
PARA CONTER E SUPERAR A EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO

Maria Lúcia Karam

Juíza de direito aposentada
Auditora da Justiça Militar Federal
Coordenadora do Instituto Brasileira de Ciências Criminais (IBCCrim)
no Estado do Rio de Janeiro

Resumo: A autora analisa a ampliação do poder punitivo do Estado, e isto em uma sociedade capitalista pós-industrial e globalizada marcada pela desigualdade e exclusão. Apresenta características e elementos de legislações de cunho autoritário para, em seguida, trabalhar esses elementos na legislação brasileira, que leva à expansão da pena privativa de liberdade, mas também à ampliação do espaço e das estratégias de punição do Estado. Enfim, a autora defende a prevalência dos princípios garantidores contra essa ampliação do poder do Estado de punir, propondo uma inversão das tendências criminalizadoras e a construção de outras bases para a sociedade contemporânea.

Palavras-chave: Poder punitivo do Estado; tendência criminalizadora; legislação autoritária; princípios constitucionais; abolição do sistema penal.

PARA CONTENER Y SUPERAR LA EXPANSIÓN DE PODER PUNITIVO

Resumen: La autora analiza la ampliación del poder punitivo del Estado, y esto en una sociedad capitalista pos-industrial y globalizada marcada por la desigualdad y exclusión. Presenta características y elementos de legislaciones de cunho autoritario para, en seguida, trabajar esos elementos en la legislación brasileña, que lleva a la expansión de la pena privativa de libertad, pero también a la ampliación del espacio y de las estrategias de punición del Estado. En fin, la autora defiende la continuidad de los principios garantidores contra esa ampliación del poder del Estado de punir, proponiendo una inversión de las tendencias criminalizadoras y la construcción de otras bases para la sociedad contemporánea.

Palabras-clave: Poder punitivo del Estado; tendencia criminalizadora; legislación autoritaria; principios constitucionales, abolición del sistema penal.

1. A “pós-modernidade” e a ampliação do poder punitivo

As últimas décadas do século XX marcam o início da etapa histórica que, identificada como a “pós-modernidade”, se caracteriza por uma inquestionada dominância das formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado.

Esta nova etapa, propiciada por um excepcional desenvolvimento das forças produtivas, motor da revolução científico-tecnológica, traz reformulações mais ou menos profundas na estrutura e nas relações de produção capitalistas. Os enormes avanços e conquistas da revolução científico-tecnológica se fazem acompanhar, porém, de uma simultânea e crescente incapacidade de solução dos desequilíbrios e problemas gerados por aquele próprio desenvolvimento excepcional das forças produtivas.

A automação da produção com a queda estrutural nos níveis de emprego, a volatilidade de capitais e sua concentração em empresas transnacionalizadas, a diluição das fronteiras e do espaço de soberania dos Estados nacionais, a desregulamentação do mercado, a redução da intervenção social e assistencial do Estado, estes e outros fatores aprofundam o processo de desigualdade e exclusão, provocando o crescimento da quantidade de marginalizados, excluídos das próprias atividades produtivas.

As novas possibilidades técnicas da comunicação, rompendo com as delimitações espaciais e temporais, facilitam a percepção dos riscos que acompanham não só as atividades produtivas, como quaisquer outras atividades (e sempre acompanharam, apenas se diversificando conforme se diversificam tais atividades), dando-lhes uma dimensão globalizada e assustadora. O risco é percebido, não somente enquanto um resultado possível da ação – resultado que pode, portanto, ter conseqüências positivas ou negativas –, mas sempre sob uma forma negativa, como uma ameaça, a colocar no centro das preocupações a busca de um ideal de segurança.¹

Relações sociais que seguem a lógica do mercado, caracterizando-se pelo individualismo, pela competição, pelo imediatismo, pelo egoísmo, pela ausência de solidariedade no convívio, favorecem ainda mais esta percepção negativa dos riscos, gerando fortes sentimentos de incômodo e de

¹ Referência na discussão do risco na atualidade é, certamente, a obra de Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi. Consulte-se, por exemplo, a *Teoria della Società* (7ª ed. Milano: Franco Angeli, 1995).

medo, entronizadores de cegos anseios por segurança.

Por outro lado, o desmoronamento das traduções reais do socialismo e o indispensável repúdio às perversidades totalitárias, que desvirtuaram a concretização dos ideais libertários e igualitários, encontrados na raiz do sonho socialista – e que, no que resta destas contrafações do socialismo, continua a desvirtuar –, não conseguiram produzir a reformulada construção de novas utopias emancipadoras. Antigos ideais transformadores se trocaram por desejos mais imediatos de conquista de cargos no aparelho de Estado, por pragmatismos político-eleitorais, que, submetidos aos ditames de uma opinião, formada e traduzida por uniformizadores órgãos massivos de informação, acabaram por fazer com que pouco se diferenciem preocupações, discursos e práticas, fazendo acreditar que a contraposição entre direita e esquerda teria mesmo perdido sua razão de ser.²

Um tal quadro reaviva premissas ideológicas de afirmação da autoridade e da ordem, fazendo surgir uma generalizada opção preferencial por uma maior intervenção do sistema penal que é apresentada por quase todos os políticos dos mais variados matizes como resposta aos anseios individuais por segurança.

