LUIZ GUILHERME MENDES DE PAIVA

**Populismo penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal,
1984 - 1990**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. Miguel Reale Júnior

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2014**

LUIZ GUILHERME MENDES DE PAIVA

**Populismo penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal,
1984 - 1990**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito Penal, sob a orientação do Prof. Titular Dr. Miguel Reale Júnior.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2014**

Catálogo da publicação

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Paiva, Luiz Guilherme Mendes de.

Populismo penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal, 1984 - 1990 / Luiz Guilherme Mendes de Paiva; orientador Miguel Reale Júnior. — São Paulo, 2014.

178 f.

Tese (Doutorado) — Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia. Área de concentração: Direito Penal.

1. Direito Penal. 2. Direito Penitenciário. 3. Política Criminal. 4. Populismo Penal. 5. Superencarceramento. I. Reale Júnior, Miguel, orient. II. Título.

Para Graça e Luiz Antonio.

Agradecimentos

A decisão de lançar-se ao desenvolvimento de uma tese de doutorado não repercute apenas na vida do candidato, mas afeta a todos aqueles que o acompanham. Alguns compartilham as mesmas angústias; outros compreendem as ausências, torcem e apoiam; todos tornam a caminhada menos árida. Agradeço nominalmente algumas das pessoas que me ajudaram nesta estrada, mas essa lista está longe de ser exaustiva: minha gratidão se estende a todos que, na sala de espera do aeroporto, nos minutos antes das aulas no Largo de São Francisco ou em animadas conversas nas diversas paragens dos últimos tempos, contribuíram para que eu pudesse chegar a este momento.

Em primeiro lugar, agradeço ao Professor Miguel Reale Júnior pela orientação durante o mestrado e o doutorado. Sua ampla participação na vida pública me permitiu contar não apenas com suas contribuições acadêmicas no campo jurídico-penal, mas também no campo legislativo, institucional e histórico. De certa forma, esta tese se propôs a recuperar a história de um momento político-institucional do qual ele foi um dos protagonistas, o que foi um grande privilégio para mim. Aos componentes do exame de qualificação: Professora Helena Regina Lobo da Costa, referência desde os primeiros momentos de construção do trabalho, por sua ajuda, generosidade e amizade, e Professor Alamiro Velludo Salvador Netto, pelas preciosas contribuições ao trabalho e pelo privilégio da convivência nas sessões do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP.

A propósito, agradeço a todos os colegas, conselheiros e servidores do CNPCP, que tanto me ensinaram ao longo de meus quatro anos de mandato. Ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim, desde sempre a referência principal de pesquisa e discussão humanista no nosso difícil campo de estudos. Também devo registrar o meu sincero agradecimento ao Centro de Criminologia da Universidade de Oxford, que generosamente me recebeu como acadêmico visitante por um período que se mostrou fundamental para a conclusão da pesquisa.

O árduo trabalho de pesquisa nas fontes do processo legislativo não seria possível sem que pudesse contar mais uma vez com a eficiência e disponibilidade de Humberto Caetano de Sousa, da Coordenação de Informações Legislativas, e dos

servidores da Biblioteca do Ministério da Justiça, além da ajuda de Cátia Flor na busca das referências bibliográficas. Destaco, ainda, o notável serviço de organização, catalogação e digitalização da infinidade de documentos produzidos durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, hoje sob a responsabilidade do arquivo do Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados.

Alguns amigos, professores e profissionais destacados, dedicaram parte de seu tempo para discutir e auxiliar a elaboração teórica em diversas fases do trabalho. Agradeço a ajuda de Maíra Rocha Machado, Marta Rodriguez de Assis Machado, Camila Villard Duran, Álvaro Pires, Fabiana Costa Oliveira Barreto e Regina Carrara. Um agradecimento muito especial à Valdirene Daufemback, por compartilhar angústias profissionais e acadêmicas, e me inspirar com seu sucesso em ambas as frentes.

À equipe da Secretaria Nacional de Política sobre Drogas, nas pessoas de Vitore Maximiano e Leon Garcia, pelo apoio incondicional e por compartilhar o ideal de uma política de drogas mais justa e humana. Agradeço, ainda, aos amigos de Brasília, nas pessoas de Priscilla Vieira e Lucas Albuquerque Aguiar, pela disponibilidade e paciência ao longo desse processo.

Não poderia deixar de apontar neste espaço as pessoas cuja amizade e apoio se confundem com minha própria trajetória: André Abbud, Carolina Haber, Carolina Yumi de Souza, Daniel Arbix, Daniela Sequeira, Davi Tangerino, Felipe de Paula, Gabriel Ramos, Humberto Abraão, Leandro Galluzzi, Gustavo Bambini, Marcelo Behar, Maria Beatriz Corrêa Salles, Melissa Mestriner, Octávio Orzari, Paulo Macedo Garcia Neto, Patrícia Barbieri, Pedro Abramovay, Priscila Specie, Rafael Francisco Alves, Rafael Mafei Rabelo Queiroz, Régis Dudena, Tathiane Piscitelli e Thomaz Pereira.

À Juliana Carlos, cuja contribuição está em cada linha deste trabalho, meu carinho não cabe nestas linhas. Muito obrigado por tudo.

Por fim, o doutorado permitiu que eu pudesse ficar mais tempo ao lado de Maria da Graça, Luiz Antonio, Luiz Fernando e Anita. Obrigado por darem comigo mais esse passo.

No fundo, no fundo,
bem lá no fundo,
a gente gostaria
de ver nossos problemas
resolvidos por decreto

a partir desta data,
aquela mágoa sem remédio
é considerada nula
e sobre ela — silêncio perpétuo

extinto por lei todo o remorso,
maldito seja quem olhar pra trás,
lá pra trás não há nada,
e nada mais

mas problemas não se resolvem,
problemas têm família grande,
e aos domingos
saem todos a passear
o problema, sua senhora
e outros pequenos probleminhas.

Paulo Leminski, *Bem no fundo*, 1987.

RESUMO

Paiva, Luiz Guilherme Mendes de. Populismo penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal, 1984 - 1990. 178 f. Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

A tese discute a transformação dos discursos político-criminais sobre a pena de prisão no Brasil, no período que compreende os debates para a elaboração da Parte Geral do Código Penal e da Lei de Execução Penal, que reformaram o sistema penal em 1984, e os dispositivos penais e processuais penais discutidos na Assembleia Nacional Constituinte e contemplados na Constituição de 1988. Utilizando conceitos da literatura político-criminal anglo-saxã, as teorias tradicionais da pena e analisando os debates legislativos dos principais marcos legais do período escolhido, pretendeu-se verificar se o processo de superencarceramento brasileiro está inserido no contexto ocidental de valorização da prisão no final do século XX, ou se as peculiaridades do caso nacional indicam tratar-se de um fenômeno com causas endógenas.

O trabalho parte da hipótese de que a virada punitiva brasileira está ligada ao processo de redemocratização, que atribuiu ao sistema de justiça criminal o papel de instrumento de resolução de problemas sociais complexos. Em um curto período, partiu-se de uma concepção de pena criminal como *ultima ratio*, instrumento de um sistema mais amplo de ressocialização e inclusão social, para um direito penal essencialmente punitivo. Nesse processo, a pena criminal foi revalorizada tanto por setores conservadores — que se aproveitaram da utilidade eleitoral da política criminal para construir a narrativa da pena como instrumento de exclusão dos indesejáveis, em detrimento dos direitos humanos dos condenados — quanto por setores progressistas — que viram no potencial simbólico da prisão uma forma de assegurar pautas e de buscar direitos sociais. Assim, de maneira paradoxal, a pena de prisão assumiu o papel de síntese das demandas contraditórias que se apresentaram durante as disputas políticas nos anos 1980.

Ao final, conclui-se que a prática contemporânea do sistema penal brasileiro está ligada à função atribuída à pena de prisão a partir da abertura política. O recurso a penas cada vez mais altas, o perene apelo a restrições processuais penais e a indiferença

quanto à situação dos cárceres (agora concebidos como meros instrumentos de exclusão) refletem a lógica de colonização do sistema de justiça pelo aparato de segurança pública, característica constitutiva do antimodernismo penal no país.

Palavras-chave: populismo penal; superencarceramento; pena de prisão; virada punitiva; modernismo penal; antimodernismo penal; Estado de bem-estar; teorias da pena; Reformas de 1984; Assembleia Nacional Constituinte.

ABSTRACT

Paiva, Luiz Guilherme Mendes de. Penal Populism in Brazil: from penal modernism to late modernism, 1984 - 1990. 178 p. Doctorate. Faculty of Law, University of São Paulo. São Paulo, 2014.

The thesis presents a discussion about the transformation of criminal policy discourses on imprisonment in Brazil, from the 1984 criminal justice reform laws to the debates on the constitutional framework of the criminal justice system during the National Constituent Assembly, in 1988. Using concepts developed in the Anglo-Saxon criminology and the traditional justifications for criminal sanctions, the work analyses the legislative debates in order to verify if Brazilian overincarceration is part of the *punitive turn wave* which took place in the Western world in the late 20th century, or if its peculiarities should rather be explained by endogenous causes.

It goes to illustrate how, in few years, Brazilian punitive turn departed from a welfare penal agenda to one essentially based on punitive sanctions. The hypothesis investigated along the work is that this phenomenon has direct links to the democratization process which attributed to the criminal justice system the role of solving complex social problems. Both conservatives, who discovered the electoral potential of penal populism, and new social movements, who relied on the symbolic nature of criminal law to support and organize civil rights' demands, reinvigorated imprisonment. Paradoxically, prison became a synthesis of contradictory political forces and demands raised at the decline of military regime.

The work concludes that contemporary practices of Brazilian criminal justice system are determined by the role assigned to imprisonment since democratization. Ever-higher prison sentences, limits on procedural rights for the accused and indifference towards inhumane prisons (now merely defined as a neutralization tool) reflects colonization of the criminal justice system by crime control apparatus, which is a constitutive feature of penal late-modernism in Brazil.

Key words: penal populism; prison; punitive turn; penal modernism; penal late-modernism; Welfare State; prison justification theories; Legislative Reforms of 1984; National Constituent Assembly.

RÉSUMÉ

Paiva, Luiz Guilherme Mendes de. Populisme pénal au Brésil: du modernisme a le modernisme avancée pénal, 1984-1990. 178 p. Doctorat. Faculté de Droit, Université de São Paulo. São Paulo, 2014.

La thèse présente une discussion sur la transformation du discours de politique criminelle sur l'emprisonnement au Brésil, depuis la période des réformes législatives pénales en 1984 jusqu'aux débats sur la peine de prison pendant l'Assemblée Nationale Constituante en 1988. En utilisant des concepts développés dans la criminologie anglo-saxonne et les justifications traditionnelles des sanctions pénales, le travail analyse les débats législatifs afin de vérifier si l'incarcération excessive au Brésil fait partie du virage punitif qui a eu lieu dans le monde occidental à la fin du XXe siècle ou si les particularités nationales indiquent que c'est un phénomène avec des causes endogènes.

On part de l'hypothèse que le virage punitif brésilien est attaché au processus d'une nouvelle démocratisation qui a attribué au système de justice criminelle le rôle d'un outil de résolution de problèmes sociaux complexes. Dans une courte période on est passé d'une conception de peine criminelle *ultima ratio*, c'est-à-dire comme un instrument d'un système plus large de resocialisation et d'inclusion sociale pour un droit pénal essentiellement punitif. Dans ce processus, la peine criminelle a été revalorisée autant par les secteurs conservateurs qui ont profité de l'utilité électorale de la politique criminelle pour construire le récit de la peine comme un instrument d'exclusion de ceux qui ne sont pas désirables sans prendre en compte les droits humains des condamnés que par les secteurs progressistes qui ont vu dans le potentiel symbolique de la prison une façon d'assurer des consignes et de chercher des droits sociaux. Ainsi la prison a pris paradoxalement le rôle de synthèse de demandes contradictoires au cours des disputes politiques des années 1980.

A la fin, on conclut que la mise-en-oeuvre contemporaine du système pénal brésilien est déterminée par le rôle pris par l'emprisonnement depuis la démocratisation. Des peines de prison plus élevées, des droits de procédure plus contraintes et de l'indifférence concernant les prisons inhumaines (conçus maintenant comme simples outils de neutralisation) reflètent la colonisation du système de justice pénale par un

appareil de contrôle de la criminalité, caractéristique constitutive de la modernité avancée pénale au Brésil.

Mots-clés: populisme pénal; prison: virage punitif: pénalité moderne; pénalité de la modernité avancée; État-providence; théories sur la peine; réformes législatives de 1984; Assemblée Nationale Constituante.

Sumário

Introdução	17
1. MODERNISMO E ANTIMODERNISMO PENAL.....	29
1.1. <i>O modernismo penal</i>	31
1.2. <i>O antimodernismo penal</i>	36
1.2.1. A virada punitiva	38
1.2.2. Populismo penal	45
1.2.3. Punitividade contraditória	51
1.2.4. Elementos do antimodernismo penal	53
1.3. <i>Modernismo e antimodernismo penal: as teorias da pena</i>	57
1.3.1. O modernismo penal e a prevenção especial positiva	59
1.3.2. A pena antimoderna por excelência: a prevenção especial negativa	61
1.3.3. Prevenção geral positiva e a reafirmação dos valores sociais	62
1.3.4. Prevenção geral negativa: dissuasão e a virada punitiva	66
1.3.5. Retribuição	68
2. CAMINHOS DO MODERNISMO PENAL BRASILEIRO.....	70
2.1. <i>Antecedentes: o Código Penal de 1940</i>	71
2.2. <i>Antecedentes: o debate sobre a pena no Brasil dos anos 1970</i>	78
2.2.1. O contexto criminológico na América Latina.....	78
2.2.2. Moção de Nova Friburgo, lei nº 6.106/73 e lei nº 6.416/77	80
2.2.3. Os discursos sobre a pena de prisão.....	84
2.3. <i>Os anteprojetos da Nova Parte Geral do Código Penal e da Lei de Execução Penal</i>	87
2.3.1. O anteprojeto de reforma da Parte Geral do Código Penal.....	89
2.3.2. O anteprojeto da Lei de Execução Penal	92
2.4. <i>As Reformas de 1984 e as teorias da pena</i>	96
3. CONSTITUIÇÃO E PENALIZAÇÃO	99
3.1. <i>Contexto político-eleitoral</i>	101
3.1.1. As eleições de 1982: O conservadorismo na oposição e a guerra contra o crime	103
3.1.2. Os novos movimentos sociais e o direito penal simbólico	111
3.2. <i>A Assembleia Nacional Constituinte</i>	114
3.2.1. O funcionamento da ANC	116
3.2.2. Entre o modernismo e o antimodernismo penal: os debates na ANC.....	120
3.2.3. Os mandados constitucionais de penalização	132
3.3. <i>Como explicar a virada punitiva brasileira?</i>	144
CONSIDERAÇÕES FINAIS: A prisão no Brasil contemporâneo	147
BIBLIOGRAFIA	154

Introdução

Em dezembro de 2012, os indicadores de ocupação do sistema penitenciário brasileiro mostravam que 548.003 pessoas estavam encarceradas.¹ Esse número, que inclui presos definitivos no regime fechado, semiaberto e os presos provisórios, representa um aumento de 129% em dez anos,² e de 379% em vinte anos.³ O número de vagas no sistema carcerário também cresceu de forma impressionante,⁴ mas não foi capaz sequer de acompanhar a proporção do número de presos. A ocupação total do sistema que era de 153% em 2002, passou a 176% em 2012. Apenas três delitos são responsáveis pela prisão de dois terços dos presos brasileiros: furto, roubo e tráfico ilícito de entorpecentes.⁵

Fonte: Infopen. O número de vagas apenas passou a ser oficialmente informado a partir de 2000.

¹ Fonte: Departamento Penitenciário Nacional, Relatório Estatístico Dezembro/2012. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/acesso-a-informacao/estatisticas-prisional/anexos-sistema-prisional/total-brasil-dez-2012.xls>>. Acesso em: 13 dez. 2014.

² Em junho de 2002, o número de presos no país era de 239.345. In: BRASIL, Departamento Penitenciário Nacional, Relatório Estatístico Junho/2002. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/acesso-a-informacao/estatisticas-prisional/anexos-sistema-prisional/populacao-carceraria-sintetico-2002.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2014.

³ Fonte: World Prison Brief, International Centre for Prison Studies (ICPS). Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/country/brazil>>. Acesso em: 13 dez. 2014.

⁴ As vagas oficiais no sistema penitenciário brasileiro cresceram 98% entre 2002 (156.432) e 2012 (310.687).

⁵ Nas formas simples e qualificadas. André NASCIMENTO (2008, p. 20) anotou que esses três delitos, todos relacionados ao acesso forçado à renda, respondiam por 60% da população prisional brasileira em 2006. A proporção aumentou nos seis anos subsequentes.

Tais números colocam o Brasil em uma posição de destaque no ranking das grandes nações encarceradoras: em dezembro de 2012, era o quarto país com a maior população carcerária do planeta, em números absolutos.⁶ Mas a estatística mais significativa é a da taxa de encarceramento: a proporção do número de presos em relação à população total aumentou muito mais do que o experimentado pelos países com as maiores populações carcerárias, pelos países que compõem os BRICs ou pela média da América Latina, com a notável exceção da Colômbia.⁷

Variação na taxa de encarceramento (presos por 100 mil habitantes)

País	Taxa 1	Taxa 2	Variação
Estados Unidos	501 (1992)	731 (2010)	45%
China	109 (1995)	123 (2010)	12%
Rússia	485 (1992)	609 (2010)	25%
Índia	27 (1999)	30 (2011)	11%
África do Sul	285 (1992)	331 (2012)	16%
Argentina	62 (1992)	147 (2011)	137%
Chile	154 (1992)	313 (2010)	105%
Colômbia	78 (1992)	247 (2013)	238%
Peru	69 (1992)	154 (2010)	123%
Brasil	74 (1992)	274 (2012)	270%

Fonte: World Prison Brief

Os dados internacionais permitem verificar que houve nas últimas duas décadas um aumento substancial na população carcerária mundial. Em todos os continentes os patamares de encarceramento foram redefinidos, ainda que alguns países

⁶ Atrás dos Estados Unidos (2.228.424 presos), China (1.701.344 presos) e Rússia (675 mil). Fonte: World Prison Brief, International Centre for Prison Studies (IDPC). Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All>. Acesso em: 13 dez. 2014.

⁷ O crescimento do encarceramento brasileiro só é inferior ao do Camboja, que experimentou uma expansão de 450% entre 1995 e 2010, passando de 22 para 99 presos por 100 mil habitantes. Fonte: World Prison Brief. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/country/cambodia>>. Acesso em: 13 dez. 2014.

tenham apresentado inversão na tendência nos últimos anos.⁸ Esse processo de expansão do encarceramento como resposta-padrão do sistema de justiça criminal foi definido pela sociologia norte-americana como *virada punitiva*⁹ — o processo de transformação da retórica e das práticas do sistema de justiça criminal nos anos 1970, cujo principal indicador é a explosão da população carcerária,¹⁰ e que será objeto de atenção específica neste trabalho.

É tentador definir o aumento da população carcerária brasileira como uma das expressões da *virada punitiva* como fenômeno mundial. Este trabalho parte da premissa, contudo, que há elementos marcadamente distintos no processo brasileiro, de forma que rotulá-lo como representativo desse processo internacional é muito pouco para compreendê-lo. Para tanto, é preciso recuperar os aspectos políticos, legislativos e doutrinários que tornam a experiência brasileira bastante particular mesmo nesse contexto.

A trajetória que levou ao aumento do número de pessoas presas como resultado de sentenças criminais nos Estados Unidos e na Inglaterra a partir do fim da década de 1970 foi analisada por uma bibliografia consistente. Desta, é possível destacar num primeiro momento o trabalho de David Garland, no livro *A cultura do controle* (2008),¹¹ para quem o *modernismo penal*¹² — sistema de justiça criminal concebido no pós-guerra — estava fundamentado, em última análise, nos pressupostos políticos de um *Estado de bem-estar social*¹³ que se posicionava como responsável por melhorar as condições sociais e, em particular em âmbito criminal, como agente da ressocialização daqueles submetidos à sanção criminal.

⁸ Alemanha e Holanda reduziram suas taxas de encarceramento na última década, mas ainda estão em um patamar muito superior aos índices do início da década de 1990. Fonte: World Prison Brief. Disponível em: [e <http://www.prisonstudies.org/country/germany>](http://www.prisonstudies.org/country/germany) e [e <http://www.prisonstudies.org/country/netherlands>](http://www.prisonstudies.org/country/netherlands). Acesso em: 13 dez. 2014.

⁹ Em inglês, *punitive turn* ou *new punitivism*.

¹⁰ Depois de permanecer estável em torno de 110 presos por 100 mil habitantes entre 1920 e 1970, o índice de encarceramento nos Estados Unidos atingiu 310 por 100 mil habitantes, em 1985, e 600 por 100 mil habitantes, em 1995. O índice de 731 por 100 mil habitantes apresentado em 2010 significa mais de 2,2 milhões de pessoas encarceradas naquele país, sem contar com as pessoas submetidas a outras formas de controle penal, como monitoramento eletrônico, *parole* e *probation*. Fonte: World Prison Studies. Disponível em: [e <http://www.prisonstudies.org/country/united-states-america>](http://www.prisonstudies.org/country/united-states-america). Acesso em: 13 dez. 2014.

¹¹ Publicado pela primeira vez em 2001.

¹² Também referido como Estado penal previdenciário, ou ainda *previdenciário penal* (*penal welfarism*), que serão utilizados daqui em diante como sinônimos.

¹³ Ao longo deste trabalho o termo será usado de modo alternado com sua versão resumida, *Estado de bem-estar*, sem distinção de sentido.

Por uma série de fatores relacionados à crise do Estado de bem-estar, o abandono de projetos de inclusão social e sua substituição por mecanismos de exclusão e gerenciamento de riscos conduziram, de maneira lógica, a um direito penal essencialmente incapacitante. Assim, entre o fim dos anos 1960 e o começo dos anos 1980, o modernismo penal foi sendo substituído de forma gradual por uma ideologia diversa — definida como *antimodernidade*¹⁴ — com motivações e objetivos opostos: a percepção de que o sistema penal *não funciona*¹⁵ conduziu à meta de incapacitação do delinquente e à adoção de um modelo deliberadamente retributivo, com longas penas privativas de liberdade, sanções perpétuas e de morte.

No contexto da *antimodernidade*, também ganha relevo o papel simbólico da pena de prisão, seja como estratégia de legitimação da autoridade estatal, fragilizada pelo enfraquecimento generalizado dos Estados nacionais, seja como estratégia político-eleitoral, aproveitando-se do aumento da sensação de insegurança, da obsessão pelo controle e da contestação dos pressupostos previdenciários para oferecer o direito penal como solução. Nesse ponto surge o conceito do *populismo penal* — ou o ato de propor e executar políticas penais com o objetivo de ganhar dividendos eleitorais, em vez de buscar reduzir o crime ou promover justiça — ou, mesmo, antes de qualquer consideração sobre sua eficiência ou utilidade prática (ROBERTS; ROUGH, 2005, p. 16).

Ainda que a situação atual tenha inequívocas aproximações com a descrição do superencarceramento estadunidense feita por Garland, a trajetória brasileira é de difícil enquadramento no processo de transição de um sistema penal *moderno* para um *antimoderno*. Nos Estados Unidos essa transição envolveu o questionamento político, criminológico e legislativo dos fundamentos e objetivos do modelo *penal previdenciário*, ao longo de um período relativamente curto, mas que ainda assim cobre ao menos quinze anos. Já no Brasil, não se pode falar em um marco normativo *moderno* antes de 1984: foi neste momento preciso, com a aprovação da Nova Parte Geral do Código Penal e da Lei de Execução Penal, que elementos caros ao *previdenciarismo penal*, como a individualização do tratamento, necessidade de adaptação do condenado

¹⁴ Em inglês, *late modern* que foi traduzido na versão espanhola por *antimoderno*, e em português por *pós-moderno*. A opção pela terminologia empregada na versão em espanhol e os conceitos de modernidade e antimodernidade serão objeto de aprofundamento no capítulo 1.

¹⁵ Referência ao texto de Robert MARTINSON, *What Works: Questions and Answers about Prison Reform*, de 1974, que condensou as críticas à ineficiência das políticas de reabilitação implementadas nos Estados Unidos desde o período do pós-guerra.

ao meio social, e a importância do amparo comunitário ao egresso, foram de fato adotados como política pela legislação nacional.¹⁶ Além disso, do ponto de vista político, o período de abertura pós-ditadura militar não representou a rejeição aos pressupostos do Estado de bem-estar, senão a acomodação de muitos deles na nova ordem constitucional.

Ainda assim, em nossa prática penal contemporânea, a taxa de encarceramento cresceu em níveis muito superiores à média mundial e convive, ao mesmo tempo, com mais de 400 mil mandados de prisão não cumpridos.¹⁷ Parece claro, portanto, que o processo que nos conduziu de um marco normativo *moderno*, como os de 1984, para a atual conjuntura marcadamente *antimoderna* e populista merece um exame mais aprofundado.

A prisão como elemento central do sistema de justiça criminal

É importante destacar, logo nesta introdução, que o foco do trabalho está precisamente na centralidade da pena de prisão no sistema de justiça criminal contemporâneo. É certo que tal debate poderia ser estendido para o sistema de penas considerado, em especial diante do advento das alternativas penais. Mas o que se pretende aqui é recuperar a história da crítica ao protagonismo da pena de prisão, que está presente na doutrina brasileira ao menos desde o começo da década de 1970. Os diversos anteprojetos de lei formulados naquele período invariavelmente tiveram como fundamento o fracasso da prisão para os fins a que se propunham e, além disso, buscavam ampliar as possibilidades de resposta do sistema frente a essa realidade. O advento da prisão-albergue pelo Conselho da Magistratura de São Paulo em 1965 também deve ser lido nesse contexto.

Assim, não se ignora que, no período posterior ao estudado no trabalho, o sistema de justiça criminal brasileiro buscou iniciativas que, supostamente, vão em

¹⁶ É certo que alguns experimentos *penais previdenciários* foram inseridos na legislação brasileira ao longo da década de 1970, como as leis nº 6.016/73 e nº 6.416/77, mas foram os projetos de lei que culminariam nas leis nº 7.209 e 7.210 que incorporaram de maneira sistemática as premissas e objetivos que representam uma perspectiva *moderna* no que diz respeito à pena de prisão do nosso sistema de justiça criminal.

¹⁷ Em 5 de dezembro de 2014, 427.738 mandados de prisão aguardavam cumprimento no país. Fonte: Banco Nacional de Mandados de Prisão, Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/bnmp/>>. Acesso em: 5 dez. 2014.

direção contrária à centralidade do cárcere. Desde as reformas de 1984, alterações importantes no sistema de penas brasileiro tenderam a reduzir a incidência da pena de prisão: podemos destacar a lei nº 9.099/95, cuja definição de “crimes de menor potencial ofensivo” foi num período posterior ampliada pela lei nº 10.259/01 para abranger aqueles cuja pena não supere dois anos; a lei nº 9.174/98, que, com todos os seus problemas (REALE JÚNIOR, 1999) aumentou consideravelmente o campo de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; e a mais recente lei nº 12.403/11, que ampliou as hipóteses de medidas cautelares pessoais alternativas à prisão. De fato, como apontou Garland (2008, p. 261), uma das adaptações — contraditórias, entre muitas — das agências de justiça criminal às pressões da antimodernidade é o desenvolvimento de estratégias de redução da punição, diante do inescapável dilema de manter a criminalização e enfrentar a escassez de recursos humanos e orçamentários.

Contudo, tais iniciativas legislativas não ameaçaram a centralidade da prisão em nosso sistema: não são poucos os indícios de que a nova estrutura criada para administrar os crimes menos relevantes incorporou ao sistema penal condutas que eram antes por ele ignoradas, transformando uma medida na teoria desencarceradora em uma ampliação do poder punitivo,¹⁸ e, ademais, é a quantidade de pena de prisão atribuída a cada caso que determina a possibilidade de fazer ou não uso de tais alternativas. Assim, tais inovações são exemplos de medidas que “puderam operar nas margens da justiça criminal, compensando as tendências centrais sem mudar muito o equilíbrio do sistema” (GARLAND, 2008, p. 241). Ora, mesmo com a grande ampliação das estratégias e hipóteses legais alternativas à prisão, a taxa de encarceramento só tem aumentado, o que por si só demonstra que a sua permanência, persistência e protagonismo merecem ser analisados com atenção.

¹⁸ O conceito de ampliação da rede penal — *net widening* — é bem conhecido dos estudos sobre políticas de alternativas à prisão, que, na prática, podem (ou tendem a, segundo os críticos) trazer novas pessoas ao sistema em vez de levar à redução do encarceramento (TANGERINO, 2014, p. 223). De fato, já se notou no Brasil que os “clientes” dos sistemas de penas — privativas de liberdade e alternativas — são distintos, e não se comunicam (ILANUD, 2006, p. 14; AZEVÊDO, 1999, p. 72; TEIXEIRA; MATSUDA, p. 287), conclusão que se coaduna com vários estudos europeus e norte-americanos (cf. CARRIER, 2010, p. 4; HUGHES; STEVENS, 2010, p. 1000; DAEMS, 2007, p. 323; GARLAND, 1996, p. 456). Não se quer afirmar, com isso, que as alternativas penais não devem ser estimuladas, mas que, salvo notáveis exceções (como as práticas bem-sucedidas nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Paranoá/DF, descritas em BARRETO, 2013) as iniciativas levadas a cabo até hoje nesse sentido não tiveram o efeito desejado em termos de desencarceramento. Para um balanço dos primeiros dez anos das políticas de alternativas penais no Brasil e as perspectivas para o futuro, ver BARRETO (2010).

Pelo mesmo motivo, é importante notar que o debate sobre a centralidade da pena de prisão perpassa ideologias bastante distintas no cenário crítico nacional e internacional, europeu e norte-americano. Assim é que tanto o abolicionismo penal quanto o garantismo penal e as diversas matizes de criminologias críticas, com todas as suas diferenças de pressupostos e programas, coincidem no diagnóstico sobre o fracasso do cárcere diante dos objetivos por ele declarados¹⁹. Conforme sintetiza Silva-Sanchez (2002, p. 139), “certamente o problema não é tanto a expansão do Direito Penal em geral, senão especificamente a expansão do direito penal da pena privativa de liberdade. É essa última que deve realmente ser contida”.

Teorias da pena e comparação entre sistemas jurídicos distintos

A gravidade — ou até dramaticidade — da realidade carcerária nos Estados Unidos faz com que o fenômeno do encarceramento em massa seja num primeiro momento percebido e criticado naquele país. É a nação que mais encarcera pessoas no mundo, em números proporcionais ou absolutos (mais de 2 milhões e 200 mil pessoas em 2012) incluindo países desenvolvidos e em desenvolvimento, democráticos e autoritários, mais e menos populosos. O enorme impacto econômico, cultural, social e jurídico desse empreendimento pode ser medido pelo fato de que mais de 13 milhões de pessoas circularam pelas prisões, penitenciárias, centros militares e centros de imigração²⁰ dos Estados Unidos no mesmo ano de 2012. Em 2006, o país (União e os

¹⁹ FERRAJOLI (2002, p. 200) salienta a “necessidade de reduzir, e em perspectiva de abolir, as penas detentivas, vez que excessiva e inutilmente aflitivas, e sob muitos aspectos danosas”; no mesmo sentido, REALE JÚNIOR já falava, no início da década de 1980, no “fracasso absoluto da pena de prisão” (1983, p. 12). BATISTA (2001), ZAFFARONI (1991) e BARATTA (2002) também compartilham o mesmo diagnóstico. HASSEMER (2005, p. 430), ao comentar de maneira crítica as propostas abolicionistas, anota que impor limites ao sofrimento “é uma obrigação de qualquer um que trabalha no e com o Direito Penal [...]; o Direito Penal tem que retroceder se um meio adequado mais moderado está à disposição”. No cenário anglo-saxão, a defesa da prisão como tal foi adotada pela criminologia conservadora, de forma que mesmo a histórica divergência entre as criminologias radicais e liberais é deixada de lado no momento de se condenar a prisão — o que pode ser sintetizado pela triste constatação dos liberais LEA; YOUNG (2001, p. 265, em tradução livre): “A consequência da experiência do cárcere é ou produzir pessoas que não podem se reintegrar e que dão pena, ou delinquentes endurecidos. Qualquer hospital que fizesse com que as pessoas ficassem mais adoecidas do que antes, que a cada visita de um paciente tornasse mais provável o seu retorno, teria sido fechado há anos”.

²⁰ Eufemismo para designar os locais de detenção em que imigrantes em situação ilegal aguardam por dias, meses ou até mesmo por anos o processo de deportação (BOSWORTH, 2012).

Estados) gastou mais de 60 bilhões de dólares na gestão de seu sistema penitenciário (GIBBONS; KATZENBACH, 2006, p. 11).

Não é estranho, portanto, notar que essa realidade tenha atraído a atenção de seus próprios pesquisadores, juristas, criminólogos, sociólogos, economistas. Existem muitos estudos e pesquisas destinados a tentar compreender a trajetória do superencarceramento estadunidense — pretende-se, aqui, trabalhar com alguns dos autores desses trabalhos.²¹

A disseminação do aumento das taxas de encarceramento para outros países do mundo²² levou à reflexão sobre existência de causas exógenas a cada contexto nacional que possa ajudar a explicar tal movimento. Vários autores passaram a observar a realidade dos Estados Unidos e a especular sobre uma eventual importação do modelo de encarceramento em massa por seus próprios países — assim como ocorreu com o próprio advento da penitenciária, exportada pelas economias industriais no século XVIII, ou mesmo com as políticas de previdenciarismo penal forjadas na era de ouro dos Estados Unidos e que se difundiram “*por toda parte e mesmo onde não havia, e nunca houve a menor sombra de um Estado Social*” (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2012, p. 17).

Jock Young (1997, p. 147, em tradução livre) simboliza esse olhar preocupado com que a Europa passou a estudar e avaliar o experimento estadunidense, ao alertar que

Nossos políticos, de todos os partidos, atravessam o Atlântico para aprender sobre esse experimento carcerário lamentável, mas buscar lições sobre o controle do crime nos Estados Unidos é como viajar à Arábia Saudita para aprender sobre o direito das mulheres. A única lição a ser aprendida é não se deixar levar por esse caminho. É perceber que, se for necessário construir um Gulag para manter uma sociedade do tipo o-vencedor-leva-tudo, então é a sociedade que deve mudar antes de se expandir as prisões.

²¹ Boa parte deles, infelizmente, ainda sem tradução para o português.

²² O termo *policy transfer* (transferência de políticas públicas, em tradução livre) foi cunhado para denominar o processo de importação de políticas sociais dos Estados Unidos pelo Reino Unido, o que é em particular relevante no campo do controle do crime. A paradoxal atratividade das políticas criminais dos Estados Unidos do outro lado do Atlântico são objeto de análise de uma série de artigos (WACQUANT, 1999; KARSTEDT, 2002; JONES e NEWBURN, 2002; NEWBURN, 2002; NELLIS, 2000). NEWBURN (2002, p. 166, em tradução livre), ao buscar compreender os motivos pelos quais, “a despeito da maior taxa de encarceramento do mundo, combinada com taxas de crimes violentos muito maiores do que as do Reino Unido, por algum motivo os políticos britânicos acham a política criminal Made in USA estranhamente sedutora”, defende que a proximidade ideológica entre Estados Unidos e Reino Unido pode explicar parte da questão, mas aponta que o exemplo do sucesso eleitoral das políticas criminais populistas, o reconhecimento da utilidade do direito penal simbólico como linguagem política e a lucratividade da indústria do controle do crime são fatores mais relevantes e facilmente exportáveis para outras partes do mundo.

Como ressaltou André Nascimento (2008, p. 9), é certo que o superencarceramento e a expansão do sistema prisional brasileiro jamais se equipararão em intensidade ao dos Estados Unidos, seja porque a tradição jurídica romano-germânica continental é estruturalmente distinta da anglo-saxã, permitindo menos fontes e menor flexibilidade na criação do direito, seja pela simples falta de estrutura financeira e institucional para suportar tal empreendimento. No entanto, “dada a nossa posição marginal e dependente na ordem capitalista mundial, os fenômenos nefastos de lá têm o mau hábito de se repetir por aqui”. Ademais, como notou Rosa del Olmo (2004, p. 170), as leis penais latino-americanas são inspiradas nos diplomas espanhóis,

mas o lugar do cumprimento das condenações deveria ser similar ao modelo anglo-saxão [...]. Nesse campo, refletem-se também nossas contradições e deformações, assim como a heterogeneidade característica de nossas sociedades dependentes: mistura-se a “ciência jurídica” europeia à “técnica de tratamento” norte-americana, mas adaptando-as e deformando-as para torná-las racionais no contexto latino-americano.

Por tudo isso, mesmo diante das diferenças dos sistemas jurídicos, da cultura institucional e da capacidade de investimento entre o Brasil e os Estados Unidos, o estudo da situação deste último é em absoluto pertinente para buscar a compreensão do primeiro. Além do poder atrativo que as respostas punitivas concebidas no norte têm exercido na prática política do sul,²³ as teses que justificam a pena de prisão e que a ela atribuem determinadas finalidades ao longo do tempo são as mesmas, como se verá. Ainda que com variações geográficas e temporais de nomenclatura ou de ênfase, a razão da pena de prisão gira em torno das categorias de retribuição, prevenção geral e especial, positiva e negativa.

²³ PAVARINI; GUAZZALOCA (2007, p. 20, em tradução livre) reforçam a ideia de que o programa punitivo é um componente da cultura, e portanto não é de se espantar que a cultura punitiva dos países ocidentais desenvolvidos se imponha como se fora um ponto de vista *universal* — “o modelo dominante em política criminal se espalha por todos os lugares, como o hábito de beber Coca-Cola”. Para os autores, é verdade que o grau de “importação” das ideias varia de acordo com os contextos culturais de cada região, de forma que a cultura punitiva tem especial apelo em realidades nas quais a liberdade da população marginalizada nunca teve valor econômico — como nas regiões de passado escravocrata. O mesmo argumento sobre a importação da cultura punitiva é feito por ROBERTS (2003, p. 60), que, ao falar em “americanização das penas”, especula que a exportação do populismo penal dos Estados Unidos para o resto do mundo pode se relacionar ao fato de que produtos norte-americanos (em especial produtos culturais) são muitas vezes importados pelo resto do mundo. TONRY (1999, p. 19) nota que essa influência é em geral unilateral, pois existem poucos exemplos de importação, pelos Estados Unidos, de alternativas penais ou extrapenais que tenham sido concebidas na Europa ou em qualquer outra parte do mundo.

