

PELO ROMPIMENTO COM AS FANTASIAS EM TORNO DE DELITOS E DE PENAS

MARIA LÚCIA KARAM

SUMÁRIO: 1. O delito: relatividade de seu conceito substancial – 2. Os fins e fundamentos da pena: teorias e realidade – 3. A lógica irracional e perversa que preside o funcionamento do sistema penal – 4. Conclusão.

Resumo: A partir da compreensão da relatividade do conceito substancial de delito e de sua funcionalidade para a manutenção e reprodução de estruturas de dominação, a partir da compreensão da irracionalidade da pena e de sua instrumentalização para o exercício do poder, surge a crítica ao sistema penal, às suas seletividade e injustiça, às perversas ilusões e fantasias que o alimentam, à sua perigosa expansão nas formações sociais do capitalismo pós-industrial. Esta crítica, fazendo compreender o caráter negativo da reação punitiva, conduz à afirmação da necessidade de uma urgente e imediata contenção do poder do Estado de punir, de um efetivo resgate, de um ordenamento penal consentâneo com sua natureza essencialmente mínima, como passos primeiros e indispensáveis em um caminho que conduza ao rompimento com os sentimentos de vingança e de culpa, com o maniqueísmo divisor das pessoas entre boas e más, com o desejo do castigo e a busca de bodes expiatórios, assim podendo conduzir a uma futura abolição do sistema penal.

Palavras-chave: Pena – Delito – Sistema penal – Abolicionismo penal – Punição – Criminologia.

1. O delito: relatividade de seu conceito substancial

Fatos negativos ou indesejáveis, situações conflituosas, que se produzem no desenrolar das relações sociais e afetam a realização de interesses ou direitos individuais, coletivos ou institucionais, reconhecidos em uma dada formação social, são, por isso, objeto de proibições ou mandatos na ordem normativa, as infrações a estes mandatos ou proibições definindo-se em múltiplos preceitos, nas órbitas civil, administrativa ou penal.

A definição a respeito de quais dentre estes fatos socialmente negativos ou situações conflituosas serão objeto de proibições ou mandatos na órbita penal dar-se-á através de intervenção legislativa, na primeira etapa do processo de criminalização, traduzindo não mais do que uma decisão política do Estado, o delito enquanto fato socialmente negativo ou expressão de uma situação

conflituosa ontologicamente não se diferenciando de outros fatos ou situações desta natureza assim não qualificados.

Fazendo-se por decisão política do Estado, a seleção dos interesses ou direitos, individuais, coletivos ou institucionais – identificáveis como bens jurídicos – a serem objeto da tutela penal e a definição das condutas deles afetadoras a serem qualificadas como delitos, naturalmente, atendem aos interesses e valores dominantes em um dado momento histórico e em uma dada formação social, instrumentalizando o exercício do poder, em sua expressão punitiva, de forma a proporcionar uma disciplina social que resulte funcional para a manutenção e reprodução da organização e do equilíbrio global daquela dada formação social.

Esta seleção e definição de bens jurídicos e de condutas deles afetadoras a que se dará um tratamento penal estão vinculadas e são determinadas pelas características básicas da formação social onde se desenvolve tal manifestação do poder do Estado – fator da organização e do equilíbrio global daquela formação social –, inexistindo, portanto, uma conceituação ontológica do delito – um “delito natural” –, presente em todo tempo ou em todo lugar, o delito sim se definindo, substancialmente, por seu tratamento normativo historicamente determinado. Neste ponto, basta lembrar que há fatos puníveis em uns países e não em outros, ou puníveis em umas épocas e não em outras, o único denominador comum identificável entre as diversas condutas definidas como delitos sendo, exatamente, sua definição normativamente dada.

Veja-se, a propósito, o belo texto de Hulsman:

“Por que ser homossexual, se drogar ou ser bígamo são fatos puníveis em alguns países e não em outros? Por que condutas que antigamente eram puníveis, como a blasfêmia, a bruxaria, a tentativa de suicídio, etc., hoje não são mais? As ciências criminais puseram em evidência a relatividade do conceito de infração, que varia no tempo e no espaço, de tal modo que o que é ‘delituoso’ em um contexto é aceitável em outro. Conforme você tenha nascido num lugar ao invés de outro, ou numa determinada época e não em outra, você é passível – ou não – de ser encarcerado pelo que fez, ou pelo que é.

Não há nada na *natureza* do fato, na sua natureza *intrínseca*, que permita reconhecer se se trata ou não de um crime – ou de um delito. O que há em comum entre uma conduta agressiva no interior da família, um ato violento cometido no contexto anônimo das ruas, o arrombamento de uma residência, a fabricação de moeda falsa, o favorecimento pessoal, a receptação, uma tentativa de golpe de Estado, etc.? Você não descobrirá *qualquer* denominador comum na definição de tais situações, nas motivações dos que nelas estão envolvidos, nas possibilidades de ações visualizáveis no que diz respeito à sua prevenção ou à tentativa de acabar com elas. A única coisa que tais situações têm em comum é uma ligação completamente artificial, ou seja, a competência *formal* do sistema de justiça criminal para examiná-las. O fato delas serem definidas como ‘crimes’ resulta de uma decisão humana modificável; *o conceito de crime não é operacional*. Um belo dia, o poder político para de caçar as bruxas e aí não existem mais bruxas. Até 1975, na França, o marido podia fazer encarcerar sua mulher por adultério. Depois desse ano, uma lei que reformou o divórcio *descriminalizou* tal conduta e, daí em diante, a mulher adúltera não pôde mais ser processada perante um juiz criminal.

De um dia para o outro, o que era delito deixa de sê-lo e aquele que era considerado delinqüente se torna um homem honesto, ou, pelo menos, não tem mais que prestar contas à justiça penal. É a lei que diz onde está o crime; *é a lei que cria o 'criminoso'*"¹ [grifos no original].

Vinculadas e determinadas pelas características básicas da formação social onde se desenvolve o poder do Estado de punir, a seleção e a definição de bens jurídicos e de condutas deles afetadoras objeto do tratamento penal não necessariamente se pautam pela consideração prioritária dos bens jurídicos de maior relevância para a sobrevivência digna dos componentes humanos daquela dada formação social ou das condutas que mais intensamente os afetam, a prioridade determinando-se sim pelo atendimento aos valores e interesses dominantes no exercício do poder do Estado, diante da funcionalidade do processo de criminalização para a manutenção e reprodução da organização e do equilíbrio global daquela dada formação social.

Tome-se, em nossa ordem normativa, a seleção dos bens jurídicos merecedores da tutela penal e não serão, como à primeira vista pareceria razoável esperar, a vida ou a integridade pessoal que surgirão como os bens jurídicos de maior relevância. O mais relevante dos bens jurídicos, em nossa ordem normativa, é sim o patrimônio. Esta predominância, a concretizar a máxima proteção da propriedade privada como tônica do ordenamento jurídico-penal, facilmente se verifica através de um rápido olhar pelas leis penais brasileiras.