Dentro de um vitorioso Estado mínimo da pregação neoliberal faz-se presente um simultâneo e incontestado Estado máximo, vigilante e onipresente. O Estado máximo, vigilante e onipresente, manipula a distorcida percepção dos riscos, manipula o medo e os anseios de segurança, manipula uma indignação dirigida contra os inimigos e fantasmas produzidos pelo processo de criminalização e se vale de ampliadas técnicas de investigação e de controle, propiciadas pelo desenvolvimento tecnológico, para criar novas e dar roupagem “pós-moderna” a antigas formas de intervenção e de restrições sobre a liberdade individual.

Os pretextos de repressão à criminalidade, convencional ou não, conduzem a um autoritarismo que vai ocupando espaço no interior dos Estados democráticos. Como aponta Zaffaroni, trata-se de um autoritarismo *cool*, que mantém as estruturas formais do Estado de direito, mas reforça o Estado policial que sobrevive dentro dele.³ Por ser assim *cool*, esse

² Sobre a indiferenciação entre preocupações, discursos e práticas de direita e esquerda, relacionados ao sistema penal, reporto-me ao que escrevi no ensaio “A Esquerda Punitiva”, publicado às páginas 79 a 92 do primeiro número da Revista Discursos Sediciosos - Crime, Direito e Sociedade (Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1º semestre 1996).

³ Em seu derecho penal – parte general (Buenos Aires: Ediar, 2000), Eugenio Raúl Zaffaroni desenvolve o tema relacionado à tensão estabelecida entre os princípios do Estado de direito e as

autoritarismo não se revela aos olhos distraídos da maioria, que, voltada para seus cegos anseios de segurança, aprova e aplaude os avanços do poder punitivo concretizado na intervenção do sistema penal.

A opção preferencial pela maior intervenção do sistema penal produz uma desmedida ampliação do poder punitivo, acabando por aproximar democracias a Estados totalitários.

A ideologia do sistema penal e o discurso que o legitima, mais e mais, se identificam à ideologia e ao discurso legitimador da guerra tornada preventiva ou do combate aos dissidentes nos remanescentes Estados totalitários. A figura do “inimigo” se confunde nos perfis do “criminoso”, do “terrorista” ou do “dissidente”.

Uma propagandeada situação de emergência, representada no que se refere ao sistema penal propriamente dito por um propagandeado aumento incontrolável da criminalidade tradicional, ou por uma suposta transnacionalidade criminosa, ou por uma indefinida e indefinível “criminalidade organizada”, vai dando lugar à paradoxal expansão, no interior de Estados de direito, de autoritárias legislações de exceção que, abandonando princípios garantidores, que, afastando o primado das declarações universais de direitos e das Constituições democráticas, que, criando espaços de suspensão de direitos fundamentais, ampliam a presença do Estado policial e ameaçam a própria subsistência da democracia.

2. A ampliação do poder punitivo e as autoritárias legislações de exceção

As autoritárias legislações de exceção, que se expandem no interior de Estados de direito, criando espaços de suspensão de direitos fundamentais, ampliando a presença do Estado policial e ameaçando a própria subsistência da democracia, incorporam ao sistema penal a criminalização antecipada, tipificando atos preparatórios ou utilizando tipos de perigo abstrato igualmente antecipadores do momento criminalizador. Com isso vulneram o princípio da lesividade da conduta proibida, diretamente decorrente do princípio da proporcionalidade.

manifestações do Estado policial sobreviventes em seu interior, destacando que, como demonstra a história, não existem Estados de direito reais (historicamente determinados) que sejam puros ou perfeitos, mas apenas Estados de direito historicamente determinados que controlam e contêm, melhor ou pior, aquelas manifestações do Estado policial sobreviventes em seu interior.

Essas autoritárias legislações de exceção contemplam limites exacerbados na previsão da quantidade das penas e especial rigor no cumprimento da pena privativa de liberdade, com regimes fechados obrigatórios, restrições ao livramento condicional, prisões de segurança máxima, regimes disciplinares diferenciados. Com isso vulneram princípios e regras garantidores da isonomia, da proporcionalidade, da individualização da pena, do respeito à integridade física e moral do preso.

Essas autoritárias legislações de exceção reforçam a previsão da reincidência e, com isso, vulneram a garantia da vedação de dupla punição pelo mesmo fato (*ne bis in idem*) e a garantia da coisa julgada.

Essas autoritárias legislações de exceção enfatizam a prisão processual, com vedações à liberdade provisória e restrições ao direito de recorrer da sentença condenatória. Com isso, vulneram a garantia do estado de inocência (a presunção de inocência), a garantia do acesso à justiça e a própria cláusula fundamental do devido processo legal.

Essas autoritárias legislações de exceção instituem restrições à autodefesa, com a introdução de “testemunhas sem rosto” e audiências por videoconferência. Com isso vulneram as garantias do acesso à justiça e da ampla defesa, mais uma vez vulnerando a própria cláusula fundamental do devido processo legal.