Richard Frase (2001, p. 259, em tradução livre) reforça essa convicção, ao dizer que “existe um grau substancial de semelhança entre os objetivos das penas, processos e alternativas atualmente empregados nos países ocidentais”, refletindo “propósitos e princípios comuns e reconhecendo fatos muito parecidos como circunstâncias agravantes e atenuantes”, a despeito das diferenças linguísticas, legais, culturais e de tradição jurídica. Para o autor, muitos países ocidentais vivenciaram um processo parecido de evolução em suas teorias penais desde o século XVIII, desde a ênfase liberal clássica na proporcionalidade das penas, passando por experimentos de tratamento e reabilitação a partir do final do século XIX, e apresentando, agora, uma batalha entre defensores e críticos da prisão.²⁴

Não é por outra razão que trabalhos baseados em sistemas jurídicos tão distintos quanto o dos países nórdicos, o italiano, o alemão e o inglês possam gerar análises tão semelhantes quanto os de Mathiesen (2006), Pavarini; Giamberardino (2012), Günther (2006) e Honderich (2005).²⁵ Para que a análise seja útil no contexto brasileiro, é preciso compreender o fenômeno dos Estados Unidos, e a virada punitiva ocidental a partir de uma perspectiva crítica, tendo-se em mente as particularidades da nossa realidade local.²⁶

Estrutura do trabalho

A hipótese de trabalho é de que os marcos legislativos penais da década de 1980 — sobretudo a reforma da Parte Geral do Código Penal e a Lei de Execução Penal, ambos de 1984 — estabeleceram os fundamentos para um sistema de justiça

²⁴ A propósito, ROIG (2005, p. 39) analisa os documentos de criação das *casas de correção* no Brasil imperial, notando a semelhança discursiva com a defesa da prisão que se dava no mesmo período na Europa e nos Estados Unidos: “A contemporaneidade da defesa da pena de prisão [...] não se deve apenas à influência por nós sofrida, mas sobretudo à concomitância de um quadro social conflitivo em todos os referidos países. Enquanto nos primeiros a pena de prisão estava diretamente atrelada ao incremento produtivo e à necessidade de restabelecimento da ordem, por aqui a prisão se apresentava como uma resposta às vicissitudes e ameaças sofridas pela ordem escravista”.

²⁵ Vários autores já se dedicaram à análise das justificativas e finalidades da pena. Alguns dos estudos mais célebres são os ensaios abolicionistas de Louk HOULSMAN (1997) e Eugenio Raúl ZAFFARONI (1991), cujas narrativas já são bem conhecidas no Brasil.

²⁶ TONRY (2001, p. 19) salienta que, apesar das semelhanças, existem diferenças políticas significativas entre os Estados Unidos e a Europa. O autor aponta a introdução de alternativas ao encarceramento e indultos que libertam anualmente grandes quantidades de presos na Itália, Espanha e França, e nota que nenhum governador ou presidente dos Estados Unidos teria condições políticas para fazer algo similar.

criminal que questionava e desafiava a centralidade da pena de prisão, mas cujos pressupostos foram politicamente questionados nos anos que se seguiram, culminando em uma política criminal contraditória e por natureza punitiva.

Propõe-se aqui a refazer o percurso desde os antecedentes das reformas penais de 1984 até o fim daquela década, passando pelos debates e pela promulgação da Constituição de 1988, sob a perspectiva do sistema de penas, e, de maneira mais ampla, dos modelos de justiça criminal e da respectiva orientação das práticas penais subjacentes aos debates.

Para tanto, o trabalho se divide em três partes: o primeiro capítulo cuida de apresentar as ferramentas teóricas desenvolvidas pela literatura norte-americana e europeia para definir e explicar os conceitos-chave para a compreensão do superencarceramento como fenômeno mundial: além dos já mencionados *modernismo* e *antimodernismo penal*, discutem-se os conceitos de *virada punitiva*, *populismo penal* e *punitividade contraditória*, bem como seus desdobramentos, limitações analíticas e, por fim, a relação de cada um deles com as teorias da pena.

O segundo capítulo analisa o percurso histórico de construção dos dois textos normativos que concretizaram os pressupostos teóricos político-criminais no Brasil do início da década de 1980: a lei nº 7.209/84, que substituiu a Parte Geral do Código Penal Brasileiro, e a lei nº 7.210/84, a Lei de Execução Penal, a partir do contexto político do processo de elaboração legislativa, e tomando por base a produção doutrinária do período, relacionando o novo sistema de justiça criminal aos conceitos trabalhados no capítulo anterior.

O terceiro capítulo tem como objeto os debates político-criminais na elaboração do texto constitucional, cujos embates entre forças conservadoras e progressistas, velhos e novos movimentos sociais, juristas e políticos produziram uma síntese entre princípios liberais e garantistas, de um lado, e mandados de penalização e outros componentes marcadamente punitivos, simbolizando as profundas contradições que marcam a prática do sistema de justiça criminal contemporâneo. Faz parte desse processo a análise da maneira pela qual as forças progressistas conduziram à emergência de um discurso de defesa dos direitos de cidadania por meio do direito penal, o que, paradoxal e inadvertidamente, se mostrou vantajoso à incorporação de um discurso político de *guerra ao crime* e de *lei e ordem* adotado pelas forças conservadoras e que ganhou rápido protagonismo político.

Por fim, a conclusão descreve as consequências da mudança político-criminal entre o panorama de 1984 e aquele prevalente no momento pós-1988, seja do ponto de vista da construção teórica do discurso judicial corrente, seja do ponto de vista das práticas político-criminais, judiciais e executivas.

Pretende-se demonstrar, ao final do trabalho, que o superencarceramento brasileiro contemporâneo não é fruto de um acaso inevitável, nem tampouco é simplesmente parte de um grande processo internacional de encarceramento em massa. Ele é fruto de escolhas políticas, legislativas e judiciais que estão inseridas no contexto histórico, social e cultural de violência institucional e desapego aos direitos humanos no Brasil, e que as modernas leis penais de 1984, por si só, não foram capazes de alterar. Esse contexto deve ser compreendido para que as práticas do sistema de justiça criminal possam ser objeto de questionamento e reversão.

1. MODERNISMO E ANTIMODERNISMO PENAL

No final da década de 1980, o sociólogo norueguês Thomas Mathiesen (2006) publicou o livro *Prison on Trial*,²⁷ em que analisou as crescentes taxas de encarceramento nos grandes países europeus e nos Estados Unidos, e buscou explicações para o fenômeno. Para ele, a dimensão do aumento do número e a proporção de pessoas presas no mundo ocidental permitia considerar que a sociedade estava entrando numa terceira grande fase de encarceramento massivo, após o surgimento das primeiras casas de correção no século XVII e, num segundo momento, das penitenciárias modernas, no século XVIII.²⁸

A primeira parte da obra de Mathiesen faz um diagnóstico do uso da pena de prisão no mundo ocidental desenvolvido nas décadas de 1970 e 1980, em que se demonstrou o aumento sistemático e generalizado dessa forma de sanção estatal; na segunda, o autor debate cada uma das teorias utilizadas pela doutrina penal para justificar a pena de prisão, reunindo argumentos empíricos, jurídicos e morais para refutá-las. Ao final, conclui pela total falta de justificativa para a pena de prisão, explorando então hipóteses alternativas para a sua existência.

Voltaremos a esses pontos em seguida. Aqui, é importante dizer que o livro de Mathiesen teve grande repercussão no cenário europeu e norte-americano, pois sintetizava uma série de inquietações e debates no campo penal, criminológico e político-criminal surgidos nas duas décadas anteriores. A obra estava inserida num debate específico na criminologia desses países — entre o *idealismo* e o *realismo de esquerda*,²⁹ movimentos que, por sua vez, tiveram suas raízes nos trabalhos que

²⁷ *O julgamento da prisão*, em tradução livre. Ainda não há versão em português.

²⁸ Em *Vigiar e punir* (1973), FOUCAULT classificou a primeira grande fase do encarceramento em massa, com o surgimento do *Hôpital Général* de Paris e da Casa de Correção de Amsterdã no início do século XVII, como o *grande confinamento* dos vadios e pedintes excluídos do sistema mercantilista que substituiu o modo de produção feudal. O segundo *grande confinamento* se materializaria no século XVIII, com as penitenciárias modernas a disciplinar a mão de obra necessária pelo capitalismo industrial. Por isso, MATHIESEN dialoga com FOUCAULT ao se perguntar se, na década de 1980, estávamos no início do *terceiro grande confinamento*, relacionado à necessidade de controle dos excluídos da sociedade moderna (2006, p. 21). Como se verá, a sugestão de MATHIESEN inspirou, direta ou indiretamente, a maioria dos trabalhos posteriores que buscaram compreender o fenômeno do grande encarceramento contemporâneo.

²⁹ Ou ainda, criminologia liberal *versus* criminologia radical.

contestavam, já no final da década de 1960, o pensamento hegemônico então vigente em torno da pena de prisão.³⁰

Concluído o diagnóstico de aumento exponencial das taxas de encarceramento, Mathiesen apresentou duas perguntas essenciais para a compreensão do fenômeno: “quais os motivos do aumento” (2006, p. 16), e “se queremos conviver com esse aumento do papel da prisão como instrumento de resolução de conflitos” (2006, p. 22). Além de apresentar suas próprias respostas a essas perguntas, a obra do autor norueguês serviu de inspiração para diversos trabalhos que buscaram trilhar o mesmo caminho. Alguns desses trabalhos formularam conceitos-chave para análise do fenômeno do *grande encarceramento* dos últimos anos.

A proposta deste capítulo é apresentar o debate internacional contemporâneo sobre a pena de prisão e, em particular, sobre o processo de superencarceramento, bem como a sua interação com a política e a prática jurídico-penal nos países ocidentais centrais, em especial nos Estados Unidos. A partir da discussão dos principais conceitos formulados no esforço de explicar o aumento generalizado do número de presos no mundo ocidental, pretende-se contextualizar o desenvolvimento teórico do estudo a respeito da transformação — ou reafirmação — do papel da pena criminal como ferramenta do sistema de justiça criminal na segunda metade do século XX.

Os principais conceitos surgidos na sociologia da pena na literatura jurídico-criminológica anglo-saxã serão analisados de forma crítica, a fim de poder, na sequência do trabalho, verificar de que forma a trajetória da política criminal no Brasil se aproxima, e no que ela se diferencia, do grande movimento punitivo internacional. A hipótese a ser confirmada é de que, embora parte de um processo internacional, o caso brasileiro apresenta particularidades que tornam sua experiência singular na comparação com o resto do mundo.

³⁰ É certo que a escola de pensamento amplamente definida como *criminologia crítica* localiza sua origem em trabalhos muito anteriores à década de 1960 – talvez seja mais preciso indicar a obra seminal de RUSCHE e KIRCHHEIMER (2004), *Punição e estrutura social*, publicada pela primeira vez em 1939, como marco inicial da literatura crítica sobre a punição. Argumenta-se, aqui, no entanto, que foi a partir da década de 1960 que o acúmulo dos trabalhos críticos sobre a pena e a operação do sistema de justiça criminal começou a repercutir nas esferas políticas e a questionar a hegemonia do que iremos definir como *previdenciário penal*, como se verá a seguir.

1.1. O modernismo penal

Nos Estados Unidos, a média da taxa de encarceramento no período de cinquenta anos entre 1925 a 1974 totalizou 106 presos por 100 mil habitantes.³¹ É sem dúvida uma taxa bastante alta³², mas ainda assim muito inferior aos níveis que seriam atingidos nos anos seguintes. Mas além da maior moderação no uso da pena privativa de liberdade como instrumento primordial do sistema de justiça criminal, o papel que se atribuía à prisão naquela época refletia consensos sociais e culturais a respeito do crime, do criminoso e da sociedade que, na terminologia empregada por Garland (2008), compõem o grande quadro da *modernidade*, ou *previdenciário*.

Mas quais são e como foram construídos os elementos definidores do *modernismo penal* nas democracias ocidentais avançadas? Para Garland, o sistema de justiça criminal construído sob bases do liberalismo clássico — especialmente no que diz respeito às garantias processuais penais — constituiu as fundações institucionais no campo do controle do crime, como os tribunais, a acusação pública, as polícias e, como não poderia deixar de ser, as prisões do século XX (2008, p. 93). Essa estrutura institucional manteve-se, e de certa forma ainda se mantém, inalterada desde a sua concepção. O *modernismo penal* se particulariza na maneira pela qual a pena de prisão era vista e interagia com essas instituições, acompanhando as mudanças culturais e econômicas, e o correspondente desenvolvimento das teorias a respeito do desvio e da pena ao longo da primeira metade do século.³³

Devemos, então, voltar a atenção para as afirmações sociais e criminológicas que sustentavam esse programa de ação. O fundamento do *modernismo penal*, o que justifica que o conceito possa ser livremente traduzido por *previdenciário penal*, ou *correcionalismo*, não podia ser outro senão o próprio o fundamento do Estado de bem-

³¹ Fonte: *Bureau of Justice Statistics, Department of Justice*. Disponível em: <<http://www.bjs.gov>>. Acesso em: 13 dez. 2014.

³² Com a notável exceção da Finlândia, a taxa de encarceramento da Europa ocidental permaneceu em torno de sessenta presos por 100 mil habitantes entre as décadas de 1950 e 1990 (VON HOFER, 2003, p. 22). TONRY; HATLESTAD (1997) afirmam que, nos anos 1930, as taxas de encarceramento nos Estados Unidos eram iguais ou inferiores às apresentadas na França, Inglaterra, Finlândia e Suíça.

³³ É importante destacar que o sentido conferido por GARLAND e outros autores anglo-saxões ao termo *direito penal moderno*, ou *modernismo penal*, é bem distinto daquele empregado por MUÑOZ CONDE; HASSEMER (2008) e SILVA-SANCHEZ (2002). Nestes, o adjetivo *modernizador* está vinculado justamente ao processo de redução das garantias e desnaturação dos princípios liberais do direito penal para fazer frente a novas realidades: “criminalidade empresarial, o Direito Penal da globalização, marcado por novos riscos, a criminalidade transnacional e o Direito Penal do inimigo” (OLIVEIRA, 2013, p. 40). Esse processo, como veremos, é definido na literatura anglo-saxã como inerente ao *pós-modernismo*, ou, como optou-se aqui, *antimodernismo penal*.

estar. O controle do crime deveria atuar como mais uma agência redistributiva, com a confiança de que seria possível adotar práticas punitivas que fossem úteis ao indivíduo e à sociedade (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2012, p. 21).

Não é possível, no âmbito deste trabalho, aprofundar-se na discussão sobre as origens (conservadoras) do *welfare state*,³⁴ mas pode-se apontar como fato histórico a adoção, pelos governos progressistas europeus da primeira metade do século XX, de políticas proativas de distribuição de renda, tributação progressiva e estabelecimento de rede de seguridade social, educação e saúde públicas. A tendência à regulação econômica e ao fortalecimento das redes de amparo social se fortaleceu após a crise econômica que se seguiu à quebra da Bolsa de Valores de Nova York, em 1929, período em que os Estados Unidos também passaram a instituir políticas de *welfare*, ainda que historicamente mais limitadas que nos países europeus.³⁵

As políticas do Estado de bem-estar, naturalmente, estão fundadas em uma concepção filosófica de sociedade e do papel do Estado – e, em última análise, do cidadão – que se opunham ao *darwinismo social* inerente ao *laissez-faire* do capitalismo industrial do século XIX. As forças sociais e econômicas, sem regulação estatal, deixam a descoberto as camadas mais frágeis e excluídas, comprometendo a coesão social e a democracia. A “justiça como equidade”, no argumento de John Rawls (1997), tem como consequência política a premissa de que o cidadão tem direito a padrões mínimos de existência digna, e para tanto o Estado atua mediante políticas de redistribuição da riqueza e de compartilhamento dos custos.

³⁴ Para um interessante relato do surgimento das primeiras políticas de bem-estar social no século XIX, na Alemanha recém-unificada e na Inglaterra, como reação às demandas das organizações sindicais, ver HENNOCK (2007). Para as origens da relação entre as práticas punitivas e as políticas de bem-estar, GARLAND (1985).

³⁵ PRATT; ERIKSON (2013) traz importante contribuição ao debate sobre a relação entre a natureza dos sistemas penais e penitenciários com o modelo de bem-estar adotado pelas diferentes regiões do mundo ocidental desenvolvido. Os autores estudaram as condições carcerárias dos países nórdicos (Finlândia, Noruega e Suécia) e de alguns países anglófonos (Inglaterra, Austrália e Nova Zelândia) para tentar compreender as razões de tamanha diferença nas formas de conceber o sistema penal e o papel atribuído à pena de prisão, que se refletem em sistemas prisionais muito distintos — em tamanho, número de presos, treinamento e valorização dos agentes e a relação destes com os presos, programas educacionais/profissionais e condições estruturais — e que, por sua vez, são determinantes na qualidade de vida experimentada nas respectivas prisões. Tal diferença não pode ser explicada pelo desenvolvimento econômico desses grupos de países, todos situados nos primeiros lugares em todos os rankings de renda média e qualidade de vida, nem nos índices de criminalidade, também muito parecidos entre si; para os autores, a origem das diferenças deve ser buscada no processo de construção do Estado de bem-estar em cada uma dessas regiões, ainda no século XIX. O “excepcionalismo nórdico” deriva do fato de que a moderação e o igualitarismo foram caracteres fundadores da cultura daqueles países, em oposição à ênfase nas conquistas individuais e no divisionismo que ajudou a moldar o “excesso penal anglófono”. (PRATT; ERIKSON, 2013, p. 30).

Compartilhamento dos custos: esse é o termo-chave para a compreensão do braço penal do Estado de bem-estar.³⁶ O crime, como ato individual, é objeto de responsabilização penal pelo Estado, mas esse ato deve ser compreendido no seu contexto social. Para o *previdenciário penal*, o crime é condicionado, ao menos em parte, pelas forças sociais complexas que atuam no indivíduo, e a pena estatal decorrente deve atuar de maneira útil para compensar as fragilidades e promover a integração social. Em outras palavras, cabe ao Estado desenvolver as estratégias e as ferramentas necessárias para fazer com que a pena atue na reabilitação do condenado.

O percurso acima descrito nos permite identificar o que Garland define como *compromisso do modernismo*: a crença, iluminista mas não liberal, de que as condições sociais — e, no que nos concerne, o crime e os criminosos³⁷ — podem ser mudados pela intervenção qualificada e especializada das agências estatais (2008, p. 112). O sistema de justiça, aqui, é entendido como mais uma instituição voltada para promover a equidade, notadamente se o acusado estiver entre o rol dos *desfavorecidos*: pobre, jovem, mulher. A relação do réu com o Estado é de mão dupla: criminoso, mas cliente da rede de proteção social.³⁸ A crença no combate à pobreza como estratégia de redução da criminalidade foi exposta por outros influentes trabalhos criminológicos sobre anomia e frustração de expectativas (MERTON, 1968; COHEN, 1956) e repercutiu na definição dos programas governamentais de todos os matizes políticos.³⁹

O resultado dessa premissa ideológica do *previdenciário penal* é que, sempre que possível, a pena deve configurar uma intervenção reabilitadora (GARLAND, 2008, p. 104).⁴⁰ Como se pode ver, a aplicação da pena *moderna* decorre da responsabilização jurídica nos moldes liberais clássicos, mas sua função é, por

³⁶ DIAS NETO (2005, p. 84) define o compartilhamento de custos como “justa redistribuição das responsabilidades”.

³⁷ GARLAND (2008, p. 110) afirma que o previdenciário penal evoluiu sob dois axiomas inquestionáveis: o de que a reforma social e a prosperidade econômica reduzirão a frequência do crime; e que o Estado é responsável por *cuidar*, controlar e punir os criminosos. Assim, “o Estado deveria ser um agente da reforma assim como da repressão; do cuidado assim como do controle; do bem-estar assim como da punição”.

³⁸ MATHIESEN (2006, p. 28) salienta o quanto o processo de *reabilitação* ou *ressocialização* do condenado nos moldes correcionalistas, em vez de um compartilhamento efetivo de responsabilidade entre o indivíduo e a sociedade, atribui a ele ônus duplo: eles são responsabilizados pelo dano causado, e também são os principais responsáveis pelo processo de *se reintegrar à sociedade*, uma vez que, na prática, os especialistas e as autoridades nunca respondem pelo fracasso das políticas correcionalistas.

³⁹ GARLAND (2008, p. 138) reproduz trechos de programas de governo de partidos conservadores, liberais e trabalhistas nas décadas de 1960 que identificavam questões sociais e econômicas como as raízes do crime, demonstrando a hegemonia do pensamento penal-previdenciário.

⁴⁰ O conceito de *reabilitação*, neste trabalho, será usado como sinônimo de *ressocialização*, como o é na literatura anglo-saxã que serve como base para este capítulo, e não se refere especificamente ao instituto jurídico da reabilitação criminal prevista no atual art. 93 a 95 do Código Penal Brasileiro.

natureza, preventiva especial positiva (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2012, p. 24). Nesse contexto, as preocupações liberais com a proporcionalidade e a justiça da sanção penal, e as demandas aristocráticas pela aplicação da pena como expressão do poder soberano — demandas politicamente opostas mas ligadas, filosoficamente, à concepção retributiva da pena — tornaram-se menos representativas no cenário político-criminal.

Por essa perspectiva ressocializadora, a pena privativa de liberdade não gozava de grande estima e credibilidade. Já na década de 1940 foram realizados os primeiros estudos sobre o fenômeno da prisionização — o sociólogo americano Donald Clemmer (1940) descreveu o processo pelo qual os presos desenvolvem uma cultura própria dentro da cadeia, com costumes, jargões e relações pessoais internas, tornando-os relativamente imunes ao processo de “reeducação” às regras do mundo exterior. A ideia da prisão como “escola do crime” foi reforçada pelos estudos criminológicos que desenvolveram a base teórica do que hoje se conhece como *teoria do etiquetamento*, relatando a trajetória em espiral dos que ingressam no sistema de justiça criminal.⁴¹ Assim, do ponto de vista da reforma do cidadão, a prisão se mostrava contraproducente e, por isso, formas especializadas de aplicação da sanção foram desenvolvidas: prisões-escola, reformatórios para jovens, oficinas de trabalho etc. (GARLAND, 2008, p. 104).

Outra decorrência das premissas modernas era a indeterminação da sentença criminal — se a responsabilização ainda se dava nos moldes clássicos, a definição da duração da pena dependia da individualização do *tratamento*. Assim, até 1975, as regras de determinação das sentenças criminais em todas as legislações estaduais e na lei federal dos Estados Unidos davam ampla discricionariedade ao juiz e aos comitês de condicional (*parole boards*), de forma que o cumprimento real das penas, em cada caso, era definido de acordo com os programas de reabilitação de cada condenado (TONRY; HATLESTAD, 2007, p. 6). Em outras palavras: pessoas condenadas por fatos idênticos poderiam cumprir penas bastante distintas na sua duração e na sua natureza, uma vez que os critérios de execução — ao menos em teoria — atendiam aos objetivos ressocializadores que eram moldados às circunstâncias de cada caso. É de se notar, aqui, a aceitação teórica da premissa paternalista de que o indivíduo condenado teria interesse e, assim, colaboraria ativamente no processo de ressocialização.

⁴¹ Sobre a teoria do etiquetamento, a problematização do estigma criminal e o deslocamento da perspectiva da investigação criminológica do autor do crime para a reação social, ver, entre outros, FIGUEIREDO DIAS (1997, p. 346); BARATTA (2002, p. 85); MUÑOZ CONDE; HASSEMER (2008, p. 115), SHECAIRA (2008, p. 269) e ANITUA (2008, p. 588).

Pode-se perceber que o sistema de justiça criminal do *modernismo penal* dependia, fortemente, de um exército de profissionais especializados para dar suporte ao exercício do poder punitivo direcionado aos objetivos escolhidos. Segundo Garland (2008, p. 106),

decisões centrais como as sentenças, a classificação de internos, sua distribuição por entre as diferentes instituições e regimes disciplinares, a avaliação sobre as condições de soltura e o estabelecimento de requisitos de supervisão foram paulatinamente deixadas nas mãos dos peritos, em detrimento da autoridade judicial.

A valorização do trabalho dos novos profissionais pode ser lido em um contexto no qual o controle do crime, como política de Estado, deveria ser considerado como a aplicação de saberes especializados, de forma que a formulação da política criminal deveria estar, de certa maneira, a salvo dos debates político-partidários.⁴² Foi nas eleições presidenciais de 1964 que o tema da *criminalidade das ruas*, com uma abordagem populista nos termos *antimodernos*, entrou na grande agenda política dos Estados Unidos.⁴³ Mas, ainda durante a década de 1960 e no início da década de 1970, as ações estatais de controle do crime — nas quais se inclui a administração penitenciária — trabalhavam segundo as diretrizes ditadas pelos técnicos.⁴⁴

Em síntese, temos que o *modernismo penal* se define pela adoção do programa do Estado de bem-estar e pela reprodução de estratégias coerentes com esse programa para o controle do crime. A combinação de instituições liberais e objetivos previdenciários caracterizou o modelo *correcional*, que constituiu os contornos básicos do sistema de justiça criminal até meados da década de 1970. Tal modelo pressupunha a igualdade social como estratégia de controle do crime, e tinha a reabilitação como objetivo unificador das agências, políticas e discursos. A pena criminal, nesse contexto, deveria ser administrada como tratamento do problema social originário, e portanto se desvinculava tanto da ideia liberal da *pena justa e proporcional* quanto da pena absoluta, *retributiva* — ela poderia, e deveria, variar de acordo com as necessidades do

⁴² GARLAND (2008, p. 114) nota, ainda, que a abordagem eminentemente técnica das agências de justiça criminal, voltada para a perseguição e ressocialização dos criminosos, não afastaram apenas o grande público, mas também a vítima. Tal *déficit* se mostraria fatal com a sensibilização dos consumidores da *mass media* e a mobilização das vítimas nas décadas seguintes. Sobre o novo protagonismo das vítimas, ver CHRISTIE (2010).

⁴³ Ver item 1.2.1.

⁴⁴ Como veremos a seguir (item 1.2.2), a exploração político-partidária do controle do crime ganhou força com a contestação técnica das premissas do previdenciarismo penal.

tratamento, e tais necessidades devem ser avaliadas e o tratamento administrado por um corpo técnico especializado.⁴⁵

Não se quer dizer aqui que a ideologia do direito penal previdenciário esteve imune a críticas, seja durante a sua hegemonia, seja do ponto de vista contemporâneo. Na verdade, todo o aparato correcional dos Estados Unidos — que parecia intocável — ruiu em poucos anos, e essa queda só pode ser compreendida no contexto do questionamento crítico, político e criminológico de suas premissas. Importa, aqui, definir o conceito de *modernismo penal* como ferramenta analítica, entendida no seu contexto teórico e prático. E, para esse propósito de definição conceitual, os termos *modernismo penal*, *previdenciarismo penal* e *correcionalismo*, com suas variações, serão adotados como sinônimos.

1.2. O antimodernismo penal

Em princípio, uma breve nota metodológica sobre a adoção do termo *antimodernismo* nesta tese. Garland formulou o conceito de *modernismo penal tardio* para descrever o braço penal das mudanças sociais, econômicas e culturais vivenciadas pelas democracias industriais ocidentais a partir do final da década de 1970. Assim como no caso da definição do *modernismo penal*, o autor destaca a importância do contexto social do que se convencionou definir como pós-modernidade para explicar a natureza da reação social ao *problema da criminalidade* naquele período — para ele, não fosse esse novo contexto, a crítica ao correcionalismo seria respondida com reformas incrementais e mais recursos, e não com a completa substituição de seus pressupostos. Em outras palavras, Garland vincula o desenvolvimento das novas políticas públicas na área de justiça criminal, baseadas no abandono do correcionalismo, ao contexto social mais amplo de *pós-modernidade* (GARLAND, 2001, p. 76).

⁴⁵ É importante ressaltar, aqui, a análise de GARLAND (2008, p. 114) e MATHIESEN (2006, p. 41) sobre o fato de que, mesmo fundada teoricamente no objetivo de reduzir a pobreza e a desigualdade para combater o crime, a prática criminológica e a especialização burocrática desse período se interessou muito mais pelos casos patológicos, pelo “desajustado social”, do que pela aplicação de soluções de incremento geral das condições sociais. O investimento foi de modo geral canalizado para buscar entender o que funcionava e o que não funcionava nas intervenções correccionais individuais.

Mas o próprio autor reconhece as dificuldades de se conceituar a pós-modernidade como tal (GARLAND, 2001, p. 77, em tradução livre):

Para alguns autores, as mudanças indicam a chegada da pós-modernidade e uma forma de organização social e de consciência bem distinta da modernidade. Outros, buscando marcar a singularidade do mundo criado a partir dessas mudanças, mas também reconhecer que há continuidade com o que veio antes, falam de “modernidade tardia”, “alta modernidade” ou “modernidade reflexiva”. Termos como “novos tempos”, “pós-fordismo”, “pós-previdenciário” e “neoliberalismo” também identificam as peculiaridades do presente, mas os primeiros são vagos demais, enquanto os outros são muito específicos. Meu termo preferido é “modernidade do fim do século XX” — que indica a fase histórica do processo de modernização sem presumir que estamos chegando ao fim, ou mesmo ao ápice, de uma dinâmica que já dura um século sem que haja sinais de que irá acabar. Infelizmente esse termo é ainda mais desajeitado que os outros, e tem utilidade limitada para a generalização teórica. Assim, usarei o termo “modernidade tardia” por conveniência, embora os leitores devam ter em mente o sentido em que o utilizo.

O problema conceitual é ainda mais complicado em português. O sentido do termo *modernidade tardia* — *late modern*, no original em inglês — pode ser confundido com o sentido de atraso histórico, relacional, que se atribui, por exemplo, ao conceito de *capitalismo tardio*, o que claramente não é o caso. O adjetivo *late*, aqui, significa a localização no tempo — fim do século XX — e talvez por isso a tradução brasileira de *A cultura do controle* tenha optado pelo termo *pós-moderno* em vez de *modernidade tardia* (GARLAND, 2008, p. 184).

Mas considerando que a adoção do termo *pós-modernidade* para esse fim foi deliberadamente descartada pelo próprio autor, optou-se aqui por adotar a solução utilizada pela versão em espanhol de *A cultura do controle* — a tradução do termo *late modern* como *antimoderno*. Embora isso não resolva o problema de fazer com que o conceito sugira uma oposição à *modernidade*, em vez do resultado de um processo, o *antimodernismo* parece um termo mais adequado para circunscrever o debate no tempo, ao se afastar da ideia de que os elementos constitutivos do *modernismo penal* foram superados de maneira linear. Como se verá, essa é uma história circular, em que diversos elementos teoricamente opostos convivem alternando harmonia, indiferença e conflito.

1.2.1. A virada punitiva

Simon Hallsworth (2000, p. 145) afirma que os países ocidentais, em geral, e os Estados Unidos, em particular, decidiram há pouco aplicar penas bem mais severas àqueles considerados merecedores de sofrimento:

As populações prisionais têm aumentado exponencialmente e os regimes de confinamento têm sido concebidos com uma severidade “cruel e incomum”, enquanto as penas aplicadas a várias categorias de delito garantem que as pessoas fiquem em instituições prisionais por um tempo cada vez maior de suas vidas.

O conceito de *virada punitiva* surge justamente para simbolizar essa “decisão”, que talvez seja melhor definida como o *processo de transformação* das práticas e objetivos do sistema de justiça criminal nos Estados Unidos e, de certa forma, no “mundo ocidental desenvolvido” em geral no ultimo quarto do século XX. Como visto no item anterior, a pena criminal foi compreendida durante boa parte do século passado como ferramenta de transformação social, com base em determinada visão de mundo e concepção de Estado e comunidade. A tese que aponta a existência de uma virada punitiva sugere “profundas transformações nas políticas, retóricas, lógicas e práticas da criminalização oficial”, que ocorreram num contexto mais amplo de mudanças sociais, culturais e simbólicas (CARRIER, 2010, p. 2).

Isso significa que a virada punitiva não se limita ao aumento do número de presos. Evidentemente essa é a variável mais concreta e visível do processo, mas o conceito pressupõe também a mudança no objetivo do encarceramento, no sentido da transição da perspectiva reabilitadora para a função incapacitante, e o novo protagonismo do caráter simbólico, expressivo, da prisão.⁴⁶ Autores como Loïc Wacquant (1999; 2001; 2006) e Bruce Western (2006), este também com Pettit (2002), por exemplo, ainda incluem na análise aspectos relacionados à sobre-representação de

⁴⁶ Seja no nível discursivo, como nas políticas de tolerância zero, seja no nível prático, como nas demandas por *shaming techniques* (técnicas vexatórias), como, por exemplo, a publicação de listas de processados e condenados por crimes sexuais na Inglaterra, ou a restauração de penas que impõem a condenados o trabalho forçado em locais públicos, com uniformes característicos, na Austrália.

determinados grupos na população carcerária,⁴⁷ identificando a nova prática punitiva como estratégia de controle e subordinação.⁴⁸

Garland (2008, p. 143) salienta que o processo de transformação foi bastante rápido, considerando a hegemonia e a duração do modelo penal previdenciário então em operação. Pode-se dizer que esse caminho percorreu algumas etapas a partir de meados da década de 1960, que se estenderam por mais de duas décadas: (i) inclusão do tema do combate à criminalidade na pauta político-eleitoral; (ii) crítica científica aos pressupostos do *Estado penal previdenciário* e desenvolvimento de uma teoria criminológica anticorrecionalista; e (iii) aplicação dos novos pressupostos científicos na gestão do sistema de justiça criminal. Vejamos rapidamente cada uma delas.

Sobre a *inclusão do tema na pauta político-eleitoral*, é possível identificar as eleições presidenciais de 1964 como o marco inicial do recurso à retórica da *luta contra o crime* como estratégia eleitoral. Naquela ocasião, o candidato republicano Barry Goldwater — cujo sobrenome passou ser sinônimo de conservadorismo — apresentou-se como alternativa à política democrata, trazendo ao primeiro plano a retórica de lei e ordem para combater o “aumento da criminalidade nas ruas”.⁴⁹ Naquele momento, embora o crime não tivesse posição relevante nas listas das maiores preocupações do público (BECKETT; SASSON, 2004, p. 49), o discurso de lei e ordem experimentou tamanha expressividade que, não apenas foi capaz de organizar a agenda conservadora em torno das plataformas defendidas por Goldwater, como também foi incorporada pelo

⁴⁷ A respeito da sobre-representação de minorias entre os presos por crimes relacionados a drogas — sentenças mais longas para negros, homens e jovens, que, juntamente com latinos, também tem maior probabilidade de serem presos — ver CURRY e CORRAL-CAMACHO (2008).

⁴⁸ Para WACQUANT (2001), a velocidade do aumento do número e da proporção de jovens negros no sistema carcerário dos Estados Unidos funciona como um substituto do gueto como instrumento do controle de casta, constituindo um novo aparato para manter a população afro-americana em confinamento físico, social e simbólico. WESTERN e PETTIT mostram que, em 1999, 60% dos negros e 14% dos brancos com nível educacional equivalente ao ensino médio tinham passagem pelo sistema prisional (2002, p. 38).

⁴⁹ Jonathan SIMON (2007, p. 24) também identifica a pauta de combate ao crime como uma alternativa conveniente à defesa explícita das políticas segregacionistas durante o auge do movimento pelos direitos civis dos negros, o que se coaduna com o diagnóstico de Michelle ALEXANDER (2010), que relaciona a legislação penal contemporânea dos Estados Unidos ao retorno das políticas oficiais de segregação legal conhecidas como *Jim Crow laws*, que vigoraram em vários estados do sul daquele país até meados da década de 1960. De maneira similar, BECKETT; SASSON (2004, p. 48) relatam que os governadores dos Estados do Sul dos Estados Unidos reagiram às táticas de desobediência civil adotadas pelo movimento pelos direitos civis na década de 1950 caracterizando os ativistas como *mafiosos, agitadores e bandidos*, o que, para os autores, fez com que a retórica do combate ao crime ganhasse centralidade nos discursos políticos sobre a questão racial naquele país. Por fim, em seu trabalho mais recente, GARLAND (2010, p. 235) debate a significação cultural da pena de morte nos Estados Unidos, e relata como o seu questionamento pela Suprema Corte, em 1972, acabou servindo como combustível para a reação conservadora, que via a pena capital como um dos elementos para afirmar os valores tradicionais, religiosos e sulistas da classe média branca.

presidente eleito, o democrata Lyndon Johnson,⁵⁰ que declarou que a *guerra ao crime* faria parte de sua plataforma de governo.

Desde então, segundo nota de Jonathan Simon (2007, p. 44, em tradução livre),

quase todos os presidentes lustraram cuidadosamente sua imagem combatendo de forma agressiva o problema da criminalidade [...]. Mesmo as campanhas presidenciais que não focaram diretamente no problema do crime (as campanhas de 1976, 1992 e 2000) refletiram, na verdade, um empate entre os partidos, em que cada um dos candidatos adotou posições tão semelhantes que se tornou difícil usar o tema para ganhar votos.

Em 1966, propostas para combater a criminalidade foram reforçadas pelo Partido Republicano nas eleições estaduais, nas quais se destacou a vitória do ator Ronald Reagan no reduto historicamente liberal da Califórnia. A apropriação da pauta do combate ao crime pelo *establishment* político, ainda nos anos 1960, antecipou, portanto, o debate sobre os pressupostos do correccionalismo penal, que se daria no campo criminológico na década de 1970.⁵¹

Embora o processo de questionamento dos pressupostos penais-previdenciários, como se sabe, tenha tido um resultado extremamente reacionário e punitivo, as primeiras críticas significativas ao modelo então vigente tiveram origem no campo progressista. A crítica liberal à indeterminação das penas, ao paternalismo e à desconsideração da autonomia do indivíduo, inerentes à prática correccionalista, foram sintetizados em um importante documento produzido pela organização quaker American Friends Service Committee (AFSC), intitulado *Luta por justiça* (1971). Marco dos movimentos da sociedade civil na luta pelo direito dos presos,⁵² o relatório denunciava o uso discriminatório do poder punitivo, e o excesso de poder do Estado e

⁵⁰ Nessas eleições, o candidato democrata foi o então presidente Lyndon Johnson, que almejava a reeleição após haver assumido o cargo com a morte de John F. Kennedy. Ambos tinham como pautas centrais o estabelecimento dos direitos civis e da prerrogativa federal de fazer valer as leis de integração racial, o que alienou os estados do Sul, redutos tradicionalmente democratas. Apesar da vitória relativamente tranquila de Johnson, pela primeira vez um candidato republicano sagrou-se vitorioso nos estados sulistas do Mississippi, Louisiana, Alabama, Georgia e Carolina do Sul.

⁵¹ O uso eleitoral do direito penal será analisado mais profundamente no item dedicado ao *populismo penal* (1.2.2).

⁵² No campo do processo penal, já havia nos Estados Unidos um processo de releitura dos princípios liberais aplicados à luta pelos direitos civis, que, entre outras vitórias, culminou em importantes decisões da Suprema Corte que limitavam o exercício do poder do sistema de justiça criminal, como os *Miranda rights*, de 1966 (a necessidade de anúncio dos direitos do acusado no momento da prisão), e o famoso caso *Gideon v. Wainwright*, de 1963, em que se garantiu o direito a um advogado nomeado pela Corte nos casos em que o acusado não tem condições de arcar com sua defesa. É de se notar que a série de julgamentos foi objeto de oposição feroz pela classe política, e, em sua bem-sucedida campanha presidencial de 1968, Richard Nixon acusou a Corte de ignorar o melhor interesse dos cidadãos de bem (SIMON, 2007, p. 114).

de suas burocracias judiciais, simbolizados na discricionariedade ilimitada que gozavam no processo de definição e na execução das penas.

O documento da AFSC sintetizou e deu voz a críticas esparsas que já existiam durante o protagonismo do modelo penal previdenciário. Princípios liberais clássicos, que haviam sido afastados nas décadas anteriores, voltaram à pauta como garantias do cidadão preso. A ideologia do tratamento, que até então era inequivocamente ligada a uma concepção humanitária da pena, passou a ser denunciada como paternalista e hipócrita, ao buscar a imposição de valores morais e culturais a uma população excluída.⁵³ Verifica-se aqui, portanto, uma crítica importante por teóricos da pena, recuperando princípios do retributivismo penal como garantidores da autonomia do indivíduo (HART, 1970).