Trabalhando com a medida da pena como referencial do valor atribuído aos bens jurídicos penalmente tutelados, logo vem à tona o exemplo surgido da comparação entre o tratamento dado aos delitos de lesões corporais e o tratamento dado aos delitos de furto e de roubo, cuja sobrevaloração, já nesta primeira etapa do processo de criminalização – a da seleção e definição de bens jurídicos e de condutas deles afetadoras a que se dará um tratamento penal –, abre caminho para que, a cada etapa posterior daquele processo, a atuação do sistema penal se despeje, de forma sempre prioritária e mais e mais intensa, sobre os marginalizados e subalternizados autores de atentados ao patrimônio, maioria indiscutível da população carcerária adulta, como dos igualmente encarcerados adolescentes, internados em estabelecimentos ditos “educacionais”.²

(1) Louk Hulsman, *Penas perdidas* (edição em português). Niterói : Luam, 1993, p. 63-64. Tradução de Maria Lúcia Karam.

(2) Aos conhecidos e reiterados dados fornecidos pelos Censos Penitenciários periodicamente realizados pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça, que apontam uma tendência crescente de presos condenados por roubo (em 1995 eram aproximadamente 30% e em 1997 já eram, também aproximadamente, 35%), somem-se os dados publicados na edição da *Folha de S. Paulo* 27.07.1999, a revelar que, do total de internos nas unidades da Febem, em São Paulo, pouco antes das rebeliões daquele mês, 60% sofriam a internação como resposta à prática de ato infracional identificável ao roubo, vindo, imediatamente após, ato identificável ao furto, correspondendo a 6,8% das internações.

Um furto simples tem pena de reclusão de um a quatro anos, enquanto uma lesão corporal leve dolosa tem pena de detenção de três meses a um ano, esta, ao contrário daquele, assim classificável entre as chamadas infrações de menor potencial ofensivo. Uma lesão corporal com resultado gravíssimo doloso tem pena mínima igual à do furto qualificado – reclusão de dois anos –, isto é, metade da pena mínima cominada a um roubo simples, o que conduzirá, por exemplo, a que quem, fingindo-se armado, ameaça a outrem, subtraindo-lhe o relógio, possa receber o dobro da pena de quem, com um estilete, fure os olhos de outrem, causando-lhe a cegueira.³

O tratamento dos tipos da extorsão mediante seqüestro também não deixa dúvida quanto à orientação da legislação penal brasileira. A ação de seqüestrar alguém, isto é, de privar alguém de sua liberdade, é, no seu tipo básico, punida com penas que variam de um mínimo de um a um máximo de três anos de reclusão, penas que se elevam para um mínimo de dois a um máximo de cinco anos de reclusão, se o ofendido é ascendente, descendente ou cônjuge do agente, se o crime é praticado mediante internação do ofendido em casa de saúde ou hospital, ou se a privação da liberdade dura mais de quinze dias, elevando-se para um mínimo de dois a um máximo de oito anos de reclusão, se, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, resulta grave sofrimento físico ou moral para o ofendido (artigo 148 e seus §§ do Código Penal).

No entanto, se esta mesma privação da liberdade tem por fim especial o de obter, para si ou para outrem, vantagem de ordem econômica ou patrimonial, como condição ou preço do resgate, estar-se-á diante de figura típica diversa – a extorsão mediante seqüestro, prevista no artigo 159 –, a pena privativa de liberdade, na feição originária do Código Penal, já atingindo um mínimo de seis anos e um máximo de quinze anos de reclusão, encontrando-se, dentre as circunstâncias que elevavam o mínimo da pena privativa de liberdade para oito anos de reclusão, a da duração do seqüestro ser superior a não mais aqueles quinze dias da privação da liberdade para fins não econômicos, mas já quando esta duração fosse superior a vinte quatro horas (§ 1.º do artigo 159).

Não bastasse tal desproporção, suficientemente reveladora da sobrevaloração do patrimônio, veio, em 1990, a chamada lei dos crimes hediondos – a hedionda Lei 8.072 –, que, gerada como reação a um ocasional aumento do número de extorsões mediante seqüestro, notadamente no Rio de Janeiro, ou, no dizer de Luiz Flávio Gomes, tendo por objeto a proteção do dinheiro envolvido naquelas condutas,⁴ elevou os patamares mínimos das penas privativas de liberdade pre-

(3) Em trabalho, escrito em 1988, sobre projeto de Parte Especial do Código Penal brasileiro, que havia sido enviado ao Congresso Nacional, fiz comparações semelhantes às que vêm aqui expostas. As tendências presentes no projeto, que não vingou, e nos textos então vigentes do Código Penal, naturalmente, já apresentavam a mesma linha ideológica ora apontada. O referido trabalho encontra-se em *De crimes, penas e fantasias* 2. ed., Niterói : Luam, 1993, p. 71-90.

(4) Veja-se seu artigo O direito penal a serviço da cultura da satisfação. In *Boletim do IBCCrim* 33, setembro 1995.

vistas nos dispositivos legais referidos, passando-as, respectivamente, para oito e doze anos de reclusão.

As mais elevadas penas mínimas, previstas na legislação penal brasileira, majoradas pela mesma Lei 8.072/90, encontram-se nos dispositivos sancionadores dos §§ 3.º e 2.º dos artigos 157 e 158 do Código Penal, que impõem para as figuras do latrocínio e da extorsão com resultado morte a pena mínima de reclusão de vinte anos, bem como no dispositivo sancionador do § 3.º do artigo 159, em que estabelecida a pena mínima de reclusão de vinte e quatro anos para a figura da extorsão mediante seqüestro com resultado morte – esta última atingindo o dobro da pena mínima atribuída para um homicídio qualificado pelo especial fim de assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime (artigo 121, § 2.º, inciso V), a que, teoricamente, poder-se-ia identificar a ação de matar para assegurar a extorsão mediante seqüestro, ou para assegurar roubo ou extorsão, a única explicação para este *plus* na quantidade do mínimo das penas cominadas para tais condutas sendo a exacerbação do valor do patrimônio, a minimizar ofensas à vida e à liberdade, quando desvinculadas de afetação da propriedade privada.

O mesmo processo, que faz a seleção dos bens jurídicos merecedores da tutela penal ser ditada, não pela proteção dos valores essenciais à sobrevivência digna da pessoa humana, mas sim pelo atendimento aos valores e interesses dominantes no exercício do poder do Estado, reproduz-se na definição das condutas a que se dará a qualificação de delitos. Neste ponto, é sempre interessante voltar ao exemplo utilizado pelo Professor Alfonso Zambrano Pasquel, a desnudar, no próprio campo da tutela do patrimônio, a orientação classista das decisões políticas criminalizadoras. Trabalhando com o conflito básico das formações sociais capitalistas, em suas versões originárias, lembra o Professor Zambrano que, conforme as definições legais, reputa-se como furto a conduta do trabalhador que toma para si parte do que produz para o patrão, não obstante seja ele o dono legítimo da força de trabalho que gera o produto do qual está se apropriando, enquanto a conduta do patrão, que não paga ao trabalhador nem sequer o acordado, igualmente afetadora do patrimônio, não encontra previsão típica nas leis penais.⁵

2. Os fins e fundamentos da pena: teorias e realidade

Pedra de toque do tratamento dado aos fatos socialmente negativos ou situações conflituosas, objeto das proibições ou mandatos específicos da órbita penal, é a sanção que se constitui na pena – a mais dura e violenta de todas as intervenções estatais sobre a liberdade individual.