Contemplam ainda as autoritárias legislações de exceção novos meios de investigação, como a quebra do sigilo de dados pessoais, a interceptação de comunicações telefônicas, as escutas e filmagens ambientais, a ação controlada ou retardada de agentes policiais, as práticas de infiltração, a delação premiada. Aqui, a utilização de novos meios de investigação propiciados pelos avanços da revolução científico-tecnológica – a aparência “pós-moderna” – não consegue esconder o antigo objetivo de fazer com que, através do próprio indivíduo, se obtenha a verdade sobre suas ações tornadas criminosas.

Com isso, vulnerando, direta ou indiretamente, a garantia do direito a não se auto-incriminar (direito ao silêncio), as autoritárias legislações de exceção rompem com o mínimo de racionalidade, com a transparência e com o necessário conteúdo ético que hão de orientar qualquer atividade estatal em um Estado de direito democrático, fazendo com que o processo penal se distancie de sua função de meio de tutela do indivíduo para se transformar em mero instrumento de realização do poder de punir.

Os meios de busca de prova invasores do indivíduo, como a quebra do sigilo de dados pessoais, a interceptação de comunicações telefôni-

dispositivos já constantes das leis antes mencionadas, ainda trouxe para a legislação brasileira a figura das “testemunhas sem rosto”.

Com a mesma orientação, que traduz a manifesta discrepância com princípios e normas assegurados pelas declarações universais de direitos e pela própria Constituição Federal brasileira, destaca-se ainda a Lei 10.792/03, que, introduzindo modificações na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), institucionalizou o regime disciplinar diferenciado para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Como se não bastasse, ainda foi produzida a Lei 9.614/98, que alterou regras do artigo 303 da Lei 7.565/86, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, para introduzir, no § 2º daquele artigo, a previsão de abate de aeronaves suspeitas de “tráfico” de drogas qualificadas de ilícitas. Com a regulamentação efetuada através do Decreto 5.144, de 16 de julho de 2004, concretizou-se a instituição, de forma oblíqua, de uma verdadeira e vedada pena de morte (a morte sendo consequência praticamente certa do abate), pena que, além disso, estará sendo imposta antecipadamente, sem processo, por mera autorização do Comandante da Aeronáutica.

4. A ampliação do poder punitivo e a globalizada expansão da pena privativa de liberdade

Resultado direto das legislações de exceção, da ampliação do poder punitivo do Estado, se faz sentir na expansão da pena privativa de liberdade.

A história da pena privativa de liberdade confunde-se com a história do modo de produção capitalista. A privação da liberdade ocupa o centro do sistema penal com a superação das formações sociais feudais e a consolidação do capitalismo. Em seu surgimento, nos primórdios do capitalismo, a pena privativa de liberdade cumpriu a função real de contribuir para a transformação da massa indisciplinada de camponeses expulsos do campo e separados dos meios de produção em indivíduos adaptados à disciplina da fábrica moderna. Por outro lado, seu papel regulador do mercado de trabalho, concretizado quer pela absorção do chamado exército industrial de reserva, quer pelos efeitos da superexploração dos egressos na concorrência com outros trabalhadores e no preço da venda da força de trabalho, se fez presente em diversas etapas do desenvolvimento das formações sociais capitalistas.⁴

⁴ Sobre este tema, há de se consultar, especialmente, em traduções para o castelhano, a clássica

Mas, a mais relevante função real desempenhada pela pena privativa de liberdade, a permear toda a sua história, está e sempre esteve na construção e propagação da imagem do criminoso – visto como o outro, o perigoso, o inimigo, o mau.

Esta permanente função da pena privativa de liberdade propicia a identificação como perigosos dos subalternizados ou carentes de poder, que são necessária e prioritariamente selecionados para sofrê-la, facilita a minimização de condutas e fatos não criminalizados ou não criminalizáveis socialmente mais danosos, oculta os desvios estruturais encobertos pela crença nos desvios pessoais dos quais se nutre a reação punitiva.

Surgida nos primórdios do capitalismo, a pena privativa de liberdade, até por essa sua mais relevante função real, não se revelou útil apenas a tal modo de produção. Nas contrafações reais do socialismo, a pena privativa de liberdade também se fez central – e ainda se faz, no que resta destas contrafações. Convivendo com a dominação, ao contraditoriamente pretender aprofundar a democracia através da ditadura do proletariado, assim apenas substituindo a dominação de uma classe pela dominação de outra (ou de seus supostos representantes), aquelas formações sociais, mais do que reproduzirem os mecanismos excludentes das formações sociais do capitalismo, exacerbaram – ou, no que resta delas, exacerbam – o poder punitivo e sua lógica de violência, submissão e exclusão.

A “pós-moderna” ampliação do poder punitivo, embora diversificando os mecanismos de controle, não dispensa a pena privativa de liberdade. Ao contrário, a prisão, até por sua maior visibilidade, seu expressivo simbolismo, sua exposição da condenação penal, permanece indispensável.

Não obstante o discurso em setores não dominados pelo cego furor punitivo, a recorrentemente apontar para uma falência das explicitadas funções da pena privativa de liberdade e estimular a busca de penas ditas alternativas, nas tendências criminalizadoras hoje dominantes, a prisão não só subsiste, como maiores se fazem sua incidência e seu rigor.

