ao desenvolvimento de uma sociedade organizada e democrática”. Dentre as medidas previstas no âmbito federal, destacam-se as voltadas ao combate ao narcotráfico e ao crime organizado, ao desarmamento e controle de armas, à implantação do subsistema de inteligência de segurança pública, à ampliação do programa de proteção à testemunha e vítimas de crimes e à regulamentação da relação entre a mídia e a violência. No âmbito da cooperação do Governo Federal com os Governos Estaduais, destacam-se as medidas dirigidas à redução da violência urbana, à inibição de gangues e combate à desordem social, à eliminação de chacinas e execuções sumárias, à intensificação das ações do programa nacional de direitos humanos e ao aperfeiçoamento do sistema penitenciário.

Enquanto isso, o Poder Legislativo persiste a todo o tempo formulando novos projetos de lei baseados na realidade ditada pelos noticiários jornalísticos diários. Exemplo marcante disso é a edição da Lei n. 8072, de 25 de julho de 1990 que dispõe sobre os crimes hediondos, sendo importante lembrar que sua redação contou com ampliação das hipóteses de abrangência através da Lei n. 8930, de 06 de setembro de 1994, esta última motivada pelas manchetes de assassinatos ocorridos nos grandes centros urbanos envolvendo como vítimas pessoas do cenário artístico nacionalmente conhecidas.

Além disso, notícias da prática de racismo em casos isolados com repercussão na mídia determinaram a edição da Lei n. 9454, de 13 de maio de 1997 que alterou alguns artigos da Lei 7716, de 05 de janeiro de 1989, prevendo penas mais elevadas e rigoroso procedimento. De notar que aludida lei não veio precedida da necessária campanha de conscientização, a qual, se existisse, por certo dispensaria a formulação de outra norma repressiva em torno de matéria já regulada penalmente, garantindo efetivamente resultados mais satisfatórios no meio social - já que a discriminação racial em grande parte ocorre no âmbito das próprias instituições oficiais.

Outrossim, não por coincidência, aludida norma aponta como data de lançamento o dia 13 de maio, aniversário da abolição da escravatura enquanto simbólico momento histórico, carregando com isto elevada conotação demagógica¹⁵.

Idêntico impulso motivou também outras reformas na legislação penal, destacando-se o aumento das penas cominadas aos crimes de trânsito e contra os direitos da infância e juventude.

No mesmo sentido, encaminham-se outras situações envolvendo porte de armas, brigas em estádios de futebol, etc. De igual modo, não se pode olvidar o propósito ora discutido na esfera legislativa de promover a redução da idade para fins de imputabilidade penal, permitindo com isso a ampliação dos limites que contornam o universo penal para nele abrigar pessoas

¹⁵ A propósito, segundo ZUCCHINI (1995, p. 318), um tipo de ação demagógica “é o utilizado por alguém que, explorando particulares situações histórico-políticas, dirigindo-as para os próprios fins, incita e guia as massas populares, subjugando-as graças a particulares capacidades oratórias e psicológicas, freqüentemente instintivas, que lhe permitem interpretar os humores e as exigências mais imediatas, juntando a essas qualidades dotes carismáticos incomuns”.

em processo de desenvolvimento, ou seja, adolescentes na jurídica acepção do termo.

Há que se destacar, como exemplo mais recente da repercussão do movimento em foco a edição da Lei n. 9677, de 02 de julho de 1998 que alterou os artigos 272 e 273 do Código Penal, a qual configura nítida resposta, prolatada no afogadilho, à intensa divulgação feita pela mídia acerca da falsificação de remédios.

Tamanho o rigor empregado no tratamento penal dispensado à matéria que houve a criminalização de novas condutas e também sua configuração como delitos hediondos, sujeitos a sanções elevadas, mesmo em casos que nenhum risco oferecem à saúde pública.¹⁶

No âmbito do Poder Judiciário, como antes referido, não tem sido diferente, já que sua atuação se faz permear pela influência dos movimentos em foco, mais uma vez de modo destacado pela mídia. Esta, ao narrar a ocorrência de um fato delituoso, dissemina generalizada convicção acerca da ruptura da paz social, condicionando seu resgate à pronta intervenção do órgão jurisdicional no sentido de afastar do convívio social as pessoas sobre as quais recaiam qualquer suspeita de envolvimento no fato noticiado.

Todavia, antecipando-se à fase processual concernente à instrução probatória e aviltando com isso fundamentais preceitos constitucionais, a imprensa de um modo geral não olvida lançar mão de conclusões prontas e acabadas, quer sobre a configuração do crime, quer também sobre a identificação da autoria respectiva, porquanto comprovado que tais especulações proporcionam a conquista de expressiva e incomparável audiência.

Feitas estas digressões em torno da concepção da criminalidade formulada a partir da posição teórica da criminologia crítica e também do senso comum, pode-se antever a existência de paradoxal situação marcada pela concomitante noção de sucesso e fracasso, o primeiro visualizado

¹⁶ A produção legislativa na área penal constitui ponto específico da abordagem feita no Capítulo III (item 3.3), sob o título: “A política criminal legislativa brasileira contemporânea”, envolvendo a análise da legislação codificada e esparsa.

na gradativa consagração do poder repressivo do Estado e, o segundo, no inadimplemento das promessas pelo mesmo anunciadas no âmbito do discurso oficial.

Justamente sobre a funcionalidade deste paradoxo - que como tal apenas aparentemente se delinea - edifica-se o sentido atribuído ao simbolismo do Direito Penal, o qual, por sua vez, cumpre com êxito a particular função de lhe garantir sustentação.

CAPÍTULO II

A FUNÇÃO SIMBÓLICA DO DIREITO PENAL

2.1. AS PROMESSAS ANUNCIADAS PELO DIREITO PENAL E A FALSIDADE DO SEU PERFIL DECLARADO

Preliminarmente, importa salientar que o sistema penal, no âmbito do qual opera o Direito Penal em sua dimensão normatizante, é uma complexa manifestação do poder social, o qual não é estático, concebido como algo que se *tem*, mas que se *exerce*. A partir desta premissa, ZAFFARONI (1991, p. 16) assevera que “o sistema penal quis mostrar-se como um exercício de poder planejado racionalmente”, sendo que “a construção teórica ou discursiva que pretende explicar esse planejamento é o discurso jurídico-penal.”

Esse, por sua vez, “é elaborado sobre um texto legal explicitando, mediante os enunciados da ‘dogmática’, a justificativa e o alcance de uma planificação na forma de *dever-ser* (...)”. (ZAFFARONI, 1991, p. 18).

Tal planificação é levada a cabo pela Dogmática Jurídico-Penal através da sistematização de normas e saberes estruturados em torno da atuação institucional em relação aos comportamentos então reprimidos, declarando se prestar a cumprir duplo propósito, a saber: a) delimitar o exercício do poder punitivo do Estado; e, b) respeitar as garantias individuais.

Diante desse desafiante objetivo anunciado oficialmente, a Dogmática Penal assume fundamental papel ao buscar racionalizar a atividade jurídica de modo a alcançar a máxima previsibilidade na edição das decisões judiciais, o que faz eliminando conteúdos vazios onde possam habitar imprecisões condutoras de arbitrariedades capazes de arruinar a imagem de segurança jurídica enquanto produto final perseguido.

No dizer de ANDRADE (1997, p. 123),

“opondo dicotomicamente irracionalidade (arbitrariedade, acaso, azar, subjetividade, improvisação) e racionalidade (igualdade, uniformização, previsibilidade, calculabilidade, certeza, segurança) no exercício do poder punitivo do Estado que se materializa na aplicação judicial do Direito Penal e identificando racionalidade e justiça, o discurso

dogmático aspira exorcizar a primeira pela mesma via sistemática que promete realizar a segunda.”

Demarca-se, pois, uma função declarada denominada por ANDRADE (1997, p. 123) como *função instrumental racionalizadora/garantidora*, a qual opera em duas dimensões: uma programadora (pela qual se pauta a operacionalidade decisória) e outra de base humanista (ideologicamente vinculada à exigência de garantia dos direitos humanos individuais), sendo que esta confere àquela um “compromisso intrínseco com a gestação de decisões igualitárias, seguras e, além disso, justas.”

Vale ressaltar que esse discurso racionalizador/garantidor tem sua matéria-prima na

“(...) dicotomia liberal Estado (poder punitivo) x indivíduo (liberdade individual), sob o signo dos limites, pois a questão central que o condiciona é como racionalizar, em concreto, o poder punitivo (violência física) face aos direitos individuais (segurança); é como punir, em concreto, com segurança, no marco de uma luta racional contra o delito.” (ANDRADE, 1997, p. 123).

Centrando-se no marco do princípio da legalidade, a Dogmática Penal destaca especial atenção para a legitimação do poder estatal e seus limites, conforme se observa na seguinte problematização formulada por TERRA (1995, p. 202):

“A sociedade moderna vive um constante paradoxo na proteção de seus bens jurídicos fundamentais. Se nos é permitido dar um nome a tal concepção, trata-se de um verdadeiro ‘dilema instrumental’: O Direito Penal tem a característica de servir – simultaneamente – para combater o delito e para limitar o poder de intervenção estatal. Protege, ao indivíduo de uma repressão ilimitada do Estado, mas igualmente protege a sociedade e seus membros dos abusos individuais. Estes dois componentes – o correspondente ao Estado de Direito protetor da liberdade individual, e o correspondente ao Estado Social preservador do interesse comum inclusive com o sacrifício das liberdades individuais – se levados ao nível de uma abstração conceitual apresenta uma natureza antinômica, que produz uma série de conseqüências importantes.”

Malgradas sutis variações, testemunha-se a construção de um discurso oficial pautado por premissas concatenadas harmonicamente, apresentando-se, em regra, consubstanciado no seguinte:

“Ao cominar as penas o Estado cumpre um papel de prevenção geral representado pela ameaça impessoal da norma. A sentença restabelece o Direito lesionado pelo reconhecimento da culpabilidade do autor, compensada pela retribuição de um mal jurídico denominado pena. E a execução cumpre um objetivo preventivo especial, propugnado pela correção e ressocialização daquele que se desviou da norma.” (TERRA, 1995, p. 202-203).

Colhe-se, pois, desse discurso jurídico-penal o elenco das seguintes promessas firmadas no plano declarado pelo Direito Penal:

- a) Tutelar os principais bens jurídicos dos cidadãos com a punição da prática das condutas que os ofendam;
- b) Submeter o indivíduo suspeito ao desencadeamento de formal investigação acerca da responsabilidade penal pela conduta criminosa imputada, obedecendo o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, além de respeitar a presunção de inocência;
- c) Uma vez comprovada sua culpabilidade, impor ao infrator da norma penal a penalidade adequada e suficiente para reprimir (prevenção especial) e prevenir a criminalidade (prevenção geral);
- d) Promover a recuperação do apenado através do cumprimento da pena com vista à sua reintegração harmônica na sociedade; e, enfim,
- e) Controlar a criminalidade através da atuação integrada das agências integrantes do sistema penal no marco das promessas supra referidas e, com isso, assegurar a consecução da paz social.

Tais premissas, como outrora sustentado¹⁷, são flagrantemente informadas pelos postulados da ideologia da defesa social e encontram nítido respaldo no pensamento dominante sustentado pelos penalistas tradicionais, reproduzindo-se nas academias e fortalecendo-se através da sua apropriação e cotidiano emprego pelos operadores das agências do sistema penal.

¹⁷ A respeito, ver Capítulo I, item 1.2 e sub-item 1.2.2., sob o título “O saber penal dominante”.

Todavia, crítica análise da realidade operacional do sistema penal¹⁸ denunciará não apenas o descumprimento dessas funções instrumentais e socialmente úteis contidas na sua programação oficial, mas a efetivação de outras completamente opostas àquelas. Mais que isso, revelará que as promessas anunciadas não serão jamais cumpridas, seja porque o sistema penal não tem condições de honrá-las, seja porque igualmente não tenciona fazê-lo - circunstâncias que se fundem a partir da observação de que o sistema penal nunca foi estruturado para isso.

Importante retrato desta situação se vislumbra no quadro penitenciário nacional, o qual vem se sustentando através dos tempos com o mesmo perfil da época que precedeu o anunciado *glamour humanista* em torno do qual foram inspirados os últimos discursos reformistas acerca da pena. Desse modo, também a realidade neste plano desnuda completo descompromisso com o declarado intuito de controle e redução da criminalidade, a uma porque o sistema carcerário não possui condições estruturais de atender sequer a demanda efetivamente criminalizada - desconsiderada a expressiva margem dela excluída (concebida como *cifra oculta*) – tanto que os censos penitenciários apontam significativo número de mandados de prisão não cumpridos¹⁹; e, a duas, porque nem mesmo a população encarcerada recebe o tratamento prometido oficialmente com vista à alardeada ressocialização, maculando-se pelos efeitos do estigma que, por sua vez, promoverá a retroalimentação maximizada do sistema por meio da reincidência com as conseqüências que lhe são inerentes (aumento da pena, regime mais rigoroso e restrição da concessão de benefícios em geral)

Nesse sentido, explica ANDRADE (1997, p. 291):

“(...) enquanto a função de proteção de bens jurídicos universais atribuída ao Direito Penal revela-se como proteção seletiva de bens jurídicos; a pretensão de que a pena possa cumprir uma função instrumental de efetivo controle (e redução) da criminalidade e de defesa social na qual se baseiam as teorias da pena deve, através de

¹⁸ A ser precisamente desenvolvida no item seguinte, intitulado “As promessas cumpridas pelo sistema penal e a realidade do seu perfil operacional”.

¹⁹ A respeito disso, o Censo Penitenciário de 1994 apontou a existência de 129.169 presos no País, distribuídos em 511 estabelecimentos penais, os quais comportam 59.954 vagas, denunciando, assim, um déficit de 69.125 vagas, sem considerar em tal prisma a constatação de que há 275.000 mandados de prisão não cumpridos. Todavia, o Censo Penitenciário de 1995 apenas apontou o número total de presos no País (148.760), silenciando acerca do número de mandados de prisão expedidos sob o argumento de que não existem informações consistentes e confiáveis a respeito.

pesquisas empíricas nas quais a reincidência é uma constante, considerar-se como promessas falaciosas ou, na melhor das hipóteses, não verificadas nem verificáveis empiricamente.”

Numa linha desestruturadora do discurso edificado em torno da pena, citando Cirino dos SANTOS, pondera ANDRADE (1997, p. 291):

“Se as funções declaradas da pena se resumem numa dupla meta, a repressão da criminalidade e o controle (e redução do crime); as funções reais da prisão aparecem em uma dupla reprodução: reprodução da criminalidade (recortando formas de criminalidade das classes dominadas e excluindo a criminalidade das classes dominantes) e reprodução das relações sociais.”

Não se pode negar que a intervenção penal estigmatizante, ao invés de reduzir a criminalidade ressocializando o condenado, produz efeitos contrários na medida em que viabiliza a “consolidação de verdadeiras carreiras criminosas cunhadas pelo conceito de ‘desvio secundário’”. (ANDRADE, 1997, p. 291).

Ao asseverar que a pena não cumpre nenhuma função preventiva geral ou especial, ZAFFARONI (1991a, p. 223) enfatiza:

“Sabemos que a execução penal não ressocializa nem cumpre nenhuma das funções ‘re’ que se tem inventado (‘re’-socialização, personalização, individualização, educação, inserção, etc.), que tudo é mentira e que pretender ensinar um homem a viver em sociedade com seu encarceramento e, com diz Carlos Elbert, algo tão absurdo como pretender treinar alguém a jogar futebol dentro de um elevador.”²⁰

Forçoso concluir, portanto, que o fracasso das funções declaradas da pena abriga a história de um sucesso correlato: o das funções reais da prisão que, opostas às declaradas, explicam sua sobrevivência e permitem

²⁰ Texto apresentado segundo a tradução livre da autora. Em sua versão original, assim consta: “Sabemos que la ejecución penal no resocializa ni cumple ninguna de las funciones ‘re’ que se la han inventado (‘re’-socialización, personalización, individuación, educación, inserción, etc.), que todo eso es mentira y que pretender enseñarle a um hombre a vivir em sociedad mediante el encierro es, como dice Carlos Elbert, algo tan absurdo como pretender entrenar a alguien para jugar fútbol dentro de um ascensor.” (ZAFFARONI, 1991a, p. 223).

compreender o insucesso que acompanha todas as tentativas reformistas de fazer do sistema carcerário um sistema de reinserção social. (FOUCAULT, 1991, p. 209).

É justamente nesse particular, quando se revelam as principais nuances das funções declaradas pelo discurso oficial, que procede a advertência efetivada por BASOCO (1991, p. 9)

“Devemos analisar, em consequência, em que medida a criminalização responde à finalidade de tutelar bens jurídicos, como continuamente proclama o poder, ou se, contrariamente, busca objetivos distintos, como pode ser a definição de um tipo de indivíduos como autores, a consolidação de mecanismos de controle inclusive extra-penais, o reforço legitimador do poder, ou a ocultação de deficiências na política social, que se pretenda disfarçar mediante a fuga para o Direito Penal”.²¹

Revela-se, com isso, a perversão do discurso jurídico-penal então caracterizada pela efetiva impossibilidade de realização dos comandos incutidos no plano do *dever-ser*, conforme adverte ZAFFARONI (1991, p. 19)

“O discurso jurídico-penal não pode desentender-se do ‘ser’ e refugiar-se ou isolar-se no ‘dever-ser’ porque para que esse ‘dever-ser’ seja um ‘ser que ainda não é’ deve considerar o *vir-a-ser possível do ser*, pois, do contrário, converte-se em um *ser que jamais será*, isto é, num *embuste*. Portanto, o discurso jurídico-penal socialmente falso também é *perverso; torce-se e retorce-se, tornando alucinado um exercício de poder que oculta ou perturba a percepção do verdadeiro exercício de poder.*”

Justamente no reconhecimento de que a totalidade do poder do sistema não passa de mínima parcela do mesmo que é aproveitada como pretexto ao seu exercício, ZAFFARONI (1991, p. 25) identifica um dos *traços perversos* do discurso de justificação do sistema penal.