É a pena que distingue o direito penal dos demais ramos do Direito, onde igualmente se encontram proibições ou mandatos destinados a controlar aqueles

(5) O exemplo do Professor Zambrano encontra-se em seu trabalho "Nueva criminología y derecho penal". *Revista da Universidad Externado de Colombia* 31/69-90. *Derecho penal y criminología*, 1987 e já fora por mim lembrado no trabalho referido em nota anterior.

fatos socialmente negativos ou situações conflituosas afetadores de interesses ou direitos, individuais, coletivos ou institucionais, reconhecidos em uma dada formação social, a pena refletindo a opção por uma forma de controle excludente de outros estilos que costumam surgir quando se está diante de situações negativas, conflituosas, indesejáveis ou problemáticas.

As nefastas e perversas fantasias, criadas em torno de delitos e de penas, fazem-nos esquecer destes outros estilos, embotam nossa imaginação, afastam nossa capacidade de solucionar conflitos, submetem-nos à monopolizadora, enganosa-mente satisfatória, violenta e irracional reação punitiva.

Hulsman conta uma parábola reveladora:

"Cinco estudantes moram juntos. Num determinado momento, um deles se arremessa contra a televisão e a danifica, quebrando também alguns pratos. Como reagem seus companheiros? É evidente que nenhum deles vai ficar contente. Mas, cada um, analisando o acontecido à sua maneira, poderá adotar uma atitude diferente. O estudante número 2, furioso, diz que não quer mais morar com o primeiro e fala em expulsá-lo de casa; o estudante número 3 declara: 'o que se tem que fazer é comprar uma nova televisão e outros pratos e ele que pague'. O estudante número 4, traumatizado com o que acabou de presenciar, grita: 'ele está evidentemente doente; é preciso procurar um médico, levá-lo a um psiquiatra, etc...'. O último, enfim, sussurra: 'a gente achava que se entendia bem, mas alguma coisa deve estar errada em nossa comunidade, para permitir um gesto como esse ... vamos juntos fazer um exame de consciência'." ⁶

Com esta parábola, Hulsman faz lembrar as várias reações que podem surgir diante de um fato negativo ou uma situação conflituosa, atribuível à ação de uma pessoa. Quando, porém, se dá a este fato negativo ou a esta situação conflituosa a qualificação legal de delito, toda tentativa de melhor compreensão do ocorrido, toda busca de soluções efetivas, todas as outras reações possíveis são afastadas pela monopolizadora, enganosamente satisfatória, violenta e irracional reação punitiva.

Muitos têm sido, ao longo da história do pensamento jurídico, os mecanismos ideológicos utilizados na fundamentação e legitimação da reação punitiva, mecanismos que geraram tradicionais teorias sobre a pena, todas, em última análise, fundadas nas irrealizáveis idéias de retribuição e prevenção, esta com seus vários matizes - prevenção especial ou geral, negativa ou positiva.

A história demonstra que a função de prevenção geral negativa jamais funcionou. A ameaça, mediante normas penais, não evita a formação de conflitos ou a prática dos ditos delitos. Ao contrário, com o passar dos tempos, os conflitos e os ditos delitos multiplicaram-se e sofisticaram-se, sendo, aliás, ponto forte do discurso contemporâneo dominante o alarde em torno de um descontrolado aumento do número de delitos.

O efeito dissuasório nunca se comprovou. Ao contrário, é clara a sinalização de que a aparição de delitos não se relaciona com o número de pessoas punidas ou

⁽⁶⁾ Op. cit., p. 100.

com a intensidade das penas impostas, bastando pensar um pouco para verificar, em relação a nós mesmos, que não é a ameaça de pena que conduz à abstenção da prática de delitos, como não é nenhuma espécie de ameaça o que nos faz deixar ou não de realizar qualquer comportamento que apareça, para nós ou para terceiros, como um comportamento negativo.

Mas, se quisermos dados mais concretos, basta pensarmos no exemplo norte-americano. Os indiscutíveis campeões do torneio punitivo – o vertiginoso aumento do número de presos, nos EUA, nos últimos anos, alcançando, hoje, cerca de um milhão e setecentas mil pessoas, traduz o mais alto percentual de encarceramento em qualquer país dito democrático (cerca de quinhentos e vinte e nove presos por cem mil habitantes, enquanto em países europeus, como a França, a Inglaterra, ou a Espanha, esta proporção gira em torno de cem presos por cem mil habitantes) – são também, indiscutivelmente, os campeões de conflitos e fatos negativos dentre os países centrais.

A reconhecida falácia do propalado efeito dissuasório da pena conduziu à substituição da idéia de prevenção geral negativa pela idéia de prevenção geral positiva, em que aqueles efeitos dissuasórios foram trocados por uma função, atribuída à pena, de exercitação no reconhecimento da norma e na fidelidade ao direito, o delito sendo visto como uma ameaça à integridade e à estabilidade sociais, enquanto expressão simbólica de uma falta de fidelidade ao direito, e a pena, por sua vez, constituindo a expressão simbólica oposta àquela representada pelo delito, ou, no assumido dizer de Jakobs, uma demonstração de vigência da norma às custas de um responsável.⁷

Nesta troca, subsistiu a manipulação da pessoa humana, comum às idéias de prevenção geral negativa e positiva, ambas colocando-a a serviço de um sistema, deslocando-a de sua posição de sujeito e fim de seu próprio mundo, para fazê-la objeto de abstrações normativas e instrumento de funções sociais, a pessoa humana convertendo-se, assim, em suporte de uma ação simbólica, cujos fins a ultrapassam e para cuja realização passa a constituir unicamente um instrumento. Aqui, com clareza insofismável, aparece a figura do bode expiatório naquele que, recebendo a pena, deve cumpri-la, seja para dissuadir outros da prática do delito, seja para exercitá-los no reconhecimento da norma e na fidelidade ao direito.⁸

Quanto às teorias da prevenção especial, voltadas para uma atuação direta sobre o autor do delito, com o objetivo declarado de evitar que o mesmo volte a delinquir, somente se sustentam em seu limite mais desavergonhadamente perverso e totalitário, fundado na idéia de inocuização, a conduzir a penas, como as de morte, de incapacitação física ou de prisão perpétua, salutarmente vedadas, entre nós, por imperativo constitucional.

(7) Günther Jakobs, *Derecho penal – parte general*. 2.^a edição em castelhano, Madri, Marcial Pons, 1997. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luís Serrano Gonzalez de Murillo, p. 9.

(8) Veja-se a respeito o trabalho de Alessandro Baratta, Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. *Derecho penal y criminología* 29, 1986, p. 79-97.

