



**Universidade Federal do Rio de Janeiro
Instituto de Filosofia e Ciências Sociais
Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia**

Penas e Alternativas:

**Um estudo sociológico dos processos de agravamento das penas e de
despenalização no sistema de criminalização brasileiro (1984-2004)**

NALAYNE MENDONÇA PINTO

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia –PPGSA do Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Doutor em Ciências Humanas (Sociologia)

Orientador: Professor Doutor Michel Misse

Rio de Janeiro
Maio de 2006

Penas e Alternativas:

Um estudo sociológico dos processos de agravamento das penas e de despenalização no sistema de criminalização brasileiro (1984-2004)

NALAYNE MENDONÇA PINTO

Orientador: Doutor Michel Misse

Tese de Doutorado submetida ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia, IFCS, da Universidade Federal do Rio de Janeiro –UFRJ, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Doutor em Ciências Humanas (Sociologia)

Aprovada por:

Presidente Prof^o Michel Misse
Professor Orientador

Prof^o Luis Antonio Machado da Silva

Prof^o Roberto Kant de Lima

Prof José Ribas Vieira

Prof^a Elina Pessanha

Rio de Janeiro
Maio de 2006

PINTO, Nalayne Mendonça.

Penas e Alternativas: Um estudo sociológico dos processos de agravamento das penas e de despenalização no sistema de criminalização brasileiro (1984-2004)/ Nalayne Mendonça Pinto. Rio de Janeiro: UFRJ, PPGSA, IFCS, 2006.

IX, 285.; 21x 29,7 cm

Orientador: Michel Misse.

Tese de Doutorado em Ciências Humanas (Sociologia); UFRJ/ Instituto de Filosofia e Ciências Sociais/ Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia, 2006.

Referências Bibliográficas: f. 205-217

1- Penas. 2. Sociologia Criminal. 3. Direito Penal. 4. Cultura jurídica. I. Pinto, Nalayne Mendonça. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia. III. Título

Dedico este trabalho aos meus pais
Oédio e Ledir Neuza

Que estiveram sempre presentes em
todos os momentos. Muito Obrigado pelo
apoio, compreensão, carinho e amor.

AGRADECIMENTOS

Ao meu marido Marcelo pelo amor e apoio em todos os momentos.

À todos os meus familiares que, de diferentes formas, participaram desta caminhada.

Aos meus amigos que, preocupados com o término deste trabalho, sempre me perguntavam: E aí, como vai a tese?

Aos professores e amigos de trabalho da Universidade Candido Mendes e Universidade Veiga de Almeida pelo estímulo constante.

Aos meus alunos e orientandos pelo interesse em discutir comigo este trabalho.

À Haydeé Caruso pela dedicação especial na leitura e pelos comentários durante a elaboração deste trabalho.

Aos amigos especiais que contribuíram para a conclusão deste trabalho Ana Carolina, Luciane Patrício, Cristiano Monteiro, Keitt, Hilaine, Jarcio e Daniele Fialho.

Às secretárias do PPGSA/ IFCS, Claudia e Denise, pela paciência e gentileza no atendimento.

À todos aqueles que foram meus professores no IFCS, desde meu ingresso em 1993, que contribuíram para o meu interesse pela pesquisa sociológica, permitindo que eu me tornasse uma professora e pesquisadora nas ciências sociais.

E finalmente, meu agradecimento especial ao meu orientador Michel Misse, pela orientação segura e o estímulo constante durante as discussões relativas ao desenvolvimento do trabalho.

RESUMO

Penas e Alternativas:

Um estudo sociológico dos processos de agravamento das penas e de despenalização no sistema de criminalização brasileiro (1984-2004)

NALAYNE MENDONÇA PINTO

Orientador: Doutor Michel Misse

Resumo da Tese de Doutorado submetida ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia, IFCS, da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Doutor em Ciências Humanas (Sociologia)

Este trabalho tem como questão principal o dilema contemporâneo entre demandas despenalizantes e penalizantes na sociedade brasileira. O objetivo é analisar a construção dos fatos e discursos que produziram alterações nas leis penais brasileiras nos últimos anos. A pesquisa destaca as alterações realizadas no sistema penal vigente no Brasil a partir da promulgação de leis de endurecimento penal ou que aumentam os tipos penais, produzindo um direito penal de emergência a fim de atender o “clamor público” de combate à violência. Em outro sentido, aponta a introdução, na legislação penal, de tendências internacionais que sugerem a solução alternativa dos conflitos e penas alternativas, como forma capaz de “humanizar o sistema” e permitir que haja tratamento diferenciado para as infrações penais. Estas alterações indicam a convivência de duas ordens legítimas no ordenamento jurídico brasileiro (punitiva e alternativa) que permanecem em tensão permanente; no entanto, o que se verifica como produto final é o aumento da lógica punitiva do Estado Brasileiro, selecionando e encarcerando num ritmo cada vez maior determinados segmentos da população brasileira. A metodologia utilizada foi a análise da construção dos discursos públicos e das representações sociais que resultaram na legislação penal brasileira nas últimas duas décadas. A dualidade discursiva que foi estudada revela lógicas conflitantes presentes na ordem social brasileira produzindo um sistema penal diferenciado para acomodar essas duas lógicas.

Palavras Chave: Penas; Sociologia Criminal; Direito Penal; Cultura jurídica; Penalização; Despenalização.

Rio de Janeiro
Maio de 2006

ABSTRACT

Penalties and Alternatives:

A Sociological study of the aggravation of the penalties and de-penalization in the Brazilian criminalization system (1984-2004)

NALAYNE MENDONÇA PINTO

Orientador: Doutor Michel Misse

Abstract da Tese de Doutorado submetida ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia, IFCS, da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Doutor em Ciências Humanas (Sociologia)

This work focuses the contemporary dilemma between depenalizing and penalizing demands in Brazil. It is aimed at analyzing the construction of the facts and discourses that have produced changes in Brazilian penal law in recent years..The research highlights the changes made in the penal system, upon the promulgation of more strict penal legislation, or legislation that increases the penal types, producing an emergency penal law in order to respond to the “public claim” for the fight against violence. In another sense, it points to the introduction, in the penal legislation, of international tendencies that suggest that alternative solutions for conflicts, including alternative penalties, are possible ways to “humanize the system” and allow a differentiated treatment for penal offenses. These changes indicate the coexistence of two legitimate tendencies in the Brazilian juridical order (the punishing one and the alternative one), which are in permanent tension. However, what remains as a final product is the increase in the punishing logic of the Brazilian state, selecting and arresting in a greater and greater rhythm determined segments of the population. The adopted methodology has been the analysis of the public discourse and the social representations that have resulted in the Brazilian penal legislation in the last two decades. The studied discursive duality reveals conflicting logics that are present in the Brazilian social order, producing a differentiated penal system in order to accommodate these two logics.

Key words: Penalties; Criminal Sociology; Penal Law; Juridical Culture; Penalization; Depenalization.

Rio de Janeiro
Maio de 2006

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1-A PENA COMO UM PROCESSO SOCIAL E HISTÓRICO.....	22
1.1 A QUESTÃO DA LEI E ORDEM NAS CHAMADAS “SOCIEDADES PRIMITIVAS”.....	22
1.2 CONSIDERAÇÕES DA PENA ATRAVÉS DO TEMPO E O PROCESSO DISCIPLINADOR.....	26
1.3 O CRIME COMO OBJETO CIENTÍFICO.....	37
1.4 A BUSCA POR UMA RACIONALIDADE DA PENA.....	40
2- REPRESENTAÇÕES ACERCA DO SISTEMA PENAL: DA CRÍTICA AO SISTEMA PENAL À SUA DEFESA COMO MECANISMO DE CONTROLE SOCIAL.....	47
2.1 CRÍTICA AO SISTEMA PENAL: CONTRIBUIÇÕES DA SOCIOLOGIA E A INCORPORAÇÃO DO DISCURSO SOCIOLÓGICO PELA CRIMINOLOGIA CRÍTICA.....	47
2.2 A EXPANSÃO DO SISTEMA PENAL COMO UMA NOVA IDEOLOGIA DE CONTROLE.....	64
2.3 TOLERÂNCIA ZERO NO BRASIL.....	73
3-LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA: RETRIBUIÇÃO DO CRIME OU REFORMA DO “CRIMINOSO”?.....	80
3.1-BREVE HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA.....	80
3.2-A REFORMA PENAL DE 1984: A PERCEPÇÃO DA PENA COMO REABILITAÇÃO.....	95
3.3 A CRIAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS, A AMPLIAÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS E O ACESSO À JUSTIÇA.....	104
3.3.1 <i>Ampliação das Penas Alternativas</i>	115
4- RECRUDESCIMENTO PENAL.....	128
4.1 A PENA COMO CASTIGO NA LEI DE CRIMES HEDIONDOS - UMA ANÁLISE DOS PROCESSOS SOCIAIS QUE CONDUZIRAM A SUA ELABORAÇÃO.....	129
4.2 LEI CONTRA O CRIME ORGANIZADO: A PERMANENTE EMERGÊNCIA PENAL.....	147
4.3 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: O RECRUDESCIMENTO PENAL DENTRO DOS CÁCERES.....	149
4.4 O ENCARCERAMENTO COMO SOLUÇÃO.....	157
5- LEGISLAÇÃO NEO-CRIMINALIZANTE: A EXPANSÃO DO ESTADO PENAL.....	165
5.1- ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	166
5.2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	169
5.3 O CÓDIGO DE TRÂNSITO.....	172
5.4 LEI DE TORTURA.....	174
5.5 A LEI DE CRIMES AMBIENTAIS	179
5.6 ASSÉDIO SEXUAL.....	182
5.7 SISTEMA NACIONAL DE ARMAS.....	185
5.8 POLÍTICA DE DROGAS.....	193

6- CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	199
7-REFERÊNCIAS.....	205
GLOSSÁRIO.....	218
ANEXOS.....	221
A) Infrações penais de menor potencial ofensivo na Lei 9.0995/95	
B) Infrações penais de menor potencial ofensivo após a Lei 10.259/01	
C) Projetos de Lei apresentados no Congresso Nacional sobre Crimes Hediondos	
D) Tabelas com a legislação neo-criminalizante.	

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como questão principal o dilema contemporâneo entre demandas despenalizantes e penalizantes na sociedade brasileira. O objetivo é analisar a construção dos fatos e discursos que produziram alterações nas leis penais brasileiras nos últimos anos. A pesquisa destaca as alterações realizadas no sistema penal vigente no Brasil a partir da promulgação de leis de endurecimento penal ou que aumentam os tipos penais, produzindo um direito penal de emergência a fim de atender o “clamor público” de combate à violência. Em outro sentido, aponta a introdução, na legislação penal, de tendências internacionais que sugerem a solução alternativa dos conflitos e penas alternativas, como forma capaz de “humanizar o sistema” e permitir que haja tratamento diferenciado para as infrações penais. Estas alterações indicam a convivência de duas ordens legítimas no ordenamento jurídico brasileiro (punitiva e alternativa) que permanecem em tensão permanente; no entanto, o que se verifica como produto final é o aumento da lógica punitiva do Estado Brasileiro, selecionando e encarcerando, num ritmo cada vez maior, determinados segmentos da sociedade brasileira.

As alterações legislativas produzidas foram, em grande parte, movidas pelo aumento da criminalidade e violência urbana, identificados a partir dos anos oitenta. O rápido processo de crescimento das grandes cidades brasileiras, somado a industrialização e ao aumento dos índices de criminalidade levou as ciências sociais a tomarem o estudo da violência como um objeto privilegiado. Muitas foram as pesquisas realizadas nas ciências sociais sobre as causas e reflexos da violência urbana na sociedade brasileira ¹.

¹ MIRANDA, MISSE e KANT de LIMA realizaram um levantamento de toda a produção das ciências sociais sobre violência até o ano de 2000. MISSE, Michel. KANT DE LIMA, Roberto. MIRANDA, Ana

Paixão² observou que nas ciências sociais há um consenso em torno da associação entre processos rápidos de industrialização e urbanização e o incremento das taxas de criminalidade e violência. Processos rápidos de urbanização e industrialização provocam fortes movimentos migratórios concentrando amplas massas (carentes de controle social da família, comunidade e religião) nas periferias sob condições de desorganização social e expostas a aspirações elevadas de inclusão social e consumo.

Já no início do século XX a teoria funcionalista de Durkheim³ destacava que o crime surge também no contexto de sociedades vertiginosamente industrializadas e passando por profundas mudanças sociais, com o conseqüente enfraquecimento e crise dos modelos, normas e pautas de conduta. Seus dois principais postulados são a normalidade e a funcionalidade do crime que não tem origem em nenhuma patologia individual ou social, mas sim no regular funcionamento de toda a ordem social.

No Brasil, os primeiros estudos sociológicos sobre comportamentos desviantes estiveram relacionados aos trabalhos sobre violência, criminalidade e exclusão social. A pobreza, como causa da criminalidade ou do aumento da violência aparece como uma opinião generalizada no imaginário social. Um dos primeiros trabalhos que demonstra essa causalidade espúria foi realizado por Coelho⁴. Segundo ele, a grande maioria dos criminosos são considerados marginais, porque desde a abordagem policial há um estereótipo do infrator pré-determinado. Aparências estereotipadas supõem periculosidade e influem na distinção e no julgamento dos sujeitos incriminados. A criminalização da marginalidade acontece no momento em que comportamentos típicos são atribuídos a certos grupos, e as leis são elaboradas de tal forma que a probabilidade de serem violadas por certos tipos sociais coincidam com a probabilidade imputada a certos roteiros típicos.

Paula Mendes. Violência, criminalidade, segurança pública e justiça criminal no Brasil: uma bibliografia. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, nº 50, 2º semestre de 2000.

² PAIXÃO. Antonio Luiz. Crimes e Criminosos em BH: uma exploração inicial das estatísticas oficiais de criminalidade. In: **Violência e Cidade**. Renato Boschi (organizador). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1980.

³DURKHEIM. Emile. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martins Claret, 2002.

⁴ COELHO. Edmundo Campos. A criminalização da marginalidade e a marginalização da criminalidade. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro. Vol 12, nº 2, abril/junho. 1978.

Os trabalhos de Misse⁵ nos últimos anos vem apontando as explicações distorcidas produzidas sobre a criminalidade urbana, sendo a principal, a correlação de que a pobreza é a causa da criminalidade e da violência. Sua proposta é compreender a violência como um processo social que exige acumulação histórica (a acumulação social da violência) e depende de uma compreensão da construção das categorias criminosas: malandros, marginais e vagabundos.⁶

Machado⁷ ressalta que no Brasil, até os anos 60, a lógica da incorporação aos recursos da cidadania universal foi seletiva e a partir dos anos 70 houve uma paralisação do crescimento econômico causando decadência da ideologia da mobilidade, sem que novas políticas pudessem atender as demandas sociais crescentes. Desde então, a “inclusão seletiva” causou processos de exclusão econômicos e políticos, generalizando as formas de violência, como se fosse um novo ordenamento social.

As garantias dos ideais universais da modernidade distribuídas de forma seletiva, resultaram na “cidadania regulada”⁸; construída sobre base autoritária e corporativista, segregando amplos segmentos da sociedade brasileira. Nos últimos anos, após a abertura política, as desigualdades se mostraram mais evidentes, e apenas uma parcela reduzida da população goza plenamente de seus direitos. A incompletude da modernidade, ou das promessas da modernidade no Brasil resultou numa forma de individualismo “egoísta”, diferente do individualismo normalizado ou moral observado nos países europeus.

Segundo Caldeira⁹ a violência e o desrespeito aos direitos civis constituem uma das principais dimensões do que ela chama, “democracia disjuntiva do Brasil”. Sendo assim, a cidadania brasileira não deve ser pensada como um processo

⁵ MISSE, Michel. **Crime e Violência no Brasil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. (Seus artigos sobre o tema antes dispersos estão agora reunidos nesta publicação, destaca-se o artigo: Cinco teses equivocadas sobre a criminalidade urbana no Brasil)

⁶ MISSE, Michel. Malandros, **Marginais e Vagabundos: a acumulação social da violência no Rio de Janeiro**. Tese de Doutorado. Instituto Universitário de Pesquisado Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1999.

⁷ MACHADO DA SILVA, Luis Antonio. Um problema na interpretação da criminalidade urbana violenta. **Revista Sociedade e Estado**. Volume X, nº 2, jul/Dez.1995.

⁸ O conceito de cidadania regulada é usado por SANTOS, Wanderley Guilherme. et al. A Pós-Revolução Brasileira. In: **Brasil, Sociedade Democrática**. Coleção Documentos Brasileiros. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985.

⁹ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. São Paulo: Ed. 34/ Edusp, 2000.

incompleto, mas sim como disjuntiva, porque embora o Brasil seja uma democracia política e embora os direitos sociais sejam razoavelmente legitimados, os aspectos civis da cidadania são continuamente violados. A autora sugere que o crescimento da violência não pode ser explicado apenas pelas variáveis sócio-econômicas ou de urbanização, nem pelos gastos estatais em segurança pública, mas está relacionado também a uma combinação de fatores socioculturais que culminam na deslegitimação do sistema judiciário como mediador de conflitos e na privatização de processos de vingança, tendências que só podem fazer a violência proliferar.

A ampliação da democracia fez evoluir a experiência da igualdade que, no entanto, não implicou em negar a existência de desigualdades substantivas. Na percepção de Peralva¹⁰ é preciso levar em conta os efeitos da igualdade de condições sobre a consciência coletiva; a força de uma sensibilidade democrática e igualitária empenhou-se em reduzir as distâncias simbólicas que outrora separavam o mundo dos pobres do mundo dos ricos, e os fenômenos de violência são reflexos de nova conflitualidade urbana característica de uma sociedade formatada pelo individualismo de massa.

O individualismo moral que, segundo Elias¹¹, deriva do processo civilizador, tem a função de pacificação das populações, de normalização dos indivíduos aos padrões da sociedade de classe burguesa. A produção do autocontrole consciente do indivíduo visa prevenir transgressões do comportamento socialmente aceitável mediante uma muralha de medos profundamente arraigados, e que operam pelo hábito. O disciplinamento do indivíduo moderno analisado por Foucault derivou da nova distribuição espacial e social da riqueza industrial e agrícola que tornou necessário novos controles sociais. A formação da sociedade disciplinar, da vigilância, do controle e da correção está ligada a certo número de amplos processos históricos, econômicos, jurídicos, políticos e científicos. De uma maneira global, segundo Foucault, pode-se dizer que “as disciplinas são técnicas

¹⁰ .PERALVA, Angelina. **Violência e o paradoxo brasileiro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

¹¹ ELIAS, Norbert. **O Processo Civilizador**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editir. 1994. 2v.

para assegurar a ordenação das multiplicidades humanas e fazem crescer ao mesmo tempo a docilidade e a utilidade de todos os elementos do sistema”.¹²

Este processo dependeu da monopolização do emprego legítimo da violência pelo Estado. A constituição do Estado moderno deve-se a capacidade de centralização do poder e do uso da violência que os países da Europa Ocidental constituíram, e sua legitimidade foi alcançada através de um complexo processo civilizador (ou normatizador). Giddens¹³ propõe analisar este fato a partir do conceito de vigilância, produzida para manter a relação crucial entre o Estado Moderno e a economia capitalista; observa que a vigilância é uma forma de poder monitorado de certos grupos sobre outros, como partes de sistema de dominação fundamentais para o controle da violência e o disciplinamento.

Entretanto, nos países centrais a consolidação do processo civilizador no século XX esteve atrelada à universalização da cidadania através do Estado de Direito e da inclusão dos indivíduos na sociedade industrial e consumidora através do pleno emprego e das políticas sociais do *welfare state*. Porém, a crise econômica do final dos anos setenta afetou as políticas de mercado e acabou por acarretar a nova onda liberal e o desmantelamento das políticas sociais de proteção ao emprego e a qualidade de vida dos cidadãos. Desde então assiste-se a mudanças nas políticas econômicas e sociais através da redução das funções estatais e liberalização de mercados, produzindo exclusão social e marginalização das minorias. Young¹⁴ assinala que, até o final da década de sessenta, o mundo ocidental caminhou para as formas de assimilação, com um modelo de uma sociedade inclusiva, e a partir da modernidade recente a lógica se alterou para se transformar em uma sociedade excludente que separa e exclui. O Estado que incorpora foi substituído pelo mercado que expelle. Segundo o autor, este processo é causado pelas mudanças na base material, pela falta de trabalho e de estabilidade social, resultante da exclusão econômica e social.

Ao contrário dos países que garantiram a plena cidadania, a promessa da inclusão do Brasil na modernidade e da construção de uma ordem burguesa e liberal

¹² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes. 1997. Pg. 180

¹³ GIDDENS, Anthony. **O Estado-Nação e a Violência**. São Paulo: Editora USP. 2001.

¹⁴ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan. 2002

foi durante o século XX parcial e excludente. Amplos setores da sociedade estiveram durante longos anos alijados de direitos fundamentais de uma sociedade democrática. A não universalização da cidadania e a ausência de políticas de inclusão social, com trabalho, educação e direitos sociais foram responsáveis pelo que Machado chamou de inclusão seletiva. O processo de normalização que não se completou produziu um controle sobre as camadas populares, excludente e repressivo, compensando de uma forma violenta o controle social não realizado pelo Estado através da garantia e extensão dos direitos civis, políticos e sociais¹⁵.

A lógica da incorporação dos contingentes que não tinham acesso à cidadania até os anos 60 sustentava altas taxas de crescimento no país, que garantiam as funções integradoras das ideologias de mobilidade social. Para Machado, foi a partir dos anos setenta, que houve uma profunda alteração deste quadro. Por um lado, a paralisação do crescimento e a recessão econômica levaram à decadência das ideologias de mobilidade, que deixam de ser subjetivamente incorporadas pelas populações urbanas. Por outro, o Estado não teve capacidade de desenvolver políticas que atendessem a demandas sociais crescentes, e cada vez mais fragmentadas, e muito menos de sustentar a integração dos setores excluídos. “É porque a crise institucional aflorou à percepção social que se torna possível explicar a conduta criminosa e o crescimento da criminalidade em geral como sendo fenômenos causados pela falência ou ausência do Estado na atualidade”.¹⁶

Os problemas sociais se agravaram com a incorporação da ideologia liberal no discurso público, seguindo a tendência das teorias liberais dos últimos 20 anos adotadas nos países centrais. Todavia o problema maior foi que o Estado do bem-estar nunca se universalizou no Brasil de modo que seu desmantelamento aprofunda as desigualdades históricas existentes. É nesse cenário de desigualdade social e violação de direitos fundamentais que o problema da violência se intensifica

¹⁵ Sobre a forma excludente da construção da cidadania no Brasil ver. CARVALHO. José Murilo. **Cidadania no Brasil**. O longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001

¹⁶ MACHADO da SILVA. Ob. Cit. Pg. 505. De igual modo são importantes. Violência Urbana: Representação de uma Ordem Social. In: **Brasil Urbano**: Cenários da Ordem e da Desordem. Elimar Pinheiro do Nascimento e Irllys Alencar F. Barreira. (organizadores). Rio de Janeiro: Notrya Editora. 1993. e Criminalidade Violenta: por uma nova perspectiva de análise. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba. Nº 13/ Novembro. 1999.

no Brasil, sendo agravado pela sensação de insegurança provocada pela massificação da violência nos meios de comunicação.

A sociedade do risco como analisada por Giddens¹⁷ é produtora de inseguranças e instabilidades, mas também de medo. Como afirma Soares “o medo é parte indissociável do que chamamos insegurança”.¹⁸ A segurança de uma vida tranqüila com trabalho e previdência e um Estado protetor foi substituída pela ameaça constante do desemprego, pelo sub-emprego e pela instabilidade de uma época que está em constante transformação. A segurança ontológica do indivíduo perdeu seu referencial na medida em que, na modernidade recente tudo é flexível e passageiro.

Os meios de comunicação contribuem para a difusão do medo e da insegurança, expondo de forma teatral uma sociedade violenta e desordenada. Alguns programas de televisão expõem cotidianamente imagens de violência como forma de chocar e representar a realidade comum. Como se todos aqueles fatos violentos ocorressem continuamente em todos os cantos do país; a banalização¹⁹ do mal faz com que a violência ganhe um status “destino nacional”. Soares analisou a cultura do medo e a carga simbólica política e ideológica reproduzidas pela mídia a partir dos fatos ocorridos na década de noventa no Rio de Janeiro (arrastão, chacinas) e que culminaram com a intervenção²⁰ do exército nas favelas cariocas.

A forma teatral que os programas de televisão sobre criminosos e suas trajetórias de vida se apresentam constroem uma lógica interativa com a população convidando o telespectador a participar da caçada aos criminosos e contribuir para a eliminação do crime na sociedade. Os apresentadores desses programas fazem pregações moralistas e conservadoras que variam do linchamento simbólico de políticos a defesa da pena de morte para os criminosos²¹. O quadro de pânico e

¹⁷ GIDDENS. Anthony. **As Conseqüências da Modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

¹⁸ SOARES. Luiz Eduardo. Segurança Pública e Gestão de Risco. **Cadernos de Direito Feso**. Ano III. Nº 5. Teresópolis. 2002.

¹⁹ Bourdieu faz uma análise dos meios de comunicação e da sua produção seletiva e homogeneizadora. BOUDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editar, 1997.

²⁰ SOARES. Luiz Eduardo. **Violência e Política no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996. Pg. 246

²¹ O trabalho de Edílson Silva analisa a construção dos esteriótipos e o forte apelo punitivo nos programas policiais na televisão (o traficante “bicho solto”, o assaltante “mão-na-bunda”, os “filhotes do capeta”, os “margirinhas”, os “pilantras”, a “turma do fumacê”; são exemplos das categorias mapeadas). SILVA. Edílson Macio Almeida da. Pra quem tem fraco por programa forte: construção de

fobia que é gerado, vitimiza a sociedade e “a expectativa do perigo iminente faz com que as vítimas potenciais aceitem facilmente a sugestão ou a prática da punição ou do extermínio preventivo dos supostos agressores potenciais”²².

A difusão do medo tem sido um mecanismo indutor e justificador de políticas autoritárias de controle social. O medo torna-se fator de tomadas de posição estratégicas seja no campo econômico, político ou social. Delumaeu²³ dividiu sua história do medo em dois grandes blocos: os medos da maioria e da cultura dirigente. Segundo ele, haviam os medos espontâneos, seguidos por amplas frações da população e os medos cíclicos conduzidos pela Igreja. O autor chamou atenção para o papel dos meios de difusão dos medos, seja através da imprensa, do teatro religioso, das gravuras ou da pregação nas Igrejas. Para ele, há uma relação entre as ondas de difusão e as campanhas de repressão e perseguição.

A repressão dos dias de hoje dirige-se aos excluídos do mercado, aqueles que, segundo Bauman, são o refugio do jogo, os consumidores falhos. Os sem emprego deixaram de ser o exército de reserva da mão-de-obra e a pobreza tornou-se, desse modo, sem destino, precisando ser isolada, neutralizada e destituída de poder. “Seu isolamento em guetos e sua incriminação, a severidade dos padecimentos que lhes são aplicados, a crueldade do destino que lhes é imposto são – metaforicamente falando – todas as maneiras de exorcizar tais demônios interiores e queimá-los em efígie.”²⁴ A produção de “refugio humano”, (seres humanos excessivos) é um produto inevitável da modernização. E um efeito colateral da construção da ordem e do progresso econômico.²⁵

As pessoas supérfluas são tratadas pela “sociedade organizada” como, parasitas, intrusos, acusados de indolência, de viver a beira da criminalidade e de se alimentarem parasitalmente do corpo social. As classes perigosas são assim

esteriótipos e ocorrências policiais no Programa Patrulha da Cidade. **Série Políticas Públicas e Justiça Criminal e Segurança Pública**. Niterói: EDUFF/ISP, 2003.

²² COSTA, Jurandir Freire. **O medo social**. Reflexões para o futuro. Coletânea comemorativa dos 25 anos da Revista Veja. SP. Abril 1993. p. 83-89.

²³ DELUMEAU, Jean. **História do medo no Ocidente: 1300-1800 uma cidade sitiada**. São Paulo: Companhia das letras. 1989.

²⁴ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1998. Pg 57

²⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2005.

redefinidas como classes de criminosos. “E, desse modo, as prisões agora, completa e verdadeiramente fazem às vezes das definhantes instituições do bem estar.”²⁶

É para este “refugio humano” que se direciona o discurso punitivo. O desenvolvimento de um direito penal simbólico encontra terreno fértil em uma sociedade amedrontada pela insegurança, pela criminalidade e pela violência urbana.²⁷ Dessa forma, alargam-se os limites opressivos e reduz-se o direito penal a fins meramente punitivos, resultando num quadro em que a pena de prisão assume ampla “dimensão emergencial”.

Os meios de comunicação de massa geram a ilusão de eficácia da pena e alteram a percepção de perigo social, deslocando atenção, em regra, para a criminalidade violenta. Nem se discute a idoneidade e desnecessidade da sanção penal, ou de sua exacerbação. Tem-se nos discursos de combate ao crime e do aumento das penas, a valorização simbólica do direito penal como solução única e miraculosa para a violência social.

A onda conservadora de defesa da Lei e da Ordem é uma característica das redefinições da missão do Estado, que se retira da arena econômica e afirma a necessidade de reduzir seu papel social e ampliar, endurecendo-a, sua intervenção penal. Na perspectiva de Wacquant, desenvolve-se o Estado penal para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano, aumentando os meios, a amplitude e a intensidade da repressão sobre os pobres. O enfraquecimento do Estado social fortalece e glorifica o Estado penal, criminalizando a miséria e neutralizando seus efeitos nos cárceres.²⁸

A questão social é tratada como uma questão de polícia, com o direito penal sendo o primeiro passo para o enquadramento dos problemas sociais. O tratamento penal dos problemas decorrentes da marginalização e exclusão social

²⁶ Idem, Ibidem. Pg. 55

²⁷ Direito penal simbólico aqui é analisado com base na teoria de Bourdieu, segundo a qual a produção simbólica dos discursos punitivos representam instrumentos de dominação, sistemas simbólicos como estruturas estruturantes. BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

²⁸ WACQUANT. Loic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor. 2001.

tem como conseqüência direta a criminalização das classes populares vulneráveis, que são o alvo prioritário da ação do sistema de controle penal.²⁹ O eficientismo penal é um elemento integrante da crise social e política do mundo contemporâneo, em consonância com uma realidade de frustração pela não concretização das promessas da modernidade. Sua principal característica é a polarização ideológica entre as “forças do bem e as forças do mal”, uma ótica maniqueísta de “combate à criminalidade”, ao “inimigo”.

Assiste-se no Brasil nos últimos anos um crescente endurecimento penal, através de um direito penal de emergência que busca encontrar soluções para o aumento da violência urbana e das desigualdades produzidas pela economia de mercado. O resultado é a promulgação de uma série de novas leis que recrudescem leis penais já existentes ou criam novos tipos penais. A compreensão dos processos de incriminação na sociedade brasileira será realizada neste estudo a partir da abordagem proposta por Misse.³⁰

Segundo o referido autor, o processo de incriminação passa por três etapas. O primeiro momento define-se como Criminalização, que representa a passagem da norma moral para a lei positiva. Em seguida a ocorre a Criminação, processo de construção social do evento como crime e por último, a Incriminação que busca o sujeito do evento e o rotula como criminoso. Seguindo esta definição, para ocorrer o crime é preciso, antes, que “se intreprere o evento como uma transgressão à lei e o crimine, isto é, que o faça passar da condição de transgressão moral para a condição de transgressão à lei, e desta para a esfera do dispositivo estatal de criminação, que iniciará o processo de incriminação pela localização do sujeito-autor e seu indiciamento”.³¹

No entanto, o que Misse destaca é que o processo de incriminação é marcado pelo que ele chama de sujeição criminal. Esta se define pela inversão do processo; quando a construção do crime e da incriminação é realizada a partir da construção de certos “tipos sociais”, determinados a partir de esteriótipos sociais.

²⁹WACQUANT. Loic. **Punir os pobres. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro : Revan, 2003

³⁰ MISSE, Michel. **Malandros, Marginais e Vagabundos**: Ob. Cit.

³¹ Idem. Ibidem. Pg. 63

A sujeição criminal ocorre no processo social que constrói identidades e as identifica como fazendo parte do mundo do crime. Há uma sujeição criminal quando há reprodução social de “tipos sociais” representados como criminais ou potencialmente criminais. Neste sentido, situação sócio-econômica, cor, nacionalidade ou naturalidade, faixa etária, gênero, filiação, religião, escolaridade, regularidade de emprego e muitas outras dimensões (maneiras de vestir, andar, falar) servem socialmente para estratificar, diferenciar e construir esteriótipos de identidades sociais e são mobilizadas pela representação social para distinguir indivíduos suspeitos. Ressalta-se, que os recursos à disposição na maioria dos tipos suspeitos subordinam sua sujeição criminal à pobreza urbana e aos seus signos sociais, demarcando uma seleção social do crime, que não foi a polícia quem inventou, mas a sociedade.

A forma seletiva que opera o sistema de justiça criminal também é destaque nos trabalhos de Zaffaroni³². Os esteriótipos criados pelo imaginário coletivo associam à determinados tipos sociais todas as cargas negativas existentes na sociedade sob a forma de preconceitos, fixando uma imagem pública de delinqüente. A seletividade atinge os indivíduos que têm baixas defesas, os vulneráveis, aqueles cujas características (etnia, classe social, gênero, faixa etária, raça etc.) se enquadram no estereótipo. As agências selecionam os que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinqüentes, prestando-se a criminalização mediante obras toscas.³³. Segundo o mesmo autor, a repressão atua como um sistema injusto, produtor e reproduzidor das desigualdades sociais.

Dessa forma, o que estes trabalhos revelam, é que o sistema penal se direciona sobre as classes ou grupos acima citados: os grupos marginalizados. O poder punitivo seleciona um reduzido número de pessoas, submetendo-os à sua coação, com o fim de impor-lhes uma pena, criminalizando determinados comportamentos comuns aos grupos tidos como “marginais”. É reconhecido que existe uma disparidade entre a quantidade de conflitos criminalizados que realmente acontecem na sociedade, e a parcela que chega ao conhecimento das agências policiais - a cifra oculta. Além disso, agências de incriminação procedem de modo

³² ZAFFARONI, Eugenio Raul. Et al.. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003

³³ Segundo Zaffaroni obras toscas são delitos grosseiros cometidos com fins lucrativos (delitos contra a propriedade e o pequeno tráfico de drogas). Idem. Ibidem. Pg. 47

seletivo e são incumbidas de decidir quem são as pessoas incriminadas e as vítimas protegidas. A seleção não só opera sobre os incriminados, mas também sobre os vitimizados. O estereótipo acaba sendo o principal critério seletivo, daí a existência de certas uniformidades na população carcerária.

A análise contemporânea sobre os processos sociais que definem o comportamento desviante se fundamenta nos estudos realizados pela antropologia social americana. A partir das contribuições dos trabalhos de Goffman e Becker foi possível compreender a definição de crime e desvio como uma construção de rótulos e acusações de uns grupos sobre outros. A noção básica é de que não existem desviantes em si mesmo, mas sim uma relação entre atores (indivíduos, grupos) que acusam outros atores de estarem consciente ou inconscientemente quebrando, com o seu comportamento, limites ou valores de determinada situação social. Sendo assim, os grupos sociais criam o desvio ao estabelecer as regras cuja infração constitui desvio e ao aplicá-las à pessoas particulares, marcando-as como *outsiders*. Sob tal ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa faz, mas sim a consequência da aplicação por outrem de regras e sanções ao “transgressor”. “O desviante é aquele a quem tal marca foi aplicada com sucesso, o comportamento desviante é o comportamento assim definido por pessoas concretas.”³⁴ Nesse processo são utilizados rótulos que servem como estigmas no processo de acusação. Para Goffman o estigma é uma relação formal pela qual são atribuídos comportamentos e expectativas “desacreditados” ao indivíduo que tenha mostrado ser dono de um “defeito, falha ou desvantagem”. Desse modo ele deixa de ser visto como uma pessoa normal e é reduzido a um ser “diferente, estranho e menosprezado”³⁵

Neste sentido, pode-se concluir que as categorias de crime e criminoso não têm existência própria, mas dependem de uma definição a partir de uma realidade construída socialmente. Esta realidade está atrelada a uma série de conjunturas econômicas, políticas, sociais e padrões culturais de cada época histórica e depende de interpretações de processos, acontecimentos e

³⁴ BECKER *apud* VELHO. Gilberto. O estudo do comportamento desviante: a contribuição da Antropologia Social. In: **Desvio e Divergência**. Uma crítica a patologia social. Gilberto velho (organizador). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1974.

³⁵ GOFFMAN. E. **Estigma – la identidad deteriorada**. Buenos Aires: Amarrortu, 1970.

comportamentos ocorridos, que serão definidos, ou não, por diferentes grupos como desviantes/ criminosos. A análise dos discursos dos legisladores brasileiros nos últimos anos permite a compreensão e a construção das definições do crime em circunstâncias sociais específicas.

Thompson ressalta que, sobre a elaboração das normas legais, de um modo geral, o cidadão comum acredita em certas “crenças jurídicas” inculcadas de maneira enfática pela ideologia dominante, como por exemplo, que existe um legislador racional produzindo um sistema jurídico coerente, econômico e preciso; que a ordem jurídica é finalista, justa e protege indistintamente os interesses de todos os cidadãos e que o julgador é axiologicamente, neutro enquanto decide e busca a verdade real. Na verdade a ordem jurídica resulta da atividade humana, e, em uma sociedade complexa e hierarquizada, ditam as leis aqueles que dispõem do poder, de sorte a garantir permanência das desigualdades existentes, ou seja, a ordem jurídica é elaborada por grupos predominantes em termos de poder, com o propósito político de assegurar a conservação do *status quo* sócio-econômico.³⁶

Segundo a perspectiva do referido autor quem faz a lei (legislativo), quem persegue o delinqüente (executivo) e quem condena (judiciário) são os agentes do poder político, sendo assim, crime e criminoso possuem um único substrato real, o político. “No mais *lato* sentido, pode-se afirmar que todos os crimes são crimes políticos, uma vez que todas as proibições com sanções penais representam a defesa de um dado sistema de valores, ou de moral, no qual o poder social prevalente acredita”.³⁷

No caso brasileiro o que este trabalho busca demonstrar é que em paralelo aos discursos punitivos e à produção de uma série de leis de endurecimento penal, assiste-se desde a década de oitenta a introdução de medidas despenalizadoras aplicáveis a crimes considerados de menor potencial ofensivo, visando, através de alternativas penais, humanizar o sistema de penas e agilizar os procedimentos da justiça. A humanidade das sanções é preconizada em diretrizes da Organização das Nações Unidas e em todas as constituições modernas, atentas

³⁶ THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos. O crime e o criminoso: entes políticos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

³⁷ SCHAFFER apud THOMPSON. Idem. Ibidem. Pg. 131.

à dignidade do cidadão e às garantias individuais cristalizadas nos últimos séculos. A Lei de Execuções Penais (1984), a lei de criação dos Juizados Especiais (1995) e a inclusão das penas alternativas (1984 e 1998) representaram uma ampliação no debate sobre as formas seletivas que operam o sistema penal e um fortalecimento do discurso crítico inspirado nos movimentos europeus do direito penal mínimo e do abolicionismo penal.

No entanto, a introdução de soluções alternativas para os conflitos parece não ter alterado os processos de incriminação que sofrem as populações subalternizadas. A tendência despenalizante não se converteu em descriminalizante, e o que vemos além do endurecimento das leis penais, é uma atuação cada vez mais repressiva por parte dos agentes estatais. Como resposta ao forte clamor da mídia e da sociedade por punição “justa”, a polícia, os juízes e promotores respondem com formas severas de punição e segregação. Essa contradição no sistema penal serve, então, para acomodar discursos competitivos que estão presentes na sociedade brasileira.

Há, na verdade, uma dualidade discursiva nos debates sobre o sistema punitivo. Assiste-se no Brasil, nas últimas duas décadas uma ambigüidade no que tange à elaboração de leis penais, que oscilaram em duas tendências completamente divergentes: uma de recrudescimento das leis penais, aliado a uma crescente criminalização de novos comportamentos e outra com o sentido despenalizador e alternativo.

Como demonstrou Roberto DaMatta³⁸ vivemos em uma sociedade relacional, que vive do dilema entre: leis universalizantes, da ideologia igualitária e individualista; e uma estrutura hierarquizada, das relações pessoais e desiguais. Essa contradição se reflete na legislação brasileira, no sistema jurídico dual. O discurso despenalizante e humanitário fortalece a sociedade da igualdade e do respeito aos direitos humanos, mantendo, porém, a lógica classificatória e hierarquizada através da exacerbação das penas, principalmente aumentando a criminalização e a seleção de populações vulneráveis.

³⁸ DAMATTA, Roberto. **Carnavais, Malandros e Heróis**. Para uma sociologia do dilema brasileiro. 6ªed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

Kant de Lima³⁹ afirma que nossa estrutura judiciária é compartimentalizada, portadora de várias justiças, todas incapazes de universalizarem-se, porque funcionam legítima e oficialmente com distintos princípios. Seus trabalhos analisam a convivência paradoxal de dois modelos de ordem pública e social no Brasil; as hierarquias excludentes e hierarquias includentes. No modelo de hierarquias includentes tem-se uma sociedade individualista e igualitária, semelhante a um paralelepípedo. A sociedade se imagina como constituída de elementos substancialmente diferentes, mas formalmente iguais e, portanto, opostos, móveis e intercambiáveis em inúmeras combinações possíveis: os chamados indivíduos. De outro lado nas hierarquias excludentes, a sociedade compara-se a uma pirâmide, ela é feita de segmentos diferentes e desiguais, mas fixos e complementares. As posições são naturais e inevitavelmente desiguais, e para a estrutura ser mantida depende da manutenção de tal desigualdade, da mesma relação de elementos diferentes e desiguais.⁴⁰

Estes dois modelos presentes na ordem social brasileira produzem um sistema penal e punitivo diferenciado para acomodar lógicas distintas: da igualdade e da hierarquia. A contradição na legislação jurídica brasileira dos últimos anos que atuou em sentidos opostos: o endurecimento e aumento das penas e a despenalização de alguns delitos criminais, reflete as contradições existentes no seio da sociedade e reconhece a existência de pessoas substancialmente diferentes; a elas são atribuídas motivações diferentes, conflitos diferentes e uma justiça diferente para cada uma delas.

³⁹ KANT de LIMA, Roberto. A administração dos conflitos no Brasil: a lógica da punição. In: **Cidadania e Violência**. Gilberto Velho e Marcos Alvito (organizadores). Rio de Janeiro: Editora UFRJ/Editora FGV, 1996.

⁴⁰ KANT de LIMA, Roberto. Carnavais, malandros e heróis : o dilema brasileiro do espaço público. In: **O Brasil não é para principiantes. Carnavais malandros e Heróis 20 anos depois**. Laura G. Gomes, Lívia Barbosa e José Augusto Drummond (organizadores). Rio de Janeiro: Editora FGV. 2000.

Sobre a pesquisa

A opção metodológica para a realização deste estudo foi a análise dos discursos construídos em torno dos processos sociais de despenalização e aumento da punição entre os anos de 1984-2004. O foco principal são os discursos públicos não especializados dos legisladores e da imprensa no momento da tramitação e aprovação de determinadas leis, escolhidas como emblemáticas desse processo de legitimação e deslegitimação do direito penal. Também serão analisados os discursos produzidos pelo sistema perito ⁴¹ de justiça criminal, juízes e promotores especialmente envolvidos com as mudanças ocorridas nos últimos anos.

O material utilizado para a análise dos discursos proferidos pelos deputados por ocasião da votação das leis estudadas foi o Diário do Congresso Nacional e o Diário da Câmara dos Deputados. De igual modo, foi analisado material jornalístico dos meios de comunicação impressos⁴² produzidos na época da promulgação das leis com o objetivo de identificar a conjuntura social do momento e verificar posições de formadores de opinião. Finalmente foram realizadas entrevistas com juizes e promotores atuantes na área criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. ⁴³

De acordo com Foucault os discursos são práticas sociais, e como prática torna-se possível se definir as condições de sua produção. Todo discurso tem um contexto em que foi produzido, um conjunto de relações sociais que articulam e regulamentam o discurso. “A linguagem não é um sistema arbitrário; está depositada no mundo e dele faz parte”⁴⁴. Dessa forma Foucault procurou analisar as práticas judiciárias e as representações da “verdade” construídas pela sociedade Ocidental, a fim de compreender como sistema penal nasceu da ligação direta com a formação

⁴¹ O conceito de sistema perito é utilizado por Giddens para se referir a sistemas de excelência, técnica ou competência profissional . GIDDENS. Ob. Cit.

⁴² Os jornais pesquisados foram: Folha de São Paulo, O Globo e Jornal do Brasil. As publicações utilizadas foram de semanas anteriores e posteriores à promulgação de cada lei analisada neste trabalho.

⁴³ Foram realizadas entrevistas com 3 Juizes Criminais, 2 Promotores de Justiça e 1 Procurador de Justiça.

⁴⁴ FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Pg. 47.

de certo número de controles políticos e sociais no momento da formação da sociedade capitalista.⁴⁵

Seguindo esta perspectiva *foucaultiana* o que se pretende neste estudo é identificar as opções de controle e punição da sociedade brasileira na atualidade, relacionados a toda uma conjuntura política, econômica e social de produção do medo e do risco nos últimos anos. O processo legislativo deve ser analisado como produção social de uma realidade, onde os atores sociais ali inseridos já estão fortemente influenciados por uma realidade “já construída” no âmbito das relações sociais.

Será fundamental para a compreensão da produção legislativa, analisar os discursos com a indexação desse processo em conjunturas específicas que foram determinantes para a promulgação de algumas leis. Parte-se do conceito de indexabilidade, desenvolvido pela etnometodologia, que implica que, toda a linguagem natural deva ser indexada na medida em que seu significado está sempre dependente do contexto de sua própria produção ⁴⁶.

Desse modo, verifica-se que os discursos produzidos sobre as formas de punição relacionam-se a transformações recentes na sociedade brasileira onde o direito penal tornou-se fonte de expectativas para a solução dos grandes problemas políticos e sociais, ante ao fracasso de outras esferas de controle social ou ante a própria ausência de políticas destinadas a garantir prestações públicas essenciais à população. O ponto de partida da pesquisa é que a violência, o crime e o sistema penal fazem parte da política, pois o estudo dos instrumentos de repressão e controle de uma sociedade se remete diretamente ao interior da cultura política desta sociedade.

Dentro deste contexto assiste-se a uma ambigüidade na produção legislativa. Ora ouve-se a defesa de penas alternativas para humanizar a punição e solucionar os problemas dos cárceres, ora assiste-se a uma onda conservadora e repressora capaz de produzir leis violadoras de garantias individuais, do processo penal e dos direitos dos presos já consagradas anteriormente. Como destaca

⁴⁵ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

⁴⁶ IÑIGUEZ, Lupicinio. Os fundamentos da Análise do Discurso. In: **Manual de Análise do Discurso em Ciências Sociais**. Lupicinio Iñiguez (org.) Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

Foucault, quando são as normas que ditam as leis, são os sujeitos da transgressão que estão em questão, mas quando, ao contrário, são as leis que imperam sobre as normas, não se pune o sujeito, mas sua transgressão⁴⁷. Nesse sentido, quando as ondas conservadoras propaladas pela mídia e pelo senso comum clamam por punições mais rigorosas são feitas leis que buscam diretamente os sujeitos a serem encarcerados, mas quando a racionalidade legislativa segue os princípios liberais e humanistas consagrados na constituição não se pune o sujeito, mas o ato praticado visando reparação da transgressão.

Nos discursos estudados, pode-se claramente perceber que a ênfase na transgressão ou no sujeito se relaciona aos processos de normalização anteriormente descritos. Para os normalizados que transgrediram ocasionalmente as regras, a ênfase recai em seus atos e nas formas de reintegração. Mas para aqueles onde a individualização excessiva levou a um não-assujeitamento às normas, os desnormalizados, a transgressão merece vingança e retribuição, neste caso não importa o delito, mas a punição ao sujeito. Neste momento ocorre (ou pode ocorrer) a sujeição criminal, conceituada por Misse, onde a incriminação vai em busca dos sujeitos desafiliáveis, egoístas e, portanto, perigosos.

O quadro a seguir, baseado no trabalho de Misse, busca fazer uma relação entre os processos de criminalização e as ideologias discursivas identificadas no decorrer da pesquisa.

⁴⁷ FOUCAULT. Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002. Pg. 93

CONSTRUÇÃO SOCIAL DOS DISCURSOS PÚBLICOS

Produtores dos discursos	Tendências observadas nos discursos	Processos de construção social do crime
Legislativo	Conflitos de interesses e valores Ora conservador / ora humanitário *	Criminalização Passagem da norma moral para a lei
Jurídicos especializados e operacionais	Acadêmicos = deslegitimam o sistema penal X Operacionais = legitimam o sistema penal	Criminação Construção e classificação social do evento como crime Incriminação Define a autoria do crime
Discurso midiação e opinião pública	Repressivo/ punitivo	Sujeição Criminal Construção Social do sujeito do crime (com base em certos tipos sociais - Incriminação preventiva) Esse discurso pressiona o legislador no sentido de maior rigor e certeza na punibilidade (“clamor público”)

Percebe-se que o legislativo é fortemente impulsionado por campanhas que chegam ao Congresso Nacional, o que acaba permitindo uma oscilação nos discursos produzidos que se alteram ora para um modelo de Estado mais punitivo, ora para um modelo mais liberal e garantidor dos direitos fundamentais, o que reflete diretamente no processo de criminalização. Os entrevistados durante a pesquisa representam o discurso jurídico especializado e operacional; interessante destacar que aqueles que também são acadêmicos criticam a repressão do sistema penal. No entanto, é muito presente entre aqueles que têm o perfil mais operador, uma defesa do sistema repressor. A criminação e a incriminação realizada por eles (como também pela polícia) está condicionada não apenas a “legalidade” do ato como também suas interpretações subjetivas sobre o ato praticado. Por fim os discursos midiáticos, como também da opinião pública, são altamente repressivos e se direcionam aos sujeitos que carregam as marcas da sujeição criminal. A

* Em momentos de “calmaria”, ou seja, períodos sem nenhuma grande demanda por punição, normalmente ocorridos por algum crime que abala a sociedade, o congresso consegue dar racionalidade ao processo e vota leis mais liberais que visam atender as diretrizes internacionais de proteção aos direitos humanos, assim como os Movimentos Sociais de Direitos Humanos e Juristas envolvidos com os movimentos despenalizadores, do direito penal mínimo.

incriminação vai buscar aqueles tipos que são identificados como “perigosos”, realizando uma incriminação preventiva, a partir de um julgamento prévio de quem são os delinqüentes.

A partir deste quadro analítico que orienta a discussão sobre a produção dos discursos, este estudo busca compreender como estes evocam valores éticos e morais que forjam o entendimento da lei na sociedade brasileira. E como constroem a cultura que reprime, institui e administra os instrumentos de repressão institucional, mantendo por um lado, as formas seletivas de punição e o encarceramento como sustentação de uma ordem hierárquica e desigual e por outro a ampliação da despenalização ou do não encarceramento a partir da ampliação da percepção liberal e humanitária sobre o crime e a punição.

Nesse sentido, a introdução deste trabalho buscou situar o debate das ciências sociais sobre a expansão dos processos de criminalização e exclusão social que devem ser compreendidos a luz das ambigüidades e desigualdades existentes na estrutura social brasileira. No entanto, esta tese tem como proposta um diálogo com outros campos do conhecimento que caminham em paralelo com as pesquisas sociológicas. O esforço deste trabalho é realizar um estudo interdisciplinar sobre os processos de criminalização que amplie o debate com outras áreas do conhecimento que recentemente iniciaram um diálogo.

Os próximos capítulos revelam este esforço em realizar um estudo sociológico sobre as penas e a construção da punição na sociedade brasileira, um objeto de estudo privilegiado de outros campos do saber, que neste trabalho se torna objeto de uma tese de sociologia sem deixar de ser um estudo interdisciplinar que dialogue com as perspectivas de análise do direito penal e da criminologia.

O primeiro capítulo apresenta uma resenha histórica sobre as penas nas chamadas “sociedades primitivas”, assim como, nas civilizações conhecidas até chegar à Europa Medieval. O interesse nessa abordagem histórica é revelar a percepção do “direito de punir” como um processo que se explica culturalmente, ou seja, que deve ser compreendido historicamente a partir dos diferentes contextos em que são produzidos.

O segundo capítulo trata das teorias e abordagens que sustentam os discursos punitivos e despenalizadores, e que aparecem direta ou indiretamente na fala dos legisladores e dos operadores do sistema jurídico, como as teorias abolicionistas, do direito penal mínimo, Lei e Ordem, Tolerância Zero, entre outras. Em seguida o terceiro capítulo analisa as mudanças na legislação penal brasileira, iniciando com uma breve contextualização histórica desde o Brasil Império até a Reforma Penal de 1984, ano em que o discurso despenalizador é introduzido em nosso Código Penal. São abordadas, além da reforma de 1984 no Código Penal que introduziu as penas alternativas, a promulgação da Lei de Execuções Penais, a Lei dos Juizados Especiais Criminais e a última ampliação das penas alternativas em 1998.

O quarto capítulo refere-se ao recrudescimento penal promovido com a promulgação da lei de crimes hediondos e suas várias alterações a partir do ano de 1990, e reflete o tratamento dos problemas sociais através de leis penais mais duras e que mantém os condenados mais tempo nos cárceres. São estudadas ainda outras duas leis que aqui também são definidas como leis de emergência que visam solucionar questões pontuais através de novas formas punitivas, são elas: a lei contra o crime organizado e o regime disciplinar diferenciado.

O último capítulo trata de uma série de leis que serão aqui definidas como neo-criminalizantes. Algumas destas leis, ainda que sejam percebidas como um avanço na proteção dos direitos individuais e coletivos da sociedade brasileira em questões aonde não havia legislação de proteção, refletem também um excesso de criminalização de novas condutas. A inclusão destas leis visa identificar a opção pelo tratamento penal para uma ampla gama de questões relevantes na sociedade brasileira, como: relações de consumo, defesa do meio ambiente, defesa da criança e do adolescente, assédio sexual, tortura, porte de armas e uso de entorpecentes. E que conduz a conclusão de que o Estado Brasileiro vem resolvendo seus problemas sociais e econômicos pela via punitiva, pelo excesso de criminalização e encarceramento, revelando-se um Estado Penal.

1- A PENA COMO UM PROCESSO SOCIAL E HISTÓRICO

Importante neste momento sublinhar que a opção no presente capítulo em abordar as formas de punição em algumas “sociedades primitivas” e antigas se explica pelo interesse deste trabalho em demonstrar que a estrutura punitiva em qualquer contexto social deve ser compreendida como um processo cultural, atrelado a uma conjuntura histórica determinada. Dessa forma, o estudo as formas punitivas nas sociedades ocidentais não pode ser feito sem levar em consideração o contexto cultural, econômico, político e social que foram e são determinantes na consolidação de uma forma específica de controle social, e que será de igual modo analisado na sociedade brasileira atual

1.1 A Questão da Lei e Ordem nas chamadas “Sociedades Primitivas”

A teoria política moderna tem por base a concepção de que o Estado é um elemento necessário para garantir a ordem social. De acordo com Thomas Hobbes⁴⁸ os homens no estado de natureza e sem o poder de coerção do Estado estariam sujeitos a uma vida bruta e breve na “guerra de todos contra todos”. A antropologia moderna demonstrou que essa visão não é verdadeira, pois muitas sociedades existiram e ainda existem sem poder centralizado e burocrático ou leis escritas, o que não significa que estas sociedades não tenham regras e mecanismos de controle social e sanções para aqueles que infringem as regras.

Há muitas regras e costumes dentro de qualquer sociedade, que não passam pelo formalismo dos códigos de direito e são obedecidos pela comunidade.

⁴⁸ HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. São Paulo: Martins Claret, 2003. Publicado originalmente em 1651.

É o que Eugen Ehrlich⁴⁹ denominou como direito vivo; organizador dos grupos associativos que emergem dinamicamente das flutuações da vida social. De acordo com H.L.A. Hart⁵⁰ a natureza fundamental do direito é o poder que tem a sociedade de aplicar sanções ou punir uma conduta incorreta. Ele afirmou que em todas as sociedades há regras primárias, que regulam a conduta do indivíduo; e regras secundárias, fórmulas sociais para aplicar sanções àqueles que não obedeceram as regras primárias.

Nesse sentido, Robert Shirley⁵¹ em seu trabalho sobre antropologia jurídica afirma que o direito é fundamentalmente uma série de regras desenvolvidas para permitir que uma sociedade funcione, para solucionar disputas entre indivíduos e grupos e controlar aqueles que ameaçam a ordem, e sendo assim, é um erro afirmar que as sociedades simples e sem Estado não têm leis nem direito.

Em *A Sociedade contra o Estado* Pierre Clastres⁵² afirma que no pensamento recorrente sobre as sociedades simples e sem Estado há um julgamento que dissimula uma opinião, um juízo de valor, considerando-as incompletas e sem policiamento. Segundo ele, a ausência do Estado nas chamadas sociedades primitivas não deriva, como se imagina, de seu baixo nível de desenvolvimento ou de sua suposta incompletude, mas de uma atitude ativa de recusa do Estado, enquanto poder coercitivo separado da sociedade.

Malinowski também chamou atenção para o pensamento de que o estado de selvagem durante muito tempo foi percebido como sinônimo de costumes exóticos, cruéis e excêntricos, com superstições curiosas e práticas chocantes. Porém, um melhor conhecimento dos chamados selvagens teria revelado que os “desejos animais do pagão” eram produtos de uma lei firme e de uma tradição rigorosa, necessários a manutenção da ordem social e emocional destes povos.⁵³

⁴⁹ EHRlich, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Brasília: UNB, 1986

⁵⁰ HART, H.L.A.. The concept of Law. 1961 *apud* SHIRLEY, Robert. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987. pg. 10

⁵¹ SHIRLEY, Robert. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987. Pg. 38

⁵² CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

⁵³ MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e Costume na Sociedade Selvagem**. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003. Este livro foi pela primeira vez publicado em 1926, representou um dos primeiros estudos do “direito primitivo” e foi considerado a base da moderna antropologia legal científica.

As pesquisas antropológicas passaram a revelar que a hipertrofia de regras, e não a falta de leis era característica da vida primitiva. O selvagem passou a ser visto como cidadão obediente à lei de forma “servil e involuntária”, temendo a opinião pública ou os castigos sobrenaturais, revelando um “instinto de grupo”⁵⁴

Malinowski discorda da afirmação de que há uma submissão automática dos selvagens ao costume. Não lhe parece razoável que severas proibições e deveres pesados, impostos por uma autoridade central independentemente de laços pessoais, sejam considerados obrigatórios por um mero “sentimento”. Talvez, segundo ele, seria razoável pensar que os mecanismos de obrigação estariam respaldados em motivos reais, interesses e sentimentos complexos.

A força motivadora por trás das obrigações econômicas e sociais é a “reciprocidade”. Segundo Malinowski, entre os Melanésios a lei que representa efetiva coação social consiste nos arranjos que fazem as pessoas se aterem a suas obrigações. “Entre eles, o mais importante é o modo como muitas transações estão ligadas em cadeias de serviços mútuos”⁵⁵. As regras da lei são consideradas obrigações de uma pessoa e justos direitos da outra, e são sancionadas por um mecanismo social baseado na dependência mútua e realizado através de serviços recíprocos, mas também dependente de um temor da penalidade e uma esperança de recompensa. Dessa forma ele descarta a idéia de que o “sentimento de grupo” seja a única força que assegura a adesão ao costume e que o torna obrigatório e legal.

Outro aspecto relevante nos estudos das comunidades primitivas é a tese de que não existe lei civil entre os selvagens, pois o dogma da rigidez das regras de costume implicou em uma ênfase na lei criminal e uma negação da possibilidade da lei civil. Sidney Hartland⁵⁶ em sua análise sobre a punição, afirma o caráter criminal da jurisprudência antiga, a natureza mecânica, rígida, indireta e involuntária das penalidades aplicadas.

⁵⁴ Malinowski se opõe às opiniões de Rivers, Sidney Hartland e Durkheim de que o costume é a lei para o selvagem e que estes são obedecidos automática e rigidamente por pura inércia. Idem. Ibidem. Pg. 15 e 47.