Nas formações sociais capitalistas, especialmente expressivo é o crescimento da pena privativa de liberdade nos Estados Unidos da América. Nos últimos trinta anos, os Estados Unidos da América quadruplicaram sua população carcerária. Em 1995, o total de pessoas encarceradas já

obra de Massimo Pavarini e Dario Melossi *Cárcel y Fábrica. Los Orígenes del Sistema Penitenciario* (trad. Xavier Massimi. México: Siglo XXI, 1980) e, ainda de Pavarini, *Los Confines de la Cárcel* (trad. R. Bergalli, J. D. Dominguez, I. Martín, E. Quiroi, J. Vergolini e G. Seminarara. Montevideo: Instituto Superior Ibero-Americano de Estudos Criminais, Carlos Alvarez Editor, 1995).

atingia 1.585.586, número correspondente a 601 presos por cem mil habitantes. A partir daí, a expansão do encarceramento norte-americano manteve uma média de 3,5% ao ano, contabilizando-se, em junho de 2004, 2.131.180 pessoas encarceradas, número que, correspondendo a 726 presos por cem mil habitantes, não encontra paralelo em nenhum outro país democrático. Ressalte-se que, quando se considera apenas a população de homens afro-americanos, a proporção se eleva para 4.919 encarcerados por cem mil habitantes.⁵

Embora em proporções muito inferiores, o aumento no número de presos na Europa, de todo modo, também é significativo. Na França, o número de presos, no início do ano 2000, era quase o dobro do total registrado em 1975. Na Holanda, um dos países mais liberais da União Européia, de 2000 a 2004, registrou-se um percentual de aumento do número de presos de 5% ao ano, superior mesmo ao percentual norte-americano. Anote-se que, seguindo a tendência dos países originariamente membros da União Européia de encarceramento prioritariamente voltado contra os imigrantes, mais de 50% do total de presos na Holanda são nascidos em outros países, proporção que sobe para dois terços quando consideradas apenas as condenações a penas superiores a oito anos de prisão.⁶

Na América Latina, tome-se o exemplo do Brasil. Em dezembro de 2003, o número total de presos alcançava 308.304 pessoas, número que se elevou para 336.358 presos em dezembro de 2004. Em dezembro de 2003, a proporção já era de 182 presos por cem mil habitantes, enquanto em 2001 esta proporção era de 134,9 e em 1995 de 95,47 presos por cem mil habitantes.⁷ Os censos, periodicamente realizados pelo Ministério da Justiça do Brasil, têm classificado como absolutamente pobres entre 90 e 95% desses internos no sistema penitenciário brasileiro.

⁵ Os dados relativos ao número de presos nos Estados Unidos da América são do Bureau of Justice Statistics, US Department of Justice.

⁶ Os dados relativos à França foram extraídos de Relatório elaborado por comissão criada por resolução do Senado daquele país, divulgado em 29 de junho de 2000. Os relativos à Holanda constam de CBS/Statistics Netherlands - Statistical Yearbook. Outros dados sobre populações carcerárias na Europa podem ser encontrados na obra de Loïc Wacquant, *As Prisões da Miséria*, edição em português, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, tradução André Telles, bem como no trabalho de Nils Christie, "Elementos de Geografia Penal", incluído na publicação especial de *Discursos Sediciosos - Crime, Direito e Sociedade*, sob o número 11, Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1º semestre 2002.

⁷ Dados do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça.

5. A ampliação do poder punitivo e as penas ditas alternativas

A ampliação do poder punitivo nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado não se expressa apenas no aumento do número de pessoas submetidas às dores da privação da liberdade. Nos tempos “pós-modernos”, o poder punitivo diversifica-se e amplia-se.

Nas novas relações de produção, centradas na virtualidade do sistema financeiro e nas empresas automatizadas, desaparece a antiga ênfase na produção fabril, igualmente desaparecendo a funcionalidade do primitivo modelo disciplinar. A disciplina que deve recair sobre os excluídos da produção e do mercado volta-se para outra direção. Seu treinamento não mais se orienta para o trabalho fabril, como nas origens do capitalismo e da pena privativa de liberdade. Agora, a par da absorção de parte dos excluídos da produção e do mercado na prisão, a operacionalidade do sistema produtivo se satisfaz com sua vigilância e seu controle de forma a evitar suas reações perturbadoras das relações vigentes, enquanto inviável sua eliminação, que apareceria como tendencialmente desejável.⁸

Neste contexto, paralelamente à simbolicamente indispensável e crescentemente mais rigorosa pena privativa de liberdade, destinada aos apontados “infratores perigosos”,⁹ utilizados, através de sua exposição no concentrador espaço carcerário, para a construção e a propagação da imagem do criminoso, surgem as chamadas penas alternativas – penas outras que não a prisão, restritivas e não privativas da liberdade –, não como reais substitutivos da prisão, no sentido de uma amenização de seus sofrimentos, de uma humanização da pena, mas sim como um meio paralelo de ampliação do poder do Estado de punir.

Com a vigilância viabilizando-se para além dos muros da prisão – pense-se nas pulseiras eletrônicas ou nas “orwellianas” câmeras de vídeo –, tem-se o campo propício para uma execução ampliada da nova disciplina

⁸ Sobre esta tendência, ameaçadoramente presente nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado, é indispensável a leitura do marcante livro de Viviane Forrester, *O Horror Econômico* (trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 1997).