A seu turno, ZAFFARONI (1991, p. 16) enfatiza que a condição para que o sistema penal seja legítimo está intrinsecamente vinculada a

²¹ Texto apresentado segundo a tradução livre da autora. Em sua versão original, assim consta: “Debemos analizar, em consecuencia, em qué medida la criminalización responde a la finalidad de tutelar bienes jurídicos, como continuamente proclama el poder, o sí, por el contrario, busca objetivos distintos, como pueden ser la definición de un tipo de individuos como autores, la consolidación de mecanismos de control incluso extra-penal, el refuerzo legitimador del poder, o la ocultación de deficiencias en la política social, que se pretenden escamotear mediante la huida al Derecho penal.” (BASOCO, 1991, p. 09).

dois pressupostos: o primeiro, de que esse discurso jurídico-penal seja racional e, o segundo, que o sistema penal atue em conformidade com suas diretrizes.

Entretanto, em nosso sentir, a simétrica conjugação dos argumentos veiculados no discurso oficial se faz pautar por uma eficiente vertente (pseudo)legitimadora pela qual exhibe marcante e invejável racionalidade. Desse modo, apenas a desconformidade com que o sistema penal atua em relação às suas diretrizes, por si só, é capaz de denunciar sua completa deslegitimação.

Por fim, marcante vertente demonstradora de todo esse embuste reside na frágil, e sobretudo falsa, expectativa incutida na opinião pública de que o Direito Penal utiliza mecanismos para *acabar com a criminalidade*. Afinal, segundo HULSMAN (1997, p. 108), esperar por isso será em vão, pois “qualquer um pode constatar que a existência do sistema penal de forma nenhuma impede os homicídios, os roubos à mão armada, ou os furtos em residências.”

A partir da constatação de que os órgãos do sistema penal não atuam de acordo com a programação legislativa veiculada através do discurso jurídico-penal, HULSMAN (1997, p. 58-59) denuncia a ilegalidade do mecanismo de exercício de poder expresso através do Direito Penal, acerca do que pondera:

“Quando o discurso oficial (político, jurídico, científico, etc.) faz referência ao sistema penal, implicitamente o considera um sistema racional, concebido, criado e controlado pelo homem. Nada mais mentiroso. Você retoma esta mesma imagem, quando pensa: ‘Existem a polícia, os juizes, a administração penitenciária ... Existem o Parlamento que faz as leis e os tribunais que as aplicam. Cada elemento intervém a seu tempo e funciona em harmonia com os outros. É um sistema sério, graças ao qual a justiça é prestada e a sociedade libertada de elementos antissociais que perturbam sua evolução normal ...’ Eis uma visão totalmente abstrata.”

Percebe-se, assim, que as promessas anunciadas pelo Direito Penal não apenas são descumpridas, como revelam caráter nitidamente falacioso, já que o sistema penal efetivamente não persegue os objetivos que através delas veicula e nem a atuação das suas instituições é direcionada para tanto.

2.2. AS PROMESSAS CUMPRIDAS PELO SISTEMA PENAL E A REALIDADE DO SEU PERFIL OPERACIONAL

Declinadas estas preliminares ponderações, passo seguinte, impõe-se promover detida análise em torno do modo pelo qual efetivamente se dá a operacionalização do sistema penal.

Do exposto, observou-se que o discurso jurídico-penal oficial tenta retratar a criminalidade como problema social progressivamente agravado, insistindo na preconização da mediação do Direito Penal como indispensável para a resolução dos conflitos como tal por ele anunciados, tudo sob o argumento de que, monopolizando o poder repressivo, viabilizará a segurança e a harmonia social desejadas.

Importa reconhecer, entretanto, que a programação normativa do sistema penal²², considerado a partir do que *deveria ser*, não confere com sua real operacionalização, pois neste âmbito ocorre o cumprimento de promessas latentes que constituem objeto da presente análise, as quais são diversas, senão opostas, àquelas declaradas, apreciadas no item anterior. Por esta via, como é de se esperar, descortinar-se-á um quadro marcado muito mais por flagrantes violações que pela proteção oficialmente preconizada.

De notar que, mesmo sendo amplamente admitido que o Estado não cumpre as promessas que declara, a sociedade se sente mais segura que na hipótese de sua ausência (ora compreendida como não intervenção), satisfazendo-se, pois, com a (pseudo)aparência de proteção então disseminada a partir do exercício bem-sucedido da função simbólica²³ que lhe é inerente.

Noutras palavras, urge reconhecer que o Direito Penal, efetivamente, vem desempenhando com êxito importantes funções latentes (não declaradas) voltadas ao objetivo de propiciar a falsa sensação de segurança à sociedade por meio de sua intervenção e com isso garantir sua sustentação. Esta é, pois, a tese central sustentada por VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE na sua

²² Esta programação oficial se compõe de normas e princípios sediados notadamente no âmbito do Direito Penal, impondo-se fundamental respeito aos limites da interdisciplinariedade em que se inserem, merecendo destaque o Direito Processual Penal e o Direito Constitucional.

²³ O exercício da função simbólica pelo Direito Penal será objeto de análise no item seguinte, intitulado “O simbolismo como função específica oculta e bem-sucedida”.

obra “A Ilusão de Segurança Jurídica – Do Controle da Violência à Violência do Controle Penal”.

Deriva daí o reconhecimento de uma funcionalidade, denominada por ANDRADE (1999, p. 31) como sendo de “eficácia instrumental invertida”²⁴, compreendida a partir da interpretação da operacionalização do sistema penal sob o prisma ideológico.

Aprofundando a análise até diagnosticar o respaldo conferido por uma certa eficácia simbólica, explica:

“(...) o controle penal se caracteriza por uma ‘eficácia instrumental invertida, à qual uma eficácia simbólica confere sustentação’; ou seja, enquanto suas funções declaradas ou promessas apresentam uma eficácia meramente simbólica (reprodução ideológica do sistema) porque não são e não podem ser cumpridas, ele cumpre, latentemente, outras funções reais, não apenas diversas, mas inversas às socialmente úteis declaradas por seu discurso oficial, que incidem negativamente na existência dos indivíduos e da sociedade, e contribuem para reproduzir as relações desiguais de propriedade e poder.” (ANDRADE, 1999, p. 31).

Com isso, o sistema penal não apenas vem se sustentando, como se fortalecendo através dos tempos, não obstante os percalços então entendidos como o conjunto de contundentes críticas acerca das mazelas e incoerências focalizadas. Desse modo, é como se fosse construído um arcabouço de *contradição* que, por sua vez, ocultamente serve aos interesses do sistema penal conforme se depreende do posicionamento sustentado por BARATTA (1997, p. 246):

“Se chegamos à conclusão de que os princípios estruturais e funcionais necessários para organizar cientificamente o conhecimento do sistema penal são opostos àqueles que são declarados pelo mesmo, então, partindo de um conceito dialético de racionalidade, excluiremos que esta contradição entre os princípios

²⁴ Trata-se de categoria cunhada por ANDRADE na obra “A Ilusão de Segurança Jurídica – Do Controle da Violência à Violência do Controle Penal, a qual, segundo a autora, significa “(...) que a função latente e real do sistema não é combater a criminalidade, protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica mas, ao invés, construir seletivamente a criminalidade e, neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, gênero, raça).” (ANDRADE, 1999, p. 31)

declarados e o funcionamento real do sistema seja um caso de azar, um contratempo emergente de sua realização, imperfeito como tudo que é humano. Nós não consideraremos a imagem ideal que o sistema propõe de si mesmo unicamente como um erro por parte dos operadores e do público, mas lhe atribuiremos o status de uma ideologia. Esta ideologia penal torna-se uma parte integrante do objeto de uma análise científica do sistema penal. **O funcionamento do sistema não se realiza não obstante, mas através desta contradição**, a qual é um elemento importante, como outros elementos do sistema, para assegurar a realização das funções que exerce no interior do conjunto da estrutura social.” (Grifo da autora)

Logo, na conclusão de ANDRADE (1999, p. 31),

“(...) é precisamente o funcionamento ideológico do sistema – a circulação da ideologia penal dominante entre os operadores do sistema e no senso comum ou opinião pública – que perpetua a ‘ilusão de segurança’ por ele fornecida, justificando socialmente a importância de sua existência e ocultando suas reais e invertidas funções.”

Os contornos deste “arcabouço de contradição” podem ser facilmente extraídos da crítica análise feita ao que ZAFFARONI (1991, p. 245) denomina “processo estratégico de *construção* do delito”.

Insurgindo-se contra a tranqüilidade que permeia os mitos da igualdade e da legitimidade preconizados pelo discurso jurídico-penal, ZAFFARONI (1991, p. 245-246) explica:

“O poder seletivo do sistema penal elege alguns candidatos à criminalização, desencadeia o processo de sua criminalização e submete-o à decisão da agência judicial, que pode autorizar o prosseguimento da ação criminalizante já em curso ou decidir pela suspensão da mesma”, esclarecendo que esta escolha é “feita em função da pessoa (o ‘bom candidato’ é escolhido a partir de um estereótipo). (...) ‘O’ delito, por sua vez, não existe. A parte especial de qualquer código penal elenca uma quantidade de ações conflitivas totalmente heterogêneas quanto ao seu significado social.”

Revela-se o caráter fragmentário do Direito Penal diante da constatação de que este não encerra um sistema exaustivo de proteção aos bens

jurídicos, mas apenas elege determinados pontos essenciais conforme o critério de *merecimento da pena*. É o que se verifica a partir da análise do perfil tanto daquele que tem o poder de eleger as condutas consideradas criminosas, como daquele que por tal critério é selecionado.

Neste pensar, ANDRADE (1997, p. 276) assevera:

“Por um lado, o poder de atribuir a qualidade de criminoso é detida por um grupo específico de funcionários que, pelos critérios segundo os quais são recrutados e pelo tipo de especialização a que são submetidos, exprimem certos estratos sociais e determinadas constelações de interesses. Por outro lado, como documentam as pesquisas relativas à cifra negra, a criminalização depende, essencialmente, da condição social de que provém ou da situação familiar a que pertence o desviante.”

Outrossim, como pondera a autora, isso demonstra que, de um modo geral, “as chances e riscos do etiquetamento criminal não dependem tanto da conduta executada como da posição do indivíduo na pirâmide social (*status social*).”(ANDRADE, 1997, p. 277).

Logo, a criminalidade deixa de ser uma entidade pré-constituída em relação à atividade judicial para se converter numa qualidade que, sob a forma de *etiqueta*, é atribuída sobre determinados indivíduos selecionados segundo as imagens e estereótipos que definem seu perseguido *status*, compondo, assim, nítido círculo vicioso que alimenta constante e suficientemente o sistema de modo a garantir sua sustentação.

Uma vez *etiquetado*, ou seja, criminalizado, o indivíduo sofrerá os estigmas resultantes deste processo de criminalização (primária e secundária) através da mácula projetada no plano dos antecedentes e da reincidência criminal, com o que integrará grupos estereotipados, altamente vulneráveis ao poder de seleção do sistema penal. Além disso, passará a incorporar valores negativos que o identificarão pessoal e socialmente, inclusive após o cumprimento da pena, repercutindo especialmente no tratamento dispensado pelos operadores do sistema penal em face da orientação assim preconizada pela ideologia da defesa social. (BISSOLI FILHO, 1998, p. 214-215).

Tais estigmas, na lição de BISSOLI FILHO (1998, p. 217),

“(...) acabam sendo incorporados pelo indivíduo etiquetado (auto-etiquetas), transformando-se, em face da proposição contida na etiqueta, em um ‘corredor’, para onde o mesmo será empurrado, iniciando, com grande probabilidade de êxito, uma ‘carreira criminal’. O ciclo se repete, reduzindo ainda mais as oportunidades sociais e aumentando a possibilidade de nova seleção pelas instâncias formais, em outros processos de criminalização. As possibilidades de se libertar do estigma vão ficando cada vez mais remotas. Aquilo que era um ‘corredor’ pode se transformar em uma ‘prisão’, levando o indivíduo a sucumbir aos efeitos do estigma. O novo *status* e a trajetória que se seguirá serão apenas o aperfeiçoamento da conduta desviada e a sedimentação da carreira criminal, que se iniciou no primeiro desvio. Ao aceitar a influência dos antecedentes e da reincidência criminal, inclusive após o cumprimento da pena, o sistema penal faz reforçar o estigma do indivíduo criminalizado, tornando-o refém do seu próprio passado. As marcas desse passado não somente indicam que as profecias se realizarão por si mesmas (*self-fulfilling-prophecy*), mas que a sua realização é indispensável, pois, mesmo que o indivíduo venha a se reabilitar socialmente, será considerado muito mais pelo que foi do que pelo que é.”

Nesse pensar, reconhecendo a institucionalização da violência em tal processo, ZAFFARONI (1991, p. 40) afirma que “em razão da seletividade letal do sistema penal e da consequente impunidade das pessoas que não lhe são vulneráveis, deve-se admitir que *seu exercício de poder dirige-se à contenção de grupos bem determinados e não à repressão do delito*”.

Do exposto, desencadeiam-se duas importantes conclusões. A primeira, de que o Direito Penal não é igualitário, não protege o bem comum, nem sua aplicação é isonômica, pois sua atuação obedece parâmetros elitistas e seletivos, denunciando, pois, nítido caráter fragmentário ao punir rigorosamente condutas que são típicas dos grupos marginalizados e deixar livre de pena comportamentos não raras vezes mais graves e socialmente danosos, a exemplo da criminalidade econômica; e, a segunda, de que esse mecanismo assegura a realimentação contínua do ciclo em que se insere, via pela qual resulta garantida a sustentação do sistema penal, cuja operacionalização, em vista disso,

tem demonstrado pleno êxito no cumprimento das reais funções para que fora instituído.

Evidencia-se, pois, nítida incompatibilidade entre o *protótipo* do sistema penal estrategicamente propalado pelas instâncias oficiais segundo altruístas intenções retoricamente articuladas e as condições latentes então vivenciadas.

Mais que mera incompatibilidade, repita-se, é como se a concretização do aludido *protótipo* nunca tivesse sido levada a cabo, permanecendo desde sua origem no campo imaginário ou hipotético. No entanto, discursa-se acerca do sistema penal em torno destas matrizes que, em verdade, nunca o definiram, mas permanecem escamoteando seu perfil.

Contudo, mesmo esta aparente desconexão cumpre a função precípua que lhe é inerente, qual seja, a de auto-justificação e/ou sustentação do sistema penal através de sua expressividade simbólica de repressão ao crime, e, especialmente, de proteção da sociedade. Afinal, como antes salientado, esta cada vez mais reclama pela atuação do poder repressivo do Estado, sentindo-se tão mais segura quanto maior a intervenção das instâncias oficiais de controle da criminalidade.

Prova disso está na constante reclamação pela edição de leis criminalizando novas condutas e exasperando as penas já cominadas, pelo aprimoramento do aparelho policial repressivo e pela construção de novos presídios a fim de viabilizar o recolhimento de maior número de detentos. Com isso, impulsiona-se o ciclo estabelecido entre as demandas do senso comum e as aspirações do Estado, aquelas nutrindo estas. Demais disso, percebe-se que toda a atuação estatal se diz voltar ao propósito de atender à legislação, quer no que se refere ao aparato policial que efetivará seu cumprimento, quer à estrutura penitenciária para onde será recolhida a clientela da qual se ocupa o responsável pelo primeiro mecanismo desta engrenagem, ou seja, o legislador.

É claro que todo este mecanismo é marcado pela interação de várias outras tarefas incumbidas a distintos agentes, encarregados de propósitos específicos ditados pelos objetivos inerentes à instituição que integram, os quais garantem ao sistema os aplausos pelo aparente sucesso do seu engenhoso funcionamento. Esta interação se opera no âmbito social (com destaque para a vizinhança, a escola, a igreja e a mídia), policial (a civil, a militar e muitas

vezes a polícia especializada) e forense (em especial Advogados, Delegados de Polícia, Promotores de Justiça e Juízes).

Vige, pois,

“(...) uma lógica estrutural de operacionalização do sistema penal nas sociedades capitalistas que implicando na violação encoberta (seletividade) e aberta (arbitrariedade) dos direitos humanos não apenas viola a sua programação normativa e teleológica, mas é, num plano mais profundo, oposta à ambas, caracterizando-se por uma eficácia instrumental invertida à qual uma eficácia simbólica (legitimadora) confere sustentação.” (ANDRADE, 1997, p. 297).

Da compreensão desta lógica deriva a superação da aparência de paradoxo atribuída ao contrastante discurso oficial em relação à realidade operacional respectiva. Em seu lugar, revela-se o sentido eminentemente funcional impregnado na estratégica confecção da tese institucional que, com êxito, vem assegurando a manutenção do Direito Penal apesar – ou através - do flagrante descumprimento de suas promessas.

Segundo ANDRADE (1997, p. 308), o problema não se situa propriamente na proposição de racionalizar o “ser” (operacionalização) a partir do “dever-ser” (programação), mas nos pressupostos *idealizados* em que essa tentativa se apoia.