Em sua vertente mais civilizada, que trabalha com a idéia de ressocialização, a inviabilidade da prevenção especial mostra-se evidente, notadamente em um sistema que faz da pena privativa de liberdade o seu centro. A idéia de ressocialização, a pretender concretizar o objetivo de evitar que o autor do delito volte a delinquir, através de suas reeducação e reintegração à sociedade, é absolutamente incompatível com o fato da segregação. Um mínimo de raciocínio lógico repudia a idéia de se pretender reintegrar alguém à sociedade, afastando-a dela. Como anota Zaffaroni, lembrando a ilustrativa comparação de Carlos Elbert de que pretender ensinar uma pessoa a viver em sociedade mediante seu enclausuramento é algo tão absurdo quanto pretender treinar alguém para jogar futebol dentro de um elevador, a execução penal não ressocializa, nem cumpre qualquer das funções “re” que lhe são atribuídas – ressocialização, reeducação, reinserção, reintegração – todas estas funções “re” não passando de uma deslavada mentira.⁹

De um outro ângulo e alinhando-se em paralelo às novas roupagens preventivas, as tradicionais teorias retribucionistas encontraram espaço para um renascer, nestes tempos pós-modernos de grandes manipulações dos sentimentos de medo e insegurança, de campanhas alarmistas, de permanente identificação entre as idéias de violência e criminalidade, motivadoras de reações emocionais e de exacerbados desejos de castigo, de punição.

A irracionalidade da pena retributiva já se manifesta, em princípio, pela inviabilidade de esclarecimento da razão pela qual o mal deveria ser compensado com outro mal de igual proporção: se o mal é algo que se deseja ver afastado ou evitado, por que se deveria reproduzi-lo, por que se deveria insistir nele com a pena? Mesmo aceitando-se as teses contratualistas, que estiveram na origem da idéia de retribuição, ou as posteriores posições neo-contratualistas, decerto pareceria mais lógica a opção pela reparação do dano material ou moral causado pelo delito, especialmente porque aí se levariam em conta os interesses das pessoas diretamente afetadas.

Mas, como já denunciavam as conhecidas objeções formuladas por Marat ao retribucionismo original, a falácia de tais construções aparece, ainda mais fortemente, em sua pretensão de fazer da pena retributiva uma pena justa, em formações sociais onde o espaço social e os bens são desigualmente distribuídos, mantendo-se pertinente a indagação de por que razão pessoas desatendidas em suas necessidades reais fundamentais, despojadas de seus direitos básicos, como ocorre com as que são prioritariamente atingidas pela intervenção do sistema penal, estariam obrigadas a respeitar as leis. Por outro lado, se a punição não alcança, como de fato não pode alcançar, todos os violadores da lei – o alcance do sistema penal sendo necessariamente reduzido, a excepcionalidade de sua atuação constituindo a regra que o sustenta – como se poderá falar em pena justa?

Todas estas teorias legitimadoras da pena, fundadas nas irrealizáveis idéias de retribuição e prevenção, têm na irracionalidade seu denominador comum, a desmontar suas pretensões fundamentadoras da pena, a própria falta de racionalidade deste instrumento de materialização do poder do Estado de punir determinando

⁽⁹⁾ El sistema penal en los países de América Latina. In: *Sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro : Revan, 1991, p. 221-236.

a irracionalidade essencial das teorias, cuja pretensão é fundamentá-lo e legitimá-lo, para, assim, fundamentar e legitimar o sistema penal.

A pena, na realidade, só se explica – e só pode se explicar – em sua função simbólica de manifestação de poder e em sua finalidade não explicitada de manutenção e reprodução deste poder.

A inidoneidade para resolver conflitos, ao contrário do que ocorre, pelo menos de forma abstrata, com outras sanções jurídicas, adotadas fora do âmbito do direito penal, e sua característica de infligir infinita dor são os dados de realidade da pena, a torná-la o *sofrimento órfão de racionalidade*, de que fala Zaffaroni.

Vejam-se, a propósito, suas palavras:

“El mismo nombre de ‘pena’ indica un sufrimiento, pero sufrimiento hay en casi todas las sanciones jurídicas: sufrimos cuando nos embargan la casa, cuando nos cobran un interés punitivo, nos anulan un proceso, nos ponen en cuarentena, nos llevan por la fuerza a declarar como testigos, etc. Ninguno de estos sufrimientos se llama ‘pena’, porque tienen un sentido, es decir, conforme a modelos abstractos todos sirven para resolver algún conflicto. La pena, en lugar, como sufrimiento huérfano de racionalidad, hace varios siglos que busca un sentido y no lo encuentra, sencillamente porque no lo tiene, más que como manifestación de poder”¹⁰ [grifo no original].

Este sofrimento órfão de racionalidade, legitimado pela nefasta e perversa fantasia de que a imposição de tal sanção a selecionados autores de condutas conflituosas ou socialmente negativas, qualificadas como delitos, poderá trazer proteção, segurança e tranquilidade, atinge dimensões extremas, ao encontrar na privação da liberdade sua forma primordial de materialização.

Surgindo como pena com a superação das formações sociais feudais e a ascensão do capitalismo, a privação da liberdade ocupou o centro do sistema penal, passando a funcionar, desde então, quase que como sinônimo de sanção penal. Com a introdução do modo de produção capitalista, as formas de riqueza social puderam se reduzir a um denominador comum – o tempo gasto na produção de mercadorias –, a liberdade assim adquirindo um valor econômico, conectado com o valor do tempo, que, pela primeira vez, pôde ser economicamente quantificado, a própria idéia da pena privativa de liberdade só se tendo feito possível com o surgimento daquele modo de produção, que, transformando os bens em mercadorias, permitiu estabelecer um preço ao valor liberdade – o tempo de sua privação.¹¹

Isto explica porque as concepções retributivistas da pena puderam encontrar na privação da liberdade sua sanção central. Pune-se o delito, através de uma transpo-

⁽¹⁰⁾ Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires : Ediar, 1989, p. 210.

⁽¹¹⁾ Vejam-se, especialmente, sobre este tema, em traduções para o castelhano, a clássica obra de Massimo Pavarini e Dario Melossi: *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario* (Mexico : Siglo XXI, 1980) e, ainda de Pavarini, o mais recente *Los confines de la cárcel* (Montevideo : Instituto Superior Ibero-Americano de Estudios Criminales, 1995).

sição do referente contratual, passando-se a conceber a pena como uma prestação pós-delito, medida por parâmetros como a dimensão da lesão ao bem jurídico penalmente tutelado e o grau de reprovabilidade da conduta. Assim, priva-se o condenado – sujeito contratante, oposto ao Estado – de um valor equivalente de liberdade, transportando-se para o âmbito penal aqueles mesmos valores de equivalência e igualdade formais presentes na categoria civilista do contrato.

Surgindo, pois, como pena nos primórdios do capitalismo, a privação da liberdade teve, nesta sua origem, a importante 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. Seu papel regulador do mercado de trabalho, concretizado quer pela absorção do 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.

Aliás, o assustador aumento do número de presos nos EUA parece indicar uma revitalização deste antigo papel da pena privativa de liberdade na regulação do mercado de trabalho, a redução dos índices de desemprego naquele país, em movimento contrário ao registrado nos demais centros da economia mundial, podendo ser, em parte, atribuível à absorção nas prisões dos desempregados, dos excluídos do mercado – a versão pós-moderna do exército industrial de reserva.