⁹ Assim denomina Nilo Batista os destinatários da prisão, distinguidos dos “bons delinquentes”, destinatários das penas alternativas, no que ele aponta como o bipartido sistema penal neoliberal, no instigante artigo “A Violência do Estado e os Aparelhos Policiais”, publicado às páginas 145 a 154 do número 4 de *Discursos Sediciosos – Crime, Direito E Sociedade* (Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2º semestre 1997).

social. Esta, não mais exigindo a reprodução da estrutura fabril encontrada na prisão, necessita, por um lado, alcançar um número crescente dos excluídos da produção e do mercado, que mesmo a notável expansão registrada na estrutura carcerária nos últimos anos não consegue abarcar. Por outro lado, a nova disciplina social serve para sinalizar e ensaiar a onipresença do Estado, a possibilidade do controle total sobre cada passo do indivíduo, mesmo aquele teoricamente integrado à sociedade, que, assim, se sentindo permanentemente vigiado, se adentra para a obediência e a submissão à ordem vigente.

O controle e a disciplina funcionais para a nova organização produtiva podem, assim, se impor sobre o indivíduo isolado. A reunião daqueles a quem aplicada a sanção penal em um mesmo espaço – o espaço carcerário – somente se faz, agora, prioritária para a concretização daquela que, como visto, é a mais relevante função real desempenhada pela pena privativa de liberdade, a permear toda a sua história, isto é, a construção e a propagação da imagem do criminoso.

O papel das chamadas penas alternativas, neste sentido da extensão do controle social formal, da execução ampliada da nova disciplina social nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado, pode ser claramente verificado, trabalhando-se, mais uma vez, com o exemplo norte-americano. Nos Estados Unidos da América, ao lado dos mais de dois milhões de presos, há cerca do dobro de pessoas, submetidas a medidas alternativas, como a *probation*, ou em livramento condicional (*parole*), registrando-se, também em relação a tais medidas, o mesmo desmedido crescimento registrado em relação à pena privativa de liberdade.¹⁰

Como assinala Pavarini, ao apontar a crise dos sistemas correcionais de justiça, informados pela ideologia da prevenção especial positiva da pena, histórica e comparativamente se comprova que a difusão e o enraizamento de tais sistemas são marcados pela expansão da pena carcerária, à qual posteriormente se junta a expansão de penas diversas.¹¹

É neste quadro de diversificação das penas para ampliação do poder punitivo do Estado que devem ser compreendidas as chamadas penas alternativas, as penas negociadas ou as medidas ditas “despenalizadoras”,

¹⁰ Conforme dados do Bureau of Justice Statistics, US Department of Justice, também utilizados em trabalho de Loïc Wacquant, publicado em português sob o título Punir os Pobres: A Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos (Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001), o número de pessoas submetidas a tais medidas alternativas passara de cerca de um milhão e trezentos mil em 1980 para cerca de quatro milhões em 1998.

¹¹ Massimo Pavarini, Il “Grottesco” della Penologia Contemporanea, Seminário realizado, em 3 de dezembro de 2002, no Doutorado do Centro di Studi sul Rischio – Università di Lecce.

como as introduzidas no Brasil com a concretização dos juizados especiais criminais,¹² sem nos deixarmos enganar pelo discurso adocicado que acena com uma enganosa mitigação das penas e tampouco esquecendo que a lógica que preside as idéias de crimes e de penas – quaisquer que sejam essas – 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.

Essa diversificação das penas para ampliação do poder punitivo concretiza-se, fundamentalmente, como nos juizados especiais criminais brasileiros, através da consentida submissão à pena, em procedimentos abreviados. Permitindo a definição antecipada do processo mediante acordo entre as partes sobre a pena a ser imposta ou sobre aspectos da própria imputação, oferecido ao réu, para que se conforme com a acusação, um tratamento acenado como mais indulgente em troca de sua renúncia ao direito de exercitar plenamente as garantias advindas da cláusula fundamental do devido processo legal, a fórmula sinteticamente indicada pela expressão *plea bargaining*, em suas diversas modalidades, saiu das fronteiras norte-americanas, onde se originou, para se espalhar pelo mundo, apoiando-se, fundamentalmente, no discurso que acena com uma alegada necessidade de um processo mais veloz.

Na ampliação do poder punitivo, foram deixados para trás anteriores avanços de propostas descriminalizadoras e deslegitimadoras. Especialmente a partir do final da década de 1980, o elenco de figuras penalmente típicas vai se alargando e a tutela penal vai se estendendo a novos bens jurídicos, especialmente no âmbito das relações macrosociais, com o legitimador aplauso de setores que se apresentam como progressistas.

A “inflação penal”, que abandona as idéias de intervenção mínima e de *ultima ratio*, requer uma economia de meios. O procedimento abreviado, visando obter a definição antecipada do processo com a consentida submissão à pena, vem atender a esta economia, permitindo que o agigantado sistema penal melhor distribua seus recursos disponíveis para o fim de responder às exigências de sua expansão: mais penas se impõem – já que eliminada a resistência do réu que poderia resultar na absolvição – e de forma mais econômica, sem o gasto de tempo e de atividades que seria consumido pelo curso normal do processo.