Note-se que, debatendo-se com as mazelas visíveis do sistema penal, a versão emprestada pelo discurso oficial acerca de tal realidade continua impregnada da perspectiva de que apenas a eficácia da norma penal ensejará o restabelecimento da paz social. Nesse sentido:

“O direito penal, afastado do princípio de equidade que o deveria orientar, inviabiliza-se enquanto instrumento de justiça e perde assim toda sua condição de efetividade. A solução desta ordem de problema está a exigir uma ampla revisão em nosso sistema penal, de forma a atender reclamos sempre presentes por parte, não só dos operadores do direito, mas, principalmente, da população, que vive um cotidiano sobressaltado pela violência. Esta Reforma Penal cuja necessidade se coloca como consensual, deve, entretanto, estar voltada ao objetivo de recuperar a eficácia das normas de direito penal. (...) A impunidade, colocada de forma emblemática pela opinião

pública, dá a exata medida da crise enfrentada por nosso sistema penal. A impunidade traduz, em outras palavras, a crise de eficácia do sistema penal. Esta crise tem raízes profundas em nosso sistema. O aparelho repressivo do Estado está assentado sobre bases equivocadas e vive hoje uma inteira disfuncionalidade.” (SALLES, 1995, p. 101)

Contudo, tais premissas não encontram amparo na realidade com que efetivamente aludido sistema tem operado, constituindo isto sim eficientes recursos de fácil manejo retórico. A gradativa expansão do Direito Penal, por si só, está a respaldar esta convicção na medida em que atesta noção de sucesso e credibilidade na persecução do objetivo maior de se auto-sustentar, incompatível, portanto, com a idéia de crise na concepção empregada.

Tais ponderações desnudam, pois, a face oculta do Direito Penal revelada pela crítica análise da sua operacionalização no âmbito do sistema em que se insere, a qual, por sua vez, apesar de invertida em relação às promessas oficialmente anunciadas, revela funcional compasso com o objetivo de garantir a auto-sustentação pela via da legitimação.

Nesta ótica, AZEVEDO assinala que, caso se desse a palavra ao sistema para que expressasse o seu funcionamento ideológico, isso diria:

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

Precisamente em torno dessa funcional contradição, como se demonstrará adiante, consolida-se o sentido atribuído à função simbólica com eficiência desempenhada pelo Direito Penal.

2.3. O SIMBOLISMO COMO FUNÇÃO²⁵ ESPECÍFICA OCULTA E BEM-SUCEDIDA

O termo *simbolismo* consta marcado por absoluta imprecisão semântica, não havendo uma prévia delimitação do seu significado, o qual, bem por isso, tende a variar de acordo com a influência recebida, quer o seja, por exemplo, do saber filosófico, sociológico ou psicanalítico.

A delimitar tal análise ao sentido empregado na presente investigação, pode-se afirmar que da psicanálise se colhe a contribuição mais apropriada, consubstanciada na idéia subscrita por FREUD, citado por NEVES (1994, p. 14) de que o simbolismo está “relacionado com o emprego de símbolos para representar na mente consciente conteúdos mentais inconscientes.”

A propósito, esclarece NEVES (1994, p. 28), que a própria concepção do Direito vem sendo informada pelo exercício de uma função primariamente simbólica, tendo sido THURMAN ARNOLD o pioneiro a enfrentar tal questão, abordando-a do seguinte modo:

“Essa função simbólica do direito seria predominante, sobrepondo-se à sua função instrumental: ‘o observador deve sempre ter presente que a função do direito não reside tanto em guiar a sociedade como em confortá-la.’ Embora possa levar tanto à obediência quanto à revolta, a crença no ‘reino do direito’ teria comumente a função de ‘produzir a aceitação do *status quo*’. Inclusive a ciência do direito estaria incluída nesse mundo onírico, servindo para encobrir-lhe as contradições e a irracionalidade, apresentando-lhe retoricamente como um mundo governado pela razão, sem contradições.” (NEVES, 1994, p. 28).

No dizer de TODOROV (*apud* VILLEGAS, 1993, p. 35), “um texto ou um discurso resulta simbólico no momento em que, por meio de um trabalho de interpretação, descobrimos que existe um sentido indireto.”²⁶

²⁵ A propósito da locução “função”, vale esclarecer que seu emprego respeita o sentido vigente na linguagem jurídica tradicional, significando “as consequências queridas ou desejadas de uma coisa” (HASSEMER e MUÑOZ CONDE *apud* ANDRADE, 1997, p. 40), ou seja, *realmente objetivadas pelo Direito Penal e potencializadas a partir da respectiva operacionalização, muito embora se mantenham no plano oculto posto que diametralmente diversas daquelas anunciadas pelo discurso oficial*. Difere, portanto, do sentido em que é empregada em linguagem sociológica, na qual designa “a soma das consequências objetivas de uma coisa”.

Muito embora a matéria comporte mais ampla e profunda investigação, mormente no campo da política jurídica, há que ser feito o necessário recorte, dada a restrição imposta pela delimitação da pesquisa.

Cumpre, em linha de princípio, esclarecer que, no caso vertente, a noção de simbolismo aplicada ao Direito Penal *quer significar que, ao buscar objetivos diversos daqueles descritos na norma, suas funções latentes predominam sobre as declaradas, no âmbito das quais se vale do cumprimento em irrisória escala para respaldar uma falsa imagem edificada em torno do sistema como um todo, logrando com isso a noção de sucesso e indispensabilidade.* Em nenhum momento, todavia, se pretende significar, pura e simplesmente, que o Direito Penal deixa de produzir efeitos ou de cumprir funções específicas.

Afinal, adverte HASSEMER (1991, p. 30):

“Não é fácil isolar e precisar os elementos do Direito Penal simbólico em que se baseia a crítica ao fenômeno descrito. Não é suficiente assinalar que se trata efetivamente de uma discrepância (entre funções manifestas e latentes ou entre efetividade e prestígio) já que, como se tem mostrado, esta discrepância é um traço de todo o Direito Penal moderno. O objeto deve ser determinado adicionalmente através de alguma qualidade crítica, para que o ‘Direito Penal simbólico’ seja visto como um fenômeno negativo ou perigoso.”²⁷

Colocando no centro da abordagem o exercício da função instrumental da norma punitiva, reconhecida a partir das limitações pertinentes à realização do *ius puniendi* do Estado, adverte BARATTA (1994, p. 23):

“Na realidade, pretendida função instrumental do direito sempre serviu para estender esses limites, para ocultar as funções simbólicas e políticas da ação punitiva, para mistificar a realidade da pena como violência institucional

²⁶ Texto apresentado segundo a tradução livre da autora. Em sua versão original, assim consta: “un texto o un discurso resulta simbólico en el momento en el que nosotros, por medio de un trabajo de interpretación, descubrimos que existe un sentido indirecto.”

²⁷ Texto apresentado segundo a tradução livre da autora. Em sua versão original, assim consta: “No es fácil aislar y precisar los elementos del Derecho penal simbólico en los que basar la crítica al fenómeno descrito. No es suficiente señalar que se trata efectivamente de una discrepancia (entre funciones manifiestas y latentes o entre efectividad y prestigio) ya que como he mostrado, esta discrepancia es un rasgo de todo Derecho penal moderno. El objeto debe ser determinado adicionalmente a través de alguna cualidad crítica, para que el ‘Derecho penal simbólico’ sea visto como un fenómeno negativo o perigoso.”

e sua 'função latente', ou seja, a de reproduzir o subsistema de justiça penal (compreendida sua própria clientela) e servir à reprodução ideológica e material das relações de desigualdade na sociedade.”

Ainda, explica ANDRADE(1997, p. 293):

“(...) a função simbólica é assim inseparável da instrumental à qual serve de complemento e sua eficácia reside na aptidão para produzir um certo número de representações individuais ou coletivas, valorizantes ou desvalorizantes, com função de 'engano'.”

É justamente com base na oposição entre o *manifesto* (declarado) e o *latente*, entre o verdadeiramente desejado e o diversamente acontecido no plano dos efeitos e conseqüências reais do Direito Penal, que HASSEMER atribui sentido ao *simbólico*, explicando que, do ponto de vista crítico, assim se configura um Direito Penal em que as funções latentes predominam sobre as declaradas, do qual se pode esperar que realize através da norma e sua aplicação outros objetivos diversos daqueles nela descritos (1991, p. 28 e 30)²⁸.

Assim, ao tempo em que vislumbra um modelo de Direito Penal racional, caracterizado por um equilíbrio satisfatório entre a realização de funções simbólicas e funções instrumentais, HASSEMER²⁹ *apud* BARATTA (1994, p. 22) reconheceu que isso não se observa na atual tendência do desenvolvimento dos sistemas punitivos, os quais cada vez mais executam funções simbólicas perseguidas pelos políticos enquanto declaram cumprir funções instrumentais. Essa contradição é, principalmente, a que se estabelece entre o que o legislador declara objetivar e o que ele realmente visa, ou o que o sistema efetivamente realiza.

²⁸ Texto apresentado segundo a tradução livre da autora. Em sua versão original, assim consta: “Existe un acuerdo global respecto de la dirección en la cual se busca el fenómeno de Derecho simbólico: se trata de una oposición entre ‘realidad’ y ‘apariencia’, entre ‘manifiesto’ y ‘latente’, entre lo ‘verdaderamente querido’ y lo ‘otroramente aplicado’; y se trata siempre de los efectos reales de las leyes penales. ‘Simbólico’ se asocia con ‘engaño’, tanto em sentido transitivo como reflexivo.” (HASSEMER, 1991, p. 28). E, adiante: “‘Simbólico’ em sentido crítico es por consiguiente un Derecho penal em el cual las funciones latentes predominen sobre las manifiestas: del cual puede esperarse que realice a través de la norma y su aplicación otros objetivos que los descritos en la norma.” (HASSEMER, 1991, p. 30).

²⁹ Trata-se de abordagem feita em conferência (ainda não publicada) nas “Jornadas de Derecho penal”, realizadas na “Universidad Autónoma de Barcelona”, Bellaterra, em maio de 1989.

Desse modo, a aventada situação de *engano*, denunciada por HASSEMER (1991, p. 30)³⁰, não se instaura apenas por parte do legislador contra o público, mas assume a proporção de um problema geral que se refere à própria estrutura do sistema de representação política na sociedade industrial avançada e às relações de comunicação entre todos os atores implicados (políticos, publicistas, expertos e público).

Com isso, na lição de BARATTA (1994, p. 23), “são criados ‘círculos fechados’ nos quais se estabiliza não uma visão realista, mas sim uma visão deformada dos problemas e das incidências que sobre eles possa ter o sistema punitivo.”

Conclusivamente, assevera:

“A perda do equilíbrio entre funções simbólicas e funções instrumentais no sistema da justiça criminal (supondo que este equilíbrio tenha de fato existido) significa também que as funções simbólicas visadas pela lei penal tornam-se cada vez mais independentes da natureza real dos conflitos e dos problemas em função dos quais são produzidos os símbolos. A crise da prevenção, da função instrumental da justiça penal, também indica o seguinte fenômeno: não é tanto a função instrumental da pena que serve para resolver determinados problemas e conflitos, são determinados problemas e conflitos que ao atingirem um certo grau de interesse e de alarme social no público se convertem num pretexto para uma ação política destinada a obter não tanto funções instrumentais específicas, mas sim uma outra função de caráter geral: a obtenção do consenso buscado pelos políticos na chamada ‘opinião pública’.” (BARATTA, 1994, p. 23).

HASSEMER (1994, p. 43) parte da premissa de que o Direito Penal também tem uma tradição normativa, uma tradição de proteção jurídica e não apenas tradição de eficiência na busca de respostas para a criminalidade, marco operado pela política criminal e que constitui somente um aspecto do problema.

Acentua, ainda, que

“(...) não podemos esquecer que a política criminal e o Direito Penal têm um aspecto normativo, o aspecto da Justiça, o equilíbrio da proteção jurídica dos atingidos pelo

³⁰ No seu dizer, a “cualidad crítica se basa – y ésta se presenta en todos los casos de promulgación de leyes simbólicas – en la oposición entre apariencia y realidad, apunta al elemento de engaño, a la falsa apariencia de efectividad e instrumentalidad.” (HASSEMER, 1991, p. 30)

processo penal. E no momento encontramos-nos exatamente nessa situação, queremos lutar, queremos ter êxito, queremos resultados. E acredito que no Brasil atualmente a situação também não é diferente, em que esquecemos a tradição normativa – exagerando um pouco – estamos pensando militarmente; estamos pensando apenas em termos de luta, de combate, de vitória, e o Direito Penal está sendo armado como um instrumento de luta, de combate à criminalidade.”(HASSEMER, 1994, p. 43).

De modo direto este quadro se reflete, logicamente, no plano da política criminal moderna, sendo observável nítida tendência do legislador em lançar mão de iniciativas revestidas da aparência de pronta reação em face da situação problemática aventada, valendo-se para tanto de um Direito Penal simbólico. Noutras palavras, quer isso significar que os agentes legislativos sabem que os instrumentos utilizados não são aptos para lutar de modo efetivo e eficiente contra a criminalidade real. Outrossim, sabendo que a política adotada é ineficaz, o legislador faz de conta que está inquieto, preocupado e reage imediatamente ao grande problema da criminalidade. A esse comportamento, HASSEMER (1994, p. 43) denomina *reação simbólica*.

A expressiva demanda criminalizadora tem constituído a maior evidência desse quadro, não sendo por outra razão, nem por mera coincidência, que muitos problemas - até pouco tempo definidos como privados - assumiram cunho público ou social e, passo seguinte, foram absorvidos pelo Direito Penal.

A tomar como exemplo os crimes sexuais contra a mulher, argumenta ANDRADE (1996a, p. 90):

“O sistema da justiça penal salvo situações contingentes e excepcionais, não apenas é um meio ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência sexual como também duplica (...) a violência exercida contra ela e divide as mulheres, sendo uma estratégia excludente que afeta a própria unidade do movimento. (...) O que importa salientar, nesta perspectiva, é que (re) construir um problema e redimensioná-lo como problema social não significa que o melhor meio de responder a ele ou solucioná-lo seja convertê-lo, quase que automaticamente, em um problema penal (crime).”

O simbolismo se evidencia, nesse caso, através da constatação de que a criminalização de novas condutas sexuais, só ilusoriamente representa um avanço do movimento feminista no Brasil ou que se esteja defendendo melhor os interesses da mulher ou a construção de sua cidadania. (ANDRADE, 1995b, p. 5).

É preciso admitir que as promessas básicas do sistema penal moderno estão em déficit de realização e, simultaneamente, sofrendo crise de legitimidade. Após promover uma profunda radiografia do sistema penal na modernidade, as Ciências Sociais têm mostrado que há não apenas um profundo déficit histórico de cumprimento das promessas oficialmente declaradas pelo seu discurso oficial (do qual resulta grave crise de legitimidade), como o cumprimento de funções inversas às declaradas. (ANDRADE, 1995b, p. 7-8).

Note-se que, constituído pelos aparelhos policial, judicial e prisional, o sistema penal aparece - segundo ANDRADE (1995b, p. 7) - como um sistema operacionalizado nos limites da lei, que protege bens jurídicos gerais e combate a criminalidade (o *mau*) em defesa da sociedade (o *bem*) através da prevenção geral (intimidação dos infratores potenciais pela ameaça da pena cominada em abstrato na lei penal) e especial (ressocialização dos condenados pela execução penal), garantindo-se também a aplicação igualitária da lei penal aos infratores.

Descortina-se, assim, uma ideologia extremamente sedutora (liberal e da defesa social) que exerce um fortíssimo apelo legitimador, pois é através dela que o sistema penal promete o paraíso (sentido incorporado ao que denomina *paz e harmonia social*). Contudo, lança mão do mais estratégico álibi, segundo o qual o alcance de tal meta pressupõe fundamentalmente sua mediação, considerada indeclinável.

Adverte HULSMAN (1997, p. 56-57) para a tendência de perpetuação da idéia simples - e simplista - de que há os *bons* de um lado e os *maus* de outro. Assim como há os que representam a *ordem* e, portanto, o *bem* (policial, juiz, legislador). Em face destes *símbolos de justiça*, do direito e da consciência reta, os *delinqüentes* são vistos como pertencentes a uma espécie aparte, como anormais sociais que, afinal, deveriam ser facilmente identificáveis, já que não seriam como os outros. Por fim, concita: "É preciso desafiar as idéias

preconcebidas, repetidas abstratamente, sem qualquer reflexão pessoal e que mantém de pé os sistemas opressivos.”

Outrossim, observando novo interesse com relação às funções simbólicas da pena, BARATTA (1994, p. 21) anuncia seu direcionamento no âmbito do que denomina *teoria da prevenção geral positiva* ou *prevenção-integração*.

Segundo essa teoria, explica:

“(...) a função da pena não se dirige nem aos infratores atuais nem aos potenciais. Ela se dirige sobretudo aos cidadãos fiéis à lei, aos que supostamente manifestam uma tendência ‘espontânea’ a respeitá-la. Em relação a estes, a previsão ou aplicação das penas não têm a função de prevenir delitos (prevenção negativa), senão a de reforçar a validade das normas (prevenção positiva): isto significa também restabelecer a ‘confiança institucional’ no ordenamento, quebrada pela percepção do desvio. Um dos principais representantes desta teoria define o fim da pena como o ‘exercitar os cidadãos para a validade da norma’, fórmula esta que não se encontra muito longe daquela proposta por Andenaes, que falava da ‘educação’ dos cidadãos de acordo com as leis.”

Noutras palavras, esclarece ainda melhor:

“A teoria da prevenção geral positiva é, portanto, uma teoria da função simbólica do direito penal, no sentido de que as funções indicadas se relacionam diretamente com a expressão dos valores assumidos pelo ordenamento e com a afirmação da validade das normas, confirmação esta simbólica e não empírica, por ser independente da quantidade de infrações e da sua redução. Assim sendo, a defesa dos bens jurídicos não pode ser considerada, segundo a teoria da prevenção-integração, como uma função principal das normas penais. Sob este ponto de vista, o direito penal não é tanto um instrumento de imposição da ‘moral dominante’, senão um meio de representação (simbólica) desta.” (BARATTA, 1994, p. 21-22).