O ceticismo moral sobre os pressupostos correccionalistas ganhou ainda mais força com a publicação do que talvez seja o trabalho mais conhecido e influente desse período. O artigo “O que funciona? Perguntas e respostas sobre reforma prisional”⁵⁴ (MARTINSON, 1974) trouxe a análise de centenas de estudos de caso a respeito das políticas de reabilitação do sistema correccional,⁵⁵ concluindo que o esforço aplicado até aquele momento não havia produzido qualquer resultado apreciável nos índices de reincidência.⁵⁶

Tais ponderações deram origem a alguns trabalhos que buscavam amenizar os problemas do previdenciário penal com o restabelecimento de limites liberais clássicos (FOGEL, 1975; VON HIRSCH, 1976), iniciando outro movimento que exerceria bastante influência tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra: o da *pena justa*,⁵⁷ que propunha a reforma das regras de definição das sentenças criminais para

⁵³ No relatório *Luta por justiça*, a ideologia do tratamento individualizado é definida como incompatível com as leis criminais, processuais e penitenciárias, e que a indeterminação das sentenças tem fundamento na relativa irresponsabilidade do condenado e é voltada para humanizar a sanção penal, mas na prática serviu para “justificar procedimentos secretos, decisões irrecorríveis [...] e a ampliação do poder estatal de forma absoluta sobre as vidas daqueles capturados pela rede penal” (AFSC, 1974, pp. 37-40, tradução livre).

⁵⁴ Em tradução livre, no original *What Works? Questions and Answers in Prison Reform*.

⁵⁵ O estudo analisou 231 casos a partir das variáveis de reincidência, ajuste à vida na prisão, competência vocacional, sucesso educacional, personalidade, e adaptação à sociedade livre (MARTINSON, 1974, p. 24).

⁵⁶ “Sou obrigado a dizer que esses dados, envolvendo mais de duzentos estudos e centenas de milhares de indivíduos, são os melhores disponíveis, e nos dão poucas razões para crer que a reabilitação seja, de fato, uma forma de reduzir a reincidência” (MARTINSON, 1974, p. 49, em tradução livre).

⁵⁷ Ou *pena merecida*, como tradução do original em inglês *just desert*.

eliminar as penas indeterminadas e estabelecer um catálogo de sanções mais ou menos fixas, de acordo com o fato cometido.⁵⁸

Nesse ponto, é muito importante ressaltar dois aspectos: (i) até aquele momento, as críticas técnicas ao correccionalismo se deram no campo da crítica social, compartilhando a premissa *previenciária, moderna*, de que o crime tem raízes sociais e que o Estado tinha o dever de buscar a solução das desigualdades por meio de políticas públicas solidárias e redistributivas — para os críticos, o modelo correccionalista reforçava as desigualdades, apesar do discurso oficial; e (ii) o retorno de pressupostos liberais clássicos ao debate representou também a recuperação moral do retributivismo como teoria da pena apta a justificar a aplicação da sanção criminal.

O movimento crítico começa a ganhar os contornos que afinal prevaleceriam no debate sobre as penas criminais a partir de outra obra bastante influente do período. Em *Pensando sobre o crime* (WILSON, 1975),⁵⁹ o debate sobre a aplicação das penas foi apresentado sob uma perspectiva totalmente distinta da forma com que havia sido travado até então. A oposição ao correccionalismo se justificava pela rejeição aos pressupostos do Estado de bem-estar, especialmente aquele que localizava a origem da criminalidade nos problemas sociais. A preocupação dos formuladores de políticas penais deveria ser a de ampliar o policiamento, a fim de garantir o máximo de certeza na aplicação das sanções, e na fixação de penas altas, capazes de incapacitar o condenado e dissuadir os criminosos em potencial.

É importante lembrar que, no final da década de 1970, os pressupostos econômicos do *welfare state* já estavam sob ampla contestação.⁶⁰ Portanto, foi natural que naquele momento o principal pilar do *modernismo penal* fosse diretamente questionado: o compartilhamento social das responsabilidades e dos custos da criminalidade, que justificava a existência das estruturas de bem-estar voltadas para o investimento na recuperação do condenado. A base para a coletivização das perdas com o crime era criticada do ponto de vista de seus resultados práticos, mas também no campo ideológico.

⁵⁸ Como se verá, o questionamento da indeterminação das penas e a recuperação da culpabilidade como fundamento e medida da pena também estiveram presentes como fundamento nas reformas penais no Brasil.

⁵⁹ Em tradução livre, no original *Thinking About Crime*.

⁶⁰ Sobre a crise fiscal do *Estado de bem-estar*, consubstanciada na contradição entre a crescente demanda por investimentos em infraestrutura e em instrumentos de compensação social (seguridade, saúde pública, entre outros), mas não induz à socialização dos lucros privados nem legitima o aumento de impostos, ver O'CONNOR (1977).

Nesse novo contexto, trabalhos como o de Wilson e de Van der Haag (1975) ofereceram, sob o mesmo diagnóstico de falência da reabilitação, os primeiros fundamentos criminológicos da perspectiva efetivamente *antimoderna* sobre o “problema” da criminalidade. Para eles, a verdadeira natureza do crime era a de um ato individual, racional, e não o resultado da desigualdade social. Além de defender a maior lesividade social dos crimes “comuns” em relação aos crimes de colarinho branco, Wilson trouxe para a pesquisa criminológica a figura do adversário, do inimigo, fundamental para a sustentação do discurso de “guerra contra o crime” que se desenhava na política governamental: “pessoas ruins existem”, e elas devem ser controladas e incapacitadas pelo Estado da maneira mais eficiente possível.⁶¹

Em resumo, a segunda metade da década de 1970 viu o resgate da responsabilização individual pelo delito, desonerando o Estado de oferecer políticas de integração social dos condenados e, como outro lado da mesma moeda, atribuindo ao Estado o mesmo papel e o dever de controlar e incapacitar os delinquentes. Afinal, como anota Theodomiro Dias Neto (2005, p. 80),

atribuir responsabilidade individual significa, pois, excluir o conjunto de fatores que concorreu para um ato e isolar a intenção do agente como única explicação relevante. Com base em parâmetros definidos socialmente, se reconhece que os fatores causais não descaracterizaram a intenção do agente [...]. A toda atribuição de responsabilidade corresponde uma isenção; ao determinar uma responsabilidade individual, a sociedade se isenta de sua própria responsabilidade pelo ocorrido. O problema não está na sociedade, mas no autor.

Ao notar o contraste entre a proposta reformista inicial, integrativa e socializadora, e a versão extremamente punitiva e individualista que passou a prevalecer no debate público, Garland (2008, p. 143) sintetiza o desafio de compreender a *virada punitiva* : como explicar que

um movimento, que inicialmente visava a ampliar os direitos dos presos, minimizar o encarceramento, restringir o poder estatal e a proscrever a prisão cautelar, desaguou, em última instância, em políticas que postulavam exatamente o contrário?

Mathiesen (2006, p. 41) entende que o argumento liberal sobre a injustiça das medidas de tratamento, de indeterminação das sentenças e de sobrerepresentação de

⁶¹“Pessoas más existem. Nada resolverá a não ser separá-las de pessoas inocentes” (WILSON, 1975, p. 253, em tradução livre).

minorias não seria capaz, por si só, de alterar o projeto correcionalista hegemônico. Para ele, foi a ampla reprodução, divulgação e disseminação da ideia de que “nada funciona” que conferiu a base para a construção de um novo modelo, que, por isso, não seria construído à imagem e semelhança das propostas dos reformistas.

Com efeito, o sistema de justiça criminal dos Estados Unidos como um todo foi atingido pelo chamado *paradigma do fracasso*. Se até 1975 todos os Estados e o governo federal apresentavam regras de definição indeterminada de sentenças criminais, a luta pela “pena justa” alcançou reformas legislativas importantes e a maioria dos estados as substituíram por sistemas de pena fixa. Repetidas vezes, porém, a alteração ganhou contornos bastante distintos do que propunham seus críticos liberais. A imposição de penas mínimas obrigatórias⁶² e o estabelecimento de novas formas de prisão preventiva obrigatória foram acompanhados da disseminação de grandes programas de construção de novos estabelecimentos prisionais.

Da mesma forma, o ambiente político — que já havia confiado no discurso do combate ao crime — se mostrou favorável à mudança da estrutura penal previdenciária. No contexto de contenção de custos estatais, o primeiro aparato do Estado de bem-estar que perde a legitimidade pública é aquele do qual as classes médias trabalhadoras não deduziam nenhum benefício direto e imediato — ao contrário das pensões, seguridade social, atendimento médico ou programas educacionais (GARLAND, 2008, p. 165).

A percepção generalizada de fracasso das penas como instrumento de ressocialização atingiria, também, o Judiciário, seja do ponto de vista de percepção pessoal e institucional — o *problema do crime* estava piorando, e era necessário fazer alguma coisa — como de sua exposição às críticas da opinião pública. A eleição da *criminalidade comum* ao posto de principal problema social fez com que pilares do Poder Judiciário moderno, como a *neutralidade* e *autonomia* do juiz, deixassem de ser vistos como qualidades em si, e “o dever de considerar as provas e os diversos pontos

⁶² É de se notar que, na tradição jurídica anglo-saxã, os tipos penais em geral vêm acompanhados da definição do máximo de pena aplicável pelo juiz, mas não do mínimo. As *mandatory minimums* (penas mínimas obrigatórias) foram disseminadas como forma de reduzir a discricionariedade judicial e garantir condenações exemplares, o que é amplamente visto como um dos principais fatores jurídico-legislativos que conduziram ao superencarceramento. Um exemplo do debate contemporâneo sobre as penas mínimas e discriminação racial nos Estados Unidos é o fato de que, em 2010, a legislação federal previa uma pena mínima de cinco anos pela posse de qualquer quantidade de crack, droga extensamente relacionada ao consumo da população negra naquele país, ao passo que a mesma pena só se aplicava à 100g de cocaína em pó, consumida em sua maioria por usuários de alto poder aquisitivo. Após longas discussões no Congresso, a quantidade de crack necessária para a incidência da pena mínima foi aumentada para 18g — de forma não retroativa —, o que ainda representa grande diferença entre as duas formas de apresentação da mesma droga.

de vista passaram a ser vistos como falhas que demonstram a falta de alinhamento entre o processo judicial e o bem comum” (SIMON, 2007, p. 122). As decisões resultantes, segundo o autor, não são conservadoras nem liberais, mas herméticas e defensivas, como forma de proteger os Tribunais da súbita exposição a que foram submetidos a partir da *guerra ao crime*. Tais decisões passaram a delegar aos outros poderes a responsabilidade pela gestão da política criminal, afastando o Judiciário do papel antes exercido de ator central no processo de reformas institucionais.

Assim, podemos concluir que a *virada punitiva* se constituiu no processo em que, no curto período de vinte anos,⁶³ os pressupostos *modernos* foram política, empírica e filosoficamente questionados e, por fim, institucionalmente afastados do protagonismo que haviam experimentado durante os quase cinquenta anos anteriores. Foi a partir dela que os Estados Unidos — e o mundo ocidental, de maneira mais ou menos intensa — passaram a compartilhar, como sintetiza Günther (2006, p. 187, grifo meu) a percepção generalizada de que

as penas deveriam ser mais frequentes e duras, que a criminalidade aumenta drasticamente, que o Estado e a sociedade pouco fazem para combatê-la, **que o sistema de justiça criminal se preocupa demasiadamente com o autor do ilícito e o trata de um modo excessivamente frouxo**, enquanto as vítimas são abandonadas à sua sorte lastimável.⁶⁴

1.2.2. Populismo penal

O termo *populismo penal* foi originalmente cunhado como *punitividade populista*⁶⁵ por Anthony Bottoms (1995, p. 39), para definir um fator das mudanças nas regras de definição e aplicação das sentenças criminais nos países ocidentais. Para ele,

⁶³ BLUMSTEIN; BECK (2005) analisam a flutuação da população carcerária nos Estados Unidos entre 1980 e 2001 em função dos condicionantes *número de entradas e tamanho das penas*, e identificam fases distintas no processo de aumento da taxa de encarceramento. Em resumo, concluiu-se que na primeira fase (de 1980 a 1992) a população carcerária aumentou mais em decorrência do número de entradas — que, por sua vez, não estava relacionado com o aumento do número de crimes —, e que, na segunda fase (1992 a 2001), o aumento pode ser atribuído ao tamanho das penas aplicadas. Assim, se o aumento da população carcerária foi consistente nesse período, os fatores determinantes variaram ao longo do tempo.

⁶⁴ Para o autor, essas constatações são aceitas de modo amplo e abrangente no mundo ocidental, independente de faixa etária, classe social, nível de escolaridade e grupo político, e as manifestações de indignação podem diferir no “tom e grau de elaboração da expressão linguística, mas não de conteúdo semântico”.

⁶⁵ Em inglês, *populist punitiveness*.

uma das razões pelas quais a pena de prisão tem apelo político é que se acredita que a adoção de uma punitividade populista satisfará parte do eleitorado. O conceito, portanto, serve para definir o uso político, em proveito próprio, daquilo que se acredita ser uma visão naturalmente punitiva do público em geral.⁶⁶

Nos anos seguintes, o termo original foi sendo substituído pela variante *populismo penal* (NEWBURN, 2013, p. 14) bastante replicado pela literatura especializada anglo-saxã,⁶⁷ diante de sua utilidade para descrever o processo político de estabelecer, defender ou propor medidas de justiça criminal em que a popularidade ganha precedência em relação a outras considerações de política criminal, como a garantia dos direitos humanos, a promoção da justiça ou a redução do crime.

Roberts (2003, p. 7) chama a atenção para a necessidade de não promover uma visão excessivamente idealizada da política eleitoral: políticos estão sempre em busca de se manter no jogo, e portanto seria tanto ingênuo quanto antidemocrático defender que eles estejam alheios e destacados da opinião pública — que, afinal, é quem define os limites da *arte do possível*. Por outro lado, ao apenas buscar *responder aos anseios da população*, o político pode estar praticando o velho jogo de criar a demanda para oferecer a resposta, independente de considerações técnicas. De qualquer modo, pratica uma forma clássica de populismo penal — e de maquiavelismo — o ator político que sacrifica a racionalidade da política criminal como forma de atingir resultados em outras arenas políticas (eleitorais, por exemplo).

Como vimos em outro momento, o populismo penal como ferramenta política surge nos Estados Unidos a partir da adoção da pauta do combate à *criminalidade das ruas* em meados da década de 1960. Simon (2007, p. 10) localiza historicamente o nascimento do apelo retórico à *guerra ao crime* na campanha presidencial de 1968,⁶⁸ em

⁶⁶ A noção original de BOTTOMS (1995, p. 41) abre espaço para diferenciar os países que adotam o punitivismo populista sem nenhuma consideração sobre seus custos (caso dos Estados Unidos) daqueles que se utilizam de uma “estratégia bifurcada”: aumentar as penas dos crimes graves e reduzir as penas dos crimes considerados menos importantes, como forma de amenizar os problemas fiscais decorrentes do aumento da população presa.

⁶⁷ O conceito de populismo penal ganhou bastante notoriedade no Brasil e tem sido incorporado por alguns trabalhos e artigos dedicados ao estudo da produção legislativa penal no país, como o de Alexandre WUNDERLICH e Salo de CARVALHO (2010) e Luís Wanderley GAZOTO (2010), ou da relação entre mídia e Judiciário, como Luiz Flávio GOMES (2013). Diante da clara relação entre pânico social e meios de comunicação de massa, o populismo penal se aproxima do conceito de *direito penal de emergência*, bem trabalhado no Brasil por Leonardo SICA (2002) e Carolina Dzimidas HABER (2007), entre outros.

⁶⁸ Embora o *Home Office* inglês já tivesse utilizado o mesmo termo — *The War Against Crime* — em relatório sobre o controle do crime em 1964, em que, apesar de apontar o aumento da criminalidade, propunha, como solução, reforçar as políticas penais previdenciárias (GARLAND, 2008, p. 245).

que Richard Nixon assumiu e incrementou a mensagem de lei e ordem, concebida nas eleições presidenciais de 1964 e que já havia sido bem-sucedida nas eleições estaduais de 1966. O aproveitamento da metáfora da *guerra* — para aquele autor, fortemente vinculada ao poderoso simbolismo de patriotismo e união nacional que a Segunda Guerra Mundial ainda exercia no imaginário nacional dos EUA⁶⁹ — também fazia sentido no contexto de confronto entre o presidente e o movimento antiguerra do Vietnã. Assim, a política de combate ao crime seria construída midiaticamente como pauta de união nacional, de esforço suprapartidário para o combate de um inimigo comum.⁷⁰

No fim da década de 1960, a experiência social do cidadão médio dos Estados Unidos estava de fato marcada pela ascensão da *consciência do crime* (GARLAND, 2008, p. 243). As taxas de criminalidade — em especial dos crimes contra o patrimônio — eram muito mais altas do que os níveis pré-guerra, e a exposição cotidiana à criminalidade passou a ser vista e experimentada como um fato social normal. Ainda que a distribuição do risco de vitimização seja ampla e reconhecidamente desigual,⁷¹ a narrativa do risco estava presente em todos os setores e classes sociais.

Não é simples estabelecer uma relação entre causa e consequência do surgimento da *consciência do crime* e de propostas *de populista-punitivas*. Mas é importante ressaltar que o recurso contemporâneo ao populismo penal não tem relação com as taxas de criminalidade. Em um estudo comparativo entre as medidas legislativas penais propostas em cinco países (Estados Unidos, Inglaterra, Austrália, Nova Zelândia e Canadá), Roberts (2003, p. 10) nota que o movimento político em direção a penas mais duras ganhou força justamente quando as taxas de criminalidade estavam caindo de maneira significativa em todos os países analisados.⁷²

⁶⁹ A propósito, a grande política de bem-estar social lançada por Lyndon Johnson no seu primeiro discurso ao Congresso dos Estados Unidos como presidente eleito, em 1964, fortemente identificada com a luta pelos direitos civis, ficou conhecida pelo nome extraoficial de *Guerra contra a pobreza*.

⁷⁰ Nixon ainda iria lançar outras “guerras” durante o seu primeiro mandato. Uma delas foi a *Guerra contra o câncer*, outro problema social que dominava o imaginário da população. SIMON (2007, p. 263) nota que esses dois temas têm tradição no intercâmbio de imagens metafóricas — “o crime é muitas vezes caracterizado como um câncer que corrói a integridade das instituições, comunidades e nações inteiras. O câncer também é retratado com frequência como um predador, assassino, fisicamente destruindo suas vítimas”. A metáfora da guerra é ainda mais conhecida hoje em dia pela sua aplicação no *front* das drogas, cujo *status* de “inimigo público nº 1” foi anunciado por Nixon uma conferência de imprensa em 1971. A extensão e duração da *war on drugs*, exportada para quase todo o planeta com a pressão dos Estados Unidos e por meio dos organismos internacionais, merecerá especial destaque no item 1.2.4.

⁷¹ Sobre a (falta de) relação entre risco de vitimização e medo do crime, ver PAIVA (2009, pp. 100 e ss.).

⁷² Um dos muitos exemplos interessantes de que o populismo penal independe das taxas reais de crimes se passou no Canadá: nas eleições presidenciais de 2000, o partido conservador adotou o slogan *Trazer a*

As propostas de endurecimento penal também não surgem na esteira de pesquisas que demonstrem, ou ao menos sugiram, sua utilidade como instrumento de controle do crime. Mathiesen (2006, p. 55) entende que a relação entre o aumento da severidade das penas e a redução da quantidade de crimes cometidos em uma dada sociedade é apenas presumida pelo público (e, por extensão, pelos políticos), ainda que “todos os resultados de pesquisas, bem como as comparações internacionais, demonstrem que os níveis de criminalidade não estão de nenhuma forma relacionados com o número de presos ou a duração do encarceramento” (2006, p. 84).⁷³

Na verdade, é possível afirmar que o *populismo penal* tem entre suas características a negação frontal de dados que contrariem suas premissas. Roberts (2003, p. 14) oferece exemplos em que informações sobre a queda das taxas de criminalidade foram simplesmente ignoradas, e que os acadêmicos que chamaram a atenção para um possível exagero na percepção pública sobre a criminalidade foram acusados de insensibilidade para com o sofrimento das vítimas e de minimizar o problema. Da mesma forma, dados que indiquem a falta de resultados de leis punitivas — ou, até, de efeitos contraproducentes⁷⁴ — são desacreditados e não produzem qualquer resultado no processo de formulação das políticas.

Por tudo isso, as soluções populistas têm em sua essência o componente da redução da complexidade dos problemas sociais da pós-modernidade. Ao reduzir as questões da insegurança, do desemprego, do medo, da identidade e de outros elementos da vida contemporânea ao genérico *problema da criminalidade*, é possível oferecer

justiça de volta ao Judiciário para anunciar a proposta de penas mais duras que “façam justiça aos danos causados às vítimas”. Na mesma eleição, o partido liberal prometeu endurecer as penas e promover “mudanças que respeitem o direito das vítimas”. As propostas eleitorais virtualmente idênticas se deram num período em que as taxas de crimes violentos estavam completando dez anos de quedas consecutivas. As taxas de homicídio estavam no ponto mais baixo dos quarenta anos anteriores, e os crimes contra o patrimônio haviam caído 26% na década de 1990. (ROBERTS, 2003, p. 13)

⁷³ MATHIESEN (2006, p. 61) sumariza algumas pesquisas realizadas na Alemanha e nos países nórdicos sobre a influência de regras mais severas e de aumento do policiamento sobre o comportamento de grupos de jovens com alto risco de delinquência. Tais pesquisas apontam para a irrelevância da severidade da pena e, também, no caso dos crimes mais graves, para a probabilidade de ser pego — e, mesmo para os crimes mais leves (furto, dano, direção sem habilitação), os efeitos foram considerados “modestos”.

⁷⁴ KOVANDZIC et al. (2002) examinou dados de 188 cidades dos Estados Unidos com mais de 100 mil habitantes e comparou os dados de homicídios entre cidades que criaram *three-strikes laws* (leis que aumentam de forma considerável as penas aplicáveis a reincidentes no caso de uma terceira condenação, independente da gravidade do último crime) com os dados de outras cidades em que leis desse tipo não foram promulgadas. Concluiu-se que, apesar do pretense efeito dissuasório e incapacitante sobre criminosos habituais, o número de homicídios nas cidades com a lei aumentou 16% a 24% em relação ao das outras cidades. Outras pesquisas chegaram a resultados semelhantes (MARVELL; MOODY, 2001), mas propostas de avaliação oficial dos efeitos da lei na Califórnia foram sumariamente vetados pelo governador (DIEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 60).

soluções simples — como o aumento da quantidade e da severidade das penas — que responsabilizem um indivíduo. Essa medida é fácil, imediata, harmoniza-se com o senso comum e não exige a alteração do arranjo socioeconômico vigente — com a vantagem adicional de organizar a sociedade entre os que podem viver uma liberdade desregulamentada e os que devem ser controlados (GARLAND, 2008, p. 426).

Nesse processo de *redução da complexidade dos problemas sociais* não é possível tratar do populismo penal sem fazer referência ao papel da mídia. Merton (1976, p. 15) salientou que, em sociedades grandes e complexas, as pessoas em geral não recebem as informações sobre condutas desviantes em primeira mão, mas por meio de um meio de comunicação de massa: jornais, rádios ou TV.⁷⁵ Garland (2008, p. 338) e Roberts (1992, p. 139) salientam a importância da imprensa, em especial da televisiva, para a construção das percepções populares sobre o crime.

A propósito, como nota Zygmunt Bauman (2000, p. 215, em tradução livre),

A luta contra ao crime, assim como o crime em si, em especial aqueles cometidos contra a pessoa ou o patrimônio, dão um show excelente, empolgante, extremamente consumível. Os produtores e roteiristas da *mass media* estão bem cientes disso. Se alguém fosse julgar o estado da nossa sociedade a partir de suas representações dramatizadas (como faz a maioria de nós, prontos ou não que estejamos para admiti-lo para outros ou para nós mesmos) — não apenas a proporção de criminosos em relação aos “cidadãos comuns” pareceria muito maior do que a população já presa, e não apenas o mundo todo pareceria dividido entre criminosos e guardiães da ordem, mas toda a espécie humana pareceria estar navegando entre a ameaça de agressão física e a luta contra potenciais agressores.

A população passou a vivenciar problemas que, em outras circunstâncias, estariam distantes de sua realidade devido à já mencionada ascensão da experiência do crime. Garland (2008, p. 338) entende que a importância e a popularidade dos programas televisivos dedicados quase integralmente ao crime, da maneira mais sensacionalista possível, é um fator cultural que só se sustenta diante da normalidade da experiência do crime. Mas, além disso, a abordagem do tema pela mídia contribui de diversas maneiras para uma visão distorcida do crime, sobretudo da utilidade da pena de prisão (ROBERTS, 2003, p. 75).

⁷⁵ Já pude tratar do papel fundamental da imprensa na seleção e hierarquização dos problemas sociais que foram instrumentais na formulação, aprovação e repercussão da Lei dos Crimes Hediondos (PAIVA, 2009, p. 90). Sobre a adaptação das instituições do sistema de justiça criminal aos novos e emergentes meios de comunicação, ver AAS (2004).

A comunicação em massa alterou a forma com que as autoridades políticas e da justiça criminal se expõem ao escrutínio público, de um lado, e também os colocam na posição de *barômetros da ansiedade social* (MATHIESEN, 2006, p. 21). Os políticos, mas também os atores do sistema de justiça, estão expostos à midiaticização do crime e ao peso que se atribui a seus papéis institucionais — a hierarquia do problema do crime e da solução *desejável* é dada, ou ao menos severamente influenciada, pelas representações coletivas apresentadas pela lente da mídia: “Quando juízes e legisladores experimentam a situação social dessa maneira, sua visão de mundo produz as consequências para a prática do sistema penal” (2006, p. 22, em tradução livre).

Nesse ponto, é relativamente comum o discurso que atribui menor valor ao populismo penal na Europa do que nos Estados Unidos devido ao fato de que, naquele continente, os operadores do sistema de justiça criminal em geral são servidores concursados — de certa forma isolados, portanto, de pressões políticas de curto prazo (TONRY, 2001, p. 99). Ainda que isso seja verdade, cada um desses indivíduos está sujeito à mesma construção da realidade,⁷⁶ e não se pode ignorar a força de movimentos que buscam reforçar a exposição negativa de juízes e promotores tidos como *lenientes*.⁷⁷

Alguns trabalhos tratam a questão da mídia sob o interessante ponto de vista dos limites da narrativa da imprensa, que em geral opta por histórias que enfocam a responsabilidade individual por um fato, desconsiderando (por razões editoriais ou ideológicas) o contexto dos acontecimentos. Roberts (2003, p. 76) define esse processo como *simplificação* do problema, notando ainda que os crimes geralmente selecionados para a ênfase midiática são bem distintos da real natureza cotidiana: a imprensa sobrerrepresenta a violência entre pessoas que não se conhecem, envolvendo autores, como homens negros e vítimas, como mulheres e brancas, enquanto a maioria dos crimes são cometidos entre pessoas da mesma comunidade. Tal forma de retratar a questão reforça a nova *concepção antimoderna* sobre o crime — não mais como um

⁷⁶ Nesse jogo, qualquer referência a regras processuais e aos direitos do acusado é vista como desrespeito ao sofrimento da vítima, como em um jogo de soma zero.

⁷⁷ ROBERTS (2003, p. 9) dá exemplos de projetos de lei que tinham o objetivo de expor publicamente os juízes que proferissem decisões consideradas leves demais. Em um deles, no Canadá, toda sentença criminal deveria ser publicada com o nome dos julgadores, o tipo penal, a pena efetivamente aplicada e a pena máxima atribuída pela lei. BECKETT; SASSON (2004, p. 112) relata pesquisas qualitativas do início da década de 1990, em que a maioria dos participantes argumentavam, “vigorosamente”, que o problema do crime se devia a juízes lenientes e ingênuos, que ainda acreditavam na bondade dos piores bandidos.

problema social multicausal, mas o resultado de uma decisão individual, cuja responsabilidade compete exclusivamente ao próprio criminoso.⁷⁸

Nesse contexto, a política criminal — e os fundamentos e finalidades da pena de prisão — são avaliados pela opinião pública a partir de seus resultados simbólicos e políticos. Tal circunstância aumenta consideravelmente os custos políticos de propostas para a resolução de conflitos e reparação de danos alternativas ao direito penal, ou mesmo à pena privativa de liberdade. Ao mesmo tempo, permite a criação de uma relação circular entre demanda política e reação midiática, com ganhos palpáveis a todos os envolvidos⁷⁹ — Beckett e Sasson (2004, p. 108) narram como alguns políticos, incluindo o presidente dos Estados Unidos, levantavam *problemas* para a imprensa, e, após a repercussão, *reagiam* e ofereciam a solução legislativa, invariavelmente punitiva, para a questão.⁸⁰

Para concluir, temos que o populismo penal é um dos mais célebres produtos da virada punitiva e, como tal, não apenas aponta para a questão do superencarceramento como fato político, mas demonstra sobretudo que esse processo de transformação dos parâmetros da justiça criminal está contido em um conjunto de mudanças sociais que caracterizam a (pós)-modernidade. Dessas, destaca-se a sensação de insegurança, muito bem explorada pelo discurso político-eleitoral, exercendo a mídia duplo papel como fonte de representações sobre o crime e como veículo das propostas de solução simples para problemas complexos (FREIBERG, 2003, p. 223).

1.2.3. Punitividade contraditória

Outro conceito fundamental para compor o quadro do antimodernismo é o de *punitividade contraditória*. Os autores que buscam definir o conteúdo das políticas

⁷⁸ A insistência midiática em certas figuras arquetípicas de criminosos e vítimas é bem documentada. Exemplos de trabalhos que focam na construção do criminoso ideal e, assim, no reforço da retórica do medo, raiva e insegurança: HARTNAGEL; TEMPLETON (2012); KARSTEDT (2002b) e JOHNSON (2009).

⁷⁹ Nils CHRISTIE (2010, p. 116, em tradução livre) afirma, ironicamente, que “em grande medida, apenas sabemos o que se passa na vizinhança por meio da imprensa. Talvez eles exagerem um pouco o risco do crime. Eles também vivem disso”.

⁸⁰ Sobre o reforço mútuo entre política e mídia — e o corolário da dependência entre o sucesso comercial dos produtos midiáticos relacionados com o crime e a geração de uma cultura de medo e insegurança, ver CARRIER (2010, p. 22). Sobre a mídia e o seu papel na *indústria do controle do crime*, ver CHRISTIE (1998).

punitivas contemporâneas notam que a prática do sistema de justiça é frequentemente ambígua e contraditória em si mesma. Por exemplo, a busca de alternativas ao encarceramento em procedimentos compensatórios civis convivem com o aumento de penas para crimes patrimoniais; apelos à prisão como forma de incapacitar os reincidentes convivem com iniciativas reabilitadoras — ainda que periféricas; o credo liberal do estímulo ao empreendedorismo convive com o moralismo da estigmatização do preso.

Para explicar esse aspecto da punição contemporânea, O'Malley (1999, p. 180) argumenta que as políticas penais atuais são melhor explicadas em termos dos elementos políticos contraditórios do que chama de *nova direita*, representada pela aliança entre a nostalgia de um passado retributivo (neoconservador) com uma proposta de inovação e eficiência econômica (neoliberal). A convivência desses dois quadros se dá pela existência de um inimigo comum, que é o sistema penal do *Estado de bem-estar*.

Com efeito, neoconservadores e neoliberais compartilham a oposição aos pressupostos penais previdenciários — em especial o compartilhamento da responsabilidade pelo crime, mas por razões bem distintas. Mesmo divergindo em vários aspectos, esses dois grupos têm em comum a defesa do livre mercado e o darwinismo social. A origem frontalmente distinta da crítica ao *welfare* por esses dois grupos dá margem à criação de estratégias e alternativas contraditórias — que para Garland (1997) simbolizam os limites do Estado contemporâneo, mas para O'Malley (1999, p. 185) indica tão só a construção de uma união pragmática entre o moralismo conservador e o radical individualismo neoliberal, politicamente bem-sucedidos nos governos Reagan, nos Estados Unidos, e Thatcher, na Inglaterra.

Wacquant (2008) também aponta a convergência entre neoliberais e neoconservadores no que se refere à necessidade de controle sobre as populações economicamente excluídas. Os motivos subjacentes à essa necessidade variariam, porém, para cada um dos grupos. Se para os primeiros os excluídos representam simplesmente uma parcela inútil para o mercado (já que não se constituem como consumidores), para os segundos, o grupo constitui um perigo que deve ser isolado e controlado.⁸¹

⁸¹ WACQUANT (2008) salienta, ainda, a contradição inerente à própria punitividade neoliberal, ao demandar “mais Estado” em termos de polícia, justiça criminal e prisões para resolver o aumento

1.2.4. Elementos do antimodernismo penal

Como visto, o percurso aqui narrado se iniciou com o questionamento dos pressupostos que sustentavam, justificavam e orientavam o funcionamento do sistema de justiça criminal e, mais especificamente, a aplicação da pena privativa de liberdade nos Estados Unidos desde o fim do século XIX até meados da década de 1960 — que definimos aqui como *modernismo penal*. O modelo *penal previdenciário*, construído a partir de uma combinação entre instituições jurídicas liberais clássicas, metas de reabilitação por meio de sentenças indeterminadas e inspiradas em uma ideologia de tratamento, e visão do sistema penal como integrante de uma rede mais ampla de solidariedade social, no contexto do *Estado de bem-estar*, tornou-se incompatível com a nova estrutura social que estava sendo construída no último quarto do século XX.

É importante compreender que esse caminho da desconstrução do *modernismo penal* — a *virada punitiva* — só foi possível diante de sua incongruência com o contexto cultural, social e político da pós-modernidade.⁸² É essa perspectiva estrutural do campo do controle do crime que permitirá localizar o processo pelo qual a prisão, antes tida como ultrapassada e contraproducente, retomou seu protagonismo — a partir de 1975, a taxa de encarceramento cresce de maneira exponencial, atingindo o nível de 478 presos por 100 mil habitantes em 2000, e 731 presos por 100 mil habitantes em 2010.⁸³

Para os propósitos desta tese, deve-se notar que as práticas e instituições do *modernismo* não foram desmontadas em sua totalidade. Tanto a estrutura judicial nos

generalizado da insegurança objetiva e subjetiva causada, por sua vez, pelo projeto econômico de “menos Estado”.

⁸² “As estratégias de controle do crime e as ideias criminológicas não são adotadas por sua capacidade de resolver problemas. As evidências disso desaparecem bem antes que seus efeitos sejam percebidos com alguma clareza. Essas estratégias são adotadas e logram êxito, porque caracterizam problemas e identificam soluções de maneira compatível com a cultura dominante e com a estrutura de poder sobre a qual ela reside” (GARLAND, 2008, p. 77).

⁸³ WESTERN; PETTIT (2002, p. 39, em tradução livre) salientam que “a explosão da população carcerária depois de 1970 não reflete o aumento das taxas de criminalidade. A população prisional aumentou todo ano a partir de 1974, mas as taxas de crimes flutuaram sem uma direção certa. Por exemplo, 13,4 milhões de crimes foram comunicados à polícia em 1980. Naquele ano, 182 mil pessoas foram admitidas nas prisões federais e estaduais. Em 1998, 12,4 milhões de crimes foram comunicados, e 615 mil pessoas foram presas. O crime caiu em números absolutos [...], mas o número de pessoas presas triplicou. Para explicar a explosão carcerária, é necessário olhar para além das taxas de criminalidade”.

moldes liberais quanto algumas das categorias jurídicas correcionais, como avaliações e classificações de condenados, possibilidades de tratamento e análise de fatores de risco ainda permanecem. O poder punitivo ainda se identifica com um enfoque psicossocial de diagnóstico e remediação.⁸⁴

Mas, apesar da estrutura estar mais ou menos mantida, há uma nítida mudança de ênfase em favor do uso mais frequente e intenso da prisão. Se essa mudança não representou a substituição do aparato existente, é possível identificar que a principal ferramenta foi a criação de instrumentos de *microadministração* do processo criminal: instituição ou aumento das penas mínimas obrigatórias, redução, eliminação ou ampliação das hipóteses de revogação do livramento condicional, a ampliação dos acordos prévios ao julgamento (*plea bargain*), *three-strike laws* e outras medidas que reduziram de modo significativo a discricionariedade judicial e a possibilidade de revisão das sentenças condenatórias.

Nesse contexto, o espaço deixado pela redução da autonomia do sistema de justiça — que, como vimos, era uma demanda liberal — foi de certa forma capturado pela agenda punitiva: “os políticos têm mais autoridade, os especialistas têm menos influência e a opinião pública constitui o ponto de referência para determinar as posições” na política criminal (GARLAND, 2008, p. 367). O ressurgimento da vítima como polo oposto ao acusado — de forma que a consideração sobre direitos processuais e moderação nas penas seja compreendida como uma concessão ou derrota da Justiça — faz parte desse ambiente. As demandas públicas por penais mais intensas e frequentes podem, agora, ser imediatamente transportadas para as sentenças condenatórias.

O *antimodernismo penal* compartilha os pressupostos da pós-modernidade, assim como o *modernismo penal* representava os anseios da *sociedade de bem-estar*. As práticas do sistema de segurança pública e de justiça criminal acompanharam a alteração do papel do Estado — os ideais integradores de uma sociedade inclusiva são substituídos pela proposta de controle e exclusão. Se as escolhas e decisões individuais, bem como a capacidade do indivíduo de realizá-las, não são socialmente estruturadas, a responsabilidade pela pobreza e pelas oportunidades (ou pela falta delas) — e, claro, também pelos fatos criminosos — é imputável apenas ao indivíduo. Os criminosos, assim como os beneficiários dos programas sociais, são vistos como *os outros*, que,

⁸⁴ Sobre a adaptação das ferramentas correcionais para a nova perspectiva atuarial, de controle de risco, ver FEELEY; SIMON (1994).

responsáveis por seu próprio infortúnio, não merecem outra coisa senão desprezo e controle (GARLAND, 2008, p. 420).

Diante dessa premissa ideológica sobre o papel do Estado que acompanhou as pressões fiscais da crise do Estado de bem-estar, uma das clivagens sociais mais visíveis, juntamente com saúde e educação, é na área da segurança pública. A parcela mais rica da população financia estruturas privadas de segurança e convívio social — segurança privada, muros, cercas, portões e shopping centers — que não podem ser compartilhadas com a parcela mais pobre. O Estado não pode mais oferecer segurança a todos, e em troca vai oferecer punição. O interesse entre o criminoso e a sociedade não pode mais ser compatibilizado — o réu, antes carecedor de amparo, agora é um risco a ser controlado.⁸⁵ Essa é a chave da exclusão que vai moldar a pena de prisão antimoderna — a segregação punitiva (GARLAND, 2008, p. 413).

Por tudo isso, é preciso indicar que no *antimodernismo penal* não se trata apenas a retomada do protagonismo do cárcere: o superencarceramento envolve a aplicação disseminada da pena de prisão de forma *severa e inclemente*. Frost (2008, p. 279) salienta que é a mudança no *caráter* da punição (e, por conseguinte, da prisão) que define a punitividade contemporânea. Assim como Simon (2001, p. 126), a autora entende que a sociedade se tornou tão punitiva que chegou à crueldade de patrocinar penas dolorosas, vingativas e destrutiva não apenas do corpo, mas das perspectivas de vida do condenado — incluindo a pena de morte, penas difamantes e prisões destrutivas.