Mas, decerto, a mais relevante função real desempenhada pela pena privativa de liberdade, a permear toda a sua história, está na construção e propagação da imagem do criminoso – visto como o outro, o perigoso, o inimigo, o mau –, com o que propicia-se a identificação como classes perigosas das classes subalternizadas, nas quais necessária e prioritariamente são selecionados os que a sofrem, com o que facilita-se a minimização de condutas e fatos não criminalizados ou não criminalizáveis socialmente mais danosos, com o que ocultam-se os desvios estruturais, encobertos pela crença nos desvios pessoais, dos quais se nutre a reação punitiva.

Em nossos tempos pós-modernos, esta tradicional função não explicitada da pena privativa de liberdade permanece viva, adaptando-se às novas contradições que se estabelecem, diante das mais ou menos profundas reformulações da estrutura e das relações de produção, determinadas pelos avanços da revolução científico-tecnológica.

O excepcional desenvolvimento das forças produtivas, traduzido nos enormes avanços e conquistas da revolução científico-tecnológica, introdutores de um novo degrau na escala evolutiva do modo de produção capitalista, trouxe também desequilíbrios e uma potencial desestruturação econômico-social, manifestada especialmente na queda estrutural nos níveis de emprego. Paralelamente, o enfraquecimento das normas e instituições de controle informal e o processo de isolamento individual e de ausência de solidariedade nas relações sociais favorecem o surgimento de fortes sentimentos de incômodo e insegurança, provocadores de um medo coletivo difuso. A isto vêm se somar a decepção enfraquecedora das utopias e o abandono de antigos ideais transformadores, conseqüentes ao desmoronamento das traduções reais do socialismo, a favorecer o individualis-

mo exacerbado e a busca de soluções superficiais e imediatistas, ensejando, por outro lado, a necessidade de criação de novos inimigos e fantasmas, capazes de assegurar a coesão social.

Em um tal quadro, as premissas ideológicas de afirmação da autoridade e da ordem reavivam-se e abrem espaço para a ampliação do poder do Estado de punir, ao vitorioso Estado mínimo da pregação neoliberal, no campo econômico, correspondendo um Estado máximo, vigilante e onipresente, no campo do controle social, o neoautoritarismo, como diz Alberto Toron, surgindo como a contraface do neoliberalismo.¹²

A intensificação do controle social, através da ampliação do poder do Estado de punir, certamente não dispensa a pena privativa de liberdade. Ao contrário, a prisão, até por sua maior visibilidade, seu expressivo simbolismo, sua explícita exposição da condenação penal, permanece indispensável. Nas tendências criminalizadoras hoje dominantes, a pena privativa de liberdade não só subsiste, como maior se faz seu rigor, alimentado pela demanda de maior repressão, pelo apelo à autoridade e à ordem, pelo desejo da punição, caracteristicamente presentes em nosso tempo.

Mas, a chamada pós-modernidade diversifica e amplia as formas de materialização do controle social formal, desenvolvido através do exercício do poder do Estado de punir.

A evolução do modo de produção capitalista, conducente à sua etapa pós-industrial, afasta a centralidade da produção fabril e aponta para o estabelecimento de novas relações de produção. Nestas novas relações de produção subsiste a originária e característica separação do produtor direto dos meios de produção, a fazer permanente a subordinação. No entanto, a ênfase do primitivo modelo disciplinar desloca-se e, com ela, a função disciplinadora da pena, que haverá de se adaptar às novas formas exigidas por uma organização produtiva, já não mais desenvolvida prioritariamente na fábrica, mas que passa a ter seu centro na virtualidade do sistema financeiro e nas empresas automatizadas, que, requerendo um reduzido número de pessoas diretamente envolvidas na produção, exclui deste âmbito largas faixas dos habitantes do planeta.

A disciplina que deve recair sobre estes excluídos da produção e do mercado volta-se, portanto, para uma outra direção, seu treinamento não mais se orientando para o trabalho fabril, como nas origens do capitalismo e da pena privativa de liberdade, bastando, agora, para a operacionalidade do sistema produtivo, sua vigilância e seu controle – enquanto inviável sua eliminação, que apareceria como tendencialmente desejável –,¹³ de forma a evitar suas reações perturbadoras das relações vigentes.

(12) Esta observação de Alberto Toron encontra-se em *Crimes hediondos – o mito da repressão penal*. São Paulo : RT, 1996, p. 141.

(13) Sobre esta tendência, ameaçadoramente presente nas formações sociais do capitalismo pós-industrial, é indispensável a leitura do marcante livro de Viviane Forrester, *O horror econômico* (edição em português). São Paulo : UNESP, 1997. Tradução de Álvaro Lorencini.

Neste contexto, paralelamente à simbolicamente indispensável e crescentemente mais rigorosa pena privativa de liberdade, destinada aos apontados “infratores perigosos”,¹⁴ 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, por exemplo, nas pulseiras eletrônicas ou nas “orwellianas” câmeras de vídeo,¹⁵ expressões, no campo do controle social, dos avanços tecnológicos do capitalismo pós-industrial –, tem-se o campo propício para uma execução ampliada da nova disciplina social, que, não mais exigindo a reprodução da estrutura fabril encontrada na prisão, por um lado, necessita alcançar um número crescente daqueles excluídos da produção e do mercado, que não cabem no interior da dispendiosa estrutura carcerária, e, por outro lado, 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 fazendo, agora, necessária 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 e a necessariamente subsistir nas formações sociais do capitalismo pós-industrial, isto é, a construção e a propagação da imagem do criminoso.

O papel das penas alternativas, neste sentido da extensão do controle social formal, da execução ampliada da nova disciplina social, pode ser claramente verificado, trabalhando-se, mais uma vez, com o exemplo norte-americano. Nos EUA, ao lado daqueles cerca de um milhão e setecentos mil presos, existem, também em números aproximados, outros dois milhões e meio de pessoas submetidas a medi-

(14) Assim denomina Nilo Batista: os destinatários da prisão, distinguidos dos “bons delinqüentes”, 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. Discursos sediciosos – crime, direito e sociedade* 4, 1997, p. 145-154.