Sob tal prisma, a eficácia do sistema punitivo não é estudada tendo em conta a produção de segurança real dos bens jurídicos. Diferentemente, o sistema é tomado como instrumento de resposta simbólica à exigência de pena e segurança por parte do público da política, esta concebida

como *espetáculo* já que “as decisões são tomadas não tanto visando modificar a realidade, senão tentando modificar a imagem da realidade nos espectadores: não procuram tanto satisfazer as necessidades reais e a vontade política dos cidadãos, senão vir ao encontro da denominada ‘opinião pública’.” (BARATTA, 1994, p. 22).

Com isso, verifica-se que a relação entre as funções instrumentais e as simbólicas do Direito Penal, muito embora problemática e contraditória, tem constituído um ponto central da discussão sobre os sistemas punitivos e as políticas criminais.

Sobre o assunto, conclui BARATTA (1994, p. 22) que as funções simbólicas tendem a prevalecer sobre as funções instrumentais. E justifica:

“O déficit da tutela real dos bens jurídicos é compensado pela criação, junto ao público, de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições que tem uma base real cada vez mais fragilizada. De fato, as normas continuam sendo violadas; e a cifra obscura das infrações permanece altíssima, enquanto que as agências de controle penal continuam a medir-se com tarefas instrumentais na realização impossível; pense-se somente na defesa da ecologia, na luta contra a criminalidade organizada, no controle da toxicomania e no índice de mortalidade no trânsito.”

Demais disso, segundo DIAS NETO (1997, p. 12), enquanto a um tempo se consolida a hegemonia do discurso penal com a tematização dos conflitos sociais no *espaço da pena*, a outro, por via oblíqua, opera-se um processo de esvaziamento do *espaço da política*. Explica melhor:

“Tal tendência tem sido interpretada como produto de uma obstrução dos canais de comunicação política. Estes não têm sido capazes de absorver e administrar os conflitos relevantes e, desta forma, reduzir riscos existentes nos diversos contextos da vida social. (...) A obstrução da via política de solução dos conflitos sociais cria um terreno fértil para soluções simbólicas centradas no Direito Penal. A demanda social por segurança deixa de se articular como demanda política e passa a articular-se através do vocabulário da penalidade, que acaba por traduzir uma genuína insatisfação com a injustiça e a ilegalidade na linguagem ilusória de uma ordem que pode ser imposta através da repressão penal. Ao invés de politizados, os problemas são ‘policializados’.” Por fim,

exclama: "Ao atribuir responsabilidades penais o sistema político se libera de sua responsabilidade por conflitos que não é capaz de administrar. Neste sentido, pode se afirmar que o processo de controle da criminalidade é o outro lado do processo de despolitização da sociedade: o 'espaço da pena' se expande sobre o vácuo deixado pela retração do 'espaço da política'."(DIAS NETO, 1997, p. 12).

Pontualizadas tais questões, conclui ANDRADE (1997, p. 308) que "é precisamente por sobrepor (e socializar) à imagem real do sistema penal uma imagem ideal do Direito Penal que o discurso dogmático tem cumprido, exitosamente, uma função legitimadora e que suas funções declaradas têm tido uma eficácia simbólica."

Não bastasse isso, arremata:

"Até certo ponto, pois, esta falsidade é duplamente funcional: condiciona, relativamente, tanto a subprodução de garantismo quanto a sobreprodução de legitimação; tanto os déficits quanto os excessos funcionais da Dogmática Penal. Pois condiciona, em proporção diametralmente oposta, seus limites garantidores e seus potenciais legitimadores." (ANDRADE, 1997, p. 308-309).

Todo esse quadro de constatações conduz ao reconhecimento de que a eficácia das funções declaradas do Direito Penal além de simbólica, culmina por ser, sobretudo, legitimadora dos objetivos potencialmente perseguidos no âmbito da política criminal brasileira adiante estudada.

CAPÍTULO III

A MATRIZ OCULTA DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA

3.1. POLÍTICA CRIMINAL: NOÇÕES CONCEITUAIS

Durante muito tempo a expressão *política criminal* foi sinônimo de teoria e prática do sistema penal, a ponto de significar – segundo FEUERBACH – “o conjunto dos procedimentos repressivos através dos quais o Estado reage contra o crime”. (DELMAS-MARTY (1992, p. 05).

Não com surpresa, portanto, ainda hoje se encontra presente esta concepção na opinião dos mais abalizados estudiosos que doutrinam sobre a matéria, cujos conceitos são extraídos dos tradicionais compêndios sem qualquer questionamento. De igual modo, à luz disso se compreende a importância atribuída pelo senso comum aos mecanismos de repressão manejados pelo Estado como formas de controle da criminalidade.

Abordando esse processo de lapidação do sentido atribuído à política criminal, DELMAS-MARTY (1992, p. 05) destaca que importante momento foi vivido em 1975 quando - ao criar a revista “Archives de Politique Criminelle” - MARC ANCEL, não concordando com a limitação da Política Criminal apenas ao Direito Penal, propôs que fosse “considerada como ‘a reação, organizada e deliberada, da coletividade contra as atividades delituosas, marginais e anti-sociais’, empenhando-se em destacar sua dupla característica de ‘ciência da observação’ e de ‘arte’, ou de ‘estratégia metódica da reação anticriminal’.”

Logo, deixando de significar a abordagem do problema da criminalidade sob o exclusivo ângulo do Direito Penal, a expressão *política criminal* passou a estabelecer particulares distinções em relação ao objeto das disciplinas afins e, com isso, assumiu semanticamente uma identidade própria com contornos não apenas diferentes, como mais amplos.

Na lição de DELMAS-MARTY (1992, p. 24):

“(...) ultrapassando, em muito, a exclusiva reflexão sobre o direito penal, a política criminal ainda assim não se confunde com a criminologia tradicional – já que não se atribui como objeto principal o estudo do fenômeno

criminal -; nem com as doutrinas contemporâneas de criminologia crítica, nova criminologia ou criminologia radical, que pretendem ser teorias críticas do controle social – pois não mantém a análise marxista como único fundamento epistemológico -; nem com o interacionismo e a sociologia da reação social – pois pretende ser diacrônica, insistindo na transformação dos fenômenos observados.”

Porém, após asseverar que “dizer o que a política criminal não é, não basta, evidentemente, para descrever o que ela é, e ainda menos para apreender sua unidade através da sua diversidade (...), DELMAS-MARTY (1992, p. 24-25) adota a seguinte delimitação provisória deste campo a que se propõe explorar: “o conjunto dos procedimentos através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal.”

Tal perspectiva, no seu dizer, enseja ampliação sob vários ângulos:

“(...) dos procedimentos apenas repressivos para todos os outros ‘procedimentos’, principalmente aqueles à base de reparação ou de mediação; do Estado para todo o corpo ‘social’, mas com a condição de que somente este ‘organize’ suas respostas, o que exclui a possibilidade de uma resposta totalmente isolada, não admitida pelo grupo; do reagir ao ‘responder’, a fim de introduzir, ao lado da resposta ‘reacional’ (a posteriori), a resposta preventiva (a priori); enfim, do crime ao ‘fenômeno criminal’, englobando todo o comportamento de rejeição das normas, infração ou marginalidade (déviance).” DELMAS-MARTY (1992, p. 24-25).

Daí porque, contemporaneamente, importa reconhecer que, ao abranger o estudo de outras formas de controle social (a exemplo das mediações, conciliações e rituais de apaziguamento), sem olvidar aquele exercido pela própria comunidade (através da educação familiar, escolar e profissional), a política criminal adquiriu um significado autônomo, tendo se desligado tanto do Direito Penal, quanto da Criminologia e da Sociologia Criminal, muito embora tais áreas do saber continuem influenciando e atingindo marcadamente o núcleo respectivo.

Nessa perspectiva, DELMAS-MARTY (1992, p. 05) salienta que as práticas penais não estão isoladas no campo da política criminal onde se encontram como que encobertas por outras práticas de controle social: *não*

penais (sanções administrativas, por exemplo), *não repressivas* (prevenção, reparação, mediação, por exemplo), e, às vezes, até *não estatais* (práticas repressivas das milícias privadas ou dos *esquadrões da morte*, ações de protesto como as da Anistia Internacional, ou *medidas disciplinares*, com o termo aludindo aqui a determinados tipos de regulação profissional).

Diante disso, o desafio consiste na apreensão da política criminal em sua unidade, a um tempo, respeitando a diversidade das ciências que com ela interagem ativamente, e, a outro, diagnosticando a singularidade das suas facetas que abrangem desde o início do processo criminalizante até as diferentes respostas formuladas pelo corpo social.

Tais ponderações, por si só, revelam que o conceito de política criminal é complexo, sendo esta conclusão sustentada também por BARATTA (1997a, p. 57) quando se dedicou ao estudo do tema com suas particularidades sob o enfoque da criminologia crítica³¹, então adotado.

Nesse prisma, BARATTA (1997a, p. 57) explica que a finalidade da política criminal é unívoca, porém seus instrumentos são indetermináveis, ora penais, ora não penais. Acerca disso, após ponderar que “a riqueza e variabilidade do instrumentário dependem da posição teórica adotada”, leciona:

“Nos níveis inferiores da escala, encontramos os modelos de criminologia administrativa de caráter etiológico, aplicáveis somente ao controle da criminalidade. Em níveis superiores, encontramos os modelos de criminologia etiológica que se estendem ao controle das consequências. Os níveis se elevam ainda mais com os modelos da criminologia crítica, na medida em que esta adota o paradigma do etiquetamento ou da reação social e o desenvolve, tornando-o o mais adequado à aplicação prática, ao mesmo tempo em que a finalidade do controle se estende às consequências.”

Assim é que BARATTA (1997a, p. 58) revela nítida preocupação decorrente da ideológica contraposição formulada entre política de segurança e política social, notadamente quando aquela é aplicada à política

³¹ A abordagem da política criminal, portanto, difere visivelmente daquela apresentada por DELMAS-MARTY na medida em que esta, apoiando-se no paradigma etiológico, persiste concebendo a criminalidade enquanto *fenômeno*, sem qualquer compromisso em sua análise com as influências projetadas pelo interacionismo simbólico e pelo construtivismo social.

criminal, com o que ao substantivo *segurança* acrescenta adjetivos diversos, tais como *nacional, pública, urbana*, viabilizando o resgate de posturas doutrinárias marcadas pela ideologia liberal e autoritária.

A propósito da política social e do seu processo de criminalização, BARATTA (1997a, p. 59) desnuda a lógica que transforma os “sujeitos vulnerados ou vulneráveis, que sofrem lesões (atuais) de direitos por parte do Estado e da sociedade, como são as lesões aos direitos econômicos, sociais e culturais (direitos *fracos*, como ensina a doutrina dos direitos fundamentais)” em “infratores potenciais de direitos *fortes* de sujeitos socialmente mais protegidos.”

Para BARATTA (1997a, p. 68), justamente esta “incidência indireta da política da igualdade e da política social sobre o controle da criminalidade e do processo de criminalização deveria talvez animar-nos a redimensionar o espaço e o conceito da política criminal”. Afinal, em se subtraindo as operações que somente produzem um efeito indireto e acessório no controle da criminalidade, no processo de criminalização e nas conseqüências de ambos, restará o que denomina *política do direito penal*, a qual poderia ser parte da política criminal com espaço autônomo e bem delimitado, sem prejuízo da paralela atuação do Estado em prol da consecução de uma *política dos direitos*.

Se afigura, pois, necessário desvincular as medidas inerentes ao campo da política social da esfera político-criminal, renunciando à lógica institucional que outorga pronta e incondicional eficiência ao Direito Penal, para, assim, permitir a delimitação do universo das situações negativas que constituem objeto da política criminal propriamente dita, o mesmo se aplicando à eleição dos seus instrumentos de controle, seja penais ou não penais. Apenas por este caminho, ainda não completamente desbravado, permitir-se-á a melhor configuração da identidade atribuída à política criminal.

Outrossim, à guisa de recorte epistemológico, de ora em diante desenvolver-se-á a análise de pontuais questões centradas no (micro)prisma da *política do direito penal*, ora concebida como política criminal legislativa, abrangendo fundamentalmente o conteúdo das principais leis penais que, conferindo forma ao arcabouço normativo articulado pela dogmática jurídico-penal, revelam a marcante interação da função simbólica cumprida pelo Direito Penal com o mecanismo ideológico que impulsiona a produção legislativa operada no momento contemporâneo.

3.2. A LÓGICA DICOTÔMICA DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA

A condução da meta de investigar a lógica norteadora da política criminal brasileira passa, necessariamente, pela análise do contexto sócio-jurídico em que se desencadeia o processo de criminalização na via legislativa, o qual deve ser investigado criticamente na própria dinâmica sem perder de vista a influência projetada pelos movimentos de lei e ordem.

Importa, pois, reconhecer que inúmeros fatos – normalmente envolvendo pessoas de destaque no meio social, artístico e político – assim que destacados pela mídia, passam a marcar com especial relevo os rumos da política criminal brasileira.

Tais fatos, por sua vez, ensejam a eclosão nos grandes centros urbanos de movimentos de clamor pela maior e mais rigorosa intervenção estatal, o que se dá mediante a invocação do poder-dever do Estado de reprimir o delito, vinculando ao cumprimento desta promessa a consecução do objetivo maior para o qual o sistema declara ter sido idealizado, qual seja, o de garantir a segurança à sociedade.

Buscando as razões que explicam tal postura ideológica, FRANCO (1994, p. 35) assevera:

“De um lado, o medo difundido, pelos meios de comunicação social, de que a comunidade, como vítima dessas ações criminosas, não teria mais possibilidade de dominá-las, de refreá-las. De outro, a desconfiança generalizada de que os órgãos institucionalizados de controle não tinham mais capacidade de reagir, presos às complicações de suas engrenagens, amarrados à sua própria burocracia, incapazes, portanto, de responder, pronta e imediatamente, às ações delinqüenciais. O temor, nem sempre objetivo e real, de converter-se em vítima do delito acarreta, no entanto, e de forma não rara, um grave problema político-criminal.”

Ao prefaciar a obra “A Indústria do Controle do Crime”, de autoria de CHRISTIE (1998, p. xii), LUIZ FLÁVIO GOMES assevera que, por razões racistas ou por qualquer outra motivação, na base dessa exagerada intervenção penal, está, para além das exigências mercadológicas, a intolerância, o não aceitar o

outro diferente, particularmente o menos aquinhoado com a distribuição (desigual) da riqueza e do trabalho, o de cor diferente, o de língua diversa.

Explicando a visão pouco otimista de CHRISTIE (1998, p. xi), LUIZ FLÁVIO GOMES pondera que o acentuado incremento na utilização da prisão traduz estreita conexão com o sistema de economia de mercado, típico do ocidente industrializado, modo pelo qual delinea um novo *holocausto* com a formação de espaços que denomina *campos de concentração*. Esse mecanismo – assevera – utiliza-se da privação da liberdade em larga extensão,

“(...) não apenas como uma forma de repartição intencional de dor e recrutamento da população desocupada e potencialmente perigosa, senão, sobretudo, como mais um ‘produto’ da complexa e gananciosa economia de mercado, que não se detém diante de limites éticos e culturais desde que os lucros resultem devidamente assegurados.”

E, ao se questionar se toda a sociedade industrializada estaria propensa à adoção de tais *campos de concentração*, LUIZ FLÁVIO GOMES responde afirmativamente, explicando que se trata de um sistema de controle economicamente vantajoso para todos (excluídos, evidentemente, os que padecem da dor, a aflição do encarceramento). Além disso, ressalta, não falta e jamais faltará *matéria-prima* para esse *produto*, visto que não só aumentam as classes sociais mais baixas, como cada vez mais pode-se ampliar o raio de incidência penal sobre seus atos. Com a combinação destes fatores (economia de mercado, tecnologia avançada, classes sociais baixas potencialmente *perigosas* e teorias científicas que justificam o encarceramento), chegar-se-á, sem muito custo, ao que chama *holocausto da industrialização* que é a prisão expandida sob a forma de modernos *campos de concentração*, úteis não somente para a profilaxia social (escondendo a miséria e eliminando os riscos pertinentes), como também para o bom desempenho do mercado (CHRISTIE, 1998, p. xii-xiii).

Por via oblíqua, a incontida desconfiança no sistema e nas suas instituições acaba desencadeando, via lógica, uma política criminal de perfil passional, fundada no apelo à ampliação das penas e à crescente criminalização.

Não se restringindo a isso, o movimento persegue também outros objetivos voltados ao generalizado recrudescimento do sistema, os

quais, não raras vezes, coincidem com a extirpação pura e simples de fundamentais garantias consagradas no plano constitucional.

Verifica-se, assim, um nítido exercício de restabelecimento de institutos antigos, cujas características não guardam mínima compatibilidade com as prerrogativas jurídicas invocadas pelo discurso jurídico oficial quando trata da atuação do Estado que se quer denominar "Democrático de Direito".

Contudo, sem qualquer interrupção no tempo, e num exercício de paradoxal coexistência, um novo paradigma de cunho garantista e minimalista passou a ser invocado pelo discurso jurídico-penal nos anos 80, com o que se imprimiu à Política Criminal vigente alguns rumos completamente diversos nitidamente observados em precisas legislações.

Ao prefaciар a obra Manual de Direito Penal Brasileiro, de autoria de ZAFFARONI e PIERANGELI (1999, p. 7-8), ALBERTO SILVA FRANCO formula breve análise acerca desta tendência:

"O Direito Penal liberal e as garantias, que lhe eram próprias, tornaram a ressurgir a todo vapor. Não apenas as garantias formais, mais principalmente as garantias materiais que estavam ínsitas no próprio núcleo da idéia de Estado Democrático de Direito. Admitir este tipo de pacto fundador significava ao mesmo tempo reconhecer validade de princípios, tais como os da culpabilidade, da humanidade da pena, da igualdade, da proporcionalidade e da ressocialização. E isto sem que se perdesse de vista o caráter preventivo norteador da intervenção penal estatal, isto é, sem que se pusessem de lado os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade da tutela penal. Se se pudesse resumir em duas palavras o novo paradigma, o 'garantismo' e o 'direito penal mínimo' constituiriam, por certo, as expressões mais significativas."