¹² Sobre os juizados especiais criminais, reporto-me a meu livro *Juizados Especiais Criminais – a concretização antecipada do poder de punir* (São Paulo: Ed. RT, 2004), em que expostas, especialmente no primeiro capítulo, algumas das observações aqui feitas.

A negociação entre as partes, que se coloca na base do modelo do procedimento abreviado que visa obter a definição antecipada do processo com a consentida submissão do réu à pena, se desenvolve, no dizer de Mario Cattaneo, entre quem tem “a faca e o queijo na mão” (a acusação) e quem substancialmente teme uma chantagem (o réu).¹³ Decerto, a “chantagem” claramente surge nas ameaças, para quem se nega a negociar, de um tratamento mais rigoroso, de uma pena mais severa, do risco de um cálculo errado, do estrépito que se anuncia advir do processo regularmente desenvolvido até o julgamento.

Além disso, essa suposta negociação se resume à ação de persuadir aquele réu, substancialmente inferiorizado diante do Ministério Público, a renunciar a seu direito de exercitar plenamente as garantias advindas da cláusula fundamental do devido processo legal, para, desde logo, receber uma pena que, apresentada como se fosse uma vantagem, sempre estará satisfazendo à pretensão do Estado de fazer valer seu poder de punir.

Trata-se, pois, de uma “negociação”, desigual por excelência, cujo escopo é o de fazer com que uma das partes tenha sempre assegurada sua satisfação, nada tendo a perder, enquanto a outra, além de negociar sobre pressão, nada terá a ganhar.

Com efeito, se esta enganosa negociação chegar a “bom termo”, o Ministério Público terá obtido, sem maior esforço (dispensado que estará do ônus de provar a veracidade da acusação formulada), a satisfação da pretensão punitiva por ele deduzida, com a imediata imposição da pena. Se, no entanto, a negociação não chegar a “bom termo”, isto é, se o réu não aceitar receber, desde logo, a pena oferecida, o Ministério Público apenas terá de reformular a acusação, podendo, ao final do processo regularmente desenvolvido, uma vez conseguindo provar a veracidade da acusação, igualmente obter a satisfação de sua pretensão punitiva.

Já o réu, submetendo-se àquela enganosa negociação e aceitando a proposta oferecida, ao abandonar a resistência à pretensão punitiva, assim dispensando o Ministério Público do ônus de provar a prática da infração penal, necessariamente sofrerá uma perda, consubstanciada no recebimento da pena, que lhe priva ou lhe restringe direitos, pena esta que, se não negociasse, afinal, poderia não sofrer, já que o desenvolvimento regular do

¹³ Mario A. Cattaneo, “Diritto Penale: Filosofia non Politica”, in Sergio Moccia (org.) *La Giustizia Contrattata: dalla Bottega al Mercato Globale* (Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998).

processo poderia lhe ser favorável.

Parece, pois, que só mesmo a força da “chantagem” de que fala Cattaneo poderia explicar o sucesso da pena negociada, a fazer com que, na matriz de onde se espraiou – os Estados Unidos da América –, dada a amplitude do campo de admissibilidade de negociação sobre a pena, que, diferentemente do que ocorre no Brasil e em outros países, não encontra limitações na natureza da infração penal e/ou na dimensão das penas cominadas, a imensa maioria dos processos penais se extinga no nascedouro, com a consentida submissão do réu à pena. Graças aos mecanismos do *plea bargaining*, o histórico direito ao julgamento pelo júri é cada vez menos exercitado nos Estados Unidos da América.

Fundando-se na renúncia do réu ao direito de exercitar plenamente as garantias advindas da cláusula fundamental do devido processo legal, o procedimento abreviado que visa obter a definição antecipada do processo com a consentida submissão à pena implica na renúncia a direitos fundamentais, como as garantias da ampla defesa e do contraditório, com todos os seus corolários, e a 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”.¹⁴

Este procedimento abreviado que visa obter a definição antecipada do processo com a consentida submissão do réu à pena reforça a tendência já notada nas legislações de exceção que contemplam meios de investigação invasores do indivíduo (recorde-se: a quebra do sigilo de dados pessoais, a interceptação de comunicações telefônicas, as escutas e filmagens ambientais, a ação controlada ou retardada de agentes policiais, as práticas de infiltração, a delação premiada): a tendência de fazer com que, através do próprio indivíduo, se obtenha a verdade sobre suas ações tornadas criminosas, assim a “pós-modernidade” acabando por reconduzir a confissão ao trono de rainha das provas.

Ainda que, como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, a

¹⁴ Neste sentido, a observação de Cattaneo, no já citado “Diritto Penale: Filosofia non Politica” de que, na pena negociada, não há mais a proporção entre crime e pena, entre realidade dos fatos e conseqüências jurídicas, estando-se diante de uma realidade virtual, como é moda nos dias de hoje.

consentida submissão à pena não implique em admissão expressa de culpabilidade, mas somente na não-resistência à pretensão punitiva, a ideologia entronizadora da confissão se faz ali nitidamente presente.

O que caracteriza a ideologia entronizadora da confissão, quaisquer que sejam as formas mais ou menos civilizadas de obtê-la, é o objetivo de viabilizar a pena através da colaboração daquele que irá sofrê-la.