⁵⁵ MALINOWSKI. Ob. Cit. Pg. 31

⁵⁶ HARTLAND, Sidney. **Primitive Law** apud MALISNOWSKI. Ob.Cit. Pg. 48

Os estudos realizados por Malinowski com os ilhéus das Trobriands negam esta possibilidade e caracterizam a lei civil como a lei formal que rege todas as fases da vida tribal. Ela consiste num conjunto de obrigações consideradas corretas por um grupo e reconhecidas como dever pelo outro, um mecanismo de reciprocidade fundamental para a manutenção da estrutura social. Segundo Malinowski a antropologia negou a existência de arranjos sociais ou motivos psicológicos que fazem o homem primitivo obedecer aos costumes por motivos puramente sociais, quando afirmou que os castigos sobrenaturais, as sanções religiosas, o tabu e a mágica são elementos da jurisprudência entre os selvagens.⁵⁷

E. Adamson Hoebel, em seu estudo “*The Law of Primitive Man*”,⁵⁸ observa que nas sociedades primitivas, padrões de comportamento e mecanismos institucionais de controle social funcionam como lei. A lei é, então, um aspecto da cultura, produto da experiência e deve ser compreendida como o emprego da força pela sociedade organizada a fim de regular a conduta de indivíduos ou grupos, e dessa forma consiste em estabelecer um conjunto de normas sociais que são mantidas através de sanções “legais”.

Segundo o autor, existem inúmeras formas de coerção, tal como existem inúmeras formas de poder. No entanto, somente alguns métodos e formas são legais. O essencial da coerção legal é a aceitação social da aplicação ou da ameaça do poder físico por parte do grupo ou indivíduo dominante por uma causa legítima. Hoebel assinala que o privilégio do uso da força constitui o elemento oficial da lei. Em última instância, lei é a norma social que possui determinada regularidade, que estabelece como infração determinadas ações sob pena de coerção física pelo grupo dominante.

Os estudos criminológicos e aqueles realizados no campo do direito penal, desconhecendo as pesquisas antropológicas, frequentemente afirmam que as sociedades primitivas só conheceram a vingança como forma de punição; desconsiderando as formas conciliatórias de solução de disputas comuns entre

⁵⁷ MALINOWSKI. Ob. Cit. Pg. 53

⁵⁸ HOEBEL, Adamson. **The Law of Primitive Man**. Cambridge: Harvard University Press, 1967.

alguns povos⁵⁹. Recorrentes trabalhos jurídicos descreveram as sociedades primitivas como violentas e seus homens como vingativos (olho por olho, dente por dente). Segundo essas obras somente o Estado Contratual foi capaz de pacificar as sociedades e gerar leis mais justas.

Ferri reforça esta tese, segundo ele, na humanidade primitiva a justiça penal representa a expressão natural do instinto de conservação individual e coletiva, sendo uma reação contra toda ação que ameaça ou põe em risco as condições de existência. A reação instintiva e primitiva contra as ações criminosas explica-se como vingança defensiva contra o ofensor e constitui não só um direito, mas um dever, imperioso da moral primitiva⁶⁰.

Os estudos realizados em sociedade simples revelaram a complexa rede de coerção e vínculos sociais recíprocos capazes de exercer o controle civil e penal dessas sociedades, negando dessa forma que a *vindita* primitiva representava o único mecanismo de punição e regulação nessas sociedades.

1.2 Considerações da Pena através do tempo e o processo disciplinador

A pena do Talião conhecida em algumas civilizações representava uma medida semelhante de punição para o infrator, “olho por olho, dente por dente”, o castigo a ser imposto deveria ser igual, na sua espécie e na sua intensidade, ao “mal” sofrido pela vítima. Encontra-se o critério talional, quanto a imposição da pena, nos costumes e leis de vários povos antigos, entre eles os assírios, babilônicos e hebreus.⁶¹

Entre os povos do antigo oriente destaca-se também o Código de Hammurábi, considerado o mais antigo que se tem conhecimento. Data

⁵⁹ SHIRLEY, Robert. Ob. Cit. Pg. 48-50 destaca o importante papel do Chefe-da-Paz entre o Cheyennes e do Monkalun (mediador profissional) entre os Ifugao.

⁶⁰ FERRI. Enrico. **Princípios de Direito Criminal**: o criminoso e o crime. Campinas: Russel Editoras, 2003.

⁶¹ Moisés (séc. XIV a. C), o legislador dos judeus segundo o livro de Êxodo cap. 21 versículo 24, 25 e 26, pronunciou “olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé.

provavelmente do período de 2067 a 2025 a.C e nele pode-se encontrar a pena de talião e a composição dos conflitos. Embora conhecido como um código representa um conjunto de disposições casuísticas de ordem civil, penal e administrativa, que não se ocupam de preceitos jurídicos abstratos, mas sim de casos concretos.

Na Índia, o Código de Manu, com origem suposta entre os séculos 12 a 13 antes de Cristo, tem caráter religioso e cultural. No aspecto criminal, a importância das infrações deveriam ser medidas de acordo com a qualidade da pessoa que as pratica e as sofre, tendo em vista que a moralidade e a própria lei estavam subordinadas ao sistema de castas; sendo que à casta sacerdotal era atribuída autoridade proeminente sobre as demais.

No Direito Romano a característica que se destaca é a divisão do direito público e privado. O direito público representava um conjunto de normas relativas aos grupos que compunham a comunidade romana e as suas relações com os deuses, com outros Estados e com os membros da própria comunidade. Já o direito privado compreendia tudo quanto regulasse a situação jurídica dos particulares e as relações de uns com os outros. O direito penal pertencia ao âmbito do direito público, pois os romanos viam nessa parte do direito uma espécie de tutela da pública disciplina, chamada também de disciplina comum.⁶²

O Direito Canônico representou uma adaptação às novas condições sociais, criadas pela transformação do mundo antigo, sob a influência do cristianismo. A Igreja assumiu uma importante função entre as ruínas do Império Romano; infundiu a ordem cristã nos costumes e na organização social, criando um novo direito. A valorização do elemento intencional no crime acarretou a distinção entre pecado e crime (ofensa à vontade de Deus), impondo à justiça penal um excessivo espírito de expiação e penitência. A repressão era exercida em nome de Deus, a fim de regenerar o criminoso pelo arrependimento e purgação da culpa. O pecado representando a morte da alma, a pena, a sua redenção e regeneração⁶³.

Estabelecendo-se como poder temporal, a Igreja passou a assumir poderes soberanos, ensinando que a punição dos crimes é dever do príncipe e o

⁶² MARTINS. José Salgado. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1974.

⁶³ FERRI. Enrico. Ob.Cit.

poder punitivo não pertence aos particulares, e, com isso, a Igreja acabou exercendo por “delegação divina” a repressão dos crimes. Assim, a pena como penitência devia levar o réu ao arrependimento com a confissão da culpa. Dessa maneira, com o processo inquisitório chegava-se a exigir sempre confissão mesmo mediante a tortura, levando a justiça penal aos excessos e as atrocidades das penas.

Antes do aprofundamento da fase inquisitorial, durante a Baixa Idade Média, a indenização e fiança foram os métodos de punição mais utilizados. A ênfase principal do direito criminal residia na manutenção da ordem pública entre iguais em status e bens. Uma reunião solene de homens livres era montada para proceder o julgamento e fazer o culpado pagar ou expiar a culpa, a fim de evitar que uma possível vingança das partes injuriadas não evoluísse para o sangue ou a anarquia. A preservação da paz era a preocupação do direito criminal, como resultado desse método de arbitragem privada, optava-se pela imposição de fianças. As distinções das classes sociais eram manifestadas pelas diferenças nos valores das fianças. A fiança era cuidadosamente graduada, segundo o status social do malfeitor e da parte ofendida. A incapacidade dos malfeitores das classes subalternas de pagar fianças em moeda levou à substituição desta pena por castigos corporais.

No século XV a população urbana cresceu rapidamente, e o número de desvalidos, desempregados e despossuídos se alastrou em todo lugar. O crescimento gradual da reserva de trabalho tornou possível aos senhores de terra baixar o nível de vida dos camponeses sob sua dependência. A exploração das massas depauperadas desse período deu origem às grandes fortunas, já que um suplemento suficiente de força de trabalho estava disponível para os empresários. O crescimento do crime entre setores do proletariado empobrecido, sobretudo nas grandes cidades, levou as classes dirigentes à busca de novos métodos que fariam a administração da lei penal mais efetiva. O sistema de penas, com seu regime duplo de punição corporal e fianças permaneceu imutável⁶⁴.

A criação de uma lei específica para combater delitos contra a propriedade era uma das principais preocupações da burguesia urbana emergente.

⁶⁴ RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

A fiança evoluiu de uma compensação à parte prejudicada para um meio de enriquecimento de juízes e oficiais de justiça. Na prática, a fiança era reservada aos ricos, enquanto o castigo corporal tornou-se a punição para os pobres. O castigo físico começou a crescer consideravelmente, até que finalmente tornou-se não apenas suplementar, mas a forma regular de punição. Execução, mutilação e açoites não foram introduzidos através de uma mudança revolucionária repentina, mas gradualmente se converteram em regra no interior de uma situação que se transformava. Segundo Rusche e Kirchheimer a análise do sistema penal da Baixa Idade Média deixa claro que não havia escassez de força de trabalho, pelo menos nas cidades; dessa forma, como o preço da mão-de-obra baixou, a valorização da vida humana tornou-se cada vez menor.

A Idade Média revelou o longo reinado dos suplícios, dos castigos cruéis e infamantes, do sofrimento físico e da apresentação do espetáculo punitivo, a exposição do sofrimento, orientando o sistema penal pelo ideário de terror e da intimidação. A difusão do processo inquisitório foi acompanhada pela elevação da confissão à rainha das provas e pelo contínuo emprego da tortura para obtenção da confissão⁶⁵. A relação castigo/corpo era a base do direito penal da época, o sofrimento do corpo incircunscrito que produzia a morte-suplício, representava “a arte de reter a vida no sofrimento, subdividindo-a em mil mortes”⁶⁶ a fim de que se possa apreciar, comparar e hierarquizar. Uma liturgia punitiva que deve ser ostentosa, constatada por todos, como um triunfo – a justiça que se impõe.

O suplício tinha uma função jurídico-política; representava uma cerimônia para reconstruir a soberania lesada, pois o infrator, infringindo a lei, lesa a própria pessoa do príncipe. Nesse sentido, Foucault⁶⁷ analisa os métodos punitivos não como simples consequência de regras de direito ou como indicadores de estruturas sociais, mas como técnicas que tem sua especificidade no campo mais geral dos outros processos de poder. A existência dos suplícios se relaciona a um regime de produção em que as forças de trabalho e, portanto, o corpo humano, não tem

⁶⁵ LIMA, Lana Lage da Gama. **Violência e práticas judiciárias: A tortura nas práticas inquisitoriais**. In: VII Encontro Regional da Associação Nacional de História - Núcleo RJ, 1996, Rio de Janeiro. Anais do VII Encontro Regional da Associação Nacional de História - Núcleo RJ. Rio de Janeiro: ANPUH-CCS/UERJ, 1996. p. 63-67.

⁶⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes. 1987. Pg. 31

⁶⁷ Idem. *Ibidem*. Pg.24

utilidade nem valor de mercado que lhes serão conferidos numa sociedade de tipo industrial.

Todavia, o desenvolvimento do mercantilismo e o expansionismo colonial trouxeram consigo o incremento das penas de trabalho forçado, galés⁶⁸, deportação⁶⁹ e degredo. A escassez da força de trabalho levou a burguesia a apoiar e respaldar os trabalhos forçados. A necessidade de expansão marítima e de conquista de novos mercados fez das galeras, pena usual. Assim também, a deportação e o degredo cumpriram papel vital na colonização e em destacamentos militares.

O que Ruche e Kirchheimer destacam é que a partir do século XVI o crescimento demográfico não acompanhou no mesmo nível as possibilidades de emprego. O trabalho tornava-se relativamente um bem escasso. Os capitalistas do período mercantilista podiam obter a força de trabalho somente no mercado livre, através do pagamento de altos salários e garantindo condições de trabalho favoráveis. O início do desaparecimento da reserva de mão-de-obra representou um duro golpe para os proprietários dos meios de produção. O crescimento continuado da indústria requeria a criação de uma grande reserva de força de trabalho. A força de trabalho que o Estado podia melhor controlar era composta de pessoas que exerciam profissões ilegais, como mendigos e prostitutas, forçando-os aos trabalhos em obras públicas com baixos salários. O propósito básico dessas medidas era superar a escassez da força de trabalho sem uma alta nos salários.

⁶⁸ A necessidade de remadores mostrou-se urgente em fins do século XV devido a um estopim de um período de guerras navais entre as potências cristãs e muçulmanas mediterrâneas. Na Espanha Carlos V introduziu esta forma de punição para a maioria dos malfeitores, vagabundos e mendigos. O que é significativo no uso das galés como método de punição é o fato de ser uma iniciativa calcada em interesses puramente econômicos e não penais. A sentença para as galés era o caminho mais racional para obter-se mão-de-obra para um serviço que seria rejeitado por um trabalhador livre, mesmo quando enfrentasse péssimas condições econômicas. RUCHE E KIRCHHEIMER. Ob. Cit. pg. 89

⁶⁹ A Inglaterra foi o primeiro país a introduzir a deportação sistemática de criminosos, um método de punição que se fez necessário devido a expansão colonial. Havia uma carência de força de trabalho nas colônias e a procura por trabalhadores tornou-se problema crescente. Com a introdução da escravidão negra nas últimas décadas do século XVII, a oferta de trabalhadores, aliviou a “fome de trabalho” nas colônias, e a deportação de condenados deixou de ser vantajosa, pois a escravidão negra tendeu a render um lucro maior que o trabalho criminoso, disponível por um período determinado de tempo. RUCHE E KIRCHHEIMER. Ob. Cit. Pg. 93

Nesse período surgiram as primeiras Casas de Correção. A primeira instituição criada com o objetivo de limpar as cidades de vagabundos e mendigos foi a Bridewell, em Londres (1555). Mas foi o modelo das Casas de Correção de Amsterdã o exemplo estudado e seguido em toda Europa. A essência da Casa de Correção era uma combinação de princípios das casas de assistência aos pobres, oficinas de trabalhos e instituições penais. Seu objetivo principal era transformar a força de trabalho dos indesejáveis, tornado-a socialmente útil. Através do trabalho forçado dentro da instituição, prisioneiros poderiam adquirir “hábitos industriais” (disciplina) e, ao mesmo tempo receberiam um treinamento profissional. Uma vez em liberdade, esperava-se, eles procurariam o mercado de trabalho voluntariamente.

A função explícita dessas instituições era reeducar, mas é certo que a possibilidade de lucros foi o motivo decisivo para a sua instituição, pois sob o pretexto de reinserção do condenado, serviam para formar mão-de-obra apta e barata. Foi, na verdade, a possibilidade de lucro o fator decisivo para a instituição das casas de correção.

No antigo sistema, o corpo dos condenados se tornava coisa do rei, sobre a qual o soberano imprimia sua marca; agora ele será um bem social, objeto de uma apropriação coletiva e útil. A detenção se tornou a forma essencial de castigo, ocupando quase todos os campos de punições possíveis. Foucault se pergunta como pôde a detenção se tornar um castigo legal? Suas análises o levam a concluir que a formação durante a época clássica de alguns grandes modelos de encarceramento punitivo como Rasphuis em Amsterdã (1596), propagaram uma pedagogia útil, capaz de reconstituir no indivíduo preguiçoso o gosto pelo trabalho. Assim, a utilização da pena passou a ter sentido em relação a uma possível correção, e a uma utilização econômica dos criminosos corrigidos.

Neste contexto, o protesto contra os suplícios ocorreu em toda parte na segunda metade do século XVIII; entre os filósofos e teóricos do direito, entre juristas, magistrados, parlamentares e entre os legisladores das assembleias. O que discutiam era a necessidade de punir de outro modo; eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado. Em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no

ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo da repressão penal. O afrouxamento da severidade penal foi visto como um fenômeno quantitativo: menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e humanidade. Na verdade, segundo Foucault tais modificações se fazem concomitantes ao deslocamento do objeto da ação punitiva. “Se não é mais ao corpo que se exerce a punição, então é à alma.”⁷⁰

O encarceramento com a finalidade de transformação da alma e do comportamento fez sua entrada no sistema de leis civis. O modelo da Filadélfia, o mais famoso (1790) impôs um trabalho obrigatório em oficinas, ocupação constante dos detentos, custeio das despesas da prisão, mas também retribuição individual dos prisioneiros para assegurar sua reinserção moral e material no mundo da economia.

Importante ressaltar que a partir do século XVIII houve uma diminuição considerável dos crimes de sangue e, de modo geral, das agressões físicas; os delitos contra propriedade começaram a prevalecer sobre os crimes violentos. Com o aumento geral da riqueza, mas também com grande crescimento demográfico, o alvo principal da ilegalidade popular passou a ser não mais em primeira linha os direitos, mas os bens: as pilhagens, o roubo, substituíram o contrabando e a luta armada contra os agentes do fisco. Foucault ressalta que:

“A economia das ilegalidades se reestruturou com o desenvolvimento da sociedade capitalista. A ilegalidade dos bens foi separada da ilegalidade dos direitos. Divisão que corresponde a uma oposição de classes, pois, de um lado, a ilegalidade mais acessível às classes populares será dos bens - transferência violenta das propriedades; de outro a burguesia, então, se reservará a ilegalidade dos direitos: a possibilidade de desviar seus próprios regulamentos e suas próprias leis; de fazer funcionar todo um imenso setor da circulação econômica por um jogo que se desenrola a margem da legislação. Essa grande redistribuição das ilegalidades se traduzirá até por uma especialização dos circuitos judiciários; para as ilegalidades de bens - para o roubo - os tribunais ordinários e os castigos; para as ilegalidades de direitos - fraudes, evasões fiscais, operações comerciais irregulares - jurisdições especiais com transações, acomodações, multas atenuadas, etc.”⁷¹

⁷⁰ FOUCAULT. **Vigiar e Punir**. Ob. Cit. Pg. 18

⁷¹ Idem. Ibidem. Pg. 74

Grandes mudanças estavam ocorrendo, não apenas no campo econômico, mas também no pensamento político e filosófico. O renascimento italiano gerou um intenso debate em torno das teses humanistas, que posteriormente vão se agregar ao pensamento iluminista e racionalista. Novas bases foram atribuídas ao direito e ao Estado, abandonando a concepção da origem divina do Estado. A filosofia racionalista e individualista do século XVIII passou a desenvolver um fundamento humano e social, explicando-os como fruto da razão e da vontade do homem.⁷²

Beccaria, filho intelectual dos enciclopedistas franceses, inaugurou em 1764 uma nova ideologia no direito penal. Consoante com os ideais iluministas, defendeu a necessidade de se atribuir um novo fundamento à justiça penal, um fundamento essencialmente utilitário⁷³, político e limitado pela lei moral. Sua filosofia se inspirou na concepção contratualista de Rousseau, segundo qual a sociedade é fruto de um pacto livre, estabelecido pelos cidadãos que abdicam de uma parcela da sua liberdade e a depositam nas mãos do soberano, cabendo a este punir os atos que atentem contra a sociedade, mas somente na medida em que as restrições à liberdade individual sejam necessárias a conservação do pacto. Todo arbítrio do Estado, além da necessidade deveria ser contido. A jurisdição penal só poderia exercer-se nos limites da lei.

Em seu trabalho, Beccaria salientou que a pena atroz é injusta, odiosa e inútil. Sua crítica aos horrores e as iniquidades da justiça criminal da época lançou as bases de um movimento de contestação, invocando justos parâmetros para o direito de punir, para a humanização da pena e para a supressão da justiça teológica e autocrática então vigente na esfera criminal.

Suas propostas se resumem nas seguintes afirmações: a atrocidade das penas opõe-se ao bem público; as acusações não podem ser secretas; as penas devem ser proporcionais aos delitos; não se pode admitir a tortura do acusado por ocasião do processo; somente os magistrados é que podem julgar os acusados; o

⁷² Entre essas teorias assumiu grande importância a teoria do contrato social, que aparece nos trabalhos de John Locke, Thomas Hobbes e Jean Jacques Rousseau. Esta teoria foi a grande arma do liberalismo político, justificando a legitimidade dos governos, pelo fundamento do poder na vontade livre dos que consentem no pacto social.

⁷³ O princípio utilitarista de Jeremy Bentham considerava que os homens buscam para si o maior prazer e felicidade possível e por outro lado, desejam reduzir e prevenir a sua dor.

objetivo da pena não é atormentar o acusado e sim impedir que ele reincida e servir de exemplo para que outros não venham a delinquir; as penas devem ser previstas em lei; o réu jamais poderá ser considerado culpado antes da sentença condenatória; o roubo é ocasionado geralmente pela miséria e pelo desespero; as penas devem ser moderadas; mais útil que a repressão penal é a prevenção dos delitos; não tem a sociedade o direito de aplicar a pena de morte nem de banimento. E ao concluir sua obra sobre os delitos e as penas Beccaria afirma: “Para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária; a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcional ao delito e determinada pela lei”⁷⁴.

Os protestos contra as formas violentas de punição acabaram por gerar reformas das regras criminais em vários países europeus. O movimento de reforma voltou-se principalmente para o processo criminal e a execução da pena, destacando o caráter de expiação e intimidação desta última. As preocupações também diziam respeito à consagração do processo acusatório em substituição ao sistema inquisitório, ao estabelecimento de uma concepção essencialmente jurídica da justiça penal e ao incremento do fim estatal da pena.

Também foi alvo de censuras as condições a que se submetiam os condenados nos sistema prisional. John Howard, em 1777 criticou a situação deplorável em que se encontravam as prisões inglesas e defendeu a necessidade de criar estabelecimentos penais adequados para que a pena privativa de liberdade fosse cumprida, sem deixar de levar em conta que deveriam oferecer higiene, alimentação a assistência médica e valorização do trabalho como meio de reabilitação. Com este mesmo propósito Jeremy Bentham em 1771 procurou pensar um sistema de controle social de acordo com o princípio utilitarista, assim desenhou o panóptico, um modelo de prisão que permite maior controle, segurança e impede que a proliferação de condições criminógenas nos cárceres⁷⁵.

Importa considerar que, de todas as motivações da nova ênfase no encarceramento como método de punição, a mais importante foi o lucro. A casa de

⁷⁴ BECCARIA. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Claret, 2003. Pg: 107

⁷⁵ Sobre a história das prisões ver trabalho de BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

correção surgiu em uma situação social na qual as condições do mercado de trabalho eram favoráveis para as classes subalternas. Porém essa situação mudou. A demanda por trabalhadores fora satisfeita e, eventualmente, produzia-se um excedente, uma superpopulação relativa. As classes dirigentes não tinham mais necessidade das medidas coercitivas que foram empregadas no período mercantilista. A mudança nas condições sociais transformou em direito o que fora ensinado às massas como sendo sua obrigação, o direito ao trabalho.

O trabalho do condenado passou a ser veementemente atacado pela classe trabalhadora livre e pelos empregadores ao mesmo tempo. A vitória da classe trabalhadora em sua luta pelo direito ao trabalho, encontrou expressão na abolição do trabalho carcerário. A casa de correção caiu em decadência porque outras fontes melhores de lucro foram encontradas. A redução do trabalho carcerário nas últimas décadas do século XIX foi em grande medida resultado da oposição dos trabalhadores livres. Onde quer que as organizações da classe trabalhadora fossem bastante fortes para influenciar as políticas estatais, elas foram bem sucedidas na obtenção da abolição completa de todas as formas de trabalho carcerário causando muito sofrimento aos prisioneiros⁷⁶.

O cárcere tornou-se a principal forma de punição no mundo ocidental no exato momento em que o fundamento econômico da casa de correção foi destruído pelas mudanças industriais. O encarceramento tomou várias formas e gradações, de acordo com a gravidade do crime e a posição social do condenado. As diferenciações de classes no sistema penal não foram abolidas na primeira metade do século XIX. As classes altas ainda não estavam convencidas das vantagens de sacrificar, em nome da ideologia de justiça e igualdade, seus membros cuja oposição não mais poderia ser mantida.

Ao mesmo tempo em que a população carcerária crescia, os governos reduziam o total de investimentos destinados a manter os prisioneiros. Pode-se dizer que nenhuma política nova para lidar com os prisioneiros foi desenvolvida depois da degeneração das casas de correção.

⁷⁶ RUCHE E KIRCHHEIMER. Ob. Cit. pg. 147.

O fim estatal da pena passou a ser o controle social através da disciplina. Os processos disciplinares se desenvolveram por toda a Europa, nos conventos, escolas, oficinas, quartéis e fábricas e se tornaram fórmulas gerais de dominação. Para Foucault a disciplina das indústrias e também das prisões, fabrica corpos submissos e exercitados, corpos “dóceis”. Através de instrumentos como: o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e o exame, o poder disciplinar pode gerar uma vigilância constante e hierarquizada, contínua e funcional, e sua extensão deve sua importância às novas mecânicas de poder, interligado a economia.

Tal como a vigilância e junto com ela, a regulamentação é um dos grandes instrumentos de poder a partir do século XVIII. As marcas que significavam status, privilégios, filiações, tendem a ser substituídas, ou pelo menos acrescida de um conjunto de graus de normalidade, novos padrões de classificação, de hierarquização e de distribuição de lugares. Em certo sentido, o poder de regulamentação obriga à homogeneidade; mas individualiza, permitindo medir os desvios. Dessa forma, o poder da norma funciona facilmente dentro de um sistema de igualdade formal, pois dentro de uma homogeneidade de regras, ele introduz, como um imperativo útil, toda a graduação de diferenças individuais.⁷⁷

A expansão do poder disciplinar gerou também o desenvolvimento do autocontrole, do controle das paixões e impulsos. De acordo com Elias⁷⁸, as sociedades com monopólios mais estáveis da força, que começaram encarnadas nas grandes Cortes, criaram espaços sociais pacificados. Estas sociedades foram aquelas em que a divisão de funções estava mais ou menos avançada (onde as cadeias de ações que ligam os indivíduos são mais longas e há maior a dependência funcional entre as pessoas). Nelas, o indivíduo foi protegido principalmente contra ataques súbitos, contra a irrupção da violência física, mas, ao mesmo tempo, forçado a reprimir em si mesmo qualquer impulso emocional para atacar fisicamente outra pessoa. Ocorreu na modernidade uma mudança civilizadora do comportamento, que exigiu do indivíduo controle incessantemente de seus impulsos emocionais, o auto-controle do comportamento através da internalização de normas, que produziu indivíduos normalizados.

⁷⁷ FOUCAULT. Ob. Cit. Pg. 143, 148.

⁷⁸ ELIAS. Norbert. **O Processo Civilizador**. Vol 1. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. Pg. 198

1.3- O crime como objeto científico

Nos últimos anos do século XVIII e na primeira metade do século XIX, o estudo teórico da justiça penal, que já tinha iniciado procedentes, porém incompletas sistematizações, proporcionou a formação da Escola Clássica Criminal. A chamada escola clássica encontra sua semente de origem na filosofia racionalista e nas idéias políticas que proclamaram os direitos do homem e do cidadão contra a prepotência do Estado Absolutista. As idéias pregadas pelos enciclopedistas e que a Revolução Francesa transformou em bandeira militante, criaram um clima propício à reforma penal.

A obra de Beccaria proclamou a necessidade de se atribuir um novo fundamento à justiça penal: um fundamento essencialmente utilitário, político e limitado pela lei moral. O direito de punir passou a ser fundamentado na responsabilidade moral, pois o homem, tendo liberdade de escolha, deve pagar pela infração de acordo com a extensão do dano causado. Dessa forma, o delito é resultado da livre vontade e liberdade: liberdade e responsabilidade moral (consciência, discernimento).

Um dos postulados da escola definia que o crime não é um ente de fato, mas um ente jurídico, e uma vez que venha ser rompido o contrato existente entre o indivíduo e a sociedade, há de haver uma força coativa e obrigatória da aplicação penal. A pena deve servir como contramotivo do crime, reação e castigo, proporcional ao dano causado, para ser considerada justa.

Em seguida, o desenvolvimento do pensamento positivista, por volta da metade do século XIX, e as diretrizes científicas produziram no pensamento ocidental moderno a ilusão de que todos os fenômenos do universo, como os de natureza física, social, psíquica ou moral, seriam suscetíveis de estudo e solução pelo método empírico. As ciências da natureza, estudadas com o método positivo (experimental – indutivo) tiveram realce, e se refletiram em pesquisas no campo social e jurídico. O homem passou a ser alvo dos pesquisadores em relação a si

mesmo, isoladamente e em sociedade. O crime e o criminoso passaram a ser considerados como um fenômeno de patologia individual e social, interessando à investigação científica do delito, não a sua significação jurídica, mas a sua natureza como fato humano e social. O delito deveria ser estudado fundamentalmente do ponto de vista da antropologia e sociologia.⁷⁹

Dentre aqueles a serem destacados nesta etapa científica, conhecida como antropologia criminal, tem-se César Lombroso⁸⁰, (1835-1909) que dedicou-se à pesquisas das causas naturais do crime, e as fez por meio de estudos biopsicológicos, antropológicos e sociológicos; pesquisas craniométricas⁸¹ de criminosos, compreendendo fatores anatômicos, fisiológicos e mentais. A idéia básica de Lombroso era a existência do criminoso nato, tendo um tipo físico antropologicamente diferente dos outros homens, já nascendo com disposição natural que o impulsiona ao crime. De acordo com seu ponto de vista o delinqüente padece de uma série de estigmas degenerativos comportamentais, psicológicos e sociais: determinismo biológico (fronte esquiva e baixa, grande desenvolvimento dos arcos supraciliais, assimetrias cranianas, fusão dos ossos atlas e occipital, grande desenvolvimento das maçãs do rosto, orelhas em forma de asa, uso freqüente de tatuagem, notável insensibilidade a dor, instabilidade afetiva, uso freqüente de um determinado jargão, altos índices de reincidência, etc.)

⁷⁹ Para construir o seu sistema de análises, a Escola Positiva valeu-se do estudo da história natural do homem criminoso sob os aspectos biológicos e sociais. Era a pesquisa dos elementos causais da criminalidade. E por isso considerado uma ciência natural, o Direito Penal, para Lombroso, constituiu-se em Antropologia Criminal; para Ferri, em Sociologia Criminal; e para Garofalo, em Criminologia. FERNANDES, Newton e FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁸⁰ Publicou em 1876 o Tratado Antropológico Experimental do Homem Delinqüente onde defendeu “a existência do criminoso nato e do tipo antropológico do homem delinqüente”. Sua classificação dos criminosos se subdividia em: 1) criminosos nato; 2) falso delinqüente ou ocasional; 3) criminalóide (o meio delinqüente, o fronteiro). LOMBROSO, César. **O homem delinqüente**. Porte Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

⁸¹ O criador da Frenologia foi considerado Joseph Gaspard Lavater, contudo o anatomista austríaco Johan Frans Gall (1758-1823) foi o precursor das chamadas teorias das localizações cerebrais, ele foi o primeiro estudioso a relacionar a personalidade do delinqüente com a natureza do delito por ele praticado. Segundo Gall as tendências comportamentais se originam de lugares determinados do cérebro, e aquelas mais predominantes ocasionam protuberâncias sobre o crânio em forma de calombos, localizáveis pela simples apalpação. Baer, médico das cadeias de Berlim, em 1893 verificou através de numerosas investigações por ele procedidas, que os ocupantes das cadeias não se distinguem da população não criminoso por qualquer sinal particular e, portanto, o criminoso nato não existe como variedade morfológica da espécie humana. FERNANDES E FERNANDES. **Criminologia Integrada**. Ob. Cit. Pg. 74-82.

Lombroso tirou de seus estudos, conclusões de que contra o criminoso nato, sujeito a seu impulso criminal, que implacavelmente o domina, não caberiam expiações morais ou punições infamantes e a sociedade teria o direito de proteger-se desse tipo de criminoso, até condenando-o à prisão perpétua e só excepcionalmente condenando-o à morte. A importância principal de sua pesquisa não reside na sua tipologia do delinqüente ou em sua teoria criminológica, mas sim no método empírico que utilizou em suas investigações.

Prosseguindo as pesquisas científicas sobre as causas do crime Enrico Ferri, em 1914 publicou sua obra, *Sociologia Criminal*, ressaltando não só os fatores biológicos, como também os sociológicos, além dos físicos, na etiologia delinquencial. O delito, segundo ele, não era produto exclusivo de nenhuma patologia individual, senão, como qualquer outro acontecimento natural ou social, resultado da contribuição de diversos fatores: individuais, físicos e sociais. Distinguiu, assim, fatores antropológicos ou individuais (constituição orgânica do indivíduo, sua constituição psíquica, características pessoais como raça, idade, sexo, estado civil etc.) fatores físicos ou telúricos (clima, estação, temperatura etc.) e fatores sociais (densidade da população, opinião pública, família, moral, religião, educação, alcoolismo etc.). Entendeu que a criminalidade é um fenômeno social como outros, que se rege por sua própria dinâmica.

Ferri não aceitava a liberdade da vontade psíquica do homem e defendia a teoria jurídica da responsabilidade social em substituição à responsabilidade pessoal, afirmando que todos os criminosos, doentes mentais ou não, deveriam ser afastados da convivência social, não como castigo, expiação ou pena, mas como base na segurança geral da sociedade.

Os estudos de Garófalo em 1884 se detiveram na construção da criminologia, como uma ciência da criminalidade, do delito e da pena, defendendo a sua tríplice função de ser uma pesquisa antropológica, sociológica e jurídica. A explicação da criminalidade dada por Garófalo, nega a possibilidade de demonstrar a existência de um tipo criminoso de base antropológica, porém, reconhece a relevância dos dados anatômicos, ainda que negue a interpretação lombrosiana dos estigmas. A principal característica de sua teoria é a fundamentação do tipo criminosos em uma suposta anomalia, não patológica, mas psíquica ou moral,

tratando-se de um déficit na esfera moral da personalidade do indivíduo, de base orgânica, transmissível por via hereditária.

Sobre os fins da pena e sua fundamentação, ressaltou que do mesmo modo que a natureza elimina a espécie que não se adapta ao meio, também o Estado deve eliminar o delinqüente que não se adapta à sociedade e às exigências da convivência. Esta defesa radical da ordem social leva-lhe a aceitar a pena de morte em certas hipóteses, assim como as penas severas. Descartou, pois, a idéia de proporção como medida da pena, do mesmo modo que descartou a idéia da responsabilidade moral e liberdade humana como fundamento daquela. Opôs-se a finalidade correcional ou ressocializadora do castigo, por considerar que o substrato orgânico ou psíquico, inato, que existe na personalidade criminosa impede o atingimento da mencionada finalidade.

Adolphe Quetelet escreveu *Física Social* em 1835, e também de destacou dentro das pesquisas científicas, pois foi o criador da estatística criminal. Baseado em três princípios: a) um delito é um fenômeno social; b) os delitos se cometem ano após ano com total precisão; c) vários fatores influenciam no cometimento do crime, como a miséria, o analfabetismo, o clima etc. Quetelet estabeleceu as chamadas “Leis Térmicas”, procurando demonstrar através da estatística criminal correlações entre o clima e o tipo de criminalidade de cada estação, além de outras pesquisas distinguindo a criminalidade feminina da masculina. O que revela o interesse da pesquisa positivista em produzir dados estatísticos e científicos que comprovassem as origens do crime⁸².

1.4 - A busca por uma racionalidade da pena

É bastante comum no pensamento jurídico penal a afirmação de que a pena justifica-se por sua necessidade, e sem ela não seria possível a convivência em sociedade, pois a pena constitui-se num recurso elementar, ao qual recorre o Estado quando necessário para tornar possível a convivência entre os homens.

⁸² FERNANDES E FERNANDES. *Criminologia Integrada*. Ob. Cit. Pg. 93-100

Sendo assim, destaca-se a utilização argumentativa e prática que o Estado fez do direito penal, isto é, da pena, para regulamentar a convivência dos homens em sociedade. Apesar de existirem outras formas de controle social, o Estado utiliza a pena para proteger os bens jurídicos, determinados por uma organização sócio-econômica específica.

Há diferentes argumentações nos debates do direito penal sobre a finalidade que pode e deve perseguir o Estado por meio da pena, ou do direito penal. Argumentos que no fundo envolvem o problema da legitimidade do Estado como monopólio organizado da força. Neste sentido, propõe-se como finalidade da pena a obtenção de vários objetivos: *Punição retributiva do dano causado pelo delinqüente; *Prevenção da prática de novas infrações, através da intimidação do condenado e de pessoas potencialmente criminosas; *Regeneração do preso, no sentido de transformá-lo de criminoso em não criminoso.

As diferentes justificativas sobre os fins da pena encontrados na doutrina penal são classificadas da seguinte forma: teorias absolutas, teorias relativas ou preventivas e teorias unificadoras ou ecléticas⁸³.

Torna-se importante para a compreensão da idéia de pena no sentido absoluto o entendimento do tipo de Estado que lhe deu a vida, o Estado Absolutista. Sua característica principal é a unidade entre moral, direito, estado e religião, esta última baseada no direito divino, onde o poder do soberano era concedido diretamente por Deus. Na pessoa do Príncipe encontrava-se não só o Estado, mas também todo poder legal e de justiça. A concepção predominante era que a pena representava um castigo com o qual se expiava o mal (pecado) cometido, pois o indivíduo que cometeu o delito agiu não só contra o príncipe como também contra o próprio Deus.

Com a expansão do mercantilismo e a concepção liberal de Estado, a pena não mais mantém seu fundamento baseado na identidade entre Deus e o soberano. Esta então passa a ser concebida como uma “retribuição” à perturbação da ordem jurídica, uma necessidade a fim de restaurar a ordem social interrompida, e a razão divina é substituída pela razão de Estado.

⁸³ BITENCOURT. Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. Ob. Cit. Pg. 101.

A pena sob a ótica retributiva é um fim em si mesmo. Castiga-se porque delinqüiu, equivalendo a dizer que a pena é simplesmente a conseqüência jurídico-penal do delito praticado. Entre os defensores das teses retribucionistas destacam-se Kant, na *Metafísica dos Costumes* e Hegel em *Princípios da Filosofia do Direito*.

Kant elabora sua concepção retributiva da pena sobre a idéia de que a lei penal é um imperativo categórico. Por imperativo, Kant não quer dizer ordens, ele quer dizer ordens da razão; um imperativo é uma regra indicada por um dever. O “dever” é a necessidade de agir de acordo com a lei, e é necessário que o respeito à lei universal de moralidade seja o motivo que impulsiona a vontade. Assim, a pena atende a uma necessidade absoluta de justiça, isto é, de um imperativo moral incondicional, independente de considerações finais ou utilitárias.

A pena deve ser contra o culpado pela simples razão de haver delinqüido, pois o homem não é algo que possa ser utilizado como meio, mas deve ser considerado como um fim em si mesmo. Para Kant a pena deve ser aplicada somente porque houve infringência à lei, seu objetivo é simplesmente realizar justiça, por que sem justiça os homens não teriam razão sobre a terra.⁸⁴

De outra forma, Hegel encontra na pena sua justificação através da necessidade de restabelecer a vigência da vontade geral, simbolizada na ordem jurídica que foi negada pela vontade do delinqüente. Na idéia hegeliana de direito penal é aplicado o método dialético, onde a tese é a vontade geral, o delito (negação) representa a antítese, a síntese vem a ser a negação da negação, ou seja, a pena como castigo do delito. A imposição da pena implica no restabelecimento da ordem jurídica que foi quebrada.

De igual modo Francesco Carrara entendia ser a pena expiação e retribuição ao mal, vendo na pena não um caráter emendativo, mas retributivo, pois, segundo ele, a essência do delito reside na violação de um direito, e sendo o delito um ente jurídico justifica-se a necessidade de uma coação moral, que, mediante a ameaça da pena sirva de punição para os violadores do direito. A pena passa então a uma emanção do direito e seus critérios devem ser determinados pelo sistema

⁸⁴ BITENCOURT, Ob. Cit. Pg. 110

jurídico, regulando a qualidade e quantidade proporcionalmente ao dano sofrido pelo direito.

Em outro sentido, as teorias relativas buscam os fins preventivos na sanção e fundamentam-se na sua necessidade para a sobrevivência do grupo social. Para as teorias preventivas, a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido e sim prevenir a sua realização.

Segundo a prevenção-geral⁸⁵ a pena é efetivamente uma ameaça aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos, é uma coação psicológica com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo. Presume-se que o homem racional e calculista encontra-se sobre uma coação, que o leva a racionalizar que não vale a pena praticar um delito que será castigado. Essas idéias desenvolveram-se no período do Iluminismo e por isso fundamentam-se em seus princípios filosóficos, tais como livre arbítrio e racionalidade. O pressuposto supõe um indivíduo que a todo o momento pode comparar, calculadamente, vantagens e desvantagens da realização do delito e da imposição da pena. A ameaça da pena produziria no indivíduo uma motivação para não cometer delitos.

Na perspectiva da prevenção geral-positiva ou integradora, o propósito da pena deve infundir na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito e promovendo a integração social.

Durkheim⁸⁶ já havia ressaltado que a pena não serve, ou só serve de maneira muito secundária, para corrigir o culpado ou intimidar seus possíveis imitadores. O crime na verdade ofende a consciência coletiva (fator de coesão social) e a aplicação da pena restauraria a coesão social, mantendo a vitalidade da consciência coletiva. A pena, enfim, seria a restauração simbólica da integridade dos sentimentos coletivos lesados pelo delinqüente, reação necessária à estabilização social. O delito cumpre uma função na estrutura social. Ele provoca e estimula a reação social, estabiliza e mantém vivo o sentimento coletivo que sustenta a conformidade às normas. “O crime é necessário, é está ligado às condições fundamentais de qualquer vida social, mas precisamente por isso, é útil; porque

⁸⁵ Dentre os defensores da teoria d preventivo-geral destacam-se Beccaria, Bentham, Schopenhauer e Feuerbach, este último concebeu a teoria da coação psicológica.

⁸⁶ DURKHEIM. Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo. Martins Claret, 2002.

estas condições de que é solidário são elas mesmas indispensáveis à evolução normal da moral e do direito”⁸⁷.

E conclui então, que o crime cumpre a função integradora e inovadora devendo ser analisado como um fenômeno normal para o funcionamento da sociedade. Sendo a pena uma reação social e necessária, que atualiza os sentimentos coletivos que correm o risco de fragilização, recorda a vigência de certos valores e normas e reforça a convicção coletiva sobre o significado dos mesmos.

A intervenção penal, segundo a prevenção especial, deve servir a neutralização dos impulsos criminosos de quem já incidiu na prática do crime, impedindo de praticar novos delitos. O fim da pena seria evitar a reincidência, através de aplicação de medidas terapêuticas visando o tratamento do delinqüente, submetendo-o a um tratamento ressocializador que anule as tendências criminosas. A teoria da prevenção especial⁸⁸ procura evitar a prática do delito, e, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinqüente em particular, objetivando que não volte a delinqüir. A aplicação da pena obedece a uma idéia de ressocialização e reeducação do delinqüente, à intimidação daqueles que não necessitem ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis. Sua tese poderia ser sintetizada em: intimidação, correção e inocuização.

A prevenção especial também é uma forma de evitar que quem delinqüiu volte a fazê-lo. Ao mesmo tempo em que a execução da pena cumpre o objetivo de intimidação, busca-se também a ressocialização do delinqüente. Ressalte-se que em muitos ordenamentos jurídicos os fins preventivos especiais da pena, entendidos como ressocializadores, foram adotados e consagrados expressamente em seus textos constitucionais, como no caso do Brasil.

O movimento que ficou conhecido como Defesa Social propõe um filosofia penal, uma política criminal, articulando a defesa da sociedade. A meta desejada não deve ser o castigo do delinqüente, senão a proteção eficaz da sociedade por meio de estratégias não necessariamente penais, capazes de neutralizar sua

⁸⁷ Idem. Ibidem. Pg 86

⁸⁸ QUEIROZ. Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

eventual periculosidade de modo humanitário e individualizado. O movimento da defesa social visa identificar os sujeitos perigosos, reabilitando-os a partir de uma preocupação moral de emenda desde o enfoque médico e psiquiátrico. O movimento constituiu-se nos anos quarenta e foi popularizado por Marc Ancel, consagrando a ressocialização terapêutica do condenado como principal objetivo da sanção. A proteção social seria realizada sob a noção de periculosidade, aliada ao conjunto de medidas extrapenais destinadas a neutralizar o delinquente, seja pela eliminação/segregação ou pela aplicação de métodos curativos/educativos⁸⁹

As teorias mistas ou unificadoras da pena tentam agrupar em um conceito único os fins da pena. Essa corrente tenta recolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas, criticando suas soluções monistas. Destacam a necessidade da adoção de uma teoria que abranja a pluralidade funcional da pena. As teorias mistas buscam conciliar as absolutas e relativas, unindo justiça e utilidade. A pena é conceituada como uma retribuição jurídica, mas retribuição que somente se justifica enquanto necessária à proteção da sociedade, uma retribuição à serviço da prevenção geral e/ou especial de futuros delitos.

Finalmente o objetivo deste capítulo foi analisar historicamente a construção da concepção do direito de punir nas sociedades ocidentais modernas, baseado num primeiro momento nos processos disciplinares de formação da mão-de-obra industrial e no aprisionamento nos cárceres como modelo reformador, assim como, em toda concepção liberal e iluminista da punição como resultado de uma livre escolha de atores que infringiram as leis e cometeram infrações contra a ordem social.

Essa discussão sobre a pena e a finalidade que ela pode ter para o indivíduo ou para a sociedade se faz necessária neste estudo, pois muitos dos seus argumentos estarão presentes nos discursos analisados posteriormente. A tese da escola clássica do crime como uma escolha racional e individual revela que qualquer indivíduo é passível de cometer uma infração, e dessa forma, o ato criminoso deve ser o objeto da sanção, prevenindo assim que novos delitos sejam cometidos. Por outro lado, a lógica inquisitorial, ainda é bem presente na cultura jurídica brasileira, a

⁸⁹ ANCEL, Mark. **A nova defesa social**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

percepção do crime como pecado, e do criminoso como alguém que sofre “influência do mal” sustenta uma punição extrajudicial baseada na tortura e nas violações de direitos humanos⁹⁰.

Nesse sentido, no Brasil, a lógica argumentativa que consolida a legislação penal apóia seus discursos nesses dois sentidos. Por um lado temos a lógica humanista e racional presente na Constituição Federal, no Código Penal e no Código de Processo Penal, que sustenta que a punição se direciona para o ato delituoso. Todavia, ainda que a cultura jurídica constitucional brasileira esteja vinculada aos princípios liberais democráticos, observa-se um forte apelo para o direcionamento da punição para o autor da infração, caracterizando esse indivíduo como “tomado por algo” que o leva ao crime. Destaca-se ainda que o artigo 295 do Código de Processo Penal demonstra claramente esta percepção diferenciada dos indivíduos que cometeram crimes, a permissão da prisão especial para determinados cargos e titulações revela que no Brasil os criminosos são selecionados pelo que eles são e não pelo que fizeram⁹¹

O próximo capítulo busca analisar diferentes abordagens do crime e do controle social que influenciaram modelos de controle penal e contribuíram para a difusão de teorias humanistas e abolicionistas da pena, como também teorias punitivas e de recrudescimento penal.

⁹⁰ Nesse sentido ver importante trabalho de KANT DE LIMA, Roberto. Cultura Jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Nº10, vol 4. Junho de 1989.

⁹¹ KANT de LIMA, Roberto. Pelo Direito à Prisão. Ob Cit.

2- REPRESENTAÇÕES ACERCA DO SISTEMA PENAL: DA CRÍTICA AO SISTEMA PENAL À SUA DEFESA COMO MECANISMO DE CONTROLE SOCIAL.

Este capítulo tem como objetivo identificar as teorias e abordagens que sustentam os discursos humanistas e punitivos no sistema penal brasileiro. Em um primeiro momento são analisados os principais estudos produzidos pela sociologia do crime e a utilização dos argumentos dessas teorias a fim de produzir uma crítica ao sistema de justiça criminal revelando sua forma seletiva e excludente de operar, e permitindo a inclusão de uma nova concepção sobre a pena e a criminalidade. A segunda parte dedica-se a discutir as teses da tolerância zero e o movimento de lei e ordem, produtores de uma argumentação que legitima o aumento da repressão penal sobre as incivildades urbanas, e a chegada dessas teses na segurança pública dos estados brasileiros, gerando uma expectativa de “ordem” e um novo discurso punitivo.

2.1 Crítica ao sistema penal: contribuições da sociologia e a incorporação do discurso sociológico pela criminologia crítica

A primeira e principal crítica ao sistema penal das sociedades capitalistas modernas foi realizada nos trabalhos de Karl Marx. Fundador do pensamento social crítico, Marx afirmava que o conflito tem essencialmente origem na luta de classes, pois a ordem social capitalista representa um aparelho de poder mediante o qual as classes dominantes subjugam as classes dominadas.

Segundo as teses acerca do conflito, destacadas nos trabalhos de Marx e Engels, o processo de brutalização das relações sociais, iniciado com capitalismo industrial, desmoralizou a classe operária; esse processo teria degradado tanto os

homens que o crime passou a ser um índice de tal processo. Em seus trabalhos, os autores fizeram correlações diretas entre o capitalismo, a miséria social e o aumento das taxas de crimes. Uma idéia de competição também foi formulada por Engels, segunda a qual a propriedade privada aumentava o grau de competição entre os indivíduos dentro do mercado de trabalho ou mesmo dentro da própria fábrica, o que degenerava a solidariedade entre eles e, conseqüentemente aumentava as tensões que resultavam em crimes. Dessa forma, afirmavam que não deveriam ser os indivíduos a sofrer sanções e punições por isso, mas deveriam ser responsabilizadas as condições sociais que davam origem ao crime.

De acordo com a análise marxista o delito é sempre um produto histórico e contingente da sociedade capitalista. Essa perspectiva contempla a ordem social como confrontação de classes antagônicas, sendo que uma delas se sobrepõe e explora a outra, servindo-se do direito e da justiça penal. O conflito inerente à sociedade capitalista é um conflito de classes, enraizados nos modos de produção e na infra-estrutura econômica daquela.

As teorias marxistas do conflito apelam para a estrutura classista da sociedade capitalista e concebem o sistema legal como um mero instrumento a serviço da classe dominante para oprimir a classe trabalhadora. Os integrantes e as repartições da justiça penal não estariam organizados para lutar contra o delito senão para recrutar a população desviada dentre as pessoas das classes trabalhadoras que constituem sua clientela.

Seus principais postulados são: - a ordem social da moderna sociedade industrializada não tem por base o consenso, senão a dissensão; - o conflito expressa a própria estrutura e dinâmica da mudança social; - o direito representa os valores e interesse das classes ou setores sociais dominantes e não os gerais da sociedade; - o comportamento delitivo é uma reação à desigual e injusta distribuição de poder e riqueza na sociedade.

Ao contrário da perspectiva do conflito, a análise funcionalista de Durkheim contribuiu para a discussão sobre a anomia social; entendida como um estado de desorganização social a anomia representa uma situação na qual a sociedade não desempenha o seu papel moderador, não conseguindo dessa forma

orientar e limitar a atividade do indivíduo. Mas foi Robert Merton quem deu uma contribuição fundamental para teoria da anomia. Segundo Merton em todo contexto sociocultural desenvolvem-se metas culturais, expressando valores que orientam a vida dos indivíduos em sociedade. Para que estes indivíduos alcancem as metas, a sociedade estabelece determinados meios, que são recursos institucionalizados ou legítimos, socialmente prescritos. O desajuste entre fins e meios, ou seja, o insucesso em atingir as metas culturais devido à insuficiência de meios institucionalizados pode produzir o que Merton denomina anomia (manifestação de um comportamento no qual as regras do jogo social são abandonadas ou contornadas). O indivíduo não respeita as regras de comportamento que indicam os meios de ação socialmente aceitos. Surge então o desvio, ou seja, o comportamento desviante.⁹²

Mas foi a conhecida Escola de Chicago e a sociologia criminal americana que contribuíram decisivamente para uma análise empírica e crítica sobre o crime e o criminoso na sociedade contemporânea, revelando os processos seletivos de criminalização do sistema penal. Berço da moderna sociologia americana a Escola de Chicago se destacou pela inovação na metodologia de pesquisa social, caracterizando-se por seu empirismo e por sua finalidade pragmática, isto é, pelo emprego da observação direta em todas as investigações e pela finalidade prática a que se orientavam, partindo de um diagnóstico confiável sobre os urgentes problemas sociais da realidade norte-americana de seu tempo.

A temática principal era uma sociologia da grande cidade, analisando o impacto das mudanças sociais nos centros urbanos (industrialização, (i)migração, conflitos) e interessada nos grupos e culturas minoritários, como o mundo dos desviados e a morfologia da criminalidade. O crescimento populacional de Chicago explica o interesse da Escola; em 1860 a cidade tinha 110 mil habitantes e apenas cinquenta anos depois em 1910 cerca de dois milhões, a explosão demográfica implicava em vários problemas familiares, morais, urbanos etc.

⁹² Merton em seu estudo está analisando as metas culturais que são compartilhadas pela sociedade americana (riqueza e prestígio) e a evidente impossibilidade desta ser atingida por uma grande parte da população. OGIEN. Albert. **Sociologia da la Déviance**. Paris: Armad Colin, 1995. Pg. 90.

Uma das primeiras abordagens foi a chamada Teoria Ecológica. O ponto de atenção das teorias ecológicas estudadas por autores como Park, Burgess, Mckenzie, Shaw, Mckay etc, é a cidade como uma unidade ecológica e suas teses fazem uma relação entre o processo de criação de novos centros urbanos e a criminalidade. A cidade produz delinqüência, concentrada em áreas específicas (delinquency áreas). O efeito criminógeno dos aglomerados urbanos é explicado pelos conceitos de desorganização e contágio, bem como pelo debilitamento do controle social nesses centros. A deteriorização dos “grupos primários” (família), a superficialidade das relações interpessoais, a alta mobilidade, a perda das raízes, a crise dos valores tradicionais e familiares, a superpopulação, a tentadora proximidade às áreas comerciais e industriais onde se acumula riqueza e enfraquecimento do controle social criam um meio desorganizado e criminógeno.⁹³

Outra contribuição importante para a compreensão do fenômeno do crime foram as teorias subculturais, que surgiram na década de 50 em resposta aos problemas da sociedade americana com minorias étnicas, políticas, raciais, culturais etc. Elas sustentam três idéias fundamentais: o caráter pluralista e atomizado da ordem social, a rotulação normativa da conduta desviada e a semelhança estrutural, em sua gênese, do comportamento regular e irregular.

A ordem social neste modelo é um mosaico de grupos e subgrupos, fragmentados, conflitivos; onde cada grupo ou subgrupo possui o seu código de valores, que nem sempre coincidem com os valores majoritários e oficiais. A conduta delitiva para as teorias subculturais não seria produto da desorganização ou ausência de valores, mas o reflexo e expressão de outros sistemas de normas e de valores distintos: os subculturais.

A teoria das subculturas criminais nega que o delito possa ser considerado como expressão de uma atitude contrária aos valores e às normas sociais gerais, e afirma que existem valores e normas específicos dos diversos grupos sociais. Estes valores são interiorizados pelos indivíduos através de mecanismos de interação e de aprendizagem no interior dos grupos e determinam o comportamento, em concurso

⁹³ MOLINA. Antonio Garcia-Pablos. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pg. 341

com os valores e as normas institucionalizadas pelo direito ou pela moral “oficial”. Não existindo assim, um único sistema de valores.⁹⁴

Dessa forma, não só a estratificação social e o pluralismo de grupos sociais, mas também as reações típicas de grupos socialmente impedidos do pleno acesso aos meios legítimos para a obtenção de fins institucionais dão lugar a um pluralismo de subgrupos culturais, caracterizados por valores, normas e modelos de comportamento alternativos àquele.

O estudo de Cohen⁹⁵ sobre a delinqüência juvenil nas classes baixas, concluiu que as áreas de delinqüência não são desorganizadas e carente de controle social, mas terrenos nos quais vigoram normas distintas das oficiais. O conflito segundo Cohen está presente quando os jovens de classes inferiores se identificam com os padrões das classes médias e, ao mesmo tempo, interiorizam os valores da classe que pertencem. Vinculados a uma posição social inferior, e em desvantagem, não poderão superar as demandas do grupo a que aspiram sem sofrer graves problemas de adaptação. O conflito assim admite três alternativas: a adaptação, a transação e a rebelião.

Nesse sentido, a subcultura opera como evasão da cultura geral ou como reação negativa frente a ela; é uma espécie de cultura de recambio, que certas minorias marginalizadas, pertencentes às classes menos favorecidas, criam dentro da cultura oficial para dar vazão a ansiedade e frustração que sentem ao não poderem participar, por meios legítimos, das expectativas que teoricamente são oferecidas a todos pela sociedade. A via criminal é considerada, um mecanismo substituto da ausência real de vias legítimas para fazer valer as metas culturais que a sociedade nega para as classes menos privilegiadas.

A teoria das subculturas criminais demonstra que os mecanismos de aprendizagem e de interiorização de regras e modelos de comportamento, que estão na base da delinqüência, e em particular, das carreiras criminosas, não diferem dos mecanismos de socialização através dos quais se explica o comportamento normal.

⁹⁴ Uma interessante resenha da teoria da Subcultura e do Labeling Approach pode ser encontrada em BARATTA. Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

⁹⁵ COHEN. Delinquent Boys: The Culture of the Gang, 1955 *apud*. OGIEN. Albert. Ob. Cit. Pg. 94

Essa investigação sociológica, com uma visão relativizante, permitiu mostrar que no interior da sociedade moderna existe, em correspondência a sua uma estrutura pluralista e conflitual, valores e regras específicos de grupos diversos e antagônicos.

A década de 60 viu surgir um grupo de teorias sociais sobre o crime para o qual este é uma função das interações psicossociais do indivíduo e dos diversos processos da sociedade (Teorias do Processo Social). É possível identificar duas perspectivas no interior das teorias do processo social⁹⁶, uma orientada para os processos de aprendizagem social e outra para o etiquetamento - Labeling Approach.

Para a teoria da aprendizagem social o comportamento delituoso é aprendido do mesmo modo que o indivíduo aprende também outras condutas ou atividades lícitas, em sua interação com pessoas e grupos e mediante um complexo processo de comunicação. O indivíduo aprende, assim, não só a conduta delitiva, mas também os próprios valores criminais, as técnicas comissivas e os mecanismos subjetivos de racionalização (justificação)⁹⁷ do comportamento desviado.

Edwin H. Sutherland⁹⁸ contribuiu neste sentido, com a análise das formas de aprendizagem do comportamento criminoso, e da relação desta aprendizagem com as várias associações diferenciais que o indivíduo tem com outros indivíduos e grupos. Desenvolveu uma crítica radical as teorias do comportamento criminoso baseadas sobre condições econômicas (pobreza), psicopatológicas e sociopatológicas. Estas afirmações, segundo ele, são errôneas porque se baseiam sobre uma falsa amostra da criminalidade, a criminalidade oficial e tradicional, onde a criminalidade de colarinho branco é desconsiderada, cujos autores, salvo raras exceções, não são pobres.

⁹⁶ MOLINA. Ob. Cit. Pg.372

⁹⁷ M. Sykes e D. Matza se destacam pela análise das técnicas de neutralização utilizadas pelos desviantes de subgrupos. Segundo eles, os jovens delinqüentes reconhecem em parte a ordem social dominante e criam formas de justificação e de racionalização favorável ao seu comportamento. Dessa forma realiza não só uma defesa do comportamento delinqüente, mas também uma neutralização da eficácia do controle social sobre a motivação do comportamento. Entre as técnicas de neutralização estão: exclusão da própria responsabilidade, negação de ilicitude, negação de vitimização, condenação dos que condenam, apelo a instâncias superiores. BARATTA. Alessandro. Ob cit. Pg. 78,79.

⁹⁸ SUTHERLAND. White-Collar Crime, 1949 *apud* OGIEN. Albert. Ob. Cit. Pg. 96

Sutherland chegou a conclusão de que a conduta desviada não pode ser imputada a disfunções ou inadaptação do indivíduo das classes pobres, senão à aprendizagem efetiva dos valores criminais. A capacidade ou destreza e a motivação necessária para o delito se aprende mediante o contato com valores, atitudes, definições e pautas de condutas criminais no curso dos processos de comunicação e interação dos indivíduos.

O pressuposto da teoria da aprendizagem consiste na idéia de organização social diferencial, que se conecta com as concepções de conflito social. A associação diferencial é uma consequência lógica do princípio de aprendizagem mediante associações ou contatos em uma sociedade pluralista e conflitiva.⁹⁹

Por volta dos anos 70 ganhou destaque uma explicação interacionista do fato delitivo que parte dos conceitos de conduta desviada e reação social, seus principais representantes são: Garfinkel, Goffman, Erikson, Becker, Shur, Sack. De acordo com esta perspectiva interacionista, não se pode compreender o crime prescindindo da própria reação social; do processo social de definição ou seleção de certas pessoas e condutas etiquetadas como delitivas. Delito e reação social são expressões interdependentes, recíprocas e inseparáveis. A desviação não é qualidade da conduta, mas uma qualidade que lhe é atribuída por meio de complexos processos de interação social, processos esses seletivos e discriminatórios.