(15) A propósito, a *Folha de S. Paulo*, na edição do dia 13.10.1999, publicou interessante matéria sobre a instalação destas “orwellianas” câmeras de vídeo, em ruas de Londres: havendo coincidência entre os registrados códigos faciais de transeuntes e os de pessoas condenadas ou procuradas, soa um alarme, assim permitindo saber que está na área alguém que se queira manter sob vigilância, ou que se queira capturar.

das penas alternativas, muitas delas com carga estigmatizante e deteriorante que mais as aproxima do que distancia da pena privativa de liberdade.¹⁶

No Brasil, neste tema, decerto há de ser trazida à cena a Lei 9.099, de 26.09.1995, cujos dispositivos introdutórios de medidas despenalizadoras, ao contrário da euforia com que foram saudados, na realidade, nada significam para a evitação da pena privativa de liberdade, bastando pensar que sua substituição por penas pecuniária ou restritiva de direitos, em decorrência da transação penal, concretizar-se-ia, normalmente, diante de regras que já eram previstas no Código Penal e dos requisitos exigidos pelo legislador de 1995, da mesma forma que a suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade, com a qual nitidamente se identifica a suspensão do processo, necessariamente, se daria no caso de condenação, em circunstâncias correspondentes às previstas na referida lei para a aplicação daquele novo instituto, servindo tais medidas tão somente para ampliar o alcance do sistema penal – e isto, ao preço da imposição de verdadeiras penas, com a quebra de garantias inerentes à fórmula fundamental do devido processo legal, o apontado autor da infração penal, substancialmente inferiorizado diante de um Ministério Público cada vez mais fortalecido, sendo levado a negociar o recebimento de uma pena alternativa, com o sacrifício de seu direito inalienável à defesa e à proclamação de sua não-culpabilidade, a ação do Estado, a sugerir ou a facilitar que o indivíduo renuncie a direitos fundamentais, decerto não se compatibilizando com os postulados de um Estado Democrático de Direito.¹⁷

O discurso que acena com penas alternativas não deve, pois, nos enganar. A lógica irracional que preside as idéias de delitos e de penas e as teorias que as fundamentam e legitimam, é a lógica perversa da violência, da submissão e da exclusão, presente ainda que mitigados o sofrimento e a dor maiores representados pela privação da liberdade.

(16) Em matéria publicada na edição do dia 24.03.1997 do *Jornal do Brasil* encontram-se alguns exemplos destas medidas: na frente de uma loja em Houston, Texas, um homem caminha de um lado para o outro carregando uma placa: “Eu roubei esta loja. Não roube você também”; numa cidadezinha de Illinois, um fazendeiro de 62 anos cumpre sua pena em regime de prisão domiciliar por ter quebrado o nariz de outro fazendeiro, para isto, tendo no portão de entrada de sua propriedade uma placa anunciando: “Aviso. Criminoso violento mora aqui. Prossiga por seu próprio risco”; na mesma linha, na Flórida, um pedófilo deve exibir, na porta de casa, uma placa alertando menores de 18 anos a não chegar perto.

(17) Veja-se, a propósito, o belo prefácio de Alberto Silva Franco ao *Manual de Direito Penal Brasileiro* de Zaffaroni e Pierangeli. São Paulo : RT, 1997. Quanto ao verdadeiro alcance das medidas despenalizadoras, introduzidas pela Lei 9.099/95, bem o retratou matéria publicada na *Folha de S. Paulo* 24.07.1997. Ali apontava-se que sua aplicação já havia aumentado significativamente a imposição de penas alternativas no país, mas não implicara redução da população carcerária, elevando sim o caráter punitivo da Justiça brasileira, o próprio Luiz Flávio Gomes, um dos maiores entusiastas do suposto caráter liberalizante daquele diploma, entrevistado na matéria, reconhecendo que as punições aumentaram sobre uma população de infratores, que antes não recebia punição efetiva.

3. A lógica irracional e perversa que preside o funcionamento do sistema penal

Os mecanismos ideológicos legitimadores do poder do Estado de punir, propagandeando a idéia de que a imposição da pena a individualizados responsáveis por situações conflituosas ou fatos socialmente negativos, a que se dá a qualificação legal de delitos, poderá trazer proteção, segurança e tranquilidade, alimentam e são alimentados com falsas crenças, partindo fundamentalmente da equivocada identificação de determinadas ações criminalizadas como únicas tradutoras da idéia de violência, como únicas situações ameaçadoras ou provocadoras de insegurança, identificação que, divulgada através de uma publicidade tão enganosa quanto intensa, se constrói basicamente através da ocultação de dados essenciais, da repetição de informações inteira ou parcialmente falsas, da manipulação de sentimentos de medo e insegurança e de emoções provocadas por alguns episódios, que comovem e assustam, especialmente roubos, seqüestros, estupros e um ou outro homicídio.¹⁸

A crença na reação punitiva é fruto de perversas e nefastas fantasias.

As falsas convicções sobre as idéias de violência e de insegurança começam por ocultar o caráter violento e produtor de insegurança de situações e fatos sociais, não criminalizados ou não criminalizáveis, qualitativa e quantitativamente mais danosos do que as situações conflituosas e fatos negativos, legalmente qualificados de delitos. Trocando as fantasias pelo compromisso com a realidade, logo se poderá ver que os atentados à sobrevivência digna da pessoa humana não provêm, em sua maior dimensão, dos assustadores roubos, seqüestros, estupros ou homicídios de repercussão. No Brasil, basta pensar na fome e na desnutrição, na concentração da propriedade de terras e nas submoradias, na falta de saneamento, na caótica situação da educação e da saúde pública, nas sucessivas políticas econômicas geradoras da miséria e da desigualdade crônicas, no quadro revelador do sistemático desatendimento às necessidades básicas da maioria da população, violentamente privada de seus direitos fundamentais à moradia, à alimentação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à educação – privação violenta e concretamente geradora de insegurança, minimizada pela conveniente idéia de

⁽¹⁸⁾ Falo de um ou outro homicídio, como costume fazê-lo, porque homicídios, diferentemente de roubos ou seqüestros, na linha ideológica de sobrevalorização do patrimônio, nem sempre comovem e assustam, nem sempre alcançam as páginas dos jornais, costumando repercutir somente quando vitimizam membros das classes dominantes, artistas, pessoas famosas, ou quando assumem um caráter de espetáculo em massacres coletivos. Comentário neste sentido, encontra-se, por exemplo, em meu trabalho *Utopia transformadora e abolição do sistema penal*. IBCCrim/Programa de Estudos de Pós-Graduação em Ciências Sociais da PUC-SP, p. 67-84. Organizada por Edson Passetti e Roberto Baptista Dias da Silva, *Conversações abolicionistas – uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva* (São Paulo, 1997), onde também se encontram muitas das observações que vêm, a seguir, expostas.

que as maiores ameaças à sobrevivência provêm de ações individualizadas de estupradores, seqüestradores, assaltantes ou homicidas.

Divulgada esta conveniente idéia de que as maiores ameaças à sobrevivência provêm de ações individualizadas de estupradores, seqüestradores, assaltantes ou homicidas, fortalecida a crença em um suposto aumento descontrolado de delitos e em um imaginado crescimento do perigo por eles provocados, estimulados os sentimentos de medo e insegurança, criado o fantasma da criminalidade – aqui, naturalmente, fazendo-se decisivo o papel desempenhado pelos meios massivos de informação, em especial na substituição das experiências diretas da realidade pelas experiências do espetáculo da realidade –, tem-se o campo propício para o desenvolvimento de uma publicidade, tão enganosa quanto intensa, que faz crer que, com a imposição de uma pena a individualizados responsáveis por aqueles identificados delitos, toda a violência, todos os perigos e ameaças, todos os problemas estarão solucionados, assim “vendendo” o sistema penal, como o produto-serviço destinado a fornecer a paz, a tranquilidade e a segurança, supostamente perdidas.¹⁹

A “venda” do sistema penal facilita-se pelas profundas e cômodas raízes em que se assenta a arraigada crença na reação punitiva e que permitem o desenvolvimento das nefastas e perversas fantasias que a alimentam.