Todos esses elementos — individualização da responsabilidade, narrativa midiática, legislação e sentenças judiciais populistas — estão conectadas pela escolha do *inimigo* a ser combatido. Nesse aspecto, merece ênfase particular a política de *guerra às drogas*, que talvez seja um dos principais exemplos de exportação punitiva dos Estados Unidos para o resto do mundo.⁸⁶ Nela, usuários e (pequenos) traficantes foram tidos não apenas como responsáveis pela sua própria condição, mas também por vários dos problemas sociais e urbanos enfrentados ao longo das décadas de 1980 e 1990, em especial nos bairros predominantemente negros das grandes cidades estadunidenses:

⁸⁵ E, no novo cálculo de risco, é melhor investir na incapacitação do que arriscar a vida ou a propriedade de um inocente.

⁸⁶ Utilizando, para isso, todo o ferramental diplomático e de direito internacional à sua disposição, simbolizado no punitivismo exacerbado no texto e, sobretudo, na interpretação das três convenções da ONU sobre drogas ainda vigentes: a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961; a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971; e a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988.

crime, vandalismo, desemprego e crise econômica (KOHLEH-HAUSMANN, 2010, p. 74).

Nelson Rockefeller, republicano moderado, governador do Estado de Nova York entre 1959 a 1973, foi um dos principais atores a compreender o potencial eleitoral da retórica populista penal direcionada aos usuários e traficantes de drogas: no seu último ano de governo estadual, seu tradicional discurso de integração dos dependentes de drogas foi abandonado para estabelecer a defesa de aumentos consideráveis nas penas mínimas aplicáveis ao uso e venda de drogas, sobretudo cocaína e heroína (NATIONAL RESEARCH COUNCIL, 2014, p. 119; KOHLER-HAUSMANN, 2010, p. 73). A medida teve o apoio de lideranças do movimento negro à época e foi copiada por diversos estados, além de federalizada em uma versão ainda mais dura pela presidência de Ronald Reagan a partir da década de 1980 — coroando o progressivo recrudescimento da política lançada por Nixon na década de 1970, que, afinal, reservara grande parte de seus investimentos em medidas de reabilitação e de saúde pública.⁸⁷ Western e Pettit (2002, p. 41) mostram que a população presa no sistema estadual daquele país cresceu 8% ao ano entre 1980 e 1996, enquanto o número de presos por crimes relacionados a drogas aumentou 16% ao ano no mesmo período.

Para sumarizar, Garland (2008, p. 367) afirma que, como resultado desse processo, tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra:

as condenações criminais se elevaram no que tange à quantidade de pena aplicada; o tempo médio de encarceramento subiu; as penas privativas de liberdade têm sido utilizadas proporcionalmente com maior frequência e a possibilidade de reencarceramento durante o período de liberdade vigiada aumentou.

Em outras palavras, por todos os fatores já mencionados, o *antimodernismo penal* se caracteriza por um sistema de justiça criminal em que a pena de prisão ganha,

⁸⁷ “Richard Nixon é lembrado como um dos primeiros políticos de primeiro escalão a anunciar uma ‘guerra às drogas’ e por desprezar particularmente seu uso e seus usuários. Mas as políticas de drogas patrocinadas por sua administração parecem quase iluministas se analisadas em retrospecto, comparadas com as estratégias impostas por seus sucessores” (NEWBORN, 2002, p. 171, em tradução livre). Com efeito, Rockefeller denunciou, em 1973, que os programas de reabilitação e tratamento custavam mais de um bilhão de dólares anuais aos cofres públicos, sem resultados palpáveis. A solução, afirmou, era estabelecer a “prisão perpétua para qualquer tráfico ilegal de drogas pesadas. Fechar todas as rotas de fuga para a plena execução das sentenças: a lei deve proibir acordos que levem a penas mais brandas e impedir a concessão de livramento condicional, indulto e suspensão da pena” (KOHLEH-HAUSMANN, 2010, p. 71, em tradução livre).

ou retoma, protagonismo em relação a outras formas de sanção estatal ou de resolução de conflitos.

1.3. Modernismo e antimodernismo penal: as teorias da pena

A proposta deste capítulo foi, até aqui, apresentar o percurso de transição de um determinado modelo de justiça criminal, *moderno*, fundado em determinadas premissas sociais identificadas com os pressupostos do *Estado de bem-estar*, para outro modelo de justiça criminal, *antimoderno*, fundado em outros pressupostos sociais e fortemente identificado com as inseguranças e com o individualismo da pós-modernidade.

Em princípio, é preciso ressaltar que as diferentes justificativas para a punição criminal, e para a pena de prisão, em particular, compartilham importantes entendimentos: todos são, em alguma medida, expressão do liberalismo como filosofia moral e política (CARRABINE, 2006, p. 194). Além disso, como nota Tangerino (2014, p. 163), todas atribuem ao Direito Penal o papel de instrumento de manutenção da paz social por meio da incorporação do conteúdo normativo pelos cidadãos:

Esse é um denominador de todas as teorias da pena que oscilarão quanto ao emprego do sujeito como meio ou como fim (retribuição versus prevenção); quanto ao destinatário principal (indivíduo ou sociedade); e quanto ao recurso mais eficiente (terror por meio da pena, na versão negativa ou reafirmação do valor por meio da condenação, na versão positiva).

Hassemer (2005, p. 373) salienta que as teorias da pena não são escolhidas por uma dada sociedade em um determinado período, mas se estabelecem e se enraízam na cultura jurídica a partir de uma necessidade externa de justificativa. De fato, a construção das justificativas para a aplicação da pena, e, em particular, da prisão, tem se modificado e se adaptado às condições culturais e econômicas ao longo dos tempos. O que se mantém como elemento invariante nos sistemas aqui expostos, contudo, é definida por Álvaro Pires (2004, p. 43) como *racionalidade penal moderna*, fundada na premissa de que “o procedimento penal hostil, autoritário e acompanhado de sanções aflitivas é considerado o melhor meio de defesa contra o crime”. Assim, embora a pena retributiva seja denunciada pelos teóricos utilitaristas como vingança oriunda dos sentimentos humanos mais primitivos, e a pena utilitária seja criticada pelos

retributivistas como carente de fundamento moral, tanto uma quanto outra compartilham a crença na identidade *crime-pena aflagrante* — afinal, tanto Beccaria quanto Kant reforçam a obrigatoriedade da pena, seja pela utilidade da *pena certa*, seja como imperativo categórico (PIRES, 2004, p. 44).

Ao longo dos itens anteriores, buscou-se pontuar as substanciais diferenças inerentes à relação entre os pressupostos dos modelos de justiça criminal *moderno* e *antimoderno* e a função que atribuem à pena de prisão. O trabalho compartilha, portanto, com Garland (2008, p. 36) a premissa de que as transformações na lei penal e em sua aplicação podem ser melhor entendidas através da análise do campo como um todo do que pela análise isolada de cada elemento:

Mudanças em políticas, sentenças, punições, teorias criminológicas, filosofia penal, políticas penais, segurança privada, prevenção do crime e tratamento das vítimas, assim por diante, podem ser mais bem apreendidas se forem vistas como elementos que interagem no campo estrutural do controle do crime e da justiça criminal.

Sob a perspectiva do Direito Penal, Costa (2005, p. 105), com Figueredo Dias, já pontuou que a análise das finalidades da pena está intimamente relacionada com o exame da legitimação e do sentido da intervenção penal estatal. O reverso dessa moeda, e tendo em vista os objetivos mais modestos desta tese, é possível identificar, em cada fase da trajetória dessa *virada punitiva*, os discursos penais subjacentes aos objetivos sociais mais amplos. Espera-se, com isso, desenvolver ferramentas analíticas que permitam analisar a realidade brasileira a partir de seu próprio contexto político e social, fugindo da simples importação dos conceitos descritivos utilizados pelos autores anglo-saxões. Como já discutido, o fator unificador das diferentes culturas jurídicas ocidentais é a teoria da pena, ou como a aplicação da pena de prisão se justifica e o que dela se espera em cada sociedade e em cada momento histórico. Se a premissa deste trabalho estiver correta, será possível identificar padrões de *punitivismo* na história recente brasileira que nos permitirá compreender melhor o atual cenário de superencarceramento.

Klaus Günther (2004) faz o diagnóstico de que há fortes pressões políticas e sociais que reforçam o sentimento de insuficiência das respostas penais frente à insegurança coletivamente experimentada, ainda que mediada pela imprensa. Nesse contexto, a demanda por segurança faz com que as fronteiras tradicionais (liberais) do Estado de Direito sejam suprimidas para “permitir, juridicamente, intervenções que são,

simultaneamente, perseguição penal, prevenção policial e guerra” (GÜNTHER, 2004, p. 188). O autor também compartilha a surpresa com o fato de que tais demandas não necessariamente se relacionam com o aumento real da taxa de criminalidade, e salienta que nem mesmo as seguidas evidências de que o aumento da frequência e intensidade das prisões não tem qualquer efeito na diminuição da criminalidade são suficientes para afastar a demanda geral pela punição (2004, p. 189):

Tem-se quase a impressão de que à demanda por punição não importa a contradição entre os supostos e os verdadeiros efeitos da pena, ou mesmo efeitos de qualquer tipo, insistindo apenas na sua mera satisfação, por meio da execução da pena.

Günther buscou testar a racionalidade das justificativas que a doutrina penal costuma atribuir à pena de prisão. Salienta que a legislação penal não costuma se comprometer com um fundamento e objetivo para a pena,⁸⁸ e que a jurisprudência busca conciliar diferentes objetivos para a aplicação da sanção estatal. Esse mesmo esforço de racionalização das diversas teorias justificadoras da pena foi realizado ainda na década de 1980 por Thomas Mathiesen (2006), em seu *O julgamento da prisão*. Na ocasião, o autor dividiu as teorias clássicas da pena entre *retribuição* e *defesa social* (utilitária), e este último em dois subgrupos: *prevenção geral* e *prevenção individual*.

Por fim, Pavarini e Giamberardino (2012, p. 19) partem de conceitos semelhantes para narrar o que chamam de crise da pena e sugerir ainda outra tipologia para as distintas teorias: a *pena que inclui* e a *pena que exclui*. Trata-se de uma feliz síntese dos pressupostos sociais que sustentam a pena de prisão, como se verá.

1.3.1. O modernismo penal e a prevenção especial positiva

Para Pavarini e Giamberardino (2012, p. 19), apesar de ser possível imaginar outras manifestações preventivas da pena, os sistemas historicamente realizados e reconhecidos como exercitores de um papel de prevenção especial positiva — ou de

⁸⁸ Como se verá no próximo capítulo, a lei brasileira se compromete de maneira clara com uma teoria mista entre retribuição e prevenção: *efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*, segundo o art. 1º da Lei de Execução Penal, e *conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*, segundo o art. 59, I, do Código Penal.

melhoramento do condenado, nas palavras de Mathiesen (2006, p. 24) — são identificados com o modelo correcionalista de pena relativamente indeterminada e flexível, com avaliações de personalidade e juízos de periculosidade. Os autores notam, juntamente com Garland (2008, p. 104), que a pena de prisão foi vista com certo descrédito pelos teóricos do correcionalismo, mas que na prática nunca se conseguiu renunciar de modo significativo ao cárcere: “pelo contrário, o que se constatou foi a difusão e o fortalecimento de sistemas de justiça cada vez mais caracterizados pela expansão da pena carcerária” (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2012, p. 20).

Com todas as críticas dedicadas à realidade prática do correcionalismo, algumas das quais já cobertas neste capítulo, reconhece-se que se trata de um sistema que expressa uma cultura política e social voltada para a inclusão de grupos deficitários. A periculosidade social dos criminosos se funda em seu *déficit* e não em sua natureza essencialmente má, de forma que a solução a ser buscada é a redução das diferenças sociais (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2012, p. 25).

Da mesma maneira, Günther (2004, p. 197) localiza historicamente o recurso à ressocialização como fundamento das grandes esperanças depositadas na Lei de Execuções Penais alemã, de 1977: “Na execução da pena privativa de liberdade o prisioneiro deve tornar-se capaz de levar futuramente, de modo socialmente responsável, uma vida livre de ilícitos penais”. Para aquele autor, antes de serem atirados num “escárnio populista”, os objetivos correcionais da Lei alemã correspondiam à política criminal do Estado de bem-estar,

que buscava — e tentava corrigir — as causas da criminalidade não na decisão de livre-arbítrio do autor do ilícito, mas em *déficits* de socialização e da estrutura social. Essa política criminal tinha ainda pelo menos uma noção de que a sociedade não é isenta de culpa no que se refere à criminalidade.

Mathiesen (2006, p. 40), que apresenta uma visão bem mais pessimista das iniciativas de prevenção especial positiva, localiza as origens do ideal de reabilitação já na primeira fase das instituições penais, no século XVII, como estratégia de legitimação moral de estruturas que, para ele, foram dedicadas desde o princípio à incapacitação e, na melhor das hipóteses, à homogeneização da moral dos grupos dominantes. De

qualquer forma, o autor reconhece que a proposta de *restauração social* é possível e desejável sob uma perspectiva de fato integradora (2006, p. 28).⁸⁹

Assim, é possível identificar com alguma segurança a prevenção especial positiva, e sua perspectiva ressocializadora, com os pressupostos político-criminais do *Estado de bem-estar*: responsabilidade compartilhada pelo delito, do crime como fato social complexo e relacionado de alguma forma com *déficits* sociais, e propostas de inclusão social por meio das estruturas estatais jurídico-penais. A comprovada incapacidade de atingir esses objetivos por meio da pena de prisão também são consensuais, mas a utilização retórica desse fracasso na legitimação de outros papéis para o cárcere varia de acordo com o momento histórico.

1.3.2. A pena antimoderna por excelência: a prevenção especial negativa

Se a reabilitação é a expressão maior dos objetivos da pena moderna, a incapacitação do condenado é o símbolo da *antimodernidade penal*. Pavarini e Giamberardino (2012, p. 33) retomam a narrativa de Garland sobre a crise do Estado de bem-estar para salientar que, à medida que a perspectiva de inclusão social perdia força — por qualquer meio, sobretudo o da pena criminal —, ganhava relevância o papel excludente da prisão. Os autores exemplificam de maneira bem clara o novo papel de gestão da exclusão assumido pelo sistema de justiça criminal: 35% dos presos na Itália são estrangeiros que serão expulsos do país assim que cumprirem a pena, de forma que não se pode mais esperar qualquer finalidade para essas penas se não o de retirá-los de circulação.

Mathiesen (2006, p. 85) compartilha o entendimento dos autores italianos. Para ele, a prisão foi em princípio constituída e permaneceu, ao longo da história, exercendo em primeiro lugar o papel de incapacitar os condenados, mas foi a partir da década de 1980 que o conceito ganhou importância na narrativa criminológica dominante, notadamente como forma de oposição ao modelo correcional diante da falência dos

⁸⁹ Nas conclusões do livro, o autor explica sua crítica frontal à prisão ao concluir que ela não atende a nenhuma das razões progressistas pelas quais se justifica sua existência. Para ele, a prisão não é solidária nem compensatória, do ponto de vista do condenado ou da vítima (MATHIESEN, 2006, p. 146). Assim, pode-se concluir que sua crítica se fundamenta antes na realidade prática das prisões, mas não se contrapõe aos pressupostos ideológicos do *Estado de bem-estar*.

ideais reabilitadores. Assim como no caso da reabilitação, o autor lista uma série de razões técnicas e morais para contestar a justificativa da pena de prisão pela perspectiva incapacitadora.

Mas o conceito de *prevenção especial negativa* não se limita à prevenção pela incapacitação do indivíduo pelo tempo de duração da pena, mas também para que o condenado se abstenha de cometer novos atos criminosos — seja como contraestímulo behaviorista, seja para a inclusão da *dor da pena* nos cálculos futuros de custo-benefício (GÜNTHER, 2004, p. 195). A evidente relação de tal premissa com a concepção de *criminoso racional* — Salvador Netto (2009, p. 217) anota que as visões negativas da prevenção estão historicamente associadas à concepção liberal de livre-arbítrio e racionalidade da conduta do agente — não deixa dúvidas de sua relação com a perspectiva contemporânea e antimoderna da responsabilização individual do criminoso pelos seus atos. Da mesma forma, também é importante notar o aparente automatismo com que a liberdade e a integridade física e moral do condenado são colocados em posição de inferioridade em relação à demanda por segurança, o que, como vimos, é uma das características constitutivas da nova cultura punitiva. Para essa perspectiva, os equipamentos mais importantes da prisão são os muros (GARLAND, 2008, p. 377).

Em síntese, independentemente de suas raízes históricas, a prevenção especial negativa, portanto, tem natureza fortemente *antimoderna*.

1.3.3. Prevenção geral positiva e a reafirmação dos valores sociais

Em artigo sobre as finalidades da pena nos crimes de tóxicos, Costa (2005, p. 106) sintetiza o conceito desenvolvido pela doutrina penal para descrever a prevenção geral positiva: “Por meio da aplicação da pena, o valor protegido pela norma penal violada deve ser reafirmado, reforçando-se na população o sentimento de que aquele valor continua sendo relevante para o convívio social e digno de proteção”. Mathiesen (2006, p. 65) congrega as funções preventivas da pena como uma *mensagem do Estado*, e, nessa perspectiva, a mensagem teria o papel de indicar que alguns atos são

moralmente incorretos e impróprios, e portanto devem ser evitados.⁹⁰ Para ele, sob essa visão, o aparato do sistema de justiça criminal — incluindo as prisões — constitui-se em um grande maquinário voltado à comunicação de significados para os cidadãos (2006, p. 67):

o sistema de justiça criminal [...] não é apenas um sistema que processa e sanciona pessoas que agem contra a lei, mas também uma instituição que, precisamente ao processar e sancionar, enfatiza de forma muito forte uma série de designações da realidade.

As raízes utilitárias da prevenção geral são inequívocas.⁹¹ Bentham (1843, p. 367, em tradução livre) indica a prevenção (geral) como o fim principal da pena criminal:

[O] fim principal das punições é prevenir crimes semelhantes. O crime ocorrido é apenas um; o futuro é infinito. O crime ocorrido afeta apenas um cidadão; crimes semelhantes podem afetar a qualquer um. Em muitos casos o mal do crime é irreparável; mas a vontade de se fazer o mal sempre pode ser suprimida, pois, independentemente de quão grande seja a vantagem em se cometer o crime, o mal representado pela punição pode ser capaz de superá-la.

O autor ainda completa o raciocínio, afirmando que a pena, ainda que possa parecer repugnante se considerada de forma isolada, passa a ser vista como benéfica “quando é tida não como um ato de ira ou vingança contra um culpado ou infeliz que se

⁹⁰ Mais uma vez, a visão crítica do autor conduz a diversas ponderações sobre a complexidade do ato de comunicação, que excede o mero “conhecimento da lei”, e salienta suas dúvidas sobre a capacidade comunicativa do processo criminal: lento, destacado do contexto dos fatos e afastado dos processos comunicativos mais eficientes (MATHIESEN, 2006, p. 69). Também questiona a possibilidade de comunicação dos valores de condutas por meio das inúmeras nuances que envolvem o processo de determinação das penas de prisão (2006, p. 70), e, em especial, a eficácia dessa comunicação, quando se sabe que o cometimento de atos criminosos frequentemente está relacionado ao acúmulo de problemas pessoais e sociais que, na prática, neutralizam o eventual valor comunicativo da mensagem penal para esse grupo de pessoas: “em resumo, a prevenção geral funciona para aqueles que não precisam dela. Em relação aos que precisam, ela não funciona” (2006, p. 74). COSTA (2008, p. 110) anota que Günther JAKOBS, um dos principais teóricos do funcionalismo, reputa as críticas empíricas e sobre a eficácia da lei penal como fora de lugar, pois a pena deve ser entendida como um fim (comunicacional) em si mesmo. Assim, embora JAKOBS rejeite a retribuição como fundamento da pena, sua concepção de prevenção geral como comunicação é muito próxima da pena retributiva absoluta — no mesmo sentido, SALVADOR NETTO (2009, p. 210).

⁹¹ O utilitarismo, como forma de fundamento moral da pena estatal, opôs-se ao direito natural e ao papel conservador dos sistemas jurídicos absolutistas, representando uma força política significativa nas reformas liberais do século XIX: “A filosofia utilitária estabelece o que é a boa ação em termos de utilidade social, e julga os atos por suas consequências [...]. Nesse contexto, a justificação utilitária da pena é que o mal experimentado pelo condenado é compensado pelo bem causado para a sociedade em geral. Ao apontar para o futuro, ou ao bem coletivo, o foco é colocado no fim instrumental da punição” (CARRABINE, 2006, p. 192, em tradução livre).

deixou levar por inclinações perniciosas, mas como um sacrifício indispensável à segurança coletiva” (1843, p. 383, em tradução livre).

Hennock (2007, p. 176), ao categorizar as justificativas da punição, localiza a *pena como comunicação* no campo das teorias retributivas — o que faz sentido diante da tese por ele defendida de que não há retribuição absoluta, pois a *pena pela pena* tem ao menos a função de gerar a satisfação da vítima ou do público em geral pelo sofrimento do apenado. De qualquer forma, o autor entende que a ideia familiarmente retributiva de *pena merecida* envolve uma série de atos de comunicação que inclui a reconexão do condenado e da sociedade *com os valores corretos* — e que a tese, para fazer sentido, depende que essa comunicação não possa ser feita de outra forma senão por meio da pena.⁹² A aproximação da prevenção geral positiva do retributivismo também é percebida por Silva Sanchez (2002, p. 145) e Günther (2004, p. 199), que salienta, apesar disso, que para os teóricos da prevenção o fim da pena não é a reafirmação jurídica da norma, mas seu efeito na sociedade. De outro lado, a *pena como comunicação* também é um conceito central na proposta funcionalista de Günther Jakobs, que concebe o mal da pena como um processo comunicacional positivo e reafirmador do conteúdo da norma (COSTA, 2008, p. 73).

Esse é o centro dos debates da dogmática sobre a prevenção geral positiva, travado entre o funcionalismo radical de Jakobs, que atribui à pena um papel exclusivamente preventivo e destinado a exercitar na população a confiança no Direito, e a posição de autores como Claus Roxin, Winfried Hassemer e Andrew Von Hirsch, entre outros, que subordinam o papel preventivo geral positivo da pena à culpabilidade do autor e criticam a fragilidade da justificativa de Jakobs para a necessidade e legitimidade do uso da pena criminal como forma de reafirmar a norma violada (SCHÜNEMANN, 1997, p. 92). Assim, a prevenção geral positiva como categoria teórica pode ser lida como limitadora ou ampliadora do controle penal; ou, em última análise, compatível ou incompatível com os princípios liberais clássicos do direito penal.

É sem dúvida mais difícil identificar a prevenção geral positiva com um modelo social específico. Pavarini e Giamberardino (2012, pp. 34-5) retornam à Émile

⁹² A conclusão do autor também é de descrença — a necessidade de comunicação, para ele, não justifica por si a imposição de um mal (2007, p. 183). Da mesma forma, GÜNTHER (2004, p. 201) afirma que, a despeito da tradição do argumento, a redução do direito penal a um meio de comunicação deixa em aberto a necessidade da pena como veículo dessa mensagem.

Durkheim para descrever o papel de reforço da coesão social exercido pelo sistema penal, mas salientam que “é apenas pela exclusão social de alguns que o sistema de justiça penal pode produzir uma maior inclusão da maioria”. A natureza essencialmente seletiva do sistema penal nos leva à inafastável reflexão sobre a legitimidade moral de um instrumento estatal que “pune alguém, por vezes severamente, a fim de prevenir que pessoas completamente distintas cometam atos semelhantes”, sobretudo quando os selecionados para receber a punição são “em grande medida pessoas pobres e altamente estigmatizadas, que demandam assistência em vez de sanções” (MATHIESEN, 2006, p. 76, em tradução livre).

Contudo, no complicado exercício de destacar os pressupostos teóricos do exercício prático do poder punitivo, ao se considerar como majoritária a compreensão teórica de que a culpabilidade é fator limitante da finalidade preventiva geral da penal, pode-se conceber que a teoria da prevenção geral positiva prevalecente vem acompanhada da consideração da subsidiariedade do direito penal. Em outras palavras, a força regulatória e comunicativa do Direito Penal depende da atuação prévia de outras instâncias de controle social formal e informal,⁹³ sem as quais “ele perderá sua força e seu sentido e acabará causando confusão entre valores mais relevantes e menos relevantes” (COSTA, 2005, p. 110).

Sob essa perspectiva, portanto, é possível identificar a função preventiva geral positiva da pena criminal num contexto de moderação, ou de *ultima ratio*,⁹⁴ o que a afasta da racionalidade antimoderna de antecipação da tutela penal e da gestão de riscos. O sistema penal previdenciário, afinal, não abriu mão da pena como consequência da atribuição de responsabilidade precisamente porque ainda fora construído sob as bases do sistema judicial clássico, liberal. Contudo, a vinculação da prevenção geral positiva com o correccionalismo não é automática, e, em sua configuração mais moralista, a

⁹³ Para HASSEMER (2005, p. 424), a prevenção geral positiva surge do reconhecimento do papel integrativo do Direito Penal, que, assim como a escola ou a família, colabora com o desenvolvimento cultural e com a socialização dos homens. Para ele, essa teoria pressupõe que o sistema jurídico-penal tem por objetivo reforçar a confiança do povo na estabilidade das normas, de forma que a prática da justiça penal na correlação com os demais âmbitos de controle social tem consequências para a validade e estabilidade das normas sociais. Contudo, o autor também atribui ao Direito Penal o papel de “marcar e observar os limites quanto a essa participação na formação da norma, praticar a cautela e a moderação, formalizar o controle social”, trazendo em si a obrigação de estabelecer limites de proporcionalidade e da garantia da dignidade do homem.

⁹⁴ E, para GÜNTHER (2004, p. 200), também a mensagem de autolimitação.

função de integração social também pode ser identificada com a nova cultura punitiva de imposição de valores, em oposição ao reconhecimento e tolerância às diferenças.⁹⁵

1.3.4. Prevenção geral negativa: dissuasão e a virada punitiva

A prevenção geral negativa, também conhecida como *intimidação*, também pode ser entendida como um meio de comunicação, mas com conteúdo diverso: a ameaça da pena deve servir para que potenciais violadores da lei penal deixem de cometer o delito. Dito de outra forma, a pena aplicada a um condenado — ou melhor, o infortúnio sofrido por ele — deve servir de exemplo para os demais membros de sua coletividade. Se adotada como único fundamento para a sanção penal, a quantidade de pena deveria ser calculada pela necessidade de prevenção, antes mesmo de considerações sobre a gravidade da conduta ou do dano efetivamente ocorrido. A pena constitui uma variável econômica para ser considerada pelo criminoso em potencial.

Nessa linha, é bastante fácil encontrar o liame direto do utilitarismo puro e as considerações criminológicas de James Q. Wilson (1975) e Van der Haag (1976): as penas devem ser intimidatórias, suficientemente duras para desestimular os potenciais violadores da lei.⁹⁶ A intimidação pela pena está na raiz das conhecidas iniciativas de *tolerância zero*, propondo instaurar a ordem por meio da ameaça difusa de sanção criminal (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2012, p. 55). A convivência com outros sistemas de controle social não é hierarquizada, e o direito penal pode ser trazido para a linha de frente, caso se considere que determinada conduta é suficientemente grave — ou demasiado frequente — para justificá-la.

⁹⁵ As críticas sobre o esvaziamento do conteúdo material do direito penal, da impossibilidade de compromisso entre as finalidades preventivas gerais e especiais, da falta de justificativa da pena afliitiva como instrumento de comunicação e o contínuo ceticismo demonstrado por pesquisas empíricas demonstram que a prevenção geral positiva não conseguiu oferecer respostas plenamente satisfatórias para superar a crise da pena, embora tenha incorporado novas e importantes reflexões para a introdução de critérios de racionalidade para a pena criminal (COSTA, 2008, p. 120). Sobre esse debate, destaco as obras brasileiras já citadas de COSTA (2005, 2008) e TANGERINO (2014), além de MACHADO (2007), POSSAS (2003) e BICUDO (2010), entre outras.

⁹⁶ WILSON (1983) defende que o comportamento criminoso pode ser explicado da mesma forma como se explica a decisão dos consumidores sobre comprar um carro. Assim, a melhor forma de se reduzir o crime é tornar mais custosas as consequências ao eventual criminoso, tornando as penas mais rápidas, certas e severas.

No limite, a pena como dissuasão ou intimidação geral se descola de considerações de proporcionalidade, pois a função da pena não tem relação com a conduta concreta do indivíduo — pretende-se, com ela, inserir elementos dissuasórios nas considerações econômicas de um terceiro, eventual criminoso. Pelo prisma da utilidade plena, a aplicação e o cálculo da sanção pode até prescindir totalmente da culpa, e/ou de limites para a natureza e intensidade da pena.⁹⁷ Tal cenário, longe de significar mero exagero retórico, está vivamente representado no cotidiano do sistema de justiça dos Estados Unidos, em que acordos prévios conduzidos pela acusação levaram à condenação sem processo de 97% de todos os casos criminais federais concluídos em 2011⁹⁸ — “um sistema que permite condenar os culpados de maneira cada vez mais rápida, mas também pode condenar um número desconhecido, mas não irrisório, de inocentes” (SIMON, 2007, p. 42).⁹⁹

A pena, sob essa perspectiva, é marcadamente *antimoderna*. Na verdade, como visto,¹⁰⁰ foi justamente a adoção da tese de dissuasão que, no período de contestação dos pressupostos correcionais, marcou a transição das críticas liberais em favor da *pena justa* para as críticas conservadoras que buscavam substituir o *bem-estar* pela pena criminal (GARLAND, 2008, p. 153).

⁹⁷ “Penas consideradas injustas podem ser vistas como justificáveis do ponto de vista da prevenção econômica [...]. Quem defende que a punição se justifica apenas como prevenção utilitária compromete-se com a imoralidade de punir o inocente, com a negação do princípio de que só o culpado pode ser punido. Se for assim, a teoria da prevenção utilitária é inaceitável” (HENNOCK, 2007, p. 90, em tradução livre). TANGERINO (2014, p. 106) aponta a construção dogmática da relação intrínseca entre culpabilidade e medida da pena, notando, com MUÑOZ CONDE, que “em um Estado de Direito, não se considera justo levar o desejo de prevenção até o ponto de punir os inculpáveis” — a determinação da pena, no Estado Democrático de Direito, se dá pela tensão entre a pena justa e aquela necessária para comunicar o valor da norma penal.

⁹⁸ Fonte: The Wall Street Journal, 23 set. 2012. Disponível em: <<http://online.wsj.com/news/articles/SB10000872396390443589304577637610097206808>>. Acesso em: 13 dez. 2014. Sobre o protagonismo das estruturas de acusação nos Estados Unidos pós-*guerra ao crime*, ver SIMON (2007, pp. 37-60)

⁹⁹ Desde 1989, alguns estados dos Estados Unidos permitem que qualquer preso tenha o direito de pedir o reexame de um pedido de inocência fundado em testes de DNA, o que foi estendido aos presos federais em 2004. Trezentas e dezoito pessoas tiveram a condenação revertida, 10% das quais haviam se declarado culpadas no processo de *plea bargain*. Dezoito condenados aguardavam a execução da pena de morte, e o tempo médio de prisão cumprida pelos chamados *exonerados* é de treze anos e meio. Disponível em: <<http://innocenceproject.org>>. Acesso em: 13 dez. 2014. Ainda que limitado aos crimes de menor potencial ofensivo, a transação penal também representa, no processo penal brasileiro, a possibilidade de imposição de uma sanção criminal — seja qual for o nome que juridicamente lhe é dado — em razão de fatos não apreciados pelo Judiciário (REALE JÚNIOR, 1999; TANGERINO, 2014, p. 224).

¹⁰⁰ Ver item 1.2.1.

1.3.5. Retribuição

O retributivismo puro é um importante campo teórico na história da filosofia e da sociologia da punição, mas não é possível localizar historicamente, ao menos desde o advento das prisões ocidentais modernas no século XVIII, sistemas de justiça criminal fundados apenas na retribuição. A justificativa política dos sistemas de justiça criminal já passou por diversas combinações das teorias da pena, e a retribuição sempre foi adotada em combinação com alguma função preventiva (CARRABINE, 2006, p. 194).

A pena criminal entendida como *compensação de uma injustiça* (GÜNTHER, 2004, p. 190) ou como “uma retribuição jurídica confirmadora de um valor reconhecido como positivo e que foi desrespeitado pela ação delituosa” (REALE JÚNIOR, 2012, p. 56) foi desacreditada pelo *modernismo penal* na medida em que a pena efetivamente aplicada não dependia do fato cometido, ou do dano causado, mas das perspectivas de reabilitação e tratamento.

A indeterminação das sentenças sempre foi motivo de oposição dos juristas liberais (GARLAND, 2008, p. 113) e foram justamente as arbitrariedades e excessos praticados pelas estruturas correcionalistas na definição e execução das sentenças indeterminadas que trouxe de volta ao campo progressista a defesa da proporcionalidade e da pena justa, com base em argumentos retributivos.

Apesar disso, a associação do fundamento retributivo da sanção penal com o antimodernismo não pode ser automática. É certo que a retomada do debate penal com base na superioridade moral da pena proporcional e o autoritarismo da punição indeterminada e fundada em juízos de periculosidade foi um dos motores do movimento de reforma das regras de definição das sentenças nos Estados Unidos e no Reino Unido,¹⁰¹ mas tais ponderações foram logo abandonadas no momento em que a moderação foi substituída por uma justiça expressiva, excessiva e descomedida (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2012, p. 55). Por isso, mesmo sob uma perspectiva liberal, “a retribuição continua fazendo parte da teoria do delito, principalmente no

¹⁰¹ A retomada moral do retributivismo no movimento britânico de reforma das leis de determinação das sentenças criminais fundou-se “na crucial distinção entre o que seria bom fazermos, em termos de utilidade, e o que temos o direito de fazer. Esquecer-se dessa importante distinção entre desejo e dever mostra as consequências autoritárias que podem decorrer da fundamentação utilitária, pois haverá momentos em que o indivíduo será sacrificado em nome do bem comum, sendo a tortura talvez o exemplo mais controverso” (CARRABINE, 2006, p. 193, em tradução livre).

tocante à importante noção de proporcionalidade entre pena e bem jurídico” (SALVADOR NETTO, 2009, p. 261).

Há de se ressaltar como particularmente importantes para a análise do caso brasileiro as iniciativas que buscavam a harmonização dos propósitos reabilitadores do previdenciarismo penal com os limites ao poder punitivo inspirados na retribuição penal. O influente trabalho de Andrew von Hirsch (1976), ao conceituar a pena como um instrumento de argumentação moral e de comunicação simbólica, sintetiza as demandas contra o excesso de prisões cautelares e pelo estabelecimento de diretrizes para as sentenças (*sentencing guidelines*) que, de certa forma, refletiam o consenso — de curta duração, nos Estados Unidos e na Inglaterra — em torno dos pressupostos previdenciários, mas que demandavam ajustes para retomar seu caráter humanitário.¹⁰²

As teorias que fundamentam a pena como retribuição, portanto, serviram como instrumento para a retomada de valores liberais durante a hegemonia do correccionalismo, mas não foram suficientes para sustentar esses mesmos valores durante a escalada punitiva da década de 1980. Por isso, não é possível sua simples identificação com o sistema de justiça criminal *moderno* ou *antimoderno*.

Com a descrição da narrativa predominante a respeito da transição das práticas punitivas do sistema penal *moderno* para a contemporaneidade *antimoderna*, bem como das diferentes referências às teorias da pena a que tais práticas punitivas têm recorrido ao longo desse percurso, estão dados os instrumentos conceituais para verificar a adequação ou inadequação dessa perspectiva para explicar o caso brasileiro. De posse desse ferramental teórico, o próximo capítulo se ocupará de analisar o processo de elaboração e aprovação da Nova Parte Geral do Código Penal e da Lei de Execução Penal, ambos de 1984, sob a perspectiva do papel atribuído pelo debate público, acadêmico e parlamentar à pena de prisão.

¹⁰² “A ampla discricionariedade nas sentenças tem se sustentado nas premissas tradicionais sobre reabilitação e detenção preventiva. Uma vez que essas premissas são abandonadas, desaba o fundamento para tamanha liberalidade. Em nossa teoria, a execução penal não é uma forma de alterar o comportamento do condenado, a ser moldada de acordo com a sua ‘necessidade’; é uma punição merecida baseada na gravidade do fato por ele cometido. Para que esse princípio de ‘pena merecida’ funcione, é preciso que existam padrões especificando a quantidade de pena aplicável a diferentes crimes” (VON HIRSCH, 1976, p. 98, em tradução livre).

2. CAMINHOS DO MODERNISMO PENAL BRASILEIRO

Como visto no capítulo anterior, a trajetória de aumento da taxa de encarceramento nos países ocidentais, sobretudo nos países de língua inglesa, captou o interesse de uma parcela importante da academia nas áreas do direito penal e da sociologia da punição. Por sua vez, a discussão sobre as origens da política de encarceramento em massa nos países em desenvolvimento, notadamente na América Latina, é mais complexa e menos documentada do que o debate norte-americano e europeu. Durante a década de 1970 o continente padecia com regimes políticos autoritários e com a inexistência de políticas de bem-estar social, combinação típica do capitalismo tardio da região. Tais condições “tornaram impossível o desenvolvimento de um conhecimento deslegitimador” (ANITUA, 2008, p. 465) pelas ciências sociais e, por consequência, no campo da criminologia.

No Brasil, o questionamento das práticas punitivas foi exercido num primeiro momento pelo meio jurídico, na luta cotidiana contra as prisões ilegais pela ditadura,¹⁰³ e depois, de maneira mais tímida, pela academia.¹⁰⁴ Não obstante, a década de 1970 foi bastante profícua em atividades científicas e legislativas sobre o sistema de penas. A partir do aparecimento, no anteprojeto apresentado por Nelson Hungria e que viria a se constituir no natimorto Código Penal de 1969, de penas relativamente indeterminadas para alguns casos de habitualidade e tendência criminal, uma série de debates e propostas de inovação surgiram naquele período, incluindo a regulamentação da já mencionada prisão-albergue pelo Conselho da Magistratura de São Paulo e iniciativas que tinham o objetivo de contestar o protagonismo — ou o monopólio, como aponta Reale Júnior (2010) — da pena de prisão como resposta do sistema de justiça criminal.

A abertura política do início da década de 1980 ofereceu o espaço para que o arcabouço jurídico-penal brasileiro, que ainda datava do Estado Novo, fosse atualizado,

¹⁰³ Para um relato sobre o uso do aparato do sistema de justiça criminal para a defesa de presos políticos nas décadas de 1960 e 1970, ver SPIELER; QUEIROZ (2013).

¹⁰⁴ Para REALE JÚNIOR (2010, p. 44), até aquele momento “pouco se preocupavam os penalistas em alterar o sistema de penas, antes atentos à análise da natureza jurídica dos institutos do Direito Penal, esquadrihando temas como tentativa, nexô causal, coautoria, resultado, ou imersos na imensa tarefa de elucidar a estrutura do crime, com a indagação sobre o caráter causalista ou finalista do comportamento humano e seus reflexos sobre o modo de relação entre os elementos do crime”.

naturalmente, a partir dos pressupostos teóricos discutidos e compartilhados pela academia nos anos anteriores.

Este capítulo apresenta a história dos debates, da formação das comissões de juristas e o processo de construção dos dois grandes marcos normativos ainda hoje vigentes no país no que diz respeito à aplicação da pena criminal: a Parte Geral do Código Penal (lei nº 7.209/84) e a Lei de Execução Penal (lei nº 7.210/84). Fazendo uso do ferramental teórico discutido no capítulo 1, espera-se, ao final, documentar o processo de construção de um novo projeto de justiça criminal no país, a partir de seus fundamentos teóricos e dos objetivos atribuídos ao sistema de penas.

