

3

Criminologia e Aprisionamento

O Direito Penal é essencialmente punitivo e a pena privativa de liberdade, que se executa através do aprisionamento do condenado, é a sua mais genuína expressão. Mas os penalistas vêm reconhecendo que a prisão se caracteriza como forte fator criminógeno, merecendo séria reflexão quanto a sua extensão, tal como reclamam tendências expressivas do estudo das ciências penais. Daí dedicar-se, antes mesmo do estudo dogmático das funções da pena, aproximação criminológica do tema.

3.1

prisão e punição

Em sua clássica obra, Carrara já afirmava que o “o fim da pena não é que se faça *justiça*, nem que o ofendido seja *vingado*, nem que seja *ressarcido* o dano padecido por ele, nem que se *amedrontem* os cidadãos, nem que o delinquente *expie* seu delito, nem que se obtenha sua *emenda*. Todas essas podem ser *consequências acessórias* da pena, e algumas delas podem [até] ser desejáveis; mas a *pena* continuaria sendo um *ato criticável*, ainda quando todos esses resultados faltassem”²¹⁵.

Entre nós, Tobias Barreto escreveu que a privação da liberdade guarda malévolamente semelhança “com a guerra, pelo menos no que ambas têm de vingativo e violento”, aduzindo que “o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas político”²¹⁶. Ainda entre os brasileiros, Evandro Lins e Silva diz que “a prisão é

²¹⁵ CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal – parte general*. Buenos Aires: Depalma, 1944, vol. I, p. 438, § 614.

²¹⁶ BARRETO, Tobias (de Menezes). *Obras Completas: O Fundamento do Direito de Punir, in Menores e Loucos*, ed. do Estado de Sergipe (Dec. Nº 803 de 20/04/1923), 1926, t. V, ps. 139 e 149. São as seguintes as palavras de Tobias Barreto: “O direito de punir, como em geral todo e qualquer fenómeno da ordem physica ou moral, deve ter um princípio; mas é um princípio histórico, isto é, um primeiro momento na série evolucional do sentimento que se transforma em direito. Porém, essa base histórica ou antes prehistorica, considerada em si mesma, explica tão pouco o estado actual do instituto da pena, como o embrião explica o homem, como a semente explica a árvore. E d’ahi vem que mais de um espírito, não compreendendo a possibilidade de grandes effeitos produzidos pela somma de cousas pequeninas, acham inconcebível uma justiça

realmente monstruosa”²¹⁷, enquanto que Roberto Lyra, atilado promotor do júri entre os anos 1950 e 1970, em livro no qual arremeda arrepende-se dos seus arroubos acusadores da tribuna, menciona ser a prisão “causa de crime, vício e loucura”, chegando a escrever, provocativamente, que “no concurso para promotor público, deve[ria] ser incluída uma prova – passar 24 horas numa prisão para saber o que é cadeia”²¹⁸. Em outra passagem Evandro Lins e Silva, citando Clarence Darrow, reproduz saborosa anedota que compara a pena de prisão com a febre tifoide, que merece reprodução neste trabalho, seja pelo bom humor ou, mais ainda, pela absoluta pertinência com o tema aqui tratado²¹⁹:

“Não se elimina o mal com o ódio ou com a crueldade ou com sentimento de vingança, mas com a caridade, com amor e com a compreensão. O crime tem causas e raízes que os cientistas sociais, os criminologistas continuam investigando. Como acentuou Clarence Darrow não será castigando, prendendo, enforcando, nem com a adoção de um terror geral que iremos estanca-lo. ‘Se um médico fosse chamado para tratar de um caso de febre tifoide, provavelmente tentaria descobrir que espécie de leite ou de água bebia o paciente, e talvez limpasse o poço para que ninguém mais pudesse pegar tifo naquela mesma fonte. Mas se um bacharel fosse chamado para tratar um paciente de tifo, daria a ele trinta dias de cadeia, e depois pensaria que ninguém mais teria coragem de apanhar tifo. Se o paciente sarasse dentro de quinze dias, ficaria preso até terminar sua sentença; se a doença estivesse pior, ao fim de trinta dias, o paciente seria posto em liberdade, porque a sentença dele teria expirado”.

Merecendo a pena de prisão tão ardorosas críticas, mais ainda censuradas pelos estudiosos são as de longa duração, as perpétuas e, sobretudo, a de morte, que merece comentário à parte, a ser escrito em outra ocasião. Em razão desses defeitos contraditórios já na sua origem, a pena de prisão deve ser empregada com a máxima parcimônia, destinada apenas a casos extremos e nunca em caráter demasiado longo, muito menos definitivo.

Nesse sentido, relevante reproduzir neste trabalho decisão do Tribunal Constitucional Alemão, acerca da constitucionalidade do § 211 do StGB (Código

puniente, que tenha saído do facto bárbaro, brutal da guerra de todos contra todos, da luta pela existência em sua primitiva rudeza”.

²¹⁷ LINS E SILVA, Evandro. *O Salão dos Passos Perdidos – depoimento ao CPDOC. Entrevistas e notas Marly Motta, Verena Alberti; edição de texto Dora Rocha*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira: Ed. FGV, 1997, p 214.

²¹⁸ LYRA, Roberto: *Como julgar, como defender, como acusar*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1975, p. 87.

²¹⁹ LINS E SILVA, Evandro. *A Defesa tem a Palavra - o caso Doca Street e algumas lembranças*. Rio de Janeiro, Aide, 1980, p. 28.

Penal alemão)²²⁰, porque previa, como única pena aplicável para o crime de homicídio qualificado, a de prisão perpétua. Apesar daquela Corte ter julgado constitucional o referido dispositivo penal, formulou importante ressalva, no sentido de que não se poderiam excluir todas as possibilidades de que o condenado alcançasse um estado de liberdade. A Corte também proclamou que isso não se desse apenas por meio de indulto (que depende de ato presidencial) e sim por livramento condicional, mediante verificação de determinadas condições. A decisão em tela desaguou na nova redação do § 57a do StGB, que passou a autorizar o tribunal remir condicionalmente o cumprimento do resto de uma pena de prisão perpétua quando: 1) já tenham sido cumpridos quinze anos da pena; 2) a especial gravidade da culpa do condenado não requerer imperiosamente o posterior cumprimento; e, 3) quando se possa provar responsabilmente que o condenado não cometerá nenhum delito mais sem cumprir a pena ou quando tenha se acomodado de acordo com as regras do ordenamento jurídico. Eis alguns trechos da decisão²²¹:

“No âmbito da prática do direito penal, no qual são colocadas as maiores exigências de justiça [a constituição] determina o entendimento da essência da pena e da relação entre culpa e reparação. O princípio *nulla poena sine culpa* tem o *status* de princípio constitucional. Toda a pena deve ter uma relação proporcional justa entre a gravidade do delito e a culpa do autor. O mandamento do respeito à dignidade humana significa especialmente que penas cruéis, desumanas e humilhantes são proibidas. *O autor do delito não pode ser reduzido a um mero objeto do combate ao crime, sob violação do seu direito constitucional ao respeito e à valorização social.* Os pressupostos básicos da existência humana individual e social devem ser preservados. [...]. É obrigação do Estado a de garantir o mínimo necessário para que se configure uma existência humana digna. *Entendida a dignidade humana desta forma, seria com ela incompatível que o Estado requeresse para si o direito de tirar à força a liberdade do indivíduo sem que houvesse pelo menos uma chance dele algum dia voltar a gozar novamente da liberdade.* [...]. *O núcleo da dignidade humana será atingido quando o condenado, a despeito do desenvolvimento de sua personalidade, tiver que desistir de qualquer esperança de reaver sua liberdade.* O instituto do indulto, apenas, não basta para assegurar, de uma forma a atender as exigências constitucionais, essa perspectiva, que por excelência é só o que torna suportável a execução da prisão perpétua.”

²²⁰ StGB § 211. I. O assassino será castigado com pena privativa de liberdade por toda a vida. II. Assassino será quem por prazer de matar, por impulso sexual, por cobiça ou por motivos inferiores, à traição ou cruelmente ou com meios comumente perigosos ou para possibilitar ou encobrir outro delito, mate outra pessoa (tradução livre do espanhol).

²²¹ BVerfGE 45, 187 (SHWABE, Jürgen (coletânea original); MARTINS, Leonardo (organização e introdução). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Trad. B. Hennig, L. Martins, M. B. Carvalho, T. M. Castro e V. G. Ferreira. Montevidéu: Fundação Konrad Adenauer, s/d, p. 182 e seguintes).

Se o conteúdo desta decisão pudesse ser resumido numa única oração, certamente seria aquela formulada por Terencio, citado por Cícero: *summum jus summa injuria* (excesso de justiça, excesso de injúria)²²².

São gritantes os dados estatísticos apontando para a falência da pena privativa da liberdade, seja como forma de prevenção geral da criminalidade, atuando psicologicamente com a *ameaça* da pena (prevenção geral positiva) ou como mero *castigo*, servindo como *retribuição* e *expição* pelo mal causado (prevenção geral negativa); ou da *recuperação* do criminoso para seu retorno à sociedade, devidamente *corrigido* durante o tempo passado atrás das grades (prevenção especial da criminalidade).

Em 1962, Aníbal Bruno registrava que “nas penas privativas da liberdade é que hoje se resume o arsenal dos meios de punição”. Complementa este autor que a prisão atravessa uma *crise* que a “atinge nas suas características tradicionais de retribuição e aflição”, aduzindo que o momento é o de reclamar-se “uma redução ao mínimo dessa privação, falando-se em prisão sem muros ou mesmo em trabalho livre obrigatório para substituí-la, a fim de evitar ao condenado restrições que embaracem o seu ajustamento à vida normal na comunidade do direito”²²³.

Segundo Fragoso, há muito que os estudiosos demonstraram de forma eloquente os efeitos devastadores do ambiente carcerário sobre a personalidade humana, aludindo que a prisão não implica apenas na supressão da liberdade, “mas de sujeição completa [do indivíduo] a uma estrutura de comando autoritária, que reduz por completo sua capacidade de autodeterminação”²²⁴. Isso permitiria concluir-se que toda pena de prisão é cruel e, portanto, inconstitucional, já que a carta proíbe em seu artigo 5º, inciso XLVII, penas revestidas desta característica²²⁵. De toda sorte, deixando essa discussão sobre crueldade/inconstitucionalidade para outro estudo, não há dúvida alguma no

²²² NEVES, Roberto de Souza. *Dicionário de Expressões Latinas Usuais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

²²³ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – parte geral, tomo III*. 1ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1962, p. 22 (nota de pé de página).

²²⁴ FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. *Direitos dos Presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 9.