A crença na reação punitiva está fundada na visão do criminoso como o outro. A acrítica aceitação e a rápida introjeção da falsa imagem de uma realidade assustadora, a ser enfrentada com a intervenção do sistema penal, correspondem a um desejo irracional de castigo individualizado, a reação punitiva encontrando neste desejo, por ela prontamente atendido, o amplo espaço assegurado do cumprimento de sua função simbólica de manifestação de poder e de sua finalidade de manutenção e reprodução deste poder.

Assentando-se no maniqueísmo simplista que divide as pessoas entre boas e más, as idéias de punição e afastamento do convívio social vêm atender à necessidade de criação de bodes expiatórios, sobre os quais possa recair o reconhecimento individualizado de uma culpabilidade, que não se quer coletivizada – necessidade que, remontando aos tempos mais distantes, é tanto maior quanto mais complexas as formações sociais –, desta forma se produzindo uma conseqüente sensação de inocência para todos os que escapam do processo e da condenação, a imposição da pena a um ou outro apontado responsável pela prática de um delito, funcionando como a “absolvição” de todos os não selecionados pelo sistema penal, que, assim, podem comodamente se auto-intitular “cidadãos de bem”, diferentes e contrapostos ao criminoso, ao delinqüente, ao mau.²⁰

Não passando a imposição da pena de pura manifestação de poder, destinada a manter e reproduzir os valores e interesses dominantes em uma dada sociedade, e

(19) No trabalho: A fantasia do sistema penal. *De crimes, penas e fantasias*, desenvolvi comentários sobre esta publicidade enganosa do sistema penal.

(20) Neste sentido, há de sempre ser consultado o ensaio de Hans Magnus Enzensberger *Reflexões diante de uma vitrine*. Tradução de Beatriz Sidou. *Revista USP* 9/9-22, março/maio 1991.

encontrando esta reação punitiva seu suporte e sua força ideológica na necessidade e no desejo de criação de bodes expiatórios, logo se pode verificar que o sistema penal não se destina a alcançar todos os responsáveis pelas condutas criminalizadas, residindo, ao contrário, sua real eficácia, exatamente, na excepcionalidade de sua atuação, decerto, não se fazendo funcional, para estes fins e fundamentos reais, uma reação punitiva que se abatesse sobre todos os responsáveis por condutas criminalizadas, sendo, ao contrário, imperativa a individualização de apenas alguns deles, para que, exemplarmente identificados como criminosos, possam emprestar sua imagem à personalização da figura do mau, do inimigo, do perigoso, e, assim, possibilitar, simultânea e convenientemente, o reconhecimento dos "cidadãos de bem" e a ocultação dos perigos e dos males que sustentam a estrutura de dominação e poder.

A monopolizadora reação punitiva contra um ou outro responsável por situações conflituosas ou fatos socialmente negativos, a que se dá a qualificação legal de delitos, gerando a satisfação e o alívio experimentados com a punição e a conseqüente identificação do inimigo, do mau, do perigoso, não só desvia as atenções como afasta a busca de outras soluções mais eficazes, dispensando a investigação das razões ensejadoras daquelas situações negativas, ao provocar a superficial sensação de que, com a punição, o problema já estará satisfatoriamente resolvido. Pense-se, por exemplo, no que concerne às práticas de corrupção, em nossa história recente: o desvio das atenções provocado, seja pela satisfação com eventuais punições, seja pelas campanhas por que estas se efetuem, a tirar de cena a discussão de questões como a instrumentalização do aparelho estatal e sua colocação a serviço de interesses privados, pessoais ou de grupos, a privatização de recursos públicos, as privilegiadas relações entre os detentores do poder econômico e o Estado, que, dentre outros fatores, favorecem e determinam aquelas práticas. É, exatamente, neste desvio de atenções que se encontra um dos principais ângulos da funcionalidade do sistema penal, que, tornando invisíveis as fontes geradoras da criminalidade de qualquer natureza, permite e incentiva a crença em desvios pessoais a serem combatidos, deixando encobertos e intocados os desvios estruturais que os alimentam.

Esta lógica do funcionamento localizado do sistema penal, a fazer da excepcionalidade de sua intervenção condição de sua própria existência, demonstra o vazio dos histéricos discursos, campanhas e comissões contra a impunidade e revela, além da ineficácia da reação punitiva, a injustiça que lhe é inerente.

A injustiça, inerente ao funcionamento do sistema penal, mostra-se ainda mais acentuada, quando se considera que, dada a função da pena de manifestação de poder, será a reação punitiva necessária e prioritariamente dirigida aos excluídos, aos desprovidos deste poder.

Nunca é demais lembrar que, quando se cuida da pena, se está cuidando de uma manifestação de poder de um Estado, que constitui fator da organização e do equilíbrio global de uma dada formação social. Sob formações sociais capitalistas, em quaisquer de suas etapas, a distribuição do *status* de criminoso, naturalmente, terá de obedecer à regra básica e presente em todas as etapas de desenvol-

vimento de tais formações sociais, isto é, a desigualdade na distribuição de bens. Tratando-se de um atributo negativo, este *status* de criminoso necessariamente haverá de recair, de forma preferencial, sobre os membros das classes subalternizadas – hoje, no capitalismo da pós-modernidade, mais especialmente sobre os excluídos da produção e do mercado –, da mesma forma que os bens e atributos positivos são preferencialmente distribuídos entre os membros das classes dominantes, entre as camadas privilegiadas das populações.

Como definitivamente já mostrou Zaffaroni,²¹ a retirada da cobertura de invulnerabilidade ao sistema penal dos membros das classes dominantes, ou daqueles que se colocam a seu serviço, só se dá em pouquíssimos casos, em que conflitos entre setores hegemônicos permitam o sacrifício de um ou outro que colida com o poder maior, a que já não sirva, a eventual imposição da pena a um ou outro membro das classes dominantes (ou a algum condenado enriquecido e, assim, supostamente poderoso), decerto, servindo tão somente para legitimar o sistema penal e melhor ocultar, sem maiores perdas, seu papel de instrumento de manutenção e reprodução dos mecanismos de dominação da formação social na qual surge. Aliás, que mágica poderia fazer com que os mecanismos repressores, acionados por este poderoso instrumento de manutenção e reprodução dos mecanismos de dominação, invertessem a regra básica das formações sociais capitalistas, para, nelas, repentinamente, voltarem-se contra as classes dominantes?

Fazendo acreditar na fantasia de uma falsa solução, que, além de ineficaz e inútil, causa sofrimentos desnecessários, seletiva, injusta e desigualmente distribuídos, preferencialmente entre os membros das classes subalternizadas, o sistema penal ainda reproduz as situações conflituosas e os fatos negativos, que, enganosamente, anuncia poder resolver.