Por sua vez, abordando o exercício do controle social penal e a formalização respectiva, ALBERTO SILVA FRANCO enfatiza:

"O controle social penal deveria ser cercado de garantias para que a liberdade do cidadão não fosse conspurcada. Bem por isso deveria ser racional, previsível, transparente. Para tanto, necessitaria ser formal: a 'desformalização' não se traduz no melhor meio de solucionar os conflitos porque põe em risco as garantias

do cidadão. Por outro lado, num Estado Democrático de Direito, a intervenção penal não poderia ter uma dimensão expansionista: deveria ser necessariamente mínima, expressando, apenas e exclusivamente, a idéia de proteção dos bens jurídicos vitais para a livre e plena realização da personalidade de cada ser humano e para a organização, conservação e desenvolvimento da comunidade social em que ele está inserido.” (ZAFFARONI, 1999, p. 8).

Tal dilema, de oculta funcionalidade, vem marcando indelevelmente os rumos da política criminal brasileira em construção, conforme se observará adiante por ocasião da análise da produção legislativa contemporânea.

Outrossim, contrastando com o princípio da intervenção mínima, no dizer de CERVINI (1994, p. 37-54), diversos fatores continuam favorecendo a expansão do Direito Penal, com reflexos no funcionamento dos Poderes de Estado e na percepção da realidade pelos indivíduos. Ao seu ver, o sistema penal deveria ser programado com equilíbrio e objetividade, sem interferências deformadoras; os legisladores deveriam evitar os prejuízos irracionais gerados pelos meios de comunicação social e imunizar-se contra os reclamos desfundamentados e puramente emocionais da população, muito vulnerável à imprensa, ao rádio e à televisão.

Muito embora se reconheça a importância da opinião pública para que a lei corresponda à consciência legal do povo, importa admitir que tal manifestação não é livremente construída, como o demonstram os estudos criminológicos do interacionismo simbólico, submetendo-se aos condicionamentos impostos sob diferentes enfoques.

Nesse passo, a mídia opera como mecanismo de peso substancial na formação dessa opinião vigente no senso comum, a qual, por sua vez, constitui fator decisivo para que, malgradadas algumas iniciativas de cunho minimalista ou garantista, persista predominando a invocação da crescente intervenção penal na perspectiva do generalizado recrudescimento do sistema.

Finalmente, corroborando o exercício de função marcantemente simbólica pelo Direito Penal, alude ALBERTO SILVA FRANCO:

“Se tudo isto já não bastasse, a função nitidamente instrumental do Direito Penal ingressa numa fase crepuscular cedendo passo, na atualidade, à

consideração de que o controle penal desempenha uma função puramente simbólica. A intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos, individual ou coletivo de insegurança.” (ZAFFARONI, 1999, p. 10).

3.3. A POLÍTICA CRIMINAL LEGISLATIVA BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA

A investigação acerca do perfil da atual política legislativa criminal brasileira, compreendida pelo período que começa em 1.984 com a última grande reforma penal, pressupõe o resgate de alguns importantes fatos histórico-sociais que, desde muito antes, marcaram seu desencadeamento.

Tal digressão permitirá a identificação dos reais fatores que impulsionaram a edição das principais normas penais, muito embora não constem da respectiva motivação oficial veiculada através do discurso institucional, o qual se vale de premissas arquitetadas segundo os próprios interesses ideológicos.

Com o descortinar desse raciocínio, será possível revelar a matriz propulsora da política criminal brasileira e desse modo melhor compreender a funcionalidade subjacente à sistemática onde se insere.

Num primeiro momento, importa sublinhar que a recepção das idéias européias num contexto de redemocratização favorável a mudanças no Direito Penal muito contribuiu para o reformismo do pós-guerra.

Com efeito, acerca da ampla reforma penal observada na América Latina, quer na forma codificada, quer esparsa, assevera ZAFFARONI (1999, p. 214):

“Na América Latina é de destacar uma intensidade de reforma penal bastante acentuada nos últimos anos. No curso das duas últimas décadas mudaram totalmente os seus códigos quase todos os países centro-americanos, Bolívia, Panamá, Peru, Cuba e Colômbia, tendo sido elaborados projetos de reforma nos países restantes. (...) À margem dos códigos em si, as legislações penais da América Latina, particularmente no cone sul, têm multiplicado as ‘leis especiais’, em geral dentro de uma tendência autoritária e repressiva que se conhece como

'ideologia da segurança nacional' e que nos últimos anos foi substituída pela ideologia da segurança urbana."

Em nosso nacional contexto, esse processo é cristalinamente observado no resultado da recente produção legislativa, sendo que decisiva influência é projetada pelas manchetes jornalísticas a todo o tempo disseminadas, donde são colhidas notícias que servem de vértice ao alinhamento de novas discussões nos bastidores parlamentares visando o recrudescimento do sistema penal em resposta aos clamores da sociedade. Estes, como se viu, eclodem a partir dos movimentos de lei e ordem, ora pugnando pela ampliação da idade mínima que define a imputabilidade penal, ora penalizando ainda mais velhas condutas, ora criminalizando outras, sempre a pretexto da prevenção geral da criminalidade e consecução da paz social.

Importante característica observada no plano legislativo diz respeito ao método pontual com que têm sido operadas as reformas penais no Brasil, responsável pela configuração de múltiplas incoerências que maculam o sistema e quebram o mito da harmonia que deve nortear sua estruturação normativa. A um tempo, justificam os parlamentares que o grande volume do trabalho legislativo inviabiliza o debate e votação de uma ampla e única reforma de normas já codificadas. A outro, sabe-se que as inovações legislativas são motivadas pelo propósito de oferecer resposta à sociedade que clama por uma fórmula de combate à criminalidade, via de regra consternada pela ação da mídia diante de determinados casos concretos, os quais justamente são selecionados segundo o potencial que possuem para atrair a atenção do público respectivo.

Contudo, importante advertência é formulada por LARRAURI (1994, p. 8) no sentido de que, mesmo a identificação de uma situação como problemática, não equivale dizer que o Direito Penal seja a melhor forma de solucioná-la.³²

Analisando essa situação, CINTRA JÚNIOR (1997, p. 407 e 408) pondera que o Estado não tem dispensado tratamento adequado à questão da política criminal, insistindo em que o Direito Penal resolva o que não pode resolver e frequentemente extrapolando os limites da Constituição. A partir desse

³² "Ipsis literis": "(...) reconocer una situación como problemática no equivale a decir que el derecho penal sea la mejor forma de solucionarla."

prisma, destaca três exemplos que demonstram os desatinos levados a cabo mediante iniciativas legislativas motivadas pela pressão advinda do meio social:

“A Lei 9.034/95, por exemplo, contém fórmulas supressoras das garantias individuais e processuais. Traz a incrível possibilidade de que o juiz possa colher, ele próprio, provas, mantendo-as secretas no processo. Ora, mas não é este o sistema vigente no nosso modelo, que dispensa ao Judiciário um papel muito diferente. Como afinal se conecta com o nosso sistema uma tal lei tão diversa do todo? A Lei de Crimes Hediondos foi votada por um Congresso Nacional sob o impacto do sequestro de um importante empresário do Rio de Janeiro. Resultado: ofende de cabo a rabo a Constituição e é assistemática, rompendo com os critérios que foram introduzidos pela reforma de 1984. Não observa o *princípio da proporcionalidade* da pena e o *princípio da individualização* da pena. É uma afronta aos estudos, que vêm de anos, no sentido que o preso deve ir adquirindo a liberdade por meio da progressividade de regimes. Cria problemas absurdos para as pessoas submetidas ao sistema penitenciário que tenham cometido crimes que por vezes não têm a gravidade que lhes é atribuída. Quem sofre com isto, nesta selva de leis, são os direitos, as liberdades e as garantias das pessoas. Presentemente, as reformas pontuais continuam provocando notáveis rupturas metodológicas e incongruências. Na recente Lei 9.426/96, que criou novas figuras qualificadas de furto e roubo, relacionadas com o veículo automotor, há um tipo de receptação informado pelo dolo indireto eventual, punido mais gravemente que a figura básica, informada pelo dolo direto. Uma inversão de valores.”

Ao final, desabafa:

“Infelizmente, parece que nossos parlamentares, envolvidos no clima de exacerbado emocionalismo jamais cogitariam de deixar que uma comissão composta de especialistas tenha maior liberdade para pensar soluções permanentes. Preferem exercer seu poder cotidiano na legislação emergencial, respondendo apenas simbolicamente às demandas emocionais da população. Preferem legislar ao sabor das conveniências. Hoje é uma, amanhã é outra. (...) É preciso mudar. Uma política criminal *à flor da pele* é uma coisa desastrosa para os direitos, as liberdades e as garantias.” (1997, p. 409).

O recurso ao conhecimento dos juristas, explorado por meio da constituição de comissões especializadas, mais freqüentemente é utilizado nos casos em que se legisla acerca de matéria estrita de direito, quando são operacionalizados conceitos jurídicos cuja aplicabilidade requer rigoroso conhecimento técnico, servindo como exemplo a configuração de institutos penais diversos encontrados na teoria geral do Direito Penal (erro de fato, erro de direito, etc.).

O mesmo não ocorre com a elaboração de normas relativas à tipificação de novas figuras delituosas, pois acerca disso todos os parlamentares se sentem aptos a opinar, apresentando-se para tanto munidos dos subsídios disseminados no senso comum. Mais do que aptos, sentem-se motivados em face da perspectiva da sociedade que, ávida, clama pela crescente intervenção do aparelho estatal na tarefa de repressão ao crime.

Lançando os olhos para as mudanças sociais ocorridas no final deste século, TERRA (1995, p. 201) coloca em destaque a central questão de qual deve ser o papel do Direito Penal e das instituições destinadas à aplicação da justiça criminal ante comportamentos humanos inéditos para a normativa tradicional, os quais denunciam a *especialização do delito* como um fenômeno hodierno e mundial que está a colocar o Estado numa posição fundamental e delicada, preocupando-se com a correlata tomada de decisões legislativas generalizantes e altamente vulnerantes tanto para o delinqüente como para aqueles que atuam na persecução criminal.

Reconhecendo que a criminalidade moderna estampa um perfil diferente, cujos problemas inerentes não mais encontram solução no Direito Penal, HASSEMER (1994, p. 41) incita a reflexão a respeito de algo que seja melhor, mais eficaz, a que atribui a provisória denominação de *Direito de Intervenção*. Tratar-se-ia, pois, de

“(...) um novo campo do direito que não aplique as pesadas sanções de privação da liberdade e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores. (...) Esse novo campo do direito estaria localizado entre o Direito Penal, Direito Administrativo, entre o direito dos atos ilícitos no campo do Direito Civil, entre o campo do Direito Fiscal e utilizaria determinados elementos que o fariam eficiente.” (HASSEMER, 1994, p. 49).

Em sua visão, necessitamos de instrumentos eficientes contra as pessoas jurídicas e não apenas contra a pessoa física, assim como opera o Direito Penal clássico. Além disso, há que se ocupar com a reação ao perigo, pois a criminalidade moderna não é um caso de danos, mas de riscos, e também com a atuação preventiva, sugerindo, como exemplo, uma intervenção precoce, oportuna, no campo da corrupção.

Por fim, propondo a lapidação de outras formas de reação, arremata:

“(...) temos grandes problemas de uma sociedade moderna de risco, problemas que foram esboçados em muitos de seus aspectos. Não quero que fechemos os olhos diante desses problemas, ao contrário, desejo que sejam observados minuciosamente. Se tentarmos solucionar esses problemas não teremos êxito e o máximo que conseguiremos será destruir o Direito Penal ao eliminarmos seus princípios fundamentais. Retirando as garantias do Direito Penal eliminaremos a sua potência protetora jurídica e teremos instrumentos que não servirão para nada, porque estarão mal localizados e por isso sugiro que se reflita sobre outras reações de direito.” (HASSEMER, 1994, p. 50-51).

3.3.1. Análise da Legislação Penal Codificada

a) Reforma Penal de 1984

Assim, a partir de 1963, diversas tentativas foram empreendidas no sentido de reformar a legislação penal, esta datada de 1940 quando sua codificação fora promulgada, sendo que tal esforço resultou na elaboração do Código de 1.969 que, por sua vez, nunca entrou em vigor.

Desde então, apregoava-se a necessidade de modernizar as leis que integravam o sistema penal sob o pálio discursivo de que se daria no interesse da segurança dos cidadãos e da estabilidade dos direitos.

Instalada Comissão Parlamentar de Inquérito para apurar a situação do Sistema Penitenciário, cujo trabalho restou concluído em 1976, do seu relatório constaram as ponderações seguintes:

“As penas de reclusão e de detenção, bem como as imposições penais prévias não se distinguem para a grande maioria dos presos, cumpridas que são em cárceres promíscuos; a individualização da pena é obstaculada pela superlotação carcerária, que impede a classificação dos prisioneiros em grupos e sua lotação em estabelecimentos distintos; grande parte da população carcerária vive em ociosidade, sob a influência corruptora da subcultura criminal; esse tipo de prisão acentua o caráter criminógeno do cárcere e antes serve à difusão e ao aperfeiçoamento do crime do que à defesa da sociedade... Preconiza-se novo sistema de penas, dotado de substitutivos à pena de prisão, revestidos de eficácia pedagógica, de forma a restringir a privação da liberdade a crimes graves e delinquentes perigosos. A busca de outras sanções para criminosos sem periculosidade diminuirá a ação criminógena do cárcere e atuará como fator de despopulação das prisões. – O exame da personalidade do sentenciado, tendo em vista a natureza do crime, é que determinará sua inserção no grupo com o qual conviverá no curso da execução da pena.” (CERNICCHIARO, 1993, p. 130-131).

Sob tais influxos, em 1980 duas comissões foram constituídas, a primeira encarregada de emitir parecer sobre o Projeto de Código de Processo Penal, retirado pelo governo quando tramitava no Senado, depois de aprovado pela Câmara, e a segunda para compatibilizá-lo com o anteprojeto do Código de Execuções, cuja elaboração foi cometida ao antigo Conselho Nacional de Política Penitenciária.

A partir desses estudos, viu-se o governo convencido da necessidade de reformar também o Código Penal, para o que nova comissão foi formada, desta vez constituída pelos seguintes membros: Francisco de Assis Toledo, Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Rogério Lauria Tucci, René Ariel Dotti e Hélio Fonseca. Delineava-se, portanto, a conveniência de ampla reforma do sistema penal brasileiro, o que se daria em duas etapas: primeiramente, a Parte Geral do Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais; e, depois, a Parte Especial do Código Penal e a Lei das Contravenções Penais.

Desse modo, no curso do ano de 1981, a reforma foi objeto de ciclos de conferências e debates em todo o País, sendo que, em 1982, as Comissões apresentaram suas conclusões, enfeixadas nos anteprojetos e

exposições de motivos encaminhados à Presidência da República e, por esta, ao Congresso Nacional, resultando nas Leis n. 7209, que alterou a parte geral do Código Penal, e, n. 7210, que regulamentou a Execução Penal, ambas de 11 de julho de 1984.

Da leitura da Exposição de Motivos relativa à reforma da Parte Geral do Código Penal, são enumeradas algumas das principais críticas universalmente dirigidas à pena privativa de liberdade, destacando-se:

“(...) o tipo de tratamento penal frequentemente inadequado e quase sempre pernicioso, a inutilidade dos métodos até agora empregados no tratamento de delinquentes habituais e multirreincidentes, os elevados custos da construção e manutenção dos estabelecimentos penais, as consequências maléficas para os infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação, sujeitos, na intimidade do cárcere, a sevícias, corrupção e perda paulatina da aptidão para o trabalho.”

De ressaltar que, no parágrafo conclusivo da mencionada Exposição de Motivos, o Ministro signatário afirma que tal reformulação do Direito Penal constituir-se-á “caminho seguro para a modernização da nossa Justiça Criminal e dos nossos estabelecimentos penais” (OLIVEIRA, 1994, p. 20).

Não com surpresa se percebe que o complexo penal, formado pelo aparato policial e penitenciário, nenhuma alteração sofreu desde a edição da mencionada reforma que não as próprias decorrentes do reiterado desgaste do seu modelo.

Transcorridos tantos anos, depreende-se que mesmo o flagrante descumprimento das promessas estabelecidas naquele discurso não constituiu óbice à perpetuação do clamor social pela crescente intervenção repressiva do Estado com vista à erradicação do problema da criminalidade nos moldes em que é delineado.

Por tal via, igualmente aviltado resulta o princípio da intervenção mínima, muito embora lhe tenha sido dispensada particular justificativa no teor da Exposição de Motivos alusiva à reforma mencionada (Parte Geral do Código Penal - Lei nº 7209/84), vazada nos seguintes termos:

“Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa de liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é *a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade*.” (OLIVEIRA, 1994, p. 9). (Grifamos).

Combatendo as críticas lançadas por aqueles que costumam dizer que a reforma referida foi elaborada para a Suíça, CERNICCHIARO (1993, p. 137) infla seu discurso com a ideologia oficial ao rebater:

“Ledo engano! Vai, aí, insensibilidade ao significado da legislação! O Direito preocupa-se com o dever-ser. O princípio da igualdade dos homens está inscrito na Carta Política. Aliás, tradição iniciada antes da Constituição Imperial de 1824, precisamente com as Bases da Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1821. A isonomia, no entanto, não se realizou de modo completo. Distinções étnicas, sociais, culturais, econômicas, na prática, distinguem os homens. A lei, sabe-se, não atua, com o mesmo vigor, relativamente a alguém; por uma dessas razões, tem condições de enfrentar o chamado controle formal da criminalidade. Não obstante, cumpre manter o princípio, como programa. É o dever-ser que se faz presente, solenemente proclamado. No dia em que todos (efetivamente) forem iguais, o comando constitucional far-se-á ocioso. Restará apenas como registro histórico!”