²²⁵ CF, artigo 5º, inciso XLVII – não haverá penas; (...); e) cruéis.

ambiente acadêmico de que a pena de prisão em si não *evita* crimes, nem se presta a *recuperar* o infrator, constituindo-se, ao invés, em elevadíssimo fator criminógeno²²⁶; tampouco há alguma dúvida acerca de sua escassa serventia prática, que se resume, exclusivamente, em *punir*, em *castigar*.

Não será demais registrar que, conforme pesquisa desenvolvida por Bruce Wester, nos EUA, “sessenta por cento de egressos penitenciários são novamente presos no espaço de três anos e esta taxa tem se mantido nas últimas décadas”, revelando estes indicadores numéricos, inequivocamente, “não haver nenhuma evidência empírica” de que as medidas de política criminal que defendem a tese de que o encarceramento funcionem eficazmente como meio de redução da criminalidade²²⁷.

Assim, ante a declarada falência da pena privativa da liberdade, àquele “arsenal” punitivo do Estado a que aludia Aníbal Bruno, vêm sendo paulatinamente inseridas na legislação penal e de execução penal várias soluções alternativas à prisão. Todavia, estas “alternativas para o sistema de penas”, que deveriam reconhecer na sanção penal o que Dotti chama de “processo de diálogo”, no qual se incluiria a “participação ativa do presidiário no programa de reinserção

²²⁶ Em sua *A Questão Penitenciária*, Augusto Thompson relata passagem pitoresca em que revela a transformação porque passa o homem prisioneiro no tempo em que lá permanece sob as severas regras do convívio carcerário: “Numa solenidade festiva, na Penitenciária Lemos de Brito, presentes varias figuras da alta administração do Estado, servia, como garção, um interno que era exibido como o exemplo mais convincente da capacidade regeneradora da prisão. Condenado a mais de cem anos, pela soma das penas recebidas em inúmeros delitos violentos, ostentava a estrela amarela, símbolo do excelente comportamento carcerário. Respeitando rigorosamente as normas disciplinares, colaborava eficientemente com a administração na tarefa de manter em paz a rotina da casa. Era eu, na época, o Superintendente do Sistema Penal. Conversava com o Promotor Silveira Lobo, quando o mencionado rapaz nos serviu de bebida, aproveitando para trocar algumas palavras comigo. Após afastar-se, comentei com meu interlocutor: - É, parece que este homem está, mesmo, recuperado. Silveira Lobo demorou-se um pouco, seguindo com a vista o interno, objeto do comentário. Depois, soltou vagarosamente: - É... Está muito diferente do menino que conheci, logo que caiu nas mãos da Justiça. Engordou, exhibe formas algo arredondadas; os olhos estão meio baços e, em geral, fitam o chão; curva-se com bastante servilidade, diante das pessoas; a voz mostra um certo acento feminino; move-se com lentidão, cuidadosamente, quase diria com receio; formalmente respeitoso, parece preocupado em, por qualquer distração, deixar de cumprir algum comando regulamentar; na pequena conversa que teve com você, sugeriu uma intriga envolvendo um guarda e um companheiro. É... daquele jovem atrevido, enérgico, topetudo, independente, altivo, não restou nada. E terminou, com triste ironia: - Foi uma bela regeneração... THOMPSON, Augusto. *A Questão Penitenciária*. Petrópolis: Vozes, 1976, p. 44-45.

²²⁷ Veja-se entrevista do autor para o jornal Globo, 21/09/2008, 2ª ed. p. 31. Na segunda parte deste trabalho o tema será tratado com mais profundidade, inclusive no tocante à identificação do perfil social do encarcerado.

social”²²⁸, não têm apresentado os efeitos *desprisonalizadores* que se esperava, não se fazendo sentir redução no contingente de presos e semi-presos (ou quase presos ou quase livres ou quase soltos²²⁹) que os dados estatísticos revelam.

Os ideais defendidos por Dotti e outros tantos penalistas não têm merecido adoção de políticas criminais que os implementem, ao menos com a efetividade necessária à concreção de resultados práticos, já que tanto as propostas político-criminais defendidas pelo neoliberalismo penal como aquelas empunhadas pelo punitivismo esquerdista²³⁰, que guardam entre si paradoxal coincidência, veem no encarceramento, sempre longo e com rigor carcerário cada vez maior, uma eficiente forma de solução para contenção da criminalidade, seja aquela que se poderia chamar de *convencional* ou a cometida pelas classes sociais economicamente favorecidas, conhecida pela categoria criminológica de *criminalidade dos poderosos*²³¹. Nas duas vertentes de pensamento o vigor punitivista com que se pronunciam os discursos, tanto à direita quanto à esquerda é observável a olho desarmado.

3.2. criminalidade convencional

Por um lado, defende-se a tese da necessidade de segregar do mundo

²²⁸ DOTTI, René Ariel. *Bases Alternativas para o Sistema de Penas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1998, p.141. Segundo o autor este processo pressupõe não somente que tal processo revela a sua voluntária adesão como também a passagem de um Direito Penal *social* para um direito penal que pretenda, também, ser democrático.

²²⁹ Parafrazeando a canção *Haiti* de Caetano VELOSO: “Quando você for convidado pra subir no adro da/ Fundação Casa de Jorge Amado/Pra ver do alto a fila de soldados, quase todos pretos/Dando porrada na nuca de malandros pretos/De ladrões mulatos/ E outros quase brancos/Tratados como pretos/ Só pra mostrar aos outros quase pretos (E são quase todos pretos)/ E aos quase brancos pobres como pretos/Como é que pretos, pobres e mulatos/E quase brancos quase pretos de tão pobres são tratados” (disponível em <http://letras.terra.com.br/caetano-veloso/44730>, consulta em 18/12/2011)

²³⁰ Veja-se KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade*. Ano 1, nº. 1, 1º sem.. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996, p. 79.

²³¹ Em conformidade com PEREZ DEL VALLE, “sob a expressão *criminalidade dos poderosos* se compreende a soma de fatos puníveis que são cometidos por pessoas com posições especiais e em uma situação de poder fundada nessas posições para o fortalecimento o a defesa deste poder e, portanto, desde abusos de poder estatal mediante o genocídio, a tortura o os excessos policiais até os abusos vinculados à corrupção política e econômica. Portanto, o conceito de *criminalidade dos poderosos* – em que pese discutível seu fundamento – não poderia ser trasladado diretamente ao âmbito da criminalidade econômica: por um lado, porque abarca aspectos da criminalidade que não guardam relação com a criminalidade econômica; por outro, porque existe um amplo espectro da criminalidade econômica cujos autores não são pessoas “poderosas” (PEREZ DEL VALLE, Carlos. *Introducción al Derecho Penal Económico*. In: BACIGALUPO, Enrique (director). *Derecho Penal Económico* (vários autores). Buenos Aires: Hamurabi, 2004, p. 37-38 – tradução livre)

livre os que violam leis penais precisamente porque não se inseriram nos meios formais de produção e consumo, praticando furtos, roubos, tráfico de substâncias ilícitas ou outros delitos patrimoniais ou contra a pessoa, mas sempre com o fim de obter ganhos econômicos para si mesmos – os chamados crimes de *hábito*, que, por sua vez, não devem ser confundidos com os crimes de *ocasião*, entre os quais, por exemplo, se incluiriam os *passionais* ou os contra a *dignidade sexual* (estupro), assim considerados por serem cometidos, invariavelmente, por réus primários, tomados de rompantes ou desvios psíquicos.

Aqueles marginalizados (criminosos de *hábito*) são identificados como *inimigos* da sociedade, e por conta dessa qualidade são destinatários de um direito penal especialmente severo²³². É revelador dessa política de controle penal absoluto da economia informal, aquela que se desenvolve lateralmente aos sistemas do controle das atividades financeiras, o novo foco repressor das forças policiais estaduais e federais, sobretudo depois de atingidas as metas de *ocupação de territórios* através dos programas chamados pela mídia governamental de “pacificadores”.

Além da implacável perseguição às condutas relacionadas com crimes reputados de maior gravidade, o que se tem verificado no âmbito da criminalização secundária é que o aparato repressor estatal, inclusive com o concurso das Forças Armadas, depois de dominar militarmente o território tido por dominado por organizações criminosas, expulsando, prendendo ou matando os autores destes crimes reputados de maior gravidade, passam a se ocupar da repressão a crimes de menor potencial ofensivo, alguns de iniciativa privada, tais como a fabricação e ao comércio irregular de *Compact Discs* (CD's) e *Digital Video Discs* (DVD's) já então chamados de “piratas” ou “clandestinos”, que se constituem, em realidade, no produto mais genuíno das estratégias de sobrevivência desenvolvidas pelos excluídos da sociedade formal de consumo.

A justificativa da repressão a esta determinada modalidade criminal – empreendida pelos flancos da proteção ao direito autoral, bem como para garantir que marcas e patentes não sejam ilicitamente utilizadas sem autorização dos seus detentores – é a de que muitos traficantes expulsos das comunidades ocupadas

²³² Já se referiu neste trabalho a esta orientação político-criminal defendida pelo penalista alemão Günter JAKOBS, à qual tornaremos a abordar com mais profundidade em tópico específico.

pelas forças de segurança a elas mais tarde retornaram, mas não para a prática do tráfico, e sim para assumir pequenas fábricas clandestinas dessas mídias fonográficas e de imagens, na medida em que este seria “um jeito mais fácil de ganhar dinheiro”. Ilustra uma dessas matérias jornalísticas fotografia de policiais arrecadando produtos diversos que seriam reproduções não autorizadas de óculos, bolsas e outros bens de consumo fugaz, copiados de marcas famosas do mundo *fashion*²³³.

É de constatar-se, no contexto de criminalização secundária, que o artigo 184 do Código Penal, tipo penal que prevê a conduta de “violar direitos de autor e os que lhes são conexos”, é punido com pena de apenas três meses a um ano de detenção ou multa; além disso, a ação penal é de iniciativa exclusivamente privada, somente se permitindo a persecução penal mediante “queixa” formalizada pelo ofendido, ou seja, as vítimas deste delito – as grandes empresas multinacionais – devem, antes de provocar a intervenção policial, recolher aos cofres públicos os custos processuais respectivos, tais como a taxa judiciária etc. Ademais, não se pode deixar de mencionar que, pela pouca severidade da pena, o processo e julgamento desses ilícitos cabe aos Juizados Especiais Criminais e obedece a rito em que se faculta a composição entre as partes, cujos efeitos, em casos de acordo, extinguem a punibilidade e são extensíveis ao foro cível.

Verifica-se, assim, absoluta desproporção na execução da criminalização secundária, que está se prestando à proteção de bens jurídicos a que o direito penal dá importância reduzidíssima e que, aliás, não deveriam sequer ser tipificados, dada sua quase nenhuma ofensividade, deixando claro, nas palavras de Batista & Zaffaroni, que “a seletividade [do sistema penal] é estrutural, não havendo sistema no mundo cuja regra geral não seja a criminalização secundária em razão da vulnerabilidade do candidato, sem prejuízo de que, em alguns esta característica atinja graus e modalidades aberrantes”²³⁴.