Isolando e estigmatizando aqueles que seleciona para receber a pena, o sistema penal faz destes selecionados pessoas mais desadaptadas ao convívio social e, conseqüentemente, mais aptas a realizar novas condutas socialmente negativas, funcionando, já por isso, como um alimentador da parcela de violência e de insegurança provocada pelas ações criminalizadas, como roubos, estupros, seqüestros ou homicídios, parcela que, de todo modo, vale sempre repetir, é infinitamente menor do que a produzida por situações e fatos sociais, não criminalizados ou não criminalizáveis, como, no Brasil, a fome, a desnutrição, a concentração da propriedade de terras, as submoradias, a falta de saneamento, a caótica situação da educação e da saúde pública, as sucessivas políticas econômicas geradoras da miséria e da desigualdade crônicas.

Não são apenas os óbices objetivos à reintegração social dos atingidos pelo sistema penal, que reproduzem a criminalidade. As próprias estigmatização e culpabilização artificial, produzidas pela imposição da pena, especialmente a pena privativa de liberdade, provocam a interiorização do papel do criminoso, as definições legais e a rejeição social por elas produzida, freqüentemente, determi-

(21) Veja-se o já citado *En busca de las penas perdidas*, especialmente os comentários constantes, p. 113.

nando a percepção do eu como efetivamente desviante, assim conduzindo a pessoa a viver marginalmente, conforme esta imagem interiorizada.

Da mesma forma que criara o delito no primeiro momento do processo de criminalização, ao assim qualificar determinadas situações conflituosas ou fatos socialmente negativos, o sistema penal cria o delinqüente, neste outro momento daquele processo, com a interiorização por aquele que é condenado – ou, antes disso, desde o primeiro contato com o sistema penal, especialmente através da prisão provisória – do etiquetamento legal e social. Como acontece em outros campos, quando uma pessoa começa a ser tratada como se fosse uma determinada coisa – no caso do sistema penal, como se fosse criminosa –, com o prolongamento deste tratamento no tempo, a pessoa acaba por se comportar conforme o papel que lhe foi dado, isto é, como se fosse aquela determinada coisa, com o que termina efetivamente o sendo.²²

Por outro lado, cultivando o maniqueísmo que divide as pessoas entre boas e más, fazendo com que o papel do criminoso seja também o papel do mau, do outro, do anormal, distinto das demais pessoas, pertencente a uma espécie apartada do comum dos indivíduos, o sistema penal incentiva e justifica desde a defesa da oficialização de punições cruéis e desumanas, como a pena de morte ou a prisão perpétua, até a prática das mais cruéis violências contra aqueles que correspondem à imagem do criminoso, de que é trágico exemplo o extermínio de crianças e adolescentes, vistos como possíveis futuros criminosos.

Produz o sistema penal um processo semelhante ao que alimenta a repressão política das ditaduras, em que a maioria da população convive, é pouco informada e faz questão de desconhecer as atrocidades cometidas contra inimigos do regime.

A idéia de que algo precisa ser feito para manter a ordem, que acaba por admitir todo tipo de violência contra os apontados dissidentes – da tortura ao extermínio –, que acaba por ensejar todo tipo de vigilância e intervenção na esfera de privacidade dos indivíduos, dissidentes ou não – das escutas telefônicas à quebra de sigilo sobre dados pessoais –, que não se conforma com os princípios garantidores do direito de liberdade, expressados na cláusula fundamental do devido processo legal, é a mesma idéia que vem alimentando a crescente repressão do sistema penal, nas democracias mais ou menos reais do capitalismo pós-moderno.

4. Conclusão

A eloquente advertência de Nils Christie, no sentido de que o maior perigo do delito nas sociedades modernas não é o delito em si mesmo, mas o perigo de que a luta contra este conduza tais sociedades ao totalitarismo,²³ decerto impõe a

(22) Também sobre este ponto, há de se ler Zaffaroni, no tantas vezes citado *En busca de las penas perdidas*, especialmente p. 138-139.

(23) Nils Christie, *La industria del control del delito – ¿la nueva forma del holocausto?* (edição em castelhano). Buenos Aires : Editores del Puerto, 1993. Tradução de Sara Costa, p. 24.

afirmação da necessidade imediata de redução do sistema penal, de forma a inverter os rumos repressivos das formações sociais do capitalismo pós-industrial e viabilizar a imediata criação de mecanismos garantidores de uma máxima contenção do poder do Estado de punir, contenção esta que há de seguir um caminho de mão única, através do deslocamento da ênfase dada à repressão e à reação punitiva em todos os campos, abrindo caminho para a intervenção de mecanismos não penais de controle e, ao mesmo tempo, privilegiando medidas preventivas, sem perder de vista as causas mais complexas e as origens estruturais de conflitos e situações socialmente negativas, sejam os que se desenvolvem no campo das relações microsociais, sejam os que se formam nas relações macrosociais e institucionais, estes como aqueles, em sua maior parte, ligados e determinados pelas nocivas características fundamentais das próprias formações sociais do capitalismo, nocividade cuja presença se faz constante em todas as etapas de seu desenvolvimento.

Para esta urgente contenção do poder do Estado de punir, há de se trabalhar efetivamente com as linhas orientadoras do processo de descriminalização – isto é, de afastamento da modalidade de controle social, manifestada através do poder do Estado de punir – e com os princípios limitadores do processo de criminalização (proporcionalidade, idoneidade, subsidiariedade, racionalidade), para, assim, desenvolver uma atuação centrada na eliminação de tipos penais existentes, sem concessões para com a criação de novas figuras delituosas, o que, evidentemente, não significa desconsiderar aquelas condutas que sejam realmente danosas, retiradas ou não introduzidas no campo penal.

Ao contrário, o efetivo resgate de um direito penal, que, por sua própria natureza, haveria de ser sempre mínimo, pressupõe a paralela concretização de mecanismos não penais de controle e medidas preventivas para proteção dos bens jurídicos e evitação de condutas danosas, com a sinalização de soluções menos perniciosas e mais eficazes, que substituam a ineficaz e perversa reação punitiva, a descriminalização nem sempre significando a aceitação da conduta descriminalizada, nem necessariamente implicando no afastamento do caráter socialmente negativo da situação considerada, nem tampouco do controle exercido através de agências estatais.

A contenção do poder do Estado de punir é tarefa que se faz indispensável e que há de ser efetivamente buscada, sem quaisquer concessões.

Mas, decerto esta é apenas a tarefa urgente e imediata, como é urgente e imediata a contenção dos efeitos mais danosamente excludentes gerados na atual etapa do desenvolvimento capitalista.

No entanto, assim como não devem os horizontes da transformação social se esgotar nos estreitos e nocivos 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, há de se compreender que a imediata e urgente contenção do poder do Estado de punir, o imediato e urgente resgate de um ordenamento penal, consentâneo com sua natureza essencialmente mínima, constituem apenas os primeiros passos dentro de um caminho muito maior e mais

longo, que, conduzindo ao rompimento com os sentimentos de vingança e de culpa, com o maniqueísmo divisor das pessoas entre boas e más, com o desejo do castigo e a busca de bodes expiatórios, conduzindo ao rompimento com a própria idéia de delito, ao rompimento com a monopolizadora, enganosamente satisfatória, violenta e irracional reação punitiva, possa conduzir a uma futura – talvez longínqua, pouco importa – abolição do sistema penal.