Adiante, prossegue:

“O mesmo acontece com a legislação penal. Porque, exemplo, o sistema penitenciário de execução da pena não obedece o padrão mínimo recomendado, impõe-se formalizar normas tendentes a mudar esse quadro. A lei, insista-se, só se justifica para manter, ou mudar a realidade, segundo tábua de valores. Se, entre nós, o sistema penitenciário e a execução da pena fossem, pelo menos, razoáveis, dispensar-se-ia qualquer lei para mudar a realidade. Enquanto isso não acontece, a norma (dever-ser) é imprescindível. Assim, a comparação correta é esta: porque o Brasil não é a Suíça, fazem-se

necessários Código Penal e Lei de Execução Penal, nos termos postos. Encerram programa. Quando a realidade a ele se ajustar, estará na hora de nova reforma penal.”

Como se observa, idênticas considerações se aplicam ao disposto na Lei das Execuções Penais (Lei nº 7210/84), cujo inaugural artigo esboça ampla promessa vazada nos seguintes termos: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e *proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*”.

Tendo escrito a obra Controle da Legalidade na Execução Penal poucos anos depois da edição da lei referida, CASTILHO (1988, p. 125) ponderou que “no momento em que é criada uma instituição jurídica é difícil prever qual será o seu impacto sobre a realidade social, como se orientará seu desenvolvimento autônomo, em que medida serão atingidos os fins desejados pelos seus idealizadores”, ressaltando, outrossim, que “é preciso um lapso temporal, às vezes bastante longo, para julgar a adequação dos resultados obtidos aos fins pretendidos.”

Porém, de pronto suscitou a seguinte reflexão:

“A Lei 7.210 por si só não significou a inserção da execução penal na legalidade. Parece necessário pesquisar qual a razão de não ter surtido efeitos em dois anos e meio de sua vigência. Não se deve creditar o insucesso apenas à falta de recursos.” (CASTILHO, 1988, p. 127).

Com efeito, decorridos mais de quinze anos de vigência da citada norma legal, percebe-se que as promessas nela proclamadas não foram cumpridas, ousando-se afirmar que sequer houve marcante esforço em tal sentido por parte das respectivas instituições operacionalizadoras.

Logo, a superlotação carcerária, a proliferação de doenças, a precariedade da alimentação e o generalizado desrespeito aos mais fundamentais direitos humanos condizentes à própria subsistência, são algumas das condições que caracterizam o caótico quadro estrutural dos estabelecimentos penais existentes no país, contexto este facilmente observável através do mais superficial olhar lançado sobre a realidade.

b) Destacadas Alterações Legislativas Posteriores

Desde a edição da última grande reforma penal mencionada, inúmeros dispositivos daquela legislação codificada sofreram alteração sob idêntica influência, porém ora fazendo prevalecer a vertente penalizante e criminalizante, ora, ao contrário, fazendo prevalecer a minimalista ou de cunho garantista.

Na primeira vertente se situa a maior parte das mudanças legislativas, posto que perpetradas sob o preponderante impulso dos movimentos de lei e ordem, exemplificando-se:

- a) Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990: cominou aumento da pena em um terço para o caso de homicídio doloso e lesão corporal se o crime for praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.
- b) Lei n. 8072, de 25 de julho de 1990: b.1) acrescentou ao art. 83 do Código Penal o inciso V, segundo o qual, para a concessão do benefício do livramento condicional, deverá haver o cumprimento de 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; b.2) majorou significativamente as penas previstas nos artigos 157, § 3º; 159, *caput* e seus §§ 1º, 2º e 3º; 213; 214; 223, *caput* e seu parágrafo único; 267, *caput* e 270, *caput*, todos do Código Penal; aumentou a pena prevista no art. 288 do Código Penal – que passou a ser de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão - quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo; b.3) determinou que as penas fixadas no art. 6º desta lei para os crimes capitulados nos artigos 157, § 3, 158, § 2, 159, *caput* e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, todos do Código Penal, serão acrescidas de *metade*, respeitado o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão, sempre que a vítima estiver em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal; b.4) acrescentou ao art. 35 da Lei n. 6368, de 21 de outubro de

1976 o teor do Parágrafo Único que ensejou a contagem em dobro dos prazos procedimentais quando se tratar dos crimes tipificados nos artigos 12, 13 e 14.

- c) Lei n. 9268, de 01 de abril de 1996: c.1) modificou a redação do Parágrafo Segundo do artigo 78 do Código Penal, estabelecendo que, nas hipóteses de concessão da suspensão da pena, se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência constante do Parágrafo Primeiro (no sentido de que, no primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana) pelas condições que enuncia (proibição de freqüentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz, e comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades), cuja aplicação *cumulativa* passa a ser obrigatória; c.2) modificou a redação do inciso I do art. 92 do Código Penal que trata dos efeitos não automáticos da condenação, prevendo a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a *um* ano, e não mais a *quatro* anos tal como previa a redação anterior.
- d) Lei n. 9269, de 02 de abril de 1996: estabeleceu que, não apenas se o crime for cometido por quadrilha ou bando (como previu a Lei n. 8072, de 25 de julho de 1990), mas se cometido *em concurso*, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá a redução da pena de um a dois terços.
- e) Lei n 9426, de 24 de dezembro de 1996: e.1) ampliou o quadro de condutas que configuram o tipo penal de receptação (art. 180 do Código Penal) de modo a configurá-lo também o *transporte e condução*, em proveito próprio ou alheio, de coisa que sabe ser produto de crime; e.2) criou o tipo da receptação qualificada - com pena de reclusão, de três a oito anos, e multa - assim configurado: "adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito

próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime”; e.3) determinou que a pena prevista no *caput* seja aplicada em dobro - não mais delimitando-a de um a cinco anos e multa – quando se tratar de bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa, concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista.

- f) Lei n. 9318, de 05 de dezembro de 1996: acrescentou ao rol de circunstâncias agravantes elencadas no art. 61 do Código Penal a alínea “h” de modo a incluir as condutas praticadas contra criança, velho, enfermo ou mulher grávida.
- g) Lei n. 9426, de 24 de dezembro de 1996: g.1) acrescentou ao art. 155 do Código Penal o Parágrafo Quinto prevendo a configuração de forma qualificada, com pena de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; g.2) acrescentou também ao art. 157 do Código Penal os incisos IV e V, cominando aumento da pena se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior, e, se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade. Ainda, conferiu nova redação ao Parágrafo Terceiro do mesmo artigo aumentando de cinco para sete anos a pena mínima do roubo qualificado pela lesão grave.
- h) Lei n. 9459, de 13 de maio de 1997: acrescentou o Parágrafo Terceiro ao art. 140, estabelecendo a forma qualificada, com pena de reclusão de um a três anos e multa, para o crime de injúria se consistir na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem.

Na segunda vertente, de aparência minimalista ou garantista, em proporção menos significativa, se destaca a edição da Lei n. 9714, de 25 de novembro de 1998 que conferiu nova roupagem às penas alternativas previstas no art. 44 do Código Penal, cujo rol passou a admitir as novas modalidades de prestação pecuniária e perda de bens e valores. Além disso, modificou os requisitos indispensáveis à concessão do benefício, ampliando-os quer no que tange à quantificação da pena, que expandiu para o limite não superior a quatro anos em

caso de crimes dolosos, desde que não tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, quer ao arbítrio conferido ao magistrado para deliberar em torno de aspectos correlatos ao crime (culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado) e à indicação subjetiva de que os motivos e circunstâncias denotem a suficiência da substituição.

Ainda, numa vertente diversa, reputada *sui generis* por destoar das conotações supra aventadas, está a criação da delação premiada como causa especial de diminuição da pena, instituída pela Lei n. 8072, de 25 de julho de 1990, e remodelada pela Lei n. 9269, de 02 de abril de 1996, prevendo a redução da pena de um a dois terços, no crime de extorsão mediante seqüestro cometido em concurso, em favor do concorrente que o denunciar à autoridade de modo a facilitar a libertação do seqüestrado.

3.3.2. Análise da Legislação Penal Esparsa Destacada

Concentrando, adiante, a análise ao período delimitado temporalmente a partir do mesmo marco, qual seja, a edição da última expressiva reforma penal datada de 1984, algumas considerações se impõem à guisa de reflexão crítica em torno do descortinar histórico apurado.

Muito embora nenhuma outra grande reforma tenha se operado desde então, o panorama da política criminal vem sendo constante e pontualmente modificado no ritmo e sentido ditados pelos microfones e holofotes da mídia, principal veículo-motor dos movimentos de lei e ordem. Com isso, testemunha-se a edição de diversas novas leis esparsas que, desprendidas do apego ao rigor metodológico ou sistêmico, culminam por retaliar o sistema com a inserção de normas contraditórias, quer no que tange à criminalização de novas condutas, quer à modificação dos critérios de penalização em relação àquelas já criminalizadas, quer, ainda, à adaptação do procedimento com a introdução de modalidades consensuais (conciliação civil, transação penal e suspensão condicional do processo), à regulamentação do poder de ofício no âmbito da produção probatória em relação a alguns crimes, à aplicabilidade das restrições processuais notadamente no âmbito da prisão provisória, dos prazos procedimentais, entre outros aspectos.

Respeitada a ordem cronológica, convém incitar breve reflexão sobre algumas importantes leis que retratam o gradual processo de reformulação dos contornos da política criminal brasileira pela sua ação programadora, sem perder de vista os objetivos outrora referidos no plano das promessas latentes, muito embora ocultadas sob as roupagens discursivas emprestadas às promessas então declaradas.

Para tanto, dirigir-se-á a especial atenção nesta oportunidade para as seguintes leis destacadas do emaranhado legislativo pela relevância e influência demonstradas na análise do perfil da política criminal sob investigação: Lei n. 7960, de 21 de dezembro de 1989, que instituiu a prisão temporária; Lei n. 8072, de 25 de julho de 1990, modificada pela Lei n. 8930, de 06 de setembro de 1994, que definiram os crimes hediondos; Lei n. 9034, de 03 de maio de 1995, que dispôs sobre o crime organizado; Lei n. 9099, de 26 de setembro de 1995 que disciplinou os Juizados Especiais, Cível e Criminal; Lei n. 9455, de 07 de abril de 1997 que definiu os crimes de tortura; Lei n. 9503, de 23 de setembro de 1997 que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro; Lei n. 9605, de 12 de fevereiro de 1998 que dispôs sobre as sanções penais aplicadas às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente; e, Lei n. 9677, de 02 de julho de 1998 que modificou a redação dos artigos 272 a 277 do Código Penal criminalizando algumas novas condutas e penalizando ainda mais outras já previstas no âmbito da indevida fabricação e adulteração de produtos medicinais.

Vejamos, uma a uma, observando também algumas das principais propostas de alteração constantes do projeto elaborado pela Comissão constituída pela Portaria do Ministério da Justiça n. 349, de 16 de setembro de 1993, presidida pelo Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, do Superior Tribunal de Justiça, em pleno curso nas vias legislativas, ora em fase de discussão.

a) Lei n. 7960, de 21 de dezembro de 1989 – Prisão Temporária

Instituída pela Lei n. 7960, de 21.12.1989 sob os influxos do movimento de lei e ordem, sua aplicabilidade se dirige aos crimes reputados de maior gravidade elencados no artigo 1º, III, quer porque "imprescindível para a investigação" ou "quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade", desde que seja decretada em decisão motivada e por prazo de cinco dias (ou de trinta dias, para os

crimes previstos pela Lei 8.072/90), prorrogável por igual período, bastando para sua imposição o "interesse da investigação" e "fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação, de autoria ou participação do indiciado".

A seu turno, o projeto reconhece que essa lei está maculada por imperfeições e omissões, pelo que propõe a modificação do art. 1º, a inclusão do crime de concussão aos crimes que viabilizam a prisão temporária e, finalmente, a inclusão no seu teor da garantia de direitos aos presos temporários. Para tanto, alude que importa considerar "a idéia central da reforma do processo penal de agilização e preservação dos direitos do acusado"; "que dentre os preceitos constitucionais de maior relevância estão os da inviolabilidade da liberdade e o da preservação da inocência"; e, ainda, que "em caso de excepcional gravidade, a apuração dos fatos e de sua autoria tornam indispensável a prisão temporária dos investigados". Em vista disso, preconiza a modificação da redação dos artigos 1º e 3º da Lei nº 7960, de 21 de dezembro de 1989, que passariam a dispor: "Art. 1º. Desde que evidenciada a existência de crime, havendo indícios de autoria ou de participação, e sendo imprescindível para as investigações policiais, caberá prisão temporária quando se tratar dos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219 e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com o art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288); m) concussão (art. 316), todos do Código Penal; n) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; o) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6368, de 21 de outubro de 1976); p) crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7492, de 16 de junho de 1986)" e "Art. 3º. Os presos temporários deverão permanecer obrigatoriamente separados dos demais, sendo-lhes assegurado: I - alojamento condigno; II - uso do próprio vestuário; III - assistência jurídica; IV - recebimento de visitas de parentes e amigos; V -

recebimento e envio de correspondência; VI - assistência religiosa; VII- assistência médica; VIII - alimentação."

Note-se que a alteração legislativa perseguida apenas vem a expandir o rol dos crimes que permitem a aplicabilidade desta modalidade de prisão cautelar, muito embora sustente objetivar a realização de altruísta propósito ao elencar os direitos do preso, revelando-se nítida performance retórica, pois estes já são previstos na Lei de Execuções Penais (Lei n. 7210/84) aplicável tanto aos presos condenados como provisórios por expressa previsão legal. Afinal, mais surpreendente, senão irônica, revelar-se-ia a intenção do legislador de modificar teor de lei editada há mais de dez anos, caso o fizesse apenas para declamar o direito do preso ao alojamento, vestuário e alimentação, entre outros.

**b) Lei n. 8072, de 25 de julho de 1990 e Lei n. 8930, de 06 de setembro de 1994
– Crimes Hediondos**

Na mesma linha de pensamento, num momento em que os meios de comunicação de massa se mobilizavam em face das extorsões mediante sequestro que vitimavam pessoas importantes da elite econômica e social do país (casos Martinez, Salles, Diniz, Medina, etc.), surgiu a Lei n. 8072/90 como exemplo significativo de uma posição político-criminal que expressa, ao mesmo tempo, radicalismo e passionalidade, no dizer de FRANCO (1994, p. 44).

Assim é que, ao invés de definir a concepção da hediondez a que se referia, o legislador optou por atitude bem mais simples ao meramente etiquetar sob tal denominação os tipos já descritos no Código Penal ou leis penais especiais como se o fizesse por meio de um primário processo de colagem, no bojo do qual se dispensa investigar se realmente o crime é repugnante, sórdido, horroroso por sua gravidade objetiva, por seu modo de execução ou pela finalidade que teria presidido ou iluminado a ação criminosa ou, quiçá, pela adoção de qualquer critério coerentemente válido.

Além disso, tratou a legislação referida de introduzir sensível aumento punitivo em relação aos delitos nela catalogados, sem respeitar uma coerência interna. Assim é que possibilitou punições desproporcionadas, a exemplo dos fatos delituosos que envolvem a morte, cuja pena varia conforme a conotação de ordem patrimonial. Observa-se, pois, que se ocorrer por homicídio qualificado, será punível com, no mínimo, doze anos de reclusão; se por latrocínio,

com, no mínimo, vinte anos de reclusão e, se por extorsão mediante seqüestro, com, no mínimo, vinte e quatro anos de reclusão. Por outro lado, equiparou-se a punição cominada aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, como se idêntica fosse a gravidade e dimensão social da ofensa à liberdade sexual da mulher em relação ao um beijo lascivo ou leve toque corporal, por exemplo. Ainda, chegou-se ao extremo de subtrair a fase de individualização da pena com a formulação de preceito cominatório fixo que, por isso, dispensa a apreciação das circunstâncias que marcaram a realização do fato criminoso. É o que se dá no caso de latrocínio, ou de extorsão mediante seqüestro, de que resultou morte, que tenha sido executado contra pessoa não maior de catorze anos, quando a pena cominada estanque é de trinta anos de reclusão.

A estratégia do legislador em cominar as penas mínimas em patamares altíssimos se justifica diante do propósito de impedir que sejam fixadas abaixo deles pelo julgador, mormente porque lhe é vedado fazê-lo por força da técnica de aplicação da lei penal ditada pelas diretrizes jurisprudencias. Estas, a seu turno, não permitem sequer a redução abaixo do mínimo legal quando presentes atenuantes ainda não computadas, clamando pela sua simples desconsideração nos casos em que a pena-base já está fixada no menor *quantum*. Com isso, inviabiliza-se, na tarefa judicial de aplicar a pena ao caso concreto, o propósito de quantificar a pena de conformidade com o conteúdo do injusto e a culpabilidade, tal como costumeiramente preconizado.