²³³ O Globo, 03/11/2011, p. 29

²³⁴ BATISTA, Nilo, ZAFFARONI, Eugênio, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 51.

3.3

criminalidade dos poderosos

De outra banda, querem-se também punidos com prisão, igualmente rigorosa e duradoura, os possuidores de alto nível profissional e elevada posição social, mas que ultrapassaram as normas limitadoras da ganância especulativa que o mercado financeiro estimula e provoca, findando por cometerem crimes; ou dos que praticaram ilícitos no exercício da administração de sociedades empresárias; contra o meio ambiente; em detrimento das finanças e administração públicas; ou ainda abusaram do poder político de que seriam possuidores.

Pilhados em alcances ilícitos ou em falcatruas que tais, a partir de então, os que se incluem nessa categoria criminológica de criminosos *poderosos*, em especial aqueles que a mídia elege à condição de *celebridades*, são lançados na *Fogueira das Vaidades* tão bem retratada por Tom Wolf²³⁵ em seu premiado romance homônimo, sofrendo a partir daí mais do que as sanções previstas nos tipos penais em tese violados, uma vez que precisamente por conta de sua posição social excitam-se os “focas” e “paparazzi” dos tabloides sensacionalistas e a intimidade e vida privada dos suspeitos e condenados são expostas à volúpia da imprensa, como se tal exposição fizesse parte assessoria do “arsenal” punitivo estatal.

Como assinala Carnelutti, a descoberta do delito, de dolorosa necessidade social, “se tornou uma espécie de esporte; as pessoas se apaixonam como na caça ao tesouro; jornalistas profissionais, jornalistas diletantes, jornalistas improvisados não tanto colaboram quanto fazem concorrência aos oficiais de polícia e aos juízes instrutores; e, o que é pior, aí fazem o trabalho deles. Cada delito desencadeia uma onda de procura, de conjunturas, de informações, de indiscrições. Policiais e magistrados de vigilantes se tornam vigiados pela equipe de voluntários prontos a apontar cada movimento, a interpretar cada gesto, a publicar cada palavra deles. As testemunhas são encurraladas como a lebre de cão de caça; depois, muitas vezes sondadas, sugestionadas, assalariadas. Os advogados são perseguidos pelos fotógrafos e pelos entrevistadores. E muitas vezes, infelizmente, nem os magistrados logram

²³⁵ WOLF, Tom. *A Fogueira das Vaidades*. Trad. L. Alverga-Wyler. Rio de Janeiro, Rocco, 1991.

opor a este frenesi a resistência, que requeria o exercício do seu mister austero”²³⁶.

Ainda que se repute serem de aplicação meramente pontual, as sanções impostas a réus condenados em causas englobadas no amplo conceito de *criminalidade dos poderosos* são bastante severas, sendo mesmo, por vezes, até cruéis (inconstitucionais?). Aliás, estas condenações não raro vêm marcadas por um inaceitável tom de exemplaridade, que contraria, por suposto, a máxima kantiana de que não se deve utilizar o homem como meio para a realização de certos fins ou, como registrou o Tribunal Constitucional Alemão em decisão transcrita linhas atrás: *o autor do delito não pode ser reduzido a um mero objeto do combate ao crime, sob violação do seu direito constitucional ao respeito e à valorização social*²³⁷.

Como nas verdadeiras “fogueiras” medievais em que se queimavam bruxas, estas novas personificações do demônio, agora travestidos de alinhados “homens de negócios”, “executivos” ou simplesmente sob o epíteto de “políticos corruptos”, aparecem nos meios de comunicação social como se tivessem sido selecionados para a expiação de todos os demais que agem de modo semelhante; são tratados como aquele bode que, na antiga Israel, uma vez por ano era cumulado com todas as impurezas e culpas com que se pretendia libertar a comunidade e era atirado de um penhasco (o *Bode Expiatório*)²³⁸.

Não será excessivo, quando menos em caráter ilustrativo, trazer para o corpo do texto pequena lista de exemplos reproduzindo episódios contemporâneos bastante representativos dessa tendência punitivista ocorridos tanto no Brasil como em outros países, os quais foram colhidos no noticiário econômico dos jornais de grande circulação. Vejamos: a) no Brasil, na cidade de São Paulo, a empresária Eliana Tranchesi, sócia majoritária de uma butique de alto luxo chamada “Daslu”, recebeu em primeira instância da Justiça Federal de São Paulo a pena de *94 anos de prisão*, pela prática dos “crimes de formação de quadrilha, descaminho consumado e tentado e falsidade ideológica” (os outros sócios

²³⁶ CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Trad. J. A. Cardinalli. Campinas: Conan Editora, 1995, p. 45. Sobre a influência deletéria da mídia no processo penal, veja-se: SCHREIBER, Simone. *A Publicidade Opressiva de Julgamentos Criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

²³⁷ BVerfGE 45, 187.

²³⁸ HOUAISS, Antônio (org). *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 475

também foram condenados a penas diversas, variando entre 55 e 11 anos de prisão). Fotografada algemada na ocasião de sua detenção, foi colocada em liberdade por lhe ter sido concedida ordem de *habeas corpus*²³⁹; b) nos EUA, um Tribunal de Manhattan condenou Bernard Madoff à pena de *150 anos de prisão* pela prática de fraudes no mercado financeiro estimadas em US\$ 65 bilhões. Segundo comentários da imprensa, esta seria uma “forma de o fraudador passar o resto da vida na prisão (ele contava à época com 71 anos de idade), sem direito a qualquer benefício e redução da pena por bom comportamento”. Ainda reproduzindo os jornais, “a sentença foi aplaudida pela plateia do tribunal, que estava lotado de vítimas”²⁴⁰; c) na Inglaterra, um operador do banco suíço UBS, chamado Kweku Adoboli, com 31 anos e de origem ganesa (o pai é funcionário aposentado das Nações Unidas), foi preso (e também fotografado em algemas) sob acusações de fraudes contábeis e abuso do seu cargo, causando perdas que chegaram a US\$ 2 bilhões²⁴¹. Kweku permaneceu preso por cerca de nove meses, quando em junho de 2012 lhe foi concedida fiança, sob a condição, entre outras, de usar algemas eletrônicas, estando ainda *sub judice*²⁴²; d) na França, o operador Jérôme Kerviel, funcionário do tradicional banco Société Générale, deu um pouco mais de sorte (quicá produto de algum acordo de *cavalheiros*), sendo condenado à leve pena de 3 anos. Em compensação, restou sentenciado a pagar a soma de € 4,9 bilhões por danos causados ao banco²⁴³.

O que soa surpreendente ao observador é que em nenhum destes casos as agências estatais de controle e fiscalização do sistema financeiro, que são, ao que se sabe (ou supõe), dotadas de sofisticados mecanismos de controle, não tenham identificado com razoável antecedência a movimentação tão extraordinária de recursos financeiros realizada por apenas um operador, sem que houvesse efetivo lastro econômico que as legitimasse e garantisse. É igualmente espantoso que nem mesmo as próprias instituições financeiras envolvidas, seja por

²³⁹ O Globo, 2ª ed. 27/03/2009, pp. 28 e 29.

²⁴⁰ O Globo, 30/06/2009, p. 21. É tentador relacionar-se este episódio com as execuções a morte e aos suplícios relatadas por FOUCAULT em seu *Vigiar e Punir*

²⁴¹ O Globo, 17/09/2011, p. 43.

²⁴² Veja-se <http://www.telegraph.co.uk/finance/financial-crime/9328371/UBS-rogue-trader-Kweku-Adoboli-released-on-bail-in-McDonalds-car-park.html>; veja-se, também <http://www.slideshare.net/gaaggiisanders/ubs-rogue-trader-kweku-adoboli-to-be-bailed-13361564>.

²⁴³ O Globo, 06/10/2010, p. 27.

meio de seus conselhos fiscais, ou através dos seus *compliance departments** percebessem a ocorrência de *operações atípicas* em volumes tão expressivos.

Como se viu, os tipos de autor dessa novel criminalidade findam por receber punições privativas da liberdade, que em alguns casos são extravagantes, as quais em algumas hipóteses guardam compatibilidade apenas àquelas atribuíveis às práticas genocidas de que ora se ocupa o Tribunal Penal Internacional (TPI)²⁴⁴. Note-se que entre as penas aplicáveis por esta Corte se inclui a de prisão por um prazo determinado, mas apenas *até o limite de 30 anos*. A pena de *prisão perpétua*, também prevista, só pode ser imposta diante do *elevado grau de ilicitude* do fato e se as *condições pessoais* do condenado a justificarem. Nada que se aproxime dos 94 impostos à empresária paulista ou os 150 que se atribuiu ao especulador nova-iorquino.

Advirta-se que a competência do TPI é exclusiva para o processo e julgamento de *crimes graves que afetam a comunidade internacional no seu conjunto*, entre os quais o de *genocídio*²⁴⁵, *contra a humanidade*²⁴⁶, e os *crimes de*

* Departamento de verificação de cumprimento das normas de mercado, geralmente mantidos pelas bolsas de valores. In: NORONHA GOYOS JR. *Dicionário Jurídico Noronha*. 4ª ed. São Paulo: Observador Legal Editora Ltda, 1998.

²⁴⁴ No dia 11 de abril de 2002, com a ratificação de 66 países nasceu o primeiro Tribunal Penal Internacional para julgar os crimes de guerra, agressão, de genocídio e outros contra a humanidade. Após intensas negociações que decorreram em Roma numa conferência convocada para o efeito, o tratado foi aprovado em 17 de julho de 1998 por 120 países, na ocasião apenas sete países votaram contra a aprovação (China, Iêmen, Qatar, Líbia, Israel, Estados Unidos e Iraque), abstiveram-se outros 21 países sendo que até a data limite de 31 de dezembro de 2000, 139 países entre os quais os EUA ratificaram o tratado. In: BRANCO, António Guévêl (organizador). *O Tribunal Penal Internacional – Estatuto*. Lisboa: GB&A Editores, 2002, p.17.

²⁴⁵ Estatuto do TPI, art. 6º. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por «*genocídio*» qualquer um dos actos que a seguir se enumeram, praticados com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, rácico ou religioso, enquanto tal: a) Homicídio de membros do grupo; b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida pensadas para provocar a sua destruição física, total ou parcial; d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

²⁴⁶ Estatuto do TPI, art. 7º. 1 - Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por «*crime contra a humanidade*» qualquer um dos actos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência à força de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais do direito internacional; f) Tortura; g) Violação, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez à força, esterilização à força ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou colectividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de sexo, tal como definido no n.º 3, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis em direito internacional,

*guerra*²⁴⁷⁻²⁴⁸ e que, mesmo nas hipóteses excepcionais previstas nesta normativa internacional, “quando a pessoa já tiver cumprido dois terços da pena, ou 25 anos de prisão em caso de pena de prisão perpétua” (art. 110º.), o Tribunal poderá reexaminar se haverá lugar à mitigação da sanção.