2.1. Antecedentes: o Código Penal de 1940

Do ponto de vista legal, ao lado da extensa produção de normas penais na década de 1960,¹⁰⁵ subsistiam, no campo da determinação da pena, os limites estritos do Código Penal de 1940. É verdade que a Exposição de Motivos (EM) do Decreto-Lei nº 2.848/40 tinha uma avaliação bastante positiva da flexibilidade do novo sistema de penas:

Na aplicação da pena, o projeto dá ao juiz uma grande latitude de apreciação. Entre o mínimo e o máximo, ele graduará a quantidade de pena de acordo com a personalidade e os antecedentes do criminoso, os motivos determinantes, as circunstâncias e as consequências do crime. Em suma, individualizará a pena, adotando a quantidade que lhe pareça mais adequada ao caso concreto.

Mas não só em relação à quantidade de pena, é deixada ao juiz uma certa liberdade de apreciação. Em determinados casos, o projeto lhe confere a escolha entre penas alternativamente cominadas, a faculdade de aplicar cumulativamente penas de espécie diversa e a de deixar de aplicar qualquer das penas cominadas.¹⁰⁶

No entanto, as espécies de penas eram basicamente a prisão (reclusão e detenção) e a multa, uma vez que as acessórias (perda da função pública, interdições de direitos e publicação da sentença) acompanhavam a principal — além, é claro, das

¹⁰⁵ TANGERINO (2014, p. 156) aponta que a criação das estruturas administrativas foi acompanhada, *pari passu*, por normas penais que as tutelavam: na área tributária, telecomunicações, controle externo e meio ambiente.

¹⁰⁶ Exposição de motivos do Decreto-Lei nº 2.848/40. Diário Oficial da União (DOU), Seção 1, 31 dez. 1940, p. 23946.

medidas de segurança, que não tinham caráter de pena, mas eram “essencialmente preventivas, destinadas à segregação, vigilância, reeducação e tratamento dos indivíduos perigosos, ainda que moralmente irresponsáveis.”¹⁰⁷ Por isso Reale Júnior (2010, p. 44) definiu o sistema de penas do Código de 1940 como “sistema monopolista da pena privativa de liberdade”.¹⁰⁸

Do ponto de vista da justificativa filosófica do antigo Código, alguns dos pressupostos positivistas foram recusados — como a adoção da pena indeterminada¹⁰⁹ — e ficou manifesta a proposta de temperar o positivismo com o liberalismo clássico: “os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva”:

Sem o postulado da responsabilidade moral, o direito penal deixaria de ser uma disciplina de caráter ético para tornar-se mero instrumento de utilitarismo social ou de uma prepotência do Estado. Rejeitado o pressuposto da vontade livre, o código penal seria uma congêrie de ilogismos.¹¹⁰

Na parte relativa à responsabilidade criminal, a EM salientou a necessidade de responsabilização, ainda que reduzida e simultânea com medida de segurança, dos *fronteiriços* — “*anormais, psíquicos, psicopatas*” (BRASIL, 1940, grifos meus, itálico no original):

É preciso reforçar no espírito público a ideia da inexorabilidade da punição. Deixando-se a coberto da pena, quando autores de crimes, os anômalos psíquicos, que vivem no seio do povo, identificados com o ambiente social, e que o povo, por isso mesmo, não considera irresponsáveis, **fica desacreditada a função repressiva do Estado.** A fórmula do projeto virá **aumentar a certeza geral da punição dos que delinquem, tornando maior a eficiência preventiva da sanção penal,** não somente em relação ao *homo typicus*, como em relação aos psicopatas, **que são, sem dúvida alguma, intimidáveis.**¹¹¹

¹⁰⁷ *Id.*, *ibid.*

¹⁰⁸ É de se ressaltar que Roberto BERGALLI (1972, p. 132) narra a experiência brasileira com prisões abertas no Estado de São Paulo no fim da década de 1950 como exemplo de experiência punitiva alternativa ao encarceramento, conforme recomendação dos congressos científicos da época.

¹⁰⁹ Para MORAES (2009, p. 80), essa recusa foi de certo modo contornada pela adoção do dualismo pena/medida de segurança, “permitindo que ao menos os inimputáveis e os criminosos por tendência fossem encarcerados indefinidamente”. A autora ainda atribui a atenuação da presença do positivismo no texto final do Código de 1940 à interferência da comissão indicada pelo Ministro da Justiça, Francisco Campos (composta por Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio de Queiróz e Roberto Lyra), sobre o projeto original, de autoria de Alcântara Machado. De fato, a medida de segurança poderia durar enquanto não se verificasse a cessação da periculosidade, e não se destinava apenas aos inimputáveis, mas também aos que se presumissem perigosos. Assim, é possível dizer que a indeterminação da pena não foi recusada de plano, mas, antes, disfarçada pelo Código de 1940. Sobre as medidas de segurança, sua natureza de *medida penal eliminatória* e sua íntima relação com os postulados positivistas, ver QUEIROZ (2007, p. 221).

¹¹⁰ Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 2.848/1940. DOU, Seção 1, 31 dez. 1940, p. 23947.

¹¹¹ *Id.*, *ibid.*, grifos meus, itálicos no original.

Por fim, na parte relativa à aplicação da pena, a EM alertou para a necessidade de se individualizar a sanção penal de acordo com os elementos objetivos e subjetivos que possam contribuir para o conhecimento do *caráter* ou *índole* do réu, incluindo “a sua maior ou menor periculosidade (probabilidade de vir ou tornar o agente a praticar ato previsto como crime)”. Também anota que “a eliminação da reincidência é o grande problema, a absorvente preocupação da política criminal contemporânea, e não pode deixar de ser um dos objetivos primaciais de um código penal”.¹¹²

A adesão mais clara do projeto a um programa político-criminal se dá na parte referente ao livramento condicional,¹¹³ tido como “restituído à sua verdadeira função” em um sistema incompatível com as penas de curta duração.¹¹⁴ Não era concebido como um benefício, mas como etapa no “gradativo processo de reforma do criminoso”. “Pressupõe um indivíduo que se revelou *desajustado* à vida em sociedade, de modo que a pena imposta, além do seu caráter *aflitivo* (ou *retributivo*), deve ter o fim de corrigir, de readaptar o condenado.”¹¹⁵

Fica nítido, portanto, que o Código Penal de 1940 adotou justificativas e funções mistas para a pena criminal. Estão presentes o componente moral, retributivo, a proposta de *pena como comunicação* (predominantemente negativa, intimidatória) e a *pena corretiva, reabilitadora*. Como visto, a única ferramenta para alcançar tais fins era a pena de prisão.¹¹⁶

O Código de 1940 foi recebido pela doutrina como um exemplar do dualismo entre a concepção objetiva do crime e de sua concepção sintomática (BRUNO, 1959, p.

¹¹² *Id.*, *ibid.*

¹¹³ QUEIROZ (2007, p. 163) demonstra que o instituto jurídico do livramento condicional, assim como o *sursis*, hoje — e em 1984 — entendidos como importantes instrumentos de contenção da pena e do poder punitivo, em geral, foram criados como elementos da *individualização da pena* tal como concebida pelo positivismo jurídico-penal, “antiliberal e anti-iluminista”, das primeiras décadas do século XX.

¹¹⁴ Há de se notar que atribui-se justamente ao fim das prisões de curta duração a trajetória *sui generis* da Alemanha Ocidental, único grande país ocidental desenvolvido que apresentou taxas decrescentes de encarceramento nas décadas de 1970 e 1980 (WEIGEND, 1997, p. 177).

¹¹⁵ Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 2.848/1940. DOU, Seção I, 31 dez. 1940, p. 23950, *itálicos* no original.

¹¹⁶ Segundo ROIG (2005, p. 79), foi o Código Penal de 1890 que buscou romper com as práticas punitivas do Império, eliminando as penas de morte, perpétua, galés e açoite, generalizando a pena privativa de liberdade como a *punição por excelência* no direito brasileiro. Também foi nesse período que o sistema penal incorporou o discurso regenerador que atendia às necessidades do mercado de trabalho livre de “senão aproveitar, ao menos incutir no meio carcerário a propensão ao trabalho, elevando-o à condição de elemento reparador do indivíduo aproveitável. Para os ‘irrecuperáveis’, persiste a função neutralizadora” (2005, p. 80).

169) — ou seja, do compromisso entre princípios liberais e os postulados positivistas. Para Aníbal Bruno (1984, p. 19), a pena, nesse novo quadro,

atenuou a sua exigência de retribuição e aflição, acomodando-se a novos institutos, que a afastavam da rígida correspondência ao fato e à culpabilidade do agente, e tomando contato com a personalidade do criminoso e o processo íntimo do seu comportamento, para, ao lado de impor-lhe a privação de determinado bem jurídico, tentar reconduzi-lo, reajustado, ao convívio social.

Para o autor, a introdução de exigências de prevenção especial na ideia de pena atenuaria o seu caráter aflitivo, dado que o objetivo da recuperação social do condenado torna indesejável “toda medida que possa diminuí-lo, aviltá-lo, reduzir seu sentimento de dignidade e responsabilidade. Impede, assim, o propósito deliberado de fazê-lo sofrer”. No entanto, tais pressupostos não conduziriam ao abandono do uso da prisão, dado que o seu caráter aflitivo “é simples condição imposta pelo meios empregados para a consecução do fim de prevenção especial” (BRUNO, 1984, p. 24). Assim, à míngua de outras formas de sanção penal, as diversas justificativas e finalidades da pena, reunidas na concepção mista adotada pelo Código de 1940, devem ser exercidas pela prisão (BRUNO, 1984, p. 26):¹¹⁷

Na realidade, o Direito Penal moderno está fazendo da pena o meio juridicamente instituído pelo qual o Estado procura promover a defesa social contra a agressão a bens jurídicos fundamentais, definida na lei como crime, atuando psicologicamente sobre a coletividade ou pelos processos convenientes de ajustamento social sobre o criminoso.

Basileu Garcia (2008, p. 44), por sua vez, salienta o caráter misto da pena criminal, que “não constitui tão somente castigo, nem exclusivamente meio de correção e readaptação”. Para ele, o objetivo de prevenção geral já é alcançado com a simples cominação da pena em abstrato a uma determinada conduta socialmente indesejada, e se reforça com a sentença condenatória, que atua como advertência ao meio social em que agiu o criminoso: “É o suficiente para se não poder dizer que a pena foi inteiramente inútil”. Contudo, o professor paulista se mostra mais pessimista em relação ao papel preventivo especial da pena de prisão:

¹¹⁷ Aníbal BRUNO (1984, p. 23) não ignorava a crise da pena privativa de liberdade: para ele, apesar de representar o resultado do abrandamento progressivo das penas em relação às modalidades aflitivas do passado, o encarceramento provoca restrições que embaraçam o reajustamento do condenado à vida normal na comunidade, “reclamando-se uma redução ao mínimo dessa privação, falando-se em prisão sem muros ou mesmo em trabalho livre obrigatório para substituí-la”.

Não atinge, na hipótese, o objetivo da prevenção individual, pela readaptação social do criminoso? Mas raramente se pode afirmar, em face de um caso concreto, que a pena haja alcançado, com segurança, tal finalidade. Terminado o cumprimento de uma pena, quantas e quantas vezes não continua o egresso do estabelecimento penitenciário a ser um elemento temível?

Para o autor, a pena deve ser considerada útil e necessária pelo conjunto dos resultados que visa, e que pode conseguir em maior ou menor escala, além de produzir o sentimento retributivo, de reparação da injustiça. Mas a retribuição não exige o sofrimento do condenado para além daquele inerentemente imposto pela prisão:

Tal sentido retributivo não importa, porém, exigir-se que o sentenciado sofra o castigo. Realiza-se pela imposição da pena, através da sentença condenatória. Cumpre-se pela segregação do condenado, do meio social, em se tratando de pena privativa de liberdade. O consenso geral não requer que o sentenciado, efetivamente, sinta o castigo. Essa preocupação cruel repugnaria, na fase, que atravessamos, de progresso das instituições penais.

Da mesma forma, Nelson Hungria (1977, p. 278) afirmou não se satisfazer tão só com o caráter retributivo da pena, pois careceria de utilidade prática, nem apenas com a defesa social, que seria deficiente em relação a indivíduos não necessitados das medidas profiláticas, educativas ou curativas propostas pelos proponentes da pena como defesa social: “A pena há de ser um *quid compositum*, transacionando entre *justiça* e *utilidade*, entre *retribuição* e *defesa social*, para evitar que fique truncada na sua função de utilidade prática”.

A edição do Decreto-Lei nº 2.848/40 não foi acompanhada da elaboração de um código penitenciário. É certo que a lei nº 3.274/57 estabeleceu normas para o funcionamento dos regimes penitenciários em todo o país, mas o fez de forma tão genérica que as regras que conformavam, de fato, o cotidiano da aplicação das penas eram dispostas nos regulamentos penitenciários das unidades prisionais.¹¹⁸ Para Roig (2005, p. 103), a coexistência de regulamentos cujos dispositivos colidiam entre si e a ascensão do *direito penitenciário* como disciplina relativamente autônoma fizeram com que diversos projetos e anteprojetos de normas gerais em âmbito nacional fossem elaborados. Nenhum deles chegou a se tornar lei, mas constituem documentos

¹¹⁸ Mesmo genérica, é possível encontrar alguns objetivos da prisão atribuídos pela referida lei, que mencionava a finalidade de readaptação do condenado ao meio social (art. 22) e de educação moral (art. 23).

importantes para descrever o estado do debate sobre a pena no período que antecedeu as discussões para a elaboração da lei atual.¹¹⁹

De todo o modo, ao entrar na década de 1970, ainda faltava ao país uma norma que regulasse de fato a execução da pena de prisão,¹²⁰ omissão que, como se verá, era muitas vezes criticada pela doutrina brasileira.

Ainda a título de antecedente, deve-se desatacar o Código Penal de 1969. Segundo Heleno Cláudio Fragoso (1971, p. 7), o ministro Nelson Hungria foi incumbido em 1961 pelo então presidente da República Jânio Quadros a elaborar um projeto de reforma do Código Penal então vigente, e a proposta apresentada “manteve basicamente a estrutura do código em vigor, cujos defeitos mais graves se procurou eliminar, sendo poucas as soluções inovadoras de maior alcance”. Sobre o sistema de penas, poucas inovações de destaque (FRAGOSO, 1971, p. 8):

Na parte relativa às penas e à sua aplicação as insuficiências do anteprojeto eram notórias. Mantinha ele os critérios anacrônicos da legislação em vigor, agravando-os pela inspiração rigorosa de toda essa parte. Convencido da necessidade de tornar a lei mais severa, Hungria propunha a elevação do máximo da pena de reclusão para quarenta anos (art. 35, §1º), limitando o poder discricionário do juiz na aplicação das agravantes e atenuantes (art. 55), e elevando as penas cominadas a diversos crimes na Parte Especial.

O anteprojeto foi apresentado ao governo em 1963, e o processo de revisão, presidido por Roberto Lyra e que recebeu diversas contribuições da comunidade jurídica (DOTTI, 1978, p. 38), foi suspenso após o golpe de 1964.¹²¹ Em 1965, nova

¹¹⁹ ROIG (2005, pp. 103 e ss.) analisa cada um dos projetos de código penitenciário formulados até a década de 1970, que representavam as orientações criminológicas de seu tempo: o primeiro, em 1933, foi elaborado por Cândido Mendes, Lemos Brito e Heitor Carrilho, e refletiu os pressupostos defensivistas do positivismo da época; o segundo, em 1957, de autoria de Oscar Stevenson, buscou a harmonia com o Código Penal de 1940 e refletiu sua ambiguidade, prevendo dispositivos de humanização do cárcere e, ao mesmo tempo, corroborando as concepções positivistas de pena como *tratamento*; em 1963, a proposta de Roberto Lyra antecipava as preocupações com o arbítrio administrativo e propunha maior judicialização dos procedimentos, refletindo, também, a preocupação com as *condições sociais* como causa da criminalidade; por fim, em 1970, o projeto elaborado por Benjamim Moraes Filho restringiu o papel do juiz à supervisão das decisões administrativas, e deu ênfase à reforma moral do condenado.

¹²⁰ Para um ótimo relato sobre a gestão da sanção penal no Brasil, ver FERREIRA (2011).

¹²¹ Entre setembro de 1963 e fevereiro de 1964, realizou-se na Faculdade de Direito da USP um ciclo de conferências sobre o Anteprojeto Hungria, que recebeu diversas contribuições dos maiores juristas da época. As análises sobre o sistema de penas variaram entre críticas à timidez das reformas — segundo CÉSAR SALGADO (1965, p. 43), “perguntamos àqueles que têm tratado com maior autoridade do problema da prevenção e repressão da criminalidade, o que a prisão representa no atual sistema punitivo. E a resposta, a ‘una você’, apontará a ineficácia, a inconveniência e os malefícios da prisão. Daí resulta, iniludivelmente, que um Código moderno terá que adotar, na aplicação da pena, outros processos, outros meios, outros sucedâneos da prisão” — e o excessivo idealismo, destoante da realidade — para BASILEU GARCIA (1965, p. 127), “não adianta dizer que as penas de reclusão e de detenção ‘devem ser executadas de modo que exerçam sobre o condenado uma individualizada ação educacional, no sentido de sua

comissão revisora foi nomeada, composta pelo autor do anteprojeto e pelos professores Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso. O processo de revisão não chegou a bom termo, e foi abandonado naquele mesmo ano. Para surpresa dos participantes, o anteprojeto parcialmente revisado foi resgatado pelo Ministério da Justiça em 1969, alterado por sugestão de alguns dos remanescentes das comissões anteriores, “datilografado às pressas” (FRAGOSO, 1971, p. 11) e outorgado pela Junta Militar em outubro daquele ano.

Eivado por críticas de todos os lados, o Decreto-Lei nº 1.004/69, o novo Código Penal, teve seu período de vacância prorrogado diversas vezes. Seu texto foi objeto de várias emendas, até ser definitivamente revogado em 1977 sem nunca ter entrado em vigor. Nesse intervalo, outros projetos foram propostos para alterar a legislação penal e, de um modo específico, o sistema de penas de 1940, ainda vigente.

Enfim, partiu da magistratura paulista a principal novidade no sistema de penas da época: o instituto da *prisão-albergue*, criado em 1965 por provimentos do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo (REALE JÚNIOR, 2010, p. 45), que permitia aos condenados a penas inferiores a três anos trabalhar fora do estabelecimento prisional, “com padrão comum e salários normais, ou mesmo por conta própria”, e pernoitar no presídio (SILVEIRA, 1967, p. 23). A proposta era proporcionar ao sentenciado um grau superior de liberdade ao oferecido pelo regime semiaberto, “com a consequente maior autodisciplina e responsabilidade”.¹²²

Inspirado nos modelos europeus de *prisão noturna* ou *semiprisão*, a *prisão-albergue* apresentava-se como alternativa à prisão como forma única de cumprimento de pena, ainda que não prescindisse da estrutura prisional para o recolhimento noturno. Foi instaurada em caráter experimental em comarcas do interior de São Paulo, e apresentou números bem mais baixos de revogação de benefícios em comparação ao regime semiaberto (SILVEIRA, 1969, p. 7). Apesar de não ter sido prevista como

gradativa recuperação social’ [...] se o Anteprojeto dá reiterado testemunho de que reconhece, ecleticamente, como é natural, tudo quanto constitui escopo da pena, da qual também são inapartáveis o caráter retributivo e o de meio de intimidação”.

¹²² Alípio SILVEIRA (1969, p. 9), um dos grandes defensores da *prisão-albergue*, entendia que o modelo refletia uma concepção humana e espiritual da pena de prisão: “Se ela é castigo (e isso não se nega), é, ao mesmo tempo, correção, recuperação, tratamento. O castigo não é um fim em si, e se justifica apenas pelos seus fins entre os quais predomina a recuperação. Esta não é um fim acessório: pertence ela à própria substância do castigo imposto pela pena”. Basileu GARCIA (2008, p. 24), que, como visto, reconhecia os amplos inconvenientes do encarceramento, comemorou o “certo abrandamento moderno da prisão” simbolizada pela *prisão-albergue*, embora tenha expressado o temor de que a benevolência e a prodigalidade na concessão de alternativas ao cárcere “tornará menos eficaz a prevenção geral”.

espécie de pena pelo Anteprojeto Hungria, nem pela redação final do Código de 1969, foi posteriormente incorporada por força da lei nº 6.106/73, como se verá.

2.2. *Antecedentes: o debate sobre a pena no Brasil dos anos 1970*

2.2.1. O contexto criminológico na América Latina

Na apresentação à versão brasileira de *A cultura do controle*, André Nascimento (2008, p. 12) mostra que, se o sistema penal *moderno* começou a ser questionado nos Estados Unidos e no Reino Unido a partir da crise do *Estado de bem-estar* na década de 1970, o processo no Brasil e no resto do continente é distinto, por conta do processo tardio de industrialização e do cenário de incertezas políticas representado pelos regimes autoritários entre os anos 1960 e 1980.

Com efeito, a natureza autoritária dos governos da região naquelas décadas representou sérias dificuldades para o desenvolvimento de linhas de pensamento em áreas como a sociologia da pena e criminologia. O desinteresse dos governos do continente é atribuído por Rosa del Olmo (2004, p. 189) à íntima conexão entre democracia e pesquisa criminológica. Por isso, era natural que o tema das penas criminais, sua fundamentação, justificativa e aplicação fosse primariamente tratado no campo do Direito.¹²³ Já no início da década de 1970, Roberto Bergalli (1972, p. 130) diagnosticava o *déficit* regional de investigações criminológicas de caráter multidisciplinar, notando sobretudo a ausência da perspectiva sociológica nos estudos do continente.¹²⁴

Na verdade, o continente ainda experimentava a permanência de uma criminologia inspirada no positivismo italiano, que deu causa ao ressurgimento da figura do criminoso *anormal*, a merecer a intervenção curativa do Estado. Não se

¹²³ A autora venezuelana nota que uma das primeiras reuniões de pesquisadores latino-americanos em muitos anos foi o Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, em 1964, que procurou elaborar um Código Penal modelo. Assim, o debate sobre a pena se deu com maior ênfase na perspectiva da elaboração da norma jurídica, sem considerações criminológicas (2004, p. 236).

¹²⁴ BERGALLI (1972, p. 135) sugeriu aos novos criminólogos latino-americanos o estudo de cinco temas, que, segundo ele, representavam o centro dos debates na criminologia anglo-saxã: estatísticas criminais, delinquência juvenil, polícias, prisões e formação profissional no sistema de justiça criminal.

localiza, aqui, a reprodução do debate europeu ou anglo-saxão do crime como decorrência de *déficits* sociais e da pena como *tratamento de bem-estar*, o que se justifica pelo contexto econômico: não se poderia falar, naquele momento, de um consenso social previdenciário. Assim, as categorias judiciais de periculosidade e tratamento se identificavam antes com o positivismo de José Ingenieros do que com a proposta correcional da sociedade inclusiva (ANITUA, 2008, p. 340).

De qualquer forma, o tão criticado positivismo criminológico latino-americano não era tão distinto da prática do correcionalismo bem-intencionado dos Estados Unidos.¹²⁵ Conforme del Olmo (2004, p. 291), ele priorizava

[o] problema da periculosidade desses indivíduos e a importância de se criar medidas de segurança, e a sentença indeterminada para dispor legalmente do tempo que exigisse a possível transformação desses indivíduos, ou, em última instância, isolá-los indefinidamente a fim de não prejudicar os não delinquentes.

Lola Anyiar de Castro (2005, p. 118) compartilhava do diagnóstico de relativa irrelevância da criminologia do continente na década de 1970: era simplesmente a *ciência auxiliar do Direito Penal* que lhe determinava o campo de ação e o objeto de estudo. A autora propunha, no entanto, a incorporação do discurso crítico europeu e norte-americano, mas sob a perspectiva local, voltada à reconstrução do direito penal em benefício dos direitos da maioria (2005, p. 120).

Mas a construção de uma criminologia crítica latino-americana permaneceu relativamente restrita aos movimentos de libertação social da região, que foram em grande medida derrotados. Criminólogos que buscaram exílio em países europeus e norte-americanos foram bastante influenciados pela criminologia crítica que florescia naquele momento, e, com os processos de anistia política, reforçaram as fileiras do pensamento humanista cristão no campo jurídico-penal, que esteve presente com bastante vigor no debate criminológico local em fins dos anos 1970 (ANITUA, 2008, p. 674) — assim como influenciaria, no Brasil, o processo de abertura política.

¹²⁵ Para ANITUA (2008, p. 342), o positivismo reformista que inspirou o movimento jurídico socialista no início do século XX deu origem a muitos dos instrumentos correccionais que fundaram o previdenciarismo penal no mundo anglo-saxão, inclusive a pena indeterminada, e também foi a inspiração de instrumentos da execução penal brasileira.

2.2.2. Moção de Nova Friburgo, lei nº 6.106/73 e lei nº 6.416/77

A situação dos debates sobre a pena criminal no Brasil na década de 1970 compartilha, de certa forma, o contexto geral latino-americano. A crise do Estado de bem-estar nos países ocidentais desenvolvidos ocorria ao mesmo tempo que o país vivia os anos de *milagre econômico*, crescimento sem aumento de renda ou melhora dos indicadores sociais (NASCIMENTO, 2008, p. 13). No campo da política criminal, a identificação da figura do comunista, subversivo, como o *inimigo interno* a ser combatido fez com que o sistema penal se caracterizasse pela repressão aos dissidentes políticos, de um lado, mantendo relativa moderação na aplicação da pena de prisão aos crimes comuns, de outro.

Diante desse cenário, a discussão nacional sobre a pena de prisão se deu basicamente no campo do Direito. Era na academia e nos encontros da Magistratura e do Ministério Público que se concentravam os diagnósticos e propostas relativas ao sistema de justiça criminal, e, seguindo a tendência regional de interesse pelas reformas legislativas em momentos de crise (DEL OLMO, 2004, p. 236), as propostas eram traduzidas em anteprojetos de lei — e, por esse critério, a década de 1970 foi bastante movimentada.

Em 1971, realizou-se na cidade de Nova Friburgo (RJ) o *I Encontro de Secretários de Justiça e de Presidentes de Conselhos Penitenciários*, em que foram feitas várias propostas para alterar o Código Penal de 1969, ainda em *vacatio legis* (REALE JÚNIOR, 2010, p. 46). Na ocasião, produziu-se um documento final endereçado ao ministro da Justiça, a *Moção de Nova Friburgo*, no qual se destacou o anacronismo da legislação brasileira, que ainda via a pena de prisão como a única resposta possível a qualquer crime e a qualquer criminoso.¹²⁶

O encontro foi ainda o ponto de partida de uma proposta de alteração do Código de 1969 que seria apresentada, em 1973, por representantes do Ministério Público e do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. A exposição de motivos do anteprojeto afirmava que o Código de 1940 falhou na missão de enfrentar a criminalidade exatamente “por pretender solucionar tudo, ou quase tudo, com penas privativas de liberdade”. O documento afirmava ainda que superlotação impedia políticas de

¹²⁶ O documento ainda apresentou dados preocupantes sobre a situação do sistema prisional em São Paulo: em fins de 1969, contavam-se por volta de 12 mil presos em cerca de 7 mil vagas, além de quase 42 mil mandados de prisão sem cumprimento (PIMENTEL et al., 1973, p. 139).

recuperação dos condenados, assim como “impede qualquer tarefa em prol dos necessitados de recuperação e propicia o contágio dos recuperáveis”. Para ilustrar a impossibilidade de se resolver o problema apenas com a prisão, lembrava que só em São Paulo seria necessária a construção imediata de dezenas de penitenciárias para dar conta do *déficit*, “tarefa irrealizável com o mais otimista dos orçamentos” (PIMENTEL et al., 1973, p. 140).

A Moção de Nova Friburgo propunha reformar o sistema de penas, retirando o monopólio da pena de prisão no ordenamento jurídico, e elevando a *interdição de direitos* à categoria de pena principal. Os estabelecimentos penais seriam divididos em fechados e abertos, e um processo de triagem encaminharia ao regime fechado apenas os presos com acentuada periculosidade, independentemente do crime cometido. Os presos com escassa ou nenhuma periculosidade seriam destinados a regimes menos severos. Com isso, evitar-se-ia “o contato deletério entre presos recuperáveis com os possivelmente irrecuperáveis”, além de permitir que as penitenciárias tivessem “suas populações sensivelmente diminuídas, sendo possível, então, ministrar aos condenados tratamento sério, hoje quase inviável” (PIMENTEL et al., 1973, p. 141).

A periculosidade do condenado deveria ser declarada pelo juiz de conhecimento, no momento da sentença condenatória, a partir dos critérios objetivos dispostos no artigo 60 do anteprojeto. Foi dedicada grande atenção às obrigações do condenado em caso de suspensão da pena, cujo cumprimento seria acompanhado por agentes especializados, e também se propôs a criação do instituto do *probation*, a ser substituído, num primeiro momento, pelo recolhimento noturno em albergues (PIMENTEL et al., 1973, p. 147).

Em setembro de 1973, outro congresso reunindo representantes da academia jurídica brasileira foi realizado, dessa vez em Goiânia (GO). A *Moção de Goiânia* referendou os pressupostos de Nova Friburgo, e recomendou a limitação da pena de prisão aos casos mais graves e aos condenados de fato perigosos; a adoção do regime aberto e prisão-albergue para os condenados de escassa ou nenhuma periculosidade; e a ampliação do *sursis*, livramento condicional e outras medidas substitutivas da prisão (REALE JÚNIOR, 2010, p. 47).

Em novembro daquele mesmo ano, o governo remeteu ao Congresso projeto de lei que acolheu parte das propostas de Nova Friburgo e Goiânia para alterar o Código Penal de 1969. Pela primeira vez, a prisão-albergue foi disciplinada em lei, e ampliou-se o *sursis* para os crimes de reclusão. A interdição de direitos permaneceu como pena

acessória, e incluiu-se a obrigação, ao juiz de conhecimento, de declarar na sentença condenatória o grau de periculosidade do réu.¹²⁷ O projeto foi aprovado (lei nº 6.106/1973), mas, juntamente com o texto que pretendeu alterar, não chegou a entrar em vigor.

A segunda metade da década de 1970 representou a tomada de consciência a respeito dos graves problemas que assolavam o sistema penitenciário. Em 1976, São Paulo já contava com mais de 17 mil presos, sendo cerca de 9 mil em penitenciárias e por volta de 8 mil em cadeias públicas, o que representava um *déficit* de 2 mil vagas no sistema.¹²⁸ Para avaliar a dimensão nacional do problema, instituiu-se uma Comissão Parlamentar de Inquérito na Câmara dos Deputados, presidida pelo deputado José Bonifácio Neto e relatada pelo deputado Ibrahim Abi-Ackel. A conclusão foi sombria:

Grande parte da população carcerária está condenada em cadeias públicas, presídios, casas de detenção e estabelecimentos análogos, onde prisioneiros de alta periculosidade convivem em celas superlotadas com criminosos ocasionais, de escassa ou nenhuma periculosidade e pacientes de imposição penal prévia (presos provisórios ou aguardando julgamento), para quem é um mito, no caso, a presunção de inocência. Nestes ambientes de estufa a ociosidade é a regra: intimidade, inevitável e profunda. A deterioração do caráter resultante da influência corruptora da subcultura criminal, o hábito de ociosidade, a alienação mental, a perda paulatina da aptidão para o trabalho, o comprometimento da saúde, são consequências desse tipo de confinamento promíscuo, definido alhures como ‘sementeira de reincidência, dados seus efeitos criminógenos.’¹²⁹

Concluiu-se, ainda, que a doutrina havia evoluído para reconhecer a necessidade de um Código de Execução Penal, retirando-se a execução do hiato de legalidade¹³⁰ em que se encontrava (DOTTI, 1978, p. 43).

¹²⁷ Já em meados da década de 1970, REALE JÚNIOR (1975, p. 112) se mostrava cético quanto à capacidade dos juízes criminais em executar tal papel: “Só é possível confiar-se a fixação do modo de execução da pena aos juízes penais, os primos pobres da Justiça, se os mesmos tiverem conhecimentos criminológicos e efetivamente se dispuserem a examinar as condições de vida dos réus, seu meio familiar, de labor, social, só assim estará assegurada a conciliação entre o princípio da legalidade e o juízo de periculosidade”. A mesma ressalva já havia feita sido quase vinte anos antes por Basileu GARCIA (1957, p. 6): “Os processos criminais não oferecem aos juízes índices seguros de avaliação da periculosidade. O delinquente, como pessoa, não é estudado. Não se realizam perícias criminológicas. A aplicação da pena é empírica. Os magistrados baseiam-se quase exclusivamente nos dados decorrentes da prova testemunhal. E nota-se acentuada propensão para as penas mínimas, como resultado da falta de dados esclarecedores. É raro levar-se em apreço algum elemento subjetivo que não a reincidência”.

¹²⁸ Ver SALLA (2007).

¹²⁹ Relatório Final da CPI do Sistema Penitenciário. Diário do Congresso Nacional (DCN), Seção I, 4 jun. 1976, Suplemento, p. 61.

¹³⁰ Com efeito, na discussão internacional sobre a execução da pena, disseminava-se a crítica de que os sistemas penitenciários se constituíam em “instituições sem lei”, em que os presos estavam totalmente sujeitos aos interesses da administração (ZELLICK, 1974, p. 331). Na década de 1970, as regras formais sobre a execução penal no Reino Unido não forneciam “um código de direitos juridicamente aplicáveis

Em 1977, o governo enviou novo projeto de lei ao Congresso Nacional para alterar o Código de 1940, tendo em vista “a promiscuidade nas prisões e a impunidade de infratores perigosos, que não eram recolhidos por falta de acomodação”. Pretendia, assim, “combater a superpopulação carcerária, sem, contudo, deixar os delinquentes impunes” (DOTTI, 1978, p. 44). Contendo disposições claramente executórias, o projeto delegou aos Estados a caracterização dos regimes penitenciários, bem como os critérios de passagem de um regime para outro (REALE JÚNIOR, 2010, p. 48).

Após sugestões da academia, incorporou-se ao texto a regulamentação do regime aberto, com recolhimento noturno na casa do albergado, e a extensão do *sursis* para as penas de reclusão. Enfim, propôs-se a revogação total do Código Penal de 1969. Aprovado como lei nº 6.416/77, o texto representou, para Reale Júnior (2010, p. 49), a quebra do monopólio da pena de prisão no sistema de penas brasileiro.

Basileu Garcia (1977, pp. 1-2) não destoou do tom crítico sobre as condições do cárcere. Embora divergisse severamente das propostas de reduzir a aplicação da pena de prisão, preferindo cobrar a construção de unidades prisionais suficientes a abarcar a população presa,¹³¹ o autor concordava com o inevitável diagnóstico de falência do sistema penitenciário, ressaltando que a situação poderia ser ainda pior não fosse a ineficiência das forças policiais:

Muitos dos presídios estão abarrotados, enquanto a criminalidade cresce assustadoramente, inexistindo nos cárceres lugares suficientes para receber os criminosos processados ou condenados. Deprimente é a degradação resultante da promiscuidade, consequência da falta de espaço para o alojamento de um sem-número de presos que se comprimem em instalações exíguas e inadequadas. Por outro lado, ficam em liberdade milhares de réus condenados, cuja pena não cumprem porque não se executam os mandados de captura, em razão de múltiplas deficiências.

aos presos e os tribunais em geral são relutantes em interferir na vida nas prisões mesmo quando os presos têm fortes razões para questionar as decisões administrativas. Tais fatores revelam o contínuo legado da ‘morte civil’ e compõem o caráter arbitrário dos regimes prisionais, pois a autoridade jurídica não oferece resistência ao poder altamente discricionário dos administradores prisionais” (CARRABINE, 2006, pp. 200-1, em tradução livre).

¹³¹ O autor já havia criticado duramente a motivação da lei nº 6.416/77 de “minorar a intensa gravidade da crise das prisões em nosso país”. Para ele, “proclamada a impraticabilidade a breve prazo da verdadeira solução [construir presídios em número suficiente], optou-se por medidas que podem comprometer o que subsiste da força intimidativa do Direito Penal” (GARCIA, 1977, p. 1).

2.2.3. Os discursos sobre a pena de prisão

Uma semelhança que já pode ser traçada entre o quadro brasileiro e o dos Estados Unidos antes da *virada punitiva* é a de que, apesar de se reconhecer a sensação de insegurança e o corrente discurso de aumento do crime, o sistema de justiça criminal permanecia relativamente fora da pauta política no Brasil — sendo, antes, considerado campo de especialistas.¹³² É possível especular que, num ambiente político pouco permeável à opinião pública, o *medo do crime* não era um recurso necessário; ademais, a atenção do público para o exercício da autoridade estatal era canalizada para a luta contra o inimigo comum, o *subversivo*. De qualquer forma, a despolitização do controle do crime permitia que o tema fosse abordado quase que exclusivamente no âmbito acadêmico ou especializado.

Para Reale Júnior (2010, p. 50), o centralismo da *periculosidade* para efeitos de progressão aos regimes prisionais mais brandos e dos benefícios em execução se mostrava “bem ao gosto do pensamento da Nova Escola de Defesa Social”, escola de pensamento bastante influente no Brasil nas décadas de 1970 e 1980.¹³³ Pimentel (1983, p. 130), discute a função da pena segundo o *neodefensivismo social*: para ele, não se pode falar apenas em caráter retributivo da pena, uma vez que a defesa social é construída, sobretudo, segundo uma concepção geral do sistema anticriminal, que não tem o objetivo de punir uma culpa e sancionar, mediante o castigo, a violação consciente de uma norma penal, mas de *proteger a sociedade* das novas ações delituosas. A proteção da sociedade se daria mediante a neutralização do delinquente, mas também preservaria “um escopo de melhoramento, senão mesmo de uma

¹³² Ainda que, no caso brasileiro, basicamente restrito aos especialistas do mundo jurídico.

¹³³ Seu principal proponente, o francês Marc ANCEL (1965, p. 17), defendia que, se a “velha” defesa social era entendida como a supressão dos direitos do indivíduo em favor da segurança pública, ou ainda como o retorno ao velho utilitarismo de prevenção destacada de princípios de responsabilidade moral, a “nova” *defesa social* se diferenciava ao propor exatamente uma reação à pena como ação exclusivamente retributiva. Para ele, o sistema de justiça criminal não deveria ter como objetivo a punição dos delinquentes, mas sim a proteção da sociedade contra atos criminosos. Para fazê-lo, dever-se-ia partir do pressuposto de que o crime é um ato social e humano, e que, além da solução jurídica que se aperfeiçoa com a pena legal, seria necessário adotar medidas direcionadas a reduzir a *periculosidade* do condenado, seja por meio da segregação, seja por meio de tratamentos, seja por métodos educacionais (1965, p. 25). A Nova Defesa Social, que foi bastante influente nos textos da ONU sobre a prisão (vide o nome do texto de 1955, *Regras mínimas da ONU para o tratamento de prisioneiros*), simbolizou um importante esforço pela humanização das prisões, e também teve forte apelo entre os pensadores da pena criminal no Brasil das décadas de 1970 e 1980. Apesar disso, sua ênfase na prisão como tratamento corretivo — presumindo que a pena é uma oportunidade que o prisioneiro dá para reintegrá-lo a uma sociedade ordeira e harmônica (REALE JÚNIOR, 2012, p. 335) — e o apego à *periculosidade* como pedra angular de seu sistema ideal gerou diversas críticas, como se verá.

reeducação, do delinquente; o tratamento penal deve ser humano, e a justiça penal deve ter sempre presente o homem” (1983, p. 132).