A etiqueta do delinqüente manifesta-se como um fator negativo que os mecanismos de controle social repartem com o mesmo critério de distribuição de bens positivos levando em conta o status e o papel das pessoas. De modo que as chances ou riscos de ser etiquetado como delinqüente não dependem tanto da conduta executada, senão da posição do indivíduo na pirâmide social.

Estas pesquisas partem da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a

⁹⁹ Também se destacam análises teóricas da: *oportunidade diferencial*: (as oportunidades e circunstâncias da aprendizagem); a *identificação diferencial* (identificação do indivíduo com a carreira criminal); *reforço diferencial* (avaliação das vantagens e consequências obtidas com a delito) e *teoria da neutralização* (mecanismos de defesa para justificar a ação e neutralizar a culpa). MOLINA. Antonio García-Pablos. Ob. Cit. Pg. 378-381

define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais, e que, por isso, o status social de delinqüente pressupõe o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinqüência. Neste sentido, o Labeling Approach tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, e sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juizes.

O horizonte dentro do qual o Labeling Approach se situa é, em grande medida dominado por duas correntes da sociologia americana. Em primeiro o interacionismo simbólico de George Mead, e em segundo a etnometodologia de Alfred Schutz. O interacionismo simbólico concebe o indivíduo como ativo frente ao ambiente, ao qual contribuiu a moldar, mediante diversos recursos. A comunicação é o recurso fundamental, e vale-se de símbolos e signos como a linguagem, para interpretá-la. Também segundo a etnometodologia, a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas produto de uma construção social, obtida através de um processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos e de grupos diversos.

Um importante estudo das identidades e das carreiras desviantes foi realizado por Howard Becker¹⁰⁰, que sustentou que o desvio não é uma qualidade do ato executado por uma pessoa, mas uma conseqüência da aplicação de normas e sanções a uma chamado “delinqüente” por parte de outros. O desviado é então, uma pessoa a quem o etiquetamento foi aplicado com êxito. Analisando a carreira dos fumadores de maconha no EUA, Becker mostrou que a mais importante conseqüência da aplicação de sanções consiste em uma decisiva mudança de identidade social do indivíduo, mudança que ocorre logo no momento em que é introduzido no status de desviante, dessa forma, compreendeu que os mecanismo sociais de estigmatização consolidam os status e determinam “carreiras” criminais.

Edwin Lemert¹⁰¹ prossegue ressaltando que a reação social ou a punição de um primeiro comportamento desviante acaba por gerar, através de uma mudança na identidade social do indivíduo assim estigmatizado, uma tendência a permanecer

¹⁰⁰ BECKER, Howard. *Outsider: Studies in the Sociology of Deviance*, 1963 *apud* OGIEN. Albert. Ob Cit. Pg. 110

¹⁰¹ LEMERT, Edwin. *Human Deviance, Social Problems and Social Control*, 1967 *apud* OGIEN. Albert. Ob. Cit. Pg. 111

no papel social no qual a estigmatização o introduziu. Neste sentido, a intervenção do sistema penal antes de ter um efeito reeducativo sobre o delinqüente, determina uma consolidação da identidade desviante do condenado e do seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa.

Corresponde ao Labeling Approach o mérito de ter ressaltado a importância da ação seletiva e discriminatória realizada pelas instâncias e mecanismos de seleção do controle social, compreendendo o problema criminal como um processo social de definição e de seleção de certas pessoas e condutas etiquetadas como delitivas.

As diferentes interpretações sociológicas sobre a definição e a “produção” do crime abriram um campo fértil de análises no campo jurídico para os estudos do crime, a criminologia. A sociologia criminal demonstrou que o crime e a pena estão relacionados aos fenômenos sociais e ainda, que é a própria sociedade que cria o crime ao determinar as regras, e estas são escritas para proteção das classes mais favorecidas e de seu patrimônio, dessa forma são direcionadas para criminalizar os comportamentos das classes baixas, rotuladas e etiquetadas como “perigosas”.

Estas contribuições da sociologia para os estudos do crime permitiram que a partir da segunda metade do século XX duras e profundas críticas fossem dirigidas ao sistema penal das sociedades capitalistas. A crise das propostas de ressocialização dos criminosos, e os infinitos problemas dos sistemas penais deram lugar a múltiplos e profundos debates a cerca da inutilidade da pena e da forma seletiva e estigmatizante que atua o sistema penal.

A teoria crítica do direito penal teve sua origem nos anos 70 e surgiu na mesma época nos Estados Unidos e na Inglaterra, os dois primeiros movimentos que nasceram foram o da Universidade de Berkeley que se denominou Union of Radical Criminologists e o movimento inglês organizado em torno da National Deviance Conference.

Segundo a perspectiva crítica, a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos,

mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente e dos comportamentos ofensivos destes bens descritos nos tipos penais; em segundo lugar a seleção de indivíduos estigmatizados entre todos os que realizam infrações à normas penalmente sancionadas. Neste sentido, as classes subalternas são aquelas selecionadas negativamente pelos mecanismos de criminalização e as estatísticas indicam que a grande maioria da população carcerária é de extração proletária, de setores do subproletariado e, portanto, das zonas sociais marginalizadas.¹⁰²

Uma das principais críticas ao direito penal burguês se refere ao mito da igualdade social, o mito liberal de que o direito penal protege a todos igualmente e de que a lei penal é igual para todos. Opostas a estas proposições, a abordagem crítica afirma que o direito penal não defende a todos e somente os bens essenciais, a lei penal não é igual para todos e o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos. Dessa forma, o sistema penal de controle do desvio, revela assim, como todo direito burguês, a contradição fundamental entre igualdade formal dos sujeitos de direito e desigualdade substancial dos indivíduos.

De acordo com a criminologia crítica, o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes e a imunizar do processo de criminalização, comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente para formas de desvio típicas das classes subalternas.

Segundo Baratta, as estratégias para uma política criminal das classes subalternas deve ser: - inserção do problema do desvio e da criminalidade na análise da estrutura geral da sociedade capitalista; - ampliação e reforço da tutela penal em áreas de interesse essencial para a vida dos indivíduos e da comunidade: saúde, segurança no trabalho, integridade ecológica, criminalidade econômica; - radical e corajosa despenalização, de contração ao máximo do sistema punitivo, com a exclusão, total ou parcial, de inumeráveis delitos de costumes, de moral, etc; aliviando a pressão negativa do sistema punitivo sobre as classes subalternas

¹⁰² BARATA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002

(despenalização significa também a substituição de sanções penais por formas de controle legal não estigmatizantes - sanções administrativas ou civis); - derrubada dos muros dos cárceres e abolição da instituição carcerária. As etapas de aproximação desse objetivo podem ser constituídas pelo alargamento do sistema de medidas alternativas, pela ampliação da suspensão condicional da pena, pela introdução de formas de execução da pena detentiva em regime de semi-liberdade, assim como abertura do cárcere para a sociedade através de parcerias e associações com organizações civis.¹⁰³

Estas propostas defendem um “direito penal mínimo”¹⁰⁴, negando a legitimidade do sistema penal, mas propondo uma alternativa mínima “que considera como mal menor necessário”. De acordo com Zaffaroni esta proposta deve basear-se na maximização do sistema de garantias legais, colocando os direitos humanos como objeto e limite da intervenção penal. O propósito é diminuir a quantidade de condutas típicas procurando penalizar somente as mais danosas, prescindindo bagatelas e fazendo cumprir rigorosamente as garantias legais. Segundo ele “o direito penal mínimo, é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça”.¹⁰⁵

Sobre a defesa do direito penal mínimo também escreve Ferrajoli, que defende o que ficou conhecido como Garantismo. Segundo ele a mínima intervenção significa que o Estado deve intervir unicamente nos casos mais graves, protegendo os bens jurídicos mais importantes, sendo o direito penal o último recurso quando já cessaram as alternativas restantes.

Concebe-se o programa político-criminal minimalista como estratégia para maximizar os direitos e reduzir o impacto penal na sociedade, diminuindo o volume de pessoas nos cárceres através de processos de descriminalização e despenalização. Trata-se de um critério de economia que procura obstaculizar a expansão penal, legitimando proibições somente quando absolutamente

¹⁰³ BARATA, Alessandro. *Ibidem*. Pg. 200

¹⁰⁴ BARATTA, Alessandro. **Princípios de direito penal mínimo**. Buenos Aires: Doctrina Penal, 1987.

¹⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Ob.Cit.. Pg. 106

necessárias. Os direitos fundamentais, neste caso, corresponderiam aos limites do direito penal.

Ferrajoli indica três classes de delitos que deveriam ser amplamente descriminalizadas sob o amparo constitucional. Em termos quantitativos, deveriam ser excluídos os delitos de bagatela (contravenções, delitos punidos com penas pecuniárias ou restritivas de direitos) que não justificariam o processo penal e muito menos a pena.¹⁰⁶ Ao versar sobre as tipificações de condutas que não afetam bens jurídicos, como por exemplo, o consumo de drogas, o incesto, a sodomia e/ ou homossexualismo, Zaffaroni afirma que estas normas penais tutelam pautas éticas, normas morais, e não bens jurídicos. Confrontando com o pressuposto da laicização do direito penal, o autor se opõe a junção da moral com direito, e ainda a imposição de uma moral determinada.¹⁰⁷

Para Ferrajoli, a deslegitimação do sistema penal não corresponde à idéia de irracionalidade de nossos sistemas penais vigentes e operantes, e a impossibilidade radical de legitimar qualquer sistema penal. Ele recusa essa radicalização afirmando que mesmo em uma sociedade mais democratizada e igualitária seria necessário um direito penal mínimo como meio de serem evitados danos maiores. O direito penal mínimo legitima-se unicamente através de razões utilitárias, ou seja, pela prevenção de uma reação formal ou informal mais violenta contra o delito, funcionando esse direito penal como um instrumento impeditivo de vingança.¹⁰⁸

Esse pensamento se opõe a corrente de pensamento orientada para abolição das penas e dos sistemas penais. O grupo de pensadores que pode ser adstrito a essa orientação não se interessa por uma política criminal alternativa, mas sim, por uma alternativa à política criminal. O abolicionismo nega a legitimidade do sistema penal tal como atua na realidade social contemporânea e, como princípio geral, nega a legitimação de qualquer outro sistema penal que se possa imaginar no futuro como alternativa a modelos formais e abstratos de solução de conflitos,

¹⁰⁶ CARVALHO . Salo de. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2003. Pg. 92

¹⁰⁷ CARVALHO, Amilton Bueno e CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004

¹⁰⁸ ZAFFARONI., Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Ob.Cit.

postulando a abolição radical dos sistemas penais e a solução dos conflitos por instâncias ou mecanismos informais.

Os chamados “abolicionistas” afirmam que o sistema penal só tem servido para legitimar e reproduzir as desigualdades e injustiças sociais, e o direito penal é considerado uma instância seletiva e elitista. São muitas as suas razões para abolir o sistema penal. Aqui são listadas algumas delas: - vivemos numa sociedade sem direito penal, porque a cifra negra é altíssima; - o sistema é anômico, e o direito penal não protege a vida, a propriedade e nem as relações sociais, não atingindo seu intento; - o sistema é seletivo e estigmatizante, e visivelmente cria e reforça as desigualdades, é discriminatório; - o sistema penal é uma máquina para produzir dor inutilmente, a execução da pena é um meio de sofrimento e dor moral e física; - a pena de prisão é ilegítima, só se pode falar em pena quando há “acordo entre as partes”. Ela não reabilita o preso, ao contrário, causa efeitos devastadores sobre sua personalidade.¹⁰⁹

Hulsman conclui ser o sistema penal um problema em si mesmo e, diante de sua crescente inutilidade na solução de conflitos, torna-se preferível abolí-lo totalmente como sistema repressivo. Sua proposta é substituição direta do sistema penal não por um macro-nível estatal, mas sim por instâncias intermediárias ou individualizadas de solução de conflitos que atendam às necessidades reais das pessoas envolvidas. Para ele os conflitos podem encontrar soluções efetivas entre as partes envolvidas através de modelos de solução de conflitos (mediação, conciliação) e propõe uma reconstrução de vínculos solidários de simpatias horizontais ou comunitárias, que permitam a resolução dos conflitos sem a necessidade de apelar para o modelo punitivo formalizado abstratamente.¹¹⁰

Importante citar ainda outros autores desta tendência: Mathiesen e Nils Christie. O primeiro vincula a existência do sistema penal à estrutura produtiva capitalista, sua proposta parece aspirar não apenas a abolição do sistema penal, como também a abolição de todas as estruturas repressivas da sociedade. Já Nils Christie acredita que a possibilidade de substituição dos indivíduos/papéis no

¹⁰⁹ ZAFFARONI., Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Ob.Cit.. Pg. 97

¹¹⁰ HULSMAN. Louk. **Penas Perdidas; o sistema penal em questão**. Niterói: Luam. 2ª ed. 1997.

sistema “orgânico”¹¹¹, torna os excluídos do mercado os candidatos ideais para o sistema punitivo, deste modo, centraliza sua argumentação em fundamentos éticos orientados a reduzir o sistema penal como sofrimento imposto às pessoas de modo intencional.

Essas teorias críticas surgidas no campo da criminologia, ainda que tenham representado importante avanço na discussão acerca dos sistemas penais, estiveram nos últimos anos circunscritas ao campo acadêmico e pouco poder de influência tiveram na alteração ou reformulação de leis penais nos últimos anos no Brasil. O único movimento que no Brasil ganhou notoriedade nos anos 90 por propor reavaliar a atuação do sistema jurídico foi o Movimento do Direito Alternativo. Este movimento propõe uma ruptura com o direito liberal/ positivista que estrutura o “direito burguês” e mantém o esquema de dominação na sociedade capitalista .

O primeiro passo para o início do Direito Alternativo no Brasil foi a criação de um grupo de estudos, organizado por alguns juizes de direito gaúchos, após participarem de reuniões promovidas pela associação classista, como o propósito de levantar sugestões aos legisladores constituintes. Nesse mesmo tempo, juristas não magistrados influenciados pelo movimento italiano Uso Alternativo do Direito¹¹², já falavam na possibilidade de criação de um Direito Alternativo, por volta de 1987.¹¹³

¹¹¹ Aqui o autor está discutindo com Durkheim o conceito de solidariedade orgânica. ZAFFARONI. Ob. Cit. Pg. 101

¹¹² Após a segunda guerra mundial e a reconstrução européia, há uma oxigenação no campo da crítica ao Direito, fruto do processo de democratização e incorporação dos Direitos Humanos nas Constituições. As novas constituições estabelecem valores plenos de igualdade, liberdade e tolerância (pluralidade), repudiando os ideais nazi-fascistas totalitários. Um dos maiores exemplos é o processo constituinte italiano. Na Constituição italiana, uma gama de Direitos e garantias são positivados, em total desprezo à ordem anterior (regime jurídico fascista). Entretanto, legislações pré-constitucionais, organizadas pelo sistema jurídico comandado por Mussolini, entravam em confronto direto com a nova carta, inviabilizando os princípios humanitários abstratos nela contidos. Contra uma interpretação exegética, e tentando viabilizar os valores e princípios constitucionais, surge, por volta de 1964, na Associação Nacional da Magistratura Italiana, o movimento da Magistratura Democrática, berço do movimento denominado "Uso Alternativo do Direito". A partir das lacunas, ambigüidade e contradições entre o texto ordinário e o texto constitucional, os juristas italianos elaboraram uma práxis garantista de efetivação dos Direitos Fundamentais constitucionalizados. Desenvolveu-se um processo interpretativo de resgate e emancipação da cidadania.

¹¹³ O episódio histórico responsável pelo surgimento do Direito Alternativo ocorreu no dia 25 de outubro de 1990, quando o Jornal da Tarde de São Paulo, veiculou um artigo redigido pelo jornalista Luiz Maklouf, com a manchete “Juizes gaúchos colocam o direito acima da lei”. Essa reportagem teve o objetivo de ridicularizar e desmoralizar o grupo de magistrados do Rio Grande do Sul, que até aquela data, reuniam-se para discutir a ciência jurídica sob uma visão crítica e debater formas alternativas de aplicação do direito positivado, buscando alcançar fins sociais. A publicação acabou servindo como um grande veículo de propaganda, unindo vários magistrados descontentes com a

Na prática o movimento segundo Carvalho¹¹⁴ atua, basicamente a partir de três estratégias. O primeiro, denominado “uso alternativo do direito” propõe a adoção de um processo hermenêutico em que a interpretação e aplicação de leis e normas devem ser efetuadas sempre no sentido da realização da justiça social, privilegiando os direitos e interesses das classes populares, da classe trabalhadora e das classes marginalizadas. Em segundo lugar deve implementar a “positividade combativa”, que representa a luta, dentro da aparato oficial do estado (juízos, tribunais, repartições administrativas), pela efetivação das normas que expressam os interesses populares. Por último, o direito alternativo reconhece a existência de manifestações jurídicas paralelas à ordem vigente, o pluralismo jurídico, o direito vivo, emergente, insurgente, achado na rua, não-oficial que coexiste com o direito estatal; percebendo como legítimas as relações jurídicas forjadas por grupos “marginais”, no plano da luta social por direitos e por democracia.

No Brasil, essas propostas do movimento ganharam muitos adeptos nos anos noventa, período importante na consolidação democrática, mas em grande parte se mantiveram restritas as discussões teóricas. Na região sul do país, seu local de origem, a prática alternativa do direito teve mais repercussão levando alguns juízes e desembargadores a produzirem sentenças e acórdãos de modo a favorecer camadas carentes da população e indivíduos marginalizados e estigmatizados pelo sistema penal.¹¹⁵

O que se pode notar no caso brasileiro, é que os argumentos na defesa de ideais de despenalização ou deslegitimação do direito penal assumidos por pesquisadores, juristas ou intelectuais são desconstruídos sob a tese da alta criminalidade brasileira. Frases do tipo “quem defende isso, nunca passou por um assalto!” ou “depois que você passar por isso você vai defender a pena de morte!” pode ser facilmente ouvida; pois esse é o tipo de discurso que constrói o medo e se confronta com todas as propostas descriminalizadoras e despenalizadoras que nos

postura tradicional do Judiciário. ANDRADE. Lédio Rosa. **O que é o direito alternativo**. Florianópolis: Obra Jurídica. 1998.

¹¹⁴ CARVALHO, Amilton Bueno. **Direito Alternativo: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 5ª ed. 2004. Do mesmo autor **Magistratura e Direito Alternativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 6ª ed. 2003 e **Direito Alternativo em movimento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 5ª ed. 2003.

¹¹⁵ Ver por exemplo as sentenças e acórdãos do Desembargador Amilton Bueno de Carvalho publicadas no livro **Direito Alternativo: teoria e prática**. Ob.cit.

últimos anos foram produzidas, mas que surtiram pouco efeito na discussão e na produção da legislação penal brasileira.

A importante contribuição das pesquisas nas ciências sociais de Cohen, Sutherland e Becker se reproduziram no Brasil em muitas outras pesquisas e trabalhos reveladores das formas criminalizadoras e seletivas que opera o sistema penal brasileiro (polícia, tribunais e cárceres), que atua na verdade sob a forma de um filtro. A seletividade do sistema se direciona para aqueles indivíduos que se acham em estado de vulnerabilidade¹¹⁶ ao poder punitivo, e esta seletividade se corresponde com esteriótipos criminais construídos socialmente, colocando alguns indivíduos e comportamentos em situações de risco criminalizante.

Malaguti em sua pesquisa sobre as drogas e a juventude pobre do Rio de Janeiro observou a visão seletiva do sistema penal para adolescentes infratores e a diferenciação no tratamento dado aos jovens pobres e aos jovens ricos. Segundo ela, esta forma seletiva, “aponta para uma política de permanente genocídio e violação dos direitos humanos contra as classes sociais vulneráveis: sejam eles jovens negros e pobres das favelas do Rio de Janeiro, sejam camponeses colombianos, sejam imigrantes indesejáveis do Hemisfério Norte”.¹¹⁷ A vulnerabilidade de jovens pobres também é analisada por Zaluar, que chama atenção para o recrutamento de jovens pelo mercado de drogas nas favelas e bairros pobres, onde é comum o uso de armas de fogo, e as oportunidades educacionais e econômicas são inadequadas ou inexistentes.¹¹⁸

Os dados da pesquisa de Musumeci e Ramos sobre quem é o elemento suspeito escolhido pela polícia para ser abordado no Rio de Janeiro revelam que ser parado(a) andando a pé na rua ou em transporte coletivo é uma experiência que de fato incide desproporcionalmente sobre negros e, no caso da abordagem de pedestres, também sobre os jovens e pessoas de baixa escolaridade.¹¹⁹ A questão

¹¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul et all. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan. Pg. 49

¹¹⁷ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2^a. 2003

¹¹⁸ ZALUAR, Alba. **Condomínio do Diabo**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ/ Revan. 1994. e ZALUAR, Alba e LEAL, Maria Cristina. **Violência extra e intramuros**. Revista Brasileira de Ciências Sociais. RBCS. Nº 45, vol. 16, fevereiro de 2001.

¹¹⁹ Não se detectou filtragem racial nas abordagens automobilísticas efetuadas pela PM carioca, mas segundo as autoras, há fortes indicações de que esse filtro está presente em outras modalidades de abordagem e em certos tipos de procedimentos. MUSUMECI, Leonarda e RAMOS, Sílvia. **Elemento**

racial também é estudada por Silva. Segundo ele, no Brasil, um dos componentes mais importantes do preconceito social é o preconceito racial (de cor).¹²⁰

A construção do esteriótipo marginal se dá na associação de uma carga negativa aos grupos sociais estigmatizados que sofrem todo tipo de preconceito, o que resulta em fixar-lhes uma imagem pública de “delinqüentes”. Como visto na introdução deste trabalho, Misse chama este fenômeno de sujeição criminal. Para Misse há sujeição criminal quando há reprodução social de tipos sociais representados como criminais ou potencialmente criminais: bandidos, malandros, vagabundos, 171, marginais, traficantes, bicheiros etc.¹²¹ O autor propõe analisar o conceito com a finalidade de determinar três dimensões incorporadas na representação social do bandido e de seus tipos sociais: em primeiro lugar a construção da trajetória crimínável, em seguida, sua experiência social, por fim a auto-identidade internalizada pelo indivíduo, sua subjetividade.

Contribuem na formação do sujeito criminalizável um conjunto de variáveis definidas socialmente que servem para estratificar, diferenciar e construir esteriótipos de identidades sociais que são mobilizadas pela representação social para distinguir indivíduos suspeitos. O que Misse revela é que os recursos à disposição na maioria dos casos subordinam sua sujeição criminal à pobreza urbana e aos seus signos sociais; realizando uma seleção social do crime. É sob estes “sujeitos” que recairão os discursos criminalizantes que nos últimos anos produziram um recrudescimento penal nos países Ocidentais, com reflexos intensos no Brasil. A ideologia da Lei e Ordem produziu uma inflação legislativa capaz de levar nosso sistema penitenciário a um aumento vertiginoso nos últimos 15 anos. Na próxima sessão serão discutidos os reflexos dessa ideologia repressiva e punitiva que vem tomando conta dos discursos dos mais diferentes segmentos sociais, como políticos, mídia, intelectuais e sociedade civil.

Suspeito.: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2005.Pg. 215

¹²⁰ SILVA, Jorge da. **Violência e racismo no Rio de Janeiro.** Niterói: EdUFF, 2003.

¹²¹ MISSE, Michel. Malandros, marginais e vagabundos. Ob. cit.. Pg. 66

2.2 A expansão do sistema penal como uma nova ideologia de controle.

Se contrapondo ao programa de direito penal mínimo, do direito penal constitucional, que se baseia na proteção integral dos direitos fundamentais, tem-se o eficientismo penal, um direito penal de emergência que se expressa através de políticas criminais repressivas e criminalizantes, baseando-se no discurso da “lei e da ordem”; um fundamentalismo penal criminalizador dos conflitos sociais.

Sob o discurso de “guerra a criminalidade”, de combate a violência, o eficientismo vai na contra mão das convenções internacionais de proteção aos direitos humanos e dos princípios constitucionais modernos e institui um sistema penal repressivo e simbólico de Tolerância Zero. Essa é a tendência ideológica que passou a imperar nos Estados Unidos e que se espalhou pela Europa e América Latina.

A fim de garantir a segurança urbana, surgiu nos anos 80, no panorama político criminal, o Movimento “Lei e Ordem”. O discurso jurídico-penal de “lei e ordem” concebe a pena como um castigo e propõe, além da supressão de direitos e garantias individuais, punições cada vez mais severas para combater o aumento da criminalidade, incluindo a aplicação da pena de morte e prisão perpétua para crimes graves, construção de penitenciárias de segurança máxima e imposição de severos regimes prisionais, diminuição dos poderes do juiz de execução penal e a atribuição destes à autoridade penitenciária.

Atrelado ao discurso da Lei e Ordem, a política de Tolerância Zero da prefeitura de Nova York no mandato de Rudolph Giuliani foi bastante difundida como um novo modelo de combate ao crime. A proposta da “Tolerância Zero” propõe uma repressão intensa e intolerante com relação a pequenos delitos como forma de reforço da segurança pública. Neste caminho, nos anos 90, Nova York expandiu seus recursos destinados à manutenção da ordem e em 5 anos aumentou seu orçamento para a polícia em 40%, quatro vezes mais do que as verbas dos hospitais públicos.

O programa Tolerância Zero se baseia, em grande medida, na chamada teoria das janelas quebradas (*broken windows*). Essa teoria foi divulgada pelo famoso artigo do mesmo nome de autoria de James Q. Wilson em parceria com George Kelling e publicado em 1982, na revista norte-americana *Atlantic Monthly*. O argumento principal da teoria é o de que uma pequena infração, quando tolerada, pode levar a um clima de anomia que gerará as condições propícias para que crimes mais graves aconteçam. Segundo a metáfora das janelas quebradas, se alguém quebra uma janela de uma casa ou edifício e estas não são consertadas, outros virão também quebrar e todos que por ali circulam admitirão que ninguém se importa com os atos de incivilidade e o abandono local, gerando um sentimento de decadência de desordem social. De acordo com a teoria, a desordem vai tomando conta daquela região, o que demonstra aos cidadãos que aquela zona é insegura e pronta a se converter em território do crime.¹²²

Quanto a violência, os autores afirmam que os crimes mais graves são frutos de uma série de pequenas delitos não punidos e que levam à formas mais graves de delinqüência. Nas palavras de Wilson e Kelling “os crimes graves florescem em áreas em que os comportamentos desordeiros permanecem sem respostas. O pedinte que age livremente é, com efeito, a primeira janela quebrada”.¹²³

A teoria das janelas quebradas passou a ser objeto de discussões em vários institutos de pesquisa e centros voltados para reflexão e sobre políticas de segurança pública nos Estados Unidos. Um dos institutos que popularizaram as idéias de Wilson e Kelling foi o Manhattan Institute, cujos seminários contavam com a freqüente presença de Rudolph Giuliani, antes de ser prefeito de Nova York. As palestras e debates tinham o objetivo de buscar alternativas de políticas de segurança pública que levassem em conta as preocupações da teoria das janelas quebradas.

Após assumir a prefeitura de Nova York Rudolph Giuliani, em 1994 colocou o chefe da policia de trânsito William Bratton no posto de Comissário de

¹²² BELLI. Benoni . **Tolerância Zero e a democracia no Brasil: visões da segurança pública na década de 90**. São Paulo: Perspectiva, 2004. Pg. 64

¹²³ *Apud* BELLI. Ibidem. Pg. 65

Polícia da cidade. Bratton foi o principal responsável pela aplicação da teoria das janelas quebradas, que forneceu um verniz de respeitabilidade pretensamente científica às políticas que foram colocadas em prática.¹²⁴ Embora jamais tenha sido validada empiricamente, a teoria das janelas quebradas alcançou status de verdadeira fórmula contra o crime.

Belli ressalta que alguns dados básicos sobre os índices de criminalidade devem ser considerados nos Estados Unidos, segundo ele: a) os índices de criminalidade de Nova York já estavam em queda havia três anos quando Giuliani iniciou seu mandato, não sendo portanto um fato totalmente novo; b) a baixa dos índices de criminalidade foi um fenômeno observado no país inteiro, e não privilégio de Nova York; c) os índices semelhantes aos alcançados em Nova York foram obtidos em várias cidades sem que se tenha feito uso de táticas do tipo Tolerância Zero. De acordo com dados coletados pelo criminologista Alfred Blumstein, da Universidade de Carnegie Mellon de Pittsburgh de 1991 a 1998, a taxa de homicídios caiu 76,4% em San Diego, 70,6% em Nova York e 69,3% em Boston. E as três cidades empregaram estratégias diferentes, enquanto Nova York enfatizou as políticas de Tolerância Zero, San Diego foi pioneira no policiamento comunitário e Boston procurou envolver os líderes religiosos na prevenção do crime. Outras cidades também tiveram redução nas taxas de homicídios sem que qualquer estratégia coerente tenha sido implementada, como Houston 61,3% e Los Angeles 59,3%.¹²⁵

Segundo pesquisas de Wacquant,¹²⁶ a doutrina da Tolerância Zero, instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda, propagou-se através do globo a uma velocidade alucinante, e com a retórica militar da guerra ao crime e da reconquista do espaço público, que assimila os

¹²⁴ Importante destacar que entre 1994 e 1998, constatou-se um aumento de 62% no número de queixas de brutalidade policial encaminhadas a Revisão de Queixas da Cidade. A filosofia da Tolerância Zero estimulou a retórica da guerra e as demonstrações de força resultaram em um número maior de choques entre policiais e civis. Alguns episódios ficaram conhecidos, como o caso de Abner Louima, internado em um hospital com hemorragia interna após ser sodomizado com um cassetete e apanhar durante várias horas, e o caso de Amadou Diallo, morto no vestíbulo de seu prédio cravado por 19 das 41 balas disparadas em sua direção. Ambos os casos causaram comoção na cidade e colocaram em evidência a opção preferencial da polícia pelo ataque a representantes de minorias, em especial jovens negros e latinos. BELLI. Ob.Cit. Pg. 74

¹²⁵ BELLI. Ob.Cit. Pg. 74

¹²⁶ WACQUANT, Loic. **As prisões da Miséria. Rio de Janeiro**: Jorge Zahar, 2001. WACQUANT, Loic. **Punir os Pobres**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

delinqüentes, sem-teto, mendigos, e outros marginais.¹²⁷ Charles Murray, do Manhattan Institute, apoiado em estatísticas do Ministério da Justiça, concluiu que a triplicação da população carcerária nos EUA entre 1975 e 1989 teria, por seu efeito neutralizante, evitado 390.000 assassinatos, estupros e roubos com violência; e lança a idéia de que na ausência da pena de morte, a reclusão é o meio mais eficaz de impedir os criminosos comprovados e notórios de matar, estuprar, roubar e furtar. Segundo a nova teoria, o Estado não deve se preocupar com as causas da criminalidade das classes pobres, à margem de sua “pobreza moral”, mas apenas com suas conseqüências, que ele deve punir com eficácia e intransigência.¹²⁸

Wacquant chama atenção para a propagação também na Europa de um novo senso comum penal neoliberal, articulado em torno da maior repressão dos delitos menores e das simples infrações, o agravamento das penas, a erosão da especificidade do tratamento da delinqüência juvenil, a vigilância em cima das populações e dos territórios considerados de “risco”, a desregulamentação da administração penitenciária e a redefinição da divisão do trabalho entre público e privado. Segundo ele, esse novo modelo penal se apresenta em perfeita harmonia com o senso comum neoliberal em matéria econômica e social, que ele completa e conforta “desdenhando qualquer consideração de ordem política e cívica para estender a linha de raciocínio economicista, o imperativo da responsabilidade individual – cujo avesso é a irresponsabilidade coletiva – e o dogma da eficiência do mercado ao domínio do crime e do castigo”.¹²⁹

Suas pesquisas revelam que vem se observando nos Estados Unidos e na Europa uma redefinição das missões do Estado, que, em toda parte, se retira da arena econômica e afirma a necessidade de reduzir seu papel social e ampliar,

¹²⁷ A experiência de Giuliani em Nova York se espalhou em todos os continentes: em 1998 o presidente o México e o Secretário de Justiça e Segurança de Buenos Aires anunciam a adesão ao programa. Em 1999 o Governador de Brasília Joaquim Roriz a nuncia a aplicação da Tolerância Zero com a contratação de 800 policiais. As repercussões são vistas também na França, Itália, Alemanha, Inglaterra, Nova Zelândia WACQUANT, Loic. **As prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. Pg.33

¹²⁸ O Manhattan Institute nos anos 90 publicou uma revista City que difundiu a tese de civilizar a cidade. A idéia força reside em que o caráter sagrado dos espaços públicos é indispensável à vida urbana e, ao contrário, que a desordem na qual se comprazem as classes pobres é o terreno natural do crime. WACQUANT. Ibidem. Pg. 25

¹²⁹ WACQUANT. Ibidem. Pg. 136.

endurecendo-a, sua intervenção penal.¹³⁰ Representa assim, um enfraquecimento do Estado social e o fortalecimento e glorificação do Estado penal. Os resultados demonstram ainda, que não obstante as desigualdades sociais e a insegurança econômica terem se agravado profundamente no curso dos dois últimos decênios, o Estado caritativo americano não parou de diminuir seu campo de intervenção e de comprimir seus modestos orçamentos¹³¹, a fim de satisfazer a duplicação das despesas militares e a redistribuição das riquezas em direção às classes mais abastadas. A tal ponto que a guerra contra a pobreza foi substituída por uma guerra contra os pobres.

Para sustentar a redução dos gastos sociais os ideólogos americanos conservadores afirmaram que a dependência patológica dos pobres resultaria de seu desamparo moral e ameaçaria a civilização ocidental. Sob esse argumento a reforma dos serviços sociais foi votada pelo Congresso Americano em 1996 no governo Clinton. Esta reforma consistiu em abolir o direito à assistência social para as crianças mais desfavorecidas e substituí-lo pela obrigatoriedade do salário desqualificado e subpago para seus pais. A nova legislação revogou o direito à assistência de que as crianças desfrutavam em consequência do Social Security Act de 1935, em seu lugar ela instaurou a obrigação para os pais assistidos de trabalhar ao cabo de dois anos, assim como a duração acumulada máxima de cinco anos de assistência por uma vida.¹³²

Wacquant afirma que sob o manto da “reforma” a lei sobre responsabilidade individual do trabalho de 1996, confirma a substituição de um (semi) estado – providência por um estado carcerário e policial no seio do qual a criminalização da marginalidade e a contenção punitiva das categorias deserdadas fazem às vezes de política social. A nova ideologia difundida afirma que a

¹³⁰ O governo de Reagan desenvolveu uma cruzada contra o Estado-providência, baseado no livro *Losing Ground* de Charles Murray, guru da administração de Reagan, segundo o qual a excessiva generosidade das políticas públicas de ajuda aos mais pobres seria responsável pela escalada da pobreza nos Estados Unidos: ela recompensa a inatividade e induz à degenerescência moral das classes populares, sobretudo essas uniões ilegítimas que são a causa de todos os males das sociedades modernas – entre os quais a “violência urbana”. WACQUANT, Loic. **As prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. Pg. 22

¹³¹ Os programas dirigidos aos pobres foram as primeiras vítimas do movimento de reação que levou Reagan ao poder em 1980. Embora o custo do AFDC (auxílio para mães sozinhas e sem renda) seja inferior a 1% do orçamento federal todos os governos fizeram a sua redução. WACQUANT, Loic. **Punir os Pobres**, Rio de Janeiro: Revan, 2003. Pg. 24

¹³² WACQUANT. *Ibidem*. Pg. 45

assistência aos pobres só serve para manter na ociosidade e no vício os habitantes do gueto, nos quais encorajaria os comportamentos anti-sociais.

E continua:

A utopia neoliberal carrega em seu bojo, para os mais pobres, mas também para todos aqueles que cedo ou tarde são forçados a deixar o setor do emprego protegido, não um acréscimo de liberdade, como chamam seus arautos, mas a redução e até a supressão dessa liberdade, ao cabo de um retrocesso para um paternalismo repressivo de outra época, a do capitalismo selvagem, mas acrescido dessa vez de um Estado punitivo onisciente e onipotente. A “mão invisível” tão cara a Adam Smith certamente voltou, mas dessa vez vestida com uma “luva de ferro”.¹³³

A destruição deliberada do Estado social e a hipertrofia súbita do estado penal no último quarto de século são dois desenvolvimentos concomitantes e complementares. Eles representam o abandono do contrato social fordista e do compromisso keynesiano em meados dos anos 70 e também a crise do gueto como instrumento de confinamento dos negros. Juntos eles participam do novo governo da miséria, no seio do qual a prisão ocupa uma posição central.¹³⁴

O que as pesquisas recentes de Wacquant vêm demonstrando é que na ausência das políticas sociais, a tendência verificada nos Estados Unidos nas últimas décadas é de uma contínua expansão do sistema carcerário. Com um crescimento fulgurante das populações aprisionadas nos três escalões do aparelho carcerário¹³⁵. Em 1975 eram 380.000 presos que saltou em 1998 para 2 milhões. O assombroso crescimento do número de presos explica-se pelo encarceramento dos pequenos delinquentes e, particularmente, dos toxicômanos. Pois contrariamente ao discurso político e midiático dominante as prisões americanas estão repletas não de criminosos perigosos e violentos, mas de vulgares condenados pelo direito comum por negócios com drogas, furto, roubo, ou simples atentado à ordem pública, em

¹³³ WACQUANT. **As prisões da miséria**. Pg. 151

¹³⁴ Wacquant. *Ibidem*. Pg.55

¹³⁵ O sistema carcerário americano se organiza em três patamares: é composto de *Jails*, casas de detenção municipais, onde são recolhidos os acusados e condenados cujo saldo de penal é inferior a um ano; *State Prisons*, casas de correção dos 50 estados da união, onde ficam os condenados a pena superior a um ano; e 125 *Federal Prisons*, penitenciárias do governo federal onde ficam os indivíduos processados ou condenados por crimes contra o código penal federal. WACQUANT. *Ibidem*. Pg. 58

geral oriundos das parcelas precarizadas das classes trabalhadoras e, sobretudo das famílias do subproletariado de cor nas cidades atingidas pela transformação conjunta do trabalho assalariado e proteção social.

O autor destaca as funções da prisão no novo governo da miséria; em primeiro lugar o sistema penal contribui diretamente para regular os segmentos inferiores do mercado de trabalho. Ele comprime o nível de desemprego ao subtrair à força de milhões de homens da população em busca de um emprego e secundariamente, produz um aumento do emprego no setor de bens e serviços carcerários. Estima-se que durante a década de 90 as prisões tiraram 2 pontos do índice de desemprego americano.¹³⁶ A segunda função do sistema carcerário é substituir o gueto como instrumento de encarceramento de uma população considerada tanto desviante e perigosa como supérflua, no plano econômico e político. Por fim, além de substituir o direito à assistência das crianças indigentes pela obrigação imposta a seus pais de trabalhar ao cabo de dois anos, a reforma de welfare avalizada por Clinton em 1996 submeteu os beneficiários da ajuda pública a um fichamento intrusivo, instaurando uma rígida supervisão das suas condutas, em matéria de educação, trabalho, drogas e sexualidade.

Todavia, com relação aos índices de criminalidade violenta nos EUA, a taxa nacional de homicídios estacionou entre 8 e 10 para cada 100 mil habitantes de 1975 a 1995 e a freqüência de roubos qualificado oscilava entre 200 e 250 para 100 mil. A taxa de vítimas de agressões e lesões corporais permaneceu estável por todo o período, cerca de 30 por 100 mil, a freqüência de violências caracterizadas contra a pessoa baixava de 12 para 9 em cada 100 mil. Quanto aos crimes contra os bens, eles diminuíram nitidamente, pois o índice acumulado de vitimização por roubos e arrombamentos caiu de 550 incidentes para 100, mil habitantes em 1975 para menos de 300, 20 anos mais tarde.

O que se observou nos Estados Unidos é que, a quadruplicação em duas décadas da população encarcerada se explica não pelo aumento da criminalidade violenta, mas pela extensão do recurso à prisão para uma gama de crimes e delitos

¹³⁶ Por outro lado, a expansão do setor penal também produziu uma grande demanda por funcionários; no total "a penitenciária" contava em 1993 mais de 600.000 empregados, o que fazia dela o terceiro empregador do país, atrás apenas da General Motors e Wal-Mart. WACQUANT. Prisões da Miséria. Pg 87.

que até então não incorriam em condenação e reclusão, a começar pelas infrações menores à legislação sobre os estupefacientes e os atentados à ordem pública. A causa-mestra deste crescimento astronômico da população carcerária é a política de guerra à droga, política que desmerece o próprio nome, pois designa na verdade uma guerrilha de perseguição penal aos vendedores de rua, dirigida contra a juventude dos guetos para quem o comércio do varejo é a fonte de emprego mais acessível. Foi esta política que entupiu as celas e escureceu seus ocupantes.¹³⁷

As medidas penais adotadas contribuíram ainda mais para o alongamento das penas, que revela o endurecimento da política judiciária no EUA, são alguns exemplos: o aumento do quantum imposto tanto aos delitos sem gravidade quanto aos crimes violentos, a multiplicação das infrações motivando encarceramento fechado, e perpetuidade no terceiro crime (*three strikes you' re out*), aplicação da legislação adulta aos menores de 16 anos. Assim, na medida em que se desfaz a rede de segurança do Estado caritativo (*safety net*), vai se tecendo a malha do Estado disciplinar (*dragnet*) chamado a substituí-lo nas regiões inferiores do espaço social americano.

Se forem contabilizados os indivíduos colocados em liberdade vigiada (*probation*) e soltos em liberdade condicional (*parole*) por falta de lugar nas penitenciárias, são cerca de 5 milhões de americanos, ou seja, 2,5 da população adulta do país que caem sob jurisdição penal. A tradução financeira desse grande encarceramento da marginalidade não é difícil de imaginar. Enquanto a parte dos recursos nacionais destinada à assistência social diminuía, o orçamento da justiça criminal do governo federal foi multiplicado por 5, 4 entre 1972 e 1990.¹³⁸

A extensão do sistema penal se exerce prioritariamente sobre as famílias e os bairros deserdados, particularmente os enclaves negros das metrópoles. Os afro-americanos são maioria nas prisões embora representem apenas 12% da população do país. Um homem negro tem mais de uma chance sobre quatro de purgar pelo menos um ano de prisão e um latino uma chance sobre seis contra uma

¹³⁷ Idem. Punir os pobres. Pg. 29

¹³⁸ O encarceramento tornou-se uma verdadeira indústria – e uma indústria lucrativa. Pois a política do tudo penal estimulou o crescimento exponencial do setor das prisões privadas, para o qual as administrações públicas perpetuamente carentes de fundos se voltam para melhor rentabilizar os orçamentos consagrados à gestão das populações encarceradas. Elas eram 1.345 em 1985 e dez anos mais tarde 49.154. WACQUANT. Punir os Pobres. Pg.31

chance sobre 23 de um branco. Isso mostra o caráter discriminatório das práticas policiais e judiciais implementadas na política “lei e ordem” das duas últimas décadas.¹³⁹

Os EUA recorreram no curso de sua história, não a uma, mas a muitas instituições peculiares para definir, confinar e controlar os afro-americanos. A primeira foi a escravidão, a segunda, o chamado sistema Jim Crow (sistema legal de discriminação e segregação), o terceiro dispositivo especial graças ao qual a América conteve os descendentes de escravos nas metrópoles do norte industrial é o gueto. Para o Wacquant a quarta instituição peculiar da América é o novo complexo institucional composto por vestígios do gueto negro e pelo aparato carcerário - a prisão se tornou o substituto do gueto.¹⁴⁰

A conclusão de Wacquant é que a clientela das prisões norte americanas é recrutada prioritariamente nos setores mais deserdados da classe operária, e notadamente entre famílias do subproletariado de cor nas cidades profundamente abaladas pela transformação conjunta do trabalho assalariado e da proteção social; o encarceramento serve bem antes à regulação da miséria, quiçá à sua perpetuação, e ao armazenamento daqueles que estão fora do jogo do mercado. Os indivíduos que enchem os cárceres municipais são essencialmente os membros da *rabble class*, isto é, pessoas debilmente integradas à sociedade e percebidas como de má reputação: gatunos e vagabundos, marginalizados, toxicômanos e psicopatas, estrangeiros. São para estes indivíduos que se direcionam as políticas da Tolerância Zero, o discurso da Lei e a Ordem serve para garantir o controle sobre aqueles que não estão integrados à um determinado “modelo de sistema social”¹⁴¹

¹³⁹ Dados de WACQUANT. Prisões da Miséria. Pg 94

¹⁴⁰ O gueto é um dispositivo sócio-espacial que permite a um grupo estatutário dominante em um quadro urbano desterrar a explorar um grupo dominado portador de um capital simbólico negativo, isto é, uma propriedade corporal percebida como fator capaz de tornar qualquer contato com ele degradante. Em outras palavras o gueto é uma relação etnoracial de controle e de fechamento composta de quatro elementos: estigma, coação, confinamento territorial e segregação institucional. A prisão também é composta desses elementos. WACQUANT. Punir os Pobres. Pg. 117

¹⁴¹ Vale lembrar as cenas chocantes dos milhares de negros, vítimas do furacão Katrina que destruiu o New Orleans em agosto de 2005, abandonados e sem socorro devido ao descaso do governo Americano. Esse episódio revelou a segregação social e desmistificou o mito da igualdade social americana.

2.3 Tolerância Zero no Brasil

No Brasil as políticas sociais do estado do bem-estar nunca se universalizaram, como já discutido na introdução deste trabalho, o processo civilizador de inclusão e normalização dos indivíduos no Estado moderno e capitalista foram incompletos, sendo este um dos fatores que Machado tem apontado para o agravamento do aumento da criminalidade. Além disso, sabe-se, o que muitos trabalhos já apontaram que, ao longo dos últimos séculos, as políticas de segurança foram direcionadas para o controle dos grupos “indesejáveis e perigosos”. Os negros, os malandros, marginais e vagabundos no século XX¹⁴², e ainda os favelados, desocupados e minorias.

Importa considerar que as políticas de consolidação do Estado Penal nas ultimas décadas podem ser observadas não apenas no campo da programação legislativa criminalizante, que será melhor analisada mais adiante, como também na esfera da segurança pública. Após longos anos de ditadura militar e violação dos direitos fundamentais através da Lei de Segurança Nacional¹⁴³, o processo de democratização da sociedade brasileira nos anos 80 não alterou de imediato as políticas de segurança. O aumento da criminalidade urbana permitiu a manutenção das policias repressivas e autoritárias de seleção e neutralização.

O estudo de Dornelles¹⁴⁴ sobre as políticas de segurança pública no Rio de Janeiro nos últimos vinte anos chama atenção para as experiências realizadas pelo governo de Leonel Brizola (1983-1986)¹⁴⁵ na área da segurança pública na

¹⁴² MISSE.Ob.Cit.

¹⁴³ A Lei de Segurança Nacional, promulgada em 4 de abril de 1935, definia crimes contra a ordem política e social. Sua principal finalidade era transferir para uma legislação especial os crimes contra a segurança do Estado, submetendo-os a um regime mais rigoroso. Após a queda da ditadura do Estado Novo em 1945, a Lei de Segurança Nacional foi mantida nas Constituições brasileiras que se sucederam. No período dos governos militares (1964-1985), o princípio de segurança nacional iria ganhar importância com a formulação, pela Escola Superior de Guerra, da doutrina de segurança nacional, extremamente repressiva e punitiva.

¹⁴⁴ DORNELLES. João Ricardo W. **Conflito e Segurança. Entre pombos e falcões**. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2003

¹⁴⁵ A pesquisa de Sento-Sé é fundamental para a compreensão do processo eleitoral que levou à vitória de Leonel Brizola ao governo do Estado do Rio de Janeiro. SENTO-SÉ, João Trajano.

tentativa de garantir a defesa dos direitos humanos das classes populares e segmentos vulneráveis.¹⁴⁶ As medidas adotadas pelo governador Brizola, como exigir que a polícia agisse dentro da lei, respeitasse os moradores de favelas encontraram receptividade da população das áreas mais carentes, mas por outro lado sofreu resistência de significativos setores das polícias civil e militar, assim como críticas de segmentos das classes média e alta e dos políticos mais conservadores.

A resistência encontrada difundiu uma associação do brizolismo com a permissividade, com o banditismo, a desordem urbana e o crime organizado. Já na campanha eleitoral de 1986, Moreira Franco buscou aparecer como uma alternativa as políticas de desordem urbana. Os princípios de direitos humanos passaram a ser desqualificados e desmoralizados perante a opinião pública durante a campanha e identificados como obstáculos à atuação policial. Após assumir o governo, Moreira Franco adotou uma política conservadora e repressiva, privilegiando a ocupação policial nas áreas populares.¹⁴⁷

Nas eleições de 1990, Leonel Brizola retorna ao governo¹⁴⁸ realçando a necessidade de levar a presença do Estado às áreas carentes e manter ações preventivas de segurança pública. No entanto, a Chacina da Candelária e de Vigário Geral em 1993 e o arrastão em praias cariocas atingiram a imagem do governo do Estado e sua política de direitos humanos, colocando na defensiva tanto as autoridades, quanto aqueles que defendiam as políticas adotadas. Através da massiva divulgação e politização dos meios de comunicação, a opinião pública foi sendo trabalhada sistematicamente, visando criar a impressão de insegurança generalizada e um clima de medo coletivo.

Estetização da política e liderança carismática. O caso do brizolismo no Rio de Janeiro. Tese de Doutorado. Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro. 1997

¹⁴⁶ Importante pesquisa sobre a garantia dos direitos humanos no primeiro governo Brizola foi realizada por BUARQUE DE HOLANDA, Cristina. **Polícia e Direitos Humanos: Política de Segurança Pública no primeiro governo Brizola (1983-1986)**. Rio de Janeiro: Revan. 2005

¹⁴⁷ Foi durante o período de Governo de Moreira Franco que se realizaram as operações Mosaico I e II, operações policiais de ocupação de favelas com a intimidação de moradores, a prisão indiscriminadas de suspeitos e a morte de traficantes. DORNELLES. Ob Cit. Pg. 149

¹⁴⁸ O governo contava em seus quadros com a participação como Vice-Governador, de Nilo Batista, advogado criminalista de reconhecida militância em favor dos direitos humanos e o Coronel da Polícia Militar Carlos Magno Nazaré Cerqueira que assumiu a PMERJ com uma concepção transformadora e a preocupação com práticas policiais preventivas.

A partir deste quadro é que surgem demandas de lei e ordem, claramente ofensivas à legalidade. O discurso conservador e autoritário passa a fazer a distinção entre os direitos humanos e a cidadania, onde os primeiros seriam privilégios para desordeiros, bandidos, enquanto os direitos da cidadania seriam próprios dos “bons cidadãos”. Passa a haver uma desqualificação do discurso dos direitos humanos e uma valorização das práticas ilegais, arbitrárias e violentas tendo como alvo principal as classes populares e vulneráveis.

No ano de 1994, tendo assumido Nilo Batista, o governo, para a saída de Leonel Brizola, que concorreria ao governo federal, o Estado do Rio passava por um profundo isolamento político. Além de forte oposição e manipulação da mídia e da oposição da política conservadora, policiais corruptos e criminosos destilavam seu ódio à política de direitos humanos com assassinatos e queimas de arquivo, fragilizando ainda mais o governo. Frente à pressão do governo federal o governador assinou um convênio para iniciar operações em conjunto do exército com a polícia, visando combater o tráfico de drogas e as armas no Estado. Iniciava-se o que se chamou “Operação Rio”¹⁴⁹

A operação representou a remilitarização da segurança pública no Rio de Janeiro, a retomada das práticas de violação dos direitos e a invasão de favelas. Com a operação, a “metáfora da guerra” e a lógica da militarização passaram a prevalecer. As favelas passaram a ser o território inimigo a ser invadido. O governo de Marcelo Alencar (1995-1998) manteve a política repressiva do confronto assumindo o discurso, da lei e ordem na segurança pública marcado por estigmas sociais, preconceito e autoritarismo.¹⁵⁰ Foi um governo conservador, apoiado em uma política de segurança reacionária, e anti-democrática.

O governo de Anthony Garotinho (1999-2002) em princípio, assessorado pelo sociólogo Luís Eduardo Soares, apresentou propostas progressistas, com base

¹⁴⁹ Sobre a operação Rio ver CERQUEIRA, Carlos Magno. Remilitarização da segurança pública – a Operação Rio. In: **O futuro de uma ilusão: o sonho de uma nova polícia**. Coleção Polícia do Amanhã. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia / Editora Freitas Bastos, 2001.

¹⁵⁰ Foi no governo de Marcelo Alencar que se implantou a “política do gatilho” e a “gratificação faroeste”, através das promoções por atos de bravura, o que estimulou, com apoio oficial, execuções de suspeitos e de delinquentes.

na defesa da dignidade humana¹⁵¹. Em seguida após sua exoneração¹⁵² o governador adotou um discurso ambíguo, aparentando ser progressista, mas, no entanto, permitindo medidas repressivas. O que permanece até os dias atuais com o governo de Rosinha Mateus, esposa de Anthony Garotinho.¹⁵³

A breve análise das políticas de segurança no Rio de Janeiro nos últimos vinte anos são reveladoras do embate de propostas e discursos sobre as funções da segurança pública. De um lado tem-se a defesa dos direitos humanos, do direito penal mínimo, da descriminalização, como algo que protege aos bandidos, e aumenta a criminalidade. De outro, as políticas repressivas que visam maior punição, e recrudescimento penal, são vistas como solução para os problemas sociais da violência nos grandes centros. O discurso oficial tende a adotar a ideologia da tolerância zero em termos semelhantes aos utilizados nos países centrais, mas a prática cotidiana da polícia parece interpretar as palavras duras dos líderes políticos como licença para aniquilar os inimigos internos¹⁵⁴. O individualismo exacerbado que sustenta a Tolerância Zero encontra um ambiente acolhedor no Brasil. A retórica da guerra contra o crime e as classes consideradas criminosas, propiciada pela nova ideologia já vinha sendo aplicada no Brasil, por meio da violência policial ilegal e de uma longa tradição inquisitorial da história brasileira.

Como ressalta Zaffaroni¹⁵⁵ na história do poder planetário observa-se uma permanente busca do “inimigo”, os hereges, os bárbaros, e hoje dos traficantes. E é nas sociedades onde há maior exclusão social que, segundo ele, a mensagem

¹⁵¹ Ver Plano Estadual de Segurança Pública feito em parceria com Luis Eduardo Soares. GAROTINHO, Anthony. Uma política de segurança para o Rio de Janeiro. In: Arché Interdisciplinar, Rio de Janeiro: Faculdades Integradas Candido Mendes. Ipanema, nº 19, 1998.

¹⁵² Sobre todo período de participação de Soares no governo ver: SOARES, Luiz Eduardo. **Meu caso de General: quinhentos dias no front da segurança pública no Rio de Janeiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

¹⁵³ No governo de Rosinha foram montadas algumas operações de invasão em comunidades do Rio de Janeiro pelas Polícias Civil e Militar. Um exemplo foi a **Operação Asfixia** em 2003, montada para encurralar os traficantes em seus pontos-de-venda e **Pressão Máxima** intensificando a presença da “polícia tanto no morro quanto no asfalto”. Fonte: Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.ssp.rj.gov.br/noticia.asp?id=12>. Acesso em 30 de janeiro de 2006.

¹⁵⁴ Não se trata de uma política explícita de extermínio, trata-se de uma estratégia de “polícia de resultados”, isto se traduz em prisões e apreensões de armas e drogas e como consequência há um incremento das mortes que são lidas como sendo indivíduos que resistiram à atuação da lei e por isso foram mortos, porque se colocaram francamente em confronto com a polícia.

¹⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Buscando o Inimigo: de Satã ao Direito Penal Cool**. In: Criminologia e Subjetividade. Marildo Menegat e Regina Néri (organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2005.

vindicativa é funcional para reproduzir conflitos entre excluídos, pois os criminalizados, os vitimizados e os policizados recrutam-se desse segmento. O discurso autoritário latino-americano com base em slogans e propagandas vende o poder punitivo como uma mercadoria, na medida em que se verifica que a promoção emocional de impulsos vindicativos tem êxito comercial.

Ao contrário das teorias de prevenção especial que vêem a pena com uma função de ressocialização e reeducação do delinqüente, a concepção atual retorna a punição retributiva, como castigo, como vingança, mantendo, no entanto, a concepção liberal do indivíduo como único responsável pelo crime, que na sua racionalidade criminosa procura maximizar de forma ilícita ganhos e minimizar as chances de ser preso. Essa visão do crime como uma função de essência individual reforça a crença no poder de dissuasão do aparelho repressivo. Nesse contexto os indivíduos são sempre considerados senhores de seus destinos, seres que escolhem livremente seu próprio caminho. Contudo ao mesmo tempo, o discurso repressivo também identifica neste indivíduo criminoso um “mal maior” que está “incorporado” nele, sendo, portanto inútil a tentativa de ressocialização.

Quando se deixa de acreditar na possibilidade de reabilitação e se perde de vista as causas sociais do fenômeno criminal, o Estado fica liberado para canalizar seus esforços nesse campo para a vigilância e a repressão. Se os criminosos são em sua grande maioria irrecuperáveis, pode-se mais facilmente despeja-los nas prisões por mais tempo sem drama de consciência. Cada vez mais, nota-se uma privatização da responsabilidade pela situação de exclusão, não mais atribuída às falhas e deficiências da sociedade, mas explicadas pela culpabilização dos miseráveis.

Nesse sentido, alguns políticos e a mídia falam para as massas, explorando o medo crescente e o sentimento de terror causado pelos crimes violentos e por sua divulgação pelos meios de comunicação, e vendendo a ilusão de que sancionando leis que reprimam desmesuradamente vulneráveis e marginalizados que se individualizam, e aumentando a arbitrariedade policial, ao legitimar, direta ou indiretamente, todo o gênero de violências, obter-se-á maior segurança urbana contra o delito comum.

Sobre a relação violência e expansão penal analisa um procurador de justiça entrevistado:

Acho que essa tendência decorre de vários fatores. Um deles, realmente, é o aumento da violência urbana, principalmente. O segundo seria o que nós chamamos da dramatização da violência pela mídia, que usa, manipula essa violência que existe, de forma sensacionalista de modo a criar na população um temor maior do que aquele que ela devesse ter realmente diante da violência real, concreta. E isso faz com que os legisladores procurem uma visão simplista, porque aumentar as penas, criminalizar condutas, na expectativa que, com o direito penal, possa se diminuir a violência, o que já se demonstrou que não é real, que a violência tem outros fatores e que o direito penal tem uma eficácia muito tênue, no que diz respeito ao controle social. (Entrevista com Promotor de Justiça do MP-RJ)

Contra todas as propostas produzidas no âmbito acadêmico de redução do direito penal e todas as críticas que o deslegitimam, como descrito na sessão anterior, assiste-se no Brasil uma crescente expansão da esfera penal, que se apresenta como uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, atuando no plano simbólico, para tranquilizar a opinião pública e produzindo um aumento vertiginoso na população carcerária brasileira, sem, no entanto se discutir os reais problemas sociais que assolam a sociedade brasileira.

Como afirma um juiz criminal entrevistado:

O Direito Penal é sempre expansivo (...) e faz isso de uma maneira muito clara, quando você tem uma multiplicação de leis penais, um agravamento das penas, porque ele acaba sendo um tipo de remédio que causa dependência, quanto mais você usa o Direito Penal, mais ineficaz ele demonstra ser e mais ele é exigido, se exige mais do próprio Direito Penal. Portanto, você tem uma tendência do Direito Penal se expandir, porque quem está no poder se sente mais protegido, supõe que há maior proteção com o Direito Penal. Como Juiz Criminal, concretamente, eu vejo que a sociedade brasileira reclama muito mais Direito Penal do que já tem, porque quem reclama isso em todos os níveis sociais supõe que vai ter uma proteção que, na realidade, não tem, e que só viria através de outros meios que o Estado brasileiro não conseguiu construir. (Entrevista com Juiz Criminal do TJRJ)

Com base nas abordagens analisadas, os próximos capítulos buscam identificar a influência e a inclusão do discurso crítico e humanista na legislação penal brasileira, que se refletiram na alteração do Código Penal e na Lei de Execuções Penais de 1984, na Lei dos Juizados Especiais Criminais de 1995 e na Lei de Penas Alternativas de 1998. Do mesmo modo, identifica-se a incorporação do discurso punitivo e repressor através da análise dos discursos dos legisladores em momentos de votação de matérias que trataram da alteração ou criação de novas leis nos últimos anos no país.

3- LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA: RETRIBUIÇÃO DO CRIME OU REFORMA DO “CRIMINOSO”?