A prevalecerem estes critérios de estabelecimento de crimes e penas, é de se cogitar que os legisladores e aplicadores da lei reputam ser mais perigoso à humanidade um fraudador do mercado financeiro do que um ditador facinoroso, que dizima povos e etnias, utiliza a tortura sistematicamente ou comete quaisquer outras atrocidades e práticas genocidas.

De toda forma, seja para a criminalidade dos *poderosos* ou para aquela que comete crimes de sangue ou de tráfico, isto é, a criminalidade *convencional*, a prisão, o cerceamento da liberdade, o trancafiamento entre paredes e grades é a modalidade de sanção que representa o mais importante meio de punição na sociedade contemporânea. Notável, por outro lado, o exagero da sua duração e o correspondente rigor carcerário na sua execução, identificando-se a atualidade como sendo a era do “grande encarceramento”²⁴⁹.

Seja prendendo os pobres, vítimas da seletividade que as coloca no que Batista & Zaffaroni chamam de “estado de vulnerabilidade ao poder punitivo”, dependentes de um estereótipo criminal; ou os *poderosos* que sonegam impostos, lucram com informações privilegiadas ou se locupletam com verbas públicas é a prisão a sanção que se reputa como a única punição capaz de exorcizar do demônio do crime. As duas hipóteses, como observa Vera Malguti Batista, “incorporam o argumento mais definitivo para o capital contemporâneo: é a punição que dará conta da conflitividade social, é a pena que *moralizará* o neoliberalismo”. Citando Pavarini, a autora conclui que “para cada *colarinho*

relacionados com qualquer acto referido neste número ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de *apartheid*; k) Outros actos desumanos de carácter semelhante que causem intencionalmente grande sofrimento, ferimentos graves ou afectem a saúde mental ou física.

²⁴⁷ Estatuto do TPI, art. 8º. 1 - O Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes.

²⁴⁸ Anote-se que a pena pelo crime de genocídio em nosso ordenamento é de 12 a 30 anos, conforme estabelece a Lei nº. 2.889, de 1º de outubro de 1956.

²⁴⁹ ABRAMMOVAY, Pedro Vieira. *O Grande Encarceramento como Produto da Ideologia (Neo) liberal*. Depois do Grande Encarceramento (orgs. Pedro V. ABRAMOVAY e Vera M. BATISTA). Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2010.

branco algemado no espetáculo das polícias (à la FBI ou SWAT), milhares de jovens pobres [são] jogados nas horrendas prisões brasileiras”. O móbil desse movimento, arremata, “é a fé na purificação pelo castigo, o grande ordenador social dos dias de hoje”²⁵⁰.

3.4

o incremento do aprisionamento como fenômeno mundial

O aprisionamento de pessoas vem sendo largamente utilizado em nossos dias, sobretudo nos EUA e nos países periféricos mais influenciados econômica e politicamente por esta potência, mas também na Europa, ainda que com menos intensidade.

A confirmação desta tendência se revela às escancaras no formidável incremento da população carcerária verificado nos últimos 10 ou 20 anos. Naquele grande país da América do Norte, a quantidade de presos *quadruplicou* desde 1980 a 2004. Segundo pesquisas desenvolvidas pela *Harvard Law School* a população carcerária nos EUA, em 2004, chegava 2,3 milhões de presos, significando uma taxa de 750 pessoas por 100 mil habitantes, sendo a mais alta do mundo (no mesmo período a Dinamarca tinha 59); sem contar com 765 mil em *parole* (liberdade condicional); 4.1 milhões em *probation* (suspensão condicional da pena – *sursis*); e sete milhões *under supervision* (sob supervisão)²⁵¹.

Diante desse quadro, comenta Jock Young que “o *gulag* americano é agora do mesmo tamanho que o *gulag* russo, e ambos contrastam com a situação da Europa Ocidental em que a população carcerária total é de 200 mil pessoas

²⁵⁰ BATISTA, Vera Malaguti. *Depois do Grande Encarceramento*. BATISTA, Vera M. e ABRAMOVAY, Pedro Vieira (orgs). *Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan: 2008, p. 31.

²⁵¹Confira-se: *Punishment and inequality in America*. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/lwp/present>. , acesso em 10/11/2011. Os gráficos reproduzidos no sítio em referência demonstram que a população carcerária nos EUA, em 2004, chegava 2,3 milhões de presos, significando uma taxa de 750 pessoas por 100 mil habitantes, sendo a mais alta do mundo (no mesmo período a Dinamarca tinha 59); sem contar com 765 mil em *parole* (liberdade condicional); 4.1 milhões em *probation* (suspensão condicional da pena – *sursis*); e 7 milhões *under supervision* (sob supervisão). Demonstram também os gráficos que a população carcerária *quadruplicou* desde 1980 até 2004. Veja-se, ainda, O Globo, 21/09/2008, 2ª ed. p. 31. Na segunda parte deste trabalho o tema será tratado com mais profundidade, inclusive no tocante à identificação do perfil social do encarcerado.

(conforme dados do *Council of Europe* de 1995)”²⁵², enquanto que para a observação de Jonathan Simon, “é a primeira vez desde que se aboliu a escravidão que um grupo definido de norte-americanos vive em um estado legal de não liberdade, em forma mais ou menos permanente, seja por estar cumprindo condenação perpetua, por passar por encarceramentos sucessivos ou por sofrer as consequências a longo prazo de uma reclusão penal; e um percentual importante deles são descendentes daqueles escravos libertados”²⁵³.

No entanto, mesmo os índices estatísticos indicando que a Europa aprisiona menos que os EUA, também naquele continente, ainda que em menores proporções, são de incremento das taxas de crescimento da população carcerária nos últimos 20 anos. Em detalhado trabalho de comparação de dados estatísticos, Annie Kensey desenvolveu interessantes pesquisas acerca da evolução da população carcerária, tanto na Europa Ocidental quanto na Oriental desde 1983 à 2003. Seus parâmetros foram não apenas a *taxa de detenção* por 100 mil habitantes, mas também foi levando em conta que o número de presos computados por ano não representa exatamente o fluxo de pessoas que passaram pela cadeia no mesmo período, sendo este bastante maior. Na França, por exemplo, foram computados 60 mil presos em 2003, mas no mesmo período *passaram pela prisão* 80 ou 90 mil. Outro ponto considerado na enquete foi a *duração* da detenção.

Segundo Kensey, em 1º/09/83 a taxa de detenção nos países da Europa Ocidental foi de 59 por 100 mil habitantes, enquanto que em 2003 este número subiu para 89, significando um aumento de 40% no número de presos por cem mil habitantes. Os índices proporcionais mais elevados são verificados na Inglaterra e País de Gales, com 139 presos por 100 mil, e os menores na Islândia, com 39 presos por 100 mil habitantes. O maior crescimento da população carcerária se deu na Espanha, com um aumento de 277%. Na Alemanha, entre 1983 e 1990, a população carcerária diminuiu em 22%; na Itália, em período semelhante aumentou em 38%. Na Europa oriental, impressiona a taxa de 601 presos para 100

²⁵² YOUNG, Jock. *A sociedade Excludente – exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. R. Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Revan (Coleção Pensamento Criminológico). 2002, p. 38.

²⁵³ SIMON, Jonathan. *Governar através del delito*. Trad. Para o espanhol por V. Boschioli. Cidade do México/Barcelona: Gedisa Editorial, 2011, p. 17 (tradução livre para o português).

mil habitantes identificada na Rússia, em 2003. Também é digno de registro que na República Tcheca a população carcerária diminuiu a partir de 2000, depois de ter aumentado em 180% entre 1991 e 2000.

Ao final de seu estudo, a autora conclui que²⁵⁴:

Na Europa assistimos a uma diversidade de situações que nos convida a refletir sobre os exemplos possíveis de populações carcerárias que se pode ter. Não existe explicação simples para estas grandes variações estatísticas. Evidentemente faltaria ir muito mais longe do que foi estudado. Mas é certo que não poderíamos atribuir estas grandes variações somente aos níveis de criminalidade, *mas, sobretudo, às escolhas políticas.*

O que causa certa perplexidade quando se analisam os dados compilados por esta pesquisadora é a observação de que o crescimento vegetativo da população europeia no período de 1971 a 2005 foi de aproximadamente 18%²⁵⁵, significando dizer que o aumento da população carcerária naquele continente é proporcionalmente bem maior do que o da população como um todo, evidenciando o aumento geral do encarceramento como forma de sanção penal. Assim, o quantitativo de presos por 100 mil habitantes aumentou muito mais do que seria proporcional ao crescimento vegetativo da população, o que leva à inarredável conclusão de que atualmente está se prendendo muito mais gente na Europa do que há vinte anos.

Para Anabela Miranda Rodrigues, o quadro acima exposto de incremento da população carcerária europeia se explicaria na medida em que “o ‘modelo de justiça’ dito neo-clássico [teoria absoluta], que [nos anos 1980] pretendeu substituir-se ao modelo socializador [no sentido de que as penas devem ter finalidades sociais e não meramente retributivistas] talvez não tenha colocado seriamente em causa a limitação das sanções através do princípios da proporcionalidade e da culpa”. Para a autora portuguesa, “a importância dada à noção de ‘justa punição’ – sobretudo quando articulada com objetivos utilitários

²⁵⁴ KENSEY, Annie. *La Population carcerale: approche statistique comparée*. LUCAZEAU, Gilles (direcion). Prisons d’Europe – 6èmes journées européens du droit de Nancy. Nancy: Presses Universitaires de Nancy, 2008, p. 41-51.

²⁵⁵ A autora não menciona o crescimento vegetativo da população europeia no período pesquisado. Todavia, segundo a Enciclopédia Delta Larrousse, em 1971 a população daquele continente era de 600 milhões de habitantes; em 2005, em conformidade com o sítio *wikipedia*, o número de habitantes passou para 731 milhões, implicando num crescimento de aproximadamente 18% em 34 anos.

de inocuização ou de intimidação geral – levou a que se gerasse, em muitos países, um clima repressivo e potencialmente desumanizante”. Ela acredita que o “abandono do modelo socializador que este movimento representou não produziu as mudanças desejadas: a criminalidade não decresceu, as prisões ficaram cada vez mais sobrelotadas, o sistema judiciário tornou-se moroso, o clima dentro das prisões piorou visivelmente e a motivação profissional de pessoal diminuiu”²⁵⁶.