Esse objetivo, expresso tanto nos meios invasivos de busca da prova, como na persuasão para que o réu renuncie a seu direito de exercer plenamente as garantias advindas do devido processo legal e aceite receber uma pena apresentada como mais vantajosa ou mais indulgente, revela um curioso retrocesso: o processo penal da “pós-modernidade” parece voltar no tempo, para seguir orientação extraída dos antigos manuais da Inquisição, certamente fazendo lembrar das bruxas e hereges, que, se não persuadidos, deviam se submeter à tortura para, de uma forma ou de outra, revelar a verdade através da confissão.

O toque “pós-moderno”, mais “civilizado”, apenas substitui a tortura oficial – aqui deixada para a repressão paralela, informal, desenvolvida à margem do ordenamento jurídico-penal, mas, certamente, realizada à sua imagem e semelhança – por formas mais “científicas” e fisicamente indolores de intervenção sobre a pessoa, mas sempre mantendo o mesmo objetivo de fazer com que, através do próprio indivíduo, se revele a verdade sobre suas ações tornadas criminosas.

6. A prevalência dos princípios garantidores como forma de conter a ampliação do poder do Estado de punir

A inversão das tendências criminalizadoras dominantes à direita e à esquerda, a máxima contenção, sem quaisquer concessões, do ampliado poder punitivo, o resgate de um direito penal consentâneo com sua natureza essencialmente mínima, o resgate de um processo penal orientado pela supremacia da tutela da liberdade sobre o poder punitivo, são tarefas que se fazem urgentes.

Essa urgência se expressa na eloqüente advertência de Nils Christie, que, desnudando a enganosa publicidade do sistema penal, mostra que o maior perigo da criminalidade nas sociedades contemporâneas não é o crime em si mesmo (e pode-se, aqui, acrescentar, com ou sem adjetivos, organizado ou desorganizado). O maior perigo da criminalidade, nos tempos atuais é sim o de que a repressão ao crime acabe por conduzir todas as

nossas sociedades ao totalitarismo.¹⁵

A inversão dos rumos repressivos das formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado é, pois, exigência que decorre da própria necessidade de preservação do Estado de direito democrático.

Para esta inversão, para a urgente tarefa de contenção do poder punitivo, é preciso afirmar a universalidade dos princípios garantidores expressos nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas – inadmissíveis, portanto, quaisquer exceções – e permanentemente efetivar seu primado.

Os princípios garantidores da estrita legalidade, da isonomia, da proporcionalidade, da culpabilidade, da lesividade da conduta proibida, da individualização da pena, do respeito à integridade física e moral do preso, da vedação de dupla punição pelo mesmo fato (*ne bis in idem*), da coisa julgada, do estado de inocência, do direito a não se auto-incriminar (direito ao silêncio), do acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa, da cláusula fundamental do devido processo legal, são inafastáveis, sejam quais forem as conjunturas, sejam quais forem as circunstâncias do momento.

Tais princípios garantidores, expressos em normas que integram as declarações universais de direitos e as Constituições dos Estados democráticos, decorrem da própria afirmação da dignidade da pessoa humana.

O modelo do Estado de direito democrático identifica-se, fundamentalmente, pela exigência do consentimento e do controle populares para o exercício do poder estatal e exigência de submissão à lei, em especial daqueles que exercem o poder, com vista a garantir a dignidade e o bem-estar de cada indivíduo.

Daí resulta ser função maior do ordenamento jurídico, no Estado de direito democrático, a criação de limites ao exercício do poder estatal.

A dignidade do indivíduo, cujo reconhecimento, repita-se, situa-se na base do modelo do Estado de direito democrático, traz, em sua essência, a liberdade, a autodeterminação, a capacidade de escolha do indivíduo, sem o que sequer se poderia pensar em democracia. Implica, ainda, na consideração do indivíduo como um fim em si mesmo, assim vedada sua utilização como instrumento de realização de quaisquer outros fins, estatais ou não. A liberdade, essencial ao reconhecimento da dignidade, impede, também, a transformação moral forçada do indivíduo, assegurando-lhe a opção por

¹⁵ La Industria del Control del Delito - ¿La nueva forma del Holocausto ? (edição em castelhano, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993, tradução de Sara Costa, página 24).

pensar e agir como bem lhe aprouver, enquanto não afetar concretamente direitos de terceiros.

Dessas premissas decorre o princípio da prevalência da tutela da liberdade do indivíduo sobre o poder do Estado de punir, funcionando a tutela da liberdade como limitação ao poder estatal. Tal prevalência, já traduzida na própria proibição da autotutela, enunciada na fórmula *nulla poena sine iudicio*, contida na cláusula fundamental do devido processo legal, orienta todos os enumerados princípios garantidores, expressos nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas.

A prevalência da tutela da liberdade, a efetivação do primado dos princípios garantidores expressos nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas, são, pois, indispensáveis à afirmação da dignidade do indivíduo.

A afirmação da dignidade do indivíduo, cujo reconhecimento é conquista perene e, assim, inafastável do pensamento liberal e libertário que forneceu as bases para a afirmação do Estado de direito democrático, sempre implica em reconhecimento do máximo respeito aos direitos individuais e máximo controle do exercício do poder, sempre implica na prevalência da tutela da liberdade sobre o poder punitivo, sempre implica na construção de uma ordem jurídica voltada para a realização do bem-estar de cada um dos indivíduos.