3.1-Breve Histórico da Legislação Penal Brasileira

Na época da descoberta do Brasil (1500) o regime jurídico dos portugueses era regulado pelas Ordenações Afonsinas (D. Afonso V), promulgadas em 1446, além de textos de direito romano, direito canônico e direito costumeiro. As Ordenações Afonsinas pouca influência exerceram no Brasil. No tocante as medidas que afetam a liberdade, a servidão penal raramente aparecia como pena no regime das ordenações. A prisão embora prevista com freqüência, tinha em regra um caráter preventivo e consistente em evitar a fuga do autor do crime até ser julgado. Ao lado, porém, de uma função preventiva, a prisão também era aplicada no regime das ordenações Afonsinas como um meio de coerção para obrigar o autor ao pagamento da pena pecuniária.

Poucos anos após a descoberta, o Brasil passou a ser regido pelas Ordenações Manuelinas (1514 a 1603 - D. Manuel). Consolidando o Direito em Portugal, este Código era distribuído em cinco livros e no último deles constavam as matérias de Direito Penal e Processual Penal. As Ordenações Manuelinas embora formalmente estivessem vigorando no tempo das capitâneas hereditárias, não constituíram a fonte do Direito aplicável no Brasil, pois o arbítrio dos donatários, na prática, é que impunha as regras jurídicas. Ao capitão era dada a faculdade de nomear ouvidor, o qual conhecia das apelações e agravos de toda capitania. A alçada do ouvidor era de cem mil réis nas causas cíveis enquanto nas questões criminais o capitão e o ouvidor tinham competência para absolver ou para condenar impondo qualquer pena, inclusive a de morte, salvo tratando-se de pessoa de *mór*

qualidade, excetuados os crimes de heresia, traição, sodomia e moeda falsa, só tinham alçada até dez anos de degredo e cem cruzados de multa.¹⁵⁶

Durante o reinado de D. Felipe II, no ano de 1603, foram editadas as Ordenações Filipinas, que acresceram o elenco de infrações e punições tratadas nas Ordenações anteriores. Penas extremamente graves eram cominadas aos responsáveis pelas diversas ofensas, bastando constatar-se que no crime de heresia, além das penas corporais os bens eram confiscados. O regime era inquisitorial e havia uma enorme variedade de tipos de autores, das infrações e do arsenal punitivo: hereges, apóstatas, feiticeiros, blasfemos, benzedores de cães e outros bichos sem autorização do Rei, sodomia, o infiel que dormisse com alguma cristã e cristão que dormisse com infiel, vestir-se o homem com trajes de mulher ou a mulher com trajes de homem, etc. Os ilícitos contra a fé e a administração pública e o poder real eram punidos com extrema severidade: a morte cruel ou agravada era cominada para o crime de lesa majestade ou para delito de moeda falsa e para outras modalidades de ilícito como sodomia e incesto.

A grande maioria dos delitos era combatida através da sanção capital, cujas execuções se procediam de três formas: 1) morte cruel – a vida era lentamente tirada por meio de suplícios; 2) morte atroz – a eliminação era agravada com especiais circunstâncias, como a queima do cadáver, o esquartejamento etc; 3) morte simples – limitada a supressão da vida sem rituais diversos a aplicada através da degolação ou do enforcamento. A morte civil era a perda dos direitos de cidadania, aparecia como previsão autônoma para algumas infrações ou como pena acessória de outras cominações como a deportação, a relegação, a prisão perpétua.

A essência das Ordenações era impor o temor pelo castigo, sendo o crime equiparado ao pecado. As Ordenações Filipinas se constituíram na referência central da programação criminalizante no Brasil, embora sempre ressalvado o sistema penal doméstico senhorial que vigorava no regime escravagista.¹⁵⁷

¹⁵⁶ DOTTI. René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Pg 43

¹⁵⁷ As Ordenações Filipinas vigoraram oficialmente no Brasil até o Código Criminal de 1830.

Segundo Neder,¹⁵⁸ o estudo das idéias jurídicas e da cultura jurídica em Portugal e no Brasil deve levar em conta a formação histórico-social que condicionou o processo de passagem à modernidade que ocorreu na Europa. Os Estados Absolutistas europeus desempenharam um papel chave no processo histórico de passagem ao capitalismo. O Estado português, no entanto, atuou num universo de ambivalências, tendo um duplo papel: garantiu a ordem aristocrática e, ao mesmo tempo, incentivou o desenvolvimento das atividades mercantis, cujas bases foram estabelecidas pela expansão marítima.

Entretanto, a despeito de uma sólida aliança com a burguesia comercial e da dependência em relação às rendas que esta gerava, o Estado Absolutista português era praticamente o último sustentáculo de uma ordem aristocrática transcendente e imóvel, sem dispor de mecanismos para defendê-la (não se podia romper com a religião sem colocar em risco a ordem que havia de ser defendida). No caso português só restou ao absolutismo reafirmar e reforçar a religião, que o sustentava. Voltou-se, portanto, para a Igreja, numa aproximação que converteu-se numa amálgama, levando-o a adquirir uma forma ambígua em que o poder do clero atuou servindo e dominando o poder secular. O estabelecimento da Inquisição foi um dos indícios mais claros da aproximação do absolutismo português com a Igreja. A censura e a Inquisição encarregaram-se, através da repressão, de isolar Portugal da Europa; ao invés do humanismo crítico, que prometia uma laicização da política, Portugal conservava a visão sagrada de mundo.¹⁵⁹

Com a morte do rei D. João V e a ascensão de D. José I, em 1750, os chamados estrangeirados, homens que haviam estudado fora de Portugal e conheciam a filosofia iluminista, se destacaram, e tinham condições para propor um programa de governo. Sebastião José de Carvalho e Melo, o futuro Marquês de Pombal, foi indicado para a Secretaria da Guerra e dos Negócios Estrangeiros. As reformas empreendidas pelo Marques de Pombal criaram as condições para uma penetração das “Luzes” em Portugal.

¹⁵⁸ NEDER, Gizlene. **Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro obediência e submissão**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.Pg. 33

¹⁵⁹ Idem.Ibidem. Pg. 53

Pode-se identificar na época pombalina uma luta em três frentes: contra o setor antimonopolista da burguesia mercantil, contra o setor anti-absolutista da aristocracia nobiliária e contra o setor hegemônico da aristocracia eclesiástica. Por trás destes embates estava a preocupação em eliminar todas as formas de contestação a um Estado em vias de secularização, esforçando-se para agir de acordo com suas necessidades imanentes, nos moldes do absolutismo já em vigor na Europa em geral. No período pombalino criaram-se as condições para as rupturas com a tradição cultural seiscentista e estabeleceram-se as condições para o ingresso dos ideais liberais e iluministas na mentalidade portuguesa.

A modernização e a renovação introduzidas no período pombalino não implicaram, contudo, um movimento ideológico e político radical, cujos efeitos práticos redundassem em transformação do *status quo*. Pelo contrário, a Ilustração, cujos raios de ação e impacto revolucionário devem ser matizados significou, para a Universidade de Coimbra, uma redefinição modernizante do perfil da intelectualidade luso-brasileira, do ponto de vista metodológico, sem contudo produzir efeitos de ruptura com o viés autoritário e conservador do padrão de obediência e submissão.

160

Mas as influências da filosofia iluminista e das idéias liberais já estavam sendo irradiadas pelos movimentos da Revolução Francesa (1789) e Independência do Estados Unidos (1776) e se fazia sentir não apenas na Europa, como também na América. A perspectiva de mudanças no campo das relações humanas e sociais tendo a frente o humanismo refletido na obra de Beccaria (1764), determinaram o movimento para modificar a legislação portuguesa. Em 1778 foi constituída uma comissão à qual se juntou Pascal de Melo Freire e que foi encarregada de elaborar os projetos de Códigos de Direito Público e Direito Criminal. Os trabalhos foram apresentados em 1789 e continham importantes mudanças no sistema vigente. O projeto apresentou uma linguagem de ruptura com a penologia do Antigo Regime. Combatendo pela abolição dos atrozes suplícios, Pascal redigiu o projeto destacando nos primeiros capítulos uma teoria geral do delito e da pena, sendo analisadas questões de política penal. Muito embora o projeto Freire fosse

¹⁶⁰ Os estatutos das faculdades de direito de Recife e de São Paulo (discutidos entre os anos de 1823 e 1827) copiaram os novos ideais dos Estatutos da Universidade de Coimbra. NEDER. Gizlene. Ob.cit. Pg. 31

abandonado, a história do direito penal luso-brasileiro consagrou os esforços daquele jurista que tanto lutou contra a tortura alimentada pelo livro V das Ordenações.

O Brasil conquistou a independência de Portugal em 1822, mas as ordenações Filipinas não foram imediatamente revogadas, contudo, na primeira Constituição foi possível observar a influência dos princípios liberais. Promulgada em 25 de março de 1824 a Constituição Brasileira no seu art. 179 proclamou a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos, tendo por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade. Além de garantias gerais no campo das liberdades públicas e dos direitos individuais, a Carta política previu a organização urgente de um código criminal. Um dos incisos recomendava o quanto antes a organização de um código civil e criminal, “fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”. (inc. XVIII).

A Constituição de 1824 declarou formalmente, a abolição dos açoites, das torturas, da marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis; proibiu o confisco de bens e a declaração de infâmia aos parentes do réu em qualquer grau, proclamou que nenhuma pena passaria da pessoa do delinqüente e que “as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e a natureza dos seus crimes.”¹⁶¹

Em 16 de dezembro 1830 foi sancionado pelo Imperador D. Pedro I o Código Criminal do Império do Brasil. Florescendo com bases de justiça e equidade, constituiu um documento no qual se projetavam as novas correntes de pensamento, reconhecendo as idéias liberais que dominavam Inglaterra, França e Estados Unidos¹⁶². Enquanto as Ordenações Filipinas cominavam a pena de morte em mais de setenta casos, o Código Imperial reduziu as hipóteses a somente três infrações (insurreição de escravos, homicídio agravado e latrocínio). O Código Imperial previu onze classes de penas: morte, galés, prisão com trabalho, prisão simples,

¹⁶¹ DOTTI. René Ariel. Ob Cit. Pg. 50

¹⁶² O Código Criminal de 1830 foi inspirado na doutrina da Faculdade de Direito de Coimbra, reformada na administração pombalina. A formulação do código inspirou-se no projeto de Pascal José de Mello Freire, professor de muitos juristas brasileiros. A autoria do Código Brasileiro é coletiva, embora tenha sido atribuída a Bernardo Pereira Vasconcelos. O projeto de Pascal de Melo e Freire não foi aprovado, mas foi bastante debatido e discutido, e a formação doutrinal dos juristas brasileiros revelava uma adesão unânime as suas idéias nos debates parlamentares entre os anos de 1826 a 1830. NEDER. Gizlene. Ob. Cit. Pg. 198

banimento, degredo, desterro, multa, suspensão do emprego, perda do emprego, açoites. Esta última espécie de sanção foi abolida pela Lei de 15.10.1886. O Código previa a prisão com trabalho em quase todos os atentados contra a ordem pública. Os escravos recebiam as punições mais rigorosas: morte, galés e açoites.

A privação de liberdade passaria a ser uma autêntica e própria sanção penal para substituir as penas corporais, a prisão como autêntica pena ingressava nos costumes brasileiros não como simples instrumento de proteção da classe dominante, mas também passaria a ser vista como fonte de emenda e de reforma moral para o condenado.

Com essa nova lei penal, o legislador brasileiro buscou conciliar um Código Penal de cunho liberal com uma sociedade escravocrata, que reconhecia o escravo como sujeito e objeto do delito, e previa para este, tratamento diferenciado. Um negro, por exemplo, não podia alegar legítima defesa em caso de agressão física praticada por seu proprietário, ou seja, as disposições “liberais” e reformadoras do Código de 1830 não valiam para os escravos. A vedação das penas cruéis não se aplicava aos escravos, que ainda foram marcados e açoitados até posterior proibição da pena de açoite.¹⁶³

A primeira vista, o Código Criminal de 1830 e a Constituição que o antecedeu (1824) dão a impressão de negarem a herança colonial e rural a partir de uma nova formação política que começava a se emoldurar. Mas toda a estrutura política e jurídica do Império permaneceu fundada nas mesmas bases anteriores: o latifúndio agrário-exportador e o trabalho escravo. Os bacharéis, a quem se atribuía a construção da ordem e a quem a influência européia revestia de um verniz liberal, eram os expoentes de uma classe que se sustentou à base do açoite, no controle social direto e repressivo do cotidiano dos escravos; e jamais estiveram dispostos a abrirem mão, em nome da Luzes, de sua posição aristocrática.¹⁶⁴

¹⁶³ No ano de 1885 a Lei Vicente Piragibe proibiu o tráfico de escravos em território brasileiro, e em 1888 foi assinada pela Princesa Isabel a Lei Áurea que aboliu a escravatura no Brasil, e trouxe, ainda, necessárias alterações no Código através da supressão de condutas delituosas ali previstas.

¹⁶⁴ Para Batista e Zaffaroni a compreensão da programação criminalizante que teve seu núcleo no Código Criminal do Império do Brasil de 1830, bem como do sistema penal montado a partir dela, pode ser facilitada pela análise de dois grandes eixos, no primeiro dos quais encontramos a contradição entre liberalismo e escravidão, e no segundo o movimento político de descentralização e centralização. “As promessas liberais não poderiam cumprir-se numa sociedade escravista.”

Nos anos subseqüentes ao Código de 1830 houve uma proliferação de leis penais, pois as notícias das revoltas de negros no Haiti e a revolta malê na Bahia, produziram uma duríssima legislação penal provincial e municipal. Por exemplo, o Decreto 46 de 13/05/1836 aprovava posturas municipais para as cidades de Niterói e Cabo Frio e as vilas de Maricá, Itaboraí e Magé, e determinava que qualquer escravo encontrado à noite ou em domingos e feriados sem um bilhete do senhor, receberia de 20 a 50 açoites. “Este era o direito penal do cotidiano, ausente dos livros e cego para os princípios da legalidade”.¹⁶⁵

Em 1889 João Vieira de Araújo, catedrático de Direito Criminal da Faculdade de Recife, elaborou um anteprojeto de uma nova edição oficial do Código Criminal, submetendo-o ao Ministro da Justiça, que designou uma comissão para apreciá-lo, cujo relator seria João Batista Pereira. Depois de proclamada a República o Ministro da Justiça do Governo Provisório, Campos Salles, renovou o convite a Batista Pereira. A coincidência de convidar o governo republicano, o mesmo jurista que o governo imperial havia convidado, demonstra que nada havia mudado muito.

A abolição da escravidão em 1888 e a Proclamação da República em 1889 representava uma tentativa de realizar uma transição institucional e política no Brasil. Joaquim Nabuco, líder do abolicionismo, apresentou à Câmara dos Deputados um projeto autorizando o Ministro da Justiça a mandar publicar uma nova edição do Código Criminal, eliminando as disposições referentes à escravidão. O Ministro da Justiça Campos Salles antes mesmo do término do projeto baixou um Decreto 774, de 20 de setembro de 1890, abolindo a pena de galés, reduzindo a trinta anos as penas perpétuas, mandando computar no tempo de prisão o cumprimento da prisão preventiva e instituindo a prescrição das penas. Batista Pereira concluiu o seu trabalho em pouco mais de três meses e o Código Penal foi Promulgado pelo Decreto de nº 847 de 11 de outubro de 1890.

ZAFFARONI, Raul. BATISTA, Nilo et all. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. Pg. 426

¹⁶⁵ ZAFFARONI, Raul. BATISTA, Nilo et all. *Ibidem*. Pg. 439. Sobre polícia e ordem pública no Rio de Janeiro do século XIX ver HOLLOWAY, Thomas. **Polícia no Rio de Janeiro. Repressão e resistência numa cidade do século XIX**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1997. Sobre a polícia e a ordem pública no Rio durante a República Velha. Ver: BRETAS, Marcos. **Ordem na cidade**. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

O novo Código previa as seguintes modalidades de penas privativas de liberdade: a) a prisão celular, aplicável para quase todos os crimes e algumas contravenções, constituindo a base do sistema penitenciário. Caracterizava-se pelo isolamento celular com obrigação de trabalho, a ser cumprida em estabelecimento especial; b) reclusão para os crimes políticos, executada em fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares; c) prisão com trabalho obrigatório, disciplinar, cominadas para vadios, mendigos e capoeiras a serem recolhidos às penitenciárias agrícolas para tal fim destinadas ou aos presídios militares; d) prisão disciplinar destinada aos menores até a idade de 21 anos, para ser executada em estabelecimentos industriais especiais. O elenco de sanções abrangia também o banimento, a interdição, a suspensão e a perda de emprego público e a multa, sendo abolidas formalmente as penas de morte e prisão perpétua.

O advento da República não representou significativas mudanças na estrutura social herdada do Império, pois permanecia a exclusão do povo em geral, com grande miséria nos campo e nas cidades, e mantinha-se a consolidação do poder das oligarquias. Isto gerava alta tensão social, além do aumento da criminalidade que preocupava as autoridades e gerava fortes repressões policiais. A solução encontrada não se alterou com a república, qual seja, a repressão violenta e prisão.

O fim do sistema econômico escravagista, modificou a composição das classe urbanas, uma massa de ex-escravos e mestiços invadiram o espaço urbano em busca de trabalho assalariado, representando mais de 70% da população, a elite política logo se apressou em reformar as leis penais direcionando a punição à negros e imigrantes, aplicado-as de forma seletiva para a população desfavorecida.

Segundo Cancelli¹⁶⁶ a implantação de uma ordem burguesa, associou a imposição da ética do trabalho ao controle social, onde a vagabundagem passou a ser tratada como assunto criminal. Nesse sentido, direcionou-se a repressão, a punição e o controle àqueles que sofrem com o preconceito social, especialmente negros e imigrantes, o contingente populacional pobre e estigmatizado.

¹⁶⁶ CANCELLI, Elizabeth. **A cultura do crime e da lei: 1889-1930**. Brasília: Universidade de Brasília. 2001. Pg. 40.

Já nessa época, os estudos e pesquisas da Escola Positivista se manifestaram entre os penalistas brasileiros com bastante intensidade. A antropologia, a sociologia, a psiquiatria e outras disciplinas destinadas ao conhecimento do homem e seu meio, entusiasmaram os penalistas brasileiros. Um exemplo dessa corrente de idéias que floresceu das investigações das ciências naturais, políticas e sociais foi a fundação da sociedade de Antropologia Criminal, Psiquiatria e Medicina Legal (1895) integrada por catedráticos da Faculdade de Direito de São Paulo. A ampla discussão doutrinária em torno dos postulados e do confronto das escolas Clássica e Positivista estimulava os movimentos para a reforma do Código de 1890.¹⁶⁷

Cancelli afirma que as novas conotações teóricas trazidas pela Escola Positivista evidenciavam-se através da mudança de visão sobre o delito, cultivada pela Escola Clássica, para uma visão sobre o criminoso, ponto de partida dos positivistas. Essa nova postura era do enquadramento do louco no Código Penal de 1890, porque o artigo 27 dizia que não eram criminosos “os que por imbecilidade nativa ou enfraquecimento senil forem absolutamente incapazes de imputação” e “os que se acharem em estado de completa privação dos sentidos e de inteligência no ato de cometer o crime”. Com o avanço dessa tendência, o saber sobre a normalidade, o crime e os criminosos passou a ser tido como incontestável, na medida em que a utilização de certezas estatísticas, psiquiátricas, médicas e judiciais fazia com que não pudesse haver margem para dúvidas.

O início do século XX conheceu um período de grande imigração no Brasil, por conta da abolição da escravidão e pela necessidade de mão-de-obra no campo. Mas, parte desses imigrantes foram aproveitadas nas incipientes indústrias que nasciam em São Paulo. E foi durante esse período que se desdobrou um movimento pela criminalização de comportamentos típicos de imigrantes, que entre 1894-1916, constituíam 55,5% dos presos nas cadeias paulistas, fazendo companhia aos negros e mestiços, população habitual dos cárceres.¹⁶⁸

¹⁶⁷ CANCELLI. *Ibidem*. Pg. 50.

¹⁶⁸ FAUSTO. Boris. **Crime e Cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1888-1924)**. São Paulo: Brasiliense, 1984.

A grande profusão de leis penais durante o período republicano, e as tendências muito vivas de rever o Código Penal levaram o governo a promover uma consolidação das leis existentes. Havia dificuldade não somente de aplicação das leis extravagantes como também de seu próprio conhecimento. O trabalho de consolidação foi realizado em 1932 pelo Desembargador Vicente Piragibe e continha 410 artigos.

O movimento militar revolucionário que assumiu o poder em 1930 editou um decreto em 10 de fevereiro de 1931 visando a organização da futura Assembléia Nacional Constituinte a fim de rever a legislação em vigor. Uma nova carta política foi promulgada em 16 de julho de 1934. Reafirmando a necessidade de se garantirem princípios fundamentais de segurança individual e coletiva, a Constituição vedava as penas de banimento, morte, confisco e penas de caráter perpétuo.

Em 1935 o Desembargador Virgílio de Sá Pereira apresentou um novo projeto do Código Criminal que foi bastante debatido, a influência da escola positivista era clara e se orientava para a classificação dos delinqüentes, a discussão sobre a periculosidade criminal e social, a individualização da pena, e o emprego de medidas de segurança visando reduzir as hipóteses de penas curtas de prisão.¹⁶⁹ A multa, o perdão judicial, o sursis e a custódia doméstica eram as principais medidas de substituição. O projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados e enviado ao Senado em 1937.

Contudo, no mesmo ano foi instituído o Estado Novo, outorgando uma nova Constituição. O parlamento foi dissolvido e fechado o Congresso Nacional. A Carta de 1937 declarou a existência de um estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista, exigindo remédios de caráter radical e permanente. A nova lei fundamental instituiu a pena de morte para além das hipóteses previstas na legislação militar nos tempos de guerra, a fim de alcançar as infrações políticas e

¹⁶⁹ Os estudos da Escola Positiva se manifestaram em nosso país com bastante intensidade. Tobias Barreto foi um dos escritores que teve uma grande influência dos positivistas, objetivando uma reformulação do ordenamento legal para conter os avanços da criminalidade. A obra de Ferri serviu de modelo obrigatório para as pesquisas. Acreditava-se que a criminalidade não poderia ser combatida através de medidas penais de extrema severidade. O criminalista Viveiros de Castro concorda com Ferri analisando os substitutivos penais expostos num plano geral envolvendo diversas ordens (econômica, política, científica, legislativa, administrativa, religiosa, familiar). DOTTI. René Ariel. Ob Cit. Pg. 57.

também o homicídio de natureza comum, quando praticado por motivo fútil e com extremos de perversidade, criou-se ainda um tribunal especial para julgamento de crimes políticos e contra a economia popular. A Constituição de 1937, que tinha a luta de classe, infiltração comunista e o apoio das forças armadas em seu preâmbulo, previa que os crimes contra a segurança do Estado e a estrutura das instituições estariam sujeitos a justiça e processo especiais, que a lei prescreverá (art. 172)

O período do Estado Novo foi caracterizado pela censura e total ausência de liberdades individuais, tendo se constituído num estado policial, onde a prisão exercia um papel importante, pois pessoas da classe média e alta, opositores do governo foram misturados nas prisões aos presos comuns oriundos das classes baixas. O cerceamento da liberdade era um instrumento de poder da ditadura dirigido contra as ações e palavras de seus opositores¹⁷⁰.

No final de 1937 o novo Ministro da justiça, após o golpe, Francisco Campos encarregou o professor paulista Alcântara Machado, constituinte em 1933 para a elaboração de um projeto de Código Penal. Em maio de 1938 Alcântara Machado entregou seu anteprojeto da Parte Geral do Código Criminal Brasileiro, completado-o em agosto com a Parte Especial. O Ministro da Justiça decidiu constituir uma comissão revisora nomeando para compô-la Nelson Hungria, Roberto Lyra, Vieira Braga e Narcélio de Queiroz e estes realizaram várias alterações no projeto. Seguindo outros modelos legislativos, além do Código Italiano de 1930, o anteprojeto adotou o sistema dualista (penas e medidas de segurança) frente ao entendimento segundo o qual a pena é uma reação contra fatos singulares, avaliados sob o aspecto ético-jurídico e segundo a expressão da culpa, enquanto a medida de segurança “consiste numa decisão administrativa, que serve tão somente para defender a sociedade contra o perigo representado por certas pessoas, em razão de suas condições subjetivas”¹⁷¹. Em 31 de dezembro de 1940, com o

¹⁷⁰ Segundo Zaffaroni e Batista o subsistema penal da repressão política tinha por alvo o Partido Comunista, fundado em 1922, e que em 1935 procurou articular sindicatos, promover mobilizações e eventos, apostando na efêmera Aliança Nacional Libertadora para gerar uma insurreição comunista, (que ficou conhecida como a Intentona Comunista de 1935). ZAFFARONI, BATISTA et al. Ob. Cit. Pg. 467.

¹⁷¹ Exposição de motivos do, n. 7, Projeto do Código Criminal Brasileiro, RT, São Paulo, 1938, p. 25. *apud* DOTTI. René Ariel. Ob.Cit. Pg.66. Zaffaroni e Batista ressaltam que mesmo o CP de 1940

Congresso Nacional ainda fechado foi publicado o Código Penal (Decreto Lei 2.848 de 07.12.1940)

O Código de 1940 foi considerado rígido e autoritário em seu aspecto ideológico, contudo alguns especialistas chamam atenção para o seu tecnicismo jurídico que incorpora características de um direito punitivo democrático e liberal, pois representava uma tendência liberal num governo autoritário.

O elenco geral das penas no Código de 1940 eram: a reclusão (cominada no máximo de 30 anos); a detenção (cominada no máximo de três anos) constituindo as penas privativas de liberdade, reservada a prisão simples para a Lei de Contravenções Penais (Lei 2.848/40 e 3.688/41); e a multa, que completa o elenco de sanções principais. As penas acessórias previstas eram: perda de função pública, interdições de direitos, publicação da sentença; enquanto que para as contravenções as penas eram: publicação de sentença e interdição de direitos. A prisão se tornou a sanção por excelência, mais de 170 hipóteses de ilícitos previstos no Código Penal são punidas com a detenção, enquanto em mais de 130 casos se aplica a reclusão.

Com a queda do Estado Novo e a restauração da democracia foi promulgada uma nova Constituição em 1946, fruto dos trabalhos do pluripartidarismo político, das liberdades públicas e da independência ideológica. Toda a legislação do pós-guerra foi caracterizada pela preocupação em tutelar as liberdades da pessoa humana e limitar o poder punitivo do Estado.

No ano de 1957 foi editada a Lei 3.274, pioneira no estabelecimento de normas gerais do sistema penitenciário. Passados dezessete anos da edição do Código Penal de 1940, esta foi a primeira legislação a tratar do direito dos presos, individualização das penas, classificação dos internos, e a regular o trabalho e o salário do preso, além da assistência aos condenados e à sua família. Ressalte-se que a edição desta lei, não acarretou grandes transformações na prática, pois apesar de ter representado uma inovação legislativa não passou de uma promessa utópica.

No ano de 1961 o Ministro Nelson Hungria foi incumbido de elaborar um anteprojeto que refletisse as modificações sociais operadas com a retomada da democracia. O trabalho de Nelson Hungria continha disposições relativas à execução das penas privativas de liberdade com os tipos de estabelecimentos penais (industrial, agrícola ou misto) e a criação do estabelecimento aberto sob regime de semiliberdade. O projeto se preocupou em realizar sobre o condenado uma individualizada ação educacional no sentido da sua gradativa recuperação social. Em 1963 Nelson Hungria concluiu o anteprojeto de Código Penal que Jânio Quadros lhe solicitara.

Todavia, assim como ocorrera em 1937, o pretexto da expansão do comunismo e de movimentos anárquicos no interior do país levou a um golpe militar em 1964 que destituiu o governo, atrofiou o Congresso Nacional e iniciou um processo de milhares de prisões e acusações por motivos políticos. Com sua tramitação impedida pelas circunstâncias políticas de 1964 a revisão do Projeto Hungria foi interrompida e o anteprojeto ficou na gaveta. Muitas leis extravagantes foram editadas a fim de manter a disciplina e conter as manifestações contra o regime militar e a privação de liberdade se manteve como principal recurso nos diplomas penais.

O Golpe Militar de 1964, que levou os militares ao poder, marcou o início de uma fase conturbada de nossa história, com a constituição de um tipo de intervenção penal voltada para a repressão política. Sob a bandeira da segurança nacional foram criados tribunais de exceção, instaurados inquéritos militares, dirigidos a prender e conter “subversivos”: aqueles que se opunham a Ditadura Militar. Instaurou-se um sistema penal autoritário, que ressuscitou penas cruéis já abolidas do ordenamento jurídico, além da ocorrência de prisões arbitrárias, o uso de tortura, a censura, a violência policial e a supressão de direitos humanos e das garantias individuais.¹⁷²

¹⁷² Conjugando repartições policiais civis e repartições militares, o subsistema penal DOPS/DOI-CODI, especialmente entre 1968-1974 – quando as organizações clandestinas optaram pelo enfrentamento armado – torturou, matou e ocultou o cadáver de centenas de pessoas. Este subsistema penal engendrou uma estrutura que colocou em contato com a repressão política policiais que se utilizavam de procedimentos ilegais para execução sumaria de suspeitos e acusados sob a designação de “esquadrão da morte”. ZAFFARONI. Raul. BATISTA. Nilo et al. Ob. Cit. Pg. 478

Em 1969, o novo Ministro da Justiça Gama e Silva demonstrou interesse em ver editado, às pressas, o Código Penal. Uma nova Comissão de posse do Projeto Nelson Hungria deu os retoques finais do anteprojeto que tivera seus trabalhos interrompidos em 1964. O Código de 1969 (Decreto Lei 1.004) foi outorgado pelos ministros da Marinha, Exército e Aeronáutica. Porém, o Início da vigência do Código de 1969 não ocorreu. A mesma junta militar decretou a Lei de Segurança Nacional¹⁷³ (Decreto Lei 898) que estabeleceu penas gravíssimas para infrações políticas (morte, prisão perpétua e reclusão até trinta anos)¹⁷⁴.

Como se constatou, o Governo Militar buscou, por meio de intensa repressão penal neutralizar a oposição ou qualquer outro movimento que discordasse da nova ordem. Dessa forma, utilizou como justificativa ideológica a doutrina da segurança nacional, de forma a fundamentar a perseguição política, a imposição de pesadas penas, ou mesmo o encarceramento sem processo e as graves torturas com finalidades diversas¹⁷⁵.

Já nos anos setenta a situação penitenciária brasileira era muito grave, pois os presídios encontravam-se superlotados com condições de vida muito precárias. Nos anos de 1975 e 1976, no âmbito da Câmara dos Deputados foi instaurada uma Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a proceder um levantamento sobre a situação penitenciária nacional. A conclusão dos trabalhos, apesar de não ter trazido nenhuma novidade, constatou a temerária realidade carcerária da época, e teve o mérito de chamar a atenção para o problema.

¹⁷³ Em 15 tipos penais, dentre os 40 previstos na Lei de Segurança Nacional, havia a previsão de pena de morte como pena única, ou como alternativa a prisão perpétua.

¹⁷⁴ Em março de 1968, o decreto-lei n.º 314 definiu os crimes contra a Segurança Nacional, a Ordem Política e Social. O texto definia 38 tipos de crime contra a Segurança Nacional, considerando crimes e atentados à Segurança da Nação: a greve, a associação sindical e divulgação de notícias com opiniões diversas da oficial. Um ano depois, novo decreto-lei (D.L. n.º 510 de março de 1969) foi promulgado aumentando penas e modificando o procedimento das ações penais. A Lei de Segurança Nacional foi novamente modificada pelo Decreto-Lei n.º 898 de setembro de 1969, após a edição do AI n.º 5. No aspecto penal, a grande modificação introduzida pelo AI-5 foi a suspensão da garantia do *habeas corpus* nos crimes políticos e a pena de morte em tempos de paz.

¹⁷⁵ No entanto, nesse período uma lei penal casuística foi produzida para dar liberdade ao delegado Sérgio Paranhos Fleury. Em 1973 este delegado paulista, que tinha muito prestígio com o governo militar por seus relevantes serviços prestados a repressão, foi pronunciado, pela Justiça Paulista, por homicídio, cometido no exercício de suas práticas no “Esquadrão da Morte”. O famoso delegado foi recolhido à prisão onde aguardaria o julgamento. Esgotados todos os recursos, o Regime alinhado com o Congresso editou a lei 5.941 de 22.11.1973 determinado que a partir de então, para os réus primários e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, se já se encontrar preso. Feita para um destinatário determinado esta lei ficou conhecida como **Lei Fleury**.

Em 12 de março de 1977 foi publicado um projeto de Lei encaminhado ao Congresso Nacional pelo Presidente da República, procurando ajustar algumas normas do Código Penal, Processo Penal e Lei de Contravenções Penais, representando uma reforma penal com a Lei 6.416/77. A exposição de motivos salientou que um dos graves problemas determinantes do movimento de reforma se devia à superpopulação carcerária. Os estabelecimentos penais já não podiam mais atender ao grande volume de internados. Destacava-se a preocupação em buscar solução condizente com a moderna tendência em reservar as penas privativas de liberdade somente para os autores de delitos mais graves. A proposta de lei mantinha as penas principais e acessórias, mas concedia maior amplitude ao sursis e ao livramento condicional. Além disso, o projeto avançava no território da execução, com alterações importantes, como: a instituição dos regimes (fechado, semi-aberto e aberto) para individualizar a execução em correspondência com a culpa e a periculosidade do condenado, a indicação para transição nos regimes, a consagração da prisão-albergue, a instituição dos critérios para as saídas temporárias, entre outros.

A lei 6.416 de 24 de maio de 1977¹⁷⁶ representou efetivamente uma mudança. Esta lei respondia a uma pauta político-criminal que os penalistas brasileiros discutiam, questionando a falta de uma lei de execuções penais que criava um quadro deplorável na nossa realidade penitenciária. Tal lei dava o primeiro passo no sentido da unificação das penas privativas de liberdade, criando regimes de execução comuns e institucionalizando a prisão-albergue como modalidade de regime aberto, estipulando benefícios ressocializantes a serem regulamentados pela legislação estadual, instituindo cinco anos de caducidade da reincidência e ainda alterando positivamente a disciplina do sursis e do livramento condicional.¹⁷⁷

As mudanças no regime militar começaram a ser sentidas no ano de 1978 quando foram revogados os atos institucionais que cerceavam as liberdades

¹⁷⁶ Destaca-se que entre a data de encaminhamento do projeto a sua votação final, passaram-se apenas 54 dias. Um prazo insignificante dada a complexidade da lei e suas conseqüências. DOTTI. *ob. cit.* Pg. 89

¹⁷⁷ Segundo Batista e Zaffaroni, havia uma tensão entre a necessidade estrutural da prisão no capitalismo industrial e o modelo estatal do bem-estar. Florescia nos anos 70 um discurso de redução da execução da privação de liberdade, bem como as propostas de descriminalização e no nascente abolicionismo. Muito desse pensamento se agregava à Lei 6.416/77 que pela primeira vez intervinha estruturalmente no Código Penal de 1940. ZAFFARONI. Raul. BATISTA. Nilo et all. *Ob. Cit.* Pg. 481

públicas , bem como o exercício de direitos e garantias individuais e coletivas. A emenda Constitucional 11 do mesmo ano proibiu as penas de morte, de prisão perpétua e de banimento, ressalvando quanto à primeira, a legislação penal em caso de guerra extrema. A Lei da Anistia (6.683/79) permitiu o retorno de brasileiros que se encontravam em outros países, asilados ou na clandestinidade. O Ato Institucional nº 5 foi revogado em 1979, sinalizando o fim da Ditadura Militar. Esvaziaram-se os cárceres que aprisionavam acusados ou condenados por delitos políticos e de opinião

A análise da legislação penal e da realidade carcerária do período militar é importante uma vez que a política criminal desta época constituiu um exemplo de radicalização penal, com função de garantir a “segurança nacional”. Os governos militares sob o argumento do combate à criminalidade crescente, atuaram com intensa repressão policial e militar contra seus opositores, num estado de exceção que excluiu e violou direitos e garantias fundamentais e editou leis penais duras e desproporcionais.

Como foi explicitado na introdução, este estudo tem seu foco de análise nas leis penais produzidas a partir do ano de 1984, onde significativas mudanças foram introduzidas a fim de contemplar os princípios do novo regime democrático. Esta breve análise histórica foi introduzida a fim de permitir a compreensão dos processos de construção da criminalização no Brasil colônia e Republicano e da manutenção dos discursos liberais e punitivos no atual sistema criminal.

3.2- A Reforma Penal de 1984: a percepção da pena como reabilitação

No final de 1980, o ministério da Justiça instituiu Comissões de juristas para a reforma da legislação penal e processual penal, bem como para a elaboração da lei de execução penal. A comissão concluiu o projeto em 1981 e publicou para sugestões de debates. Entendeu-se conveniente deixar para outro momento a reforma da parte especial, sendo então a parte geral do CP 1940 objeto de remodelação (Lei 7.209 de 11/07/1984).

Em 30 de junho de 1983, foi apresentado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei 1.656/83 com propostas de alteração na parte geral do Código Penal. Foram anexados quatro outros projetos de lei ao projeto principal, pois considerou-se que versavam sobre matéria análoga.

Na sessão da Câmara do dia 26 de agosto de 1983 o Deputado Pimenta da Veiga (PMDB-MG) afirmou que a tramitação do Projeto de Lei 1656 estava ocorrendo ao “arrepio do Regimento Interno” pois não estava sendo respeitado o artigo interno 215 que dispõe expressamente que os Códigos devem ser apreciados por Comissões Especiais formadas por onze deputados. No entanto, a Presidência da Câmara havia encaminhado o projeto somente a Comissão de Justiça. O deputado ressaltou que o projeto deveria ser apreciado por toda a Casa pois, “em se tratando de leis fundamentais, não deveria haver prazos tão exíguos que impeçam que a sociedade e setores especializados ofereçam sugestões para o aprimoramentos dos diplomas legais”.¹⁷⁸

Em resposta ao deputado, o Presidente da Câmara Flávio Marcílio, declarou que a decisão foi tomada depois de um amplo entendimento entre as lideranças de todos partidos, que, a fim de garantir uma rápida tramitação decidiram encaminhar o projeto diretamente à Comissão de Constituição e Justiça. Ao que parece o interesse em ver editado o projeto, alterou o regimento legal acelerando a votação da matéria.

As emendas ao projeto de lei foram apresentadas pelo deputado Egídio Ferreira de Lima, e tiveram como origem um estudo promovido pelo Conselho Seccional da OAB, secção de Pernambuco, por sugestão do então presidente, o advogado Hélio Mariano da Silva. Uma das propostas do deputado era suprimir o art.46 que definia a pena de prestação de serviço à comunidade. Segundo ele:

“esta inovação colhida noutros países de situação diversa das condições conjunturais da sociedade brasileira, não teria condições de exeqüibilidade, pois para alcançar o efetivo controle dessa pena, ter-se-ia de transformar cada uma das entidades assistenciais num estabelecimento de execução penal (...). Ademais haveria um enriquecimento ilícito da entidade beneficiada com **a prestação de serviço gratuito** (...) acresce, que se **iria fomentar o desemprego**

¹⁷⁸ Deputado Pimenta da Veiga. Diário do Congresso Nacional. 26 de agosto de 1983. Pg. 8050.

ou o sub-emprego, inserindo-se no já combalido mercado de trabalho a categoria do “trabalhador apenado” (grifo nosso)¹⁷⁹.

Interessante perceber que o argumento do deputado contrário as penas restritivas de direitos era a possibilidade dessa pena fomentar o desemprego, ou seja, para o deputado, permitir que condenados paguem suas penas com trabalho voluntário pode gerar uma concorrência no mercado de trabalho prejudicial ao não criminoso. Neste sentido, entre linhas, lê-se que um criminoso não tem “esse direito”.

No dia 01 de dezembro de 1983 o projeto foi levado a plenário para sua votação final e contou com o voto em separado do Deputado João Gilberto (PBDB-RS) que declarou:

“Esta lei é inovadora, mas, todavia, para tramitação de projetos que envolvem codificação, é previsto uma tramitação especial, constituída por comissão especial, com prazos próprios (..) esta foi atropelada no seu aspecto formal e regimental em favor de uma injustificada pressa, enquanto tradição do mundo jurídico, e da humanidade inteira, é que os projetos de códigos sejam resultado de uma longa maturação....Fique, pois neste veto registrado que o presente projeto teve tramitação não regimental e inadequada para uma reforma de código “.¹⁸⁰

O projeto foi aprovado no mesmo dia na Câmara dos Deputados, encaminhado ao Senado no dia 14 de março de 1984 e sancionado pelo presidente João Batista Figueiredo em 11 de julho de 1984 sob a forma da lei 7.209.

O sistema de penas foi objeto de reforma, da qual se destaca a quase integral unificação das penas privativas de liberdade. A partir da quantidade de pena, conjugada à primariedade do condenado, estipula-se o regime: fechado, semi-aberto e aberto dispostos em forma progressiva. As penas restritivas de direito (prestação de serviço à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana) funcionavam como substitutivos das privativas de liberdade quando a pena aplicada fosse inferior a 1 ano ou se o crime fosse culposo, no entanto o réu

¹⁷⁹ Deputado Egídio Ferreira Lima. Diário do Congresso Nacional dia 01 de dezembro de 1983. Pg. 13659.

¹⁸⁰ Deputado João Gilberto. Diário do Congresso Nacional dia 02 de dezembro de 1983. Pg. 14249.

não poderia se reincidente e deveriam ser avaliadas a culpabilidade os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado.

As linhas fundamentais que nortearam a reforma do Código Penal de 1984 foram: o repúdio a pena de morte; a manutenção da prisão: a pena privativa de liberdade nas formas de reclusão, para os ilícitos graves, e detenção, para os ilícitos menos graves. Quanto as penas patrimoniais a reforma de 1984 estabeleceu que a pena de multa deve consistir no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. A perda de função pública, de cargo ou de mandato eletivo passou a ser um dos efeitos da condenação, que constam agora no art 92 do CP. Por fim as alterações com vistas a recuperação e o tratamento dos condenados: a revisão das medidas de segurança: determinando a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, como também a sujeição a tratamento ambulatorial e a introdução das nação das penas restritivas de direito: prestação de serviço à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

Na exposição de motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, o ministro Ibrahim Abi-Ackel afirmou que as penas privativas de liberdade devem se restringir a infrações graves, pois: “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”.¹⁸¹

No mesmo dia foi sancionada a Lei de Execução Penal que recebeu maior atenção por parte da mídia e dos comentaristas. Os dois projetos de lei tramitaram juntos, entretanto, a LEP era a mais “aguardada”. Oriundo de um projeto de lei da Câmara de 29 de junho de 1983 teve sua exposição de motivos escrita pelo Ministro da Justiça da época Ibrahim Abi-Ackel.

Em uma longa exposição o Ministro frisou a carência de uma lei desse tipo no país e salientou que desde 1933 há o interesse na execução penal. Em 1933, uma Comissão integrada por Candido Mendes de Almeida apresentou ao

¹⁸¹ Ibrahim Abi-Ackel. Exposição de motivos da Nova Parte Geral do código Penal. Lei 7.209 de 1984. Escrito em 9 de Maio de 1983.

governo o anteprojeto de Código Penitenciário, cuja discussão foi impedida com o advento do Estado Novo. Em 1955 e 1963 os juristas Oscar Stevenson e Roberto Lyra, respectivamente, apresentaram um projeto do Código de Execuções Penais que haviam elaborado, e não chegaram a fazer a revisão. Contentando-se o governo com a lei 3.274 de 1957 que dispunha sobre as normas do regime penitenciário.

A exposição de motivos ressalta que as penas e medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a incorporação do autor à comunidade. Dessa forma, o projeto torna obrigatória a “extensão, a toda a comunidade carcerária, de direitos sociais, econômicos e culturais de que ora se beneficia uma restrita porcentagem da população penitenciária, tais como segurança social, saúde, trabalho remunerado sob regime previdenciário, ensino e desportos.”¹⁸²

A fim de evitar o tratamento discriminatório, o projeto institui a assistência ao preso e ao internado, concebendo-a como dever do Estado, visando prevenir o delito e a reincidência e a orientar o retorno ao convívio social. Estando assim definidas pelo artigo 11: a assistência será: material; à saúde; jurídica; educacional; social; religiosa. O projeto propõe ainda, que o trabalho do condenado, como um dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva. Afirmando a garantia dos direitos do condenado para evitar os efeitos nocivos da prisionalização, e visando afastá-lo das distorções e dos estigmas.

O ministro destacou ainda, que todas as diretrizes do projeto da Lei de Execução penal seguem as tendências instituídas pelas regras mínimas estabelecidas pela ONU, que “constituem a expressão de valores universais tidos como imutáveis no patrimônio jurídico do homem”. É possível perceber todo um discurso humanitário que norteou os trabalhos do projeto de lei de execução penal; e que prosseguiu no relatório da Comissão de Constituição e Justiça quando declara:

“Com efeito, a atenção que se deve dedicar à pessoa do condenado ou acusado não deve situar-se num plano de abstrações, casuísmos, de fetichismo legal, como se fosse alguém que a sociedade tem que repelir como algo indesejável ou a ela permanentemente indiferente ou mesmo inútil.... Em verdade, o

¹⁸² Exposição de Motivos ao Projeto da Lei de Execução Penal apresentada pelo Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel. Diário do Congresso Nacional, 9 de março de 1984. Pg 0085

aparelho penitenciário existente está superado. As velhas cadeias são, em si mesmas, estigmas de vingança exercida pelo Estado contra presos postos à sua disposição, atestando a lenta evolução de nossa consciência humanitária no tratamento das pessoas vítimas de uma pena de reclusão.... as leis de execuções penais devem concentrar-se no futuro do homem livre, não no seu passado estigmatizado pelo crime ou no seu presente humilhado pela prisão. O que importa, nessa fase, é dar ao preso a esperança de que, amanhã, estará nivelado com as demais pessoas, trabalhando com elas, produzindo e prosperando.”¹⁸³

A votação das emendas do projeto foi adiada quatro vezes em março de 1984 por falta de quorum, em uma delas o deputado João Gilberto (PMDB-RS) o mesmo que já havia se pronunciado na lei de alteração do código penal, novamente traz sua indignação pela ausência de discussão ampla do projeto da Lei de Execuções Penais. Ressalta o deputado:

“Esta é uma lei progressista e humanista (..) mas o projeto foi atrelado a uma velocidade especial, e creio que tenho sido muito pequena ou quase nenhuma a participação da comunidade jurídica, dos movimentos de defesa dos direitos humanos, dos movimentos ligados à vida carcerária em nosso país (...) O texto me parece bom, mas gostaria de ver o projeto discutido pela comunidade jurídica ...e por todos aqueles que conhecem a realidade carcerária brasileira”.

Em resposta o relator do projeto Deputado Celso Barros afirmou que:

“As tentativas frustradas de instituir a Lei de Execução Penais, desde 1933 mostram a necessidade que teve o Ministro da Justiça de acelerar o seu trabalho, prescindindo de uma formalidade mais ampla, ou seja, a conversão da matéria no Código deveria ter tramitação mais demorada, deveria submeter-se o projeto ao exame mais acurado não apenas desta Casa, mas de eminentes juristas nacionais. Isto, porém poderia implicar nova frustração dos desígnios do Ministério da Justiça, que desejava uma Lei de Execução penal há muito exigida pela sociedade brasileira(..)”¹⁸⁴

¹⁸³ Parecer da Comissão de Constituição e Justiça a respeito do projeto de lei que institui a Lei de Execução Penal, presidida e relatada pelos Deputados Bonifácio de Andrada e Celso Barros. Diário do Congresso Nacional. 9 de março de 1984 pg. 0097.

¹⁸⁴ Debate entre os deputados João Gilberto e Celso Barros no plenário da Câmara dos Deputados. Diário do Congresso Nacional, 21 de março de 1984. PG. 0634.

A Lei de Execução Penal foi promulgada em 11 de julho de 1984 na forma da Lei 7.210. Sendo amplamente divulgada nos meios de comunicação da época. O jurista Miguel Reale em entrevista, salientou que um dos pontos centrais na lei é a cooperação da comunidade no trabalho com o preso, através dos conselhos comunitários a serem formados com a finalidade de visitar os estabelecimentos penais; além do projeto fortalecer o Conselho Nacional de Política Penitenciária.¹⁸⁵

O Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel afirmou que a lei deve preencher um “hiato de legalidade determinado atualmente pela perda de direitos inerentes à condição humana”, pois quando o indivíduo entra na prisão é “despojado de todos os seus direitos e transformado em objeto de todos os caprichos”. Os jornais, no entanto, também publicaram várias críticas à LEP, considerando utópico a determinação da lei de construir presídios em áreas afastadas do perímetro urbano, dada a falta de investimentos dos Estados e a superlotação nos estabelecimentos prisionais.¹⁸⁶

Uma análise do momento político em que ocorreu a reforma de 1984 deve se basear em diversos fatores: em primeiro lugar, a presença dos presos políticos nas prisões da ditadura, em sua maioria pertencentes as classes média e alta, deu maior visibilidade aos problemas das prisões brasileiras. Somado a este fato, com a abertura política, a CPI do Sistema Penitenciário trouxe a questão carcerária à tona, através de audiências públicas e do relatório final, que atestava as terríveis condições das prisões brasileiras.

A Lei de Execuções Penais foi a primeira norma específica que tratou de toda a matéria de execução penal no Brasil, incorporando diretrizes de Tratados e Convenções Internacionais, positivando direitos e deveres do preso, assegurando a necessidade de separação entre os condenados, tratando da assistência a ser prestada ao apenado, e ainda regulamentando o trabalho na penitenciária.

Muitos especialistas consideram que a principal inovação penal dos anos oitenta foi a Reforma de 1984, principalmente a criação das penas restritivas de

¹⁸⁵ REALE. Miguel. Entrevista ao Jornal Folha de São Paulo em 03 de agosto de 1984.

¹⁸⁶ Nova Lei de Execução Penal já começa a criar polêmica. **Jornal O Globo**. 17 de setembro de 1984. Lei de Execução Penal custará caro ao Estado. **Jornal O Estado de São Paulo**. 14 de setembro de 1984.

direitos, as quais consistem em: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fins de semana.

Segundo Bittencourt, o Brasil seguiu uma tendência Européia que buscava, através da penalidade, maior integração do indivíduo à sociedade. As principais experiências foram: na Rússia 1926 com os “trabalhos correcionais”; 1948 na Inglaterra com as “prisões de fins de semana”; em 1963 na Bélgica com “albergue de fim de semana” e novamente em 1972 na Inglaterra com “prestação de serviço comunitário”.¹⁸⁷

Importante frisar que nos anos oitenta o Brasil estava passando por profundas alterações políticas e sociais com a transição de um regime militar ditatorial para um regime democrático. Nesse contexto, a bandeira humanitária e de garantia dos direitos humanos era o pilar fundamental para a consolidação da República, evitando assim, o retrocesso ao regime das violações constantes dos direitos, das torturas e mortes nos porões da ditadura. Dessa forma, a reforma de 1984 adotou todo o discurso ressocializador do pensamento crítico europeu, buscando através das penas alternativas e das medidas de segurança um novo caminho de recuperação e tratamento dos condenados.

Contudo, o que se viu nos anos subseqüentes, foi a timidez em optar-se pelas novas modalidades de penas, pois sem condições para operacionalização, pela falta de vontade política, elas se tornaram inviáveis. Soma-se a isso, a preocupação dos juízes com o descrédito que iria gerar a não aplicação de uma pena “mais dura”. De igual modo, as diretrizes traçadas na Lei de Execuções Penais que visa “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado” (art. 1º da LEP) nunca foram amplamente difundidas nas prisões brasileiras. A crise no sistema carcerário permanece até os dias de hoje e os direitos assegurados aos presos no Brasil nunca passaram de uma utópica promessa política¹⁸⁸.

A Constituição da República proclamada em 1988 trás em seu preâmbulo o objetivo principal do novo Estado Democrático de Direito, qual seja: “assegurar o

¹⁸⁷ BITENCOURT. Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2004

¹⁸⁸ Sobre a situação dos presos no Brasil ver: LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres**. 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999. e THOMPSON, Augusto. **A questão Penitenciária**. Rio de Janeiro: Forense. 2002

exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (..)¹⁸⁹

Sobre esse período de redemocratização, um Juiz Criminal entrevistado ressalta que a possibilidade de se produzir nos anos 80 uma legislação penal mais humanitária ocorreu porque o foco do momento era a abertura política, e não havia pressão sobre a questão da violência. Segundo ele:

(...) foi um momento em que outras questões afligiam a sociedade brasileira e o foco não era tão grande como é hoje, por exemplo, na questão criminal, em que eles tiveram uma certa tranquilidade para poder produzir uma coisa mais limitadora deste poder penal. A nova parte geral do Código Penal, a Lei de Execuções Penais, tentou dar racionalidade de equilíbrio e alguma humanidade a algo que é muito irracional, que é o Direito Penal. Foi um instante favorecido pela transição democrática, porque os olhares estavam todos voltados para a transição democrática, porque o mais importante era saber se ia ter Diretas, já! Se ia ter Constituinte, e tal. Então, aquilo tomava uma grande parte da discussão. (Entrevista com Juiz Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro)

A consolidação da democracia brasileira, segundo os legisladores da época, dependia de uma intensa revisão e ampliação da legislação brasileira. Uma legislação que desse conta das novas demandas impostas pela sociedade contemporânea e dos principais problemas dos grandes centros urbanos. Dessa forma, um grande número de projetos de lei com o objetivo de consolidar as garantias dos cidadãos em diferentes aspectos foram propostos, e se tornaram leis nos anos subseqüentes, como por exemplo, o Código de defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente entre outros.

Todavia os preceitos legais, apesar de sua indiscutível importância, são letra morta na ausência de instâncias que garantam o seu cumprimento. Nesse sentido, a ampliação do acesso à justiça para as camadas subalternizadas da população se tornava impreterível naquele momento para a realização dos princípios constitucionais. A agenda da igualdade, para se realizar, pressionava não apenas

¹⁸⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

pela ampliação do direito, como também pela expansão de segmentos especializados do Judiciário.¹⁹⁰

Werneck Vianna¹⁹¹ lembra que sob o sistema do *laissez-faire*, a incapacidade das pessoas de se valerem da Justiça e de suas instituições era indiferente ao Estado, pois a ele cabia garantir apenas a titularidade formal de direitos. Durante a vigência do *Welfare State* nos países de democracia consolidada, a atuação positiva do Estado concentrou-se em universalizar os direitos sociais básicos demandados por autores coletivos. Reformas introduzidas no sistema do *Welfare State*, motivadas pela emergência de novos direitos individuais e “públicos” (direitos difusos), se desdobraram na necessidade de dotar os indivíduos de condições de apelarem à Justiça. Nesse contexto é que surgiram os tribunais especializados, chamados de pequenas causas.

3.3 A criação dos Juizados Especiais, a ampliação das penas alternativas e o Acesso à Justiça no Brasil.

Segundo Cappelletti e Garth,¹⁹² com o objetivo de tornar efetivo os direitos do cidadão comum, ampliando o acesso à justiça a todas as camadas da sociedade, ocorreu nos países Ocidentais uma seqüência de três movimentos que atingiu os países de common law e civil law a partir de meados da década de 1960. Num primeiro momento, a democratização do acesso à Justiça foi concebida em uma chave individualista e igualitária, privilegiando-se as iniciativas voltadas para proporcionar uma assistência judiciária à litigantes de baixa renda, sem condições de custear as despesas de uma advogado. O segundo momento consistiu na introdução de reformas capazes de proporcionar representação jurídica para o interesse público, a emergência dos direitos difusos e dos interesses grupais.

¹⁹⁰ Sobre as experiências de acesso à justiça no Brasil ver o trabalho de SADEK, Maria Tereza. **Acesso à Justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

¹⁹¹ VIANNA, Luiz Werneck et al.. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan. 1999.

¹⁹² CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

Finalmente, a última fase teve como objetivo a mudança dos procedimentos judiciais para tornar esses direitos exeqüíveis, propondo tanto a reforma dos tribunais regulares quanto a produção de alternativas mais rápidas e menos dispendiosas.

Nesse sentido, no Brasil, a partir dos anos 80, começaram a surgir propostas para ampliação do acesso à justiça e para a consolidação da cidadania. Havia uma percepção de que o Judiciário deveria fazer um movimento em direção à sociedade, implementando formas mais democráticas e simples de acesso à justiça, numa expectativa de alterar a mentalidade popular quanto a defesa de seus direitos.

Com o intuito de ampliar os caminhos para resolução dos conflitos sociais, novas experiências começaram a surgir em diferentes regiões do país a exemplo das experiências internacionais. No ano de 1982, por iniciativa da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul, foi instalado na Comarca do Rio Grande o Conselho de Conciliação e Arbitragem, visando desenvolver alternativas capazes de ampliar o acesso à justiça. O objetivo fundamental era dar solução extrajudicial a pequenas causas, com valor de até 40 ORTN's.

Os Conselhos de Conciliação e Arbitragem logo se estenderam para outras comarcas do Estado, pois os resultados eram bastante positivos. Os dados revelavam que os Conselhos lidavam com um novo tipo de litígio, que não concorria com os processos da Justiça Comum, e ainda contribuíam, a gratuidade, a simplicidade e a rapidez com que atuavam.¹⁹³

A repercussão dos trabalhos realizados pela magistratura gaúcha chamou a atenção do Ministério da Desburocratização, interessado em estimular a prestação jurisdicional rápida e barata, devido a intensas reclamações e queixas da população a respeito dos altos custos do processo e da morosidade do judiciário.

A proposta encaminhada pelo Ministério ao Executivo Federal, com o apoio dos Estados do Rio Grande do Sul e São Paulo, foi instituir legalmente os Juizados de Pequenas Causas no país. Em Novembro de 1984 foi aprovada a Lei

¹⁹³ O contexto histórico de formação dos Conselhos de Conciliação tem como referência o trabalho de: VIANNA, Luiz Werneck et al. Ob. Cit.

7.244.¹⁹⁴ Os Juizados foram criados com a competência para o julgamento de causas com valor não superior a 20 salários mínimos e facultando a representação por meio de advogado. A mesma Lei definiu como princípios norteadores dos Juizados a simplicidade, celeridade, economia e ampliação dos poderes do juiz; com ênfase no aspecto conciliatório e a informalidade exigidos do juiz.

No entanto, a efetiva ampliação dos Juizados de Pequenas Causas no país, que dependia dos judiciários estaduais, não ocorreu após 1984, em parte, devido as intensas críticas a respeito da Lei, por parte de operadores do direito, que viam nos Juizados um paliativo ao problema do acesso à justiça.

A Constituição Federal de 1988 inseriu a previsão da criação, pelos Estados, de juizados Especiais tanto para causas civis quanto para infrações penais, através do seguinte dispositivo:

Art. 98 A união, no Distrito Federal e nos Territórios e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau; (...)

Contudo, para que fosse cumprida a norma constitucional era necessária a regulamentação através de uma lei federal, uma vez que só à União compete legislar em matéria penal (art.22, I, CF). Mas antes mesmo da edição de lei federal alguns Estados criaram Juizados Especiais Criminais mediante leis estaduais (Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Paraíba). Estes Juizados tiveram que ser desativados, por decisão do Supremo Tribunal Federal, pelo entendimento de que a criação dos Juizados Especiais Criminais dependia de lei federal, sendo

¹⁹⁴ “O principal mentor do anteprojeto de lei para a criação dos Juizados de pequenas Causas foi o Desembargador Kazuo Watanabe, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. E foi na Small Claims Court de Nova Iorque, mais do que em qualquer outra experiência internacional de renovação do sistema de prestação jurisdicional, que se buscou inspiração para os juizados brasileiros”. VIANNA, Luiz Werneck et al. Ob. Cit.

inconstitucional a norma estadual que outorgava competência penal aos Juizados Especiais.

Logo após a promulgação da Constituição o Deputado Michel Temer apresentou na Câmara dos Deputados um Anteprojeto de Lei n.º 1.480/89 que tratava dos Juizados Especiais (parte criminal). Segundo justificção do Deputado apresentada junto ao projeto de lei, as fonte inspiradoras do projeto foram os estudos inicialmente realizados por juízes paulistas¹⁹⁵, com o objetivo de dar cumprimento à norma constitucional regulamentando o artigo 98 da Constituição Federal, pois somente à União cabe legislar em matéria penal.