Verdade que este aumento do contingente carcerário é superlativamente maior nos EUA, na medida em que naquele país “a população dentro das prisões cresceu em 25 mil no ano passado [2007], criando um total de 1.6 milhão e que outras 723 mil pessoas estão em cadeias locais. O número de adultos americanos é de cerca de 230 milhões, ou seja, um em cada 99.1 adultos está preso”²⁵⁷. Mas, tal como se viu acima, também na velha Europa têm sido bastante utilizadas medidas punitivas prisionais, malgrado todas as advertências ao contrário dos estudiosos na matéria.

Aqui no Brasil, é igualmente gritante o aumento do aprisionamento de pessoas. Conforme dados veiculados pelo Ministério da Justiça, o contingente carcerário simplesmente *dobrou* em dez anos: o número de presos em 2000 era de 232.755, saltando para 496.251, em 2010²⁵⁸, proporção que supera em muito o crescimento vegetativo da população no mesmo período, a qual, apenas considerando a Região Sudeste, aquela que reúne o maior contingente populacional, foi de 37,9%²⁵⁹. Os gráficos disponibilizados pelo Departamento do Sistema Penal (DEPEN) do Ministério da Justiça demonstram o assustador

²⁵⁶ MIRANDA, Anabela Rodrigues. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. São Paulo: RT, 2001, p. 39.

²⁵⁷ Conforme noticiado no *The New York Times*, em 28/02/2008, “os índices de prisão são ainda maiores para alguns grupos. Um em cada 36 hispânicos adultos está atrás das grades, de acordo com números do departamento de Justiça de 2006. Um em cada 15 adultos negros também está preso, assim como um em cada nove negros entre 20 e 34 anos. O relatório, feito pelo Pew Center, também descobriu que apenas uma em cada 355 mulheres brancas entre 35 e 39 anos está presa, assim como uma em cada 100 negras também”. Disponível em <http://www.nytimes.com/2008/02/28/us/28cnd-prison.html>, acesso em 04/03/2012. O original do relatório está disponível em http://www.pewcenteronthestates.org/uploadedFiles/8015PCTS_Prison08_FINAL_2-1-1_FORWEB.pdf. Acesso em 04/03/2012.

²⁵⁸ Disponível em: <http://mj.gov.br/services/document>. Acesso realizado em 10/11/2011.

²⁵⁹ Para nos determos na Região Sudeste, que reúne o maior contingente populacional, sendo, portanto, responsável pela maior parcela do incremento populacional em termos absolutos, absorveu 37,9% do crescimento total do País no último período intercensitário (Sinopse do censo demográfico: 2010/IBGE – Rio de Janeiro: IBGE, 2011, p. 33)

número de quase *meio milhão* de pessoas presas no País.

Mas este cômputo ganha dimensões hiperbólicas quando nele se inserem aqueles condenados que, apesar de não estarem necessariamente encarcerados, permanecem adstritos ao cumprimento de penas corporais substitutivas às de prisão propriamente dita, posto que apenas limitem a liberdade de ir e vir, sem a suprimir totalmente, constituindo-se tais medidas em soluções sancionatórias (penas) alternativas às de completo cerceamento da liberdade²⁶⁰. Assim sendo, os condenados que estão no exercício deste direito, ou seja, que estão com a liberdade vinculada ao cumprimento de certas regras e submetidos a determinadas limitações, não se incluem naquela contagem de meio milhão de presos – mas continuam inexoravelmente sob controle e vigilância do Estado. Em três palavras: *não estão livres*.

Tampouco neste somatório se inserem os que ao serem condenados se livram soltos, sendo submetidos a outras medidas que condicionam sua permanência em liberdade ao atendimento de determinadas restrições. Entre estas medidas se incluem a suspensão condicional da pena (*sursis*) e o livramento condicional, além de outras soluções desprisonalizadoras assemelhadas. Há, ainda, enorme contingente de pessoas que aguardam julgamento adstritas as recentemente criadas medidas cautelares pessoais, que vêm regulamentadas no Código de Processo Penal²⁶¹.

Não há dúvida de que providências político-criminais que visem o afastamento do indivíduo da prisão são salutares sob muitos pontos de vista. Afinal, como assinala Cervini, “o fenômeno da *prisionização* ou aculturação do detento, a potencialidade criminalizante do meio carcerário (fenômeno do contágio), os efeitos da estigmatização, a transferência e outras características próprias da instituição total, inibem qualquer possibilidade de tratamento eficaz e as próprias cifras da reincidência são por só eloqüentes”²⁶².

No entanto, para além de condenados beneficiários destas soluções

²⁶⁰ O artigo 43 do Código Penal estabelece que são penas restritivas de direitos: 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.

²⁶¹ Ver artigo 282 e seguintes do CPP, com as alterações inseridas pela Lei n°. 12.403, de 04 de maio de 2011.

²⁶² CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 53.

permanecerem sob controle estatal, há que se ressaltar que o reconhecimento ao apenado do direito de gozar estas medidas não é imediato, nem é possível sua aplicação em todos e quaisquer casos de imposição de pena supressiva de liberdade. Ademais, é de se destacar que o desatendimento às regras impostas em troca da obtenção de tais direitos pode implicar em revogação da medida eventualmente deferida, sendo a pena convertida novamente em prisão²⁶³, o que torna os que estão nestas condições como alvo preferencial nas operações policiais e, portanto, extremamente vulneráveis a ingressarem novamente no sistema penitenciário.

EXCURSO: Do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) – o “estado de exceção” – à falácia da despenalização – as punições “mascaradas”

Antes de entrar em vigor a Lei nº. 7.210, de 11/07/84 cada Estado tinha o seu próprio sistema de faltas e punições, onde se incluíam as penalidades para os casos de indisciplina dos presos, invariavelmente atribuindo ao diretor do estabelecimento penal poderes para aplicar a sanção. Dentre tantas outras, havia a chamada cela “surda”, tristemente batizada com este apelido porque lá dentro nada se ouvia, muito menos os possíveis reclamos de quem estivesse ali trancafiado. Isolava-se o preso, mantendo-o na escuridão e no absoluto silêncio, inclusive negando-se que recebesse visitas, até mesmo do advogado, obrigando a este que tomasse medidas judiciais para fazer valer os direitos do seu constituinte. Pois o Regime Disciplinar Diferenciado veio a conspurcar a Lei de Execução Penal precisamente para institucionalizar a cela “surda”, dando-lhe um formato nacional e abandonando-lhe, minimamente, os rigores originais.

Pretende-se com este pequeno excurso que entremear os aspectos criminológicos da pena privativa de liberdade com aqueles de ordem dogmática com a finalidade apresentar os dois extremos do sistema de penas, que vão da punição máxima, com o RDD, às formas disfarçadas de cercear a liberdade – a semi-prisão ou a semi-liberdade – que nada mais representam senão meios

²⁶³ Vejam-se, exemplificativamente, os artigos 44, § 4º, 81 e 86, todos do Código Penal, que tratam da revogação da substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direitos; da revogação do *sursis* e; da revogação do livramento condicional.

distintos e mais ou menos rigorosos de exercer o poder punitivo, muitas vezes sem que haja sequer o julgamento.

a) o Regime Disciplinar Diferenciado

Ingressando, então, no terreno do incremento do grau de severidade das penas de prisão, veja-se o extremo rigor de que se reveste o regime disciplinar diferenciado (RDD) previsto na Lei de Execução Penal para detentos considerados *perigosos*. Em conformidade com este regime carcerário, o preso que durante o cumprimento da pena pratica algum crime doloso, o que em si já consiste em falta grave, desde que este delito seja capaz de, a critério exclusivo do diretor da unidade prisional, ocasionar subversão da ordem ou disciplina interna, pode ser submetido a sanções suplementares à privação da liberdade propriamente dita, tais como recolhimento em cela individual, com apenas 2 horas diárias de banho de sol, redução das visitas semanais a duas pessoas e pelo exíguo prazo de 2 horas, isso por período que pode chegar a um ano, sem prejuízo de repetição caso pratique outra falta da mesma espécie.

Também estará sujeito a este regime o preso provisório sobre quem recaia a suspeita de envolvimento ou participação em *organizações criminosas*, quadrilha ou bando, imputação que se faz aos chamados “chefes do tráfico” ou “donos do morro” sempre que estes são presos, precisamente para o fim de isolá-los dos demais, medida que, por outro lado, os afasta da família e de quaisquer outros relacionamentos ou vínculos que possam ter com o mundo extramuros. Esta medida de isolamento, como se disse, pode ser imposta direta e imediatamente pelo diretor do estabelecimento prisional pelo prazo de até 10 dias, enquanto que a colocação do preso em RDD deverá ser submetida ao controle judicial²⁶⁴.

Poder-se-ia argumentar que este regime prisional nos remete ao que Giorgio Agamben classifica como “estado de exceção”. Na medida em que, excluindo certas hipóteses e a critério de um “soberano”, este personificado na figura o diretor do estabelecimento prisional ou do juiz de execução penal,

²⁶⁴ Vejam-se artigos 52 e 60 da Lei de Execução Penal (LEP), alterado pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003.

ultrapassa o acatamento à regra geral de aplicação de penas, tal como estão disciplinadas e previstas na Lei de Execução Penais e na Constituição Federal, para excepcioná-las e atuar em desconformidade com o Direito, não obstante o regime prisional excepcional esteja previsto no ordenamento jurídico.

Afinal, considerando que este mesmo ordenamento jurídico, na sua generalidade, proíbe a imposição de penas *cruéis* (CF, art. 5º, XLVII, *e*), não se podendo, por outro lado, deixar de reputar como *cruel* uma pena que impõe ao condenado o absoluto isolamento (e demais circunlóquios do artigo 50 e seguintes da LEP) por período de um ano renovável por mais um.

O regime conhecido por RDD se constitui numa norma jurídica vigente, portanto pertencente ao ordenamento, mas fora do seu parâmetro ordinário, dada sua excepcional severidade. Trata-se o RDD, parafraseando Agamben, de “um pedaço de território que é colocado fora do ordenamento jurídico formal, mas que não é, por causa disso, simplesmente um espaço externo”.

Para este autor, o *estado de exceção* se apresenta como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal, ou seja, é o estado no qual não é mais possível o retorno ao estado de direito, uma vez que passam a ser questionados os próprios conceitos de “Estado” e de “Direito”²⁶⁵. Isso porque,

A exceção é uma espécie da exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disso, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão. *A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta.* O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão. Neste sentido, a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo, *capturada fora (ex-capere)* e não simplesmente excluída²⁶⁶.

Na ótica de seus intérpretes, o *estado de exceção* a que se refere Agamben é um “sintagma que serve como termo técnico para uma totalidade coerente de fenômenos jurídicos que não conformam um direito especial (como

²⁶⁵ AGAMBEM, Giorgio. *Estado de Excepción – homo sacer II, I*. 3a ed. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora. 2007, p. 156 (trad. Livre).