Contudo, apesar de todo o otimismo da Nova Defesa Social e das funções reintegradoras que atribuía à pena, a doutrina penal brasileira já se mostrava bastante descrente da capacidade da prisão se prestar a esse papel. Após descrever a pena sob a perspectiva *neodefensivista*, Pimentel (1983, p. 133) teceu severas críticas à prisão, afirmando que sua função humanizadora, ao substituir as penas corporais e maus-tratos, já havia sido cumprida: para ele, a pena de prisão contemporânea, barbaramente aplicada, causaria grandes sofrimentos aos que a ela são submetidos e não serviria para a função reeducativa e ressocializadora, sobretudo quando cumprida em regime fechado.

O mesmo autor notou que a prisão não cumpriu o objetivo quanto à emenda do condenado, diante da elevada taxa de reincidência, independentemente do local e da quantidade dos recursos disponíveis em diversos países do mundo (PIMENTEL, 1983, p. 147). Por isso, entende que o erro não está na forma como a prisão é aplicada, mas no sistema e no papel que se lhe atribui de “retificação do caráter, para a correção da personalidade delinquente, através do processo de reeducação sistemática, em que se lhe inculquem valores aprovados e desejados pela sociedade convencional” (1983, p. 148).

Heleno Cláudio Fragoso (1980, p. 13), com a autoridade de quem havia participado ativamente das comissões revisoras do Código Penal de 1969, não se mostrava mais otimista. Em seu trabalho sobre o direito dos presos, ele nega a possibilidade da pena atuar como *tratamento*, qualificando tal propósito como “*solene mistificação*”. Para ele, o encarceramento é incompatível com qualquer espécie de tratamento, dado que a vida em isolamento não pode ser forma de treinamento para a vida livre. Os fins da pena se reduziriam ao discurso, uma vez que não se logra demonstrar efetividade nem no papel de ressocialização — o que se demonstra pelas altas taxas de reincidência — nem no papel de intimidação pela ameaça. Por isso, independentemente do discurso, a única meta possível dos estabelecimentos penais sempre se limita à mera segurança do estabelecimento e à contenção dos presos (1980, p. 14).

Diante desse cenário, afirma Fragoso (1980, p. 15):

O problema da prisão é a própria prisão. A prisão representa um trágico equívoco histórico, constituindo a expressão mais característica do vigente sistema de justiça criminal. Validamente só é possível pleitear que ela seja

reservada exclusivamente para os casos em que não houver, no momento, outra solução. Cumpre tirar urgentemente da prisão os delinquentes não perigosos e assegurar, aos que lá ficarem, que sejam tratados como seres humanos, com todos os direitos que não foram atingidos com a perda da liberdade.

Apesar do diagnóstico largamente desanimador, Fragoso (1980, p. 45) entendia que se fazia necessária uma grande mudança no sistema penitenciário, para garantir direitos aos presos e reduzir o encarceramento ao mínimo estritamente necessário. Essa revolução, dizia ele, deveria ser feita com o instrumental do próprio sistema jurídico e deveria se iniciar pela elaboração de um Código de Execuções Criminais, para satisfazer as exigências do princípio da legalidade (FRAGOSO, 1980, p. 31).

Reale Júnior (1983, p. 72) também denunciava o papel deletério do encarceramento, criticando as iniciativas legislativas voltadas exclusivamente para resolver o problema da superlotação carcerária. Para ele, a pena como instrumento de ressocialização esbarrava nas dificuldades inerentes ao próprio cárcere, e que o objetivo de tratamento para conversão do *criminoso* em *não criminoso* era questionável: melhor seria proporcionar ao preso as condições para que se afirme enquanto pessoa e membro da sociedade (REALE JÚNIOR, 1983, p. 16).

René Ariel Dotti (1978, p. 46) vaticinava que o futuro do direito penal brasileiro deveria passar por um processo de *descriminalização*, haja vista que a inflação legislativa se mostrava inconveniente tanto pela repressão excessiva de condutas pouco relevantes, quanto pela diluição da força incriminadora do sistema frente à consciência coletiva. Além disso, também deveria reforçar os esforços no movimento de despenalização, “atenuando-se o rigor das punições; flexibilizando-se melhor o *sursis*, o livramento condicional e o perdão judicial; reservando a prisão para os casos de comprovada necessidade” (1978, p. 52). Pouco tempo depois, ao narrar o declínio do prestígio da privação de liberdade entre os penalistas, disse que a pena de prisão foi construída “sobre os pilares da desgraça e da infamação, da vingança e da marginalidade” (DOTTI, 1981, p. 49).

Esse, portanto, era o contexto do debate sobre a pena de prisão no Brasil no final da década de 1970 e início da década de 1980. O discurso era fortemente influenciado pela Nova Defesa Social, identificado com pressupostos *modernos*, ainda que mantendo

a força do aspecto moral, retributivo, da pena.¹³⁴ No entanto, juristas que viriam a exercer papéis relevantes na produção legislativa vindoura — que se analisará em seguida — questionavam a centralidade da pena de prisão, o papel da pena como ferramenta de *tratamento*, os limites prognósticos e analíticos da *periculosidade*, e, especialmente, a realidade prática do encarceramento no país, exposta pelo relatório da CPI do Sistema Carcerário, e conhecida pelos operadores do sistema de justiça criminal.

Segundo o diagnóstico de então, embora os fins teóricos da pena pareciam desprovidos de qualquer exequibilidade, parecia consensual a necessidade de uma reforma jurídica do sistema de penas, aumentando as hipóteses e a supervisão de penas diversas da prisão, e estabelecendo uma lei federal que regulasse e humanizasse o cotidiano dos estabelecimentos penais.

2.3. Os anteprojetos da Nova Parte Geral do Código Penal e da Lei de Execução Penal

Em 1979, o general João Figueiredo assumiu a Presidência da República já em um ambiente de distensão política. Seu anúncio, no discurso de posse, de apresentar sua “mão estendida em conciliação”, e de que seu propósito inabalável era o de “fazer deste país uma democracia”, foi acompanhado de demonstrações de inequívoco viés social, como o de garantir a cada trabalhador um salário justo.¹³⁵ A posse de Figueiredo era mais uma etapa no processo de abertura que havia se iniciado no governo anterior. Após o grande resultado do MDB nas eleições gerais de 1974,¹³⁶ o governo de Ernesto Geisel transitou entre medidas autoritárias, como o Pacote de Abril,¹³⁷ e medidas liberais do

¹³⁴ Em 1975, o V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, realizado em São Paulo (SP), simbolizou o consenso científico em torno de uma teoria *mista* da pena, fundada na culpa, “surgindo como retribuição ética da conduta no momento da aplicação e voltando-se no sentido da readaptação na fase da execução” (REALE JÚNIOR, 2010, p. 52).

¹³⁵ Discurso de posse do presidente João Baptista Figueiredo. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/ex-presidentes/jb-figueiredo/discursos-de-posse/discurso-de-posse/view>>. Acesso em: 13 dez. 2014.

¹³⁶ As eleições gerais de 1974 renovaram um terço das cadeiras do Senado, e todas as cadeiras na Câmara dos Deputados. Após uma dura derrota na eleição anterior, o MDB elegeu dezesseis dos 22 novos senadores, além de conquistar 165 vagas entre as 364 em disputa na Câmara. Com isso, pela primeira vez, a ARENA perdeu a maioria de dois terços necessária para aprovar emendas constitucionais.

¹³⁷ Sem maioria qualificada, e sob o risco de derrotas significativas nas eleições para os governos estaduais em 1978, Geisel fechou o Congresso em abril de 1976 e, usando os poderes extraordinários conferidos pelo AI-5, alterou as regras eleitorais do país para garantir a maioria governista no pleito seguinte — entre as quais se destacam as eleições indiretas para um terço do Senado e para os governos estaduais; o aumento do mandato presidencial para seis anos; restrição das propagandas eleitorais no

ponto de vista simbólico, como o reconhecimento da China comunista, em 1974, e do governo marxista em Angola, em 1975 (SKIDMORE, 1988, p. 198; NAPOLITANO, 2014, p. 234). Particularmente a partir de 1977, a agenda de transição incluiu a demissão, em outubro, do Ministro do Exército e representante da “linha dura”, Sylvio Frota; o fim do AI-5, já em 1978; e os diálogos com a sociedade civil para a promulgação da Lei de Anistia, em 1979.

Em 1980, após a morte do ministro Petrônio Portela — o então principal articulador do governo com a incipiente sociedade civil (NAPOLITANO, 2014, p. 285) — Figueiredo nomeou para o Ministério da Justiça o deputado Ibrahim Abi-Ackel, que, quatro anos antes, havia sido o relator da CPI do Sistema Penitenciário. Em abril daquele ano, o Ministério instalou o Conselho Nacional de Política Penitenciária (CNPP), com a atribuição de “elaborar diretrizes, estabelecer normas e coordenar a execução da política penitenciária no território nacional”.¹³⁸

Em dezembro, o CNPP, diante da necessidade de reparar o *hiato de legalidade* no cumprimento das penas no país, instituiu comissão de juristas para elaborar novo anteprojeto de lei de execução penal.¹³⁹ Além disso, o Gabinete do Ministro nomeou outra comissão para elaborar anteprojeto de reforma parcial do Código Penal.¹⁴⁰ Uma terceira comissão se encarregou de examinar o projeto de Código de Processo Penal, em trâmite desde a década de 1960 e que fora retirado pelo governo juntamente com a revogação do Código Penal de 1969.¹⁴¹

Com relação ao sistema de penas, a premissa de trabalho era clara: humanizar o sistema penal sem destituí-lo de seu caráter punitivo (REALE JÚNIOR, 1983, p. 40). Embora se reconhecesse que a ênfase na pena de prisão como *remédio para todos os males* era um dos principais componentes da superlotação dos presídios (DOTTI, 1981, p. 52), não se via o trabalho como tendo o exclusivo propósito de diminuir o número de

rádio e na televisão; e a alteração do quórum necessário para a alteração da Constituição, de dois terços para maioria simples.

¹³⁸ Decreto nº 84.632. DOU, Seção I, 14 abr. 1980, p. 6339. O CNPP fora nominalmente previsto na estrutura do Ministério da Justiça já em 1975, mas estava, desde então, sem composição formada.

¹³⁹ A comissão de elaboração do anteprojeto de lei de execução penal foi presidida por Francisco de Assis Toledo composta por: René Ariel Dotti, Benjamin Moraes Filho, Miguel Reale Júnior, Rogério Lauria Tucci, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e Negi Calixto.

¹⁴⁰ Portaria nº 1.043. DOU, Seção I, 1 dez. 1980, p. 23981. Essa comissão também foi presidida por Francisco de Assis Toledo, e era composta por: Francisco Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti.

¹⁴¹ Portaria nº 359. DOU, Seção I, 24 abr. 1980, p. 7190. O Livro IX do projeto de Código de Processo Penal estabelecia regras de execução, e foi aproveitado pela comissão que elaborou o anteprojeto de lei de execução penal.

presos. Concordava-se que os problemas do cárcere permaneceriam mesmo que não estivessem lotados,¹⁴² de forma que era necessário buscar alternativas à prisão como tal — notadamente por meio da criação de “inúmeros benefícios a serem concedidos ao condenado recluso [...] a fim de não isolar o indivíduo do mundo e da sociedade a qual pertence, facilitando-se o processo de plena reintegração social” (REALE JÚNIOR, 1983, p. 27).

2.3.1. O anteprojeto de reforma da Parte Geral do Código Penal

A opção pela reforma parcial do Código Penal de 1940, separando a iniciativa de alterar a Parte Geral da análise da Parte Especial, obedeceu a razões práticas (a Parte Especial demandaria exame mais demorado, e provavelmente suscitaria mais conflito em razão das propostas de criminalização e descriminalização) e também razões de fundo: segundo a exposição de motivos do anteprojeto, as reformas empreendidas tinham por objetivo central “levar a cabo a difícil tarefa de reconstrução de nosso sistema penitenciário,”¹⁴³ motivo pelo qual ganhou precedência a reestruturação jurídica do sistema de penas.

Alguns dos problemas na execução prática das leis aprovadas nos anos anteriores serviram como alerta para a comissão. A lei nº 6.416/77 conferia dupla função à categoria de *periculosidade*: como componente da reprovação e como elemento probabilístico de atitudes delituosas futuras (REALE JÚNIOR, 1983, p. 38; ANDREUCCI, 1979, p. 94), e cabia ao juiz da sentença declarar a periculosidade do condenado para estabelecer o regime de cumprimento de pena inicial e ao longo da execução, com base nos autos e em eventuais diligências. Evidentemente, os juízes não tinham condições de fazer tal declaração, de forma que a proposta de triagem prévia entre *perigosos* e *não perigosos* naufragou (REALE JÚNIOR, 2010, p. 52). Além disso, a adoção da periculosidade como critério da individualização judicial da pena foi muito criticada, pela sua incerteza e por afastar-se do conceito de culpabilidade como medida única da resposta penal (FRAGOSO, 1981).

¹⁴² Segundo REALE JÚNIOR (1983, p. 27), “as nefastas consequências do encarceramento revelaram o fracasso do direito penal, que em vez de provocar, na fase de execução, a reintegração do condenado, promove a elevação dos índices de reincidência”.

¹⁴³ Portaria nº 192. DOU, Seção I, 6 mar. 1981, p. 4782.

Por isso, uma das principais inovações do texto proposto no campo das penalidades foi a adoção do sistema vicariante, ou seja, do dualismo *culpabilidade-pena* e *periculosidade-medida de segurança*, representando significativa ruptura com o modelo “puro” da Nova Defesa Social.

A pena de prisão foi mantida como orientadora do sistema. Para Dotti (1981, p. 61), a sua necessidade

a fim de responder a determinadas expressões de ofensa e a certos tipos de autores dispensa maiores considerações, posto ser a privação da liberdade uma reação dotada dos caracteres fundamentais à sanção e capaz de retribuir juridicamente o mal do delito e também prevenir (atenuando) a sua incidência.

Contudo, buscou-se “abrir novos horizontes no panorama das sanções criminais”. Por isso, aumentou-se a flexibilidade do sistema, introduzindo a prisão aberta com recolhimento noturno em prisão-albergue ou estabelecimento similar, novas penas patrimoniais e a transformação das penas acessórias em principais, além da já mencionada revisão das medidas de segurança. Ademais, o anteprojeto definiu, expressamente, o dever de garantia da integridade física e moral do preso, afastando-se do conceito da prisão como um local *sem lei* e reconhecendo o apenado como sujeito de direitos.

O artigo 59 do anteprojeto assumia a finalidade da pena criminal, determinando, em seu inciso I, que o juiz deverá estabelecer as penas “conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”. Tal posição representou o acolhimento do consenso estabelecido desde a década anterior, ao buscar o compromisso entre a responsabilidade moral e a função preventiva da pena.

A publicação do anteprojeto ainda em 1981¹⁴⁴ permitiu o envio de sugestões de toda a comunidade jurídica. Foram várias as propostas de alteração do anteprojeto original, que foram analisadas e acolhidas pela Comissão: no sistema de penas, introduziu-se a limitação de fim de semana e eliminou-se a multa reparatória¹⁴⁵ e a pena de aprendizado compulsório. Ainda assim, Reale Júnior (2010, p. 55) lembra o apoio recebido em audiência pública realizada em Goiânia, cujo documento final, a *Moção de*

¹⁴⁴ Portaria nº 192. DOU, Seção I, 6 mar. 1981.

¹⁴⁵ A propósito da multa reparatória, afirmou COSTA JÚNIOR (1983, p. 151): “falta-lhe, todavia, o elemento fundamental da natureza da pena: a reparação do dano não priva o autor do ilícito de certos bens jurídicos, mas tão somente promove o restabelecimento da ordem anterior ao ilícito. Não intimida, não castiga, é elitista e compromete a dignidade das instituições penais”.

Goiânia II, acolheu o texto proposto pelo Ministério da Justiça. Nota-se, portanto, que os pressupostos adotados pela comissão a respeito dos caminhos da reforma do sistema de penas eram compartilhados de maneira mais ou menos consensual pela academia jurídica.

Após quase dois anos de debates, o poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional a Mensagem nº 241/83, contendo o anteprojeto elaborado pela comissão de juristas, com as alterações sugeridas pela comunidade jurídica e acolhidas pela comissão revisora.¹⁴⁶ Na exposição de motivos, expressou-se que “o princípio da culpabilidade estende-se, assim, a todo o projeto”, ao salientar a abolição da medida de segurança para o imputável.

No capítulo das penas, a mensagem do Poder Executivo comprometeu-se com a redução do protagonismo da pena de prisão em termos fortes: definiu o cárcere como sendo inadequado e pernicioso, de custo elevado, inútil como tratamento penal de delinquentes habituais e multirreincidentes e maléfico para os primários:

uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá que restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Essa filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves.¹⁴⁷

Com essa justificativa, apresentou o novo leque de opções de penas ao juiz, diversas da prisão, como forma de responder ao questionamento internacional à privação de liberdade.

A tramitação do Projeto de Lei nº 1.656/83 foi extremamente rápida e sem grandes questionamentos, especialmente ao se comparar com a litigiosidade que cerca os debates das propostas atuais de reforma da legislação penal e processual penal.¹⁴⁸

Na Câmara dos Deputados, o projeto de lei tramitou em regime de urgência, e, na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), recebeu várias emendas, basicamente formais, das quais poucas foram acolhidas. A única emenda aprovada que alterou de maneira substancial a proposta do governo foi a que incluiu, entre os requisitos para a

¹⁴⁶ A comissão revisora do Código Penal era composta pelos professores Francisco de Assis Toledo, Jair Leonardo Lopes e Miguel Reale Júnior, e pelo desembargador paulista Dínio de Santis Garcia.

¹⁴⁷ DCN, Seção II, 29 mar. 1984, p. 365.

¹⁴⁸ É de se notar que alguns deputados reclamaram da rapidez empregada na tramitação do projeto: o deputado João Gilberto (PMDB/RS) chegou a compará-la aos vinte anos de discussão do novo Código de Direito Canônico no Vaticano. In: DCN, Seção I, 2 dez. 1983, p. 14249.

concessão do livramento condicional, análise probabilística sobre a não reincidência do condenado,¹⁴⁹ rompendo “a linha adotada de afastar o critério de periculosidade real da aplicação da pena ou de benefícios, adotando-se uma noção estranha à culpabilidade” (REALE JÚNIOR, 2010, p. 55). O relator da matéria na CCJ notou que o anteprojeto inaugurava uma nova política criminal que “se orienta no sentido da restrição da pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade”.¹⁵⁰ No dia 2 de dezembro de 1983 o Projeto de Lei foi aprovado. Após o recesso parlamentar e a elaboração da redação final, foi encaminhado ao Senado Federal em 15 de março de 1984.

No Senado, o relatório na Comissão de Constituição e Justiça destacou o trecho da Exposição de Motivos que tratava da necessidade de restringir a pena de prisão e ampliar as alternativas ao cárcere.¹⁵¹ A única emenda apresentada visava introduzir matéria tributária no texto em discussão, e foi rejeitada. No Plenário, foi aprovado sem discussão.¹⁵² Assim, o Projeto de Lei nº 1.653/83 (PLC 35/84, no Senado) foi remetido à sanção presidencial, o que ocorreu em 11 de julho de 1984, pelo que a análise do anteprojeto do Executivo foi concluída nas duas Casas legislativas em apenas um ano.¹⁵³

2.3.2. O anteprojeto da Lei de Execução Penal

A proposta de envio conjunto dos anteprojetos de Parte Geral do Código Penal e de Lei de Execução Penal obedeceram a lógica de que os textos eram complementares e indispensáveis para a devida modernização da Justiça Criminal brasileira.¹⁵⁴

A comissão formada no âmbito do Conselho Nacional de Política Penitenciária para elaborar o anteprojeto da nova lei se dividiu em dois grupos, de forma que, para se chegar a um texto final, foi necessário o trabalho adicional de consolidar os esboços e definir os pontos de vista prevaletentes. As duas etapas foram concluídas em cerca de um ano, e, em julho de 1981, o ministro da Justiça tornou público o texto a fim de

¹⁴⁹ DCN, Seção I, 1 dez. 1983, p. 13681.

¹⁵⁰ *Id.*, p. 13663.

¹⁵¹ DCN, Seção II, 16 jun. 1984, p. 2031.

¹⁵² DCN, Seção II, 20 jun. 1984, p. 2105.

¹⁵³ A mensagem presidencial foi lida no Plenário da Câmara dos Deputados em 30 jun. 1983, e o projeto aprovado foi remetido à sanção pelo Senado Federal em 28 jun. 1984. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=194690>>. Acesso em: 13 dez. 2014.

¹⁵⁴ Portaria nº 192. DOU, Seção I, 6 mar. 1981, p. 4782.

“estimular o debate do documento e de obter o maior número de contribuições sobre a matéria, tanto da parte de pessoas como de instituições interessadas”,¹⁵⁵ assim como já havia feito com o anteprojeto da Parte Geral do Código Penal.

Em outubro daquele ano realizou-se em Brasília o I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária, no qual foram realizadas sugestões da comunidade jurídica ao texto previamente publicado. Após o trabalho de revisão,¹⁵⁶ o anteprojeto foi encaminhado ao Congresso Nacional pela Mensagem nº 242/83.

A exposição de motivos do anteprojeto delimitou as linhas mestras que orientaram os trabalhos da comissão. Entre outras, destacam-se: (i) restrição do regime fechado a certos condenados, “classificados por meio de técnicas modernas”; (ii) separação dos presos, para individualização da pena, de acordo com os resultados do exame criminológico e dentro de certos critérios; (iii) regime progressivo de cumprimento de pena, “no sentido de preparar o condenado para gradual obtenção da liberdade, segundo o seu próprio merecimento e respectiva capacitação para retorno responsável ao convívio social”; e (iv) instituição de direitos e deveres do preso, incluindo trabalho para todos e “assistência multiforme, principalmente educacional” ao preso, ao egresso e para a sua família.¹⁵⁷

Logo no primeiro artigo, o anteprojeto compartilha a missão do estatuto com a proposta de Parte Geral: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. É explícita a adesão ao que Santiago Mir Puig (1982, p. 34) definiu como propósito da pena em um Estado Democrático de Direito, marcando a diferença entre uma ressocialização imposta como tratamento e a proposta de oferecimento dos meios que ampliem a possibilidade de escolha de uma vida conforme a lei por parte do condenado. Outro aspecto destacado é a participação comunitária, sem a qual, segundo a Exposição de Motivos, “nenhum programa destinado aos problemas referentes ao delito, ao delinquente e à pena se completaria”.¹⁵⁸

A individualização da pena era confiada a estruturas técnicas que seriam criadas no sistema de justiça criminal, para efetuar o exame de personalidade do condenado no

¹⁵⁵ Portaria nº 429. DOU, Seção I, Suplemento, 23 jul. 1981, p. 1.

¹⁵⁶ A comissão revisora do anteprojeto de Lei de Execução Penal foi composta pelos professores Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti, Jason Soares Albergaria, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e Everardo da Cunha Lima.

¹⁵⁷ Portaria nº 429. DOU, Seção I, Suplemento, 23 jul. 1981, p. 2.

¹⁵⁸ DCN, Seção I, Suplemento B, 1 jul. 1983, p. 18.

início da execução e acompanhar o progresso do *tratamento*. A Comissão Técnica de Classificação teria o papel de propor a progressão ou regressão de regime dos condenados de acordo com o progresso identificado na execução da proposta ressocializadora. O sistema, assim, “atende não somente os direitos do condenado, como também, e inseparavelmente, os interesses da defesa social”.¹⁵⁹

Chama a atenção o cuidado com que a Exposição de Motivos marcou a importância do exame criminológico, obrigatório para os condenados ao regime fechado para fins de triagem, e do exame de personalidade, mais aprofundado. Ambos teriam o condão de aumentar, para além dos autos do processo, a visão que o sistema de justiça tem sobre o condenado e, assim, “identificar o tratamento adequado” aos fins que se destina à pena.¹⁶⁰

Na parte dedicada à assistência ao preso, a Exposição de Motivos faz referência expressa ao previdenciário idealizado pelos propositores da lei:

A assistência ao egresso consiste em orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade e na concessão, se necessária, de alojamento e alimentação em estabelecimento adequado, por dois meses, prorrogável por uma única vez mediante comprovação idônea de esforço na obtenção de emprego.¹⁶¹

Ao mesmo tempo, garantiu-se o trabalho nos estabelecimentos prisionais e o gozo dos benefícios da Previdência Social. O trabalho, com função educativa e produtiva, seria gerenciado por fundação ou empresa pública, dedicada especificamente à formação profissional do condenado, a fim de protegê-lo “dos excessos da burocracia e da imprevisão comercial”.¹⁶² É de se destacar, ainda, a consagração da proposta de jurisdicionarizar a execução penal, tendo em vista a tímida atuação de controle do Judiciário até aquele momento,¹⁶³ e a criação dos Conselhos da Comunidade e dos patronatos, para o envolvimento da comunidade no processo de fiscalização e reintegração social.

Para combater os problemas de promiscuidade e violência sexual entre os detentos, o projeto adotou a regra da prisão individual para as penitenciárias e cadeias públicas. A separação dos presos, tal qual vivamente recomendada pela CPI do Sistema Penitenciário, também tinha por objetivo reduzir o convívio entre presos de diversos

¹⁵⁹ *Id.*, *ibid.*

¹⁶⁰ *Id.*, p. 19.

¹⁶¹ *Id.*, p. 20.

¹⁶² *Id.*, p. 21.

¹⁶³ *Id.*, p. 23.

graus de periculosidade e, assim, amenizar os efeitos da *prisionização*.¹⁶⁴ A violação da regra de capacidade deveria ser punida pela interdição do estabelecimento pelo juiz de execução, e o projeto ainda previa sanções ao Estado da Federação que descumprisse as lotações máximas: suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinadas pela União, a fim de atender as despesas de execução das penas e medidas de segurança.¹⁶⁵

O Projeto de Lei nº 1.657/83 foi relatado na Comissão de Constituição e Justiça, e o relator, deputado Celso Barros (PDS/PI), salientou que restava ao Estado cuidar do condenado, “não no sentido de execrá-lo, como se o Estado se constituísse, em face da condenação, como seu inimigo ou verdugo, mas no sentido de que não se converta em outra vítima — a vítima do tratamento carcerário desumano”.¹⁶⁶ Oito emendas foram apresentadas na Comissão: várias formais, algumas para aumentar a estrutura de assistência nos estabelecimentos penais (bibliotecas, assistência médica) e outras para aumentar ou diminuir as atribuições do Conselho de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP). Nenhuma delas, portanto, tinha como objetivo reduzir os direitos dos presos, longamente elencados no artigo 40 do anteprojeto. O único voto em separado, do deputado João Gilberto (PMDB/RS) saudou a iniciativa como moderna, humanizadora e progressista, mas questionou a rapidez do processo de consulta à comunidade jurídica.¹⁶⁷ Submetido ao Plenário, foi aprovado em 28 de março.¹⁶⁸

Remetido ao Senado, o PLC 76/1984 foi lido em Plenário em 28 de maio.¹⁶⁹ Remetido à Comissão de Constituição e Justiça, recebeu do Senador Murilo Badaró (PDS/MG) sucinto parecer favorável, sem emendas.¹⁷⁰ Em 20 de junho, foi aprovado no Plenário e remetido à sanção presidencial.¹⁷¹ A lei foi sancionada no mesmo dia em que a Nova Parte Geral do Código Penal foi: 11 de julho de 1984, com um veto.¹⁷²

¹⁶⁴ Ver item 1.1.

¹⁶⁵ DCN, Seção I, Suplemento B, 1 jul. 1983, p. 24.

¹⁶⁶ DCN, Seção I, 21 mar. 1984, p. 634.

¹⁶⁷ DCN, Seção I, 9 mar. 1984, p. 102.

¹⁶⁸ DCN, Seção I, 28 mar. 1984, p. 1029.

¹⁶⁹ DCN, Seção II, 29 maio 1984, p. 1508.

¹⁷⁰ DCN, Seção II, 16 jun. 1984, p. 2030.

¹⁷¹ DCN, Seção II, 20 jun. 1984, p. 2111.

¹⁷² O presidente da República vetou o §1º do art. 14, que previa que “a assistência médica do condenado e do internado em caráter obrigatório ficará à cargo da Previdência Social-Federal ou Estadual, custeada sempre pela União ou Estado-membro”. Nas discussões sobre o veto na Comissão Mista do Congresso Nacional, o deputado Valmor Giavarina (PMDB/PR) questionou a medida, ao afirmar que o veto presidencial sobre o custeio tornaria letra morta a assistência médica do preso: “Sr. presidente, eu só posso lamentar que isso tenha acontecido. O detento está privado já de sua liberdade. A lei diz que ele terá direito à saúde, mas a lei passa a ser letra morta. Ele estará também privado de sua saúde. E da maneira como as coisas estão, e se continuar assim e não houver outra lei, uma lei autônoma para

2.4. As Reformas de 1984 e as teorias da pena

A análise do processo legislativo dos projetos de lei que deram origem à Lei de Execução e à nova Parte Geral do Código Penal chamam a atenção por diversos motivos. Primeiro, as tramitações foram extremamente rápidas sob qualquer medida, mas sobretudo em se tratando de matérias tão contenciosas e complexas como a legislação penal.

Uma análise apressada poderia atribuir tal rapidez à natureza ainda autoritária do Estado brasileiro no início da década de 1980, e à posição de confortável maioria com a qual o governo contava para a aprovação de seus projetos de lei. Mas basta analisar a fundo os discursos parlamentares e as emendas apresentadas nas Comissões de mérito e no Plenário para notar que as premissas dos novos textos legais não apenas foram acolhidas pelos deputados e senadores, mas foram entusiasticamente saudadas como modernas, humanas e garantidoras dos direitos dos presos. É possível dizer até que a preocupação com a situação dos encarcerados ganhou protagonismo em relação à eventual eficácia do novo sistema para a redução da violência.

O novo sistema de penas criado pelas Reformas de 1984 estabeleceu um modelo eminentemente *modernista* no Brasil. A proposta de criação de estruturas especializadas nos estabelecimentos penais para individualização da execução;¹⁷³ a preocupação com o entorno comunitário do condenado e de sua família; a ênfase em instrumentos de natureza claramente previdenciária, como o trabalho, saúde e educação vinculados à rede pública de assistência, e, de maneira mais geral, a forte concordância em torno dos danos causados pela pena privativa de liberdade e da necessidade de se buscar alternativas ao encarceramento, combinada com a perspectiva de que o respeito à integridade do condenado não está em oposição aos interesses da população, indicam a aproximação do modelo buscado pelos idealizadores dos anteprojetos com as premissas do *correcionalismo* e do *previdenciário penal* descrito no capítulo 1.

consertar esta distorção, teremos aqui que o detento estará também com sua pena de morte lenta decretada”. DCN, Seção I, 26 out. 1984, p. 2224.

¹⁷³ FERREIRA (2011, p. 86) lista os órgãos e estruturas criadas pela LEP para a gestão da pena criminal, além de chamar a atenção para o maior controle jurisdicional que se buscou oferecer para a execução penal.

Mais do que isso: tais circunstâncias representam a adesão a pressupostos sociais mais amplos de responsabilização coletiva pelo crime e pela ressocialização do condenado, o que fica claro da leitura das exposições de motivos e, em especial, das intervenções dos parlamentares. Como nota Carrabine (2006, p. 203), os presos não atraem simpatia do público, nem oferecem capital político para quem defende seus direitos, e “é precisamente por causa da sua marginalização e vulnerabilidade que os confinados precisam de proteção”. Era esse o teor das manifestações que se iniciaram na CPI do Sistema Carcerário, em 1976; das comissões de juristas de 1981 e dos debates no meio jurídico nos anos seguintes; dos anteprojetos encaminhados ao Congresso em 1983; e dos debates parlamentares em 1983 e 1984. Em outras palavras, era esse o consenso político e especializado em torno da pena de prisão e de sua execução.

Mas a adesão ao previdenciarismo penal não foi absoluta. Desde o princípio, os anteprojetos estiveram vinculados à funções preventivas da pena limitadas pela responsabilização moral pelo crime. Ou seja, em nenhum momento houve concordância em torno de modelos de justiça criminal exclusivamente comprometidos com a prevenção — e, com isso, com penas indeterminadas, por exemplo. Da mesma forma, o compromisso com a ressocialização foi fortemente moderado pelo reconhecimento da autonomia do condenado.¹⁷⁴ As propostas criadas pelas comissões de juristas e aperfeiçoadas no debate público e parlamentar se aproximavam sensivelmente do modelo modernista proposto pelo movimento de *sentencing reform* inglês e estadunidense da última metade da década de 1970, que, como visto, buscavam introduzir critérios de justiça e limites ao poder estatal nas sentenças condenatórias, ao mesmo tempo que acolhiam os pressupostos ressocializadores do *Estado de bem-estar* (VON HIRSCH, 1976).

Se naqueles países o movimento reformador obteve êxito inicial ao contestar os excessos do correccionalismo, logo o processo foi colonizado pela crítica ao *welfare state* e seus pressupostos, e a *pena justa* se converteu rapidamente na pena intimidatória, incapacitante, *antimoderna*. No Brasil, os reformadores tiveram sucesso, e a distensão política dos anos 1980 representou a oportunidade de trazer o sistema de justiça criminal do país para a *modernidade*, com o propósito explícito de humanizar a sanção

¹⁷⁴ HASSEMER (2005, p. 386) define como *terapia social emancipadora* o reconhecimento do condenado como detentor de subjetividade e a necessidade de sua aceitação dos *tratamentos* propostos pelo Estado.

penal, combinando a retribuição ética da conduta no momento da aplicação com a busca pela readaptação do condenado na fase de execução (REALE JÚNIOR, 2010, p. 52).

Pode-se dizer, afinal, que as leis aprovadas em 1984 instituíram o *Estado penal-previdenciário* no Brasil, e as perspectivas eram as melhores com a Constituinte vindoura. Contudo, como veremos, a redemocratização trouxe em si um paradoxo na forma pela qual a pena criminal — e a pena de prisão, em particular — passou a ser compreendida pela incipiente democracia brasileira. Como antecipa Salvador Netto (2009, pp. 94-5),

O verniz aprimorado de intelectualidade jurídica que estava presente nos membros da Comissão responsável pela elaboração da Reforma infelizmente não se propagou para o cotidiano forense, para a reflexão das atividades legislativas posteriores, para a adoção de medidas concretas de condizente efetivação dos fins da sanção penal. Ao contrário, preferiu-se a manutenção prática, e conservadoramente revigorada, de uma defesa social lastreada na exclusão, na pena como falso transmissor de segurança social, no recrudescimento como a mais inócua das políticas penais.

De fato, os pressupostos jurídicos das Reformas de 1984 foram formalmente acolhidos pelo novo regramento constitucional. Contudo, como se verá, o sistema penal assumiu função de instrumento simbólico e de legitimação institucional, o que se tornou um dos fatores que levaram à impossibilidade prática da execução do paradigma despenalizador de 1984 e, como consequência, ao reforço da tendência encarceradora que se buscava justamente reverter.

3. CONSTITUIÇÃO E PENALIZAÇÃO

As leis nºs 7.209 e 7.210, aprovadas em 1984, tinham como objetivo a reforma do sistema de penas no Brasil a partir do amplo reconhecimento da necessidade de se buscar alternativas à pena de prisão como resposta única no âmbito da justiça criminal. A política reformista havia alcançado consenso acadêmico e político em torno de pressupostos como a imposição da pena como resposta proporcional e justa ao agravo cometido, mas, ao mesmo tempo, voltada a oferecer ao condenado as condições para poder, em liberdade, resolver os conflitos próprios da vida social, sem recorrer ao caminho do delito (REALE JÚNIOR, 1983, p. 77); o reconhecimento do preso como sujeito de direito; a necessidade de reduzir os efeitos danosos ou mesmo criminógenos da prisão, aplicando-a apenas quando estritamente necessário, e, mesmo nesses casos, cumprindo sua pena em um cárcere humanizado. Essa versão moderada do *modernismo penal* era bastante próxima do reformismo pleiteado pelos movimentos de reforma das sentenças nos Estados Unidos e na Inglaterra.

O contexto histórico para o início da vigência das novas leis não poderia ser mais promissor: o fim do bipartidarismo, em 1979, o fortalecimento do movimento sindical, a vitória da oposição nas eleições estaduais de 1982 e a intensa participação popular na campanha pelo retorno das eleições diretas para presidente da República mobilizaram a sociedade civil e a política partidária em torno da construção de um novo modelo de país. O meio jurídico também estava comprometido com a luta pela redemocratização: a OAB nacional¹⁷⁵ e suas seccionais tiveram papel importante de união em torno da nova ordem social, e importantes lideranças da advocacia e da academia jurídica — que haviam atuado diretamente na defesa de presos políticos nos anos anteriores — estavam unidos na luta pelas Diretas Já e permaneceram na militância democrática.

¹⁷⁵ Em 1974, a convenção nacional da OAB assumiu a defesa dos direitos humanos, pela revogação do Ato Institucional nº 5 e pela restauração do *habeas corpus*, contra a tortura e as prisões arbitrárias. Quatro anos mais tarde, a convenção dedicou-se à defesa do Estado de Direito, e culminou na Declaração dos Advogados Brasileiros, que demandava o retorno à democracia, a elaboração de uma nova Constituição, a anistia política e a revisão da legislação trabalhista (SKIDMORE, 1988, p. 331).

Em junho de 1985, o primeiro civil na presidência da República desde 1964, José Sarney, enviou ao Congresso Nacional a proposta de emenda constitucional que convocou a Assembleia Nacional Constituinte (ANC). O novo sistema de justiça criminal decorrente das reformas de 1984 seria legitimado nos trabalhos de elaboração do novo texto: afinal de contas, seus pressupostos decorriam naturalmente da adoção de um Estado Social e Democrático de Direito.

Contudo, como se procurará demonstrar, os processo legislativo da ANC também desencadeou a revalorização do papel simbólico do Direito Penal, da criminalização e da pena de prisão, como reafirmação de importância das novas pautas da sociedade plural que florescia e, ao mesmo tempo, como ferramentas idôneas à resolução de problemas sociais. Além disso, o discurso punitivo surgido no novo panorama eleitoral foi incorporado nos debates parlamentares e fez nascer a retórica do populismo penal no país, apontando a pena de prisão como forma de solucionar o problema da criminalidade. A combinação dessas duas forças culminou na improvável união entre conservadores e progressistas em torno da força simbólica da lei penal e do encarceramento.

Quais os fatores que conduziram uma sociedade ávida por democracia e liberdade — como o Brasil pós-ditadura, que havia projetado poucos anos antes uma legislação penal inteiramente nova e fundada em premissas liberais como a Parte Geral do Código Penal e a Lei de Execução Penal, ambas de 1984 — a incorporar o discurso punitivo de tal forma e com tal rapidez que o legislador Constituinte foi instado a limitar muitas daquelas medidas liberalizantes, bem como transportar para o texto constitucional tão amplo catálogo de mandados expressos de penalização? Qual foi o papel exercido pela consolidação dos novos movimentos sociais e pelas forças políticas conservadoras? É possível concluir que, embora em polos políticos opostos, ambos convergiram para a mesma pauta punitiva no campo da justiça criminal?