Na justificativa do projeto de lei o Deputado ressalta que a idéia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente toda e qualquer infração, mostrou com toda evidência sua falácia e hipocrisia, pois na prática operam diversos critérios de seleção informais e politicamente caóticos; e a vítima está cada vez mais interessada na reparação dos danos e cada vez menos na aplicação de sanção penal. E é por esta razão que atuam os mecanismos informais da sociedade. E a implantação dos Juizados Criminais pode contribuir na resolução de conflitos, pois “o procedimento oral tem demonstrado todas as vantagens, onde aplicado em sua verdadeira essência. A celeridade acompanha a oralidade, pela desburocratização e simplificação da justiça”.¹⁹⁶

No mesmo ano o deputado Manoel Moreira, protocolou o Projeto de Lei nº 1.708/89 valendo-se das sugestões da Associação Paulista de Magistrados. Em outro sentido, sua justificativa ressaltava que o aumento da criminalidade violenta obrigou o aparato burocrático a relegar em segundo plano, uma grande quantidade de pequenas infrações penais; diante da necessidade de se trabalhar com processos que retratavam crimes mais graves. E “como tais infrações não podem ficar impunes, o legislador constituinte, sensível a tais preocupações, previu os

¹⁹⁵ Pedro Luiz Ricardo Gagliardi e Marco Antonio Marques da Silva, que suscitaram a organização de um grupo de trabalho composto pelos juízes Antonio Carlos Viana Santos, Manoel Carlos Vieira de Moraes, Paulo Costa Manso, Ricardo Antunes Andreucci e Rubens Gonçalves, a estes se juntaram alguns professores da USP: Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, a Antonio Scarance Fernandes.

¹⁹⁶ Diário do Congresso Nacional. 26 de Junho de 1990. Pg. 7809.

juizados especiais como forma de tornar mais efetiva e rápida a prestação jurisdicional”.¹⁹⁷

Em seguida o deputado Nelson Jobim apresentou Projeto de Lei nº 3.689/89, tratando ao mesmo tempo dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e cuja a redação segundo ele, resultara de um texto elaborado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul por grupo coordenado pelo professor Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Junior.¹⁹⁸

Chegando à Comissão de Constituição e Justiça, o Deputado Ibrahim Abi-Ackel foi designado relator de todas as propostas, e selecionou, dentre todas, o Projeto Michel Temer, no âmbito penal, e o Projeto Nelson Jobim, na parte Cível, procedendo à unificação através de um substitutivo.

Em agosto de 1995, após 7 anos de tramitação, sendo três anos no Senado, o Projeto de Lei 00091/89 voltou a discussão na Câmara dos Deputados. O relator Deputado Ibrahim Abi-Ackel se posicionou contra o pedido de adiamento da votação da Deputada Sandra Starling e afirmou:

Adiar, permanente e inexoravelmente, a votação de um projeto que interessa aos pobres de um país é uma atitude que a Comissão e esta Casa não mais podem tomar. A situação da justiça no Brasil exige daqueles que elaboram as leis uma posição definitiva, franca e aberta em favor da rapidez do processo e da eficácia da sentença jurisdicional. **Este é o tribunal dos pobres. Esta é a única possibilidade de justiça para os pobres. Devemos adotá-la enquanto é tempo, porque, se muito demoramos mais rapidamente os pobres tomarão nas próprias mãos a realização do seu desejo inadiável de justiça.** (grifo nosso)¹⁹⁹

Em Setembro de 1995 foi promulgada a Lei 9.099 que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Na parte cível, a principal inovação foi a ampliação da competência do juizado, que passou a acolher causas com valor até 40 salários mínimos. Sendo a causa até 20 salários mínimos continua facultada a apresentação de advogado, e acima de 20 salários, obrigatória.

¹⁹⁷ Diário do Congresso Nacional. 10 de Julho de 1990. Pg. 8431.

¹⁹⁸ Diário do Congresso Nacional. 10 de Julho de 1990. Pg. 8437.

¹⁹⁹ Diário do Congresso Nacional. 31 de Agosto de 1995. Pg. 20603.

A mesma Lei deu aos Juizados Criminais a competência (art.61) para a conciliação e o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, que correspondem às contravenções penais e os crimes a que a lei penal comine pena máxima não superior a um ano²⁰⁰ de detenção ou reclusão, excetuados os delitos para os quais está previsto procedimento especial.

De acordo com a lei 9.099/95, o processo perante os Juizados Especiais Criminais deve ser orientado pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando a conciliação ou a transação, objetivando sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação da pena não privativa de liberdade. O que demonstra a preferência por medidas menos drásticas e sanções mais eficazes, com instrumentos processuais novos, mais ágeis e simplificados, abrindo uma saída para a crise vivenciada pela justiça brasileira. Além, disso, foi introduzida em nosso sistema a transação penal que consiste em um acordo do autor do fato com o Ministério Público, visando à imposição antecipada de penas alternativas.

As fases do Juizado Especial Criminal determinadas pela lei são cinco e se distribuem da seguinte forma: Fase policial – Comunicação do fato à polícia que deverá fazer a lavratura do Termo Circunstanciado (identificação dos fatos e identificação dos envolvidos) e remeter ao Juizado Criminal; Fase Cartorária – Recebimento do Termo Circunstanciado, marcação da Audiência preliminar e intimação das partes; Fase Conciliatória – Na presença de um conciliador as partes deverão decidir sobre a possibilidade de uma conciliação, se a conciliação for exitosa, a sentença homologatória encerra o caso, caso seja inexitosa, segue a fase da transação penal; Fase da Transação Penal – O promotor público oferece ao autor do fato uma proposta de transação penal (pena restritiva de direitos ou multa), se o autor aceitar a proposta encerra-se o caso com sentença homologatória, e a não aceitação da proposta leva a uma nova audiência chamada de Instrução e Julgamento; Fase da Instrução e Julgamento – A audiência de Instrução e Julgamento é realizada por um juiz de direito, que recebendo a denúncia ou queixa crime deve prolatar a sentença de mérito absolutória ou condenatória.

²⁰⁰ A lei 10.259/2001 Criou os Juizados Especiais Federais e definiu como crimes de menor potencial ofensivo passível de penas alternativas, os crimes a que a lei penal comine pena máxima não superior a dois (2) anos. O que vem sendo seguido pelos Juizados Especiais Estaduais.

A repercussão da promulgação da Lei dos Juizados Especiais foi imediata, todos os jornais do dia seguinte noticiaram que a criação dos juizados representava uma ampliação do acesso à justiça para as camadas carentes da população, além de servir para desafogar os tribunais inferiores em cerca de 40%.²⁰¹ Mas alguns especialistas fizeram duras críticas a nova lei, argumentando que aquele que vier a cometer um pequeno delito terá um julgamento e condenação mais célere, enquanto aquele que comete um grande delito continua sujeito aos procedimentos comuns, podendo postergar sua sentença com diversos recursos. A existência de dois procedimentos distintos acarreta, segundo o autor da matéria, a sensação de que a pena só existe para os pequenos; que acabarão por optar por delitos maiores.²⁰²

Nos últimos anos algumas análises foram realizadas no âmbito das ciências sociais sobre os Juizados Especiais Criminais. As pesquisas se basearam em estudos de casos em alguns Juizados e tiveram como objetivo o levantamento dos tipos de demandas mais recorrentes e uma avaliação do funcionamento dos Juizados como uma nova instância de conciliação de conflitos.

Uma das hipóteses que norteou a discussão sobre a Criação dos Juizados Especiais era que se estaria desafogando a justiça, tão lenta e burocrática. O estudo realizado por Azevedo nos Juizados Especiais Criminais de Porto Alegre, demonstrou que os Juizados Especiais Criminais, tendo surgido sobre a ideologia da conciliação e *diversion* para desafogar o judiciário, acabaram abrindo as portas da justiça penal para uma conflitualidade antes abafada nas delegacias e, para o qual o Estado é chamado a exercer um papel de mediador, mais do que punitivo. Ao invés de desafogar as Varas Criminais, a adoção de medidas informalizantes, abriu as portas das salas de audiências para delitos que ficavam engavetados nos escaninhos das delegacias.²⁰³

Azevedo ressalta que a lei 9.099/95 permitiu a incorporação dos delitos de menor potencial ofensivo no sistema judicial, numa espécie de recriminalização, substituindo o delegado, que antes tinha a função de filtro para a descriminalização de certas condutas, pelo juiz, no exercício da função de mediação. O autor chama

²⁰¹ O Objetivo é desafogar a justiça. **Jornal O Globo**. 27 de setembro de 1995.

²⁰² FORNACIARI JR. Clito. Juizado Especial. **Jornal Folha de São Paulo**. 7 de novembro de 1995.

²⁰³ AZEVEDO. Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização da Justiça e Controle Social**. São Paulo: IBCCRIM. 2000.

atenção também para a excessiva preocupação com a celeridade da justiça nos juizados, somada a excessiva demanda de processos judiciais dentro de uma estrutura judiciária que não foi adequada para o recebimento dessa nova demanda, o que acaba por solapar a possibilidade de que as audiências sirvam como um momento para o restabelecimento do diálogo entre as partes em conflito.

Quanto as formas de punição, a lei 9.099/95 alcançou apenas os delitos que já não eram punidos com pena de prisão, aos quais já era cabível a substituição por pena de multa e restritivas de direitos, pela Reforma de 1984, não tendo servido como meio de redução da população carcerária.

Os dados produzidos pela pesquisa de Kant de Lima, Amorim e Burgos revelam que os Juizados Especiais Criminais foram colonizados por conflitos de natureza doméstica, sendo 51,9% do total de conflitos pesquisados em dois Juizados Criminais no Rio de Janeiro, conflitos entre cônjuges e afins. Esses dados devem ser entendidos a partir do fato das delegacias terem perdido, com a lei 9.099/95, a função de controle sobre delitos de pequeno potencial ofensivo. Contribuindo para que a violência doméstica seja encaminhada à uma agência oficial, um tribunal, aproximando o sistema judiciário da sociedade.²⁰⁴

A mesma pesquisa ressalta que os princípios da oralidade e informalidade introduzem no sistema penal brasileiro uma ética discursiva, que sem uma base comunicativa não tem lugar para existir. No caso brasileiro, a comunicação não é um meio privilegiado, pois temos um sistema jurídico que abriga tradições autoritárias. No caso dos Juizados observou-se uma ausência de comunicação entre as partes conflitantes e os agentes de conciliação, revelando dois universos significativos distintos que geram uma ruptura na comunicação: um na esfera do conciliador, cuja a pretensão é evitar o processo, outro na esfera da vítima, que pretende que lhe seja feita justiça pela agressão a que foi submetida.

²⁰⁴ KANT LIMA, Roberto. AMORIM, Maria Stella e BURGOS, Marcelo Burgos. **A administração da violência cotidiana no Brasil: a experiência dos Juizados Especiais Criminais.** In: Juizados Especiais Criminais, Sistema Judicial e Sociedade no Brasil. Kant de Lima, Amorim e Burgos. (org). Niterói: Intertexto, 2003. Ouro comentário do mesmo trabalho ver em: KANT LIMA, Roberto. AMORIM, Maria Stella e BURGOS, Marcelo Burgos. Guerra e Paz na Família: falso armistício. **Revista Insight Inteligência.** Ano V, nº 17, abr.mai. jun, 2002.

Nesta linha, verificou-se que a definição da infração de menor potencial ofensivo e toda sua reestruturação procedimental incidiram, essencialmente, em uma classe de conflitos sociais anteriormente não abarcada pelo sistema de controle formal. Com efeito, estes conflitos, em regra, não ingressavam no sistema penal. Quando tal ocorria, eram resolvidos nas delegacias de polícia à margem da disciplina legislativa. A Lei 9.099/95 teve como principal consequência formalizar estas relações sociais, inserindo-as no âmbito do Poder Judiciário e legalizando suas soluções. Questões que antes passavam ao largo de qualquer intervenção judicial, viram-se, de repente, introduzidas no sistema, o que permitiu maior publicidade dos conflitos e a possibilidade de vir a ter um novo encaminhamento, o que Werneck Vianna chama de judicialização das relações sociais.

Nesse sentido, um dos principais objetivos no momento de criação dos Juizados Especiais Criminais acabou não sendo alcançado, qual seja: diminuir substancialmente a carga de trabalho das Varas Criminais comuns, viabilizando uma maior atenção para os casos considerados graves. A possibilidade de ver realmente resolvido seu problema por um órgão estatal estimulou a população carente a apresentá-lo, revertendo a tendência natural da omissão. Deste modo, a demanda reprimida por vários anos explodiu no Poder Judiciário pela via dos Juizados.

Alguns juízes criminais e promotores entrevistados para esta pesquisa, ressaltam que a lei dos Juizados Especiais ainda que tenha introduzido novidades como a conciliação de conflitos, a política de não encarceramento, na prática representou por um lado, a falta de ousadia do legislador de não descriminalizar condutas de menor potencial ofensivo, pois a lei somente substituiu a pena de reclusão por penas alternativas. E por outro lado fez aumentar o descrédito da sociedade com punições brandas para crimes graves, como lesão corporal.

Sobre os Juizados Especiais Criminais eles comentam:

Eu acho que a 9.099 teve esse erro, o legislador não teve a ousadia ou a coragem de descriminalizar e quis penalizar.....Uma porção de mecanismos pra não dar em nada, usa o processo para não aplicar o direito penal, mas para inviabilizar a aplicação da lei penal. Ao invés de descriminalizar, continua na zona do proibido, acende a luzinha vermelha do direito penal, mas torce para não dar cadeia, porque cadeia de seis meses não faz sentido. (Entrevista com Procurador de Justiça Criminal do MP-RJ)

E o Juizado Especial Criminal, que tem um lado positivo na suavização nesse drama de violência, que é a aplicação do Direito Penal Comum, ele tem um lado negativo disso, sugerir soluções rápidas para questões que são graves, aparentemente graves. (Entrevista com Juiz Criminal (A) do TJRJ)

Ele ficou sendo um lugar que, na verdade, gera uma certa impunidade, por causa da tal cesta básica, onde não se adotou um princípio de proporcionalidade, ou seja, o marido que espanca a esposa não pode pagar uma cesta básica,. (Entrevista com Promotor de Justiça do MP-RJ)

Eu acho que isso teve seus benefícios e teve seus malefícios. O benefício foi de desafogar o Poder Judiciário de todos aqueles crimes que abarrotavam. E o malefício foi a descrença da sociedade, a descrença daqueles que passam por um dissabor qualquer e tem como resposta, não uma vingança do Poder Público, mas uma punição branda (Entrevista com Juiz Criminal (B) do TJRJ)

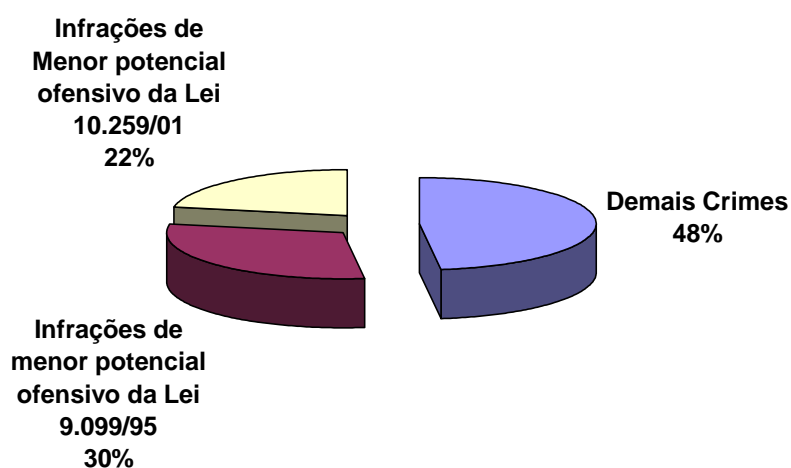
No entanto não se pode negar que após a lei 9.099/95 houve uma ampliação da possibilidade de resolução de conflitos por vias oficiais, tanto em causas cíveis quanto em criminais, ampliando a credibilidade das instâncias judiciárias e aumentando ainda mais sua demanda. É nesse sentido que o Governo Federal decidiu em janeiro de 2001 enviar ao Congresso Nacional um Projeto de Lei de número 3999 dispondo sobre a criação de Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. O projeto de lei teve como objetivo instituir os mesmos procedimentos da lei 9.099/95 para causas e infrações de competência federal.

O Projeto de Lei tramitou no Congresso Nacional em apenas 6 meses indo a plenário para votação em 12 de junho de 2001 sob a relatoria do Deputado Moroni Torgan. Um mês após a votação em plenário, no dia 12 de julho de 2001, o Presidente da República Fernando Henrique Cardoso promulgou a lei 10.259, que determina em seu artigo 2º que “compete ao Juizado Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo”, considerando menor potencial ofensivo os crimes que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa. E em relação as questões cíveis a lei define em seu artigo 3º que ao Juizado Federal Cível compete “processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos”.

A Lei dos Juizados Federais atingiu diretamente aqueles que necessitavam de resolução em causas de natureza previdenciária, como também discussões relativas ao FGTS e as dívidas com o Sistema Financeiro de Habitação. Já as questões de natureza criminal de competência dos juizes federais, seguindo a determinação constitucional no Art. 109, inciso IV “são os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da união ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas”.

Segue no Anexo A e B duas tabelas com a lista de crimes do Código Penal que se tornaram passíveis de substituição da pena após o advento das leis 9.099/95 e 10.259/01. O gráfico abaixo permite observar que 52% dos crimes definidos pelo Código Penal se tornaram infrações de menor potencial ofensivo, sendo possível a aplicação de penas alternativas, excluindo-se do gráfico a lei de Contravenções Penais.

Infrações de Menor Potencial Ofensivo no Código Penal



Fonte: Código Penal, Autoria Própria

O que se conclui é que, no plano jurídico, a criação dos Juizados Criminais veio atender aos anseios de expressiva parte da doutrina nacional, ávida por uma

manifestação legislativa que rompesse com a política de "endurecimento" reinante. Esperava-se, naquele momento, um substancial processo de descriminalização. Mas o legislador não foi tão ousado, limitando-se a um amplo programa de despenalização, que consiste em adotar processos substitutivos ou alternativos de natureza penal que visam evitar, substituir ou restringir a aplicação da pena de prisão.

3.3.1 Ampliação das Penas Alternativas

Os anos noventa foram marcados por freqüentes rebeliões em presídios em todos os estados brasileiros e pelo descontrole no aumento da população carcerária, o que gerou um intenso debate sobre as soluções possíveis para a redução da violência punitiva das prisões e os custos do aprisionamento e manutenção de uma crescente população carcerária.

Seguindo uma tendência internacional, o debate sobre as penas alternativas voltou à cena como uma solução educativa e viável para os problemas brasileiros, além de garantir a humanidade das sanções, preconizada em todas as constituições modernas, atendendo à dignidade do cidadão e às garantias individuais. Essas medidas foram indicadas pela Organização das Nações Unidas em sua Resolução 45-110, que estabeleceu as Regras Mínimas para a Elaboração de Medidas Não-Privativas de Liberdade, denominadas Regras de Tóquio, editadas no início da década de 90.

As Regras de Tóquio foram elaboradas considerando-se o aumento global da criminalidade e o fracasso dos diversos sistemas punitivos em preveni-la. Tais sistemas, em geral, fundam-se na malograda experiência da pena de prisão e as penas substitutivas ou alternativas, embora largamente difundidas, ainda não se efetivaram com eficiência.

A Resolução adota o princípio da intervenção mínima, como forma de impedir excessivas intromissões nos direitos individuais sob o pretexto da segurança

pública. Considera determinante o envolvimento comunitário, cabendo aos órgãos governamentais fomentar sua compreensão e participação.

“A participação da comunidade deve ser incentivada, pois, constitui recurso fundamental e um dos fatores mais importantes para fortalecer os vínculos entre os delinqüentes submetidos a medidas não-privativas de liberdade e suas famílias e a sociedade...”²⁰⁵

Como fruto do estudo das alternativas existentes no mundo, as Regras de Tóquio pronunciaram quais as modalidades de penas ou medidas não-detentivas. Dentro dos princípios assumidos, são recomendáveis: a) sanções verbais, tais como reprimendas, repreensão e advertência; b) liberdade condicional; c) penas de perdas de direitos ou suspensão de habilitações; d) sanções econômicas e penalidade pecuniárias, como multas e dias-multa; e) confisco ou ordem de expropriação; f) restituição à vítima ou ordem de restituição; g) suspensão da sentença ou suspensão da execução da pena; h) probation (regime de prova) e liberdade vigiada; i) serviços à comunidade; j) comparecimento regular a centro de tratamento; k) prisão domiciliar; l) qualquer outro regime que não contenha prisão (*any other mode of non-institutional treatment*); m) combinação de medidas anteriores.

Nesse sentido, um novo projeto de ampliação das penas alternativas, de autoria do executivo federal, escrita por Nelson Jobim, foi apresentado em 26 de dezembro de 1996 ao Congresso Nacional e encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça, sendo escolhido como relator o Deputado Ibrahim Abi-Ackel.

O projeto definia como pena restritivas de direitos: a prestação pecuniária; perda de bens e valores; recolhimento domiciliar; prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. Todavia, a principal mudança foi a possibilidade de aplicação da pena para todo crime culposos (sem intenção) em qualquer tipo de condenação, e a substituição para os crimes dolosos que foram punidos com até **4 anos** de privação de liberdade, se o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Sendo impedido de receber a substituição, o réu reincidente em crime doloso, e o réu reincidente em crime culposos no mesmo delito.

²⁰⁵ Resolução 45-110 da ONU. (Nº17.1)

Durante a discussão em plenário em 24 de julho de 1997 muitos foram os deputados a defenderem as penas alternativas como uma solução para o problema penitenciário no Brasil. O deputado Hélio Bicudo (PT-SP) ressaltou a inovação do projeto em incluir os crimes dolosos sem maior potencial ofensivo e clamou ao Presidente da República e aos governos estaduais para que “dêem aos juízes infraestrutura necessária à fiscalização do cumprimento das penas alternativas”. Segundo o deputado Fernando Gabeira (PV-RJ) o projeto de penas alternativas “pode muito bem libertar milhares de presos no Brasil, e dará um mínimo de racionalidade ao sistema penal brasileiro”. Em sua fala há também o argumento financeiro, destacando: “a aprovação permitirá que o contribuinte brasileiro gaste menos dinheiro nessas penas irracionais que continuam a existir em nosso País”.²⁰⁶

Para deputado Vicente Cascione (PTB-SP)

“estamos muito atrasados na realidade penal que, há muito tempo, é outra nos países do primeiro mundo (...) Já em 1969, no Congresso dos penalistas, de âmbito internacional, já se sabia que a pena privativa de liberdade deve restringir-se exclusivamente àqueles infratores da lei penal que não têm condições de se manter em liberdade por serem incapazes, pela periculosidade, de conviver em sociedade. As penas alternativas à pena privativa de liberdade são hoje muito mais eficientes (...). Portanto, com aval de advogado criminal há trinta e um anos posso dar meu humilde aval de que ele deve ser aprovado”.²⁰⁷

Os discursos feitos no plenário na votação da matéria estavam embalados por um espírito transformador, no sentido de contribuir na alteração do precário quadro em que se encontravam, e ainda se encontram, as penitenciárias brasileiras. Mas um argumento bastante utilizado pelos deputados que usaram da palavra foi redução dos custos com presos e o desafogamento das prisões. O relator do projeto Deputado Ibrahim Abi-Ackel declarou: “o projeto uma vez transformado em lei, pode contribuir para a despopulação das prisões, sem prejuízo da sociedade. Ele permite a libertação de condenados a penas até 4 anos, desde que o crime não

²⁰⁶ Diário do Congresso Nacional, 24 de julho de 1997. Pg. 21320

²⁰⁷ Ibidem. Pg. 21321

tenha sido praticado com violência à pessoa, desde que o réu não seja reincidente (...)"²⁰⁸

Inflamado pela ocasião o deputado Féu Rosa (PSDB-ES) exclamou: “não é mais possível, já chega, ninguém agüenta mais! A lotação de nossos presídios não pode por em xeque a tranqüilidade da sociedade. No Brasil estamos até hoje, na idade da pedra em matéria de aplicação de pena, porque não se diferencia o ladrão de galinha do estelionatário, do criminosos perigoso, de alguém que já matou dez, vinte ou trinta pessoas.”²⁰⁹

Aprovado com 255 votos a favor e 69 contras o projeto de lei foi sancionado e transformado na lei 9.714 pelo Presidente Fernando Henrique em 25 de novembro de 1998. O presidente, entretanto vetou quatro modalidades de penas alternativas: o recolhimento domiciliar, a advertência verbal, a obrigação de freqüentar cursos e a submissão a tratamento²¹⁰. Segundo a justificativa dos vetos encaminhada ao Congresso, a figura do recolhimento domiciliar não tinha o “mínimo de força punitiva”. O mesmo argumento valeu para a advertência verbal, considerada “singela”. No momento da sanção declarou o presidente: “O objetivo da Justiça não é a vingança, é a reeducação do que foi condenado. (...) Em casos de delitos menores, é injustificável a exclusão do convívio social”.²¹¹

Nelson Jobim, Ministro da Justiça em 1998, afirmou na solenidade de promulgação que a nova lei abriria 20 mil vagas prisionais. Argumento refutado pelo jurista Miguel Reale, em artigo publicado onde, segundo ele:

“os condenados a penas de reclusão até 4 anos, não sendo reincidentes, já se valem da possibilidade de cumpri-la em regime aberto, ou seja, prisão albergue, que quase inexiste no Brasil. Condenados à prisão albergue, terminam por cumprir pena de prisão domiciliar, o que nada significa a não ser impunidade. Assim não há pessoas presas, nas condições exigidas pela nova lei, que façam jus às penas alternativas. Mais de 95% dos condenados que se enquadram nas circunstancias exigidas pela nova lei não estão

²⁰⁸ Ibidem. Pg. 21322

²⁰⁹ Ibidem. Pg. 21323

²¹⁰ Segundo a lei 9.714/1998 que modificou o artigo 43 do CP as penas restritivas de direitos atualmente são: I - prestação pecuniária; II perda de bens e valores; III – vetado; IV- prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; V- interdição temporária de direitos; VI- limitação de fim de semana.

²¹¹ FHC veta 4 novas penas alternativas. **Folha de São Paulo**, 26 de novembro de 1998.

presos. Não se justifica, portanto, o argumento de que a lei serviria para reduzir a população carcerária.”²¹²

Embora em todo o mundo Ocidental as penas alternativas sejam amplamente utilizadas²¹³, no Brasil, há ainda hoje, muita divergência sobre a eficácia das penas alternativas, ou críticas à sua aplicabilidade. A principal crítica é quanto ao uso constante da prestação pecuniária, na forma de pagamento de cestas básicas.

Para o promotor de justiça de Ribeirão Preto Djalma Marinho Cunha Filho, o poder público não tem estrutura para receber os condenados quando é determinada a prestação de serviços. Dessa forma, “a distribuição de cestas básicas é uma interpretação extensiva da prestação de serviços à comunidade, alguns promotores questionam a validade disso. Eu entendo que, como não há estrutura para a prestação de serviços, não se pode deixar o condenado sem punição. É uma forma alternativa para a pena”.²¹⁴

Um Promotor de Justiça entrevistado, atuante em Juizados Criminais, concorda que a punição com pagamento de cesta básica, dependendo do delito, leva a um descrédito da população, segundo ele: “ameaça e lesão corporal em matéria familiar, homem que bate em mulher, briga em boate, atropelamento com imprudência que causa comoção, acho que a cesta básica é um escárnio para vítima. Eu percebo nas audiências que a vítima se sente muito mais recompensada com a prestação de serviços à comunidade.”

Mas muitos são aqueles que vêem as penas alternativas com temor e crítica, pois sua fiscalização é precária. Para um Procurador Criminal entrevistado: “essas penas alternativas que nós temos aqui também, isso é um problema, não funciona, isso criou um descrédito. Limitação de fim de semana não tem. Prestar serviço à comunidade não funciona. Nem fiscaliza, também. A idéia é boa, mas na pratica não funciona”.

²¹² REALE, Miguel. A lei penal do Mínimo Esforço. **Folha de São Paulo**, 30 de novembro de 1998.

²¹³ Na Alemanha, as estatísticas indicam que só 17% dos condenados vão para a cadeia. Os 83% restantes são punidos com penas alternativas. Uso de penas alternativas pode esvaziar prisões. **Folha de São Paulo**, 1º de julho de 1995.

²¹⁴ Ribeirão Preto tem doação de cestas básicas. **Folha de São Paulo** 14/11/1998.

E certo que a pena de prestação de serviços à comunidade depende de uma controladoria para encaminhamento e fiscalização. No Rio de Janeiro no ano de 2001 foi implementado a Central de Penas e Medidas Alternativas, vinculado a Vara de Execuções Penais, em São Paulo este programa já havia sido implantado desde 1998. Segundos dados publicados em São Paulo, no ano de 1999 haviam disponíveis 1.964 vagas para prestação de serviços e apenas 183 estavam preenchidas. No Rio de Janeiro no ano de 2004 cerca de 8% dos detentos do estado foram beneficiados, mas este número poderia chegar a 30%.²¹⁵ Mas na verdade, o sistema é pouco utilizado em função da mentalidade do judiciário, que considera que a pena alternativa não pune adequadamente os detentos. Para um promotor público entrevistado, a função da pena alternativa é "necessariamente produzir o binômio compensação-educação".

No dia 29 de maio de 2004 uma rebelião na Casa de Custódia de Benfica no Rio de Janeiro demonstrou as falhas no sistema de execução penal. Em levantamento feito pelo jornal O Globo com base em registros da polícia, em processos instaurados pela justiça do Rio e em relatos de parentes das vítimas indicou que dos 20 mortos na rebelião, 17 tinham praticado pequenos delitos²¹⁶. O presidente do Tribunal de Justiça do Rio, desembargador Miguel Pachá, defendeu o fortalecimento da Central de Penas Alternativas como forma de evitar tragédias como a que ocorreu na Casa de Custódia de Benfica.²¹⁷ Em várias ocasiões, também se posicionou a favor da maior aplicação das penas alternativas o Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos, como forma de reduzir a população carcerária que cresce cerca de 3.500 presos a cada 30 dias.²¹⁸

Um levantamento da Central de Penas e Medidas Alternativas no Rio de Janeiro revela os principais delitos que receberam a substituição da pena nos anos de 2002, 2003 e 2004. Abaixo seguem duas tabelas com a listagem dos principais

²¹⁵ Só 1,3% dos presos tem pena alternativa. **Folha de São Paulo**, 03 de outubro de 1999. Presos sem alternativa. **Jornal O Globo**, 12 de junho de 2004.

²¹⁶ Alguns dos mortos como Jorge da Silva estava preso por roubar R\$ 50,00 no centro do Rio; Carlos Alvarenga havia roubado R\$ 52,00 de uma diarista; Francisco da Costa tentou furtar um tênis num shopping; Rogério Gomes foi pego com uma pequena quantidade de maconha e foi indiciado por tráfico de drogas; Wagner Souza tentou roubar um relógio e R\$ 1,00 de um senhor; Leonardo Santos roubou uma placa de ferro da Estação de trens de Nova Iguaçu, além de outros. No lugar errado, na hora errada. **Jornal O Globo**, 20 de junho de 2004.

²¹⁷ Pachá quer pena alternativa contra rebeliões. **Jornal O Globo** 21 de julho de 2004.

²¹⁸ Bastos pede pena alternativa. **Jornal do Brasil** 17 de junho de 2004.

delitos cometidos por beneficiários de penas e medidas alternativas. Importante destacar que as penas alternativas são sanções criminais que substituem a sentença já prolatada de privação de liberdade, enquanto as medidas são institutos e instrumentos que visam impedir a aplicação da pena privativa de liberdade.

Como pode ser observado, os delitos com maior incidência de medidas alternativas foram o uso de entorpecentes que saltou de 22,2% em 2002 para 55,20% em 2004; a lesão corporal em segundo lugar, porém com uma redução de quase 50%; e ameaça à outra pessoa em terceiro lugar. Já nos crimes que receberam sentença e suas penas foram substituídas por penas alternativas, o furto vem em primeiro lugar mantendo alta a incidência entre 2002 e 2004, em seguida está o porte de armas e a receptação de produto proveniente de crime. A pena para usuário de entorpecentes em quarto lugar teve uma redução de 22,37 para 9,46, isto se deve pela criação do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro da chamada Justiça Terapêutica que visa dar tratamento diferenciado para os usuários de entorpecentes direcionando-os as medida alternativas e ao tratamento médico e psicológico.

Principais delitos cometidos por beneficiários de medidas alternativas nos anos de 2002 a 2004

MEDIDAS							
	Delito	2002	%	2003	%	2004	%
ART 16 da Lei 6368/76	Adquirir para uso próprio entorpecentes	22	22,2	169	50,60	398	55,20
ART 129 do CP	Lesão corporal	30	30,30	53	15,87	121	16,78
ART 147 do CP	Ameaça	10	10,10	11	3,29	50	6,93
ART 10 da Lei 9437/97	Porte de armas	4	4,04	13	3,89	28	3,88
ART 303 da Lei 9503/97	Reprodução ou adulteração	8	8,08	9	2,69	22	3,05
ART 331 do CP	Desacato a autoridade	6	6,06	11	3,29	19	2,64
ART 136 do CP	Maus tratos	1	1,01	10	2,99	14	1,94
ART 330 do CP	Desobediência ao funcionário público	0	0,00	4	1,20	8	1,11
ART 329 do CP	Resistência à execução de ato legal	0	0,00	3	0,90	8	1,11

MEDIDAS							
	Delito	2002	%	2003	%	2004	%
ART 65 da Lei 3688/41	Perturbação da tranqüilidade	1	1,01	0	0,00	7	0,97
ART 309 da Lei 9503/97	Dirigir sem habilitação	1	1,01	4	1,20	5	0,69
ART 65 da Lei 9605/98	Pichação de monumento urbano	2	2,02	3	0,90	5	0,69
ART 233 do CP	Pratica de ato obsceno em lugar público	0	0,00	3	0,90	5	0,69
ART 58 da Lei 3688/41	Explorar ou realizar o jogo do bicho	0	0,00	2	0,60	5	0,69
OUTROS	Capitulações com menos de 04 incidências	19	19,19	44	13,17	52	7,21

Fonte: Vara de Execuções Penais. TJ/RJ/ CPMA, 2006

Principais delitos cometidos por beneficiários de penas alternativas nos anos de 2002 a 2004

PENAS							
	Delito	2002	%	2003	%	2004	%
ART 155 do CP	Furto	293	29,39	345	26,79	364	28,68
ART 10 da Lei 9437/97	Porte de armas	153	15,35	202	15,68	178	14,03
ART 180 do CP	Receptação de produto proveniente de crime	88	8,83	118	9,16	138	10,87
ART 16 da Lei 6368/76	Adquirir para uso próprio entorpecentes	223	22,37	162	12,58	120	9,46
ART 171 do CP	Estelionato	49	4,91	78	6,06	88	6,93
ART 12 da Lei 6368/76	Tráfico de entorpecentes	29	2,91	68	5,28	73	5,75
ART 297 do CP	Falsificação de documento público	29	2,91	60	4,66	72	5,67
ART 304 do CP	Uso de documento falso	30	3,01	39	3,03	66	5,20
ART 157 do CP	Roubo	23	2,31	50	3,88	42	3,31
ART 129 do CP	Lesão corporal	26	2,61	24	1,86	32	2,52

PENAS							
	Delito	2002	%	2003	%	2004	%
ART 302 da Lei 9503/76	Homicídio culposo na direção de veículo	17	1,71	34	2,64	30	2,36
ART 168 do CP	Apropriação indébita	20	2,01	26	2,02	23	1,81
ART 58 Do Dec Lei 6259/44	Realizar o jogo do bicho	22	2,21	61	4,74	21	1,65
ART 14 da Lei 10826/2003	Porte ilegal de arma de fogo	0	0,00	0	0,00	21	1,65
ART 01 da Lei 8137/90	Crime contra ordem tributária (sonegação)	3	0,30	20	1,55	20	1,58
ART 333 do CP	Oferecer ou promover vantagem ao funcionário público	5	0,50	10	0,78	18	1,42
ART 121 do CP	Homicídio	15	1,50	10	0,78	16	1,26
ART 303 da Lei 9503/97	Reprodução ou adulteração	7	0,70	13	1,01	14	1,10
ART 288 do CP	Formação de quadrilha	7	0,70	20	1,55	10	0,79
ART 331 do CP	Desacato a autoridade	9	0,90	10	0,78	10	0,79
ART 329 do CP	Resistência à execução de ato legal	4	0,40	13	1,01	9	0,71
ART 305 do CPM	Exigir vantagem indevida (concussão)	0	0,00	10	0,78	9	0,71
ART 186 do Dec Lei 7661/45	Crimes falimentares	4	0,40	8	0,62	8	0,63
ART 147 do CP	Ameaça	5	0,50	10	0,78	6	0,47
ART 299 do CP	Falsidade ideológica	4	0,40	7	0,54	5	0,39
ART 11 da Lei 8137/90	Concorrer na sonegação	0	0,00	8	0,62	4	0,32
ART 342 do CP	Falso testemunho	4	4,04	5	0,39	4	0,32
OUTROS	Capitulações com menos de 04 incidências	66	66,67	90	6,99	94	7,41

Fonte: Vara de Execuções Penais.TJ/RJ/ CPMA, 2006.

Um dado significativo é a atual tendência de encaminhamento para a pena de prestação de serviços à comunidade, no caso da CPMA do Rio de Janeiro, como forma de reintegração social do indivíduo que cometeu algum delito. Segundo os dados, é possível observar que esta é a principal pena alternativa que vem sendo utilizada na Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro, por isso seu aumento nos últimos anos.

Estadística do tipo de pena por ano da CPMA/ VEP/RJ

Condenação	2002	2003	2004
Interdição temporária de direitos	2	9	7
Prestação de serviços à comunidade ²¹⁹	883	1216	1364
Limitação de fim de semana	160	208	153
Prestação pecuniária (cestas básicas)	35	58	20
Prestação pecuniária (valor)	9	30	29
Prestação pecuniária (salários mínimos)	136	168	156
Pena restritiva de direitos	29	52	71
Medida/ Justiça Terapêutica ²²⁰	38	121	211
Total do ano incluindo outras penas alternativas	1.798	2.493	2.512

Fonte: Vara de Execuções Penais. TJ/RJ/ CPMA, 2004.

Observa-se que, com estas alterações, uma série de crimes nos últimos anos foram considerados juridicamente de menor potencialidade ofensiva, revelando uma opção à tendência internacional para a despenalização de alguns delitos

²¹⁹ Atualmente a Central de Penas e Medidas Alternativas tem 398 locais conveniados para a prestação de serviços à comunidade, sendo que a Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro é a principal parceira com 230 locais.

²²⁰ O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, através do Ato Executivo no. 041/2002, de 26 de setembro de 2002, instituiu o programa “Justiça Terapêutica”, que visa à recuperação do usuário de substâncias entorpecentes através de práticas terapêuticas conjugadas com a aplicação de medidas previstas na legislação penal.

previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Essa tendência adotada desde a reforma do Código penal de 1984, visa implementar maneiras de afastar o autor de crimes que sejam de pouca ofensividade à sociedade, do convívio prisional.

A criação dos Juizados Criminais Estaduais e Federais também trás benefícios no que se refere ao andamento processual, que tende a ser muito mais ágil, e, por conseguinte, de maior utilidade na prestação jurisdicional. A celeridade que pode ser obtida pelos Juizados Especiais, de igual modo contribui para a diminuição da crítica social ao sistema judiciário, sempre moroso.

Mas é preciso considerar que a opção do legislador em adotar os dispositivos despenalizadores levou em conta os ideais humanísticos, como também buscou dar uma solução para a desobstrução do judiciário e para a superlotação do sistema penitenciário. Os trabalhos de Lemgruber²²¹ nos últimos anos tem ressaltado a necessidade do Estado introduzir a racionalidade econômica nas punições. Segundo ela, os gastos nas prisões são um desperdício do dinheiro do contribuinte, dinheiro gasto para subsidiar cursos de formação e treinamento em crimes violentos. Nesse sentido, a introdução das penas alternativas no caso brasileiro não esteve apenas atrelada a um discurso humanitário e ressocializador, mas também representou uma tentativa de esvaziamento do sistema penitenciário e redução dos gastos estatais.

No próximo capítulo serão apontadas as causas para a manutenção das altas taxas de encarceramento, que sofreram uma significativa elevação na última década. A hipótese evidenciada nesse trabalho é que continua alto o número de indivíduos presos, ao contrário do que imaginavam os defensores das penas alternativas, porque a despenalização dos crimes com pena prevista em até 4 anos, ocorreu em paralelo com o endurecimento penal em novas leis.²²². Além de alcançar comportamentos insignificantes nas estatísticas criminais do dia-a-dia, a despenalização não se converteu em descriminalização no âmbito legal.

²²¹ LEMGRUBER. Julita. Pena Alternativa: Cortando a verba da Pós-graduação no crime. In: **Cidadania e Violência**. Org: Velho, Gilberto e Alvito, Marcos. Ed. UFRJ/FGV. RJ.1996. Ver também: Alternativas a Pena de Prisão. **Anais da Conferência promovida pela Secretaria de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Outubro de 1944. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial. 1994

²²² Há depoimentos de juizes que afirmam aumentar os anos de punição, nos casos onde a legislação permite, para a pena de determinados crimes não cair na faixa de 4 anos ou menos, onde deve ser aplicada a pena alternativa.

A percepção de um juiz criminal entrevistado é muito útil para pensar o que representou a introdução das penas alternativas: “as penas alternativas vieram estrategicamente para reduzir o grau de sofrimento provocado pelo Direito Penal”, mas também significam uma expansão do Direito Penal, pois alcançam uma série de condutas absolutamente inócuas ou desnecessariamente criminalizáveis, mas que hoje podem ser criminalizadas, “porque têm o discurso: Não estamos criminalizando isso! Pode ficar tranqüilo, ninguém vai para a cadeia! Vão ficar só vigiados! É o mecanismo da eterna vigilância, bem próprio de um Estado que larga as pessoas sem qualquer tipo de proteção”.

Importante ressaltar que as penas alternativas são substitutivas das penas privativas de liberdade até 2 anos nos Juizados Especiais Criminais Estaduais e Federais. Porém fora dos Juizados, as Varas Criminais também podem fazer a substituição das penas privativa de liberdade para os delitos cometidos com previsão de pena até 4 anos. Caberá ao Juiz verificar se cabe a possibilidade de substituição quando: o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; qualquer que seja a pena se o crime for culposos; o réu não for reincidente em crime doloso; a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade indicarem que a substituição é suficiente; e se não for reincidente em virtude da prática do mesmo crime.²²³

Estas restrições impostas irão significar que, na prática o juiz terá uma discricionariedade para decidir se houve grave ameaça à pessoa e se a conduta e a personalidade do delinqüente atestam o “merecimento”, e o indivíduo que pela segunda vez for condenado pelo mesmo crime não poderá ter sua pena substituída. É nesse momento que as características socialmente adquiridas, os estigmas, irão valer para a definição da conduta social e da personalidade e a sujeição criminal funciona aqui como um impeditivo para o recebimento da substituição da pena.

Destaca-se que a decisão do juiz é marcada pelo subjetivismo. Segundo Carvalho “no momento em que um juiz decide, toda sua história, sua visão de mundo, consciente ou inconscientemente, explode, vem à tona”²²⁴. A idéia de que a

²²³ BRASIL. **Código Penal**. Artigo 44º. Incisos I, II e III.

²²⁴ CARVALHO, Amilton Bueno. **Magistratura e Direito Alternativo**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. Pg.33

justiça é neutra leva a crer que o aplicador dessa justiça também o é. Ao contrário, toda decisão é prolatada a partir da ideologia do julgador, logo a justiça não é neutra nem o seu julgador. Roberto Lyra afirma que a própria lei representa a ideologia das classes dominantes, e, portanto “a justiça não é neutra, mas sim comprometida, não é mediana, mas de extremos. Não há justiça que paire acima dos conflitos, só há justiça comprometida com os conflitos, ou no sentido de manutenção ou no sentido de transformação”²²⁵

Uma das questões que vale levantar neste trabalho é a pergunta: para quem se direciona as penas alternativas? Seguindo a construção teórica discutida na introdução deste trabalho com base em Foucault, Elias e Misse, pode-se dizer que os normalizados são aqueles capazes de receber um “voto de confiança” do sistema, aqueles que souberam internalizar as normas e produzem de forma mais eficaz o seu auto-controle, esses são capazes e conviver em sociedade e pagar sua dívida em dentro do convívio social. Por outro lado os desnormalizados, aqueles onde a sujeição criminal atua como um forte indicador de periculosidade, estes não são capazes de “viver em sociedade”, estes representam um perigo, pois “não tem controle dos seus atos”, a eles o sistema penal reservou o sofrimento das prisões.

²²⁵ *Apud.* CARVALHO. *Ibidem.* Pg. 42

4- O RECRUDESCIMENTO PENAL

No Brasil, a proposta humanitária de substituição das penas privativas de liberdade por penas e medidas alternativas com o objetivo de reduzir os efeitos nocivos do encarceramento e reduzir a superlotação do sistema carcerário, convive nas últimas décadas, com um movimento político criminal oposto, de endurecimento das penas. O discurso punitivo concebe a pena como um castigo, e propõe além da supressão de direitos e garantias individuais, punições cada vez mais severas para combater o aumento da criminalidade. A velha ideologia da “segurança nacional” vem sendo incorporada nos discursos pela segurança urbana, seus interpretes objetivam reforçar o controle social sobre as “classes perigosas”.

Com o apoio da mídia e de grande parte da população foram aprovadas nos últimos anos pelo Legislativo, diversas leis que visam “retirar de circulação” delinqüentes, pelo maior tempo possível. O Direito Penal é “vendido” como remédio infalível para vencer a luta contra o crime. O que será analisado a seguir é a elaboração de uma legislação penal extravagante e punitiva que foi sendo produzida ao sabor das circunstâncias com a finalidade de dar uma satisfação à opinião pública que clama por providências por parte dos homens públicos para a contenção da criminalidade nos centros urbanos.

Serão analisados os discursos e as circunstâncias sociais que favoreceram a elaboração de três leis que foram escolhidas por serem muito significativas/ simbólicas no movimento de recrudescimento penal. São elas: a lei de crimes hediondos e suas alterações, a lei contra o crime organizado e a instituição do regime disciplinar diferenciado.

4.1 A pena como castigo na Lei de Crimes Hediondos - Uma análise dos processos sociais que conduziram a sua elaboração

Nos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, parlamentares de formação política democrática defenderam a idéia de se fazer inserir no texto da Constituição, um dispositivo expresso que assegurasse a punição de todos aqueles que viessem a cometer ações armadas contra a ordem político-jurídica vigente ou a praticar atos de tortura por motivos políticos ideológicos. A proposta fundamentava-se na justificativa de que era indispensável dotar o Estado Democrático que emergia do desmonte do governo militar no poder desde 1964, de normas jurídico-constitucionais capazes de assegurar a efetiva estabilidade política do processo de democratização da sociedade brasileira.

O objetivo era impedir que eventuais futuros usurpadores do poder político pudessem ser beneficiados por leis de anistia ou decretos de indulto de legitimidade duvidosa e, em conseqüência, escapar da justa punição por crimes que viessem a praticar mediante tortura física e psicológica, perseguições políticas e atentados reiterados à ordem político-jurídica-democrática.

Por outro lado, constituintes de formação político conservadora, além de defenderem a adoção da pena de morte para crimes mais graves, preconizavam também uma resposta punitiva acentuadamente mais rigorosa contra os que viessem a cometer atos de terrorismo. O que esta corrente conservadora pretendia era o recrudescimento do sistema punitivo, como método político-jurídico de combate a crimes como tráfico de entorpecentes, roubo, extorsão mediante seqüestro, homicídio, estupro.²²⁶

Dessa forma, foram inseridos no artigo 5º, inc. XLIII da Constituição Brasileira de 1988 os crimes hediondos constitucionais, assim definidos: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos

²²⁶ Sobre a inclusão dos crimes hediondos na Constituição Federal de 1988 ver: LEAL, João José. **Crimes Hediondos**. Curitiba: Juruá, 2003.

como crimes hediondos, por ele respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

Verifica-se que o constituinte de 88 tomou a iniciativa de considerar a tortura, o tráfico de drogas e o terrorismo como uma espécie maior, imperativa e categórica de crime profundamente “repugnante” e, portanto merecedora de uma reação punitiva especificadamente mais severa (inafiançabilidade, e insuscetibilidade de graça e anistia). Essas infrações podem ser chamadas de crimes hediondos constitucionais, ao lado dos crimes hediondos ordinários, assim rotulados na norma infraconstitucional. Ao mesmo tempo, a Carta Magna facultou ao legislador ordinário a iniciativa de rotular outras infrações penais com a marca jurídica da hediondez presumida. Em decorrência desse mandamento constitucional o legislador aprovou a Lei 8.072 de 25 de Julho de 1990.

É importante analisar os fatores imediatos que determinaram a promulgação da Lei 8.072/90, o principal deles foi a onda de extorsão mediante seqüestro, ocorrida a partir de 1989 em São Paulo e, principalmente no Rio de Janeiro, constituindo a causa imediata e preponderante da aprovação da lei de crimes hediondos. No final dos anos oitenta, quadrilhas com elevado grau de organização e grande número de participantes passaram a operar nessa área da atividade criminosa. Ocorreu, então, uma intensificação sem precedentes na prática de seqüestros, como o objetivo de extorquir vultuosas somas em dinheiro da vítima ou de seus familiares. No Rio de Janeiro implantou-se uma verdadeira operação de guerra contra o que se chamou “indústria do seqüestro”. Os meios de comunicação social, divulgando os fatos de forma emocional e sensacionalista, contribuíram seguramente para a formação de uma opinião pública favorável a uma solução radicalmente mais severa, tanto do ponto de vista jurídico-penal quanto meramente policial.

Foram as extorsões mediante seqüestro e, principalmente, o seqüestro do empresário Roberto Medina no Rio de Janeiro que se constituiu no fator imediato e determinante da Lei 8.072 de 25 de julho de 1990. Sob o impacto dos meios de comunicação de massa, o grande número de seqüestros atuou como um mecanismo de pressão ao qual o legislador não soube resistir. Dessa forma, a Lei de Crimes Hediondos, que foi aprovada com extrema urgência, foi uma resposta

penal de ocasião, para dar satisfação diante do seqüestro do empresário Roberto Medina entre outros. É certo que a Constituição Federal, já previa a possibilidade de se considerarem hediondos certos tipos de crimes. Porém, se não fosse o episódio do grande número de seqüestros e a manipulação político-ideológica de tal fenômeno, dificilmente as correntes conservadoras teriam conseguido reunir a maioria parlamentar necessária para a aprovação desta lei, que endureceu significativamente o sistema punitivo brasileiro. Sob este aspecto, pode-se afirmar que a Lei de Crimes Hediondos é resultado da onda de seqüestros ocorrida no Rio de Janeiro, em São Paulo e em outros grandes centros urbanos brasileiros.

A Lei 8.072 se originou de um projeto de lei do Senado Federal apresentado em 17 de maio de 1990, com autoria do Senador Odacir Soares (PFL-RO). Sob regime de tramitação ordinária o projeto de lei foi a plenário no dia 27 de junho de 1990, e aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e por voto simbólico das lideranças dos partidos que compõem a Câmara dos Deputados no dia 28 de junho de 1990, a partir do parecer do Deputado Roberto Jefferson. Enviado para o Senado, o Projeto tramitou em regime de urgência, sendo sancionada pelo Presidente Fernando Collor de Melo no dia 25 de julho de 1990. A lei 8.072 dispõe sobre os crimes hediondos da seguinte forma: “São considerados crimes hediondos os crimes de latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, todos do Código Penal, e, ainda genocídio, tentados ou consumados”. (Art. 1º)

O artigo segundo da referida lei define ainda, que, os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória e a pena por crime previsto deverá ser cumprida integralmente em regime fechado. Além de, em seu artigo 6º aumentar a pena cominada para diversos delitos que definiu como hediondos.²²⁷

²²⁷ Para exemplificar, o latrocínio que tinha pena mínima de 15 anos de reclusão, passou ao mínimo de 20 anos; a extorsão mediante seqüestro, cuja pena mínima era de 6 anos de reclusão, passou a ter o mínimo no patamar de 8. O mesmo crime se praticado contra menores de 18 anos, ou por

A ausência do homicídio no elenco dos hediondos, possivelmente considerado pelo senso comum o mais grave dos crimes no elenco das infrações, representava uma grave lacuna da lei, fato que passou a ser apontado pelos juristas como uma gravíssima contradição jurídica e uma demonstração evidente das impropriedades técnicas jurídicas da Lei de Crimes Hediondos em seu todo. Segundo o pensamento jurídico a vida é o bem jurídico maior que deve ser protegido pelo Estado.²²⁸

O editorial do Jornal Folha de São Paulo do dia 29 de julho de 1990 faz um alerta para o efeito psicológico e pouco eficaz da nova lei, e assim afirma:

A recém-sancionada lei que dispõe sobre os crimes hediondos atende, é certo, a uma demanda generalizada na sociedade brasileira, (...) o acréscimo de rigor pretendido parece adequar-se, sobretudo, à demanda psicológica de uma sociedade que se sente ameaçada pelo incremento da criminalidade (...). É duvidoso que penas mais rigorosas venham dissuadir o criminoso em potencial de cometer tais delitos (...) é preciso encarar com cuidado uma tendência para tratar emocionalmente um problema por demais complexo e profundo.²²⁹

Em outro artigo o jurista Saulo Ramos chama atenção para as incoerências da lei de crimes hediondos e a ausência de homicídio na mesma lei. Citando um exemplo comenta que:

Se um tarado dá um beijo lascivo numa criança de 13 anos, mesmo sob o consentimento dela, comete atentado violento ao pudor, classificado como crime hediondo. Poderá ser condenado até nove anos de reclusão em regime fechado, com direito a livramento condicional somente depois de cumprir dois terços da condenação. Essa é a mesma pena para estupro, o que poderá estimular o tarado a não ficar só no beijo. Mas se o tarado resolver matar a criança, ela passará a ser tratado como um bandido bonzinho. A pena será mesma, até nove anos, mas não está impedido de cumpri-la no regime progressivo semi-aberto, aberto, domiciliar. E ainda, poderá ter liberdade condicional depois de um terço de comprimento da

quadrilha, ou ainda se durar mais de 24 horas, que tinha pena mínima de 8 anos, passa a tê-la em 12 anos de reclusão. Se do seqüestro resultar a morte, a mínima que era de 20 passa a 24. O estupro, que tinha pena mínima de 3 anos de reclusão e oito como máxima, passou ao mínimo de 6 anos e o máximo de 10; o atentado violento ao pudor de 2 anos na faixa mínima e 7 na máxima, para seis anos e 10 no limite.

²²⁸ Hobbes no século XVII já falava da proteção à vida/ a segurança, como motivo principal do pacto dos indivíduos com o Estado. HOBBS. O Leviatã. São Paulo: Martin Claret, 2003.

²²⁹ Crimes Hediondos. Editorial. **Folha de São Paulo**. 29 de julho de 1990

pena. Não sendo proibidos a liberdade provisória, o indulto e a graça.²³⁰

A introdução do homicídio como crime hediondo só veio a ocorrer quatro anos mais tarde, como forma de “remediar” a omissão do legislador de 1990, que deixou de incluir o homicídio doloso, principalmente qualificado, no rol de crimes hediondos. A lei 8.930/94 que modificou o rol dos crimes hediondos teve sua origem relacionada a um fato notório e de grande repercussão nacional: o assassinato da atriz da Rede Globo de Televisão, Daniela Peres, por um colega de profissão Guilherme de Pádua. Sua mãe, Glória Peres, famosa escritora de novelas, com o apoio dos meios de comunicação social, conseguiu articular um forte movimento de manipulação e de motivação da opinião pública, em favor da inclusão do homicídio no rol de crimes hediondos. O sensacionalismo tomou conta da mídia, que passou a exigir uma resposta punitiva mais severa para os assassinos. Isso formou uma intensa e determinante pressão política sobre o Congresso Nacional que, motivado por uma moção popular com um milhão e trezentas mil assinaturas, acabou votando uma lei penal que representou mais uma vez o compromisso com a repressão criminal baseada na idéia da pena como pura retribuição do mal causado.²³¹

No entanto, ao incluir no rol de crimes hediondos ordinários, o homicídio simples praticado em “atividade típica de grupo de extermínio”, o legislador de 1994 pretendeu atingir também os autores dos crimes comuns em grandes centros urbanos, praticados por grupos de extermínio. As execuções sumárias de “bandidos” e “criminosos perigosos”; os ajustes de contas entre traficantes e membros de quadrilhas rivais, a “queima de arquivo”; o “espírito justiceiro”, enfim, a banalização da ação homicida geralmente praticada por quadrilhas, bandos ou grupos de extermínio, que marcam o cotidiano dos grandes centros urbanos brasileiros, e principalmente episódios como os das chacinas da Candelária e da favela de Vigário Geral, no Rio de Janeiro, contribuíram também para motivar político criminalmente os autores da Lei 8.930/94. O legislador entendeu que essa era a medida repressiva

²³⁰ RAMOS. Saulo. Mata, mas não beija! Caderno Opinião. Coluna Tendências e Debates. **Jornal Folha de São Paulo**. Dia 04 de novembro de 1990 pg.A-3.

²³¹ Vários jornais noticiaram o movimento liderado pela escritora Glória Peres a fim de colher assinaturas para a alteração na LCH. O Jornal do Brasil de 09 de setembro de 1994, logo após a aprovação da nova lei chamou a alteração da lei de ‘Emenda Glória Peres’.

capaz de estancar os crimes urbanos de extermínio, e o fez mais uma vez através de medidas puramente repressivas; inserindo uma nova forma de homicídio simples na lista dos crimes hediondos. A alteração assim definiu na Lei 8.930 de 06 de setembro de 1994: “são considerados hediondos os seguintes crimes: art. 1º homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado”. Os demais artigos seguiram a lei já existente.²³²

O Projeto de Lei nº 4.146-B que alterou a Lei de Crimes Hediondos, de autoria do Poder Executivo, foi apresentado à Câmara dos Deputados em 09 de setembro de 1993, e levado a plenário da Câmara dos Deputados pela primeira vez em 07 de outubro de 1993. As diversas emendas propostas pelos deputados foram rejeitadas, segundo a Comissão de Constituição e Justiça, cujo relator foi o Deputado José Luiz Clerot.

A discussão do projeto no plenário foi polêmica e ocorreu em turno único no dia 24 de março de 1994, contando com depoimentos de deputados que se mostraram “sensíveis” aos apelos populares, como também de deputados preocupados com o sentido puramente simbólico da alteração. Seguindo a ordem dos discursos, o Deputado Adilson Motta (PPR-RS), o primeiro a discursar em plenário ressaltou:

(...) Quero destacar que esta casa recebeu aqui um a comissão de advogados, artistas e familiares de vítimas da violência, comissão esta liderada pela escritora Glória Peres, que nos entregou um anteprojeto com 1 milhão e 300 mil assinaturas (...). Este acréscimo feito no elenco de crimes hediondos atende ao objetivo maior daquela comissão que nos procurou e entregou aquele documento respaldado por assinaturas coletadas nos mais diversos recantos do nosso País, numa demonstração inequívoca da grande preocupação que existe hoje com o crescimento da violência e a impunidade que impera no Brasil.²³³

²³² As penas mínimas e máximas para esses crimes foram mantidas. Homicídio qualificado 12 a 30 anos de reclusão e homicídio simples, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio de 6 a 20 anos de reclusão.

²³³ Diário do Congresso Nacional. 25 de março de 1994 pg. 4297.

Deputado Nelson Trad (PTB-MS) em sua fala demonstrou sua crítica à forma repressiva do tratamento da criminalidade e a falta de reflexão sobre a matéria:

Sr. Presidente, Sr^a e Srs. Deputados, todo projeto de lei que diz respeito a matéria penal exige reflexão e sobre tudo equilíbrio emocional para receber a chancela do Congresso, porque envolve um universo que não está protegido pelos momentos dramáticos que nos acometem (...) Não podemos emocionar e nos sensibilizar pelo trauma individual daqueles que sofrem no seio a agressão de uma ação criminosa. Entendo que qualquer crime é hediondo, mesmo um homicídio culposo cometido por um negligente que avança sobre uma fila de pessoas à espera de um ônibus. (...) Chamo em socorro os criminalistas vivos, defensores da tese de que a ressocialização não se faz com o aumento das penas, mas começa a implantação das políticas sociais, que impede as crianças de saírem sem os pais pelas ruas, na formação congênita até do seu temperamento violento (...).²³⁴

O Deputado Amaury Müller (PDT-RS) chamou atenção para os problemas sociais que geram a criminalidade, segundo ele, mais importante do que discutir a tipificação de crimes como hediondos é discutir sobre questões cruciais e importantes que afligem a sociedade. E pediu que os deputados dedicassem a mesma atenção com que analisam o projeto para “acabar com a fome, com a miséria, com o analfabetismo e com a doença, que são as grandes causas da violência e da criminalidade”.²³⁵

Deputado Edmundo Galdino (PSDB-TO) se posicionou favorável à aprovação do projeto de lei e criticou a posição do Deputado Nelson Trad:

Srs. Deputados, ofereçam-nos os instrumentos para acabar com a impunidade no Brasil (...). Apelo, portanto ao Srs. Deputados para que votem favoravelmente à matéria, ainda que um dos oradores tenha dado algumas informações que não são verdadeiras. Esta matéria não trata de acidentes de trânsito, como disse um ilustre Deputado. A matéria trata de crimes hediondos, levando em conta que a quase totalidade dos assassinos está hoje solta, ganhando dinheiro e praticando novos crimes, transformado o homicídio em profissão.²³⁶

²³⁴ Ibidem. Pg.4297

²³⁵ Ibidem. Pg. 4298

²³⁶ Ibidem. Pg. 4299.