²⁶⁶ AGAMBEM, Giorgio: *Homo Sacer – o poder soberano e a vida nua*. Trad. H. Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 25.

direito de guerra) senão que, como suspensão da própria ordem jurídica, define o umbral e o conceito limite”²⁶⁷.

Em face dessas observações, o RDD representa verdadeiro estado de exceção relativamente ao ordenamento jurídico brasileiro que proíbe penas cruéis e que ultrapassem a pessoa do criminoso, já que nesse regime também os familiares são penalizados, uma vez que seu acesso à visita também é restringido, contribuindo negativamente para as já reduzidíssimas funções preventivo-especiais da pena.

b) penas restritivas de direitos

Para René Ariel Dotti, as penas restritivas de direito poderiam ter como antecedentes históricos (impropriamente) os “trabalhos forçados” ou “a perda de certos direitos na Antiguidade e no direito medieval”. Trata-se, porém, de fenômeno legislativo recente na história do direito penal, uma vez que o “sistema institucional resultou, sabidamente, negativo, restando a *prisonalização* como deletéria (Thompson), até porque componente causal da reincidência”. Afirmo o autor que o primeiro Código Penal a instituir esta forma substitutiva de sanção penal foi o soviético, de 1926 (letra *d*, do artigo 20 e artigo 30), seguindo como muitos outros exemplos²⁶⁸.

Segundo prescrevem o Código Penal e a Lei de Execução Penal²⁶⁹, há inúmeras alternativas à pena de prisão que vale comentar aqui. Inicie-se esse rol com as chamadas *penas restritivas de direitos*. Tais sanções são autônomas, somente podendo substituir a de privação da liberdade quando esta for aplicada em quantidade não superior a quatro anos e o crime não tiver sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa e desde que o réu não seja reincidente em crime doloso²⁷⁰.

²⁶⁷ LOGIUDICE, Edgardo. *Agambem y el estado de excepción – una mirada marxista*. Buenos Aires: Herramienta Editores, 2007, p. 48.

²⁶⁸ DOTTI, René Ariel. *Bases Alternativas ...* cit, p. 369-370.

²⁶⁹ Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984.

²⁷⁰ Veja-se artigo 44 (e seguintes) do Código Penal e artigo 147 (e seguintes) da Lei de Execução Penal (Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984). CP, art. 44. As penas restritivas de direitos são: I – prestação pecuniária; II – perda de bens ou valores; III – (vetado); IV – prestação de serviço à comunidade; V – interdição temporária de direitos; VI – limitação de fim de semana.

Basta a leitura do enunciado no artigo 44 do Código Penal para se concluir que o deferimento desta solução penal alternativa à prisão não tem cabimento em nenhuma hipótese de tráfico de drogas, posto tratar-se de conduta punida com pena mínima de cinco anos²⁷¹. Mas, por outro lado, é aplicável, ao menos em tese, para quase todos os crimes econômico-financeiros ou contra as finanças públicas, falsificações ou fraudes em geral, em que pese a intrínseca severidade de algumas das sanções atribuíveis a delitos dessa natureza.

As penas restritivas de direitos passaram a vigorar em nosso ordenamento jurídico a partir da Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998, que veio à lume não sem acirrados debates no Congresso Nacional, decorrendo de adesão do Brasil às chamadas Regras de Tóquio. Estas se compõem num conjunto enunciados complementares ao primeiro documento da ONU sobre este tema – as Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos adotadas no 1º Congresso desse organismo, realizado em 1955, na cidade de Genebra (Regras de Genebra). No 8º Congresso da ONU, este ocorrido em 14/12/1990, na cidade de Tóquio, foi recomendada, através da Resolução 45/110, a adoção das Regras Mínimas sobre Penas Alternativas, cujos objetivos estão delineados nas Regras 1.1 e 1.2²⁷².

Verbis:

1.1. As presentes Regras Mínimas enunciam uma série de princípios básicos tendo em vista favorecer o recurso a medidas não privativas de liberdade, assim como garantias mínimas para as pessoas submetidas a medidas substitutivas da prisão.

1.2. As presentes Regras visam encorajar a coletividade a participar mais no processo da justiça penal e, muito especialmente, no tratamento dos delinquentes, assim como desenvolver nestes últimos o sentido da sua responsabilidade para com a sociedade.

Para Luiz Flávio Gomes, que escreveu importante trabalho sobre o tema logo em seguida à edição da lei de referência, “consoante as Regras de Tóquio, são duas as metas básicas que devem ser alcançadas com as penas e medidas alternativas: redução da pena de prisão e ressocialização do infrator para

²⁷¹ Veja-se o *caput* do artigo 33 da Lei n. 11.434, de 23 de agosto de 2008: 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 (cinco) a 15 anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

²⁷² Disponível em: <http://www.lgdh.org.>. Acesso em 27/12/2011

evitar a reincidência”. Na doutrina, segue o autor, “discute-se sobre a forma como se daria essa ressocialização: uns colocam ênfase no tratamento, enquanto a Vitimologia propugna prioritariamente pela reparação dos danos em favor da vítima; não faltam os que assumem uma postura garantista reivindicando proporcionalidade entre tais medidas e a gravidade da ofensa”²⁷³.

No entanto, de uma forma ou de outra, de balde o intento ressocializador ínsito às Regras de Tóquio e à legislação positiva que delas se originou, o que resta claro depois de passados treze anos de vigência dessa lei é que o Estado permanece controlando, vigiando e punindo cada vez mais, ainda que em alguns (poucos) casos substitua a pena de prisão pela alternativa da vigilância e do controle à distância.

O destinatário deste rol de medidas é aquele que foi selecionado para tal precisamente em razão do estado de vulnerabilidade decorrente de sua posição marginal ao sistema de produção e consumo. Este é quem permanece como alvo preferencial das medidas político-criminais de criminalização primária e secundária empreendidas pelo Estado. Trata-se da aplicação do Direito Penal *cool* de que fala Zaffaroni: “longe de proporcionar empregos, serve para controlar os excluídos do emprego”²⁷⁴.

Assim, as penas restritivas de direitos, como a nomenclatura indica, restringem direitos. Não asseguram os que deveriam ser garantidos: conforme o artigo 6º da Constituição Federal, que estatui serem direitos *sociais* “a educação, a saúde, o trabalho, a morada, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”.

c) o *sursis*

Um dos mais antigos dos direitos subjetivos do condenado é a *suspensão condicional da pena privativa de liberdade*. Conhecido pela forma abreviada e difundida no jargão forense simplesmente como *sursis*, dada sua

²⁷³ GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. 1ª ed, 2ª tiragem. São Paulo: RT, 1999, p. 43

²⁷⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Bucando o inimigo. De Satã ao Direito Penal ‘cool’*. Criminologia e Subjetividade. MENEGATI, Marildo e NERI, Regina (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23.

origem franco-belga. Foram estes países, seguidos por outros da Europa, que pioneiramente, em meados do século XIX, perceberam que a prisão se constituía em determinante fator de reincidência e implantaram soluções para suspender a pena de prisão, substituindo-a por outra não privativa da liberdade.

Roger Garroud, citando várias fontes, anota que o “*Bulletin Union Internationale de Droit Penal* (fevereiro de 1891), reproduz, segundo uma revista especial, diversos julgamentos de 1712 e 1713 dos quais se poderia concluir que a velha prática húngara já conhecia o sistema da remissão condicional das penas”. Anota, porém, que “foi no congresso penitenciário de Roma de 1885 que a questão foi encarada pela primeira vez, não sendo todavia discutida. No congresso de S. Petersburgo foi longamente examinada (*Bull. Soc. Pen.*, 1891, p. 2 e s.). A união internacional de direito penal na sua reunião de Bruxelas, em agosto de 1889, adotou por aclamação um voto favorável à condenação condicional (ver Gautier, p. 9). Em França o senador Bérenger apresentava em 26 de maio de 1884 uma proposta que, depois de sofrer sete anos de morosidade dos trabalhos parlamentares, se tornou lei a 25 de março de 1891. Bérenger foi o relator ante o Senado. Barthou ante a Câmara. *Entretanto a Bélgica era o primeiro país da Europa em que a inovação passava para a legislação positiva (Lei de 31 de maio de 1888).*”²⁷⁵

Daí a denominação francófona conferida ao instituto de *sursis à l'exécution de la peine*, cujo princípio, conforme assinalava Garroud naquela ocasião, “repousa sobre a distinção entre os delinquentes de *hábito* e os delinquentes *primários*”. Para este autor, o instituto “inspira-se na ideia fundamental de: 1º - tomar em conta a situação especial dos delinquentes primários; 2º - *evitar-lhes a entrada na prisão e sua saída, por consequência, do lugar em que estavam na sociedade* e; 3º - dar-lhes, entretanto uma advertência, impondo-lhes um período de prova, ao fim do qual se dá como recompensa a reabilitação e como castigo a execução da condenação”²⁷⁶.

Apesar de este regime contar com 150 anos, seu formato originário não é muito diferente na essência do que o vigente na nossa legislação positiva. De

²⁷⁵ GARROUD, Roger. *Compêndio de Direito Criminal*. Trad. A. T. de Menezes. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1915, vol. I, p. 579 e seguintes.

²⁷⁶ GARROUD, Roger. *Idem*.

acordo com a redação do Código Penal, o *sursis* permite ao réu não reincidente condenado à pena privativa de liberdade não superior a dois anos ter esta sanção penal suspensa por período variável de dois a quatro anos, durante os quais ficará proibido de frequentar determinados lugares, de ausentar-se da comarca sem prévia autorização judicial, obrigando-se a comparecer periodicamente em juízo para prestar contas de suas atividades²⁷⁷.

O *sursis* não vem sendo muito utilizado nos últimos tempos como forma de substituição da pena de prisão, em razão de ser mais benéfico ao réu submeter-se às medidas alternativas a essa sanção penal, muito embora seu modelo venha sendo largamente empregado, a partir da edição de Lei nº. 9099, de 26 de setembro de 1999, como forma de suspender não mais a pena em si, mas sim o processo, como será visto adiante. De um modo ou de outro, representa forma bastante eficiente de controle social, obrigando o condenado a prestar conta de sua vida à autoridade administrativa vinculada ao sistema penal.

d) o livramento condicional

Leciona Zaffaroni que “os antecedentes deste instituto na legislação são vários e sua origem é controvertida”. Parece, segundo o autor, “que procede do sistema de Maconochie e Crofton, ainda que também houvesse disposições similares no Código Espanhol de 1822. Em geral, pode dizer-se que sua difusão se viu favorecida pela escola correicionalista de Röder”²⁷⁸. Outros autores referem que a origem deste instituto ao Conselheiro Bonneville de Marsangy, procurador da república em Versailles, autor do livro *Traté des diverses institutions complementaires du regime penitenciarie*, publicado em 1847, em cuja obra alude às primeiras medidas que implicam em soltura de presos mediante condições e antes do término de sua pena. Cogita-se também de uma Circular Ministerial francesa de 09/12/1832, destinada a menores de idade recolhidos na prisão de Roquette, sob o título de *Liberation provisoire pour les jeunes détenus* (após estendida aos adultos), como sendo uma das primeiras medidas liberatórias

²⁷⁷ Veja-se artigo 77 (e seguintes) do Código Penal e artigo 156 (e seguintes) da Lei de Execução Penal (Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984).