A visão de que abstratos interesses de uma também abstrata sociedade devessem prevalecer sobre os direitos individuais não esconde o caminho conducente a totalitarismos de todos os matizes. A sociedade há de ser concretizada. A sociedade não é algo abstrato, mas sim o conjunto de indivíduos concretos. Os ditos interesses da sociedade só se legitimam quando referidos a bens individualizáveis.

7. A perspectiva transformadora e a superação do modelo punitivo para a abolição do sistema penal

A inversão das tendências criminalizadoras dominantes, a máxima contenção do ampliado poder punitivo, o resgate de um direito penal consentâneo com sua natureza essencialmente mínima, o resgate de um processo penal orientado pela supremacia da tutela da liberdade sobre o poder punitivo, através da permanente efetivação do primado dos princípios garantidores expressos nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas, constituem, no entanto, apenas a tarefa urgente e

imediate, como urgente e imediata há de ser a contenção dos efeitos mais danosamente excludentes gerados na atual etapa da evolução das formações sociais do capitalismo.

Assim como não devem os horizontes da transformação social se esgotar nos estreitos limites do modo de produção capitalista, assim como não se deve abandonar a perspectiva de construção futura de sociedades mais justas, mais solidárias, mais livres, mais iguais – construção talvez longínqua, pouco importa –, da mesma forma, a inversão das tendências criminalizadoras dominantes, a máxima contenção do ampliado poder punitivo, o resgate de um direito penal consentâneo com sua natureza essencialmente mínima, o resgate de um processo penal orientado pela supremacia da tutela da liberdade sobre o poder punitivo, constituem apenas os primeiros passos dentro de um caminho muito maior e mais longo.

Nesse caminho, percebendo que condutas negativas ou indesejadas não desaparecem por conta do rigor penal, percebendo que somar ao dano do crime a dor da pena é multiplicar danos, será preciso romper com a própria idéia de crime, compreendendo-se a natureza política e a artificialidade de sua definição. Será preciso romper com os sentimentos de medo, de vingança e de culpa, que sustentam o clima emocional do sistema penal; romper com o maniqueísmo que, dividindo as pessoas entre boas e más, impulsiona o desejo da punição e a busca de bodes expiatórios, de culpados individualizados e demonizados; romper com a monopolizadora, enganosamente satisfatória e violenta reação punitiva.

Se acreditamos na construção futura de sociedades mais justas, mais solidárias, mais livres, mais iguais, se acreditamos que um outro mundo é possível, temos que nos libertar do destrutivo sentimento de vingança, trocando-o pelo perdão, pela compaixão, pela compreensão, abrindo espaço, nos conflitos interindividuais, para estilos compensatórios, assistenciais, conciliadores.

Se acreditamos na construção futura de sociedades mais justas, mais solidárias, mais livres, mais iguais, se acreditamos que um outro mundo é possível, não podemos mais nos dividir em bons e maus, superiores e inferiores, “cidadãos de bem” e “criminosos”. Temos sim que reconhecer e praticar a fraternidade genética e espiritual que une todas as pessoas.

Se acreditamos na construção futura de sociedades mais justas, mais solidárias, mais livres, mais iguais, se acreditamos que um outro mundo é possível, devemos nos afastar da ilusória e nefasta segurança máxima de prisões, dirigindo nossas energias para garantir alimentação saudável, habi-

tação confortável, escolas de boa qualidade, trabalho satisfatoriamente remunerado, lazer, cultura, enfim, dignidade para todas as pessoas.

Sociedades mais justas, mais solidárias, mais livres, mais iguais hão de se pautar pela satisfação das necessidades básicas e pelo respeito à liberdade e aos demais direitos de todos os que as povoam.

Em sociedades mais justas, mais solidárias, mais livres, mais iguais – nesse outro mundo que acreditamos possível –, deveremos não só compartilhar os bens e as riquezas nelas produzidos, mas também, como, na militância da luta antimanicomial, já alertou Marcus Vinicius de Oliveira,¹⁶ aprender a conviver com os desconfortos nelas gerados.

Assim acreditando e trilhando o caminho apontado, decerto chegaremos a uma futura abolição do sistema penal.

Se esta transformação social, se esta abolição do sistema penal parecem longínquas, ou um simples sonho, isto não deve nos incomodar. Sigamos as palavras de Alfonso M. Iacono: “O essencial é a capacidade de saber manter o sonho e, ao mesmo tempo, saber medir a realidade. A realidade, seja lá o que signifique esta ambígua palavra, não é a realização do sonho, mas é sempre alguma coisa a mais e alguma coisa a menos do que o sonho. Dar ao sonho legitimidade em relação ao real significa saber que a realidade não é simplesmente a aceitação do existente.”¹⁷

¹⁶ Recorde-se, em especial, sua intervenção no Fórum Social Brasileiro, em Belo Horizonte, em novembro de 2003, no seminário “Por um outro mundo possível: Grades a romper”.

¹⁷ Tradução livre de texto constante à página 96 de “La storia è ancora progresso?”, in *In che cosa credere?* (Pisa: Edizio ni ETS, 2003).