A emoção coletiva não deve interferir na votação de uma matéria de tamanha relevância afirma o Deputado Vital Rego (PDT-PB), que se mostra preocupado com a inclusão do homicídio qualificado no projeto de lei.

Sr. Presidente, somos estudiosos do Direito Penal, científico. Temos responsabilidade com nossa consciência jurídica e também com nossos deveres cívicos. **Mas, Presidente amigo, não podemos, em nenhum instante, fazer desta tribuna um refugio para respirar, a seu intermédio, aquilo que significa uma emoção coletiva, transitória, fugidia, meteórica, que não pode ter a consistência de um ordenamento jurídico composto pelo Direito Positivo (...)** Não posso, não devo e não quero em nenhum instante violentar minha consciência jurídica para dizer ao nobre Deputado José Luiz Clerot que estou à vontade para sufragar seu judicioso parecer, quando ele faz um ponto no homicídio qualificado e deixa que todos aqueles que venham a ser denunciados como autores, como agentes desse tipo de crime percam a dignidade da sua primariedade, que é um cultivo de vida, uma história de vida, e dos seus bons antecedentes, a vida comportamental do cidadão em sociedade. **Assim seria retroceder demais. E eu espero que este retrocesso não aconteça em nome de nenhuma emoção, para que a razão prevaleça e a ordem jurídica esteja resguardada.** (grifo nosso)²³⁷

O Deputado José Luiz Clerot (PMDB-PB), relator do projeto sai em defesa da inclusão do homicídio qualificado;

Sr. Presidente, meditei muito a respeito deste projeto. Quando ele já estava em minhas mãos, veio através de ofício de V. Ex^a, o **clamor das ruas, traduzido em 1 milhão e 300 mil assinaturas**, a pedir coincidentemente aquilo que o Ministério da Justiça já havia recomendado através de mensagem do governo (...) Minha primeira preocupação foi a de não ceder emocionalmente ao forte papel da sociedade, porque a diretriz que tracei para o voto que iria proferir neste projeto era a de expressar com segurança se incluiria no rol dos crimes hediondos o homicídio consumado ou tentado, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por uma pessoa. **Havia um grande apelo da sociedade para que incluíssemos também homicídio qualificado previstos no artigo 121 (...)**. O que a Lei dos Crimes Hediondos faz, única e exclusivamente, é estabelecer uma distinção na forma de cumprimento da pena. Não podemos aplicar a Lei de Execuções Penais, na sua integralidade, a essas figuras, **porque sabemos que a correção dessa gente, quando se realiza, é a longo prazo, a longo curso. De modo que não podemos devolvê-la à sociedade com a velocidade com que se devolve aquele que produziu uma lesão corporal ou praticou uma simples sedução.** E foi isso

²³⁷ Ibidem. Pg. 4300

que me levou a concluir que a política criminal compatível para a correção desse tipo de criminoso é exatamente a que o faz cumprir a pena, integralmente, em regime fechado (...). Esse clamor veio para os autos, mas se fosse só o clamor eu não acolheria. Eu acolho porque me convenci de que, em matéria de política criminal está descrita, indicada e já consagrada a Lei de Crimes Hediondos. (grifo nosso)²³⁸

O intenso debate, e a oposição de opiniões geram um apelo pelo adiamento da votação, o Deputado Benedito Figueiredo (PDT-SE) apelou para que a matéria fosse mais estudada e debatida “numa sessão em que outros mais ilustrados membros desta Casa dela participem”. Segundo ele: “Não tenho cultura jurídica, infelizmente, nem os conhecimentos jurídicos, para apontar uma solução para atender o clamor da sociedade neste momento”.²³⁹

O Deputado Vital Rego pede novamente a palavra e propõe que se acrescente à emenda oferecida pelo relator, após “e homicídio qualificado (art 121 § 2º, incisos I, II, III, IV e V) consumado ou tentado”, a expressão “com sentença transitada em julgado”, a fim de permitir ao réu a segurança da instrução criminal consumada e uma sentença prolatada. O relator do projeto José Luiz Clerot solicitou, então, ao Deputado Vital Rêgo que não fizesse emendas para que houvesse celeridade na apreciação do projeto. Garantindo-lhe que o projeto seria emendado no Senado, pois ele pessoalmente levaria a proposta ao Senado, e assim “ganharíamos uma etapa”, afirmou Clerot.

Os deputados José Abrão (PSDB-SP), Nelson Trad e Sarney Filho (Bloco Parlamentar-MA) solicitaram, dada a complexidade da matéria e a falta de quorum, uma transferência da votação. Sarney Filho ressaltou que a Casa “demonstrou a responsabilidade de sempre, ao pedir uma reflexão maior sobre o projeto”. O Presidente da Câmara dos Deputados, Inocêncio de Oliveira, decidiu dar um prazo até o dia seguinte para os deputados que quisessem apresentar emendas de plenário, retirando assim o projeto de pauta.

A votação final na Câmara dos Deputados ocorreu no dia 21 de junho de 1994 em turno único; foi aprovada a emenda da CCJ incluindo homicídio qualificado

²³⁸ Ibidem. Pg. 4301

²³⁹ Ibidem. Pg. 4302

e rejeitada e emenda que incluía como hediondos: Crimes de perda e guarda de alimentos e medicamentos; desvio de verbas; omissão quanto a roubos nas repartições; permissão, espancamentos e assassinatos na remoção de favelas; contribuição para o extermínio de indígenas.

Segundo a opinião de alguns especialistas do direito criminal, divulgadas pela imprensa da época, o legislador atua ao sabor dos acontecimentos, de forma casuística. Revelando um “direito penal simbólico e demagógico, pelo qual o Estado passa para a sociedade a sensação de que tomou todas as providências para pôr fim a atos criminosos”.²⁴⁰ Em entrevistas realizadas com operadores do sistema penal do Rio de Janeiro algumas opiniões sobre a Lei de Crimes Hediondos são relevantes, dois Promotores que atuam em varas criminais no Rio de Janeiro revelaram uma percepção contextualizada e crítica; quando indagados sobre a que se atribui essa tendência de endurecimento das leis penais, como a lei de crimes hediondos as respostas foram as seguintes:

Essa tendência é uma impulsão do chamado movimento da lei e da ordem, ou seja, eles querem fazer as pessoas acreditarem que um sistema penal mais duro, mais repressivo, com penas mais altas, com leis mais severas, por si só é suficiente para conter a onda de violência. (...). Isso é desviar a atenção para o verdadeiro foco do problema, o problema social, problema de estrutura. Então você joga um discurso de que precisa endurecer o regime, de que precisa de leis mais severas etc, quando o problema maior não é atacado e muito menos visto por quem quer que seja. Quando eles falam de violência, a visão deles é micro, violência no sentido de crime, quando violência é algo bem mais amplo do que crime, como, por exemplo, o cara ficar 15 horas na fila do hospital para ser atendido. Mas esse problema só é atingido quando existe interesse político. (Entrevista com Promotor de Justiça (A) do MP-RJ)

Acho que o legislador está preso ainda num binômio, na verdade ele não sabe muito bem o que fazer, ora ele vai para área da nova defesa social, ou novíssima defesa social; então ele solta leis como a lei 9.099, a lei de penas alternativas. Ora ele resolve recrudescer nesse combate e solta a 8.072, lei de combate as organizações criminosas. Então acho que você tem dois grupos dominantes no Congresso Nacional, um liberal e um mais conservador, então dependendo da maioria na Comissão de Constituição e Justiça, nas Comissões Específicas, um se sobrepõe ao outro, então você tem

²⁴⁰ LIMONGI, Celso Luiz. Simples demais seria se o endurecimento da lei penal tivesse força para dissuadir alguém de praticar um crime. **Jornal da Tarde**, 21/10/2004. O autor é Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo e Presidente da Associação Paulista de Magistrados.

esse verdadeiro cabo de guerra, que o poder legislativo brasileiro não define qual é sua tendência para desespero nosso. O Congresso ele vive em mora legislativa, e só trabalha correndo atrás do prejuízo, sempre que acontece um caso mais grave as pessoas resolvem ou aumentar a pena ou criar um tipo específico. (Entrevista com Promotor de Justiça (B) do MP-RJ)

Em setembro de 2000, a Folha de São Paulo preparou um caderno Especial sobre a Lei de Crimes Hediondos, a partir de dados estatísticos e depoimentos de operadores do direito penal. O foco da matéria chamava a atenção para o fato de que, embora tenha completado 10 anos, a Lei de Crimes Hediondos não conseguiu inibir esse tipo de violência, que aumentou no país nos últimos anos. A matéria revelava dados do Ministério da Justiça, recebidos das Secretarias Estaduais de Segurança e relacionando os tipos penais listados nos crimes hediondos e sua elevação nos anos de 1997-1999. O latrocínio foi o crime que mais havia crescido no país (216%) de 0,85 por 100 mil habitantes em 1997, para 2,69 por 100 mil habitantes em 1999. No tráfico também houve aumento: o número de indiciados cresceu 16% de 1995 até 1999; foram 1,2 por 100 mil em 1995 contra 1,39 por 100 mil em 1999. Os homicídios dolosos subiram 2,5%, aumentaram de 22,57 por 100 mil, em 1997, para 23,13 em 1999. No mesmo período, os seqüestros caíram 9%, e os estupros 3,5%.²⁴¹

Mesmo com os dados corroborando a afirmação da matéria de que a lei não inibiu o aumento dos crimes chamados hediondos, 10 anos após sua promulgação, o Juiz da 28ª vara criminal de SP, Airton Vieira defendeu a lei afirmando que as penas são até brandas e que “pelo menos afasta da sociedade, por um longo período esses cidadãos marcados pela alta periculosidade. Mas como nada tem sido feito para atacar os problemas sociais, a violência tende a crescer, e precisamos de leis severas. Mesmo com todo efeito punitivo, temos esses dados da escalada dos crimes hediondos, imagine então se a lei não tivesse sido criada.”²⁴² Esse tipo de argumento é muito comum e deixa clara uma percepção de que o aumento das penas pode ser fator inibidor da criminalidade, a forma preventiva que coíbe e reforça valores, sem nenhuma discussão dos fatores motivadores da

²⁴¹ Lei Rígida não inibe crimes hediondos. Folha Cotidiano. **Folha de São Paulo**. 5 de setembro de 2000.pg. C -1

²⁴² Idem.

criminalidade, ou seja, aumenta-se as penas esperando que elas gerem a redução dos crimes, é o que ocorreu no caso dos remédios falsificados

No ano de 1998 tornou-se público uma nova onda de crimes espalhados pelo país: a falsificação e adulteração de remédios. O então ministro José Serra torna pública a promessa de intensificação das punições contra empresas que cometeram este crime. Foram apreendidos em hospitais e farmácias de toda rede pública e privada, milhares de remédios falsos, sendo os principais os antibióticos, remédios para AIDS, câncer e anticoncepcionais. Em junho de 1998 foi aprovado na Câmara e no Senado um projeto de lei tornando as penas mais severas para falsificação de remédios, porém o Senado não incluiu o crime na categoria de hediondos, como vinha sendo divulgado, tornando o crime inafiançável. O projeto foi sancionado pelo Presidente da República na forma da lei 9.677 de 2 de julho de 1998. Contudo, muitos parlamentares não ficaram satisfeitos em não tornar a falsificação um crime hediondo. Um artigo da Folha de São Paulo do dia 2 de julho de 1998 afirma que foi um erro interno do Congresso e do Senado não incluir a falsificação como crime hediondo e para contornar a situação seria proposto um novo projeto de lei.²⁴³

Em 12 e 13 de agosto de 1998 a Câmara dos Deputados e o Senado respectivamente, aprovaram por votação simbólica, a inclusão da falsificação de remédios e adulteração de alimentos na lei de crimes hediondos. A inclusão foi duramente criticada por alguns senadores como José Eduardo Dutra (PT-SE) que afirmou "Com a pressa, a lei saiu com imperfeições. Ela não estabelece gradação. Alguém que colocar água com sal em um xampu anti-caspa será julgado pela mesma lei usada para aquele que falsifica remédio contra câncer"²⁴⁴ O ministro da saúde José Serra rebateu dizendo: "É difícil fazer exceção. As punições têm que ser iguais, tanto para quem falsifica uma aspirina quanto para quem diz vender produtos dietéticos e coloca açúcar. Não dá para dizer qual é mais ou menos perigoso".

O presidente da Associação dos Magistrados do Brasil, Luiz Fernando de Carvalho, disse em artigo que a lei tornando crime hediondo a falsificação de

²⁴³ Erro faz falsificar remédio não ser crime hediondo. **Folha de São Paulo**, 2 de julho de 1998.

²⁴⁴ Senado aprova crime hediondo para remédio. **Folha de São Paulo**, 14 de agosto de 1998.

remédios e alimentos pode levar a injustiças, devido à abrangência do texto.²⁴⁵ Alguns dias depois o Ministro José Serra deu uma entrevista concordando com a supressão do termo hediondo dos crimes de falsificação, e afirmou que o governo federal deveria vetar artigos do projeto de lei que classifica a falsificação e a adulteração de medicamentos e de alimentos como crimes hediondos. Segundo Serra, "tem de haver uma gradação" da pena para cada caso de falsificação. Como exemplo, ele disse que fazer anúncio de um shampoo com ovo que, na verdade, não tem esse ingrediente não é um delito tão grave como adulterar um medicamento para tratamento de câncer. "Quando não é adulteração letal, não há motivo para ser crime hediondo", disse o ministro²⁴⁶. No entanto, a lei foi sancionada pelo presidente um dia depois de seu depoimento, e alterou a lei de crimes hediondos incluindo em seu artigo VII-B: falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais - Lei 9.695 de 20 de agosto de 1998.

Na opinião do juiz George Lopes, a lei que torna os crimes hediondos é ineficaz, pois "hediondizar crimes não reduz a criminalidade. Esse problema da falsificação de remédios pode ser resolvido satisfatoriamente com uma boa fiscalização sanitária e com penas pecuniárias que assegurem o confisco dos bens dos empresários e a indenização ampla às vítimas". Leite critica a lei de crimes hediondos e afirma que "O resultado mais palpável dessa lei é a superlotação carcerária". Para o juiz, não adianta agravar as penas se a polícia não pode investigar, a Justiça não julga com rapidez e não há espaço para os presos.²⁴⁷ De opinião contrária, Barjas Negri, secretário-executivo do Ministério da Saúde na época, relatou que a ação emergencial do governo demonstra que a questão deixou de ser tratada como crime de colarinho branco, e assim "o governo está devolvendo à sociedade a confiança outrora perdida nas autoridades de saúde".²⁴⁸

A partir do ano de 2003, com a posse do Governo de Lula, o novo Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos se posicionou contra a Lei de Crimes Hediondos. Já na primeira semana como ministro, revelou que iria sugerir ao Congresso

²⁴⁵ Para juiz, abrangência de lei de remédio causa injustiça. **Folha de São Paulo**, 15 de agosto de 1998

²⁴⁶ .Serra pretende mudar o projeto de falsificação. **Folha de São Paulo**, 19 de agosto de 1998.

²⁴⁷ Lei que torna os crimes hediondos é ineficaz. **Folha de São Paulo**, 17 de agosto de 1998.

²⁴⁸ A melhor forma de punir a falsificação de remédios é torná-la crime hediondo. **Folha de São Paulo**, 22 de agosto de 1998.

mudanças na lei de crimes hediondos, lavagem de dinheiro e crime organizado; pois considera ter havido excesso na elaboração dessas legislações. Para o ministro, são leis que endureceram as punições e não contribuíram para reduzir índices de criminalidade, leis feitas para atender aos momentos de “impulso do pânico”. Segundo Bastos, foi uma forma de dar justificativas à sociedade em momentos de crise de segurança pública. Para ela não é necessário ter leis duras, mas decisões jurídicas que coloquem um criminoso na cadeia e o façam cumprir a pena imediatamente. Mais do que mexer em leis, o mais importante seria mexer na estrutura que aplica as leis.²⁴⁹ E afirmou: “ Eu acho que nós temos que rever essa lei. Ela é uma lei que foi sendo modificada ao sabor das circunstâncias, aquilo que se chama legislação de pânico. O fundamental é que se avalie o que essa lei fez de bom e o que ela fez de mal”.²⁵⁰

Para o Ministro do STF, Marco Aurélio de Mello a Constituição assegura aos presos o direito à individualização da pena, e a Lei dos Crimes Hediondos viola esse princípio, porque fixa uma proibição genérica de progressão de regime, aplicável a todos os enquadrados nela.²⁵¹ Favorável também a alteração, o Ministro Nilmário Miranda, da secretaria especial dos direitos humanos, disse: “Eu sou favorável, por que essa lei encheu as prisões e não inibiu a criminalidade. Por ano estão entrando 40 mil pessoas no sistema penitenciário e saindo de 7.000 a 8.000. Isso significa que o Brasil, daqui a uns anos pode ter um milhão de presos.”²⁵²

A proposta de revisão da lei dividiu a opinião dos secretários de segurança dos estados da federação. O então Secretário de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, Anthony Garotinho afirmou ser contra atenuar penas para presos que cometeram crimes considerados hediondos. “Os crimes hediondos deveriam ter pena maior. Devemos atenuar pena somente para os crimes simples, para não levar para dentro do estabelecimento prisional pessoas por pensão alimentícia ou cheque

²⁴⁹ Ministro da justiça quer mudar legislação criminal. **Jornal do Brasil**, 8 de janeiro de 2003. PG A-2.

²⁵⁰ Estados serão ouvidos sobre a revisão da Lei de Crimes Hediondos. **Folha de São Paulo** 12 de agosto de 2004

²⁵¹ STF deve alterar Lei de Crimes Hediondos. **Folha de São Paulo** 11 de agosto de 2004

²⁵² Ministro defende revisão da Lei de Crimes Hediondos. **Folha de São Paulo** 16 de agosto de 2004. A fim de garantir argumentos para propor a revogação da LCH o ministro Marcio Thomaz Bastos afirmou em 13/08/2004 que iria pedir um pesquisa ao Instituto Latino Americano da Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (Ilanud) sobre a eficácia da lei. Governo encomenda pesquisa sobre pena integral em regime fechado. **Jornal do Brasil**. 13 de agosto de 2004.

sem fundo”. Com ele, concordou o secretário de segurança pública do Rio Grande do Sul, Fabio Medina Rosário. A secretária de administração Penitenciária de Pernambuco Olga Câmara. Afirmou: que “a falta de vagas nas penitenciárias, argumento usado pelo ministro para propor a revisão, não será resolvida com mudanças na lei”. Em outra posição, o secretário de defesa social de Minas Gerais, Lúcio Urbano, disse que a lei afronta o princípio constitucional de individualização da pena por impedir a progressão do regime.²⁵³

Um debate de idéias promovido por um jornal paulista sobre a revogação da lei permitiu a confrontação de discursos. A favor da revogação da lei o advogado Hélio Bicudo denuncia que a lei fere o Art. 5º da Constituição Brasileira que trata da dignidade da pessoa humana e não admite a progressão do regime prisional para o réu, matéria também constitucional. De outro lado, Luis Flávio Borges D’Urso, presidente da OAB SP, afirma que a revogação da lei deixaria um vácuo na legislação brasileira, com conseqüências imprevisíveis, porém concorda que há uma questão constitucional envolvida, com a proibição da liberdade provisória, por isso propõe no lugar da revogação a sua adequação à Constituição vigente.²⁵⁴

Segundo a avaliação da maioria entrevistados da pesquisa a Lei de Crimes Hediondos não surtiu nenhum efeito positivo na redução dos crimes elencados como hediondos, sendo seu único efeito o aumento da população carcerária.

Não gerou nenhuma inibição da criminalidade, porque a lei penal, por si só, não inibe criminalidade. Muito pelo contrário, ela acaba propiciando que esses indivíduos que ingressaram no sistema em decorrência dessa lei se tornem mais perigosos, porque se retira deles toda a dignidade enquanto pessoa humana.(...) A Lei de crimes hediondos não teve nenhum fator inibitório da onda de criminalidade, muito pelo contrário, a criminalidade aumentou porque o problema não é a lei, o problema é estrutural, problema social, problema de políticas públicas sérias de combate a violência como um todo. (Entrevista com Promotor de Justiça (A) do MP-RJ)

²⁵³ Proposta de revisão da Lei de Crimes Hediondos divide Estados. **Folha de São Paulo** 12 de agosto de 2004.

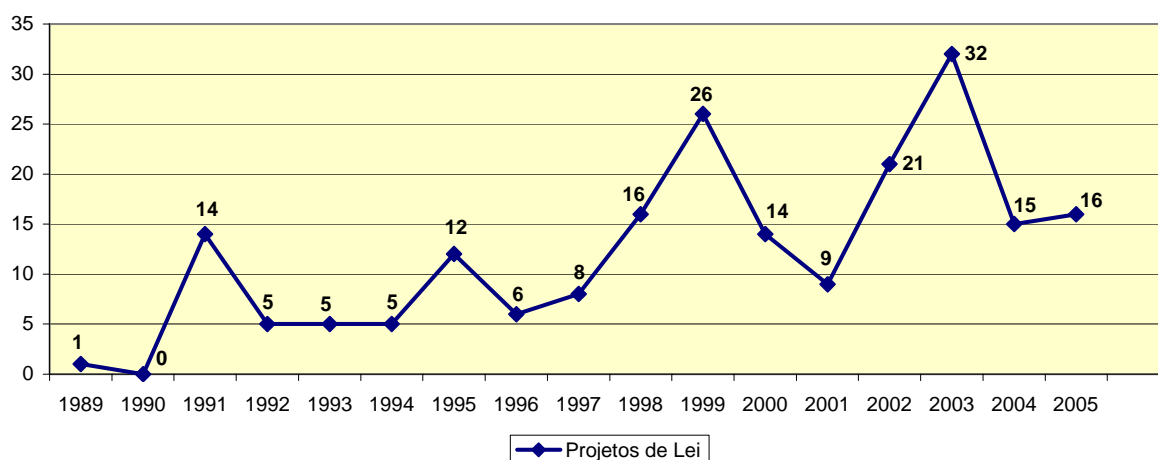
²⁵⁴ A Lei de Crimes Hediondos deve ser revogada? Caderno Tendências e Debates. **Folha de São Paulo**. 21 de agosto de 2004.

Ela tende só a fazer com que as pessoas permaneçam mais tempo no cárcere. A finalidade dela, real, é essa. Ela não desestimula quem quer cometer crimes hediondos, não tem isso, nem a lei tem potencial de desestimular as pessoas a fazerem o que elas querem fazer. (...) Então, a lei dos crimes hediondos, além de ter sido um grande equívoco de natureza técnica, de natureza política, criminal, foi algo muito ruim em todos os aspectos. Surgiu por conta do seqüestro de uma pessoal de um estrato social mais elevado, que tem direito à proteção da sua vida, que tem direito a não ser seqüestrado, que tem direito de não ser humilhado, à sua dignidade humana. (Juiz Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro)

Desde a Promulgação da Constituição Federal de 1988 até 2005, já foram apresentados 205 projetos de lei tratando de crimes hediondos (ver listagem geral no Anexo C). Atualmente são 102 ²⁵⁵ projetos tramitando no Congresso Nacional que visam incluir outros crimes na categoria de hediondos. Como essa pesquisa vem revelando, o legislativo brasileiro acredita ser o endurecimento penal a panacéia para todos os males sociais. O gráfico abaixo expressa o número de projetos de lei apresentados por ano, desde 1989, para classificar novos crimes como hediondos. Interessante notar que os períodos de maior demanda, onde são apresentados o maior número de projeto de lei, são justamente os anos que ingressam novos legisladores, 1991, 1995, 1999, 2003 foram anos onde novos deputados foram empossados na Câmara dos Deputados; ao que parece eles já ingressam munidos de novos projetos a serem apreciados pelo Congresso Nacional. Em seguida, pode-se observar na tabela uma listagem simplificada de alguns dos projetos e crimes a serem incluídos como hediondos.

²⁵⁵ Neste ano de 2006, até o mês de Abril, já haviam sido apresentados mais cinco projetos de lei sobre crimes hediondos, como pode ser visto na tabela em anexo.

Número de Projetos de Lei apresentados na Câmara dos Deputados de 1989 a 2005



Fonte: Câmara dos Deputados. Módulo Tramitação de Proposições. 2006

Exemplos de projetos de lei em tramitação para tornar Crime Hediondo

Projetos de Lei para tornar crime hediondo	Número do Projeto de Lei
Transmissão deliberada do vírus da AIDS	PL nº 130/1999
Prostituição e tráfico de menores	PL nº 438/1999 e PL nº 1.080/1999
Prostituição e tráfico de pessoas	PL nº 2.388/2000
Retirada de órgãos ou tecidos de pessoa viva	PL nº 831/1999 e PL nº 565/2003
Crime Organizado	PL nº 2.751/2000 e PL nº 679/2003
Corrupção passiva, peculato, emprego irregular de verbas ou rendas públicas, concussão, prevaricação e corrupção ativa.	PL nº 2.826/1992
Tráfico de menor, mulheres e órgão humanos	PL nº 3.917/2000 e PL nº 1.962/2003
Aborto	PL nº 4.703/1998 e PL nº 4.917/2001
Exploração sexual e pornografia com menores	PL nº 4.483/2001 e PL nº 138/2003
Falsa perícia e falso testemunho	PL nº 5.531/2001

Genocídios de menores e pedofilia	PL nº 6.599/2002 e PL nº 6.894/2002
Incêndio em transporte coletivo	PL nº 302/2003
Rapto de menores	PL nº 307/2003
Receptação	PL nº 831/2003
Formação de quadrilha	PL nº 854/2003
Roubo de carga e ocultação	PL nº 1.019/2003
Utilização de menores em delitos	PL nº 1.920/2003
Trabalho Escravo	PL nº 2.667/2003
Seqüestro Relâmpago	PL nº 3.166/2004 e PL nº 4.129/2004
Crimes contra homossexuais	PL nº 3.817/2004
Crimes contra administração pública	PL nº 3.760/2004

Fonte: Boletim para divulgação de informação e pesquisa legislativa. **Informe Legislação**, n. 2, agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/infdoc/conteudo/colecoes/informes>> Acesso em, 6/10/2004

Em fevereiro de 2006 uma decisão inédita do Supremo Tribunal Federal permitiu a um condenado por crime hediondo a progressão do regime, isto é, cumprir o restante da pena em prisão semi-aberta ou aberta. Por seis votos a cinco os ministros concederam o *habeas-corpus* ao pastor evangélico Oséas Campos, condenado a 18 anos de prisão por molestar quatro crianças em Campos do Jordão. O *habeas-corpus* nº 82.959-7 foi escrito pelo próprio Oséas argumentando que ele deveria ter o mesmo tratamento dos presos comuns. Os seis ministros que votaram a favor consideraram que a lei de crimes hediondo fere o princípio constitucional da individualização da pena, pelo qual cada caso deve ser analisado individualmente.

O relator do processo Marco Aurélio de Mello, que várias vezes já havia se mostrado contrário a lei, disse que a decisão põe em cheque a Lei dos Crimes Hediondos e que ela não aumentará a sensação de impunidade, e continuou “a sociedade pode ficar tranqüila. Só vão progredir (as penas de) presos que merecerem, por bom comportamento. As penas para os crimes hediondos

continuam as mesmas.” O Ministério da Justiça e a OAB Nacional também aprovaram decisão do STF ²⁵⁶

Na prática a decisão representa um avanço na discussão sobre a inconstitucionalidade da Lei de Crimes Hediondos, mas sem a sua revogação ela continuará representando um duro regime de penas, pois continua a cargo do juiz a decisão de permitir a progressão do regime prisional nos casos considerados hediondos, o que significa que este *habeas-corpus* não representará uma redução da superpopulação carcerária do país.

4.2 Lei contra o Crime Organizado: A Permanente Emergência Penal

Em seis de Abril de 1989 o Deputado Estadual Miro Teixeira (PDT-RJ) fez um discurso na Câmara dos Deputados a favor do combate ao crime organizado e requerendo à Casa que criasse uma Subcomissão de Combate ao Crime Organizado que tivesse a função de elaborar oferecer à Câmara um projeto de lei que tratasse dessa matéria. Segundo o Deputado, “o crime organizado corrompe, mata, submete populações ao medo, produz irreversíveis prejuízos às instituições e à economia do País, por isso atualizar a legislação é um imperativo (...)”²⁵⁷.

A solicitação requerida foi então aceita e a subcomissão foi organizada. Em agosto de 1989 o Deputado Michel Temer (PMDB-SP) apresentou o Projeto de Lei 3516 dispendo sobre a repressão e prevenção do crime organizado. Após a aprovação da Comissão de Constituição e Justiça e do Plenário da Câmara o projeto de Lei foi despachado ao Senado Federal em junho de 1990.

Após quatro anos de tramitação no Senado, o PL voltou para a Câmara com o substitutivo. O deputado Miro Teixeira reclamou da demora do Senado para analisar o projeto e afirmou: “somente o clamor público conseguiu tirar de lá esse projeto”. Na opinião do deputado, a sociedade brasileira vem reclamando velocidade

²⁵⁶ GRIPP. Alan. **Hediondo, mas com benefício**. Jornal o Globo. 24 de fevereiro de 2006.

²⁵⁷ Diário do Congresso Nacional. 23 de Novembro de 1994. Pg. 14083 (Reprodução do Discurso proferido pelo Deputado Miro Teixeira em 1989)

na utilização de instrumentos para combater a criminalidade sem limites, uma criminalidade que tolhe o cidadão no seu direito de ir e vir “enquanto o Estado fica a mercê de uma legislação processual arcaica e superada”²⁵⁸.

O Projeto de Lei foi aprovado na Câmara em Abril de 1995 e sancionado pelo Presidente da República em três de maio do mesmo ano, sob a forma da lei nº 9.034. Seu artigo primeiro proclama que a “lei define e regula meios de provas e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”. Todavia, não faz ela diferenciação entre as grandes organizações criminosas e as chamadas quadrilhas de bagatela, que devem merecer tratamento diferenciado.

A fim de permitir maior apuração das operações criminosas a lei determina que em qualquer fase da persecução criminal serão permitidos, mediante a autorização judicial, procedimentos como: acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras, captação de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise. Uma permissão que viola o princípio constitucional da inviolabilidade (art. 5º, inciso XII) a partir do momento que admite o acesso a todas as informações sigilosas de indivíduo, sem exigência de indícios mínimos de autoria e materialidade.

Já o artigo 3º da mesma lei prevê que, ocorrendo a possibilidade de violação do sigilo no acesso aos dados, a diligencia será realizada pelo Juiz. Este deverá pessoalmente lavrar o auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando as cópias dos documentos que tiverem relevância. Como ressalta Chouk²⁵⁹ o legislador na sua vocação impar de abalar os preceitos da normalidade, subverteu mais uma vez os princípios básicos contidos na Magna Carta, no que se refere ao modelo acusatório, como a separação das funções entre investigação e julgamento, incumbindo ao juiz o poder de investigar. O sistema acusatório traduz-se na separação entre o juiz e o órgão acusador, com funções específicas e definidas, e esta alteração pode abalar a imparcialidade do julgador.

²⁵⁸ Diário do Congresso Nacional. 06 de Abril de 1995. Pg. 5632.

²⁵⁹ CHOUKR. Fauzi Hassan. **Processo Pena de Emergência**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. .2002

Para os agentes envolvidos em organizações criminosas que tenham tido intensa e efetiva participação, a lei determina que não será concedida liberdade provisória. Entretanto, em crimes de quadrilha ou bando é difícil constatar a participação, ou mesmo diferenciar o que seria a intensa e efetiva participação, o que se conclui que todas as pessoas que tenham indícios contra si na participação da organização não terão direito à liberdade provisória. Dispõem ainda, os artigos 9º e 10º que o réu não poderá apelar em liberdade e que o cumprimento da pena será inicialmente em regime fechado.

Neste sentido, a Lei de Crime Organizado, como ficou conhecida, representa mais uma forma emergencial que o legislador encontrou para solucionar os apelos por endurecimento penal, a fim de “castigar criminosos” de forma mais severa, sem contudo reduzir índices de criminalidade.

4.3 O Regime Disciplinar Diferenciado: O Recrudescimento Penal Dentro dos Cárceres.

Nos anos noventa os noticiários anunciavam as rebeliões em presídios organizadas por facções criminosas atuando nos complexos penitenciários dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro. A primeira organização criminosa atuando em presídios que se teve notícia no Estado de São Paulo ficou conhecida como Serpentes Negras e objetivava exclusivamente a melhoria das condições de vida dos sentenciados da Penitenciária do Estado. Com o tempo, a facção passou a monopolizar o tráfico de drogas e a praticar outros crimes.

Após, surgiram outras organizações fundamentadas em pactos de cooperação e ajuda mútua dentro dos presídios, agindo de forma violenta contra aqueles que não cooperam ou que traem o grupo. São também organizações criminosas o Primeiro Comando da Capital (PCC), o Comando Revolucionário Brasileiro da Criminalidade (CRBC), a Comissão Democrática de Liberdade (CDL), a Seita Satânica (SS) e o Comando Jovem Vermelho da Criminalidade (CJVC).

O PCC²⁶⁰, que surgiu a partir da facção Serpentes Negras é a organização criminosa que mais tem gerado conflitos nos presídios, inclusive foi a responsável pela maior rebelião da história do país, no dia 18 de fevereiro de 2001, que sublevou simultaneamente 29 presídios e contou com o apoio de aproximadamente 29 mil detentos. Esta organização reúne hoje aproximadamente 9 mil detentos, que representam 10% de todos os presos do Estado, e estima-se que tenha R\$ 50 milhões no caixa que é utilizado para pagar despesas com advogados, financiar crimes e fugas e subornar policiais.

Nesse contexto, especialistas em segurança pública do Estado de São Paulo atentavam para a necessidade de criar um regime prisional adequado para coibir a ação dos líderes das facções criminosas dentro dos presídios. Foi então que a Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo baixou em 2001 uma Resolução de número 026 que criava o Regime Disciplinar Diferenciado. A finalidade do RDD, segundo a resolução é “segregar presos provisórios ou condenados, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”.

Contudo, esse novo sistema, que à época já era chamado de RDD, não tinha amparo legal. A fim de regularizar a situações dos presos em RDD, o Poder Executivo enviou ao Congresso Nacional em 13 de agosto de 2001, um Projeto de Lei de nº 5073 propondo a alteração da Lei de Execuções Penais para permitir que os presos “de alto risco para a sociedade” ficassem em regime diferenciado dos presos comuns.

Em meados de 2002, Fernandinho Beira Mar, líder do tráfico no Rio de Janeiro, foi capturado e encaminhado para o Presídio de Bangu I. Em 11 de setembro de 2002 comandou uma briga de facções dentro do presídio tendo sido o motim liderado por membros do Comando Vermelho. O líder do grupo Fernandinho Beira-Mar, condenado por tráfico, formação de quadrilha e homicídio mandou matar traficantes rivais que também estavam presos. Nesse dia foram assassinados

²⁶⁰ Reportagem da **Revista Isto É**. Edição 145 de 26 de fevereiro de 2001.

Ernaldo Pinto de Medeiros, o Uê, Wanderley Soares, o Orelha, e Carlos Roberto da Silva, o Robertinho do Adeus, cunhado de Uê.

A partir de então a Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro e o Ministério de Justiça planejaram a transferência de Fernandinho Beira-Mar do Rio de Janeiro para outro Estado da Federação. Receosos em arcar com o ônus político de prováveis rebeliões, que certamente ocorreriam em seus presídios com a presença do líder do tráfico, os governadores passaram a travar um verdadeiro jogo de empurra para decidir quem deveria custodiá-lo durante o cumprimento da pena.

Depois de uma pesquisa por presídios em todo o território brasileiro, descobriu-se no interior de São Paulo, em Presidente Prudente, o que parecia ser a solução para a celeuma; o presídio de segurança máxima de Presidente Bernardes. Recém-inaugurado, com celas individuais, vidros que isolavam o preso do contato com visitantes e sistemas de câmera em todos os ambientes, o presídio fora criado para viabilizar um regime de cumprimento de pena mais severo. Ficou decidida então a transferência de Fernandinho Beira-Mar para o presídio de Presidente Bernardes, a princípio, cumprindo a pena em Regime Disciplinar Diferenciado.

Todavia, o Regime Disciplinar Diferenciado continuava a ser duramente criticado por alguns constitucionalistas por ferir o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, inciso III da CRFB) e a Lei de Execução Penal que determina “não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal” (Art. 45 da Lei 7.210/84). A regulamentação do regime ainda dependia da tramitação do Projeto de Lei que havia sido apresentado em 2001 modificando a Lei de Execução Penal.

A discussão da matéria foi levada ao plenário da Câmara dos Deputados no dia 01 de abril de 2003 provocando um intenso debate entre os parlamentares. O Deputado Fernando Gabeira (PV-RJ) foi um dos primeiros a se posicionar contra o projeto, segundo ele o “projeto representa um grande retrocesso”, pois a violência dos presídios não nasce porque não há disciplina rígida, mas pela falta de condições adequadas para manter os presos “que vivem amontoados, comem mal e são permanentemente violentados.” E continuou:

Esse projeto é ideal para os campeões de voto. Todos os campeões de voto podem sorrir porque a opinião pública quer isso. A população brasileira quer que mate e esfole (...) A vontade de ganhar votos, de seduzir a população pelo imediatismo, é uma irresponsabilidade política à longo prazo!²⁶¹

O Deputado Inaldo Leitão (PSDB- PB) lembrou que o projeto de lei sobre o Regime Disciplinar Diferenciado já tramitava há algum tempo e somente após o assassinato de um juiz no Espírito Santo²⁶² é que ele foi colocado em votação. Para o deputado, “estamos mudando o eixo da política criminal e penitenciária mediante o endurecimento das penas em razão da falência do sistema penitenciário. Não precisamos de novas leis nem penas mais duras, porque já temos, mas de reestruturação do sistema”.²⁶³

Para o Deputado Coronel Alves (PL-AP) “é nos momentos de emoção que a Câmara é cobrada pela sociedade brasileira”, e esta precisa ter coragem para dar a resposta que a sociedade espera aprovando esta lei que pode ser mais uma ferramenta de proteção²⁶⁴. Fica evidente nos discurso dos deputados a preocupação em dar um resposta à sociedade quando ocorrem alguns fatos graves, a atuação de modo sempre reativo, revela a falta de um debate interno sobre política criminal e de segurança publica no Brasil.

Grande parte dos discursos proferidos no plenário na ocasião da votação do projeto de lei ressaltaram a questão do aumento da criminalidade e das formas de coibi-la, segundo alguns deputados a sociedade espera que eles produzam uma legislação de endurecimento penal que se associa ao movimento da Lei e da Ordem. O Deputado Eduardo Paes (PFL-RJ) afirmou que tem “ouvido os reclamos da população e as cobranças da imprensa para que os parlamentares tomem medidas contundentes em relação à criminalidade que se alastra em nosso país”.²⁶⁵ Pois “é preciso endurecer o jogo, temos que saber diferenciar os direitos humanos

²⁶¹ Diário da Câmara dos Deputados. 2 de Abril de 2003. Pg. 11622.

²⁶² O Deputado se refere ao assassinato do juiz Alexandre Martins, crime ocorrido em 23 de março de 2003, no município de Vila Velha, Espírito Santo.

²⁶³ Diário da Câmara dos Deputados. 2 de Abril de 2003. Pg. 11623.

²⁶⁴ Ibidem. Pg. 11624.

²⁶⁵ Ibidem. Pg. 11624.

dos humanos direitos”²⁶⁶, não permitindo que as cadeias se transformem em hotéis de cinco estrelas, onde o criminoso compra pizza, telefone celular e receba mulheres²⁶⁷, complementaram outros deputados.

O Deputado Orlando Fantazzini (PT-SP) lembrou que:

Ao longo de vários anos, e a cada momento que ocorre uma ação de natureza violenta, a sociedade procura pressionar para que haja leis mais duras. **Há dez anos estamos discutindo o agravamento de penas e as agravando, como se o mero agravamento fosse trazer resultados e reduzir a violência.** Nós agravamos várias penas, e a violência continua no meio da sociedade (...) Temos que levar em consideração o tratamento desumano oferecido pelo nosso sistema penitenciário falido, que só contribui para que as pessoas que saem das prisões voltem a cometer crimes bárbaros. Então, não acredito que esta proposta vá solucionar o problema que estamos vivendo. (grifo nosso)²⁶⁸

Contudo, sob o argumento de que os presídios nacionais são comandados por “patrões do crime organizado”, e de que a sociedade vive em total insegurança, o projeto de lei foi aprovado em 18 de novembro de 2003, após algumas modificações, e sancionado em 01 de dezembro de 2003 sob a forma da lei 10. 792.

A lei 10.792 altera alguns artigos da Lei de Execuções Penais e define que o preso provisório ou condenado está sujeito ao Regime Disciplinar Diferenciado com as seguintes características: a) duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; b) recolhimento em cela individual; c) visitas semanais de duas pessoas, sem contar crianças, com duração de duas horas; d) direito de saída da cela para banho de sol por duas horas diárias (art. 52, incisos I a IV, LEP).

A esse regime serão encaminhados os presos que praticarem fato previsto como crime doloso constituindo falta grave e, quando ocasione a subversão da ordem ou disciplina interna. Podem ser incluídos no mesmo regime, presos, nacionais ou estrangeiros, provisórios ou condenados, que apresentem alto risco

²⁶⁶ Deputado Cabo Júlio (PSB- MG) Diário da Câmara dos Deputados. 2 de Abril de 2003. Pg. 11626.

²⁶⁷ Deputado Gilberto Nascimento (PSB-SP) Diário da Câmara dos Deputados. 2 de Abril de 2003.

Pg. 11626

²⁶⁸ Diário da Câmara dos Deputados. 2 de Abril de 2003. Pg. 11627.

para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (art. 52, § 1º.), bem como aqueles que (provisórios ou condenados) estiverem envolvidos ou participarem, com fundadas suspeitas, a qualquer título, de organizações criminosas, quadrilha ou bando (art. 52, § 2º).

Percebe-se que, ao eleger o termo “alto risco para a ordem e a segurança (...) da sociedade”, o legislador atribui a tarefa de mensuração do cabimento ou não do RDD à apreciação casuística do juiz, ensejando a concepção de um verdadeiro conceito jurídico indeterminado. Este nada mais é do que a permissão legal, baseada num conceito vago, de que o juiz utilize o seu critério de experiência pessoal e conhecimento jurídico para aferir, no caso concreto analisado, eventual existência do “alto risco” a que a norma se refere.

Para aqueles que já se encontram presos, o regime diferenciado somente poderá ser decretado pelo juiz da execução penal, desde que proposto, em requerimento pormenorizado, pelo diretor do estabelecimento penal ou por outra autoridade administrativa (por exemplo, o Secretário da Administração Penitenciária), e deverá ter a manifestação do Ministério Público e da defesa. Embora o juiz tenha o prazo máximo de 15 dias para decidir a respeito, a autoridade administrativa, em caso de urgência, pode isolar o preso preventivamente, por até dez dias, aguardando a decisão judicial.

Observa-se a severidade incontestada deste regime criado sob o argumento de atender às necessidades de combate ao crime organizado e aos líderes de facções que, de dentro dos presídios brasileiros atuam na condução dos negócios criminosos fora do cárcere. Mas a permanência desses líderes do tráfico na condução dos negócios ilícitos dentro dos presídios se dá pela falta de fiscalização e controle, ou mesmo pela corrupção dos agentes penitenciários, e não pela ausência de um regime de isolamento completo.²⁶⁹

²⁶⁹ A prisão americana conhecida como *Pelican Bay* é inteiramente automatizada e planejada de modo que cada interno praticamente não tem qualquer contato direto com os guardas ou outros internos. A maior parte do tempo os internos ficam em celas sem janelas, feitas de sólidos blocos de concreto e aço inoxidável, sem direito a trabalho, recreação e sem se misturar com outros internos. “O que os internos do *Pelican Bay* fazem em suas celas solitárias não importa. O que importa é que fiquem ali, e foi planejada como fábrica de exclusão e de pessoas habituadas a sua condição de excluídas”. BAUMAN. Zigmunt. Globalização: as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 1999. Pg.116 e121

A mesma lei provocou uma modificação do sistema de progressão de regime prisional. Antes era necessário, para que o preso pudesse progredir de regime, o preenchimento dos requisitos: objetivo (cumprimento de 1/6 da pena imposta) e subjetivo (parecer da Comissão Técnica de Classificação dando conta de que o preso possuía mérito para efetuar a progressão). O parecer da Comissão Técnica de Classificação, composta por assistentes sociais (avaliavam reintegração do preso em cotejo com o mundo exterior), diretor do presídio (verificava conduta do preso durante o cumprimento da pena), psicólogos (estabeleciam o grau de maturidade que o preso adquirira durante o tempo de cárcere) e psiquiatras (faziam um prognóstico analisando uma eventual periculosidade do preso se posto em liberdade) norteava a decisão do juiz da execução com mais segurança para reconhecer ou não o mérito e determinar a progressão pretendida.

Com a alteração do artigo 112 da Lei de Execuções Penais, promovida pela Lei nº 10.792/2003, essa lógica progressional da pena se alterou. A nova redação do dispositivo exige apenas um atestado de bom comportamento carcerário, a ser emitido pelo diretor do estabelecimento em favor do preso, para viabilizar a progressão de regime. Em verdade, a ausência de faltas graves ou médias no prontuário do preso já possibilita a emissão do dito atestado. Todavia, parece temerário atribuir esta responsabilidade aos diretores de presídios, pois sua proximidade com os condenados pode permitir decisões equivocadas de vícios.²⁷⁰

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça produziu em agosto de 2004 um parecer²⁷¹ sobre o RDD com o objetivo de perscrutar eventuais incongruências entre os dispositivos da lei 10.792/2003 e os direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal.²⁷²

²⁷⁰ Segundo matéria publicada foram os deputados da base do governo que conseguiram derrubar alguns pontos do projeto como a rejeição do artigo que dava total autonomia para os diretores de presídio. Pelo projeto original, eles poderiam transferir presos sem ordem judicial, e decidir quem deveria ser mantido em regime especial e por quanto tempo. Pelas modificações feitas o diretor poderá pedir a inclusão do preso no RDD, mas a palavra final será a do juiz. Outro ponto importante vetado foi o banho de sol por apenas uma hora diária. Mais Rigor no Cárcere. **Jornal O Globo**. 28 de março de 2003.

²⁷¹ Fonte: Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária http://www.mj.gov.br/cnppc/legislacao/pareceres/Parecer%20RDD%20_final_.pdf Acesso em 02 de Janeiro de 2006.

²⁷² As incompatibilidades do RDD com a Constituição Federal também foram analisadas no Parecer à luz do que dizem os tratados internacionais de direitos humanos, notadamente a Declaração

O parecer ressalta que no artigo 10, incisos 1 e 3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos²⁷³, estão definidos: “Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana; (..) E de forma análoga dispõe o artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos²⁷⁴: “Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral (...). Para complementar, a Constituição Federal Brasileira determina que: “Ninguém deve ser submetido à tortura nem tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III).

A conclusão do parecer a partir do confronto das regras instituídas pela Lei 10.792/03 com a Constituição Federal e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ressalta a incompatibilidade da nova sistemática em diversos aspectos, como a falta de garantia para a sanidade do encarcerado com a duração excessiva do regime, implicando violação à proibição do estabelecimento de penas, medidas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, previstas nos instrumentos citados. Além:

da falta de tipificação clara das condutas e a ausência de correspondência entre a suposta falta disciplinar praticada e a punição decorrente, revelam que o RDD não possui natureza jurídica de sanção administrativa, sendo, antes, uma tentativa **de segregar presos do restante da população carcerária**, em condições não permitidas pela legislação. (grifo nosso)²⁷⁵

A Lei de Execução Penal define que os presos devem ser classificados, conforme seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal, o que então, não impede o Estado de separá-los. Dessa forma, separação de líderes de facções criminosas do restante da população carcerária e

Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, no âmbito das Nações Unidas, assim como a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção Interamericana para Prevenir a Punir Tortura da Organização dos Estados Americanos. Além destes, também serviu de referência as Regras Mínimas para o tratamento de Prisioneiros da Organização das Nações Unidas, que embora não possam ser denominadas de “Tratado Internacional” vêm sendo reconhecidas como meio de interpretação daqueles.

²⁷³ Aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16.12.1966.

²⁷⁴ Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22.11.1969 – ratificada pelo Brasil em 25.09.1992.

²⁷⁵ Conclusão do Parecer do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária sobre o Regime Disciplinar Diferenciado. Ob. Cit. Pg.23.

sua colocação em estabelecimentos de segurança é uma responsabilidade estatal, porém esta forma de reclusão viola a finalidade primordial do cumprimento de pena, qual seja, a reintegração social harmônica do condenado à sociedade. Revela ainda um endurecimento no regime de execução da pena condizente com as políticas de recrudescimento penal dos últimos anos, que atendem ao “clamor social”, mas comprovam-se sem eficácia e violadoras de princípios de direitos humanos recentemente conquistados na história brasileira.²⁷⁶

4.4 O encarceramento como solução

O que este capítulo buscou demonstrar é que nos anos 90, a legislação penal no Brasil foi marcada por características muito conhecidas: simbolismo e punitivismo. Uma legislação simbólica porque não é aprovada para resolver os verdadeiros problemas e punitiva porque, não resolvidos os reais problemas sociais, isola os excluídos e indesejáveis nos cárceres por cada vez mais e mais tempo. A preocupação central é acalmar a população alarmada com a violência. Legisla-se para contentar as elites, a mídia e a parcela insatisfeita da sociedade. O punitivismo (que atende o inconsciente coletivo) revela-se patente na criação de novos crimes, aumento de penas, endurecimento da execução penal, corte de direitos e garantias fundamentais.

A irracionalidade de tais medidas de combate à criminalidade, previstas nas novas leis penais, especialmente a Lei de Crimes Hediondos, pode ser constatada na potencialização dos problemas carcerários acarretada pela vedação dos benefícios prisionais, tendo havido um retrocesso significativo na legislação brasileira, em comparação com as medidas liberais instituídas pela reforma de 1984.

As medidas previstas na Lei 8.072/90 causaram o agravamento da superlotação em geral, especialmente das delegacias, ao aumentar o prazo da

²⁷⁶ Um Projeto de Lei de autoria do Deputado Severino Cavalcanti foi encaminhado ao Congresso Nacional propondo submeter todos os condenados por crimes hediondos ao Regime Disciplinar Diferenciado - PL nº 3.110/2004.

prisão temporária até sessenta dias, vedar a fiança e a liberdade provisória, e determinar que a pena seja cumprida integralmente em regime fechado, impedindo a progressão de regime. O encarceramento em massa de presos provisórios, a vedação da progressão de regime e o aumento no tempo para obter o livramento condicional, contribuíram para um aumento do déficit carcerário, tendo em vista que dilatou-se o tempo de efetivo encarceramento.

De igual modo a Lei 9.034/1995 impede a liberdade provisória (dos agentes com intensa e efetiva participação na organização criminosa); veta a apelação em liberdade e determina que os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado.

Têm ocorrido diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais quanto à extensão dos dispositivos da lei 9.714/98 (Penas alternativas) aos crimes definidos como hediondos. Principalmente no delito de tráfico de drogas (pequeno tráfico) com condenação de até 4 anos de reclusão, que representa um considerável número de presos no país. O que ocorre é que condenados por “minidelitos” de tóxicos (“minitraficantes” condenados com base no artigo 12 da Lei 6368/76) com pena de até 4 anos de reclusão não podem ter suas penas substituídas por penas alternativas com base na Lei 9.714/98, pois esta lei não revogou os dispositivos da Lei 8.072/90 onde o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas é considerado crime hediondo devendo ser a pena cumprida integralmente em regime fechado. Alguns entendimentos isolados de juizes identificam a possibilidade de concessão da substituição, o que poderá trazer reflexos significativos no contingente carcerário, tendo em vista a alta porcentagem de condenados por tráfico de drogas.

As estatísticas produzidas pelo Departamento Penitenciário - Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária/ Ministério da Justiça comprovam o aumento crescente no número de detentos nas prisões brasileiras nos últimos anos. Em 1990, ano de promulgação da Lei de Crimes Hediondos, o total de presos no Brasil era em média, 90 mil²⁷⁷ e quatorze anos mais tarde, esse número chegou a 336.358 representando um aumento de **373%**.

²⁷⁷ Dado publicado por GOMES, Luiz Flávio. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Pg. 155

Aumento da população carcerária nos últimos anos

Ano	Numero total de presos nas penitenciárias e nas delegacias e cadeia publicas
1990	90.000
2000	232.755
2001	233.859
2002	239.345
2003	308.304
2004	336.358

Fonte: DEPEN/MJ. 2004

Como se pode observar na tabela em apenas quatro anos, de 2000-2004, houve um aumento de mais de cem mil presos, o que revela certamente a nova opção das políticas públicas brasileiras pelo encarceramento em substituição às políticas sociais. Mas, por outro lado, as estatísticas que demonstram o aumento da criminalidade nos últimos anos, representam um forte argumento para aqueles que defendem um endurecimento penal. Dados do Ministério da Justiça revelam um aumento considerável na evolução da incidência de homicídios, que passou de 11 para 27 ocorrências por 100 mil hab. entre 1980 e 2000.²⁷⁸

No entanto, o que estes dados revelam, ao contrário do que pensa o argumento popular “mais crime, mais cadeia”, é que a opção por uma política de repressão penal para o problema da criminalidade urbana não tem se revelado eficaz, o encarceramento não é a mais adequada solução para o aumento de alguns crimes no Brasil. A lei de crimes hediondos não foi fator inibidor para o aumento do número de homicídios nos últimos anos. O agravamento penal é um recurso retórico que apenas serve para “acalmar” uma população alarmada com a violência que é constantemente reificada pela mídia, sem produzir efeitos positivos no combate ao crime.

²⁷⁸ Diagnóstico da Criminalidade no Brasil. MJ/ SENASP/ 2003. Disponível em http://www.unodc.org/pdf/brazil/pp_1_diagn_introd_pt.pps.

Percebe-se que as medidas despenalizadoras estudadas no capítulo anterior se aplicam apenas a uma parcela mínima de condenados, sendo mantido o encarceramento como regra. A introdução do conceito de justiça penal alternativa pouco significou em termos de realidade carcerária, pois alcançou em sua ampla maioria acusados que já não cumpriam pena privativa de liberdade, além de não ter havido nenhuma alteração no sistema repressivo dos crimes hediondos. As leis brasileiras, cada vez mais repressivas revelam a opção das políticas públicas pelo encarceramento daqueles que cometerem delitos, mas que se espera que cometam outros, ou seja, mantê-los presos para que não reincidam. Já há um pré-julgamento de que eles poderão reincidir e, portanto é melhor deixá-los presos. A “sujeição criminal” representa o julgamento em cima de certos tipos sociais que devem ser permanentemente isolados. A forma preventiva dessas leis não está baseada apenas no aumento da pena com base na coação moral, no cálculo racional que o indivíduo irá fazer ao cometer um crime, mais do que isso, a prevenção que se espera é que, presos mais criminosos, muitos crimes deixarão de ser cometidos. Essa lógica, sem nenhuma comprovação científica, parece sustentar a manutenção do aprisionamento como principal meio coercitivo, se agravando com a situação desumana encontrada nos cárceres brasileiros.

A nova onda de encarceramento identificada no Brasil como também na Europa e EUA, segundo Bauman e Wacquant²⁷⁹ representa uma característica da nova fase da modernidade. A promessa da construção da ordem e do progresso econômico também produziram “refugo humano” (seres humanos excessivos e dispensáveis). Os não consumidores, ou consumidores falhos, estão “excluídos do único jogo disponível, não são mais jogadores e, portanto não são mais necessários”. Desse modo, as pessoas supérfluas são tratadas pela “sociedade organizadas” como parasitas, intrusas, marginais, acusadas de viver a beira da criminalidade e se alimentarem parasitadamente do corpo social. Sua incapacidade de participar do mercado tende a ser cada vez mais criminalizada, através do aumento das penas, do endurecimento da execução penal e da tipificação de novos crimes.

A pesquisa de Wacquant revela que o inchamento explosivo da população carcerária, o recurso maciço às formas mais variadas de pré e pós detenção, a

²⁷⁹ BAUMAN. Zigmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2005. Pg. 22

eliminação dos programas de trabalho e de educação no interior das penitenciárias, a multiplicação de instrumentos de vigilância, modelos da nova penologia norte americana que vem se espalhando pelo globo, não tem por objetivo reabilitar os criminosos, mas sim gerenciar custos e controlar populações perigosas e, na falta disso estocá-los em separado para remediar a incúria dos serviços sociais. Segundo ele, a ascensão do Estado penal americano responde assim não a ascensão da criminalidade, mas ao deslocamento social provocado pelo desengajamento do Estado caritativo.

Nesse sentido, o desdobramento desta política de criminalização das conseqüências da miséria de Estado opera segundo duas modalidades principais. A primeira menos visível consiste em transformar os serviços sociais em instrumento de vigilância e de controle das novas classes perigosas. O segundo componente da política de contenção repressiva dos pobres é o recurso maciço e sistemático ao encarceramento. Depois de ter diminuído em 12% durante a década de 60, a população carcerária americana explodiu, com um aumento de 314% em 20 anos, um crescimento muito considerável em uma sociedade democrática. O encarceramento atinge prioritariamente os negros, o número de detentos afro-americanos multiplicou-se por 5 desde 1970. Em 1994 os negros eram 12% da população do país, mas forneciam 53% de seus presos.²⁸⁰

Bauman correlaciona a criminalização da sociedade contemporânea com as expectativas da sociedade do mercado, do consumo. Segundo ele, quanto mais elevada a procura do consumidor (quanto mais eficaz a sedução do mercado) mais a sociedade de consumidores é segura e próspera. Todavia simultaneamente, mais amplo e mais profundo é o hiato entre os que desejam e os que podem satisfazer os seus desejos. Aqueles que aprenderam que possuir e consumir determinados objetos, adotar certos estilos de vida, é a condição necessária para a felicidade, talvez até para a dignidade humana, mas não podem agir em conformidade com os desejos induzidos, são considerados os jogadores incapazes e indolentes e devem

²⁸⁰ Aos efeitos do encarceramento sobre as populações e os lugares mais diretamente colocados sob tutela penal, somam-se, a estigmatização, interrupção das estratégias escolares, matrimoniais e profissionais, desestabilização das famílias, supressão das redes sociais, enraizamento, nos bairros deserdados onde a prisão se banaliza, de uma cultura de resistência, ate mesmo de desafio, à autoridade, e todo o cortejo das patologias, dos sofrimentos e das violências (inter) pessoais comumente associadas à passagem pela instituição carcerária. WACQUANT. Punir os pobres. Pg. 29 e 143

ser mantidos fora do jogo - são o refugio do jogo. As classes perigosas são assim redefinidas como classes de criminosos. “E, desse modo, as prisões agora, completa e verdadeiramente fazem as vezes das definhantes instituições do bem estar.”²⁸¹

Desse modo o aumento da prisionização nas sociedades contemporâneas se relaciona à incapacidade dos excluídos de participarem do jogo do mercado, aqueles cujos meios não estão à altura dos desejos e aqueles que recusaram a oportunidade de vencer enquanto participavam do jogo de acordo com as regras oficiais.²⁸² Bauman salienta que o sistema hoje se resume a separar de modo estrito o “refugio humano” do restante da sociedade, excluí-los e neutralizá-los. Pois o refugio humano precisa ser lacrado em contêineres fechados com rigor e o sistema penal fornece esses contêineres. As prisões que teoricamente funcionavam como mecanismos de correção e ressocialização, hoje são concebidas como um mecanismo de exclusão e controle. “O principal e talvez o único propósito das prisões não é ser apenas um depósito de lixo qualquer, mas o depósito final, definitivo. Uma vez rejeitado sempre rejeitado”.²⁸³

Em suma, as prisões, como tantas outras instituições sociais, passaram a tarefa de reciclagem para o depósito de lixo.(...) Construir novas prisões, aumentar o número de delitos puníveis com a perda de liberdade, a política de tolerância zero e o estabelecimento de sentenças mais duras e mais longas podem ser medidas mais bem compreendidas como esforços para construir a deficiente e vacilante indústria de remoção do lixo - sobre uma nova base, mais atendida com as novas condições do mundo globalizado.²⁸⁴

Ao contrario da sociedade panóptica, tal como identificada por Foucault²⁸⁵, que tinha a intenção de controlar e dominar com o intuito de tornar os anormais funcionais para a sociedade, o que Bauman ressalta na mesma linha de Wacquant, é o fim dessa preocupação ou responsabilidade coletiva, e, por conseguinte, a transformação do controle em pura e simples exclusão da convivência social. O exemplo mais evidente dessa tendência, nos países centrais, é o aumento crescente

²⁸¹ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. Pg.57

²⁸² Idem. Ibidem. Pg. 57

²⁸³ BAUMAN, Zygmunt . **Vidas Desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2005. Pg.107

²⁸⁴ Idem. Ibidem. Pg. 109

²⁸⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 2002

das taxas de encarceramento e a explosão dos gastos com o sistema de justiça penal (polícia e prisões) ao mesmo tempo em que as despesas com as instituições de bem-estar são cortadas drasticamente.²⁸⁶

Construir novas prisões, aumentar o numero de delitos puníveis com a perda de liberdade, a política de tolerância zero e o estabelecimento de sentenças mais duras e mais longas podem ser medidas mais bem compreendidas como esforços para construir a deficiente e vacilante **indústria de remoção do lixo** - sobre uma nova base, mais atendida com as novas condições do mundo globalizado.²⁸⁷ (grifo nosso)

E, se esse criminosos são inúteis ao sistema, porque não torná-los úteis de alguma forma. Esta é a proposta do projeto de lei 1321 de 2003 do ex- Deputado Valdemar Costa Neto (PL-SP) que propõe no artigo 1º: “O presidiário que se inscrever no Programa Nacional de Doação Voluntária de Órgãos por Presidiários, para transplante alogênico inter vivos poderá requerer ao Órgão competente do Poder Judiciário a redução de até 50% (cinquenta por cento de sua pena restante. E ainda, artigo 7º: Os presidiários doadores de sangue em caráter continuado por pelo menos 1 ano poderão requerer diminuição de 10% (dez por cento de sua pena). Segundo a Justificativa do Deputado no projeto de lei

“É de se supor que, dentre milhares de presos, haja dezenas e dezenas de doadores espontâneos, **os quais poderão salvar muitas vidas, no mesmo ato de demonstrar o seu desejo de reparar erros cometidos no passado.** Se cometeram crimes, por outro lado, hoje salvam vidas. Este gesto humano e de nobreza merece o reconhecimento da sociedade e o beneplácito da lei penal”²⁸⁸ (grifo nosso)

Dessa forma o criminoso pode reparar seus erros doando seu rim, sua córnea, seu tecido, pois se ele não vale mais para a sociedade, pode ter uma

²⁸⁶ “O Big Brother mais antigo, aquele criado por George Orwell (...) estava preocupado em incluir, integrar, colocar as pessoas na linha e mantê-las assim. A preocupação do novo Big Brother (reality show) é a exclusão – identificar as pessoas desajustadas e bani-las de lá (...) Uma vez fora, eternamente fora.” BAUMAN, Zygmunt . **Vidas desperdiçadas**. Ob. Cit. Pg. 162 Ver também BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1999.