²⁷⁸ ZAFFARONI, Eugênio. *Tratado de Derecho Penal – parte general*. Tomo V. Buenos Aires: Ediar, 1988, 175, em nota de rodapé (tradução livre).

mediante condições.

Para Cezar Bittencourt, no ponto acorde com Zaffaroni, “em realidade, a liberdade condicional teve sua origem nas colônias inglesas da Austrália, sendo conhecida com o nome de *ticket of leave system*, introduzida em 1840 por Macconochie, com a finalidade de promover a recuperação moral e social do criminoso e sua liberação antecipada sob vigilância”. Refere ainda este autor, citando várias fontes, que “a liberdade condicional foi estabelecida pela primeira vez no ano de 1791, com o nome de *perdão judicial* para os condenados deportados pela Inglaterra para a Austrália. Depois, com o fracasso da deportação, o sistema introduzido na ilha de Norfolk por Macconochie foi adotado na Inglaterra”. Assim, “com pequenas diferenças de datas, os autores, em geral, aceitam a origem inglesa do instituto, que nasceu como complemento de uma legislação corretiva organizada”²⁷⁹

Introduzido em nossa legislação no Código Penal de 1890 (artigos 50 à 52), o livramento condicional constitui-se, no dizer de Ary Franco, na “concessão da liberdade sob determinadas condições a um indivíduo que está cumprindo pena restrictiva de liberdade; é uma antecipação da volta do condenado ao convívio social”²⁸⁰. Tampouco este instituto sofreu muitas modificações no seu conceito relativamente aos dias atuais, ampliando-se, porém, seu âmbito de aplicação.

Conforme o Direito vigente, o livramento condicional pode ser concedido ao preso que já tenha cumprido mais de um terço da pena ou metade se reincidente, desde que tenha bom comportamento carcerário e tenha reparado o dano causado com a infração, salvo impossibilidade de fazê-lo. Se o crime cometido for hediondo (entre os quais o tráfico de drogas) esse montante de pena efetivamente cumprida será de dois terços²⁸¹.

Além disso, é direito do apenado, de acordo com seu “mérito” em sede carcerária, progredir de regime prisional. Estes regimes prisionais serão

²⁷⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – parte geral*. Volume 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 697-698.

²⁸⁰ FRANCO, Ary. *Direito Penal (apontamentos de um curso)*. 1ª parte. Rio de Janeiro: Typ. e Lith. Almeida Marques e Cº., 1934, p. 407.

²⁸¹ Artigo 83 (e seguintes) do Código Penal e artigo 131 (e seguintes) da Lei de Execução Penal (Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984).

estabelecidos na sentença de acordo com o *quantum* da pena imposta ao réu²⁸², variando desde o *regime fechado* (pena superior a oito anos) ao *semi-aberto* (pena superior a quatro e que não exceda oito) e daí para o *aberto* (igual ou inferior a quatro)²⁸³, sendo facultado ao condenado, no último caso (aberto), fazer visitas periódicas ao lar e exercer trabalho externo, bem como a frequência a cursos profissionalizantes, supletivos ou universitários, podendo, inclusive, se submeter ao monitoramento eletrônico – as *algemas eletrônicas*. Esta é a mais moderna modalidade de condicionamento da liberdade e foi inserida em data relativamente recente na nossa legislação positiva para alterar a Lei de Execuções Penais, nela acrescentando dispositivo que faculta ao Juiz da Execução, na impossibilidade de vigilância direta ao condenado beneficiário de saída temporária extramuros, impor o uso desse tipo de equipamento de controle e monitoramento²⁸⁴.

Aliás, a utilização deste equipamento de controle está contemplada na também recente modificação do Código de Processo Penal, que alterou o sistema de medidas cautelares pessoais, prevendo, além das *algemas eletrônicas* uma série de alternativas à prisão preventiva não necessariamente detentivas, mas gradativamente limitadoras do direito de ir e vir livremente, tudo de forma a manter o investigado sob vigilância estatal enquanto está sendo processado. Esta lei, diga-se de passagem, revitalizou o instituto da fiança, até então pouco prestigiado na rotina forense por causa do regime inflacionário da economia, voltando agora a ser utilizado²⁸⁵.

Não se pode deixar de relacionar o uso destes modernos instrumentos eletrônicos de controle, que visam precisamente evitar que os beneficiários do livramento condicional ou de saídas temporárias se *evadam*, com os *ferros* com que se agrilhoavam os escravos fugidos, e mesmo com o *ferro em brasa* utilizado para marca-los com as iniciais do seu proprietário de modo a facilitar a

²⁸² Artigo 33 (e seguintes) do Código Penal e artigo 110 (e seguintes) da Lei de Execução Penal (Lei n.º. 7.210, de 11 de julho de 1984).

²⁸³ Art. 33, § 1.º. Considera-se: *a*) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; *b*) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola ou estabelecimento similar; *c*) regime aberto a execução da pena em casa do albergado ou estabelecimento adequado.

²⁸⁴ Lei n.º. 12.258, de 15 de junho de 2010.

²⁸⁵ Lei n.º. 12.403, de 04 de maio de 2011.

identificação em caso de fuga²⁸⁶.

No entanto, dadas precisamente estas características, cerca-se de forte preconceito a utilização deste equipamento eletrônico de controle de presos. A demonstrar o afirmado, vale transcrever e comentar matéria jornalística recentemente veiculada. Com explícita finalidade de *denunciar* o descumprimento de posturas municipais nas cercanias do Museu de Arte Moderna, no Aterro Flamengo, Rio de Janeiro e utilizando-se de linguagem policial, “a equipe de reportagem *flagrou* durante uma hora de observação, pessoas se banhando nos lagos artificiais e nos chafarizes, flanelinhas abordando motoristas, lavadores de carros atuando irregularmente e muitos moradores de rua”.

Compunha este grupo de párias uma pessoa identificada como “Carlos Alberto de Almeida Rocha, que usava um balde para retirar água do lago e lavar carros”. Conforme a notícia, ele “*usava uma tornozeleira, indicando que é beneficiado pelo monitoramento eletrônico*”. O condenado Carlos, continua o jornal, “faz parte de um grupo de 119 presos que saíram com o acessório e não voltaram à penitenciária”. Em contato com a Secretaria estadual de Administração Penitenciária (SEAP), descobriu o intrépido repórter investigativo que “Rocha estava em situação irregular e *não constava determinação específica de trabalho em seu benefício*”. Com suas indagações, o jornalista fındou por provocar a ação da SEAP e “uma equipe da Superintendência de Inteligência foi até o local verificar a situação e verificou que *a bateria [da algema eletrônica] estava descarregada*”. Graças à sagacidade apuratória do repórter, em virtude desta falta o condenado voltou à prisão, de onde talvez não devesse ter saído, pois não tinha emprego fixo, daqueles com carteira profissional pelo patrão.

Interessante observar que o beneficiário do monitoramento eletrônico defeituoso não estava cometendo nenhum ilícito penal. Ao contrário, valia-se, como estratégia de sobrevivência, de lavar os carros por ali estacionados. Esta

²⁸⁶ Segundo Alaôr Eduardo SCISÍNIO, o *ferro em brasa* se constituía num carimbo, num ferro para marcar pessoas, ou melhor, *escravos*: “o ferro em brasa não respeitava sexo nem idade. Indivíduos ainda impúberes eram selados, tal como os adultos, e disso são exemplos os anúncios que se seguem: ‘um moleque fugido a 2 de maio de 1826, por nome Luiz, entre 10 a 12 anos apenas, no peito esquerdo tem uma marca F. M. P. junta, e pouco se percebe, que é o carimbo com que ele foi marcado...’. Outro moleque, este de nação quilimane, de idade de 11 a 12 anos, fugido da casa de seu senhor, ‘tem no peito a marca N & B’”. O mesmo autor alude também à expressão *por a ferros*, que tem o significado de prender ou agrilhoar ou *ferropear*, isto é, prender ou agrilhoar com *ferropéia* (algema, grilhão). In: SCISÍNIO, Alaôr Eduardo. *Dicionário da Escravidão*. Rio de Janeiro: Léo Cristiano Editorial Ltda, 1997, p. 154.

atividade –lavar carros – é um *trabalho humano* como outro qualquer, ainda que despido de formalidades, sendo este um dos valores em que se funda a ordem econômica brasileira, tal como dispõe o *caput* do artigo 170 da Constituição Federal. É muito difícil, como explica a *teoria da rotulação*, que um ex-presidiário consiga recompor-se socialmente e encontre um emprego formal, com vale transporte e *ticket* refeição logo ao sair da cadeia.

O jornal e seu repórter, que não devem desconhecer estas mazelas que as ciências sociais já demonstraram e explicaram em inúmeras obras, zelosos quanto ao cumprimento das posturas municipais, destacam na matéria que o sr. Carlos estava praticando uma atividade para a qual não tinha autorização da Prefeitura, que sua tornozeleira eletrônica não tinha pilhas e que não prestara contas à SEAP. Preferiram externar aos seus leitores o entendimento de que este serviço irregular de lavar carros, ainda mais com a água do chafariz da praça, perfaz infração à ordem pública, conduta que foi capaz de justificar o retorno desse ex-presidiário ao encarceramento. Não atinaram, o jornalista e seu jornal, que Carlos se comportava nos estritos termos da Constituição e, muito menos, que a prisão é uma instituição reconhecidamente criminógena, que não oferece qualquer tipo de trabalho aos seus internos – nem mesmo o de lavar o carro do diretor do presídio²⁸⁷.

e) a transação penal e a suspensão condicional do processo

Há ainda outras medidas de natureza penal e executória que atrelam o indivíduo ao sistema penal, mas que não são consideradas pela doutrina, pela jurisprudência e pela lei como sanções penais propriamente ditas, em que pese se constituam em formas dissimuladas de punição corporal, posto que imponham importantes limitações ao direito de ir e vir (em alguns casos diminuição pecuniária – multas) àqueles que concordam em aceitá-las.

A aplicação destas medidas depende de proposta expressa a ser formulada pelo órgão do Ministério Público em cada caso específico, que será encaminhada ao *autor do fato*, desde que a causa reúna determinados requisitos que a enquadrem no rol dos chamados delitos de *menor potencial ofensivo*, ou

²⁸⁷ O Globo, 26/01/2012.

seja, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa²⁸⁸.