Ao longo deste capítulo, buscar-se-á demonstrar os limites da análise da *virada punitiva* brasileira segundo a narrativa dos países ocidentais desenvolvidos. No caso brasileiro, como se verá, a punitividade não decorreu do questionamento dos pressupostos do Estado de bem-estar, mas, paradoxalmente, da sua própria afirmação como modelo de país — ainda que nos contornos particulares de nosso capitalismo tardio.

3.1. Contexto político-eleitoral

O início da década de 1980 foi um período de movimentação política intensa no país. A sociedade encontrava-se mobilizada em diversas frentes sob a bandeira comum da abertura política: no meio jurídico, a intensa participação da advocacia na defesa dos presos políticos, e, mais tarde, a adesão institucional da OAB simbolizada pelos Congressos Nacionais de 1974 e 1978 organizou a classe em torno da pauta da redemocratização, simbolicamente representada pela Carta aos Brasileiros, lida pelo professor Goffredo da Silva Telles Júnior nas Arcadas da Faculdade de Direito da USP em comemoração ao sesquicentenário do curso jurídico no Brasil.¹⁷⁶

Após a despolitização nos anos de endurecimento do regime militar, o debate sobre a *questão democrática* aflorou e foi conduzido por diversos atores políticos em meados dos anos 1970 (NAPOLITANO, 2014, p. 240). O movimento pela anistia, que ganhou força a partir do governo Geisel, é considerado um dos elementos de constituição da sociedade civil no período (DEL PORTO, 2002; CIAMBARELLA, 2002). As disputas eleitorais de 1974 e 1978 haviam representado a união entre a oposição política e a esquerda intelectual paulista, e o MDB assumiu a questão dos desaparecidos políticos, (NAPOLITANO, 2014, pp. 242-3), o que também mobilizou a Igreja Católica para exercer papel ativo na oposição ao aparato repressor durante o governo Médici.¹⁷⁷

A Igreja havia emergido como força relevante no novo contexto, notadamente a partir da atuação da CNBB como sua porta-voz e do rápido crescimento das *comunidades eclesiais de base* (SKIDMORE, 1988, p. 181). A Associação Brasileira de Imprensa também se organizou, muitas vezes em coordenação com a OAB, para demandar a rápida transição para a democracia, auxiliada por um relaxamento *de facto* da censura — pelo mesmo motivo, as organizações estudantis que não haviam aderido à luta armada participaram de mobilizações que levariam, em 1977, a reuniões e passeatas em prol da anistia política. Mesmo o meio empresarial, que havia emprestado forte apoio ao regime militar, passou a emitir sinais de descontentamento com o *Documento*

¹⁷⁶ Sobre o contexto de elaboração, leitura e repercussão da Carta aos Brasileiros, especialmente no meio jurídico de São Paulo, ver SCHUBSKY (2007).

¹⁷⁷ A missa realizada em memória do estudante Alexandre Vannucchi Leme, morto pelas forças repressivas em 1973, reuniu 5 mil pessoas na Praça da Sé, em São Paulo, foi o primeiro ato público de massa contra o regime desde 1968 (NAPOLITANO, 2014, p. 244).

dos Oito, assinado por importantes lideranças da indústria,¹⁷⁸ e a eleição de uma nova diretoria na Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (SKIDMORE, 1988, p. 202).

A segunda metade da década de 1970 representou, ainda, o surgimento e a ascensão de novos movimentos sociais, cujas identidades como sujeitos políticos foram construídas exatamente pela falta de representação e identidade nos cenários públicos institucionais (SADER, 2001, p. 199). Em paralelo, o general João Figueiredo assumiu a presidência da República em meio a uma grande paralisação dos operários no ABC paulista, cujo sucesso reforçaria a ascensão política das lideranças sindicais em torno do movimento grevista que se iniciara em 1978. Mais uma vez, a participação da Igreja como mediadora das negociações entre governo, montadoras e sindicatos representou a união de atores sociais que representariam forças políticas importantes na década de 1980. Algumas dessas forças, antes aglutinadas na legenda política de oposição oficial — o MDB — passariam a buscar representação própria na política institucional a partir do fim do bipartidarismo, em novembro de 1979.

Ao mesmo tempo, à direita, os descontentes com o processo de abertura se manifestaram nos subterrâneos, dos quais foram exemplos as bombas enviadas à OAB e à Câmara Municipal do Rio de Janeiro, em 1980 e o atentado frustrado no Riocentro, em 1981.¹⁷⁹ Tais eventos foram interpretados como ações desesperadas da extrema-direita nos aparelhos da repressão e colocaram a linha dura do Exército na defensiva política (SKIDMORE, 1988, p. 228). As forças políticas conservadoras, representadas pela ARENA e por setores do Exército, foram conduzidas pelo processo de abertura a compor a política institucional segundo as novas regras.

¹⁷⁸ O documento, assinado por Antônio Ermírio de Moraes (Grupo Votorantim), Cláudio Bardella (Bardella Indústrias Mecânicas S/A), Paulo Vellinho (Grupo Sprinder-Admiral), Jorge Gerdau (Grupo Gerdau), Paulo Villares (Indústrias Villares S/A), José Mindlin (Metal Leve), Laerte Setúbal Filho (Grupo Itaúsa) e Severo Gomes (cobertores Parayba e ex-ministro da Indústria e Comércio do Governo Geisel), que representavam a ABDEIB — Associação Brasileira para o Desenvolvimento da Indústria de Base, continha críticas inequívocas ao regime: “acreditamos que o desenvolvimento econômico e social, tal como o concebemos, somente será possível dentro de um marco político que permita uma ampla participação de todos. E só há um regime capaz de promover a plena participação de interesses e opiniões dotados ao mesmo tempo de flexibilidade suficiente para absorver tensões sem transformá-las num indesejável conflito de classes: o regime democrático”. In: *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 27 jun. 1978, p. 7.

¹⁷⁹ As manifestações de atos de terrorismo pelos porões da ditadura contra entidades identificadas com a pauta da abertura política já eram registrados desde meados dos anos 1970: em agosto e setembro de 1976, bombas foram colocadas na sede da OAB e da Associação Brasileira de Imprensa (ABI), no Rio de Janeiro, e na sede do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP), em São Paulo. No mesmo ano, o bispo de Nova Iguaçu (RJ) foi sequestrado por homens encapuzados, levado a um matagal, espancado e abandonado nu, e seu carro foi destruído por uma bomba em frente à sede da CNBB (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985).

3.1.1. As eleições de 1982: O conservadorismo na oposição e a guerra contra o crime

A Lei Orgânica dos Partidos Políticos, aprovada no fim de 1979, extinguiu o bipartidarismo vigente desde o Ato Institucional nº 2/1964. ARENA e MDB foram sucedidos por seis novos partidos: PDS (sucessor da ARENA); PMDB (sucessor do MDB); PP (que reuniu dissidentes da ARENA e do MDB, mas que se autodissolveu e fundiu-se com o PMDB em 1981); PT (reunindo o novo sindicalismo, representantes da esquerda eclesiástica e antigos grupos guerrilheiros de esquerda); PTB (liderado por Ivete Vargas); e PDT (liderado por Leonel Brizola).¹⁸⁰ Com o cancelamento das eleições municipais de 1980, a primeira experiência eleitoral do novo modelo seria a eleição geral de 1982, na qual foram escolhidos os governadores estaduais (pela primeira vez desde 1965), um terço do Senado, toda a Câmara dos Deputados, as Assembleias Legislativas e as prefeituras.

A precariedade econômica mostrava que as eleições eram de alto risco para o governo: tratava-se da maior recessão no país desde os anos 1930 (SKIDMORE, 1988, p. 235). Os quatro partidos de oposição se reuniram para divulgar uma plataforma comum de compromissos eleitorais, incluindo o direito de voto aos analfabetos, o aumento da autonomia sindical, a garantia do direito de greve e a adoção de política salarial justa, ressaltando o tom de solidariedade social que marcava a pauta oposicionista naquele momento.

Naquela eleição, os 45 milhões de eleitores deram um voto de confiança para a oposição. Os quatro partidos oriundos do antigo MDB elegeram, somados, 240 deputados e 23 senadores, contra 235 deputados eleitos pelo PDS — que, no entanto, manteve larga dianteira no Senado, com 46 eleitos. Mas o resultado mais impressionante se deu nas eleições para os governos estaduais: nove estados elegeram opositores ao regime militar, incluindo São Paulo, com Franco Montoro; Rio de Janeiro, com Leonel Brizola; e Minas Gerais, com Tancredo Neves.

As derrotas eleitorais nos grandes centros representou duro golpe aos setores à direita da política tradicional. A ARENA pagava o preço pelo fracasso da política

¹⁸⁰ Os partidos comunistas ainda foram mantidos na ilegalidade, o que apenas seria revertido em 1985.

econômica, de responsabilidade do governo federal; já os novos governadores oposicionistas representavam a expectativa dos movimentos pela democracia nascidos e fortalecidos nos anos anteriores, e que já buscavam novos e cativantes objetivos com a campanha pelas Diretas Já. Não havia condições políticas para uma reviravolta no processo de abertura, nem mesmo dentro do Exército (SKIDMORE, 1988, p. 243). Todos esses fatores contribuíram para uma forte desorganização entre os atores mais conservadores (BRANDÃO, 2011, p. 45).

Em São Paulo, o ex-governador Paulo Maluf havia sido indicado como governador biônico pela ARENA contra a vontade do Planalto, e seu mandato foi baseado fortemente em obras públicas de grande visibilidade, medidas midiáticas como a proposta de mudança da capital do Estado para o interior e a criação de uma empresa petrolífera estadual — a Paulipetro. A imagem coletiva de seu perfil executivo como o político corrupto que “rouba, mas faz” era complementada pela pesada repressão com a qual lidou com os movimentos grevistas em 1980 (SKIDMORE, 1988, p. 247). A pauta do combate ao crime de rua, no entanto, não era central em seu governo. Maluf renunciou ao mandato em maio de 1982 para concorrer naquele mesmo ano ao cargo de deputado federal, para o qual foi eleito com quase 673 mil votos.¹⁸¹ Por outro lado, o candidato de seu partido para a sucessão estadual, Reynaldo de Barros, obteve apenas 23% dos votos nas eleições de 1982,¹⁸² o que representou um grande obstáculo ao objetivo central de Maluf — as eleições presidenciais de 1985.

Diante do quadro de piora na perspectiva econômica, de necessidade de alavancagem política e da oportunidade de agregar em torno de si o discurso conservador, a direita paulista buscou aproveitar a oportunidade de estabelecer uma nova pauta de oposição ao governo estadual recém-eleito, particularmente em relação à política de *direitos humanos* para a reforma da polícia e do sistema penitenciário. A luta para o reconhecimento de direitos dos presos comuns estava sendo travada pelas comissões e centros de direitos humanos, partidos de esquerda e centro-esquerda nesse período, tomando por base os processos de mobilização em torno dos presos políticos e dos novos movimentos sociais.¹⁸³

¹⁸¹ Marca que seria superada apenas nas eleições de 2002, quando Enéas Carneiro (PRONA/SP) se elegeu o deputado federal mais votado da história do Brasil, com mais de 1 milhão e meio de votos.

¹⁸² Fonte: Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados — Seade. Disponível em: <<http://produtos.seade.gov.br/produtos/moveleitoral/index.php>>. Acesso em: 13 dez. 2014. O PMDB também conquistou 42 vagas na Assembleia Legislativa, contra 22 do PDS, onze do PTB e nove do PT.

¹⁸³ Que se verá em mais detalhes no próximo item.

Essa pauta era uma evolução lógica para os movimentos progressistas naquele período, mas, ao ser assumida como política pública pelo governo estadual, tornou-se alvo natural de uma oposição à procura de um discurso. Caldeira (1991, p. 169) mostra como a direita política passou a associar os esforços pela humanização dos presídios à concessão de privilégios (luxo, boa vida, hotel cinco-estrelas, discursos que permanecem extremamente fortes até hoje), e isso tudo para o desfrute de “bandidos que zombavam, assim, de honestos homens de bem que lutavam para sobreviver com dignidade”. A rejeição a essa tentativa de estabelecimento de padrões mínimos de direitos foi tamanha que os grupos que assumiram essa pauta (religiosos e juristas) chegaram a comprometer sua própria legitimidade social, o que não havia acontecido no processo de luta a favor dos presos políticos (CALDEIRA, 1991, p. 167).

A construção do discurso da lei e ordem por parte da nova direita foi tão bem-sucedida que o próprio conceito de direitos humanos passou a ser entendido, e rejeitado, como *regalias para bandidos* (CALDEIRA, 1991, p. 165). Tal insucesso pode ser explicado pela soma de diferentes fatores: a natureza individual dos direitos reivindicados, em oposição aos direitos coletivos que vinham sendo articulados com sucesso pelos movimentos sociais;¹⁸⁴ a condição precária de cidadania dos grupos para os quais se reivindicavam os direitos; a incapacidade de os próprios interessados se mobilizarem por si próprios e de articularem uma identidade comum para denunciar as violações sofridas; a construção de um *estereótipo de criminoso*, que nos discursos políticos é sempre assassino ou estuprador, e a confusão entre o reconhecimento de direitos humanos dos presos com a defesa do crime ou dos criminosos, em oposição às vítimas e aos homens de bem; e a manipulação da insegurança e do medo pelos opositores políticos ao governo estadual (polícia, políticos de direita e comunicadores de massa).

É certo que a representação da violência urbana em São Paulo não surge apenas na década de 1980. Alessandra Teixeira (2012, p. 108) ressalta que desde meados dos anos 1960 há uma percepção generalizada de aumento dos crimes de roubo, que ajudou a formar a figura do *trombadinha* e do *assalto à mão armada* no imaginário popular. Contudo, anota que a própria natureza autoritária do regime e a violência institucionalizada não permitia a responsabilização política dos governos, canalizando a

¹⁸⁴ Para CALDEIRA (1991, p. 168), a população brasileira historicamente associa os direitos individuais e civis a privilégios, enquanto os direitos coletivos são compreendidos como legítima expansão de direitos de grupos espoliados.

indignação para o apoio a soluções extrajudiciais como os esquadrões da morte (TEIXEIRA, 2012, p. 109). Isso significa que já havia na sociedade uma construção disseminada do criminoso como *outro* a ser excluído e, mesmo após deflagrado o processo de abertura política, a defesa do direito dos presos pelo governo estadual e por outros atores sociais era francamente contramajoritária.

O início do governo Montoro, em São Paulo, encontrou uma situação bastante complexa em termos de segurança pública.¹⁸⁵ O início do desmonte das estruturas institucionais e subterrâneas do período autoritário constituiu um grande desafio e as propostas de reforma penitenciária¹⁸⁶ e das polícias, naturalmente, atraiu a oposição de amplos setores da Polícia Civil e Militar, o que repercutiu de forma decisiva na opinião pública. Para Teixeira (2012, p. 187),

os esforços em restringir a atuação da Rota, pela tentativa de esvaziar a centralidade que lhe era conferida pelo governo anterior, foram atacados pela oposição e por grande parte da imprensa, que associavam a tentativa de controle da violência policial ao aumento do crime patrimonial.

A reformulação dos métodos de coleta das estatísticas criminais deu credibilidade para a alegação de que a criminalidade havia *explodido* com o novo governo — o número de roubos na cidade em 1982 saltou de 24.680 para 40.952, em 1983, e para 63.843, em 1984.¹⁸⁷ O discurso foi prontamente incorporado como fator de reorganização política e ocupação de espaços por setores que antes exerciam livremente o papel de gestão da criminalidade política e comum, e estavam ameaçados pelo processo de redemocratização.

¹⁸⁵ A delicadeza da situação da segurança pública no período da redemocratização é objeto de ampla bibliografia, notadamente em ciências sociais (ver CALDEIRA, 2000; ADORNO, 1996; PINHEIRO, 1983; TEIXEIRA, 2012), cujo aprofundamento foge do escopo deste capítulo. Cabe apenas destacar que havia um contexto social e institucional que favoreceu a rápida disseminação do discurso político-jurídico em torno de demandas de lei e ordem e, portanto, do antimodernismo penal.

¹⁸⁶ Sobre a política de humanização dos presídios, implementada pela gestão de José Carlos Dias, secretário de Justiça do governo Montoro, e as reações de setores sociais e do *staff* penitenciário que ajudaram a moldar o debate público subsequente, ver SALLA (2007, pp. 75 e ss.).

¹⁸⁷ Fonte: Anuários Estatísticos do Estado de São Paulo, Fundação SEADE. Os índices recuaram e se estabilizaram em torno de 50 mil nos anos seguintes, ainda em patamar bem superior ao começo da década. Contudo, ao menos parte desse aumento pode ser atribuído a mudanças implementadas pelo novo governo na forma de registro das ocorrências policiais, buscando acabar com a famosa prática do “boletim de ocorrência papel de bala”, em que os registros eram destruídos após a lavratura para diminuir os índices de crimes não resolvidos. ROBERTS et al. (2003, p. 13) salienta que um dos elementos do populismo penal é rejeitar como irreal qualquer redução nos índices de criminalidade, mas aceitar como fato incontestável o aumento dos números, mesmo quando atribuíveis a mudanças na forma de coleta dos dados.

A análise de algumas notícias da época servem para ilustrar o momento de crise com a reforma das polícias e o reflexo na construção da imagem da insegurança como subproduto das políticas de direitos humanos para *criminosos*. Em 3 de novembro de 1983, os jornais noticiaram uma substituição na cúpula da Polícia Civil de São Paulo. A troca veio num momento de convulsão nas forças policiais, que, em estado de greve branca, faziam algumas exigências ao governo:

[As mudanças] apontam para a criação de uma nova filosofia de trabalho, em substituição à política de “proteção dos direitos humanos”, pois os delegados querem garantias de que não serão mais “perseguidos” pela Corregedoria. “Eles precisam dar mostras de um novo comportamento”, disse um delegado, revelando insatisfação com a atual sistemática. “Um simples tapa ou um palavrão dirigido a um preso já são motivos para punição, sem termos chance de defesa”.¹⁸⁸

Naquele mesmo dia, o enterro de um policial morto em confronto foi permeado por críticas à política de segurança pública do novo governo: “Meu cunhado morreu por causa dos direitos humanos para os marginais. Querem que o policial leve um tapa na cara e ofereça a outra [...]. O policial só pode morrer porque quando mata ele é logo punido”.¹⁸⁹

A grande comoção decorrente de crimes violentos disseminava esse discurso, muitas vezes reiterado pelas vítimas. Em 2 de fevereiro de 1984, a *Folha de S.Paulo* publicou entrevista com a tia de um estudante morto em um latrocínio não esclarecido. A entrevistada havia publicado um anúncio no mesmo jornal dias antes, endereçado ao “crápula desconhecido”, em que rogava a Deus “não para que o perdoe, mas para que o amaldiçoe, por toda a eternidade, até as profundezas do inferno”. Na entrevista, a autora do anúncio afirmou:

O que me deixa particularmente intrigada [...] é a insistente referência aos direitos humanos tanto pelas autoridades quanto pelos jornais, quando se trata de prisões ou mortes de trombadinhas ou de outros bandidos. Ninguém se refere aos direitos humanos dos homens pacatos e trabalhadores, vítimas desses marginais.¹⁹⁰

¹⁸⁸ *Delegados pedem política mais branda*. In: *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 3 nov. 1983. Primeiro Caderno, p. 14.

¹⁸⁹ *Críticas ao governo no sepultamento de PM*. In: *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 3 nov. 1983, Primeiro Caderno, p. 14.

¹⁹⁰ *Anúncio registra um protesto contra o crime*. In: *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 2 fev. 1984, Primeiro Caderno, p. 22.

O desabafo da família da vítima ganhou eco na esteira da grande comoção causada pela morte de Talita, de 8 meses, atingida no colo de sua mãe em um assalto a banco em 30 de outubro de 1983, em São Caetano do Sul. A quadrilha foi cercada pela polícia e cinco dos sete assaltantes foram mortos no tiroteio. Procurado pela imprensa, o delegado do caso ofereceu uma hipótese explicativa para o aumento do número de assaltos a banco em São Paulo: “faltam recursos técnicos, mas a gente sente mesmo é uma certa impunidade. 80% dos atuais assaltantes a banco são presos albergados ou em liberdade condicional”.¹⁹¹.

A instrumentalização do discurso do medo para fins políticos foi muito rápida e eficaz para construir uma situação de incompatibilidade entre a segurança das pessoas *de bem* e a garantia de direitos a acusados e condenados. Após transcrever três discursos políticos daquele período — da Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, de 1985;¹⁹² do Coronel Erasmo Dias, ex-secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, de 1983;¹⁹³ e do radialista Afanásio Jazadji, no dia da votação da emenda das Diretas Já, em 1984,¹⁹⁴ Caldeira (1991, p. 170) ressalta que nos três casos estão presentes a característica de negação da humanidade do criminoso, a equiparação das políticas de humanização dos presídios a privilégios em detrimento dos cidadãos comuns e, mais importante, a vinculação do estabelecimento de garantias aos presos ao aumento da criminalidade.

¹⁹¹ *Parte da quadrilha foi solta em setembro, revela delegado*. In: *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 1 nov. 1983, Primeiro Caderno, p. 14.

¹⁹² “Os tempos atuais são de intranquilidade para você e de total garantia para os que matam, roubam, estupram. A sua família é destruída e o seu patrimônio, conseguido à custa de muito sacrifício, é tranquilamente subtraído. E por que isto acontece? A resposta você sabe. Acreditando em promessas, escolhemos o governador errado, o partido errado, o PMDB. Quantos crimes ocorreram em seu bairro e quantos criminosos foram por eles responsabilizados? Esta resposta você também sabe. Eles, os bandidos, são protegidos pelos tais ‘direitos humanos’, coisa que o governo acha que você, cidadão honesto e trabalhador, não merece.” Manifesto à população, distribuído um mês antes das eleições para a prefeitura de São Paulo. In: CALDEIRA, 1991, p. 169.

¹⁹³ “A insatisfação da população quanto à polícia, exigindo inclusive uma sua atuação mais ‘dura’, no que possa ser da responsabilidade do governo Montoro, decorre da tão decantada filosofia alardeada de ‘direitos humanos’ aplicada de modo unilateral mais em proveito de bandidos e marginais. Filosofia que dá prevalência ao marginal dando-lhe o ‘direito’ de andar armado, assaltando, matando e estuprando.” Publicado no jornal *Folha de S.Paulo* em 11 set. 1983. In: CALDEIRA, 1991, p. 170.

¹⁹⁴ “Tinha que pegar esses presos irrecuperáveis, colocar todos num paredão e queimar com lança-chamas. Ou jogar uma bomba no meio, *pum!*, acabou o problema. Eles não têm família, eles não têm nada, não têm com que se preocupar, eles só pensam em fazer o mal, e nós vamos nos preocupar com eles? [...] Esses vagabundos, eles nos consomem tudo, milhões e milhões por mês, vamos transformar em hospitais, creches, orfanatos, asilos, dar uma condição digna a quem realmente merece ter essa dignidade. Agora, para esse tipo de gente... gente? Tratar como gente, estamos ofendendo o gênero humano!” Discurso radiofônico na Rádio Capital em 25 abr. 1984. In: CALDEIRA, 1991, p. 170.

Por tudo isso, a definição da identidade da nova direita, desprovida do discurso econômico e incapaz de lutar contra o processo de abertura política, passou pelo rápido reconhecimento da utilidade eleitoral das estratégias de lei e ordem e do medo do crime, assim como ocorreu com os candidatos republicanos nas eleições estaduais de 1966 nos Estados Unidos. Há de se notar que o radialista Afanásio Jazadji, autor de um dos discursos acima citados, foi eleito o deputado estadual mais votado de São Paulo em 1986.¹⁹⁵ Os reflexos práticos dessa opção política foram inúmeros: comunicadores de massa em rádio e TV inauguraram no Brasil o conhecido formato dos programas pseudojornalísticos dedicados à exposição do crime e do criminoso, com amplo impacto na construção do imaginário popular; o aumento da sensação de insegurança, amplificado pelo espaço dedicado ao assunto na imprensa;¹⁹⁶ a elaboração do discurso que relaciona a ampliação de direitos à desordem; e, sobretudo, o estabelecimento de um limite social para além do qual se poderia negar a titularidade de direitos, que foi traçado ao longo das portas das prisões.

Além disso, a esse processo se deve a cristalização do discurso de que a manutenção da ordem depende do reforço das estruturas estatais de controle e punição. Para Dias Neto (2005, p. 74),

Trata-se de discurso sustentado por símbolos mutantes — drogas, terrorismo, crime organizado, imigração ilegal — mas que invariavelmente enfatiza a necessidade de fortalecimento dos poderes repressivos do Estado como condição de coexistência social pacífica.

Ao converter-se em argumento político e constitucional para a legitimação da força estatal, o conceito de segurança afasta-se da função de segurança jurídica. A produção de segurança é ideologicamente equiparada ao fortalecimento do aparato penal para o controle do crime.

Do ponto de vista da justiça criminal, é fácil perceber o quanto esse processo serviu para reforçar todas as relações de oposição entre os direitos da vítima e os do acusado, que ocupou o espaço do inimigo comum, do outro, em substituição à figura do

¹⁹⁵ O candidato obteve 558.138 votos, contra 114.583 do segundo colocado. Fonte: Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados — SEADE. Disponível em: <<http://produtos.seade.gov.br/produtos/moveleitoral/index.php>>. Acesso em: 13 dez. 2014. O fenômeno não se limitou a São Paulo, TEIXEIRA (2012, p. 130) narra a íntima relação entre os esquadrões da morte em São Paulo e no Rio de Janeiro com as estruturas do regime militar, incluindo a criação de uma unidade da polícia que institucionalizou o infame grupo de extermínio conhecido como *Scuderie Le Cocq* e lhe deu carta branca para “limpar a cidade”. Um dos participantes desse grupo, conhecido como *Sivuca*, mais conhecido por ter cunhado o triste célebre termo *bandido bom é bandido morto*, foi eleito para quatro mandatos consecutivos como deputado estadual no Rio de Janeiro.

¹⁹⁶ Além disso, há também o papel legitimador da “propagação autorizadora das práticas repressivas pela imprensa”, emprestando-se a definição formulada por TEIXEIRA (2012, p. 181).

terrorista. Outra consequência foi a adesão discursiva da nova direita à proposta de pena de prisão com fins incapacitadores, idealmente próximos da pena de morte ou prisão perpétua, que vai aparecer com frequência nos debates na Assembleia Nacional Constituinte.

É possível definir, portanto, o nascimento do populismo penal brasileiro com a construção, pela nova direita paulista, do discurso de lei e ordem a partir das eleições para os governos estaduais em 1982. Até aquele momento, a arbitrariedade das forças de segurança não era declarada, e o discurso de antagonismo era dirigido aos inimigos do regime. A partir dali, ela se torna pública, voltada contra a criminalidade comum, e o ódio social contra os autores de crimes se articula em termos jurídicos,¹⁹⁷ denunciando aspectos da legislação penal brasileira como privilégios imerecidos e, em especial, como causa direta do aumento da violência. Os novos inimigos, os outros, os criminosos de rua, estavam a merecer a punição *severa e inclemente* que define o antimodernismo penal.

É importante ressaltar que, embora a emergência do populismo penal tenha sido contemporânea ao debate sobre as Reformas de 1984 no Congresso Nacional, o discurso de lei e ordem ainda não havia incorporado em Brasília naquele momento.¹⁹⁸ O aparente paradoxo da maior sensibilidade do Parlamento do período ditatorial em relação ao direito dos presos pode ser explicado justamente por se tratar de representantes eleitos, direta ou indiretamente, no contexto eleitoral anterior à abertura: as eleições parlamentares haviam ocorrido sob as regras eleitorais do Pacote de Abril, e o recurso ao novo discurso punitivo ainda não havia sido necessário para o sucesso de suas próprias candidaturas, permitindo uma abordagem mais tecnocrática e de confiança nos *especialistas* durante os debates. Ademais, boa parte daqueles parlamentares havia participado dos trabalhos ou conhecido as conclusões da CPI do Sistema Carcerário de 1976.

A nova estratégia eleitoral começou a ser posta à prova nas eleições parlamentares de 1986. Por isso, como se verá, as primeiras manifestações do

¹⁹⁷ TEIXEIRA (2012, p. 178) salienta que na década de 1970 a reação aos crimes contra o patrimônio, notadamente o juvenil, não acionava a dinâmica jurídico-repressiva, sendo comum a subnotificação. Era um problema a ser enfrentado pelas forças de ordem (a PM) sem as mediações formais do sistema de justiça.

¹⁹⁸ Muito embora o presidente da Associação Paulista do Ministério Público, Luís Antonio Fleury Filho, tenha proposto ao líder do PDS na Câmara o adiamento da entrada em vigor das novas leis para 1986, ao alegar que os novos textos fariam com que mais de 4 mil criminosos perigosos fossem libertados. Ver *Novo Código Penal passa a vigorar a partir de hoje*. In: *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 13 jan. 1985, Primeiro Caderno, p. 25.

populismo penal no Congresso Nacional vieram a ocorrer justamente durante a Assembleia Nacional Constituinte.

3.1.2. Os novos movimentos sociais e o direito penal simbólico

Os anos 1980 representaram a transformação, ou ampliação, do leque de oportunidades políticas que se apresentavam ao grande conjunto de movimentos, grupos de interesse, coletivos laicos e eclesiais e outros grupos que se organizaram no país durante a distensão e abertura do regime militar. A pluralidade partidária e a ampliação da liberdade de reunião e associação permitiram o aumento das possibilidades de ação coletiva¹⁹⁹ de centenas de movimentos sociais, sindicatos, associações de bairros, associações profissionais e religiosas (BRANDÃO, 2011, p. 39) que já estavam se organizando de forma mais ou menos institucionalizada.

Ao contrário dos *movimentos sociais tradicionais*, cujas pautas identitárias se fundam nos conflitos inerentes à sociedade industrial (girando em torno dos problemas de desenvolvimento econômico, consenso democrático e bem-estar social), os *novos movimentos sociais* se identificam com características específicas de um grupo — gênero, idade, região, religião — ou à raça humana como um todo — ambientalistas (MELUCCI, 2008, p. 219; STAGGENBORG, 2011, p. 20). Caldeira (1991, p. 163) sintetiza a particularização das novas reivindicações:

[R]eivindicavam-se creches, por exemplo, e não direitos de um modo geral. Foi através da multiplicação dessas reivindicações específicas que passaram a ser legitimados, na cidade de São Paulo, os direitos à saúde, à moradia, ao transporte, à habitação, à iluminação pública, ao uso de creches, ao controle sobre o corpo e a sexualidade, à diferença étnica e assim por diante, num processo de adjetivação que às vezes parecia ser quase ilimitado. Legitimada a ideia de direitos, foram inúmeras as associações que se fizeram a ela. No

¹⁹⁹ As teorias explicativas dos movimentos sociais são bastante complexas e contenciosas, fugindo do escopo desta tese. De qualquer forma, é importante destacar que a literatura que busca explicar a ação coletiva por meio da organização em *novos movimentos sociais* — em oposição às formas tradicionais de organização, como partidos políticos e sindicatos — enfatiza a superação ou a insuficiência das pautas de classe, limitadas à capacidade produtiva da sociedade, e a emergência de demandas relacionadas a bens culturais e simbólicos, a todos os aspectos da vida cultural e social. Isso não significa que a base social e as práticas políticas desses grupos seja, de fato, amorfa e heterogênea em termos de classe e ideologia, mas sim que essas categorias não são mais suficientes para a autoidentificação dos novos movimentos sociais. Ver, nesse sentido, OFFE (2011), Alain TOURAINE (2011) e Dario MELUCCI (1989, 2011). Para uma análise do caso brasileiro, SADER (2001).

entanto, a maneira pela qual a adjetivação se dava e se legitimava parece ter sido sempre a mesma: através de processos de organização popular. Ou seja, a qualificação e legitimação de direitos específicos foi sempre um processo de mobilização política.

Esse modelo de mobilização política em torno de direitos específicos é inerentemente fragmentado, de forma que é preciso criar estratégias próprias para que esses grupos possam se tornar atores sociais relevantes e capazes de ações coletivas coerentes. Em outras palavras, a luta pelo reconhecimento passava, também, pela necessidade de construir símbolos e identidades que permitissem a identificação dos grupos enquanto tais, e unificassem as pautas para permitir a atuação na nova realidade política.

Brandão (2011, p. 26) salienta que:

Os ritos que permeiam as instituições e, por vezes, até os movimentos não institucionalizados, são essa espécie de “magia performática” na qual os participantes incorporam os respectivos papéis na ficção social. Nesse processo, definem-se quem são os membros do grupo, os direitos de cada um e, finalmente, produzem e reproduzem a própria existência do coletivo.

Assim, os grupos sociais que se organizam no novo contexto político precisam buscar plataformas unificadoras de discurso, diversas ou aditivas à velha identidade de classe (RUGGIERO; MONTAGNA, 2008, p. 197), além de novas estratégias de mobilização. Tais plataformas unificadoras devem atuar como ideias centrais, ou *molduras*,²⁰⁰ cuja disseminação mobilize e oriente movimentos específicos, e também possam servir como plataformas comuns a movimentos distintos, para a formação de coalizões — como a pauta dos direitos civis como unificadora do ciclo de protestos dos anos 1960, ao contemplar as demandas por reconhecimento legal dos movimentos de mulheres, negros etc.

O contexto de busca de reconhecimento simbólico encontrou na efervescência política da década de 1980 um campo fértil para a formação das pautas dos novos movimentos sociais. Como visto, as demandas por igualdade formal, pelo retorno dos direitos civis, já estavam contempladas pelos atores políticos mais tradicionais. Para os novos grupos, a luta pelo reconhecimento se concretizava por meio de demandas relacionadas às questões de moradia, educação, saúde, trabalho, lazer, e dos direitos da criança e do adolescente, entre outros (BRANDÃO, 2011, p. 37). A nova ação coletiva

²⁰⁰ *Master frames*, em inglês.

não prescindiu da busca por influência nas estruturas jurídico-institucionais, de sorte que a crescente demanda por uma nova Constituição — que datava, de certa forma, desde o fim da década de 1960²⁰¹ — não poderia vir divorciada de pautas específicas de reconhecimento jurídico.

Como se verá a seguir, os velhos e novos movimentos sociais se organizaram para participar dos trabalhos da ANC, fazendo uso dos inéditos canais de participação que foram criados no processo legislativo e, também, dos mais variados instrumentos de pressão sobre os parlamentares. A participação dos novos grupos foi traduzida, em cada caso, em demandas normativas que representavam símbolos caros para movimentos em busca de identidade.²⁰² As emendas populares se tornaram instrumentos de luta política, e a análise das demandas e dos esforços pelo seu acolhimento pelos constituintes permite verificar, na prática, o que Melucci (2011) aponta como desafios simbólicos inerentes à atuação dos novos movimentos, envolvendo a incorporação de conflitos passados e a sua reelaboração sob uma nova roupagem.

Com efeito, para aquele autor, “fatias de experiência, história passada e memória coexistem no mesmo fenômeno empírico” (MELUCCI, 2011, p. 219), que ajudam a estabelecer o padrão da ação coletiva contemporânea. A reelaboração passa, portanto, não apenas por conflitos passados, mas pelo reaproveitamento de símbolos tradicionais, não sendo possível abandonar o poder altamente simbólico e unificador da pena criminal. A velha pauta punitiva, ressignificada, serve a um só tempo para unificar o discurso e orientar a ação de movimentos em busca do reconhecimento na nova democracia plural que se desenhava naquele período.

É possível identificar, portanto, a coincidência na ascensão dos novos movimentos sociais com a mudança na caracterização dos *empresários morais*²⁰³ na

²⁰¹ O VI Congresso do Partido Comunista Brasileiro deliberou pela busca de uma frente ampla que desaguasse, ao fim, em eleições constituintes. Em 1977, a Carta aos Brasileiros fazia referência à necessidade de alteração da ordem constitucional, e o tema entrou na pauta do MDB no mesmo ano. Em 1980, foi publicamente assumida pela OAB e, nos anos vindouros, foi uma das pautas unificadoras dos grupos sociais importantes do período (BRANDÃO, 2011, p. 43).

²⁰² Segundo MICHILES et al. (1989, p. 38), os movimentos populares que se organizaram em torno da ANC “tinham em comum, de maneira geral, uma preocupação suprapartidária, ainda quando nasciam de iniciativas partidárias. Surgiram pela atuação de militantes políticos ou sindicais, de agentes de pastoral, de movimentos de moradores, de associações profissionais. Uns contaram com apoio e ajuda institucionais, de governos, universidades ou igrejas. Outros buscaram sua ação somente em recursos próprios”.

²⁰³ O conceito de *empresário moral*, trazido por Howard BECKER (1973, p. 148) para definir os atores que demandam a criação de novas leis penais, foi utilizado por SILVA SANCHEZ (2002, p. 64) para descrever a mudança no perfil dos *claimers* — ou *gestores atípicos da moral*: antes tradicionalmente provenientes de determinados setores da burguesia conservadora, estes adquiriram novo perfil (associações ecológicas,

área da justiça criminal e, mais especificamente, nas demandas por criminalização: se antes o apelo à lei penal provinha de atores conservadores, agora os movimentos sociais progressistas também a demandavam. As novas pautas, que buscam reconhecimento geral, são, portanto, ávidas consumidoras do poder simbólico do direito penal.

Álvaro Pires (2004, p. 46), ao definir a persistência da *racionalidade penal moderna*, fala sobre a “armadilha cognitiva” em que grupos progressistas caem e que demandam penas aflitivas mais severas para a categoria de crimes que lhes interessam. Ao não prescindir dos símbolos exacerbados de poder representados pela atuação do sistema de justiça criminal como forma de comunicar a importância de suas pautas, os novos movimentos sociais reforçaram a natureza punitiva, estigmatizante e excludente da pena. A contradição está na aposta dos movimentos emancipatórios no funcionamento da estrutura jurídico-penal, essencialmente paternalista e ineficaz, não apenas para ressignificar, mas também para tutelar suas demandas.

Os exemplos concretos de demandas por criminalização dos novos movimentos sociais são muitos, como se verá. No momento, importa ressaltar que a pauta punitiva, paradoxalmente, corria transversalmente o amplo espectro político do Brasil nos anos que anteciparam os trabalhos da ANC. Pela direita, serviu ao propósito de criar uma nova identidade política, baseada no discurso de combate ao crime urbano e de aumento da repressão policial; pela esquerda, a pauta criminalizadora foi adotada como símbolo da importância dos grupos sociais e de suas reivindicações. Embora fundamentalmente distantes na origem, como já notou Pires (2004, p. 47), “as distinções políticas de esquerda/direita, ou ainda as distinções científicas de pensamento crítico/tradicional, não manifestam diferenças empíricas coerentes e significativas em matéria penal”.

3.2. A Assembleia Nacional Constituinte

Os eventos políticos se sucederam rapidamente entre as eleições de 1982 e a convocação da ANC. Em 1984, a mobilização popular não foi capaz de vencer a máquina governista na votação da Emenda Dante de Oliveira, que buscava estabelecer eleições diretas para presidente já no ano seguinte. No entanto, a aposta em Paulo Maluf

feministas, de consumidores, pacifistas, antidiscriminatórias etc.), e encabeçam a tendência de uma progressiva aplicação do Direito Penal no sentido da crescente proteção de seus respectivos interesses.

como candidato do PDS rachou o partido do governo: a dissidência fundou um novo partido, o PFL, e aderiu à chapa do candidato oposicionista, Tancredo Neves, indicando o candidato a vice-presidente. O programa da *Aliança Democrática*, que reunia o PMDB e PFL, enfatizava a justiça social, a coesão nacional e, naturalmente, a necessidade de proceder-se à reorganização institucional do país: “Uma nova constituição fará do Estado, das leis, dos partidos políticos meios voltados para a realização do homem — sua dignidade, sua segurança, seu bem-estar” (POJO DO REGO, 2008, p. 261).