²⁸⁷ Idem Ibidem. Pg 109

²⁸⁸ Justificativa do Projeto de Lei 1321/2003 . Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/142822.htm>> Acesso em 31 de janeiro de 2006.

“utilidade pública”. Se entre os séculos XVI a XVIII as Casas de Correção visavam utilizar trabalho dos presos a fim de ampliar a mão-de-obra do sistema capitalista emergente. No século XIX a mão-de-obra já não importa, já não há mais emprego, então o que fazer com milhares de presos? Pode-se aproveitar seus órgãos?

5- LEGISLAÇÃO NEO-CRIMINALIZANTE: A EXPANSÃO DO ESTADO PENAL

Este capítulo pretende comentar algumas leis especiais que criminalizaram uma série de novas condutas sociais. Serão aqui chamadas de neo-criminalizantes devido ao excessivo número de novos crimes que a partir delas foram definidos. Importante destacar que a maioria das leis que aqui serão tratadas representam um avanço na garantia dos direitos constitucionais individuais como também dos direitos difusos e coletivos, e algumas delas são leis que vieram com o intuito de permitir maior controle estatal e jurídico em áreas, ou questões sociais onde havia uma antiga demanda por fiscalização e regulação.

No entanto essa pesquisa busca chamar atenção para uma série de condutas que poderiam ter sido tratadas como ilícitos civis²⁸⁹ ou infrações administrativas, mas ao contrário, foram classificadas como criminosas, aumentando significativamente nos últimos anos o rol de crimes no Brasil e estigmatizando ainda mais os indivíduos que nelas são enquadrados.²⁹⁰

O ilícito civil visa o ressarcimento e a indenização do dano sofrido, enquanto o ilícito penal visa penalizar o agente causador, em razão disso exige-se que ao agente sofra com a pena imposta. Esta forma punitiva comum na sociedade brasileira revela que não há no Brasil a crença na possibilidade de composição civil dos conflitos, não se crê na possibilidade de restauração ou da mediação do conflito, mas ao contrário deseja a supressão dos conflitos.

²⁸⁹ O ilícito civil no Código Civil é assim definido. Artigo 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Artigo 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

²⁹⁰ Ver no **Anexo D** listagem geral de todos os novos crimes e infrações produzidas pelas leis analisadas neste trabalho.

Interessante destacar que, no caso de algumas leis que serão abordadas, não há divergência dos legisladores a respeito do amplo processo de criminalização. Deputados da “direita” e da “esquerda” foram amplamente favoráveis a esta ampliação. Karam chama atenção para a adesão de amplos setores da esquerda à ideologia da repressão, da lei e da ordem, com o interesse de combate à criminalidade, no crescimento da demanda por maior repressão e rigor punitivo, voltando-se para objetivos mais imediatos, abandonam a perspectiva de construção de uma nova sociedade, se entregam a um pragmatismo político-eleitoral sem ideais e princípios e favorecedor da ampliação poder punitivo do Estado²⁹¹.

O estudo dessas leis revela ainda o crescimento da judicialização dos conflitos brasileiros e de problemas sociais identificados no Brasil a partir da redemocratização, questões como cuidados com o menor, com o meio ambiente, a proibição da tortura, a defesa do consumidor são preocupações que se tornaram mais evidentes no Brasil com a consolidação do processo democrático e com a Constituição Federal de 1988.

5. 1- O Estatuto da Criança e do Adolescente

A situação crítica vivida pelas crianças no início do século XX, agravada pelo flagelo que representou a Primeira Guerra Mundial, levou a Sociedade de Nações, precursora da atual ONU, a adotar a primeira declaração em que se reconheciam os direitos da criança, no ano de 1924, conhecida como Declaração de Genebra. Tal declaração assentava as bases para o reconhecimento e proteção dos direitos da infância. Após a Segunda Guerra Mundial, com a fundação das Nações Unidas, foi criado em seu âmbito, em 1947, o UNICEF – Fundo das Nações Unidas

²⁹¹ KARAM, Maria Lucia. A esquerda punitiva. **Discursos Sediciosos**: crime, direito e sociedade. Ano I, N^o 1. Rio de Janeiro; Relume Dumará, 1996.

para Infância, órgão cuja missão principal é a defesa e a promoção dos direitos da criança.²⁹²

Em novembro de 1989, a Assembléia das Nações Unidas adotou por unanimidade a Convenção sobre os Direitos da Criança, um marco no reconhecimento da criança como sujeito de direitos.²⁹³

No Brasil, o processo de democratização vivido nos anos oitenta permitiu a organização de movimentos sociais de proteção aos grupos minoritários da sociedade civil. A Constituição Federal de 1988, chamada Constituição Cidadã, incluiu as demandas da sociedade civil, garantindo o princípio da dignidade da pessoa humana para diferentes setores sociais. Quanto à proteção a criança e ao adolescente o artigo 227 da CF assegura seus direitos contra qualquer tipo de violação.

Entretanto, naquele momento, muitas organizações de proteção à menores e adolescentes ainda reclamavam uma legislação mais adequada para tratar dos direitos da infância. Seguindo as diretrizes internacionais que tratam da proteção à infância, em junho de 1989 o Senador Ronan Tito (PMDB-MG) apresentou ao Senado Federal. Projeto de Lei (PLS 00193) dispendo sobre a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente. O projeto andou rapidamente pela Câmara dos Deputados e pelo Senado sendo sancionado na forma da Lei 8.069 em julho de 1990.

A Deputada Rita Camata (PMDB-ES) que foi relatora do projeto afirmou em seu discurso de aprovação:

Este projeto representa um importante exemplo de legislação com prévia discussão na sociedade, apoiado por cerca de 140 entidades ligadas à criança e ao adolescente. Foi discutido em todo o País, através de sucessivas versões e incorporação de contribuições, não apenas de juristas, juizes e procuradores, mas também de movimentos e entidades ligados aos direitos da criança e do adolescente, que desde a Constituinte vêm lutando por uma legislação moderna e justa. (...) Sensibilizados pela urgência de dar

²⁹² No ano seguinte foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujo parágrafo 2º do art. 25 trata da proteção à infância. E em novembro de 1959, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou uma nova declaração dos direitos da criança.

²⁹³ O Decreto Legislativo n. 28 de setembro de 1990 ratificou o texto da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU no Brasil

novo tratamento jurídico à grave questão social de nossas crianças e adolescentes, ambas as Casas do Congresso Nacional vêm se esforçando no sentido de oferecer à sociedade brasileira uma legislação à altura de suas aspirações, no mais breve espaço de tempo. (...) A base doutrinária sobre a qual se assenta o novo Estatuto é o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos e a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Nesta perspectiva propõe sua proteção integral pelo Estado, pela Sociedade e pela Família, sem qualquer tipo de discriminação, em consonância com os preceitos constitucionais.²⁹⁴

Como o próprio relatório da Deputada ressalta, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi saudado por muitas organizações como um marco jurídico para a proteção e conscientização sobre a infância no Brasil. Não obstante sua relevância, o legislador não se olvidou em definir novos crimes praticados contra crianças e adolescentes, dispostos no Título VII - artigos 225 a 244 do ECA.

Segundo a lei são quase 30 atos proibidos de serem realizados contra crianças e adolescentes, passíveis de detenção ou reclusão²⁹⁵ que variam de 6 meses a 10 anos. As infrações administrativas estão dispostas em 13 artigos (245 a 258) e prevêm, em todos os casos, a multa como punição.

Uma análise mais detalhada das infrações administrativas leva à indagação dos critérios que nortearam os legisladores na distinção dos crimes e das infrações penais. Algumas incoerências são vistas, como por exemplo: descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder, deveres estes previstos constitucionalmente é uma infração administrativa, a multa será de 3 a 20 salários mínimos; porém deixar a autoridade policial, que fez uma apreensão de criança, de fazer imediata comunicação²⁹⁶ à autoridade judiciária e à família é um crime com previsão de prisão até 2 anos. Pode-se argumentar que em ambos os casos haverá a punição. No entanto, a definição de infração administrativa ou crime, o rotulo de “criminoso” ou “infrator”, faz toda a diferença no momento da incriminação do sujeito.

²⁹⁴ Diário do Congresso Nacional 29 de Junho de 1990. Pg. 8195.

²⁹⁵ A detenção distingue-se da reclusão. A pena de reclusão deverá ser cumprida em regime fechado (estabelecimento de segurança máxima ou média), semi-aberto (colônia agrícola ou industrial) ou aberto (casa de albergado); a detenção em regime aberto ou semi-aberto. Artigo 33 do Código Penal

²⁹⁶ A lei não define o que seria a imediata comunicação.

Importante destacar que, quando se trata de atendimento à menores e a identificação do relapso e da desatenção dos os genitores e familiares, o mais importante seria a previsão de imediato encaminhamento para tratamento psicológico, atendimento médico e psiquiátrico. Alguns dos comportamentos tipificados como crimes merecem maior atenção ou tratamento médico do que penal. Por exemplo: privar a criança ou o adolescente da sua liberdade, pena de detenção de seis meses a dois anos; submeter à criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou constrangimento, pena de detenção de seis meses a dois anos; prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo à terceiro, mediante paga ou recompensa, pena de reclusão de 1 a 4 anos e multa. São comportamentos que estarão atrelados também a algum problema familiar ou econômico que deve receber outro tipo de encaminhamento e não apenas ser definido como crime.

Enfim, a questão dos cuidados com as crianças e adolescentes devem ser amplamente discutidos como uma questão de saúde pública e de atendimento social e psicológico. Transpor essa responsabilidade para o âmbito das relações jurídicas, definindo sanções penais para as infrações, em nada soluciona as causas geradoras dos problemas relacionados às crianças ou às suas famílias.

5.2 O Código de Defesa do Consumidor

As transformações econômicas no século XX determinaram um novo padrão para as relações de produção e consumo. As novas tecnologias e a expansão do capitalismo produziram a sociedade do consumo. Segundo Bauman falar em uma sociedade de consumo não é o mesmo que a observação trivial de que todos os seres humanos consomem, mas sim o que temos é que a nossa é uma "sociedade do consumo". A sociedade moderna engajava seus membros como produtores, a sociedade pós-moderna tem pouca necessidade de mão-de-obra

industrial em massa e de exércitos recrutados; em vez disso precisa engajar seus membros pela condição de consumidores.²⁹⁷

É na segunda metade do século XX que as demandas impostas por consumidores levaram à exigência de regulamentos e diretrizes para as relações de consumo; estes aspectos marcaram o nascimento e desenvolvimento do chamado Direito do Consumidor e, mais detidamente, o aparecimento da tutela consumerista propriamente dita, surgindo daí a necessidade de se criar institutos que visassem tutelar o consumidor que passou a ser a parte mais fraca da relação de consumo. Assim, a nova realidade social, incontestavelmente industrializada e massificada em suas relações, vem provocar as exigências de normas de tutela específicas do consumidor.

No Brasil, somente com a Constituição Federal de 1988 é que se incluiu a defesa do consumidor no plano da política constitucional, aparecendo no texto maior, entre os direitos e garantias fundamentais no seu art. 5º, XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei a defesa do consumidor”. Este inciso determinou a necessidade de uma lei específica que regulasse a matéria. O Projeto da lei de proteção ao consumidor foi apresentado pelo Deputado Jutahy Magalhães (PMDB-BA) em maio de 1989 (PL 3683) e teve como relator o Deputado Joaci Góes (PSDB-BA), que afirmou: “esta lei tem por objetivo, em última instância, corrigir os desequilíbrios existentes entre consumidores e fornecedores, permitindo que o Brasil possa ostentar, no que tange aos direitos do consumidor, a mesma qualidade de proteção conferida ao cidadão com a promulgação da nova Constituição.”²⁹⁸

Segundo os deputados, a proteção ao consumidor decorre da constatação de ser o consumidor, o elemento mais fraco da relação de consumo, por não dispor do controle sobre a produção dos produtos, sendo submetido ao poder dos detentores destes, surgindo, assim, a necessidade da criação de uma política jurídica que busque o equilíbrio entre os sujeitos envolvidos na relação consumerista.

²⁹⁷ BAUMAN. Zigmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro; Jorge Zahar Editor, 1999.Pg.88

²⁹⁸ Diário do Congresso Nacional. 27 de Junho de 1990. Pg. 7931

Um ano e poucos meses após apresentado, o projeto do Código de Defesa do Consumidor foi promulgado na forma da Lei 8.078 de setembro de 1990 e saudado por diferentes setores da sociedade como um grande avanço na legislação brasileira. O Código é considerado como uma das leis mais democráticas editadas até os dias atuais no ordenamento jurídico brasileiro. Suas normas têm por escopo proteger o consumidor, erradicando o desequilíbrio em que se encontra no mercado de consumo, na tentativa de alcançar uma realidade social mais justa e leal, em conformidade com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, uma das vigas mestras do Código de Defesa do Consumidor.

No entanto o legislador não tardou em colocar no capítulo VII, título II, infrações penais que definem crimes contra as relações de consumo. Embora as legislações de outros países tenham optado, em sua expressiva maioria, por considerar o aspecto administrativo das infrações de consumo em detrimento das sanções de natureza penal, no Brasil o CDC reservou um capítulo especial para as sanções administrativas (arts. 55/60), sem abrir mão, todavia de normas de caráter repressivo.

Para alguns doutrinadores, a inserção de normas penais no âmbito do CDC originou-se da necessidade de punir determinados comportamentos, considerados de tal forma graves e que a mera indenização civil ou as punições administrativas seriam inócuas. E por isso foram previstos 16 novos tipos penais no Código de Defesa do Consumidor que podem sofrer pena de detenção ou multa, sendo em todos os casos possível a substituição por penas alternativas. Alguns crimes, assim definidos pelo CDC, estão mais relacionados a questões de regulação e fiscalização Estatal por órgãos competentes, do que propriamente ao sistema penal. Por exemplo: Omitir sinais sobre a nocividade ou periculosidade de produtos; deixar de comunicar à autoridade competente a periculosidade de produtos; fazer afirmação falsa ou enganosa ou omitir informação relevante sobre o produto; promover publicidade enganosa ou abusiva.

Sob o argumento do caráter preventivo, ou didático pedagógico da norma penal foram dispostas no CDC além das sanções administrativas, sanções penais, quando já é consenso entre estudiosos do fenômeno do crime que a tipificação penal de condutas não é inibidora de novos delitos.

O capítulo que trata das sanções administrativas permite uma série de sanções, sem prejuízo das de natureza civil e penal. São elas: multa; apreensão do produto; inutilização do produto; cassação do registro do produto junto ao órgão competente; proibição de fabricação do produto; suspensão de fornecimento de produto e serviço; suspensão temporária de atividades; revogação de concessão ou permissão de uso; cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; interdição total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; intervenção administrativa; imposição de contrapropaganda. (artigo 56 do CDC)

Não se pode negar que o Código de Defesa do Consumidor representa um Código especial, para tutelar relações “desiguais” entre o consumidor e o fornecedor; na busca de um reequilíbrio na relação consumerista, seja reforçando a posição do consumidor, seja limitando certas práticas abusivas impostas pelo fornecedor. Entretanto, as sanções administrativas e civis bastavam na punição e na prevenção de infrações descritas na lei, sem a necessidade da mão punitiva do Estado.

5.3 O Código de Trânsito

Outro Código promulgado no Brasil que foi bastante discutido pela sociedade e pelos meios de comunicação foi o chamado Código de Trânsito. O Projeto de Lei do Código foi apresentado pelo Poder Executivo em Maio de 1993 e apontado como uma grande inovação no sentido do aumento da educação no trânsito. O Dep. Jovair Arantes (PSDB- GO) lembrou que “a lei deverá ser cumprida, porque visa não só a punição, mas também ao processo educativo no trânsito. Ela visa, acima de tudo ao respeito aos motoristas e aos cidadãos.”²⁹⁹

É a forma punitiva da lei que, para alguns legisladores, pode inibir ações ilegais no trânsito e gerar uma nova consciência nos condutores. Para o Deputado José Carlos Vieira:

²⁹⁹ Diário da Câmara dos Deputados. 13 de Agosto de 1997. Pg. 23225

As mudanças implantadas atendem aos anseios da sociedade brasileira (...). Aos condutores de veículos caberá maior responsabilidade, uma vez que as punições serão mais rigorosas. Determinadas infrações cometidas no trânsito, até então tipificadas apenas como contravenções, serão transformadas em crime (...). Com o novo Código, aumentam as esperanças de que haja maior consciência por parte de todos, diminuindo-se, conseqüentemente, o maior número de infrações e acidentes e das vítimas de um verdadeiro exército de mutilados e mortos em nossa estrada.³⁰⁰

O Dep. Gonzaga Patriota (PSB-PE) diz que no Brasil “nunca houve cuidado de qualquer Governo no sentido de tratar essa matéria de forma séria”, e por isso tantos morrem a cada ano nas estradas, nesse sentido é preciso “rigidez na transformação de um contraventor em criminoso”³⁰¹. A criminalização de certas atitudes no trânsito, que antes estavam previstas nos artigos 32 e 34 Lei de Contravenções Penais nº 3.688 de 1941, na opinião de especialistas ouvidos pelo Congresso Nacional, seria um grande avanço para a redução de acidentes de trânsito no Brasil. Durante alguns dias na Câmara dos Deputados vários especialistas em diferentes matérias palestraram sobre questões como: acidentes de trânsito, prevenção de acidentes, recuperação de acidentados, condições das estradas, ítems de segurança e proteção nos veículos, entre outros.

Prevendo duras multas e penalidades rígidas para as infrações de trânsito, o Código de Trânsito Brasileiro foi promulgado em 24 de setembro de 1997 na forma da Lei nº 9.503. Segunda matéria publicada em jornal “O resultado é o que a opinião pública cobrava: exigências rigorosas e penalidades altas”.³⁰² Em outra matéria são feitas duras críticas as altas multas previstas, como previsão de até 147% de aumento com o Código. Para José Roberto Souza Dias, na época da votação do projeto, secretário-executivo do Grupo para Redução de Acidentes de Trânsito, multas altas podem inviabilizar a cobrança e gerar inadimplência, segundo ele “as multas devem ter caráter educativo, e não arrecadatório”³⁰³.

A Lei nº 9.503/1997 criou um capítulo para tratar das penalidades definindo para as infrações a possibilidade de: advertência por escrito; multa;

³⁰⁰ Diário da Câmara dos Deputados. 13 de Agosto de 1997. Pg. 23222

³⁰¹ Diário da Câmara dos Deputados. 24 de julho de 1997. Pg. 21332.

³⁰² O Código. **Jornal o Globo**. 5 de setembro de 1997

³⁰³ Multas do novo Código sobre até 147%. **Jornal O Globo**. 24 de setembro de 1997.

suspensão do direito de dirigir; apreensão do veículo; cassação da Carteira Nacional de Habilitação; Cassação da Permissão para Dirigir; frequência obrigatória em cursos de reciclagem (Art. 256). As medidas administrativas são: retenção ou remoção do veículo; recolhimento da Carteira Nacional de Habilitação ou da Permissão para Dirigir; recolhimento do Certificado de Registro ou do Certificado de Licenciamento Anual. (Art. 269)

Quanto aos crimes em espécie, a lei prevê 20 possibilidades de delitos (listagem em anexo) com penas que variam de 6 meses a 4 anos (no caso de homicídio culposo em que há agravantes previstos a pena é aumentada em 1/3). Em todos os crimes previstos, excetuando o homicídio culposo com agravantes, o réu poderá ter sua pena substituída por penas restritivas de direitos (alternativas).

5.4 Lei de tortura

No dia 31 de março de 1997, a edição do Jornal Nacional da Rede Globo mostrou cenas de violência policial gravadas no mesmo mês na Favela Naval, localizada no município de Diadema, em São Paulo. A divulgação no noticiário em “horário nobre” da TV, de uma fita de vídeo mostrando cenas de abuso de autoridade, tortura, humilhação e de um homicídio cometido por agentes da Polícia Militar de São Paulo gerou uma série de repercussões nos dias subsequentes.

No dia 01 de abril, todo o país estava impactado pelas cenas vistas no dia anterior e os jornais do dia seguinte não poderiam deixar de comentar o vídeo revelado pela TV Globo. O Estado de São Paulo noticiou: “Vídeo mostra PMs espancando e matando” e ainda “Nelson Jobim (então Ministro da Justiça) disse que ação de PMs foi “monstruosa”, e se mobilizou para providenciar medidas punitivas para qualquer tipo de crime no país. A Revista Veja publicou uma matéria em 09 de abril de 1997, com o título “Olhar escondido”, dedicada exclusivamente ao vídeo e ao cinegrafista.

A primeira consequência direta do caso Diadema, fora todas as medidas de apuração, afastamento dos envolvidos de suas atividades e posterior prisão, foi a

aprovação imediata pelo Congresso, do projeto de lei que tipifica o crime de tortura. A lei 9.455 foi sancionada no dia 07 de abril de 1997, exatamente seis dias após a denúncia de torturas em Diadema pelo Jornal Nacional.

A condenação da tortura aparece na Constituição Federal de 1988 no título II “Dos direitos e garantias fundamentais”. No Art. 5º, inciso III um dos direitos fundamentais é a garantia de que ninguém será submetido à tortura. Já no mesmo artigo, inciso XLIII, a Constituição considera a tortura um crime hediondo e portanto inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. Em 1995 o Brasil ratificou a Convenção contra a Tortura da ONU e no mesmo ano foi lançado o Programa Nacional de Direitos Humanos, condenando em seu preâmbulo a prática de tortura.

Em 1994 o Executivo Federal propôs um Projeto de Lei nº 4716 definindo os crimes de tortura. Em maio de 1996 a Presidência d Republica encaminhou um pedido de urgência para a votação do projeto. No entanto, foi somente após o episódio de Favela Naval que o projeto foi aprovado em regime de urgência, pela necessidade de dar uma resposta rápida aos fatos ocorridos.

Os debates no Congresso Nacional em torno da matéria foram muito divergentes. De um lado, deputados que acreditaram que a Lei de Tortura representaria um grande avanço para a democracia brasileira, pois seria uma forma de reduzir as diferentes espécies de tortura e violações de direitos humanos que ocorrem no país. De outro lado, aqueles que se posicionaram contra a lei argumentaram em dois sentidos. Alguns afirmaram que não há tortura no Brasil e o espírito da lei seria o de evitar a tortura política como ocorreu na ditadura militar; outros deputados ressaltaram que esta lei impediria a ação enérgica da polícia contra os criminosos, que se valeriam de alguns dispositivos da lei para condenar a ação policial e conseguir absolvição.

Os discursos aqui reproduzidos dimensionam o embate que se travou na última votação do projeto de lei.

“Esse é um dos projetos (...) de maior alcance do ponto de vista social, da liberdade, da democracia e dos direitos humanos, principalmente por ter adotado um posicionamento de tipificar os crimes envolvendo não apenas aquelas situações de tortura contra

os prisioneiros políticos, ou por razão política, mas o crime de tortura contra o cidadão comum.” (Dep. Humberto Costa PT-PE) ³⁰⁴

“O projeto será um grande avanço para o Direito Penal do nosso país. Muito mais do que isso, este projeto é um avanço no direito humano, é um avanço na própria cidadania. (...) Mostra ao mundo que o Brasil não é aquele país que apóia a tortura sob qualquer (Dep. Inocêncio de Oliveira PFL-PE) ³⁰⁵

Gostaria de tecer um paralelo com Cuba, que tortura e mata e eles batem palmas e botam tapete vermelho. **Aqui não há tortura. De vez em quando ocorrem uns tapinhas.... Estamos muito preocupados em defender os bandidos... eles torturam, estupram, botam fogo....** E depois esse vagabundo deve receber rosas na cadeia? **Uma pessoa que mata uma criança** de sete anos, e põe fogo no corpo depois de estuprá-la, **tem que entrar na porrada.... Não podemos negar à polícia o direito de agir com energia.** Ninguém quer a tortura. Ela só é praticada em Cuba (...) e outros lugares do mundo comunista (...). Mas aqui no Brasil, não.” (grifo nosso) (Dep. Agnaldo Timóteo PPB-RJ) ³⁰⁶

Na opinião do Dep. Jair Bolsonaro (PPB-RJ), a expressão constrangimento com grave ameaça, causando sofrimento mental, presente no texto, é muito subjetiva. “Estamos sepultando os princípios da autoridade nesse país”, comentou referindo-se à expressão, e ressalta:

“No meu entender, esse projeto nasceu do espírito de alguém que viveu no passado a tal chamada “época da ditadura”. Parece que eles querem um projeto para se preservar de um possível futuro **regime de exceção. (...) No atual regime que vivemos, ninguém é torturado. (...) Só vão se valer dessa lei os infratores.**”(grifo nosso) ³⁰⁷

Afirmou o deputado Arnaldo Faria de Sá (PPB-SP), que havia um erro na forma em que se estava elaborado o texto, pois “qualquer vagabundo”, na suas palavras, sairá da delegacia depois de preso e dirá ao juiz que sofreu “grave ameaça”. Segundo ele, esse dispositivo será utilizado “por qualquer vagabundo quando sair do distrito policial. Esse vagabundo quando está preso é um anjinho,

³⁰⁴ Diários da Câmara dos Deputados 4 de Julho de 1996. Pg. 19137

³⁰⁵ Ibidem. Pg. 19138

³⁰⁶ Diários da Câmara dos Deputados 4 de Julho de 1996. Pg. 19128

³⁰⁷ Ibidem. . Pg. 19139

mas na rua quando subjuga a sua vítima e coloca um 38 na sua cara, ele é violento”³⁰⁸.

O deputado propõe suprimir expressões como: “grave ameaça” e “mental”. O projeto de lei, para ele, acabará com a autoridade policial, ao relegar o policial à condição de torturador “só por pegar mais duro no coitado do bandido; naquele que minutos antes subjugou a vítima”. Em seu discurso ressalta que o importante é defender a sociedade, e não o criminoso, e qualquer pressão que se faça “contra um bandido é pouco diante do que ele faz com um cidadão”.

A maneira com que esses deputados discursaram reflete uma concepção comum no Brasil, de que a tortura é uma prática reconhecidamente “aceita” como estratégia de controle social e obtenção de provas, vigilância, etc. Há na verdade, um descompasso enorme entre a letra da lei e a realidade. As pesquisas revelam certa complacência em torturar aqueles que obviamente já se presume a culpa.³⁰⁹

Com intuito de dirimir a discussão em plenário, alguns deputados fizeram longos discursos em favor das garantias fundamentais dos cidadãos. O deputado José Genoíno (PT-SP) lembrou que o projeto de lei acompanha a Convenção Internacional contra a Tortura da ONU, como um direito universal que garante a plena cidadania. Neste sentido, prosseguiu o deputado Almino Afonso (PSDB-SP) “todos sabem não é de hoje a violência da tortura entre nós (..) a lei que vamos votar, em sua abrangência, castiga o torturador que agride o homem público e o mais anônimo dos presos colhidos nas malhas policiais”³¹⁰ O deputado chamou atenção para uma reportagem da Revista Veja revelando a prática da tortura empregada como principal método de investigação, e cobrando uma resposta, com urgência, do governo. Para ele, o projeto de lei “consagra que todos somos iguais como seres humanos e, como tais, devemos ser respeitados na nossa integridade física e moral.”

Para o deputado Gilney Viana (PT-MT), a aprovação da lei representa o pagamento de uma dívida com a Nação brasileira. Porque a história da tortura no

³⁰⁸ Ibidem.. Pg. 19127

³⁰⁹ KANT de LIMA. Cultura Jurídica e práticas policiais. Ob Cit.

³¹⁰ Diários da Câmara dos Deputados 4 de Julho de 1996. Pg. 19129

Brasil é fundamentalmente dos crimes dos agentes do Estado contra o cidadão brasileiro.

Todo esse debate legislativo ocorreu 10 meses antes caso filmado na Favela Naval. Despachado ao Senado Federal no dia 10 de julho de 1996 pela Câmara dos Deputados, o projeto ficou parado até ser votado no dia 3 de abril de 1997, três dias após a apresentação da filmagem na TV. Sendo sancionada em 07 de abril do mesmo ano. O Senador Ramez Tebet (PMDB-MS), disse aos jornais que a partir dessa lei os torturadores “pensarão duas vezes antes de cometer o crime (...) o que contribuirá para levar à paz e desenvolver os direitos humanos na nossa sociedade.”³¹¹

A aprovação da Lei de Tortura nº 9.455 de 7 de Abril de 1997, transferiu para a justiça comum todos os crimes cometidos por policiais militares. Visando impedir que os espancamentos e violências, como os praticados pelos policiais militares de Diadema, fossem qualificados como lesões corporais e julgados pela Justiça Militar.

O texto da lei manteve a expressão grave ameaça e estabelecendo que: Constitui crime de tortura (art. 1º§I) “constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental; (art. 1º§II) submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo”. Como se vê, o constrangimento ou a “grave ameaça”, termo que tanta celeuma causou no momento do debate do projeto de lei no Congresso, permaneceu como mais um instrumento que visa impedir as diversas formas de torturas que ocorrem no Brasil, mas que infelizmente são apenas tratadas quando alguns casos específicos chegam à mídia.

³¹¹ Lei que Pune a tortura só depende de sanção do FH. **Jornal O Globo**. 04 de abril de 1997.

5.5 A Lei de Crimes Ambientais

A chamada lei de crimes ambientais foi proposta pelo Poder Executivo em 1991 através do projeto de Lei 1.164. Segundo a exposição de motivos feita pelo Secretário do Meio Ambiente da época, Eduardo de Souza Martins, o projeto “dispõe sobre a criação e aplicação de penalidades, bem como a fixação do valor de multas referentes às agressões à flora e fauna com vistas a tornar mais eficaz o desempenho e as atribuições do IBAMA”³¹²

Na sua origem o projeto de lei contava apenas com 9 artigos que definiam as sanções penais e administrativas para punir condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Após sete anos de tramitação no Congresso Nacional e muitas modificações, o PL foi aprovado na Câmara em 28 de janeiro de 1998 e transformado na Lei 9.605, sendo sancionada em fevereiro do mesmo ano.

Muitos deputados manifestaram seu apoio à nova lei. Pois, segundo o Dep. José Carlos Aleluia (PFL-BA) “representa seguramente um grande avanço na legislação brasileira, no que se refere à defesa do meio ambiente” e ainda permite que “o país possa apresentar às comunidades nacional e internacional um projeto atualizado que corresponda à grande agressão que estamos sofrendo na nossa Floresta Amazônica”.³¹³

Para o deputado Aldo Rebelo (PC do B-SP) a lei deve ser destacada como uma conquista social. Em suas palavras, “é o resultado da pressão e da luta do povo brasileiro, ao longo dos séculos, em defesa do seu patrimônio natural”³¹⁴

A questão ambiental entrou na pauta dos debates internacionais desde o final da década de 70, mas foi nos anos 80 com os Novos Movimentos Sociais que recebeu maior atenção dos governos e das políticas públicas. Segundo Santos³¹⁵ de todos os problemas enfrentados pelo sistema mundial, a degradação ambiental é o

³¹² Diário do Congresso Nacional. 15 de Junho de 1991. Pg. 9674.

³¹³ Diário do Congresso Nacional. 29 de Janeiro de 1998. Pg. 02277

³¹⁴ Diário do Congresso Nacional. 29 de Janeiro de 1998. Pg. 02297

³¹⁵ Boaventura trata do surgimento dos Novos Movimentos Sociais, incluindo neles os movimentos ambientalistas em: SANTOS. Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2001.

mais intrinsecamente transnacional. Dessa forma, as denúncias das organizações não governamentais foram fundamentais para pressionar governos de diferentes países a assumirem responsabilidade ambiental.

Grandes partes dos deputados ressaltaram em seus discursos que a lei representa alguns avanços na legislação ambiental, pois diferencia as infrações a serem tratadas como sanções administrativas das sanções penais. Os jornais também destacaram a importância do caráter educativo da lei, além de aprimorar o sistema de controle do meio ambiente.³¹⁶

No Brasil a Constituição Federal dedica o capítulo VI à questão ambiental e determina que todos “têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (art. 225)³¹⁷ Além de outras normas que regulamentam a proteção ambiental e os danos causados, a lei 9.605/98 teve com objetivo principal criar um instrumento legal capaz de tornar mais efetiva a fiscalização da legislação ambiental pelos órgãos competentes e escolheu fazê-lo de forma punitiva.

Neste sentido o jurista Miguel Reale Júnior chamou a Lei de Crimes Ambientais de “lei penal ditatorial”, pois contém, em sua opinião, incongruências e erros, transformando comportamentos irrelevantes em crimes, seja porque faz uma descrição ininteligível de condutas, seja “considerando crime infrações nitidamente de caráter administrativo, o que gera a mais profunda insegurança.”³¹⁸

O que chama atenção na Lei de Crimes Ambientais é a excessiva criminalização das infrações de pouca importância³¹⁹ A proliferação indiscriminada dos ilícitos administrativos com a etiqueta de ilícitos penais ou, em outras palavras, a criminalização de condutas de escassa, ou nenhuma, ofensividade reflete uma opção dos legisladores pela expansão do direito penal como solução para todos os

³¹⁶ O meio ambiente agradece. **Folha de São Paulo**, 6 de abril de 1998.

³¹⁷ Há ainda outras leis que tratam da questão ambiental. São elas: Danos ao meio ambiente Lei 7.802/1989 e seu regulamento Decreto 4.074/2002; Ministério do Meio Ambiente Lei 9.649/1998; Preservação e conservação do meio ambiente lei 9.790/1999; Diretrizes para a Política Nacional de Biodiversidade Decreto 4.339/2002

³¹⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. A Lei hedionda dos crimes ambientais. **Folha de São Paulo** 06 de abril de 1998.

³¹⁹ Fenômeno conhecido como bagatelização do direito penal. GOMES, Luiz Flávio. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Pg. 40.

tipos de questões político-sociais. São mais de sessenta novos tipos penais enunciados na Lei 9.605.

O capítulo V que trata dos crimes contra o meio ambiente tem 36 artigos, além dos seus incisos, que definem novos tipos penais. Somente o artigo 29 tem 16 ações proibidas e tipificadas como criminosas e passíveis de detenção, reclusão e/ou multa. Vale ressaltar que as penas previstas vão de 6 meses a 5 anos podendo serem aumentadas quando o crime é praticado em determinadas circunstâncias que a lei tipifica (ver tabela em anexo). Mas, dos 36 artigos penais em 100% dos casos é possível receber a substituição da pena de reclusão por penas restritivas de direitos³²⁰. Somente 4 artigos tem previsão de penas até 5 anos, ou aumentadas em até o dobro³²¹. Nota-se que a intenção do legislador, ao elaborar esta lei, não foi de direcionar as infrações ambientais para as prisões, mas, no entanto, não deixou de tratá-los como crime.

As infrações administrativas descritas no capítulo VI, artigo 72 da lei ambiental tem previsão de punição com as seguintes sanções: advertência; multa simples; multa diária; apreensão de animais ou objetos utilizados na infração; destruição ou inutilização do produto; suspensão da venda e fabricação do produto; embargo de obra ou atividade; demolição de obras; suspensão parcial ou total das atividades; sanções restritivas de direitos. As sanções restritivas de direitos são: suspensão de registro, licença ou autorização; cancelamento de registro, licença ou autorização; perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais; perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de credito; proibição de contratar com a Administração Pública (artigo 72 § 8).

As sanções administrativas e restritivas, ao que parece, são mais eficientes, e permitem uma reparação do dano de forma mais imediata. Grande parte das agressões ambientais, definidas como crimes, deveriam ter uma sanção administrativa e não penal. A opção pela grande tipificação de novos crimes que

³²⁰ Artigo 8 da Lei 9.605. As penas restritivas de direitos são: prestação de serviços à comunidade; interdição temporária de direitos; suspensão parcial ou total das atividades; prestação pecuniária; recolhimento domiciliar. Importante lembrar que a lei 9.714/98 ampliou no Código Penal (art. 43 e 44) a substituição da pena de privação de liberdade por penas restritivas de direitos (alternativas) em casos de sentença até 4 anos.

³²¹ A produção e uso de substancias tóxicas ou nucleares que produzir dados irreversíveis ao meio ambiente, lesão corporal grave ou morte permite o aumento a pena de 5 anos de 1/6 ate o dobro. Artigo 58.

esta lei gerou atende aos interesses de um Estado policial, sem, contudo permitir formas de reparação e solução para os problemas gerados, o que reduz a credibilidade da punição estatal.

5.6 Assédio Sexual

A discussão sobre assédio sexual se disseminou quando em janeiro de 1998 uma ex-estagiária da Casa Branca depôs sobre o caso de assédio sexual ocorrido entre o então governador do Estado de Arkansas nos Estados Unidos, Bill Clinton, e a ex-funcionária Paula Jones. A Suprema corte dos EUA legitimou a discussão em 1996, quando decidiu que Clinton poderia, no exercício de seu mandato de Presidente ser alvo do processo de assédio sexual ocorrido em 1991.

Mônica Lewinsky, ex- estagiária admitiu no depoimento ter se relacionado com o presidente durante 18 meses. E entregou à promotoria, um vestido sujo com esperma do presidente, como também bilhetes, presentes e fitas gravadas que comprovaram o relacionamento entre eles. O escândalo, que ficou conhecido como *sexgate* se espalhou pelo país através da mídia e ganhou repercussão internacional, pondo em risco o mandato do presidente dos Estados Unidos da América.

No Brasil, no ano de 1998 tramitavam no Congresso Nacional dois projetos de lei criminalizando o assédio sexual, de autoria de Benedita da Silva e Marta Suplicy. Foi considerado assédio sexual, “para efeitos da lei, constranger alguém, com sinais, palavras ou gestos, objetivando ou sugerindo a prática de ato libidinoso ou conjunção carnal, se a conduta não constitui crime mais grave”³²². No mesmo ano do escândalo de assédio americano, duas outras comissões também chamaram a atenção para a necessidade de tipificação do assédio sexual como crime no Código Penal, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado e a Comissão do Ministério da Justiça para modernização do Código Penal.

³²² ULHÔA. Raquel. Projeto de lei deve agora ser votado na Câmara e prevê detenção de seis meses a dois anos e multa para o infrator” **Folha de São Paulo**, 11 de setembro de 1997.

Entretanto, foi o Projeto de Lei 61/1999 de autoria da Deputada Iara Bernardes (PT-SP) que foi transformado na lei 10.224 de 2001. Em sua justificativa ao projeto, a deputada lembrou a importância do projeto da ex-deputada Marta Suplicy que permitiu uma ampliação do debate e ressaltou: “este século é marcado pela construção de consensos sobre os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana e igualdade entre os sexos. E para a vigência desses direitos são necessárias mudanças culturais e adequação da legislação.”³²³

No projeto da deputada, o assédio sexual constitui: importunar alguém com o objetivo de obter favores de natureza sexual, abusando da relação de autoridade ou de ascendência inerentes ao exercício de cargo ou função, com previsão de pena de detenção de três meses a um ano e/ou multa.

Na opinião do Dep. José Roberto (PDT-SP), “o mais importante nesse projeto é que ele foi muito bem redigido na parte em que não direciona a tutela penal apenas para a mulher. (...) Precisamos suprimir a ação desses galanteadores de quintal ou galanteadoras de arrabalde que utilizam seu cargo ou poder para constranger pessoas sexualmente”.³²⁴

Durante os debates o deputado Marcos Rolim (PT-RS) pediu a Mesa que considerasse sua objeção ao projeto. Segundo ele, a criação de um novo tipo penal, do assédio sexual com constrangimento motivado por relações internas de trabalho prevendo a punição com detenção de um a dois anos, não seria viável. No Brasil “existem 220 mil presos e, segundo o Ministério da Justiça, temos um déficit de 96 mil vagas no sistema penitenciário e mais de 300 mil mandatos judiciais de prisão à serem cumpridos”. Nesse sentido, o projeto não deveria prever a pena detenção, mas sim uma pena alternativa, reservando as prisões para os crimes que atentam contra a vida. E continua;

A medida é absolutamente equivocada e desproporcional. Se esta matéria deve contar da legislação penal, **não há que se falar em pena de detenção. Temos que propor uma pena alternativa à prisão (...) Nós deveríamos fixar a idéia de que a pena de privação deve ser cada vez mais reduzida, reservada àqueles que atentam contra à vida (...)** Punir crimes sem violência, a

³²³ Diário da Câmara dos Deputados, 16 de março de 1999. Pg. 09534.

³²⁴ Diário da Câmara dos Deputados, 16 de março de 2001. Pg. 05448- 05456

exemplo do furto, ainda hoje previsto no Código Penal, com prisão é rigorosamente uma postura da direita mais conservadora e reacionária. **Essa é a nossa idéia e que há muitos anos anima os que lutam pelo Direito Penal Mínimo neste País**, que se antepõem À idéia de novos tipos penais e que se antepõem a essa avalanche do senso comum que vê na expressão pena como sinônimo de prisão, não há que se falar em detenção na tipificação da conduta do assédio sexual. (grifo nosso) ³²⁵

Discursando à favor de um Direito Mínimo, o deputado pediu à Casa cuidado ao votar a matéria, evitando produzir injustiças e conduzir às grades aqueles que não precisam estar lá por não constituírem ameaça a integridade física de ninguém. E reafirmou várias vezes que a punição de crimes sem violência com prisão representa uma postura conservadora e punitiva.

No decorrer da votação em plenário para aprovação do Projeto de Lei, o deputado Marcos Rolim pediu à mesa, declaração de voto em separado, se posicionando contra a apreciação de uma matéria penal através de uma votação simbólica. E considerou que a conduta descrita como assédio sexual deveria estar sendo tratada como matéria de natureza civil e não penal, como é realizado em outros países que encontram medidas de natureza não penal para coibir o assédio. Dessa forma o legislativo estaria evitando criminalizar o assédio sexual e a punição com pena de detenção, e como conseqüência, estaria diminuindo a demanda por encarceramento no Brasil, criando assim, uma nova cultura de despenalização de condutas.

Em 15 de maio de 2001 a lei 10.224 foi sancionada pelo Presidente e transformou em crime o assédio sexual, incluindo um caput no artigo 216 do Código Penal. O constrangimento sexual, segundo lei, ocorre quando o agente se prevalece da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerente ao exercício de emprego, cargo ou função. A pena prevista é de detenção de 1 a 2 anos.

³²⁵ Diário da Câmara dos Deputados. 16 de Março de 2001. Pg. 05451

5.7 Sistema Nacional de Armas

Em junho de 1986 o poder Executivo apresentou ao Congresso Nacional um projeto de lei tratando do controle de armas no país, estabelecendo condições para o registro e para o porte de armas de fogo, bem como definindo os crimes relacionados à matéria.

O Projeto de Lei 7865/1986 tramitou lentamente na Câmara dos Deputados e somente dez anos mais tarde entrou em discussão no plenário da Câmara. O relator do Projeto de Lei, Deputado Roberto Jefferson (PTB-RJ) lembrou que atitude de acelerar a votação do projeto foi do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, que em 1995 constituiu um “grupo de trabalho dos Poderes Executivo e Legislativo para levar adiante projetos que criminalizam o porte de armas”. Segundo o relator: “o objetivo é uma legislação moderna, que atenda os reclames da sociedade brasileira na criminalização do porte de armas.”³²⁶

Muitos deputados apresentaram seu voto à favor do PL, argumentando a necessidade de aumentar o controle sobre as armas que estão nas “mãos de bandidos”. Na opinião do Deputado Enton Rohnelt (PSC-RR) “a proliferação de armas de fogo em mãos de pessoas não autorizadas é consequência das facilidades de acesso, bem como da limitação dos sistemas de fiscalização.” Para ele, urge “que se busque o aperfeiçoamento da legislação vigente para maior controle da produção, transporte e comércio, em especial da posse de armas de fogo, medida que interpreta (...) as aspirações da sociedade brasileira no combate a violência, uma das suas principais preocupações”³²⁷.

Os deputados ressaltam em seus discursos que a sociedade civil vem cobrando medidas mais duras e eficazes no combate ao tráfico e porte ilegal de armas. Marcelo Deda (PT-RJ) confirma essa percepção, assim dizendo: “o aperfeiçoamento do projeto pelos deputados oferecerá uma solução, que está sendo cobrada pela sociedade para esse drama do aumento da violência pela posse

³²⁶ Diário da Câmara dos Deputados. 11 de Setembro de 1996. Pg. 25141.

³²⁷ Diário da Câmara dos Deputados. 11 de Setembro de 1996. Pg. 25141

indiscriminada de armas de fogo que nós testemunhamos no Brasil.”³²⁸ O Dep. Nilson Gibson (PSB-PE) concorda pois “a preocupação da sociedade é com o crescente problema da violência, especialmente nas grandes áreas urbanas”³²⁹.

O “drama da violência”, das balas perdidas, conduz as discussões para o endurecimento penal. O mais importante nesse projeto, segundo o relator, é tornar crime o porte de armas, até então considerado contravenção, para “atender aos reclamos da sociedade brasileira”. Este é o argumento central do Parecer apresentado pelo Relator Roberto Jefferson no plenário da Câmara. Seu parecer afirma:

As grandes cidades temem hoje o fenômeno da bala perdida. Há um pânico geral. As pessoas temem que um disparo de arma de fogo possa ferir um filho seu ou a si próprio dentro do seu carro, da sua casa. Nesse grupo de trabalho que elaborou este substitutivo(..) estabelecemos que **passa a ser crime com punição de detenção de um a dois anos**, o cidadão fazer uso de arma de fogo em via publica. Queremos, desta forma, impedir que vidas continuem sendo ceifadas por balas perdidas. (grifo nosso)³³⁰

O Deputado lembra que há dois tipos de pessoas que possuem armas, os “cidadãos de bem” e os “bandidos”, segundo ele é preciso que o projeto saiba diferenciar esses sujeitos. O porte de armas passará a ser crime e não mais contravenção, mas a punição será diferenciada. O cidadão chefe de família, honrado, honesto, ordeiro, apanhado com arma de fogo sem registro ou sem o devido porte será condenado à pena de detenção de um a dois anos (...). No entanto, “quando se trata de pequenos delitos cometidos por réus primários e com bons antecedentes, a lei não leva o cidadão à cadeia. O sujeito detido (...) prestará trabalhos sociais.” Essa é a tendência da legislação de diferentes países, diz o relator: “trata-se de uma legislação dura e moderna, como a da França e a da Inglaterra.(...) Fizemos uma duríssima legislação para os medos que a sociedade vive hoje.”³³¹

³²⁸ Idem.

³²⁹ Idem. Pg. 25147

³³⁰ Idem. Pg. 25142

³³¹ Idem. Pg 25 142.

Alguns deputados chamaram a atenção para o problema da violência no País como uma questão estrutural e que não será resolvida com a simples criminalização do uso de armas, pois medidas sociais seriam mais eficazes. O Dep. Eduardo Jorge (PT-SP) destaca:

Não será uma legislação como essa que resolverá o problema da violência (...). Seria demagogia falar isso, porque a violência tem raízes muito mais profundas, ligadas ao desemprego, à fome, à má distribuição de renda, à desintegração e o desprestígio da instituição familiar, à deseducação via meios de comunicação que propagam a ideologia do sacar primeiro, a lei do mais forte, a lei da barbárie. (...)³³²

No mesmo sentido é a declaração do Dep. Silvio de Abreu (PDT-MG):

“Sabemos que o projeto não representará a solução final e cabal para a contenção da violência. O que gera violência (...) são as questões graves, sérias e estruturais desse País.(...) providências estruturais que deveriam ser adotadas com cunho social por um governo que quisesse, efetivamente, conter o clima de violência existente no nosso país.”³³³

Para o deputado Eduardo Jorge, os parlamentares deveriam tomar medidas mais severas. Segundo ele, a sociedade exige uma mudança cultural. Defende, sobretudo, o modelo do Japão e da Austrália, no qual quase ninguém tem porte de armas. Fernando Gabeira, deputado pelo Rio de Janeiro é da mesma opinião. “Há um equívoco fundamental que considera o controle de armas um caminho para reduzir a violência, quando, na verdade, o caminho para isso é a total proibição do uso de armas no Brasil.”³³⁴

Ainda assim, mesmo criticado em diferentes pontos, o PL foi aprovado e sancionado pelo Presidente da República em 20 de fevereiro de 1997 sob a forma da Lei 9.437. Os aspectos principais da Lei foram: instituir o Sistema Nacional de Armas, que estabelece condições para o registro e para o porte de armas, além de definir crimes e penas para o uso indevido de armas. Quanto aos novos tipos

³³² Diário da Câmara dos Deputados. 12 de Setembro de 1996. Pg. 25148.

³³³ Idem. Pg. 25265

³³⁴ Idem . Pg. 25270

penais³³⁵ a lei definiu que o porte ilegal deixou de ser tratado como contravenção penal passando à definição de crime, com pena de um a dois anos de detenção e multa; e na mesma pena incorre quem disparar arma em lugar habitado, utilizar arma de brinquedo para cometer crimes além de outros delitos. Para o caso de contrabando ou descaminho de arma de fogo de uso proibido o § 2º determina a pena de 2 a 4 anos de reclusão.

Em 1999 o Senador Gerson Camata (PMDB-ES) apresentou ao Senado um Projeto de Lei propondo um controle maior sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, prevendo inclusive o recolhimento pela Polícia Federal de armas através da entrega espontânea pela população, com previsão de indenização.

Com a chegada do Presidente Luís Inácio Lula da Silva ao poder em 2003, os Deputados e Senadores agora governistas, que defendiam, na época da discussão da lei 9.437/97, a proibição total da comercialização de armas no Brasil aceleraram o PL já em tramitação, que passou a ser chamado de Estatuto do Desarmamento, Projeto de Lei na Câmara nº 1555/2003.

O projeto de lei do Estatuto do Desarmamento mantinha as funções de controle do Sistema Nacional de Armas aprovados na lei 9.437/97 só que de forma mais detalhada, prevendo o cadastro de armeiros, produtores, atacadistas, varejistas, apreensões feitas pela polícia, além dos cadastros já previstos, como de armas vendidas, transferência de propriedade, modificações realizadas e a integração dos cadastros de acervos policiais. O Estatuto de igual modo, previa a obrigação de registro e o porte de armas de fogo de forma detalhada e com muitas exigências, tornando a autorização para posse, muito restrita.

O capítulo IV que trata dos crimes e das penas torna mais severas as penas para o porte ilegal de armas, dobrando as penas previstas na Lei 9.437/97. A pena para o porte ilegal passa de 1 a 2 anos para de 2 a 4 anos e multa, sendo ainda inafiançável. E se a arma for de uso restrito passa de 2 a 4 anos para de 3 a 6

³³⁵ Artigo 10 da Lei 9.437/1997 determina que será considerado crime: 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 autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena de 1 a 2 anos e multa.

anos. O Estatuto trata ainda do comércio e do tráfico internacional ilegal de arma de fogo prevendo reclusão de 4 a 8 anos, e se o comércio ou o tráfico forem de armas de uso restrito ou proibido a pena é aumentada em metade. Em todos os casos previstos os crimes são insuscetíveis de liberdade provisória.

O projeto do Estatuto causou grande celeuma na Câmara dos Deputados provocando acirrados debates. Alguns deputados a favor do projeto declararam que mesmo tão radical ele não seria eficiente no combate à criminalidade:

Quero fique bem claro para o plenário que pertenço à bancada da bala, como a Rede Globo fez questão de noticiar. (...) Foram esses adjetivos que deram aos Parlamentares que acreditam que o projeto pode contribuir para a diminuição da violência, mas, em hipótese alguma, vai resolver a criminalidade. (...) Votamos um texto que construímos e não um texto que a Rede Globo e o movimento Viva Rio querem impor. (...) Os países desenvolvidos tentaram esta solução, mas chegaram a conclusão que desarmaram o cidadão e deixaram o bandido armado.³³⁶

O Dep. Walter Feldman (PSDB-SP) discursou a favor do projeto Estatuto do Desarmamento, “que por sinal, é quase consenso nacional: 82% segundo pesquisa divulgada pela Rede Globo de Televisão”. Segundo ele o problema da violência gera uma “neurose coletiva” e:

Seguramente, por conta dessa sensação e, é claro, da criminalidade de fato, a população armou-se, por acreditar que o único mecanismo afetivo para a sua segurança era exatamente ter porte de arma, o que garantiria a si, como cidadão, a proteção da sua família, ou de si próprio. Acreditamos que essa sensação precisa ser revertida (...) Nesse sentido, somos pela cultura de paz, pela educação de paz.³³⁷

A relatora da Comissão de Segurança Pública e combate ao Crime Organizado, Violência e Narcotráfico, Deputada Laura Carneiro destacou que:

(...) ficou demonstrada a inadequação e a prematura obsolescência do texto da Lei nº 9.737/1997, como instrumento capaz de contribuir com eficácia para a redução dos atuais índices de violência, (...) ficou bem demonstrado o quanto significa o crescimento da

³³⁶ Deputado Alberto Fraga. Diário da Câmara dos Deputados. 23 de outubro de 2003. Pg. 56683.

³³⁷ Idem Pg. 56688.

quantidade de armas de fogo em poder da população como fator de agravamento e de potencialização da violência e da criminalidade.³³⁸

Esse é o primeiro passo, afirmou o Dep. Rubinelli (PT-SP): “É obvio que continuaremos tendo armas ilegais nas ruas e até mesmo legais. Mas esse é o primeiro passo (...) para mostrarmos que o Congresso Brasileiro está efetivamente preocupado com a segurança do cidadão”.³³⁹

O discurso de que haverá redução da criminalidade com a proibição da comercialização de armas é temeroso para o Dep. Mendes de Ribeiro Filho (PMDB-RS). Segundo ele, o Congresso não deve “passar para a população a expectativa de que o estatuto diminuirá a criminalidade e a sensação de insegurança, o que – venhamos e convenhamos – não vai acontecer.”³⁴⁰

O ponto mais polêmico do Estatuto do Desarmamento foi o artigo que proíbe a comercialização de arma de fogo e munição em todo território nacional. Segundo o projeto, a comercialização de arma de fogo e munição estaria proibida, mas o dispositivo para entrar em vigor ficava submetido à realização de um referendo popular. A polêmica central foi se a comercialização de armas seria uma decisão do legislativo ou da vontade popular, ou seja, estaria proibida já na promulgação da lei, ou se estaria submetida ao referendo popular.

O Deputado José Carlos Aleluia (PFL-BA) a favor da proibição da comercialização imediata declarou:

É preciso ficar claro para a população que essa proibição não se dará a partir da sanção desta lei, porque a base do governo não quer. Ela quer é transformar o plebiscito em bandeira eleitoral. Nós não. **Queremos a proibição já!** Por isso o PFL e o PSDB votam não, porque querem suprimir a necessidade de consulta popular, já que a maioria da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e da população, através de consulta, já externou claramente seu desejo pelo fim da comercialização. (grifo nosso)³⁴¹

³³⁸ Idem. Pg. 56743.

³³⁹ Idem. Pg. 56685.

³⁴⁰ Diário da Câmara dos Deputados. 24 de Outubro de 2003. Pg. 56950

³⁴¹ Idem. Pg. 57075.

O Dep. Renildo Calheiros (PCdoB-PE) contra argumentou: “O referendo é importante, porque não basta apenas proibir a comercialização de armas, é necessário mudar a cultura da sociedade brasileira. O referendo será um momento de debate, de esclarecimento e de conscientização”³⁴².

A proibição da comercialização de armas para o Dep. Popeo Mattos (PDT-RS) pode criar um mercado paralelo de armas, e não vai desarmar o “ladrão, o narcotraficante”, seu voto é a favor do Estatuto “mas quando desarmarem o cidadão e deixarem armado o ladrão levantarei minha voz para protestar”³⁴³.

Aprovado na Câmara dos Deputados no dia 23 de outubro de 2003, com o dispositivo que condicionava a proibição da comercialização ao referendo popular, o Estatuto foi saudado por muitos, como o Dep. Antônio Carlos Biscaia (PT-RJ) que destacou:

Não tenho dúvida de que a sociedade brasileira está hoje tranqüila porque a **Câmara dos Deputados atendeu ao seu apelo e deu importantíssimo passo rumo ao desarmamento da população. Tal iniciativa tem especial significado, pois contribuirá decisivamente para a redução dos índices de violência e criminalidade, e o nosso País deixará de ocupar o primeiro lugar no mundo em homicídios cometidos com a utilização de armas de fogo (grifo nosso)** ³⁴⁴.

Após aprovado no Congresso Nacional, o Estatuto do Desarmamento foi sancionado sem vetos pelo Presidente Luís Inácio da Silva em 22 de dezembro de 2003, Lei nº 10.826. (Anexo tabela de crimes) A nova Lei passou a vigorar carecendo ainda de um regulamento complementar que disciplinasse questões como a devolução de armas e o referendo popular. O Regulamento foi realizado pelo decreto 5123 de 1º de julho de 2004, em seguida foi iniciada uma campanha nacional pelo recolhimento de armas de fogo. Seguindo os artigos 31 e 32 da Lei que tem por objetivo reduzir o numero de armas circulando no País, os possuidores

³⁴² Idem. Pg. 57076

³⁴³ Diário da Câmara dos Deputados. 23 de Outubro de 2003. Pg. 56689

³⁴⁴ Diário da Câmara dos Deputados. 23 de Outubro de 2003. Pg. 56690

e proprietários e armas, registradas ou não, puderam entregar suas armas à Polícia Federal num prazo determinado com recebimento de indenização.³⁴⁵

Matéria publicada em dezembro de 2004 pelo Jornal do Brasil chamou atenção para a liberação de presos por porte de armas. Segundo o autor³⁴⁶ da matéria, a lei foi criada para reduzir a criminalidade, mas permite que advogados aproveitem as suas brechas para garantir a liberdade de quem é preso por porte de armas. Uma pesquisa feita pelo Ministério Público do Rio de Janeiro na Baixada Fluminense revela que entre janeiro e setembro de 2004, em 140 processos sobre porte de armas, 118 pessoas foram colocadas em liberdade, o que representa 85% dos casos. Para alguns juizes a lei é inconstitucional, pois, para o acusado que não traz ameaça a ordem pública, cabe a liberdade provisória. Esta impunidade está emperrando o Estatuto do Desarmamento, alerta o artigo.