Não será excessivo obtemperar, com Renato Tonini, que é “afrontosa ao princípio constitucional da presunção da inocência a denominação escolhida – *autor do fato* – para designar aquele contra quem se levantam as suspeitas na fase preliminar”. Melhor seria, segundo este autor, “a adoção da expressão já consagrada pela legislação brasileira – *indiciado* – para denominar o sujeito passivo daquela relação processual”²⁸⁹. Aliás, para Tornaghi, nem mesmo a designação de *indiciado* se deve atribuir ao suspeito do cometimento do delito na fase inquisitorial. Segundo este autor, “conquanto de longa tradição em nosso Direito, provém ela do falso conceito de indício como prova incompleta, início de prova, o que de modo algum lhe corresponde a verdadeira natureza. Indícios são circunstâncias, são fatos provado que, por sua relação com o fato criminoso ou o autor dele, levam a admitir a existência do crime na sua materialidade ou a autoria. São, portanto, provas indiretas e podem ser absolutamente convincentes, como é o caso do álibi, indício negativo de autoria. Seja como for, o vocábulo *indiciado* deve considerar-se como adquirido pela linguagem do processo penal brasileiro”²⁹⁰.

Nolens volens, de acordo com essa nova sistemática, o órgão da acusação abre mão de exercitar o direito de punir se o suspeito, indiciado ou réu, antecipadamente, e sem qualquer discussão quanto ao mérito da causa, aceitar determinada punição, que conterà sempre contornos de sanção penal, posto que relacionadas no Título V do Código Penal, tópico que trata precisamente “Das Penas”.

Tais medidas, necessário que se esclareça de antemão, em realidade mitigam o *princípio da obrigatoriedade* a que está submetido o Ministério Público. Este princípio pode ser traduzido na assertiva de Tornaghi: “não fica ao arbítrio do Ministério Público mover ou não mover a ação (...), o Ministério Público está vinculado, *obrigado* a intentar a ação penal, sob pena de

²⁸⁸ Veja-se artigo 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1999.

²⁸⁹ TONINI, Renato Neves. *Questionando a Lei nº 9.099*. Boletim do IBCCRIM, nº 35, ano 3, novembro de 1995, p. 7.

²⁹⁰ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, vol. II, p. 141

prevaricação”²⁹¹. Tal princípio é de índole constitucional, figurando no artigo 129, I, da Carta, estando também enunciado no artigo 24 do Código de Processo Penal²⁹². Igualmente conhecido na doutrina como princípio da *legalidade*, imbrica-se com outro de equivalente relevância: o princípio da *oportunidade*. Segundo Frederico Marques, “pelo princípio da legalidade, *obrigatória* é a propositura da ação penal pelo Ministério Público tão-só ele tenha notícia do crime e não existam obstáculos que o impeçam de atuar. De acordo com o princípio da *oportunidade*, o citado órgão estatal tem a faculdade, e não o dever ou a obrigação jurídica de propor a ação penal, quando cometido um fato delituoso”²⁹³.

Há significativas dissensões na doutrina quanto à prevalência de um ou outro princípio a nortear a atuação do Ministério Público diante de um fato em tese delituoso. Vale, porém, pela pertinência com o tópico ora tratado, trazer o entendimento de Scarance Fernandes, no sentido de que, “no direito brasileiro, antes da Lei 9.099/95, vigia, pelo menos de forma geral, o princípio da obrigatoriedade justamente pelos dizeres do artigo 24 do CPP”. Mas, segue o autor, “como sentiram outros doutrinadores, havia necessidade de ser atenuado”²⁹⁴. E efetivamente o foi, com a inserção dos artigos 76 e 89 da Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995²⁹⁵.

Em conformidade com as fórmulas contidas nestes dispositivos, consulta-se o indiciado ou acusado sobre sua aceitação ou não, visando com isso

²⁹¹ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, vol. III, p. 310-311.

²⁹² Constituição Federal, artigo 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal (...); Código de Processo Penal, artigo 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

²⁹³ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, vol. II, p. 88.

²⁹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 1999, p. 188.

²⁹⁵ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de ação penal pública incondicionada, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta; Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

evitar sua submissão a julgamento. Muito embora as medidas substitutivas do processo importem em restrições à plena liberdade de locomoção, posto que semelhantes às aplicadas em substituição a penas de prisão de até quatro anos (restritivas de direitos), os delitos em que a transação penal e a suspensão do processo têm cabimento são aqueles classificados, por um lado, como de *menor potencial ofensivo*, no caso da transação, ou, para as hipóteses de suspensão do processo, outros crimes que, embora não se encontrem nessa categoria, são cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, características que indicam sua pouca lesividade ao ordenamento jurídico-penal.

Com a aplicação crescente deste rol de medidas penais não restritivas da liberdade ou condicionadoras da antecipação da soltura verifica-se, sob determinada ótica, aparente *flexibilização* da legislação penal, tornada mais benevolente, na medida em que o poder de punir estaria atenuado; todavia, estas medidas de perfil não prisional implicam na cada vez maior utilização do Direito Penal como forma de controle social, agora não apenas destinado às classes que historicamente formavam sua clientela, mas atingindo também outros segmentos sociais que antes não eram capturados por este ramo do direito, os quais resolviam seus conflitos no foro cível, de família, trabalhista ou mesmo administrativamente.

Como assinalou Scarance Fernandes, antes da Lei nº 9.099/95 “os juízes e a cúpula do Ministério Público vinham admitindo pedido de arquivamento do inquérito policial pelo promotor de justiça, nos casos de lesões corporais leves oriundas de contendas entre cônjuges, que depois se compunham, voltando a vida conjugal à normalidade”²⁹⁶.

Hoje, diferentemente, em casos de conflitos domésticos, além de a chamada Lei *Maria da Penha* impor severíssimas sanções aos homens sobre quem recaem a acusação de lesões corporais leves no âmbito familiar²⁹⁷, nas hipóteses de prática de infrações penais passíveis de serem aplicadas as medidas despenalizadoras previstas na Lei nº 9.099/95, ainda que os elementos indiciários

²⁹⁶ FERNANDES, A. Scarance. *Op. Cit.* p. 188.

²⁹⁷ Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências).

relativamente à autoria ou materialidade sejam precários (“caso de arquivamento”), é formulada ao indiciado ou réu proposta de transação penal ou de suspensão do processo, gerando enorme contingente de pessoas vinculadas ao sistema penal que, se tivessem optado por serem regularmente processadas e julgadas, poderiam ter sido absolvidas.

Em realidade, com estas medidas suprime-se desse relevante número de pessoas o exercício de garantias constitucionais preciosas, tais como a ampla defesa e o contraditório e mesmo a presunção de inocência. É como diz Maria Lucia Karam²⁹⁸:

Fundando-se na renúncia do réu ao direito de exercitar plenamente as garantias advindas da cláusula do devido processo legal, o procedimento abreviado que visa obter a definição antecipada do processo com consentida submissão à pena implica renúncia a direitos fundamentais que se vinculam à essência do Estado Democrático de Direito.

Basta destacar a renúncia às garantias da ampla defesa e do contraditório, com todos os seus corolários, bem como à própria garantia do estado de inocência, da qual decorre o ônus de que o órgão da acusação acaba dispensado de provar a veracidade dos fatos constitutivos da infração penal alegadamente praticada.

Dispensada a prova da veracidade da alegação do Ministério Público sobre a ocorrência do fato criminoso, a relação entre tal fato e a pena passa a constituir uma “realidade virtual”, decerto consentânea com o mundo pós-moderno.

Assim, o modelo de *Justiça Consensual*, dessa forma chamado uma vez que os “operadores do direito” (juízes, promotores, advogados etc.) devem estar preparados para o novo *papel* de “propulsores da *conciliação no âmbito penal* sob a inspiração dos princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade” (arts. 2º e 62 da Lei nº. 9.099/95), findou para ampliar o poder punitivo do Estado: seja impondo antecipadamente, e sem exame de mérito, punição equivalente àquelas previstas como penas alternativas às de prisão, seja estabelecendo, também sem julgamento, restrições idênticas às do *sursis*, seja, enfim, suprimindo garantias inerentes ao devido processo legal. Tudo de modo rápido, informal e econômico, mesmo assim tradando-se de um veredicto penal negativo para o réu.

²⁹⁸ KARAM, Maria Lucia. *Juizados Especiais Criminais – a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: RT, 2004, p. 42,

Pertinente, a propósito, a observação que Elias Canetti faz acerca dos *veredictos negativos*, vinculando a *rapidez* com que são proferidos com um sinistro prazer por parte de quem os profere²⁹⁹:

O prazer do veredicto negativo é sempre inequívoco. Trata-se de um prazer rude e cruel, que não se deixa perturbar por coisa alguma. Um veredicto somente é um veredicto se proferido com uma segurança algo sinistra. Desconhece a clemência, da mesma forma como desconhece a cautela. Chega-se a ele com rapidez, e que tal se dê sem reflexão é algo perfeitamente adequado a sua essência. *A paixão que o veredicto revela está ligada a sua velocidade. O veredicto incondicional e o veloz são os que se desenham como prazer no rosto daquele que condena.*

Esse quadro de soluções *alternativas* à pena de prisão incrementa significativamente o quantitativo de pessoas que têm suas atividades ordinárias sob a fiscalização do Estado, órgão que se faz agigantado e onipresente, contrariando, no ponto, a pregação neoliberal que deseja a mínima interferência estatal na economia e na vida privada dos indivíduos, mas que, contraditoriamente, a considera indispensável para retirar do mundo livre os que não se inseriram no mundo formal de produção e consumo.

Segundo Julita Lemgruber, por conta do que ela classifica como “expansão do nível de controle do sistema de justiça criminal”, fenômeno que os norte-americanos denominam de *net widening*, mais de um milhão de pessoas estão de alguma forma de sob controle penal no Brasil³⁰⁰. Daí a ácida advertência de Maria Lucia Karam, no sentido de que não devem os estudiosos se “enganar pelo discurso adocicado que acena com penas alternativas e tampouco esquecendo que a lógica que preside as ideias de crimes e de penas e as teorias que as fundamentam e legitimam é a lógica perversa da violência, da submissão e da exclusão, que se faz presente ainda que mitigados o sofrimento e a dor maiores representados pela privação da liberdade”³⁰¹.

²⁹⁹ CANETTI, Elias. *Massa e Poder*. Trad. S. Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 297.

³⁰⁰ Entrevista de Julita LEMGRUBER para o jornal O Globo de 26/11/2011, caderno Prosa e Verso, p. 1.

³⁰¹ KARAM, M. Lucia. *Op. Cit.* p. 34.