Não fosse suficiente, consagrou hipóteses de delação premiada, formulou causas de aumento da pena sem adequado fundamento jurídico, proibiu a concessão de indulto, da fiança e da liberdade provisória, elevou o prazo da prisão temporária, restaurou o conceito de “reincidência específica” já superado, inseriu requisito mais rigoroso para a aplicação do livramento condicional, excluiu o regime progressivo de cumprimento da pena e duplicou os prazos procedimentais em hipóteses de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Posteriormente, em 06 de setembro de 1994, veio editada a Lei n. 8930 que ampliou o rol dos crimes etiquetados como hediondos, atendendo ao clamor social que pugnava pela inclusão dos crimes contra a vida, na modalidade de homicídio qualificado, antes desconsiderado numa flagrante atitude de desprestígio à tal modalidade criminosa cuja ocorrência a todo instante é noticiada na mídia.

c) Lei n. 9034, de 03 de maio de 1995 - Crime Organizado

Declarando visar a prevenção e a repressão das ações perpetradas por organizações criminosas, assim entendidas como aquelas praticadas por quadrilha ou bando, a Lei n. 9034, de 03 de maio de 1995, introduziu modificações das regras penais e processuais penais. Nesse passo, permitiu a adoção dos seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento, para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz, do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações; e, ainda, o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais. Neste último caso, declarando pretender respeitar o sigilo garantido constitucionalmente, estabeleceu que a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz - erigido à controvertida função de coletor direto da prova - que, para tanto, poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo, devendo lavrar auto circunstanciado da diligência. Tanto este documento, como as peças onde constarem argumentos de acusação e defesa alusivos à diligência deverão ser conservados fora dos autos do processo, em lugar seguro, permitido o acesso às partes legítimas na causa apenas na presença do juiz. Ao final, por ocasião das disposições gerais, preconizou a criação, nos órgãos da polícia judiciária, de setores e equipes de policiais especializados no combate à ação praticada por organizações criminosas, providência que, como se sabe, implica na destinação de maiores recursos para viabilizar a tão decantada ampliação da estrutura do aparato policial estatal. Além disso, passou a elencar uma série de comandos específicos de índole penal e processual que restringem as garantias já consagradas constitucionalmente, destacando-se os seguintes: a) admitiu a identificação criminal de pessoas envolvidas com tal prática criminosa independentemente da identificação civil, com o que criou exceção à regra constitucional; b) previu a figura da delação premiada ao assegurar a redução da pena (de um a dois terços) quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria; c) impossibilitou a concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa, hipótese de cabimento esta facilmente aplicável com o emprego da conhecida técnica

retórica, muito embora se presuma que na fase de instrução probatória não seja ainda conhecido o efetivo grau de participação de cada agente; d) expandiu o prazo máximo da prisão processual para cento e oitenta dias a fim de evitar a restauração da liberdade pela caracterização de constrangimento ilegal; e) impediu que o acusado exerça o direito de apelar da sentença em liberdade, desprezando a consideração de suas condições pessoais relativas aos antecedentes e primariedade; e, f) determinou que o início da pena seja sempre cumprido em regime fechado, independentemente da sua quantidade.

d) Juizado Especial Criminal – Lei n. 9099, de 26 de setembro de 1995

A Lei n. 9099, de 26 de setembro de 1995 disciplinou a criação e funcionamento dos Juizados Especiais, Cível e Criminal, prevendo a efetivação de institutos alternativos que vão desde a transação, através das possibilidades de aplicação imediata da pena não privativa de liberdade mediante aceitação da proposta formulada pelo Ministério Público, até a suspensão condicional do processo, como espécie de *sursis* antecipado, introduzindo alterações essenciais quanto à legitimidade ativa para determinados delitos em que passa a exigir representação da vítima, aos efeitos da conciliação obtida em sede de composição civil dos danos e em relação à renúncia ao exercício do direito de ação.

A legislação em referência, ora considerada apenas na parte que dispõe sobre o Juizado Especial Criminal (já que a lei retrata a fusão de dois projetos, sendo o outro alusivo ao atendimento das causas cíveis de menor complexidade), estatui que o mesmo será provido por Juízes togados ou togados e leigos, então denominados Conciliadores – e terá competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, assim entendidas as contravenções penais e os crimes a que a norma comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos aos quais se aplique procedimento especial.

Acerca do tema, duas abordagens merecem ser destacadas em relação à inovação legal em apreço, a saber, a primeira relativa à seleção legal dos delitos e, a segunda, aos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Quanto à primeira, basta atentar para o fato de que, ao vincular a conceituação dos crimes de menor potencial ofensivo às contravenções e

aos crimes cuja pena máxima não seja superior a um ano, o legislador abrangeu a grande maioria dos delitos previstos no Código Penal. Porém, excluiu - por via oblíqua - aqueles que atentam contra o patrimônio, o bem jurídico que tem merecido maior proteção do ordenamento estatal na medida em que afeta os interesses da classe dominante, não por coincidência, a mesma que delinea o perfil do sistema.

Quanto à segunda, no que tange ao instituto da transação penal, vale assinalar que seu perfil jurídico fere os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da presunção da inocência, na medida em que enseja a realização de um juízo antecipado de culpabilidade que revela como vantagem mais evidente a exclusão do processo, livrando desse fardo a justiça penal a fim de permitir que priorize suas atenções aos demais crimes, reputados de maior vulto aos interesses da elite. Nota-se, ainda, flagrante lesão ao consagrado princípio *nulla poena sine iudicio* que secularmente informa o processo penal, além de ofender a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem - da Organização das Nações Unidas - de 1948, segundo a qual a imposição de pena tão somente pode decorrer de sentença na qual se reconheça a culpabilidade, mediante decisão motivada.

No mais, idêntico raciocínio decorre da análise da suspensão condicional do processo, aplicável aos crimes em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, quando o Representante do Ministério Público, ao oferecer a denúncia, pode formular aludida proposta - por muitos denominada benefício - pela qual fica o processo suspenso pelo período de dois a quatro anos, mediante cumprimento das seguintes condições: reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de freqüentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; e comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades, além de outras eventualmente estipuladas pelo juiz, a seu critério, conforme as entenda adequadas ao fato e à situação do acusado. Desse modo, expirado o prazo mencionado - também denominado "período de prova" - sem revogação, será declarada extinta a punibilidade, com o que se evitou a tramitação de um processo mediante cumprimento de condições em muito assemelhadas àquelas cominadas em caso de suspensão da pena, logicamente aplicada após regular instrução probatória e final condenação em decreto fundamentado.

e) Lei n. 9455, de 07 de abril de 1997 - Tortura

Consoante referência feita no inciso XLIII, do art. 5º, da Magna Carta Federal à criação de tipos penais relativos à prática de tortura, o legislador infra-constitucional confeccionou a Lei n. 9455, de 07 de abril de 1997, que define tais crimes e estabelece outras providências de ordem processual penal, cominando penas elevadas sob o pálio da busca da erradicação de tão famigeradas atitudes que, como se sabe, encontram nos meios policiais a mais expressiva incidência. Destarte, como a investigação de toda prática criminosa inicia no mesmo âmbito, tímidas – para não afirmar quase inexistentes - são as iniciativas das vítimas em formular denúncias em face do descrédito na eficácia do sistema, mormente quando invocado a funcionar contra os próprios agentes que o integram.

Interessante constatar, a propósito, que referida lei é mais recente e específica, pelo que prepondera sobre o estabelecido na Lei n. 8072/90, permitindo, em consequência, a aplicação de institutos menos rigorosos, tais como a liberdade provisória sem fiança (Código de Processo Penal, art. 310, Parágrafo Único) e a garantia de que apenas o início do cumprimento da pena será no regime fechado, admitida, portanto, a individualização mediante progressão. Com isso, retrata incoerência que, embora nítida, não tem sido admitida pelos Tribunais Pátrios para oferecer também aos crimes hediondos idêntico tratamento.

f) Lei n. 9503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro

Dispensando específica regulamentação aos crimes de trânsito, a Lei n. 9503, de 23 de setembro de 1997 igualmente se filiou à tendência repressiva, seja criminalizando diversas condutas, seja penalizando mais rigorosamente outras.

Assim, foram criminalizadas as condutas descritas nos artigos 302 a 312, abordando as seguintes:

“praticar homicídio; praticar lesão corporal culposa; deixar de prestar socorro à vítima; afastar-se do local do acidente a fim de fugir da responsabilidade civil e/ou penal consequente; dirigir embriagado; violar a suspensão ou a proibição de dirigir imposta como sanção nos casos em que assim se aplica; participar de competições não autorizadas, dentre as quais destacamos os chamados

‘pegas’ ou ‘rachas’; dirigir veículos sem a devida permissão; permitir, confiar ou entregar a direção para pessoas não habilitadas ou com o direito de dirigir cassado; trafegar em velocidade incompatível com a legalmente estabelecida para o local; e, finalmente, inovar artificialmente, mentir, procurar ludibriar as autoridades responsáveis para apurar os fatos ocorridos em virtude de acidentes de trânsito, durante a pendência do respectivo procedimento adotado, seja ele inquérito policial, ou mesmo processo penal.” (RIZZARDO, 1998, p. 732-733).

Avocando o sentido inerente à ideologia da defesa social e o discurso disseminado no senso comum, RIZZARDO (1998, p. 731) justifica:

“A necessidade premente de se implantar uma legislação específica sobre delitos de trânsito fez com que o legislador, sensível à evolução dos fatos sociais, destinasse um capítulo próprio para o seu regramento. De fato, a sociedade brasileira testemunha perplexa o trânsito caótico e criminoso imposto nas ruas e estradas do País, diante do festival diabólico das rodas, orquestrado por motoristas irresponsáveis e insensíveis que, sob a égide da impunidade, vêm ceifando a vida de inúmeras pessoas, quando não as gravam com indeléveis sequelas, tudo isso aliado à notória precariedade das vias de trânsito.”

Do teor da norma em apreço, percebe-se que algumas situações retratam nítida imperfeição legislativa, exemplificando-se: a) ausência de previsão da conduta criminalizada no art. 302 que simplesmente enuncia “praticar homicídio”; b) cominação da pena de seis meses a dois anos para o caso de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, enquanto o crime de lesão corporal dolosa continua prevendo a pena de três meses a um ano.

g) Lei n. 9605, de 12 de fevereiro de 1998 – Meio Ambiente

Abrindo importante espaço para a discussão em torno do tratamento dispensado pelo Direito Penal à questão ambiental, a Constituição Federal, em seu art. 225, §3º, estabeleceu que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais”.

Com isso, veio editada a Lei n. 9605, de 12 de fevereiro de 1998, retratando a tendência criminalizante sob a convicção declarada de que a tutela penal constitui o único mecanismo hábil a assegurar a perseguida proteção do meio ambiente.

Nesse sentido, invocando a importância da intervenção repressiva do Estado em casos tais, assevera FREITAS (2000, p. 30):

“A luta na defesa do meio ambiente tem encontrado no Direito Penal um de seus mais significativos instrumentos. Muitas são as hipóteses em que as sanções administrativas ou civis não se mostram suficientes para a repressão das agressões contra o meio ambiente. O estigma de um processo penal gera efeitos que as demais formas de repressão não alcançam.”

Inclusive, ao abordar o princípio da intervenção mínima, FREITAS (2000, p. 33) rechaça sua aplicação na órbita ambiental, valendo-se da seguinte ilação:

“(...) a nosso ver, o Direito Penal mínimo não deve ser aplicado em tema de infrações ambientais, onde os danos são de consequências graves e nem sempre conhecidas, e a preservação é um dever a ser levado com o máximo empenho e seriedade, não apenas para esta, mas principalmente para as futuras gerações.”

O tipo penal ambiental, a seu turno, com frequência vem delineado de forma imprecisa e genérica em face do reiterado emprego da norma penal em branco e do tipo penal aberto, sendo tal peculiaridade explicada pelos juristas dogmáticos a partir da necessidade de constante busca de conhecimento paralelo, normalmente de cunho técnico, para sua detida caracterização no caso concreto.

Aludida norma imprime novo rumo à política criminal no que tange à atribuição da responsabilidade penal às pessoas jurídicas, a exemplo do que vem preconizado no plano constitucional em relação aos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, rompendo assim com o tradicional entendimento de que a culpabilidade apenas pode ser aferida em relação à pessoa física.

h) Lei n. 9677, de 02 de julho de 1998 – Falsificação de Remédios

Modificando a redação dos artigos 272 a 277 do Código Penal, a Lei n. 9677, de 02 de julho de 1998, foi editada sob marcante influência da mídia televisionada que a todo o tempo elaborava reportagens sobre a prática de condutas de fabricação indevida e adulteração de medicamentos, inclusive efetivando sucessivos flagrantes sob seus holofotes.

Inspirando-se na vertente repressiva, citada norma imprimiu à matéria nova regulamentação penal baseada na criminalização de outras condutas e mais rigorosa penalização daquelas originalmente já tipificadas. Além disso, incluiu referida modalidade criminalizada na classificação dos delitos considerados hediondos, o que se operou através da incorporação do inciso VII-B no art. 1º da Lei n. 8072, de 25 de julho de 1990 com a seguinte redação: “falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e §1º-A e §1º-B).

Do teor da nova redação emprestada ao art. 272 do Código Penal (falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produto alimentício) observa-se que foi ampliado o quadro das condutas que caracterizam a conduta criminalizada mediante a inclusão da conduta *alterar*, além de abranger as ações que envolvem bebidas alcoólicas – com ou sem teor alcoólico, e também a consequência alusiva à redução do valor nutritivo. Ainda, teve aumentada significativamente a pena respectiva, de dois a seis anos, para quatro a oito anos de reclusão na modalidade dolosa e, de seis meses a um ano para um a dois anos, na modalidade culposa.

Da mesma forma, o art. 273 do Código Penal (falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais) passou a criminalizar inúmeras outras condutas, erigindo à condição de produto, para os fins da lei, também os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. Não bastasse, também outras situações foram criminalizadas, tais como ausência de registro, desacordo com a fórmula, omissão das características de identidade e qualidade, redução do valor terapêutico, procedência ignorada ou aquisição de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente. A pena, por sua vez, foi expressivamente majorada, de um a três anos para dez a quinze anos de

reclusão na modalidade dolosa, e, de dois a seis meses para um a três anos de detenção na modalidade culposa.

De igual modo, as penas previstas nos art. 274 (emprego de processo proibido ou de substância não permitida), 275 (invólucro ou recipiente com falsa indicação), 276 (produto ou substância nas condições dos dois artigos anteriores) e 277 (substância destinada à falsificação) foram aumentadas para um a cinco anos de reclusão, quando antes eram de um a três meses de detenção, com exceção do último tipo que era de seis meses a um ano de detenção.

i) Outros retratos da inflação legislativa

i.1) Lei n. 9434, de 4 de fevereiro de 1997: Criminaliza diversas condutas em face do anunciado propósito de fazer respeitar a regulamentação conferida à remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Dentre os tipos penais criados, destaca-se: “remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei” (pena de dois a seis anos de reclusão e multa, de 100 a 360 dias-multa); “comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano” (pena de três a oito anos de reclusão, e multa, de 200 a 360 dias-multa); “realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei” (pena de um a seis anos de reclusão, e multa, de 150 a 300 dias-multa); “recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei” (pena de seis meses a dois anos de reclusão, e multa, de 100 a 250 dias-multa); “realizar transplante ou enxerto em desacordo com o disposto no art. 10 desta Lei e seu parágrafo único” (pena de seis meses a dois anos de detenção); “deixar de recompor cadáver, devolvendo-lhe aspecto condigno, para sepultamento ou deixar de entregar ou retardar sua entrega aos familiares ou interessados” (pena de seis meses a dois anos de detenção); e “publicar anúncio ou apelo público em desacordo com o disposto no art. 11” (pena de multa de 100 a 200 dias-multa).

Consta, ainda, na forma qualificada a seguinte previsão: “§ 1º - Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 100 a 150 dias-multa; § 2º - Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido: I - incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; II - perigo de vida; III - debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV - aceleração de parto: Pena - reclusão, de três a dez anos, e multa, de 100 a 200 dias-multa. § 3º - Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido: I - incapacidade permanente para o trabalho; II - enfermidade incurável; III - perda ou inutilização de membro, sentido ou função; IV - deformidade permanente; V - aborto: Pena - reclusão, de quatro a doze anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa. § 4º - Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta morte: Pena - reclusão, de oito a vinte anos, e multa de 200 a 360 dias-multa.

i.2) Lei n. 9437, de 20 de fevereiro de 1997: além de instituir o Sistema Nacional de Armas – Sinarm e estabelecer condições para o registro e para o porte de arma de fogo, procede a criminalização das seguintes condutas, dentre outras “possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, “omitir as cautelas necessárias para impedir que menor de dezoito anos ou deficiente mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade, exceto para a prática do desporto quando o menor estiver acompanhado do responsável ou instrutor”, “utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrém, para o fim de cometer crimes”, “disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que o fato não constitua crime mais grave” (pena de um a dois anos de detenção e multa).

Prevê, ainda, diversas condutas na forma qualificada, com a seguinte redação: “§ 2º. A pena é de reclusão de dois anos a quatro anos e multa, na hipótese deste artigo, sem prejuízo da pena por eventual crime de contrabando ou descaminho, se a arma de fogo ou acessórios forem de uso proibido ou restrito. § 3º. Nas mesmas penas do parágrafo anterior incorre quem: I - suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou

artefato; II - modificar as características da arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito; III - possuir, deter, fabricar ou empregar artefato explosivo e/ou incendiário sem autorização; IV - possuir condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. § 4º. A pena é aumentada da metade se o crime é praticado por servidor público.”