Para o professor Antonio Rangel Bandeira, coordenador do programa de controle de armas da ONG Viva Rio,, “há uma resistência de juizes à nova legislação (...) há pessoas que mantêm a mentalidade armamentista. É a idéia de que a arma dá segurança”³⁴⁷

Por fim, o que se pode concluir é que o Estatuto do Desarmamento mesmo não tendo sido aprovado seu artigo que proibia a venda de armas no território nacional, tornou significativamente mais rígido o registro, a posse e a comercialização de armas de fogo e munição no país. A lei também definiu novas funções a serem efetuadas pelo Sistema Nacional de Armas. Quanto aos crimes, a lei se direcionou a coibir: a posse irregular de arma de fogo de uso permitido, a omissão de cautela (cuidados com a arma), o porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, o disparo de arma de fogo, a posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, o comércio ilegal de arma de fogo e o tráfico internacional de arma de fogo. A lei representou uma criminalização rígida que teve como objetivo principal a redução da

³⁴⁵ O Referendo sobre a proibição do comércio de armas e munição no Brasil foi realizado no dia 23 de outubro de 2005 e desaprovou o artigo 35 do Estatuto do Desarmamento (Lei 10826 de 23 de dezembro de 2003) que dizia: "**art. 35** - É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º desta Lei".

³⁴⁶ MARTINS. Marco Antonio. Impunidade emperra desarmamento. **Jornal do Brasil**. 12 de Dezembro de 2004.

³⁴⁷ MARTINS. Marco Antonio. Juizes resistem à legislação. **Jornal do Brasil**. 12 de Dezembro de 2004.

criminalidade violenta, principalmente as mortes por armas de fogo, porém sendo “vendida” como única solução para a redução deste tipo de violência.³⁴⁸

5.8 Política de Drogas

No Brasil, a Lei que primeiro tratou a questão do uso de substâncias psicoativas foi a Lei 6.368 de outubro de 1976. Uma lei severa refletindo as duras políticas da ditadura militar, que previa a detenção de seis meses a dois anos para usuários de substâncias entorpecentes que determine dependência física ou psíquica; e a pena de reclusão de três a quinze anos para a produção, venda e fornecimento das mesmas substâncias.

Em 1991 foi proposto pelo deputado Elias Murad (PSDB-MG) um projeto de Lei 1873 que atenuava a situação do viciado e do usuário em drogas, criando uma figura intermediária entre o usuário e o traficante (o dependente), e dando maior rigor ao tratamento legal a ser aplicado ao traficante, inclusive fixando sanções para os indivíduos que cultivam plantas psicotrópicas.

O Deputado Elias Murad, em discurso a favor do seu projeto de lei afirmou a necessidade da atualização da lei de 1976, permitindo ao usuário um tratamento diferenciado do traficante e dessa forma não o direcionando para uma carreira criminal dentro das prisões. Contudo, afirma que não se deveria avançar no sentido da legalização das drogas, mas na modificação das penas a serem aplicadas aos usuários. Ao invés da “penalização com prisão, aplicar ao usuário de drogas a chamada pena restritiva de direitos, pagamento de multas e prestação de serviços à comunidade”³⁴⁹

Este projeto recebeu o apoio de muitos deputados, que se posicionaram à favor de um tratamento diferenciado para o usuário de drogas, possibilitando o

³⁴⁸ Sobre as mortes por armas de fogo ver: MISSE, Michel. **“Desarmamento e Índices de Criminalidade Envolvendo Armas de Fogo: Um exame sistemático dos dados oficiais”** Relatório de Pesquisa com o apoio da ALERJ (Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro) Rio de Janeiro, 2006.

³⁴⁹ Diário da Câmara dos Deputados. 11 de dezembro de 1996. Pg 32700.

resgate da dignidade dos jovens que, quando presos com drogas, são submetidos ao constrangimento dentro das delegacias policiais. Afirmou o Deputado Eduardo Jorge (PT-SP) “este é um momento importante, porque estamos alterando a lei (...) que vem da época da ditadura militar, traduzindo uma visão repressiva da questão das drogas no Brasil”. Segundo o deputado, devido ao contexto mundial de tráfico de drogas, se impõe a necessidade de uma legislação moderna para enfrentar a questão. “O avanço está no sentido de possibilitar um trabalho mais preventivo e de apoio ao usuário. As penas em relação à oferta e ao traficante são bem mais rigorosas e ágeis, mas a relação com o usuário avançou. É preciso reconhecer esse aspecto”.³⁵⁰ O ponto mais ressaltado nos debates entre os deputados a favor do projeto, foram as formas de tratamento dados aos usuários que são constantemente submetidos aos achaques e a todo tipo de violência.

Entretanto o projeto também foi criticado como inacabado; o deputado Ibrahim Abi-Ackel ressaltou as falhas, principalmente relativas à fixação de uma quantidade de drogas; pois segundo o projeto a competência para fixar a quantidade caberia à autoridade sanitária e, dessa forma a norma penal se tornaria inútil, pois estaria incompleta.³⁵¹

O parecer da Deputada Telma de Souza (PT-SP) também fez algumas críticas pois, segundo ela, “o avanço seria no sentido da descriminalização maior do usuário. Não é possível continuar tratando o dependente de drogas com o mesmo rigor com que se trata o traficante, principalmente porque essa incidência se dá sobre a população de baixa renda e sobre aqueles que são excluídos da sociedade.”³⁵²

O Deputado Fernando Gabeira, muito reconhecido pela sua luta à favor da descriminalização das drogas, acompanhou todos os debates e afirmou que, apesar dos defeitos do projeto, havia um avanço no debate sobre o uso de drogas gerando o consenso numa questão fundamental. No entanto, no dia 14 de dezembro de 2001 o projeto foi levado à votação em plenário através de um acordo de

³⁵⁰ Ibidem.

³⁵¹ Texto do Projeto de Lei : Capítulo III Dos Crimes e das Penas : Art 20º Adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, em pequena quantidade, a ser definida pelo perito, produto, substância ou droga ilícita que cause dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

³⁵² Diário da Câmara dos Deputados. 14 de dezembro de 1996. Pg 66098.

lideranças, o que aborreceu o deputado Gabeira, que chegou ao final da votação e manifestou seu repúdio pela forma como foram encaminhadas as questões, desconsiderando as apreciações e contribuições feitas pelo Senado Federal.

O projeto de lei não previa a descriminalização do uso de drogas, pois o porte continuava sendo considerado crime, apenas não estaria sujeito à flagrante nem à prisão imediata. O portador seria conduzido à delegacia, mas não seria autuado ou fichado. O criminalista Luís Francisco Carvalho Filho afirmou que “a lei é ruim, mal redigida. Ela confunde, dependentes e usuários, e entrega ao juiz a possibilidade de internação. Usuário não é igual a dependente e não precisa de tratamento ou internação” E quanto à definição de pequena quantidade, continuou: “O que é pequena quantidade? deixar tal definição entregue a um perito é uma barbaridade. Permite corrupção”. Já, segundo Alberto Toron, “há um avanço real, não ideal, mas real, sobretudo pelo fim da marca de flagrante”.³⁵³

O projeto de lei aprovado pelo Congresso também sofreu críticas dos especialistas da área de saúde e psicologia. Para o psiquiatra Dartiu Xavier da Silveira, diretor do Proad (Programa de tratamento ao dependente da Unifesp), “a lei dá impressão de ser mais justa com o usuário e com o dependente, mas é apenas uma maquiagem, que pune com rigor ainda maior”, pois mesmo aceitando a internação, e caso haja vaga, o dependente poderá ser preso se tiver uma recaída. E a recaída faz parte do processo de tratamento, chega a ocorrer em 80% dos casos.”³⁵⁴ A utilização do tratamento para penalizar o dependente também foi objeto de críticas do Conselho Estadual de Entorpecentes.

Em 11 de janeiro de 2002 o projeto de lei foi sancionado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso na forma da Lei 10.409. O Executivo vetou 35 artigos da Lei Antitóxicos. Os crimes relacionados ao tráfico de drogas continuaram tendo tratamento equiparado aos considerados hediondos. Os artigos que previam aplicação de penas alternativas para usuários foram vetados. Segundo justificativa do Presidente o veto ocorreu porque o texto não previa prazos para essas penas. Para o deputado Elias Murad (PSDB-MG), autor do projeto, não poderia ser excluído

³⁵³ Usuários ainda poderão ser presos. Folha de São Paulo 29 de dezembro de 2001.

³⁵⁴ Para especialistas, lei enquadra dependentes como criminosos. Folha de São Paulo, 30 de dezembro de 2001.

a espinha dorsal da lei (o artigo 21)³⁵⁵, que estabelecia penas alternativas à prisão para os usuários.

A fim de corrigir as imperfeições contidas nos artigos vetados, o governo elaborou um novo projeto de lei para ser enviado ao Congresso Nacional. Em agosto de 2002 foi apresentado um projeto de lei elaborado pela Comissão Mista de Segurança Pública do Senado. O projeto de lei 7134 de 2002 de autoria do Senado Federal prevê a criação do Sistema Nacional Antidrogas (SINAD) e uma nova política para a prevenção, repressão e tratamento do tráfico e do uso de drogas.

O projeto de lei 7134 começou a tramitar na Câmara dos Deputados em 21 de agosto de 2002, sendo encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania e tendo como relator o Deputado Paulo Pimenta (PT-RS). Em fevereiro de 2004, o parecer do relator foi favorável a aprovação, e encaminhando à votação em plenário.

O projeto foi votado pela Câmara em turno único no dia 12 de fevereiro de 2004, gerando uma grande celeuma. A Casa esteve bastante dividida na votação desta matéria. O principal questionamento foi uma dúvida que surgiu em torno da descriminalização do uso de drogas. O projeto prevê que o uso de drogas continua sendo criminalizado, porém o usuário e o dependente que estiver portando drogas para uso pessoal será penalizado com: “advertência sobre os efeitos da droga; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”.³⁵⁶

Segundo o Deputado Cabo Júlio (PSC-MG):

Não estamos dizendo que usar droga deixará de ser crime. Ao contrário. Estamos estabelecendo ao usuário 3 penalidades: advertência verbal, internação em unidade terapêutica e prestação de serviço à comunidade. Se o usuário de drogas se negar a

³⁵⁵ As medidas aplicáveis aos usuários: prestação de serviços à comunidade; internação e tratamentos para usuários e dependentes; comparecimento a programas de reeducação e cursos ou atendimentos psicológicos; suspensão/ ou cassação da habilitação para dirigir; cassação do porte de armas; multa; interdição judicial; suspensão da licença para exercer função ou profissão.

³⁵⁶ O Cap III do Projeto de Lei prevê no art 28 essas penalidades para: quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.; Câmara dos Deputados. Projeto e Lei 7134/2002

cumprir algumas dessas penalidades incorrerá no crime de desobediência³⁵⁷.

Mas para o Deputado Severino Cavalcanti “não se justifica a advertência ou a prestação de serviços para aquele que está sendo instrumento dos traficantes, criminosos comuns que vivem às custas dos consumidores.”³⁵⁸ Para muitos deputados, a ameaça da pena de prisão serve como um freio aos delitos e as novas penalidades propostas não são suficientemente coercitivas.”E ser complacente e tolerante em relação ao consumo vai permitir o aumento do uso de entorpecentes no país (...) porque a certeza da punição por parte do Estado não será tão forte como era.” (Dep. Rubinelli PT-SP) O mesmo deputado afirma ainda, que o projeto na verdade encobre uma descriminalização do uso de drogas e atende aos interesses dos traficantes e não da sociedade como um todo.³⁵⁹ Para o deputado Gilberto do Nascimento (PMDB-SP) “isso criará um total descrédito nas instituições, porque se dirá que é crime, mas também que não é, e nunca haverá condenação”.

O projeto prevê o encaminhamento do indivíduo flagrado com drogas ao juízo competente para a lavratura do Termo Circunstanciado, conforme a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95) e no ato da transação penal ele tomará conhecimento da sua pena.³⁶⁰ O que evitará, segundo o deputado Fernando Gabeira (sem partido – RJ), que se coloque na cadeia muitos usuários de drogas. Mas o importante na percepção do deputado João Campos (PSDB-GO) é que o consumo de drogas continuará criminalizado, “mas com medidas adequadas a essa natureza criminal, permitindo um tratamento mais ameno e diferenciado ao usuário”, e no caso do não cumprimento das medidas, a detenção por desobediência.

O Deputado Moroni Torgan (PFL-CE) lembrou que o não encaminhamento dos usuários para as prisões já é prática comum na justiça: “o

³⁵⁷ Diário da Câmara dos Deputados. 13 de fevereiro de 2004. Pg. 05841

³⁵⁸ Ibidem. PG. 05842

³⁵⁹ Diário da Câmara dos Deputados. 13 de fevereiro de 2004. Pg. 05889

³⁶⁰ Prevê o projeto Art 28 § 2º O juiz poderá, na homologação da transação penal a que se refere a Lei 9.099/95, encaminhar o agente para tratamento, com base em avaliação que ateste a necessidade, em função do risco à integridade física e emocional da própria pessoa. E quanto à definição da quantidade de drogas diz o projeto: §3º que para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e aos antecedentes.

judiciário não manda usuários e dependetes para a cadeia, mas, sim, os condena à prestação de serviço e os priva de certos direitos. Não sei por que todo esse clamor, pois mesmo com a lei defasada se está fazendo justiça”³⁶¹. Contudo alguns deputados acreditam que o projeto descriminaliza a droga e o usuário vai perder o “freio que a pena representa”. Assim pensa o Deputado Rubinelli (PT-SP) que afirmou:

Qualquer estudioso sabe que a certeza da punição por parte do Estado funciona como um freio a uma série de irregularidades e de delitos. A partir do momento em que nos colocamos de forma tolerante em relação ao consumo de drogas o uso de entorpecentes vai aumentar nesse país (...) Hoje é um dia muito especial para os traficantes, eles tem muito que comemorar! Afinal o consumo de drogas vai aumentar!”³⁶².

Em relação ao tráfico de drogas o projeto de lei aumenta as penas para traficantes, sem, contudo diferenciar o pequeno do grande traficante. O artigo 32 define como crime: importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar à consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena: reclusão de 5 a 15 anos e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa. O que significa que mantém a redação da lei 6.368 de outubro de 1976 e ainda aumenta a penalidade que antes era de 3 a 15 anos. Retirando a possibilidade do pequeno traficante que hoje é condenado à pena mínima, de pleitear a substituição por penas restritivas de direitos (alternativas), sendo aprovada esta lei a pena mínima será de 5 anos, o que impossibilita a substituição. O projeto de lei foi aprovado pelo Câmara dos Deputados em 12 de fevereiro de 2004 e encaminhado ao Senado Federal de onde ainda não retornou.

³⁶¹ Diário do Congresso Nacional. 13 de fevereiro de 2004. Pg. 05859

³⁶² Ibidem. Pg. 05889

6- CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que este trabalho buscou revelar são as formas ambíguas com que são construídos os discursos e representações sociais que resultaram na legislação penal brasileira nas últimas duas décadas. A **dualidade discursiva** que foi estudada revela lógicas conflitantes presentes na ordem social brasileira, produzindo um sistema penal diferenciado para acomodar essas duas lógicas. São os estudos de DaMatta e Kant de Lima que ajudam a pensar esta dualidade entre os ideais de igualdade e a estrutura hierárquica que caracterizam a sociedade brasileira.

Esses dois modelos compartimentalizados funcionam com distintos princípios de justiça e ordem pública produzindo diferentes “justiças” e punições para situações e indivíduos desiguais. São lógicas conflitantes, cada uma delas pautadas numa determinada visão de mundo, ora universalista, ora excludente, ora igualitária, ora hierárquica, ora retributiva, ora preventiva, e que se chocam no momento de resoluções legislativas. Interessante observar que são os mesmos atores/legisladores que clamam por uma justiça com equidade e humanidade, que são capazes de votar e propor projetos de lei extremamente rigorosos e seletivos em seu alcance. Essa dualidade discursiva é reveladora de dois modos distintos de pensar o Brasil e sua cultura jurídica. Modos que são caracterizados por lógicas conflitantes, mas que também se complementam, produzindo uma esquizofrenia legislativa ou um hibridismo jurídico, que atente aos diferentes interesses e modelos.

Pensar o processo de normalização e a consolidação do individualismo moral como processo pacificador das sociedades ocidentais é fundamental para a compreensão dessa ambigüidade jurídica brasileira. A internalização das normas no processo civilizador foi produtora do auto-controle racional e de indivíduos normalizados, capazes de controlar seus desejos e impulsos emocionais e submeter-se à sociedade disciplinar. No caso brasileiro, como destacado por Luiz

Antônio Machado da Silva, José Murilo de Carvalho e Wanderley Guilherme dos Santos, a promessa de inclusão do Brasil na modernidade e a construção de uma ordem burguesa e liberal foi parcial e excludente, gerando uma inclusão seletiva e um controle sobre as camadas populares, excludente e repressivo.

Nesse sentido, a produção legislativa foi, durante a história brasileira, produtora de instrumentos legais capazes de atender às demandas para o controle social dos normalizados e dos “desnormalizados”. Dessa forma, produz-se medidas despenalizadoras para indivíduos que são representados como auto-controlados (normalizados) e que, sendo eventuais criminosos, espera-se que não cometam outros crimes. Em outro sentido, os criminosos reincidentes (os desnormalizados), incapazes de se auto-controlar segundo as expectativas sociais do processo disciplinador, aqueles onde há a marca da sujeição criminal (os suspeitos e sempre), devem ser privados da sua liberdade, como forma de excluí-los, neutralizá-los do convívio social e evitar que cometam outros crimes.

Seguindo a perspectiva de Bauman, a criminalização da sociedade contemporânea deve ser compreendida a partir das expectativas da sociedade do mercado, do consumo. Isto é, faz-se uma distinção entre os delitos dos consumidores ativos (medidas despenalizadoras) e dos delitos grosseiros para os consumidores falhos (privação de liberdade). Assim, o aumento da prisionização se relaciona à incapacidade dos excluídos de participarem do jogo do mercado; estes devem ser neutralizados e removidos da sociedade atual.

Desse modo, a elaboração e a aplicação das penas leva em consideração argumentos liberais, sem deixar de identificar aqueles com a marca da sujeição criminal. Segundo os princípios liberais e utilitários de Beccaria e da Escola Clássica, que orientam o Direito Penal Brasileiro, os indivíduos calculam racionalmente as vantagens e desvantagens do ato criminoso; é um cálculo de risco que se espera dos indivíduos que internalizaram as normas e estão sujeitos à disciplina moderna. Para estes indivíduos a pena deve ser um freio, uma forma de dissuadí-lo do ato, uma coação que os leva a racionalizar que não vale a pena praticar o delito. Entretanto, aqueles indivíduos que estão dispostos ao não-assujeitamento às normas, onde seu cálculo de riscos leva em consideração “outros códigos” de condutas, baseados em traços da pluralidade social e cultural brasileira,

estão sujeitos a estigmatização, com base em certos “tipos sociais” (malandros, valentes, marginais, vadios, vagabundos, traficantes, etc) que definem a sujeição criminal, direcionando-os à uma incriminação preventiva e neutralizadora.

Foi possível identificar essas argumentações nos discursos jurídicos dos entrevistados e dos deputados, a lógica humanista e liberal defendendo a imposição de medidas de dissuasão apelando para a lógica de indivíduos auto-controlados e normalizados. Por outro lado, quando a lei está sendo elaborada para atingir àqueles que cometem crimes “hediondos”, os “traficantes”, os “perigosos”, etc., aí então, o discurso repressivo se direciona para um criminoso que deve ser “castigado” e um crime que deve ser vingado, a pena torna-se retributiva, um dever de eliminar da sociedade elementos “tomados pelo espírito criminoso”. Uma percepção inquisitorial do criminoso pecador, tomado pelo diabo que deve ter seu corpo castigado para expulsar seus demônios³⁶³. Uma percepção quase lombrosiana do indivíduo que nasce criminoso, um “monstro” portador de degenerescência genética que o leva a transgressão.

O quadro, apresentado na introdução deste trabalho, sobre a construção social dos discursos deve ser compreendido a partir da análise das leis despenalizantes e penalizantes que foram aqui estudadas. O legislativo influenciado por um discurso humanitário e ressocializador e pela defesa de um direito penal mínimo, foi capaz de votar leis despenalizadoras ou desencarceradoras, como a introdução das penas restritivas de direitos (alternativas) no Código Penal e a Lei dos Juizados Especiais Criminais. Todavia, também foi possível observar que conjunturas específicas levaram o legislador a elaborar uma série de leis de endurecimento penal. A demanda por formas mais repressivas produzidas por determinadas circunstâncias sociais como: a onda de seqüestros nos anos noventa, o assassinato da atriz Daniela Peres, a falsificação de remédios, o aumento do crime organizado, e as rebeliões nos presídios foram responsáveis por novas leis que atenderam ao “clamor público” por punição e penas mais duras, que não produziram nenhum efeito redutor da criminalidade, mas foram responsáveis pelo aumento vertiginoso do número de presos nos cárceres brasileiros.

³⁶³ **A sementinha do mal** é o termo que Wagner Monte, apresentador de programa de televisão sobre violência e criminalidade, usa para definir jovens infratores.

A legislação despenalizadora se aplica apenas a uma parcela mínima de condenados, sendo mantido o encarceramento como regra. A introdução do conceito de justiça penal alternativa pouco significou em termos de realidade carcerária, pois alcançou, em sua ampla maioria, acusados que já não cumpriam pena privativa de liberdade, alcançando comportamentos insignificantes nas estatísticas criminais do dia-a-dia. A despenalização não se converteu em descriminalização no âmbito legal. Dessa forma continua alto o número de indivíduos presos, ao contrário do que imaginavam os defensores das penas alternativas, porque a despenalização dos crimes com pena prevista de até 4 anos, ocorreu em paralelo com o endurecimento penal em novas leis.

Além disso, a substituição da pena de reclusão por penas restritivas de direitos está condicionada à discricionariedade do juiz, que deverá analisar possibilidade de substituição, quando o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça, quando o criminoso não é reincidente no mesmo delito e a conduta social, os antecedentes e a personalidade indicarem que a substituição é suficiente. Essa determinação da lei é definidora do perfil de delinqüente que será beneficiado; a sujeição criminal atuará no instante desta análise como impeditivo da substituição.

Por outro lado, a legislação de recrudescimento penal produzida nos últimos anos foi altamente rigorosa e punitiva. A vedação da progressão do regime prisional de fechado para semi-aberto e aberto, proibida pela Lei de Crimes Hediondos, que determinada o cumprimento integral da pena em regime fechado, aumentou significativamente o número de encarcerados e não serviu como elemento inibidor. Observa-se no discurso que defende o agravamento da penas, um recurso retórico para gerar uma expectativa de redução e controle da criminalidade, sem, contudo produzir efeitos reais.

O aumento da criminalidade nas últimas décadas e a produção do medo e da insegurança, gerada pela representação da violência urbana através da mídia e do imaginário social, somado à incapacidade do Estado em administrar os reais problemas que afetam a sociedade brasileira, como a desigualdade e exclusão social; permitem que a “solução penal” seja vista como inibidora dos problemas sociais. O Estado brasileiro usa então, o recurso do direito penal de emergência, que se expressa através de políticas criminais repressivas e criminalizantes, baseando-

se no discurso da “lei e da ordem”; um fundamentalismo penal criminalizador dos conflitos sociais. Dessa forma, a legislação penal no Brasil fica marcada por características muito conhecidas: simbolismo e punitivismo (que atende o inconsciente coletivo); uma legislação simbólica porque não é aprovada para resolver os verdadeiros problemas e punitiva porque, não resolvidos os reais problemas sociais, isola os excluídos e indesejáveis nos cárceres por cada vez mais e mais tempo, como também identificado nos EUA e na Europa por Wacquant.

Em outro sentido, mas não menos punitiva, a denominada legislação neo-criminalizante atua como uma incriminação preventiva, aumentando consideravelmente o número de comportamentos criminalizados em diferentes âmbitos da vida social, evitando, no entanto a pena de reclusão em algumas leis. A opção do legislador pelo excesso de criminalização simboliza a crença comum de que a tipificação de crime e o estabelecimento de uma sanção penal podem dissuadir os comportamentos transgressores. Nesse caso, como diagnosticado, essas leis atenderam a demanda de diferentes partidos e movimentos sociais que também vêem o direito penal como instrumento para eliminação/supressão dos conflitos, via criminalização. A legislação neo-criminalizante revela, na verdade, um aumento da judicialização dos conflitos sociais que vem sendo nos últimos anos introduzidos na legislação penal especial. Destaca-se a não opção pelo tratamento no âmbito civil ou administrativo, mas a opção pela solução criminal, de igual modo, a descrença na possibilidade de composição civil dos conflitos visando através do ilícito civil o ressarcimento e a indenização dos danos.

Por fim, é importante destacar o esforço deste trabalho em dialogar com outros campos do conhecimento, permitindo um olhar sociológico sobre a construção da legislação penal brasileira, que é bastante reveladora da estrutura punitiva e das formas de controle social que operam a cultura jurídica brasileira. O que esta pesquisa buscou compreender são as contradições presentes nos discursos que produziram uma nova legislação penal, capaz de atender a demandas e interesses diferenciados, um campo de forças opostas, fundamentados em representações sociais distintas e dicotômicas, onde o saldo final é excludente e seletivo, direcionando para os cárceres um amplo contingente da população desprovida de mecanismos de inclusão social.

Nesse sentido a pena em uma sociedade deve ser compreendida como um produto de um processo histórico e cultural definido em conjunturas específicas e, em alguns casos estudados, muito particularmente atrelada a ocorrências conjunturais. De igual modo, a estrutura punitiva também não deixa estar relacionada ao sistema econômico excludente e desigual da sociedade brasileira.

7- REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Reincidência e Reincidentes penitenciários em São Paulo, 1974-1985. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Nº 9, vol. 3, fev, 1989.

ANCEL, Mark. **A nova defesa social**. Rio de Janeiro: Forense. 1979.

ANDRADE, Lédio Rosa. **O que é o direito alternativo**. Florianópolis: Obra Jurídica. 1998.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização da Justiça e Controle Social**. São Paulo: IBCCRIM. 2000.

_____. Juizados especiais criminais: uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. nº.47, v.16, outubro, p. 97-110, 2001

BARATA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan. 2002.

_____. **Princípios de direito penal mínimo**. Buenos Aires: Doctrina Penal, 1987.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan. 2003

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2005.

_____. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1999.

_____. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1998.

BECCARIA. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Claret, 2003.

BELLI, Benoni. **Tolerância Zero e a democracia no Brasil: visões da segurança pública na década de 90**. São Paulo: Perspectiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

BOURDIEU, Pierr. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

_____. **Sobre a televisão**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editar, 1997.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Código Civil**. Theotonio Negrão e José Roberto Ferreira Gouvêa. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRETAS, Marcos. **Ordem na cidade**. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

BUARQUE DE HOLANDA, Cristina. **Polícia e Direitos Humanos: Política de Segurança Pública no primeiro governo Brizola (1983-1986)**. Rio de Janeiro: Revan. 2005

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. São Paulo: Ed. 34/ Edusp, 2000.

CANCELLI, Elizabeth. **A cultura do crime e da lei: 1889-1930**. Brasília: Universidade de Brasília. 2001.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. Pg. 92

CARVALHO, Amilton Bueno e CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004

CARVALHO, Amilton Bueno. **Direito Alternativo em movimento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 5ª ed. 2003.

_____. **Direito Alternativo: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 5ª ed. 2004.

_____. **Magistratura e Direito Alternativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 6ª ed. 2003

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil**. O longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CERQUEIRA, Carlos Magno. Remilitarização da segurança pública – a Operação Rio. In: **O futuro de uma ilusão: o sonho de uma nova polícia**. Coleção Polícia do Amanhã. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia / Editora Freitas Bastos, 2001.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Pena de Emergência**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2002

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

COELHO, Edmundo Campos.. A oficina do diabo e outros estudos sobre criminalidade. Rio de Janeiro: Record, 2005.

_____. A criminalidade urbana violenta. **DADOS**. Revista de Ciências Sociais. Vol.31. Nº2. 1988.

_____. A administração da Justiça Criminal no RJ (1942-1967). **DADOS**. Revista de Ciências Sociais. Vol.29 nº 1. 1986.

_____. A criminalização da marginalidade e a marginalização da criminalidade. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro. Vol 12, nº 2, abril/junho. 1978.

COSTA, Jurandir Freire. **O medo social**. Reflexões para o futuro. Coletânea comemorativa dos 25 anos da Revista Veja. SP. Abril 1993. p. 83-89.

DAMATTA, Roberto. **Carnavais, Malandros e Heróis**. Para uma sociologia do dilema brasileiro. 6ªed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DELUMEAU, Jean. **História do medo no Ocidente: 1300-1800 uma cidade sitiada**. São Paulo: Companhia das letras. 1989.

DORNELLES, João Ricardo W. **Conflito e Segurança. Entre pombos e falcões**. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2003

DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DOWNES, David e ROCK, Paul. **Understanding Deviance**. Oxford: Clarendon Press, 1995.

DURKHEIM, Emile. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martins Claret, 2002.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Brasília: UNB, 1986

ELIAS, Norbert. **O Processo Civilizador**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1994. 2v.

FALEIROS. Vicente de Paula. **Penas Alternativas: Inserção, punição e reparação.** In: **Direitos Humanos – Os desafios do século XXI.** Uma abordagem Interdisciplinar. Org: Lyra, Rubens Pinto. Ed. Brasília Jurídica. Brasília. 2002.

FAUSTO. Boris. **Crime e Cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1888-1924).** São Paulo: Brasiliense, 1984.

FERNANDES, Newton e FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRI. Enrico. **Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime.** Campinas: Russel Editoras, 2003.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

_____. **Vigiar e Punir.** Petrópolis: Vozes, 2002

_____. **As palavras e as coisas.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GAROTINHO, Anthony. Uma política de segurança para o Rio de Janeiro. In: **Arché Interdisciplinar**, Rio de Janeiro: Faculdades Integradas Candido Mendes. Ipanema, nº 19, 1998.

GIDDENS, Anthony. **O Estado-Nação e a Violência.** São Paulo: Editora USP. 2001.

_____. **As Conseqüências da Modernidade.** São Paulo: UNESP, 1991.

GOFFMAN. E. **Estigma – la identidad deteriorada.** Buenos Aires: Amarrortu, 1970.

_____. **Manicômios, prisões e conventos.** 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. **O direito penal na era da globalização.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SHIRLEY, Robert. **Antropologia Jurídica.** São Paulo: Saraiva, 1987.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã.** São Paulo: Martins Claret, 2003.

HOEBEL, Adamson. **The Low of Primitive Man.** Cambridge: Harvard University Press, 1967.

HOLLOWAY, Thomas. **Polícia no Rio de Janeiro. Repressão e resistência numa cidade do século XIX.** Rio de Janeiro: Editora FGV. 1997.

HULSMAN. Louk. **Penas Perdidas; o sistema penal em questão.** Niterói: Luam. 2ª ed. 1997.

IÑIGUEZ, Lupicínio. Os fundamentos da Análise do Discurso. In: **Manual de Análise do Discurso em Ciências Sociais**. Lupicínio Iñiguez (org.) Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

KANT LIMA, Roberto. AMORIM, Maria Stella e BURGOS, Marcelo Burgos. **A administração da violência cotidiana no Brasil: a experiência dos Juizados Especiais Criminais**. In: Juizados Especiais Criminais, Sistema Judicial e Sociedade no Brasil. Kant de Lima, Amorim e Burgos. (org). Niterói: Intertexto, 2003.

KANT LIMA, Roberto. AMORIM, Maria Stella e BURGOS, Marcelo Burgos. Guerra e Paz na Família: falso armistício. **Revista Insight Inteligência**. Ano V, nº 17, abr.mai. jun, 2002.

KANT LIMA, Roberto. Pelo Direito à Prisão. **Revista Insight Inteligência**. Ano IV, nº 14, jul. ago.set, 2001.

_____. Carnavais, malandros e heróis : o dilema brasileiro do espaço público. In: **O Brasil não é para principiantes. Carnavais malandros e Heróis 20 anos depois**. Laura G. Gomes, Lívia Barbosa e José Augusto Drummond (organizadores). Rio de Janeiro: Editora FGV. 2000.

_____. A administração dos conflitos no Brasil: a lógica da punição. In: **Cidadania e Violência**. Gilberto Velho e Marcos Alvito (organizadores). Rio de Janeiro: Editora UFRJ/Editora FGV, 1996.

_____. Cultura Jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Nº10, vol 4. Junho de 1989.

LEAL, João José. **Crimes Hediondos**. Curitiba: Juruá, 2003.

LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres**. 2.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Pena Alternativa: Cortando a verba da Pós-graduação no crime. In: **Cidadania e Violência**. Org: Velho. Gilberto e Alvito. Marcos. Ed. UFRJ/FGV. RJ.1996.

_____. Alternativas a Pena de Prisão. **Anais da Conferência promovida pela Secretaria de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Outubro de 1944. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial. 1994

LIMA, Lana Lage da Gama. **Violência e práticas judiciárias: A tortura nas práticas inquisitoriais**. In: VII Encontro Regional da Associação Nacional de História - Núcleo RJ, 1996, Rio de Janeiro. Anais do VII Encontro Regional da Associação Nacional de História - Núcleo RJ. Rio de Janeiro: ANPUH-CCS/UERJ, 1996. p. 63-67.

LOMBROSO, César. **O homem delinqüente**. Porte Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

MACHADO DA SILVA, Luis Antonio. Criminalidade Violenta: por uma nova perspectiva de análise. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba. Nº 13/ Novembro. 1999.

_____. Um problema na interpretação da criminalidade urbana violenta. **Revista Sociedade e Estado**. Volume X, nº 2, jul/Dez.1995.

_____. Violência Urbana: Representação de uma Ordem Social. **In: Brasil Urbano: Cenários da Ordem e da Desordem**. Elimar Pinheiro do Nascimento e Irllys Alencar F. Barreira. (organizadores). Rio de Janeiro: Notrya Editora. 1993.

MAINE. Sir Henry James Sumner. **Ancient Law**. London: J.M.Dnet & Sons LTD. 1936

MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e Costume na Sociedade Selvagem**. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003.

MARTINS. José Salgado. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1974.

MISSE, Michel. **Crime e Violência no Brasil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. **“Desarmamento e Índices de Criminalidade Envolvendo Armas de Fogo: Um exame sistemático dos dados oficiais”** Relatório de Pesquisa com o apoio da ALERJ (Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro) Rio de Janeiro, 2006.

_____. **Malandros, Marginais e Vagabundos: a acumulação social da violência no Rio de Janeiro**. Tese de Doutorado. Instituto Universitário de Pesquisado Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1999.

MISSE, Michel. KANT DE LIMA, Roberto. MIRANDA, Ana Paula Mendes. Violência, criminalidade, segurança pública e justiça criminal no Brasil: uma bibliografia. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, nº 50, 2º semestre de 2000.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MUSUMECI. Leonarda e RAMOS. Silvia. **Elemento Suspeito.: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2005.

NEDER, Gizlene. **Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro obediência e submissão**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

OGIEN, Albert. **Sociologia da la Déviance**. Paris: Armad Colin, 1995.

PAIXÃO, Antonio Luiz. Crimes e Criminosos em BH: uma exploração inicial das estatísticas oficiais de criminalidade. In: **Violência e Cidade**. Renato Boschi (organizador). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1980.

_____. Sociologia do crime e do desvio: uma revisão da literatura. **Cadernos IUPERJ**. Violência e participação política no Rio de Janeiro. Nº 91, agosto de 1995.

PERALVA, Angelina. **Violência e o paradoxo brasileiro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e Subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

RODRIGUES. Luciana Boiteux de Figueiredo. **O Panóptico Revertido: A história da prisão e a visão do preso no Brasil**. Dissertação de Mestrado em Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Rio de Janeiro, 2000.

RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SADEK, Maria Tereza. **Acesso à Justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SANTOS. Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, Wanderley Guilherme. et al. A Pós-Revolução Brasileira. In: **Brasil, Sociedade Democrática**. Coleção Documentos Brasileiros. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985.

SENTO-SÉ, João Trajano. **Estetização da política e liderança carismática. O caso do brizolismo no Rio de Janeiro**. Tese de Doutorado. Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro. 1997.

SHIRLEY, Robert. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SICA. Leonardo. **Direito Penal de Emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Jorge da. **Violência e racismo no Rio de Janeiro**. Niterói: EdUFF, 2003.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 22ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

SILVA. Edílson Macio Almeida da. Pra quem tem fraco por programa forte: construção de esteriótipos e ocorrências policiais no Programa Patrulha da Cidade.

Série Políticas Públicas e Justiça Criminal e Segurança Pública. Niterói: EDUFF/ISP, 2003.

SOARES, Luiz Eduardo. **Meu caso de General: quinhentos dias no front da segurança pública no Rio de Janeiro.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. Segurança Pública e Gestão de Risco. **Cadernos de Direito Feso.** Ano III. Nº 5. Teresópolis. 2002.

_____. **Violência e Política no Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos. O crime e o criminoso: entes políticos.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

_____. **A questão Penitenciária.** Rio de Janeiro: Forense. 2002

VELHO, Gilberto. O estudo do comportamento desviante: a contribuição da Antropologia Social. In: **Desvio e Divergência.** Uma crítica a patologia social. Gilberto velho (organizador). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1974.

VIANNA, Luiz Werneck et al.. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan. 1999.

WACQUANT, Loic. **As prisões da Miséria.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Punir os pobres. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Revan, 2003

_____. **Os condenados da cidade: estudo sobre marginalidade avançada.** Rio de Janeiro: Revan/ Fase, 2001.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.** Rio de Janeiro: Revan. 2002.

ZAFFARONI, Raul. BATISTA, Nilo et all. **Direito Penal Brasileiro I.** Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. **Buscando o Inimigo: de Satã ao Direito Penal Cool.** In: Criminologia e Subjetividade. Marildo Menegat e Regina Néri (organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2005.

_____. **Em busca das penas perdidas.** Rio de Janeiro: Revan. 1991.

ZALUAR, Alba. **Condomínio do Diabo.** Rio de Janeiro: Editora UFRJ/ Revan. 1994.

ZALUAR , Alba e LEAL, Maria Cristina. **Violência extra e intramuros.** Revista Brasileira de Ciências Sociais. RBCS. Nº 45, vol. 16, fevereiro de 2001.

OUTRAS FONTES CONSULTADAS

A Lei de Crimes Hediondos deve ser revogada? Caderno Tendências e Debates. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 21 de agosto de 2004.

A melhor forma de punir a falsificação de remédios é torná-la crime hediondo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 22 de agosto de 1998.

Bastos pede pena alternativa. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 17 de junho de 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diário do Congresso Nacional** 1983, 1984, 1990, 1991, 1992, 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diários da Câmara dos Deputados** 1983, 1984, 1990, 1991, 1992, 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004

CENTRAL DE PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Estatísticas CENAPA. Disponível em http://www.tj.rj.gov.br/vep/estatisticas/estatistica_cenapa.pdf. Acesso em 15 de Abril de 2006.

Crimes Hediondos. Editorial. **Folha de São Paulo**, São Paulo, . 29 de julho de 1990

DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério de Justiça. Estatísticas, 2005.

Diagnóstico da Criminalidade no Brasil. MJ/ SENASP/ 2003. Disponível em http://www.unodc.org/pdf/brazil/pp_1_diagn_introd_pt.pps. Acesso em 3 de Abril de 2006.

Erro faz falsificar remédio não ser crime hediondo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 2 de julho de 1998.

Estados serão ouvidos sobre a revisão da Lei de Crimes Hediondos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 12 de agosto de 2004

FHC veta 4 novas penas alternativas. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 26 de novembro de 1998.

FORNACIARI JR. Clito. Juizado Especial. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 7 de novembro de 1995.

Governo encomenda pesquisa sobre pena integral em regime fechado. **Jornal do Brasil**. Rio de Janeiro, 13 de Agosto de 2004.

GRIPP. Alan. Hediondo, mas com benefício. **O Globo**, Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 2006.

Hediondo mas com benefício. **O Globo**, Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 2006.

Informe Legislação. Boletim para divulgação e informação e pesquisa legislativa. Câmara dos Deputados. Brasília, 2 de agosto de 2004. Disponível em <http://WWW.camara.gov.br/internet/InfDoc/conteudo/colecoes/informes/informe.asp?> ... Acesso em 6 de outubro de 2004

Itamar sanciona lei que amplia crimes hediondos. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 09 de setembro de 1994

Lei de Execução Penal custará caro ao Estado. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 14 de setembro de 1984.

Lei que Pune a tortura só depende de sanção do FH. **O Globo, Rio de Janeiro**, 04 de abril de 1997.

Lei que torna os crimes hediondos é ineficaz. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 17 de agosto de 1998.

Lei Rígida não inibe crimes hediondos. Folha Cotidiano. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 5 de setembro de 2000.pg. C -1

LIMONGI. Celso Luiz. Simples demais seria se o endurecimento da lei penal tivesse força para dissuadir alguém de praticar um crime. **Jornal da Tarde**, São Paulo, 21 de outubro de 2004.

Mais Rigor no Cárcere. **O Globo**. Rio de Janeiro, 28 de março de 2003.

MARTINS. Marco Antonio. Impunidade emperra desarmamento. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 12 de Dezembro de 2004.

MARTINS. Marco Antonio. Juízes resistem à legislação. **Jornal do Brasil**. Rio de Janeiro, 12 de Dezembro de 2004.

Ministro da justiça quer mudar legislação criminal. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 8 de janeiro de 2003. PG A-2.

Ministro defende revisão da Lei de Crimes Hediondos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 16 de agosto de 2004.

Multas do novo Código sobre até 147%. **O Globo**, Rio de Janeiro, 24 de setembro de 1997.

No lugar errado, na hora errada. **O Globo**, Rio de Janeiro, 20 de junho de 2004.

Nova Lei de Execução Penal já começa a criar polêmica. **O Globo**, Rio de Janeiro, 17 de setembro de 1984.

O Código. **O Globo**, Rio de Janeiro, 5 de setembro de 1997

O meio ambiente agradece. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 6 de abril de 1998.

O Objetivo é desafogar a justiça. **O Globo**, Rio de Janeiro, 27 de setembro de 1995.

Pachá quer pena alternativa contra rebeliões. **O Globo**, Rio de Janeiro, 21 de julho de 2004.

Para especialistas, lei enquadra dependentes como criminosos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 30 de dezembro de 2001.

Para juiz, abrangência de lei de remédio causa injustiça. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 15 de agosto de 1998

Parecer do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça sobre o Regime Disciplinar Diferenciado. **Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Ministério da Justiça <http://www.mj.gov.br/cnpcp/legislacao/pareceres/Parecer%20RDD%20_final_.pdf>. Acesso em 02 de Janeiro de 2006.

Presos sem alternativa. **O Globo**, Rio de Janeiro, 12 de junho de 2004.

Proposta de revisão da Lei de Crimes Hediondos divide Estados. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 12 de agosto de 2004.

RAMOS. Saulo. Mata, mas não beija! Caderno Opinião. Coluna Tendências e Debates. **Folha de São Paulo**, São Paulo, Dia 04 de novembro de 1990 pg.A-3.

REALE JÚNIOR, Miguel. A Lei hedionda dos crimes ambientais. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 06 de abril de 1998.

REALE, Miguel. A lei penal do Mínimo Esforço. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 30 de novembro de 1998.

REALE, Miguel. Entrevista à **Folha de São Paulo**, São Paulo, em 03 de agosto de 1984.

Ribeirão Preto tem doação de cestas básicas. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14 de novembro de 1998.

Senado aprova crime hediondo para remédio. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14 de agosto de 1998.

Serra pretende mudar o projeto de falsificação. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 19 de agosto de 1998.

Só 1,3% dos presos tem pena alternativa. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 03 de outubro de 1999.

STF deve alterar Lei de Crimes Hediondos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 11 de agosto de 2004.

Supremo abranda legislação sobre crime hediondo. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 2006.

ULHÔA. Raquel. Projeto de lei deve agora ser votado na Câmara e prevê detenção de seis meses a dois anos e multa para o infrator. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 11 de setembro de 1997.

Uso de penas alternativas pode esvaziar prisões. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 1º de julho de 1995.

Usuários ainda poderão ser presos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 29 de dezembro de 2001.

LEGISLAÇÃO PENAL

BRASIL. Lei 6.368. Dispõem sobre as medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito de e uso indevido de substâncias entorpecentes. 21 de outubro de 1976.

BRASIL. Lei 7.209 Altera o Código Penal. 11 de julho de 1984.

BRASIL. Lei 7.210. Institui a Lei de Execução Penal. 11 de julho de 1984.

BRASIL. Lei 8.069. Dispõem sobre o Estatuto da Criança e do adolescente. 13 de julho de 1990.

BRASIL. Lei 8.072. Dispõem sobre os Crimes Hediondos. 25 de julho de 1990.

BRASIL. Lei 8.078. Código de Defesa do Consumidor. 11 de setembro de 1990.

BRASIL. Lei 9.034. Dispõem sobre a prevenção e a repressão de ações praticadas por organizações criminosas. 3 de maio de 1995.

BRASIL. Lei 9.099. Institui o Sistema Nacional de Armas. 20 de fevereiro de 1997.

BRASIL. Lei 9.437. Dispõem sobre a Criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. 26 de setembro de 1995.

BRASIL. Lei 9.455. Dispõem sobre os Crimes de Tortura. 7 de abril de 1997.

BRASIL. Lei 9.503. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. 23 de setembro de 1997.

BRASIL. Lei 9.605. Lei de Crimes Ambientais. 12 de fevereiro de 1998.

BRASIL. Lei 10.259. Dispõem a Criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. 12 de Julho de 2001.

BRASIL. Lei 10.409. Dispõem sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícito de produtos, substâncias ou drogas ilícitas. 11 de Janeiro de 2002.

BRASIL. Lei 10.792. Dispõem sobre Regime Disciplinar Diferenciado. 1º de dezembro de 2003.

BRASIL. Lei 10.826. Estatuto do Desarmamento. 22 de dezembro de 2003.

GLOSSÁRIO³⁶⁴

Anistia: ato de clemência, perdão emanado pelo poder público aos culpados por delitos

Atentado violento ao pudor: ato libidinoso ou impudico, praticado com violência ou fraude, contra outra pessoa.

Contravenção: toda transgressão a preceito de lei, de regulamento; a contravenção se mostra ato direto de desprezo ou de desrespeito ao que está instituído regularmente, com a intenção de não ser acatada.

Crime Culposo: oriundo de imprudência, negligência ou imperícia - não caracteriza intenção do agente.

Crime Doloso: voluntário, oriundo de intenção maldosa do agente em produzir por conta e risco.

Detenção: privação de um indivíduo de sua liberdade, porém a pena deve ser cumprida em regime semi-aberto, ou aberto.

Estupro: conjunção carnal contra a vontade de uma das partes

Extorsão mediante seqüestro: ato de obter dinheiro ou vantagens de outrem mediante seqüestro, o que agrava o crime de seqüestro.

Extorsão qualificada pela morte: ato de obter dinheiro ou vantagens de outrem mediante crime de morte.

Fiança: garantia a ser presta por alguém em favor de uma pessoa que está sendo acusada ou processada criminalmente para que livre, quando o crime é afiançável.

Graça: é o perdão, o que se compreende não somente à revelação da pena imposta à pessoa, como a comutação para pena mais benigna.

Habeas corpus: instituto jurídico que tem a precípua finalidade de proteger a liberdade de locomoção ou o direito de ir e vir; defender todo direito certo e incontestável contra as violências ou coações de autoridades. (CRFB/1988)

Homicídio qualificado: designação dada à figura delituosa do homicídio com elementos qualificativos, que o modificam em relação ao que se diz, simples. A qualificação do homicídio, assim, apresenta o crime agravado ou de maior

³⁶⁴ Fonte: SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 22ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

gravidade, em vista da intensidade do dolo, nele adotada, da natureza dos meios postos em ação para executá-lo, do modo de ação, ou o desejo de fugir à punição. Revela o grau de perversidade do agente ou a visível maldade de sua prática.

Homicídio simples: toda ação que possa causar morte à alguém. Ato voluntário, pelo qual se destrói a vida de um ente humano, sem qualquer agravação ou qualificação que venha alterar a natureza comum ou ordinária do crime.

Ilícito civil: toda ação ou omissão que resulte de que resulte ou se gere prejuízo a direitos alheios ou ofensa a legítimos interesses de outrem.

Indulto: perdão concedido ao condenado para que se lhe diminua a pena ou para que se isente, totalmente, dela.

Infração administrativa: violação ou infringência de disposição de lei, onde há cominação de pena pecuniária.

Latrocínio: o roubo com violência à vítima; roubo em que há assalto ou ataque à pessoas; é pois o roubo em que se registra crime mais grave, visto que, simultaneamente, há intenção de afastar as pessoas a que ele se opõe, mesmo ela eliminação.

Liberdade provisória: liberdade concedida ao preso podendo ser revogada a qualquer momento em caso de infringência das condições previstas na Lei Penal; pressupõe que o acusado esteja preso e se diz provisório porque pode a qualquer momento ser revogada.

Livramento condicional: benefício ou concessão ao condenado para que fique livre da prisão antes do término da pena, sem caráter definitivo, impondo-se a liberdade vigiada em caso de reincidência.

Pena de multa: a que impõe pagamento de importância determinada, dando-se por cumprida, quando da quitação.

Pena privativa de liberdade: pena corporal de perda de liberdade, envolvendo reclusão ou detenção.

Pena pecuniária: Quando paga o condenado certa importância em que se fixou, é propriamente a multa, que tanto se impõe pela lei civil, comercial, fiscal ou criminal.

Pena restritiva de direitos: são as que substituem as penas privativas de liberdade elencadas no artigo 43 do CP. (também chamada de alternativas à pena de prisão)

Prisão preventiva: é a que se efetiva ou se impõe como medida de cautela ou de prevenção, no interesse da justiça, mesmo sem haver ainda, condenação.

Prisão temporária: a que se efetua quando imprescindível para as investigações do inquérito policial

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

Reclusão: encarceramento, fechamento, encerramento em cárcere; a pena deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto.

Regime aberto: regime penitenciário no qual o condenado cumpre a pena em casa de albergado ou outro estabelecimento similar, podendo trabalhar ou freqüentar curso sem vigilância.

Regime fechado: aquele no qual o condenado cumpre a pena em presídio de segurança média ou máxima, conforme o grau de periculosidade.

Regime semi-aberto: aquele no qual o condenado cumpre pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

ANEXOS

A) Infrações penais de menor potencial ofensivo na Lei 9.099/95

B) Infrações penais de menor potencial ofensivo após a Lei 10.259/01

C) Projetos de Lei apresentados no Congresso Nacional sobre Crimes Hediondos Desde 1989

D) Tabelas com a legislação neo-criminalizante

- Estatuto da Criança e do Adolescente
- Código de Defesa do Consumidor
- Código de Trânsito
- Lei de Crimes Ambientais
- Estatuto do Desarmamento

ANEXO A

INFRAÇÕES PENAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO NA LEI 9.099/95

Artigo	Descrição	Pena (detenção ou reclusão)
129	Lesão corporal	03 meses a 1 ano
	Lesão corporal culposa	02 meses a 1 ano
130	Perigo de contágio venéreo	03 meses a 1 ano
132	Perigo para a vida ou a saúde de outrem	03 meses a 1 ano
135	Omissão de socorro	1 ano a 06 meses ou multa
136	Maus tratos	02 meses a 1 ano ou multa
137	Rixa	15 dias a 02 meses ou multa
139	Difamação	03 meses a 1 ano e multa
140	Injúria	01 mês a 06 meses ou multa
140 § 2º	Injúria: se a mesma consiste em violência ou vias de fato (...)	03 meses a 1 ano e multa
146	Constrangimento ilegal	03 meses a 1 ano ou multa
147	Ameaça	01 mês a 06 meses ou multa
150	Violação de domicílio	01 mês a 03 meses ou multa
151	Violação de correspondência	01 mês a 06 meses ou multa
153	Divulgação de segredo	01 mês a 06 meses ou multa
154	Violação de segredo profissional	03 meses a 1 ano ou multa
161	Alteração de limites	01 mês a 06 meses ou multa
163	Dano	01 mês a 06 meses ou multa
164	Introdução ou abandono de animais em propriedade	15 dias a 06 meses ou multa
166	Alteração de local especialmente protegido	01 mês a 1 ano ou multa
169	Apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza	01 mês a 1 ano ou multa
176	Outras fraudes: tomar refeição em restaurante(...)	15 dias a 02 meses ou multa
180 § 3º	Receptação qualificada: adquirir ou receber coisa que por sua natureza ou pela desproporção (...)	01 mês a 1 ano ou multa
184	Violar direito autoral	03 meses a 1 ano ou multa
197	Atentado contra a liberdade de trabalho, inciso I	01 mês a 1 ano e multa
	Atentado contra a liberdade de trabalho, inciso II	03 meses a 1 ano e multa
198	Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta	01 mês a 1 ano e multa
199	Atentado contra a liberdade de associação	01 mês a 1 ano e multa
200	Paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem	01 mês a 1 ano e multa
204	Frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho	01 mês a 1 ano e multa
209	Impedimento ou perturbação de cerimônia funerária	01 mês a 1 ano ou multa
233	Ato obsceno	03 meses a 1 ano ou multa
237	Conhecimento prévio de impedimento	03 meses a 1 ano
240	Adultério	15 dias a 06 meses

246	Abandono intelectual	15 dias a 01 mês ou multa
248	Induzimento a fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes	01 mês a 1 ano ou multa
251 § 3º	Explosão: modalidade culposa	03 meses a 1 ano
252 § único	Uso de gás tóxico ou asfixiante: modalidade culposa	03 meses a 1 ano
256 § único	Desabamento ou desmoronamento: modalidade culposa	06 meses a 1 ano
259 § único	Difusão de doença ou praga: modalidade culposa	01 mês a 06 meses ou multa
262 § 2º	Atentado contra a segurança de outro meio de transporte (culposo)	03 meses a 1 ano
264	Arremesso de projétil	01 mês a 06 meses
268	Infração de medida sanitária preventiva	01 mês a 1 ano e multa
271 § único	Corrupção ou poluição de água potável; modalidade culposa	02 meses a 1 ano
278 § único	Outras substâncias nocivas à saúde pública: modalidade culposa	02 meses a 1 ano
280 § único	Medicamento em desacordo com receita médica	02 meses a 1 ano
283	Charlatanismo	03 meses a 1 ano e multa
286	Incitação ao crime	03 meses a 06 meses ou multa
287	Apologia de crime ou criminoso	03 meses a 06 meses ou multa
292	Emissão de título ao portador sem permissão legal	01 a 06 meses ou multa
	§ único: “quem recebe ou utiliza(...)	15 dias a 03 meses ou multa
301	Certidão ou atestado ideologicamente falso	02 meses a 1 ano
302	Falsidade de atestado médico	01 mês a 1 ano
307	Falsa identidade	03 meses a 1 ano ou multa
312 § 2º	Peculato culposo	03 meses a 1 ano
315	Emprego irregular de verbas ou rendas públicas	01 mês a 03 meses ou multa
317 § 2º	Corrupção passiva	03 meses a 1 ano ou multa
319	Prevaricação	03 meses a 1 ano e multa
320	Condescendência criminosa	15 dias a 1 mês ou multa
321	Advocacia administrativa	01 mês a 03 meses ou multa
	§ único: se o interesse é legítimo	03 meses a 1 ano e multa
323	Abandono de função	15 dias a 1 mês ou multa
	§ 1º: se o fato resulta em prejuízo público	03 meses a 1 ano e multa
324	Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado	15 dias a 01 mês ou multa
326	Violação do sigilo de proposta de concorrência	03 meses a 1 ano e multa
330	Desobediência	15 dias a 06 meses e multa
336	Inutilização de edital ou de sinal	01 mês a 1 ano ou multa
340	Comunicação falsa de crime ou de contravenção	01 mês a 06 meses ou multa
345	Exercício arbitrário das próprias razões	15 dias a 01 mês ou multa
348	Favorecimento pessoal	01 mês a 06 meses e multa
	§ 1º: se ao crime não é cominada pena de reclusão	15 dias a 03 meses e multa
349	Favorecimento real	01 a 06 meses e multa
350	Exercício arbitrário ou abuso de poder	01 mês a 1 ano

351 § 4º	Fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança (culposa)	03 meses a 1 ano ou multa
352	Evasão mediante violência contra pessoa	03 meses a 1 ano
358	Violência ou fraude em arrematação judicial	02 meses a 1 ano ou multa
359 - E	Prestação de garantia graciosa	03 meses a 1 ano

ANEXO B

**INFRAÇÕES PENAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO APÓS DO ADVENTO
DA LEI 10.259/01**

Artigo	Descrição	Pena - detenção ou reclusão
134	Exposição ou abandono de recém nascido	05 meses a 2 anos
137 § único	Rixa: se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave	06 meses a 2 anos
138	Calúnia	06 meses a 2 anos e multa
150 § 1º	Violação de domicílio: se o crime é cometido durante a noite; ou em lugar ermo, ou com emprego de violência.	06 meses a 2 anos
152	Correspondência comercial	03 meses a 2 anos
156	Furto de coisa comum	06 meses a 2 anos ou multa
165	Dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico	06 meses a 2 anos e multa
177 § 2º	Fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações	06 meses a 2 anos e multa
175	Fraude no comércio	06 meses a 2 anos ou multa
179	Fraude à execução	06 meses a 2 anos ou multa
185	Usurpação de nome ou pseudônimo alheio	06 meses a 2 anos e multa
201	Paralisação de trabalho de interesse coletivo	06 meses a 2 anos e multa
205	Exercício de atividade com infração de decisão administrativa	03 meses a 2 anos ou multa
216	Atentado ao pudor mediante fraude	1 ano a 2 anos
216 A	Assédio sexual	1 ano a 2 anos
234	Escrito ou objeto obsceno	06 meses a 2 anos ou multa
236	Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento	06 meses a 2 anos
242 § único	Parto suposto. Supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém nascido	1 ano a 2 anos
245	Entrega de filho menor a pessoa inidônea	1 ano a 2 anos
249	Subtração de incapazes	02 meses a 2 anos ou multa
250 § 2º	Incêndio culposo	06 meses a 2 anos
251 § 3º	Explosão: modalidade culposa (dinamite ou substância de efeitos análogos)	06 meses a 2 anos
253	Fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfíxiante	06 meses a 2 anos e multa
254	Inundação (culposa)	06 meses a 2 anos
260 § 2º	Desastre ferroviário (culposo)	06 meses a 2 anos
261 § 2º	Atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo: modalidade culposa	06 meses a 2 anos
262	Atentado contra a segurança de outro meio de transporte	1 ano a 2 anos
264 § único	Arremesso de projétil: se do fato resulta lesão corporal	06 meses a 2 anos
267 § 2º	Epidemia (culposa)	1 ano a 2 anos
269	Omissão de notificação de doença	06 meses a 2 anos e multa
270 § 2º	Envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal:	06 meses a 2 anos e multa

272 § 2º	Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios: Modalidade culposa	1 ano a 2 anos e multa
282	Exercício ilegal: medicina, arte dentária ou farmacêutica	06 meses a 2 anos
284	Curandeirismo	06 meses a 2 anos
289 § 2º	Moeda falsa: quem, tendo recebido de boa fé (...) a restitui à circulação, depois de conhecer a falsidade	06 meses a 2 anos e multa
293 § 4º	Falsificação de papéis públicos: quem usa ou restitui à circulação, embora recebido de boa fé (...)	6 meses a 2 anos ou multa
301 § 1º	Falsidade material de atestado ou certidão	03 meses a 2 anos
308	Falsa identidade	04 meses a 2 anos e multa
313 - B	Modificações ou alteração não autorizada de sistema de informações	03 meses a 2 anos e multa
325	Violação de sigilo funcional	06 meses a 2 anos ou multa
328	Usurpação de função pública	03 meses a 2 anos e multa
329	Resistência	02 meses a 2 anos
331	Desacato	06 meses a 2 anos ou multa
335	Impedimento, perturbação ou fraude de concorrência	06 meses a 2 anos ou multa
341	Auto acusação falsa	03 meses a 2 anos ou multa
346	Exercício arbitrário das próprias razões	06 meses a 2 anos e multa
347	Fraude processual	03 meses a 2 anos e multa
351	Fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança	06 meses a 2 anos
354	Motim de presos	06 meses a 2 anos
359	Desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direitos	03 meses a 2 anos
359 - A	Contratação de operação de crédito	1 ano a 2 anos
359 - B	Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar	06 meses a 2 anos
359 - F	Não cancelamento de restos a pagar	06 meses a 2 anos