- i.3) Lei n. 9609, de 19 de fevereiro de 1998: na declarada expectativa de proteger a propriedade intelectual de programa de computador e sua comercialização no País, criminaliza diversas condutas, tais como “violar direitos de autor de programa de computador”, “vender, expor à venda, introduzir no País, adquirir, ocultar ou ter em depósito, para fins de comércio, original ou cópia de programa de computador, produzido com violação de direito autoral” (pena de seis meses a dois anos de detenção e multa).
- i.4) Lei n. 9613, de 1º de março de 1998: criminaliza as condutas de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores provenientes, direta ou indiretamente, de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins, terrorismo, contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção, extorsão mediante seqüestro, atos contra a Administração Pública e o sistema financeiro nacional e praticados por organização criminosa (pena de três a dez anos de reclusão e multa). Além disso, estabelece a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos nela previstos e cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF.
- Prevê, de igual modo, a redução da pena de um a dois terços e o início do seu cumprimento em regime aberto, além da possibilidade de o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.
- i.5) Lei n. 9807, de 13 de julho de 1999: estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção às vítimas e às testemunhas de crimes que estejam coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de

colaborarem com a investigação ou processo. Além disso, institui o programa federal de assistência a vítimas e a testemunhas ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

Preconiza a lei que a proteção concedida pelos programas e as medidas dela decorrentes poderá ser dirigida ou estendida ao cônjuge/companheiro e familiares, não se aplicando aos indivíduos cuja personalidade ou conduta seja incompatível com as restrições de comportamento exigidas pelo programa, aos condenados que estejam cumprindo pena e aos indiciados ou acusados sob prisão cautelar em qualquer de suas modalidades. Prevê, ainda, que os programas, dirigidos por um conselho deliberativo (formado por Representantes do Ministério Público, do Poder Judiciário e de órgãos públicos e privados relacionados com a segurança pública e a defesa dos direitos humanos), compreenderão, dentre outras, as seguintes medidas aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso: segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos; transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; preservação da identidade, imagem e dados pessoais; ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou inexistência de qualquer fonte de renda; suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar; apoio e assistência social, médica e psicológica; sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida; e, finalmente, apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.

Prometendo também proteção aos réus colaboradores, prevê citada lei que o juiz poderá "de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais co-

autores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.”

Estabelece causa especial de diminuição da pena, de um a dois terços, para o “indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a sua investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime (...)”

Por fim, determina a aplicação em “benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, de medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva”.

- i.6) Lei n. 9983, de 14 de julho de 2000: acrescenta aos tipos penais previstos no Código Penal diversas condutas relacionadas à apropriação indébita previdenciária, valendo-se do exercício de controvertida técnica legislativa ao incorporar novos artigos sem alterar a seqüência da numeração respectiva, para o que acopla ao artigo uma letra (a exemplo do artigo 168-A). Criminalizou-se, pois, as seguintes condutas: “deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional” (pena de dois a cinco anos de reclusão, e multa), incorrendo nas mesmas penas quem deixar de “recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à Previdência Social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público”; “recolher contribuições devidas à Previdência Social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços”; “pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela Previdência Social.”

Ainda, embora evidente a utilização do poder intimidatório do Direito Penal, esboçou-se a intenção de aparentar a pretensa exclusão da sua intervenção quando se previu a extinção da punibilidade para o caso em que o agente, espontaneamente, declarar, confessar e efetuar o pagamento das contribuições, importância ou valores e prestar as informações devidas à Previdência Social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal. Nessa mesma diretriz, facultou-se ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a

de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela Previdência Social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. Entre outras condutas, criminalizou-se: a) a inserção de dados falsos em sistema de informações (art. 313-A); b) a modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações (art. 313-B); c) a sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A).

Em linha de conclusão, cumpre reconhecer que a estratégia político-criminal brasileira está orientada pelas exigências do capital monopolista, em torno das quais se edifica a matriz oculta levada a efeito com sucesso pelo Direito Penal através do exercício de sua função marcadamente simbólica. Tal estratégia, a seu turno, é assim baseada:

“a) sobre a máxima efetividade do controle social das formas de desvio disfuncionais ao sistema de valorização e de acumulação capitalista (delitos contra a propriedade e desvio político), compatível com a medida mínima de transformação do próprio sistema; b) sobre a máxima imunidade assegurada a comportamentos socialmente danosos e ilícitos, mas *funcionais* ao sistema (poluição, criminalidade política, conluio entre órgãos do Estado e interesses privados) ou que exprimem só contradições internas aos grupos sociais hegemônicos (certas formas de delitos econômicos relativos à concorrência e ao antagonismo entre grupos capitalistas, no caso em que as relações de força entre eles não permitem o predomínio de uns sobre outros).” (BARATTA, 1997, p. 153).

CONCLUSÃO

A investigação desenvolvida através da presente pesquisa desnudou o caráter falacioso que se esconde por trás da feição atraente com que se apresenta o discurso oficial sustentado pelo Direito Penal. Este, por sua vez, se vale de conjecturas retóricas para justificar seus objetivos declarados, muito embora outros completamente diversos, senão opostos, sejam perseguidos através do modo operacional pelo qual efetivamente agem seus agentes no âmbito das instituições respectivas.

O discurso oficial é elaborado com base na principal premissa de que o Direito Penal se devota ao objetivo de controlar a criminalidade, via pela qual realiza a meta de buscar assegurar a paz social. Para tanto, os argumentos são delineados com respeito à visão humanitária, capaz de render sua melhor aceitação, já que preconiza o respeito ao ser humano, quer enquanto vítima (quando trata da proteção dos bens jurídicos), quer enquanto delinqüente (quando invoca sua recuperação e harmônica reintegração social).

Noutro passo, por meio da infusão incontrolada de fatos aterradores, a mídia contribui decisivamente para a configuração de um preocupante cenário social, onde a violência assume proporção cada vez maior em face do noticiado aumento dos índices da criminalidade. Uma vez disseminada a sensação de medo, a sociedade – mobilizada através dos movimentos de lei e ordem – passa a advogar medidas repressivas de extrema severidade como condição indeclinável para a consecução da paz, via pela qual invoca a maior e mais repressiva intervenção do Estado.

Ao atribuir ao Estado a responsabilidade pela solução do problema criminal aventado, a sociedade culmina por outorgar ao Direito Penal a perseguida legitimidade, garantindo sua sustentação – não obstante seja reconhecida sua inadimplência em relação às promessas que proclama realizar.

Afinal, é cediço que a segurança prometida pelo Direito Penal nunca foi efetivamente assegurada, pois o resultado de sua seletiva e arbitrária operacionalização não implica na erradicação da violência, ora entendida como lesão aos bens da vida que deveriam merecer a efetiva proteção do Estado. Difere, aquela locução, da categoria em que a dogmática inseriu os bens jurídicos

penalmente tutelados, cujo critério de eleição igualmente se revela desigual e discriminatório.

Observa-se, pois, que a operacionalização do sistema penal ocorre de modo seletivo em todas as suas instâncias oficiais.

Na instância legislativa (criminalização primária), a elaboração da norma se pauta por toda sorte de influências políticas e ideológicas até resultar na definição da conduta que será criminalizada por ferir interesses privilegiados, comportando, em consequência, a repressão do Estado.

A partir disso, na instância policial, responsável pela apuração dos fatos denunciados, expressiva parcela deixa de sê-lo e acaba por ser excluída das estatísticas oficiais, constituindo a denominada cifra negra - ou porque envolve fatos que não foram levados ao conhecimento daquela autoridade, ou porque, em tendo sido, não contaram com a pertinente investigação.

Também na instância judiciária (criminalização secundária), se revela a atuação discriminatória do sistema quando a norma é aplicada aos casos concretos, diferenciados segundo critérios ideológicos que contaminam o mito da igualdade.

Por fim, na instância penitenciária a situação de inadimplemento se repete em relação às promessas anunciadas, a uma porque as reformas legislativas jamais se fizeram acompanhar do mínimo investimento no complexo prisional com vista às adaptações estruturais requeridas, e, a duas, porque nunca houve empenho na realização do objetivo alusivo à ressocialização do indivíduo criminalizado.

Logo, vislumbra-se evidente incoerência entre a efetiva operacionalização do mecanismo punitivo oficial (Polícia – Ministério Público – Poder Judiciário – Órgãos da Execução Penal) e a versão que sobre ele apresenta o discurso jurídico-penal dominante, o qual não exita em render glórias ao Direito Penal muito embora tenha consciência de que este não pode e não quer cumprir de modo efetivo as promessas que declara.

Não obstante isso, o Direito Penal vem se consagrando ampla e gradativamente no meio social, donde a todo tempo ecoam vozes clamando pela crescente intervenção, sob a explícita incitação da mídia.

Cria-se, assim, um contexto social propício à efetivação de manobras legislativas ditadas por fórmulas políticas ao sabor dos mais diversos e inconfessados interesses (de partidos, de classes sociais, profissionais, etc.).

Desse modo, em detrimento da vertente minimalista ou garantista que usualmente invoca, o Direito Penal tem revelado cristalinamente postura de extremo intervencionismo e recrudescimento. Sob esse enfoque, se delinea, pois, o desenvolvimento de uma lógica dicotômica que, de igual maneira, exhibe marcante funcionalidade notadamente no plano retórico por assegurar a melhor aceitabilidade e conseqüente consagração do discurso respectivo.

Ao edificar no meio social a aparente noção de que o exercício do poder repressivo do Estado vem propiciando a necessária segurança em face da alarmante onda de criminalidade – muito embora a rigor cumpra promessas diametralmente opostas àquelas declaradas - o Direito Penal demonstra desempenhar, de modo efetivo e com sucesso, marcante função simbólica, a qual, por sua vez, lhe rende revigorada sustentação.

Tal observação é formulada através da crítica leitura da ação programadora da política criminal brasileira, observada desde a reforma penal de 1.984, cujo perfil tem revelado estreita interação com a matriz ideológica supra aventada, a qual opera de modo oculto impulsionando seus rumos.

É certo que os próprios atores dessa “política como espetáculo” – categoria cunhada por BARATTA (1994, p. 22). – desde o plano legislativo, passando pelo judiciário até alcançar o penitenciário – têm plena consciência do simbolismo da reação projetada pelo Direito Penal, porém isso não admitem oficialmente por força da postura ideológica assumida. À luz disso se justifica a conotação oculta emprestada à função simbólica do Direito Penal quando erigida à condição de matriz confortadora da própria identidade conferida à política criminal. Identidade que lhe atribui feição complexa ao sobrepor sua imagem a outras políticas cujo sucesso de propósitos não logrou, destacando-se a política social que, na perspectiva de oferecer rápidas e milagrosas fórmulas de resposta social, passa então a ser também criminalizada.

Outrossim, tão expressiva é a sustentação alcança pelo sistema penal a partir da operacionalização dessa diretriz lógica e fortemente ideológica, que se extirpam as esperanças lançadas por ZAFFARONI (1991a, p. 221) no sentido de que, no terceiro milênio, ocorra seu desaparecimento e

conseqüente substituição por mecanismos efetivos de solução dos conflitos que não mais se confundam com as ilusões que encobrem um “exercício de poder verticalizador, autoritário e corporativo”.

Afinal, a partir das premissas supra firmadas como resultado da investigação em foco, resultam refutadas todas e quaisquer expectativas de desaparecimento do sistema penal, cujo fortalecimento se concretiza gradativamente através de uma política criminal cada vez mais intervencionista e repressora. Isso se opera, todavia, sem prejuízo da preconização na via discursiva de outros mecanismos de solução dos conflitos (a exemplo das alternativas consensuais idealizadas pelos Juizados Especiais Criminais) e também da preferência à aplicação de outras penalidades que não a prisional (a exemplo do alargamento do campo de atuação das penas alternativas segundo a nova redação conferida ao art. 44 do Código Penal).

De todo modo, diagnosticado o exercício de função simbólica pelo Direito Penal, importa admitir que, de modo oculto porém consciente, esta vem servindo de matriz norteadora dos rumos adotados pela política criminal brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A construção social dos conflitos agrários como criminalidade. In.: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). Introdução crítica ao estudo do sistema penal: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado. Florianópolis : Diploma Legal, 1999. p. 23-52.

_____. A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.

_____. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da *vitimação* feminina? Revista Sequência. Florianópolis, n. 33, p. 87-114, dez. 1996.

_____. Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1996.

_____. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. Revista Sequência. Florianópolis, n. 30, p. 24-36, jun. 1995.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo - aspectos. In.: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (Org.). Sistema Penal Para o Terceiro Milênio: atos do colóquio Marc Ancel. 2.ed. Rio de Janeiro : Revan, 1991. p. 65-79.

ARDAILLON, Danielle e DEBERT, Guita Grin. Quando a vítima é mulher. Análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento e homicídio. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher/Ministério da Justiça, 1987.

AZEVEDO, Jackson Chaves de. Reforma e "contra" reforma penal no Brasil. Florianópolis : OAB, 1999.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro : Revan, 1997.

_____. Defesa dos direitos humanos e política criminal. Discursos Sediciosos. Rio de Janeiro, n. 3, p. 57-69, jan./jul. 1997a.

- _____. Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma Teoria do Bem Jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 5, p. 05-24, jan./mar. 1994.
- _____. Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. Penal y Estado - función simbólica de la pena. Barcelona, n. 1, p. 37-55, set./dez. 1991.
- _____. Criminologia crítica e política penal alternativa. Revista de Direito Penal. Rio de Janeiro, n. 23, p. 7-21, jul./dez. 1978.
- BASOCO, Juan Terradillos. Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal. Penal y Estado - función simbólica de la pena. Barcelona, n. 1, p. 9-22, set./dez. 1991.
- BASTOS, João José Caldeira. Curso crítico de Direito Penal. Florianópolis : Obra Jurídica, 1998.
- BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro. Rio de Janeiro : Revan, 1990.
- BERISTAIN, Antonio. Derecho Penal y Criminología. Bogotá : Colombia, 1986.
- BISSOLI FILHO, Francisco. Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis : Obra Jurídica, 1998.
- BRASIL. Governo Federal. Plano Nacional de Segurança Pública. 2000.
- CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro: Lei n. 7.492, de 16/6/86. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- _____. O controle da legalidade na execução penal: Reflexões em torno da jurisdicionalização. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.
- CASTRO, Lola Aniyar de. Criminologia da reação social. Tradução de Estér Kosowsky. Rio de Janeiro : Forense, 1983.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Reforma penal – 10 anos. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 3, p. 130-137, jul./set. 1993.

CERVINI, Raul. Incidencia de las “mass media” en la expansión del control penal en Iatioamérica. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 5, p. 37-54, jan./mar. 1994.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Reforma penal pontual. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 20, p. 407-409, out./dez. 1997.

COHEN, Stanley. Visões de control social. Barcelona : Promociones y Publicaciones Universitarias PPU, 1988.

CHRISTIE, Nils. A indústria do controle do crime. Tradução de Luis Leiria. Rio de Janeiro : Forense, 1998.

DELMANTO, Celso *et al.* Código penal comentado. 5.ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

DIAS NETO, Theodomiro. Segurança pública: um conceito a ser repensado. Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, n. 58, p. 12, set. 1997.

DREIFUSS, René Armand. Política, poder, Estado e força: uma leitura de Weber. 2.ed. Petrópolis : Vozes, 1993.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3.ed. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1999.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: história da violência nas prisões. Tradução de Lígia M. Pondé Vassallo. 9.ed. Petrópolis : Vozes, 1991.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: parte geral. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. 3.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. Crimes contra a natureza. 6.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 8, p. 41-51, out./dez. 1994.

_____. Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Pena y Estado: función simbólica de la pena. Barcelona, n. 1, p. 23-36, set./dez. 1991.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas perdidas: o sistema penal em questão. 2.ed. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro : Luam, 1997.

JESUS, Damásio de. Direito Penal. 18.ed. São Paulo : Saraiva, 1994. v.1

LAKATOS, Eva Maria e MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos de Metodologia Científica. São Paulo : Atlas, 1985.

LARRAURI, Elena. Control informal: las penas de las mujeres. In.: LARRAURI, Elena (Comp.) Mujeres, Derecho Penal y Criminología. Madrid : Siglo XXI, 1994. p. 1-16.

LEAL, João José. Curso de Direito Penal. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris/FURB, 1991.

MARTEAU, Juan Felix. Práticas punitivas: um pensamento diferente. Uma entrevista com o abolicionista penal Louk Hulsman. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 14, p. 13-26, out./dez. 1996.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 16.ed. São Paulo : Atlas, 2000. v. 1.

_____. Execução Penal: comentários à Lei n. 7.210, de 11/07/84. 5.ed. São Paulo : Atlas, 1992.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Censo Penitenciário Nacional de 1994 (Resumo do quadro indicador do censo). Brasília, 1994.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Censo Penitenciário Nacional de 1995 (Quadro geral de informações). Brasília, 1996.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal: introdução e parte geral. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1.

OLIVEIRA, Juarez (Org.). Código Penal. 32.ed. São Paulo : Saraiva, 1994.

PASOLD, Luiz Pasold. Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. Florianópolis: OAB/SC, 1999.

PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes (Org.). Juizados Especiais Criminais: interpretação e crítica. São Paulo : Malheiros, 1997.

RIZZARDO, Arnaldo. Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.

SALLES, Carlos Alberto de. Reforma penal e nova criminalidade. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 12, p. 101-117, out./dez. 1995.

SÁNCHEZ, Maurício Martinez. El problema social. "Sistema penal": el sistema acusado por los abolicionistas. In.: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (Org.). Sistema Penal Para o Terceiro Milênio: atos do colóquio Marc Ancel. 2.ed. Rio de Janeiro : Revan, 1991. p. 44-64.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Jurisprudência Catarinense – Compact Disc. Florianópolis, v.2, 1990/1999.

SANTOS, Gerson Pereira dos. Do passado ao futuro em Direito Penal. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1991.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). Introdução crítica ao estudo do sistema penai: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado. Florianópolis : Diploma Legal, 1999.

SHECARIA, Sérgio Salomão. A criminalidade e os meios de comunicação de massas. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 10, p. 135-143, abr./jun. 1995.

SILVA, Evandro Lins e. De Beccaria a Filippo Gramatica. In.: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (Org.). Sistema Penal Para o Terceiro Milênio: atos do colóquio Marc Ancel. 2.ed. Rio de Janeiro : Revan, 1991. p.17-43.

TERRA, Willian de Oliveira. Inovação legislativa em matéria penal: uma delicada solução no combate ao delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 12, p. 201-205, out./dez. 1995.

VILLEGAS, Mauricio García. La eficácia simbólica del Derecho: examen de situaciones colombianas. Colombia : Uniandes, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 2.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

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

_____. El sistema penal en los países de América Latina. In.: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (Org.). Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel. 2.ed. Rio de Janeiro : Revan, 1991a. p. 221-236.