Com a nova correlação de forças, o candidato do PMDB foi eleito em 15 de janeiro de 1985 como o primeiro presidente civil desde o golpe de 1964.²⁰⁴ Sua rápida convalescência, que impediu sua posse em 14 de março de 1985, levou à presidência o vice-presidente, José Sarney — que até meados do ano anterior era o presidente do PDS. Com a morte de Tancredo, em abril daquele ano, Sarney assumiu definitivamente o cargo, comprometendo-se a levar a cabo os compromissos da Aliança Democrática.

Com efeito, ainda em abril de 1985, o Congresso Nacional aprovou emenda constitucional para possibilitar o voto de analfabetos, legalizar os partidos comunistas e instituir o voto direto para presidente, governadores e prefeitos. Em 28 de junho, o presidente enviou ao Congresso proposta de emenda constitucional para a convocação de Assembleia Nacional Constituinte. Com sua aprovação, em 27 de novembro, a ANC deveria ser instalada em 1º de fevereiro de 1987, e composta pela reunião unicameral dos deputados e senadores eleitos nas eleições gerais de 1986 — 487 deputados federais e 49 senadores, além do terço do Senado remanescente das eleições de 1982. É de se notar que não se previu a paralisação do trabalho ordinário das duas casas legislativas, e nem a dissolução da Assembleia após o encerramento dos trabalhos — o que significa que os parlamentares constituintes permaneceriam no Congresso Nacional, e suas relações, demandas e posicionamentos intrapartidários e com a sociedade civil teriam influência direta no futuro político de cada um.

²⁰⁴ Apenas quatro dias após a entrada em vigor da Nova Parte Geral do Código Penal e da Lei de Execução Penal, aprovadas no ano anterior.

3.2.1. O funcionamento da ANC

Entre a convocação da ANC, em novembro de 1985, e sua instalação, em fevereiro de 1987, as forças políticas e sociais que estavam mobilizadas ao longo do período de abertura passaram a orientar sua atuação para o processo de construção do novo texto constitucional. Vários anteprojetos foram elaborados com o propósito de servir como base do trabalho da ANC, incluindo o que ficou conhecido como *Anteprojeto Afonso Arinos*, resultado do trabalho de comissão convocada pelo Executivo.²⁰⁵ Brandão (2011, p. 46) conta cerca de 25 propostas de texto-base, que, se não foram adotadas de maneira formal, , influenciaram decididamente os trabalhos dos constituintes.

Além disso, o Senado disponibilizou, a partir de março de 1986, formulários para o recebimento de sugestões de cidadãos para o novo texto constitucional. Mais de 70 mil sugestões foram recebidas, catalogadas e entregues aos parlamentares — hoje, o acervo digital forma interessante base de pesquisa para compreender as expectativas que o cidadão depositava na Constituinte, bem como as demandas que eram formuladas aos parlamentares.²⁰⁶

A inexistência de um texto inicial fez com que a ANC trabalhasse com um número indeterminado de artigos e de temas. A solução foi descentralizar os trabalhos: o Regimento Interno (RIANC), publicado em março, determinou a criação de oito comissões temáticas, divididas, por sua vez, em três subcomissões cada.²⁰⁷

Comissões temáticas	Subcomissões
I – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher	a. Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais

²⁰⁵ A Comissão Provisória de Estudos Constitucionais foi formada por cinquenta integrantes, entre juristas, empresários e cientistas sociais, mas o anteprojeto elaborado não chegou a ser enviado ao Congresso, já que foi visto como uma indevida intromissão do Executivo — segundo o próprio ex-presidente Sarney, o presidente da ANC, Ulysses Guimarães, avisou que devolveria o texto caso fosse enviado oficialmente: “Os constituintes recusavam partir de um texto elaborado fora da Assembleia” (CARDOSO, 2006, p. 107).

²⁰⁶ Todas as propostas enviadas por esse mecanismo estão disponíveis sob o código “SAIC” na base de dados eletrônica do Senado. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/BasesHist>>. Acesso em: 13 dez. 2014. Além disso, foram catalogadas na publicação *A Constituição Desejada: SAIC — As 72.719 sugestões enviadas pelos cidadãos brasileiros à Assembleia Nacional Constituinte* (MONCLAIR, 1991).

²⁰⁷ Art. 15 do Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte (RIANC). Diário da Assembleia Nacional Constituinte (DANC), 25 mar. 1987, p. 871.

	b. Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e das Garantias
	c. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais
II – Comissão da Organização do Estado	a. Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios
	b. Subcomissão dos Estados
	c. Subcomissão dos Municípios e Regiões
III – Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo	a. Subcomissão do Poder Legislativo
	b. Subcomissão do Poder Executivo
	c. Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público
IV – Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições	a. Subcomissão do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos
	b. Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança
	c. Subcomissão de Garantia da Constituição, Reformas e Emendas
V – Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças	a. Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição das Receitas
	b. Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira
	c. Subcomissão do Sistema Financeiro
VI – Comissão da Ordem Econômica	a. Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica
	b. Subcomissão da Questão Urbana e Transporte
	c. Subcomissão da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária
VII – Comissão da Ordem Social	a. Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos
	b. Subcomissão de Saúde, Segurança e do Meio Ambiente
	c. Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias
VIII – Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação	a. Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes
	b. Subcomissão da Ciência e Tecnologia e da Comunicação
	c. Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso

Cada relator de subcomissão, com base nas propostas recebidas dos outros parlamentares, da sociedade civil ou por meio das sugestões diretas dos cidadãos, apresentou um anteprojeto, que, após deliberação, resultou no anteprojeto da subcomissão. Cada uma das subcomissões apresentou seu trabalho para sua respectiva Comissão Temática, onde também foi relatado. Após nova deliberação, cada uma das oito Comissões Temáticas deveria produzir um anteprojeto, remetido à Comissão de Sistematização para compilação e produção de um primeiro Anteprojeto de Constituição.²⁰⁸

A profunda descentralização dos trabalhos permitiu a intensa participação dos grupos de interesse, movimentos sociais, *lobbies* corporativos e afins. A disputa política se iniciou durante a elaboração do RIANC com a própria definição dos temas das subcomissões, pois cada grupo pressionou para a criação de tópicos relacionados às suas respectivas agendas (BRANDÃO, 2011, p. 47).²⁰⁹ Cada uma das subcomissões deveria realizar audiências públicas, envolvendo especialistas e representantes da sociedade civil,²¹⁰ além de receber e analisar sugestões das assembleias legislativas e das câmaras de vereadores, entidades associativas e de tribunais²¹¹ e analisar emendas populares.²¹² Se é verdade que a participação popular esteve presente em todo o processo, foi na fase das subcomissões que os mecanismos formais de participação direta efetivamente funcionaram.²¹³

²⁰⁸ Apenas a Comissão VIII não conseguiu concluir os trabalhos. A produção de um texto ficou à cargo da Comissão de Sistematização (OLIVEIRA, 1993, p. 12)

²⁰⁹ BRANDÃO (2011, p. 56) descreve a organização de grupos sociais com pautas específicas de atuação sobre o funcionamento da ANC mesmo antes de sua instalação, como o *Pró-participação popular na Constituinte*, de São Paulo, que publicava e enviava um boletim de notícias sobre as pautas às pessoas e entidades que se interessassem em todo o Brasil, e o Movimento Nacional pela Constituinte, do Rio de Janeiro, “que estimulou a criação de movimentos constituintes municipais nos quais os participantes elaborariam a sua própria proposta paralela de Constituição, levando-as para fóruns estaduais e, depois, para um fórum nacional”. Assim, a abertura de canais para a participação popular no Regimento Interno da ANC encontrou grupos sociais já extremamente mobilizados e capazes de utilizá-los para demandar e propor pautas de acordo com suas reivindicações.

²¹⁰ Art. 14, RIANC.

²¹¹ Art. 13, § 11, RIANC.

²¹² Art. 24, RIANC.

²¹³ Um bom exemplo da mobilização dos movimentos sociais nas subcomissões pode ser encontrado na justificativa da Emenda nº 17, oferecida pelo deputado Nyder Barbosa (PMDB/ES) ao anteprojeto do relator da Subcomissão I-C: buscando suprimir a expressão *orientação sexual* da lista de atos discriminatórios vedados pela Constituição, o parlamentar denunciou que “um grupo de pessoas dentro da sociedade está conseguindo exercer fortíssima pressão junto a esta Assembleia Nacional Constituinte, em detrimento dos anseios da sociedade brasileira de um modo geral, levando a incluir no Anteprojeto de Constituição uma norma que pode dar total amparo aos homossexuais [...]. Uma das táticas usadas por esses grupos é a de afirmar, em tom de protestos, que qualquer crítica ou reserva às pessoas homossexuais, à sua atitude ou ao seu estilo de vida, é simplesmente uma forma de injusta discriminação. A finalidade dessas manifestações é a de ajustar a legislação à condição própria de tais grupos de pressão,

O mecanismo das emendas populares merece atenção especial nesse contexto. Sua inclusão no RIANC foi uma demanda de movimentos sociais organizados que se converteu em emenda assinada pelos deputados Plínio de Arruda Sampaio (PT/SP) e Brandão Monteiro (PDT/RJ), ambos em nome das respectivas bancadas, e pelo senador Mário Covas (PMDB/SP) que a subscreveu pessoalmente (BRANDÃO, 2011, p. 63). Após muitos debates sobre propostas de regimento que limitavam consideravelmente a participação popular na ANC, acabou prevalecendo a proposta que permitiria a apresentação de emendas populares, que tramitariam da mesma forma que as demais emendas, desde que assinadas por pelo menos 30 mil eleitores em listas organizadas por ao menos três entidades associativas. Isso representou a primeira grande vitória dos movimentos populares no processo constituinte, bem como o seu bem-sucedido envolvimento com parlamentares da ala progressista do espectro político.²¹⁴

Em síntese, os trabalhos da ANC começaram de fato a debater o conteúdo das propostas sem ter como base um anteprojeto prévio; organizados com comissões e subcomissões temáticas cujas pautas foram definidas também pela pressão dos movimentos sociais (tradicionais e novos); compostos por parlamentares constituintes que mantiveram paralelamente suas funções nas casas legislativas e que lá permaneceriam após a promulgação do novo texto constitucional; em um contexto de fortalecimento da representação progressista, desorganização da representação conservadora e um governo fragilizado com a gestão da forte crise econômica, falta de legitimidade de seu presidente e concentração dos esforços na duração do mandato presidencial.

para o qual o homossexualismo é, tão somente, uma realidade perfeitamente inócua. Os constituintes não podem se deixar influenciar por pressões da moda do momento. A família brasileira, embasada nos conceitos rígidos da moral e do bom costume, não pode ser absolutamente ignorada neste momento”.

²¹⁴ Ao final do prazo regimental, 288 entidades diferentes haviam apresentado 122 emendas populares que angariaram um total de 12.277.423 assinaturas (BRANDÃO, 2011, p. 79). Dessas, 83 preencheram os requisitos formais, e as 39 não acolhidas foram subscritas por constituintes e tramitaram da mesma forma, conforme previa o art. 24, V, do RIANC (CARDOSO, 2010, p. 64). Os temas das emendas populares “tratavam dos direitos da criança e do adolescente, reforma agrária, educação, religião, previdência social, direitos trabalhistas, moradia, instrumentos de democracia participativa, eleições diretas, segurança pública, regime de governo, dívida externa, serviço público, tributos, monopólio das telecomunicações e do petróleo” (CARDOSO, 2010, p. 66).

3.2.2. Entre o modernismo e o antimodernismo penal: os debates na ANC

Com a descentralização dos trabalhos da ANC, propostas de natureza penal poderiam surgir, a rigor, em qualquer das subcomissões e comissões, especialmente medidas de criminalização referentes aos temas centrais a cada um dos colegiados.²¹⁵ Contudo, os dispositivos relacionados ao direito penal e processual penal, limitações à natureza da pena criminal e outras propostas relacionadas a direitos e garantias individuais naturalmente foram tratadas em grande medida pela Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (Comissão Temática I), e, nesta, pela Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais (Subcomissão I-C).

Boa parte das garantias penais e processuais penais clássicas que haviam permeado as Reformas de 1984 já constavam da Constituição de 1946²¹⁶ e dos anteprojetos extraoficiais que circulavam entre os gabinetes dos parlamentares constituintes.²¹⁷ Talvez por isso, a maioria delas estava presente desde o primeiro texto apresentado pelo relator da Subcomissão I-C, deputado Darcy Pozza (PDS-RS): o princípio da individualização da pena e de sua execução, e de que a pena não passará da pessoa do responsável; o direito ao *habeas corpus*; o princípio da legalidade; a irretroatividade de lei penal que não beneficie o réu; a presunção de inocência; o direito ao contraditório e à ampla defesa; a vedação a tribunais de exceção e o direito ao silêncio, entre outros.²¹⁸

Como novidade, a menção expressa a direitos do preso nos parágrafos 19 e 20 – que, com algumas alterações, seriam preservados no art. 5º, incisos XLIX e L do texto promulgado em 1988 – foi acompanhada da afirmação da função ressocializadora da pena. Trata-se de claro sinal de que alguns dos pressupostos do modernismo penal assumido pelas leis de 1984 estavam sendo acolhidos pela *consciência coletiva* do constituinte desde o princípio.

²¹⁵ Com efeito, várias propostas semelhantes surgiram em comissões distintas. Por exemplo, demandas pela criminalização de violência familiar surgiram tanto na Comissão I (Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher) quanto na Comissão VIII (Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação). Isso se repetiu em inúmeros temas, e coube à Comissão de Sistematização eliminar as redundâncias e propor a localização mais adequada à proposta.

²¹⁶ A propósito das garantias penais inscritas na Constituição de 1946, ver GARCIA (1957).

²¹⁷ Pode-se citar como exemplo o artigo 34 do *Anteprojeto Afonso Arinos*, os artigos 22 e 28 do *Anteprojeto Comparato*, que, ainda que com linguagens distintas, vedavam a pena de morte e a prisão perpétua.

²¹⁸ Anteprojeto do relator I-C. DANC, 8 jul. 1987, Suplemento 90, p. 4.

Por outro lado, no inciso I, o texto inicial do relator da Subcomissão I-C se afastava da tradição constitucional brasileira ao vedar a pena de morte, de banimento, de trabalhos forçados, de confisco e a prisão perpétua, mas ressaltar, em última hipótese, os casos de guerra externa e os crimes de estupro e sequestro seguido de morte, e criminalizava de maneira expressa o aborto diretamente provocado. Da mesma forma, foi esse anteprojeto que desenvolveu, no inciso VII, a primeira fórmula jurídica para atribuir a algumas categorias de crimes um caráter de especial gravidade, diferenciando-se não apenas pelo *quantum* da pena, mas pela redução das possibilidades de saída antecipada da prisão:

Art. [...] São direitos e garantias individuais:

[...]

VII — a integridade física e mental e a existência digna; a tortura e o tráfico de tóxicos constituem crimes inafiançáveis e insuscetíveis de anistia, substituição ou suspensão da pena, ou livramento condicional, ou prescrição, na forma da lei.

Ao revisitar os debates jurídicos, políticos e parlamentares em torno dos projetos que culminaram nas Lei de Execução Penal e na Parte Geral do Código Penal, a base da nova legislação residia no consenso em torno dos danos causados pela pena privativa de liberdade, tida como contraproducente e criminógena, e da necessidade de se buscar alternativas ao encarceramento, bem como formas de antecipação da liberdade nos casos em que a prisão fosse inevitável. Contudo, lê-se na justificativa do anteprojeto que o relator da subcomissão repudiou “os crimes de tortura e tráfico de drogas, perniciosos e horrendos, imputando-os como crimes inafiançáveis, imprescritíveis e inaniistáveis”.²¹⁹ Trata-se de uma eloquente adoção do direito penal e da ênfase na pena de prisão como ferramenta para demonstrar a rejeição à tortura, símbolo dos anos de chumbo. A inclusão do tráfico de drogas, por sua vez, representa a criação do imaginário em torno do traficante, que iria informar a legislação penal brasileira a partir de então.

Como se sabe, ao longo do processo legislativo a prisão perpétua foi afastada do texto final da Constituição. Mas a sua presença na proposta inicial permite construir a hipótese de que já havia, naquele momento, uma substancial mudança na percepção dos parlamentares a respeito do tema do crime e da pena criminal em relação ao consenso obtido no trâmite dos projetos de lei que culminaram nas leis n^{os} 7.209 e 7.210/84.

²¹⁹ *Id.*, p. 6.

Para testar essa hipótese, buscou-se analisar, nos anteprojeto e entre as emendas populares, as apresentadas na Subcomissão I-C e as apresentadas já na Comissão Temática I, aquelas que tratavam de pena de prisão, criminalização de condutas e direito dos presos — e, sobretudo, as justificativas para cada uma delas.²²⁰

A seguir são apresentados alguns exemplos das propostas oferecidas nessas fases, agrupadas em cinco categorias analíticas: (i) as que aumentam o rigor ou o campo de atuação das sanções penais, por meio, por exemplo, da pena de morte, da prisão perpétua ou da redução da maioridade penal, por exemplo; (ii) as que reduzem as possibilidades de alternativa ou saída antecipada da prisão; (iii) as que buscam reforçar pautas consideradas *progressistas* por meio da criminalização ou do reforço da pena de prisão; (iv) as que ampliam direitos dos presos; e (v) as que reduzem o âmbito de criminalização ou penalização.

(i) Na primeira categoria, a proposta do relator gerou reações marcadamente ideológicas. Parte das emendas buscava ampliar o rol dos crimes passíveis de prisão perpétua — propôs-se a inclusão do crime de roubo, assalto e crime de mando seguidos de morte, infanticídio, ou simplesmente autorizar o legislador ordinário a estabelecer as hipóteses cabíveis.²²¹ Outras buscavam o papel intimidador e incapacitante da pena capital para reincidentes em roubo, de sequestro, de rapto, de estupro e de atentado violento ao pudor, quando seguidos de morte — em vários casos, buscava-se legitimar a pena de morte por meio de plebiscito.²²² entre essas, destaca-se o surgimento do termo

²²⁰ Excluiu-se da análise, deliberadamente, as emendas relativas à polêmica em torno do aborto — cuja criminalização estava presente no primeiro anteprojeto do relator da Subcomissão I-C. O tema foi objeto de ampla discussão, e a argumentação das emendas girou em torno dos direitos reprodutivos da mulher e o momento da concepção, sem que se tenha discutido, em regra, o uso do direito penal como ferramenta de solução de conflitos.

²²¹ Emendas nº IC08, dep. Joaquim Haickel (PMDB/MA); Emenda nº IC18, dep. Jairo Azi (PFL/BA); Emenda nº IC181, dep. Bosco Amaral (PMDB/SP); I97, dep. Farabulini Junior (PTB/SP); I228, sen. João Menezes (PFL/PA).

²²² Emendas nº IC14, dep. Narciso Mendes (PDS/AC) e dep. Maguito Vilela (PMDB/GO); nº IC88, dep. Farabulini Junior (PTB/SP); nº IC156, dep. Amaral Netto (PDS/SP); nº IC173, dep. Sadie Hauache (PFL/AM).

crimes hediondos para designar os crimes que estariam sujeitos à tal medida.²²³ Um terceiro grupo de propostas buscava reduzir a maioridade penal para os 16 anos.²²⁴

As justificativas para tais propostas, invariavelmente, giravam em torno da categoria do *criminoso irrecuperável*: “Atualmente são os bandidos inveterados e os criminosos irrecuperáveis que estão soltos, enquanto o homem honrado e trabalhador é obrigado a viver preso dentro da sua própria casa”;²²⁵ “Para os criminosos macabros, irrecuperabilíssimos, não vejo alternativa, a não ser a pena capital”.²²⁶ A dissuasão foi apontada como justificativa para a pena de morte — “É certo que tal medida não extirpará o crime mas, certo também é, que a ação penal tem o efeito inibidor”,²²⁷ e a impunidade também foi frequentemente invocada:

[...] Muitos jovens, principalmente na faixa dos 16 aos 18 anos, praticam inúmeros ilícitos sabendo que a menoridade os protege. Cumpre acabar com essa benesse legal e baixar o início do limite de responsabilidade penal para os dezesesseis anos.²²⁸

O populismo penal aparece em sua forma mais direta em um número significativo de propostas:

Ao Legislador Constituinte cumpre estabelecer providências eficazes para conter, ou quando possível diminuir o índice de criminalidade violenta, para que se propicie à família brasileira um mínimo de tranquilidade e segurança. Basta uma leitura de jornais para se constatar que é alarmante a frequência de delinquentes com idade entre 16 e 18 anos e que não são punidos penalmente, de vez que a responsabilidade penal está posta pelo direito possível a partir dos 18 anos.²²⁹

Há no Brasil, atualmente, um clamor geral da sociedade no sentido de que se aplique legislação penal de rigor [ex]tremo, ou seja, a pena de morte, aos autores de crimes hediondos.

Esse clamor é atestado pelo noticiário dos jornais e das emissoras de rádio e de televisão, diariamente, ante a crescente violência criminosa contra os cidadãos. Violência que gera verdadeiro estado de terrorismo, tal o pânico e

²²³ Emenda nº I480, dep. Cunha Bueno (PDS/SP): “Não haverá pena de morte — exceto em casos de crime hediondo, quando houver prisão em flagrante, ou de crime hediondo, na reincidência do réu, quando não houver o flagrante”. Tanto a proposta quanto a justificativa não esclarecem se a categoria de crimes hediondos seria definida em outro artigo ou em lei posterior, ou se seria atribuída em cada caso pelo juiz.

²²⁴ Emendas nº IC356, dep. Antonio Salim Curiati (PDS/SP); nº IC106, dep. Borges da Silveira (PMDB/PR). Nessa última, destaca-se que a emenda propunha reduzir a maioridade penal para 16 anos, mas, ao mesmo tempo, manter a maioridade civil em 21 anos.

²²⁵ Emenda nº IC014, dep. Narciso Mendes (PDS/AC) e dep. Maguito Vilela (PMDB/GO).

²²⁶ Emenda nº IC088, dep. Farabulini Junior (PTB/SP).

²²⁷ Emenda nº IC173, dep. Sadie Hauache (PFL/AM).

²²⁸ Emenda nº IC106, dep. Borges da Silveira (PMDB/PR).

²²⁹ Emenda nº IC356, dep. Antonio Salim Curiati (PDS/SP).

pressão psicológica coletiva que submetem a população, mormente nos centros urbanos.

Os computadores do Prodasen também atestam esse clamor: a pena de morte está na liderança das sugestões apresentadas aos constituintes brasileiros de todos os quadrantes. Que sejam, portanto, atendidos!²³⁰

De acordo com *O Globo*, de 31 de maio de 1987, página 10, o brasileiro apoia a pena de morte e é contra a tortura. O instituto Gallup de Opinião Pública ouviu 1.349 pessoas, maiores de 18 anos, sendo 671 homens e 678 mulheres, 741 na grande São Paulo e 608 no grande Rio: 72% são a favor da instituição da pena de morte no Brasil.

Por sua vez, o *Jornal do Brasil*, no caderno B, Especial, de 31 de maio de 1987, página 4, revela que os pesquisadores do Ibope, ouvindo oitocentas pessoas, maiores de 18 anos, no grande Rio e grande São Paulo, concluíram que 57,6% são a favor da instituição da pena de morte no Brasil.

O brasileiro é a favor da pena de morte. A Assembleia Nacional Constituinte não poderá deixar de levar em conta essa reivindicação popular.²³¹

Também são recorrentes as justificativas que apontam a prisão perpétua ou a pena de morte como instrumentos de garantia dos direitos individuais — naturalmente, dos cidadãos de bem:

[...] A inclusão desses dois tópicos [roubo seguido de morte e infanticídio como passíveis de prisão perpétua] garante punição de crimes injustificáveis à vida humana e garantias individuais como os propostos no anteprojeto, porém com maior abrangência, visto que o nosso país apresenta elevado índice de ocorrências de crimes contra crianças.²³²

Por fim, destacam-se as propostas que se opõem à concepção do crime como um fato multicausal, de natureza socioeconômica, aproveitando-se de um argumento bastante repetido nos debates nos Estados Unidos naqueles anos, de que relacionar o crime com a pobreza é preconceituoso com os pobres trabalhadores. Claro que essa argumentação conduz à leitura de que o único responsável pelo crime é o criminoso, que, portanto, deve ser punido e incapacitado sem mais considerações:

Relacionar a pobreza com a criminalidade é um bom argumento dos abolicionistas e de parte da Igreja, que igualmente não aceita a pena de morte. Esta argumentação é cruel e injusta na medida em que coloca o pobre e o assassino estuprador, o miserável e o latrocida, o necessitado e o sequestrador como seres complementares e indissociáveis. No Brasil, embora existam 40 milhões de pobres absolutos, segundo as estatísticas; semente uma pequena fração de criminosos incorrigíveis faz parte deste Universo.

Será que assassinar uma criança que chorou no exato momento de um assalto ou de estuprar uma menina de aproximadamente 7 anos e depois matá-la enforcada tem alguma ligação com os pobres?, perguntam os não

²³⁰ Emenda nº I480, dep. Cunha Bueno (PDS/SP).

²³¹ Emenda nº I167, dep. Amaral Netto (PDS/RJ).

²³² Emenda nº IC023, dep. Maguito Vilela (PMDB/GO).

abolicionistas.

Será que o sequestro seguido de morte, crime que tem sua origem em outro estrato social, que não o dos pobres e miseráveis, também merece compaixão?²³³

(ii) A segunda categoria reúne as propostas que buscavam reduzir as possibilidades de alternativa ou saída antecipada da prisão, ou, em outras palavras, ampliar o papel da prisão no sistema de justiça criminal. Nesse contexto, a supracitada proposta de inciso VII no anteprojeto do relator na subcomissão foi bem recebida à esquerda e à direita do espectro político: a despeito de alguma reação de constituintes que buscavam zelar pela integridade dos pressupostos da nova legislação penal, a maioria das propostas girou em torno da inclusão, exclusão ou troca dos crimes que seriam constitucionalmente definidos como *perniciosos e horrendos* — insuscetíveis, assim, de fiança, anistia, substituição ou suspensão da pena, ou livramento condicional, ou prescrição.

Com efeito, os constituintes propuseram a inclusão de assalto à mão armada, crimes de mando, a produção e o tráfico de tóxicos, sequestro, estupro e corrupção na lista dos crimes mais graves.²³⁴ Algumas propostas envolviam a criação de novos incisos, contendo um ou mais agravos estabelecidos no inciso VII — definir, por exemplo, que os crimes contra a economia popular, contra a ecologia, contra a Administração Pública e de abuso ou desvio de poder seriam inafiançáveis e imprescritíveis.²³⁵ Outras acrescentavam ainda mais vedações ao inciso original, como a proibição de graça ou indulto.²³⁶

As justificativas para o aumento do rigor penal em cada caso compartilhavam, em regra, os argumentos adotados pelas propostas do grupo anterior. A única diferença era a solução sugerida: a ampliação da severidade da pena não se dava pela sua espécie, mas pela redução da *porta de saída*. O debate passou a ser a respeito da gravidade das condutas em si — se aquelas condutas justificariam uma punição tão grave quanto a prevista para a tortura e o tráfico de drogas: “A alta incidência do crime de estupro no país obriga a um tratamento mais rigoroso para seus autores. O bem ofendido por esse

²³³ Emenda nº I359, dep. Narciso Mendes (PDS/AC), que propôs a realização de um plebiscito para decidir sobre a implantação da pena de morte no país.

²³⁴ Emendas nº IC071, dep. Eliel Rodrigues (PMDB/PA); nº IC287, dep. José Mendonça Bezerra (PFL/PE); nº I305, dep. Lúcio Alcântara (PFL/CE); nº I337, dep. Michel Temer (PMDB/SP); nº I342, dep. Osvaldo Macedo (PMDB/PR); nº I448, dep. Antonio Carlos Konder Reis (PDS/SC).

²³⁵ Emenda nº I415, dep. Helio Costa (PMDB/MG).

²³⁶ Emenda nº I608, dep. Roberto Freire (PCB/PE), dep. Fernando Santana (PCB/BA) e dep. Augusto de Carvalho (PCB/DF).

delito merece proteção especialíssima, pois é a própria dignidade moral e física da pessoa humana”.²³⁷

Uma disputa ideológica que iria se estender para as outras fases do processo legislativo constituinte era a inclusão dos termos “tortura” e “terrorismo” no catálogo dos crimes mais graves da nova República. Essa disputa, que para Nilo Batista mostrava que os dois extremos do espectro político na ANC estavam “essencialmente unidos na crença de que a criminalização severa de uma conduta constitua um expediente eficaz para evitá-la” (BATISTA, 2003, p. 344), teve como uma de suas primeiras batalhas a emenda do deputado Sadie Hauache (PFL/AM), propondo a troca de um termo pelo outro na redação do inciso VII:

Ao acrescentar-se as ações terroristas, ainda que de cunho político ou ideológico, pretende-se não eximir de punibilidade todos aqueles que venham a praticar crimes sob a alegação de que os fins justificam os meios. É tão hediondo quanto a tortura os assaltos a bancos com fins políticos, os atentados a bomba e os homicídios e sequestros realizados por fanáticos de qualquer tipo.²³⁸

(iii) A terceira categoria reúne as propostas que procuravam reforçar pautas consideradas progressistas por meio da criminalização ou do reforço da pena de prisão. Entende-se como *pautas progressistas* aquelas que se apresentavam como oposição ao regime militar, ou buscavam reconhecer ou ampliar direitos de minorias ou grupos vulneráveis. A mais evidente é a já referida demanda pela punição da tortura, que esteve presente desde a proposta original do relator da Subcomissão I-C — algumas emendas propunham que a ela fosse reservada um inciso próprio, a fim de não diluir seu papel simbólico.²³⁹ Mas também houve propostas de criminalização dos atentados à liberdade de expressão, da servidão, da violação de sigilo de correspondência ou telecomunicações por funcionário público e da coação sexual em ambiente de trabalho.²⁴⁰

Outra emenda defendeu que a Constituição garantisse que os crimes sexuais estivessem sujeitos “a penas mais rigorosas aplicadas aos crimes violentos, contra a vida e a integridade física, não sendo admitida, sob nenhum pretexto, a sua capitulação penal

²³⁷ Emenda nº I342, dep. Osvaldo Macedo (PMDB/PR).

²³⁸ Emenda nº IC177, dep. Sadie Hauache (PFL/AM).

²³⁹ Emendas nº IC072, dep. José Maurício (PDT/RJ); nº IC126, dep. Vasco Alves (PMDB/ES); I001, dep. Irma Passoni (PT/SP); nº I015, dep. José Genoino (PT/SP).

²⁴⁰ Emendas nº IC003, dep. Lúcia Braga (PFL/PB); nº IC038 e IC043, dep. Jairo Carneiro (PFL/BA); nº I417, dep. Helio Costa (PMDB/MG).

como simples crimes contra os costumes”.²⁴¹ Uma das emendas populares pretendia estabelecer sanções civis e penais contra autoridades governamentais que não prestassem informações requeridas pela sociedade civil,²⁴² e assim pleiteou outra das emendas populares recebidas pela Comissão de Sistematização:

Atos que possibilitem, autorizem ou constituam invasão de terras das Nações Indígenas ou restrição a algum dos direitos a elas atribuídos, ou que atentem contra a integridade física ou cultural das Nações Indígenas e seus membros são crimes inafiançáveis.²⁴³

O inciso III do anteprojeto do relator da subcomissão também definia, como crime inafiançável qualquer tipo de discriminação:

Art. [...] São direitos e garantias individuais:
[...]

...

III — a igualdade perante a lei; será punida como crime inafiançável qualquer tipo de discriminação; ninguém será prejudicado em razão de raça, sexo, cor, estado civil, idade, trabalho rural ou urbano, credo religioso, orientação sexual, convicção política ou filosófica, deficiência física ou mental ou condição social.

Assim como ocorreu com os debates sobre o inciso VII, as propostas apresentadas sobre o inciso III giraram em torno de quais seriam as categorias sujeitas à proteção contra discriminação, e não sobre a conveniência de sua definição constitucional como crime inafiançável. Alguns parlamentares se insurgiram contra a inclusão do termo *orientação sexual*,²⁴⁴ e outros buscaram incluir novas hipóteses de discriminação, como *em razão de etnia*.²⁴⁵

Nesse grupo de propostas, as justificativas para a criminalização ou aumento do rigor da pena se fundamentavam decididamente no papel simbólico do direito penal para demonstrar o repúdio social contra determinadas condutas:

²⁴¹ Emenda nº I470, dep. Jorge Hage (PMDB/BA).

²⁴² Emenda nº PE056, subscrita por 35 mil eleitores e pelas entidades: Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado de Minas Gerais — FETAEMG; Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas no Estado de Minas Gerais — SINTEL; e Unibairros.

²⁴³ Emenda nº PE039, subscrita por 44.171 eleitores e pelas entidades: Conselho Indigenista Missionário (CIMI); Associação Nacional de Apoio ao Índio (ANAI/RS); Movimento de Justiça e Direitos Humanos e Operação Anchieta (OPAN).

²⁴⁴ Emendas nº IC017, dep. Nyder Barbosa (PMDB/ES); IC084, dep. Eliel Rodrigues (PMDB/PA).

²⁴⁵ Emenda nº I252, dep. Anna Maria Rattes (PMDB/RJ).

É direito fundamental do cidadão merecer a defesa e proteção de valores intangíveis, que não podem ser ameaçados, feridos pela intolerância, pelo abuso ou prepotência. É preciso consignar no texto constitucional, no capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, o que, na consciência coletiva, é uma exigência.²⁴⁶

Em alguns casos, fica evidente a premissa da utilidade do direito penal para garantir a proteção de determinadas garantias ou liberdades individuais ou coletivas: “apurar a responsabilidade do poder público e de punir como crime toda a violência que venha cercear a manifestação livre do pensamento”;²⁴⁷ “É constante o abuso e a coação sexual no trabalho. Devemos criar leis capazes de acabar com esta prática tão comum em nossa sociedade”;²⁴⁸ ou “É preciso preservar a integridade física do brasileiro, ainda mais, com relação aos Crimes Sexuais que, geralmente, são cometidos contra as mulheres”.²⁴⁹

O discurso da impunidade, em termos muito semelhantes com as propostas dos dois grupos anteriores, também foi repetido diversas vezes para justificar a severidade penal: “a medida proposta [...] visa a garantia de não deixar sem punição quem comete o crime de tortura, tornando-o inafiançável, imprescritível e insusceptível de anistia”.²⁵⁰

(iv) No quarto grupo de propostas, envolvendo assegurar ou ampliar o direito dos presos, há uma nítida influência dos textos da Reforma de 1984 e dos anteprojeto e documentos produzidos antes dos trabalhos da ANC. Como já referido, a individualização da pena estava presente no inciso XXXI do primeiro anteprojeto do relator da subcomissão I-C, assim como os parágrafos 19 e 20:

§ 19. O preso provisório ou condenado tem direito ao respeito à sua dignidade, à integridade física e mental, à assistência espiritual e jurídica, à sociabilidade, comunicação e ao trabalho produtivo e remunerado, na forma da lei. Será ministrada ao preso educação, a fim de reabilitá-lo para o convívio social.

§ 20. A lei regulará o direito da presa provisória ou condenada, que tenha filho lactente. É dever do Estado manter locais apropriados, nos estabelecimentos penais, para possibilitar a amamentação.

²⁴⁶ Emenda nº IC038, dep. Jairo Carneiro (PFL/BA).

²⁴⁷ Emenda nº IC003, dep. Lúcia Braga (PFL/PB).

²⁴⁸ Emenda nº I417, dep. Helio Costa (PMDB/MG).

²⁴⁹ Emenda nº I470, dep. Jorge Hage (PMDB/BA).

²⁵⁰ Emenda nº IC072, dep. José Maurício (PDT/RJ).

Algumas das emendas oferecidas buscavam ampliar o rol de direitos dos condenados à pena de prisão, constitucionalizando ainda mais os pressupostos da LEP e da Parte Geral do Código Penal: direito à educação, a cumprir a pena próximo da residência da família, voto do preso, remuneração pelo trabalho não inferior a um salário mínimo, direito a conversar reservadamente com seu advogado, remição da pena por hora trabalhada, separação de presos de acordo com o crime cometido e direito ao convívio social.²⁵¹ Uma das emendas populares apresentadas pleiteava a inclusão de artigos para garantir direitos aos presos, incluindo o de receber assistência religiosa, inspiradas diretamente pelo *Anteprojeto Afonso Arinos*.²⁵²

Interessante destacar a proposta que buscou ampliar a definição do princípio da individualização da pena, atribuindo-lhe a função ressocializadora pretendida para a pena criminal: “nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. A lei regulará a individualização da pena, que visará, precipuamente, à reeducação do apenado”.²⁵³ Afirma, na justificativa, o autor:

A individualização da pena se constitui em ponto básico para que possa o apenado vir a se ressocializar. Tendo esta fundamentalmente a função de recuperá-lo para o convívio social, é imperativo que a meta primeira da prisão seja a educação do homem, para que possa reintegrar-se à sociedade.

Foi também diante da ressocialização como objetivo da pena de prisão que se defendeu a remição pelo trabalho: “O trabalho remunerado e a redução de pena pelo trabalho realizado são estímulos que contribuem eficazmente para a reeducação e ressocialização do preso”.²⁵⁴ Além disso, o argumento de que a condenação criminal não retira do preso sua condição de sujeito de direito permeou a justificativa de algumas das emendas desse grupo:

Ao encarcerado devem ser garantidos todos os direitos da vida civil, inclusive o de voto, para que ele não venha perder, de forma completa, o

²⁵¹ Emendas nº IC110 e nº I523, dep. Maurício Nasser (PMDB/PR); nº IC117, nº IC124, IC125, IC127, dep. Vasco Alves (PMDB/ES); nº I064, dep. Siqueira Campos (PDC/GO); nº I447, dep. Antonio Carlos Konder Reis (PDS/SC); nº I485, dep. Cunha Bueno (PDS/SP); nº I523.

²⁵² Emenda nº PE016, subscrita pelas entidades Mitra Arquiepiscopal do Rio de Janeiro; Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro; Imperial Irmandade de Nossa Senhora da Glória do Outeiro. Como não obteve as 30 mil assinaturas de eleitores, a emenda não foi acolhida pela Comissão de Sistematização. Contudo, o deputado Roberto D’Ávila (PDT/RJ) subscreveu o texto, e, assim, ela tramitou regularmente nos termos do RIANC.

²⁵³ Emenda nº IC129, dep. Vasco Alves (PMDB/ES).

²⁵⁴ Emenda nº I064, dep. Siqueira Campos (PDC/GO).

vínculo com o tecido social, nem as condições de reintegração ao meio, que é a verdadeira função da pena.²⁵⁵

(v) Por fim, as propostas que reduziam o âmbito de criminalização ou penalização devem ser lidas no contexto da disputa política com os parlamentares que apresentaram as inúmeras propostas do primeiro grupo, reduzindo direitos ou ampliando penas. Uma das emendas populares, já citada, propunha a vedação irrestrita à pena de morte e à prisão perpétua, e essa também foi a proposta de algumas emendas parlamentares.²⁵⁶ Uma das propostas indicava expressamente a necessidade de se manter a suspensão da pena, livramento condicional e prescrição para todos os crimes: “são institutos penais consagrados que não podem ser derogados pelo texto constitucional. Até porque não é o rigor da pena, mas a certeza da punibilidade que previne o crime, e a execução da pena não pode prescindir desses institutos”.²⁵⁷

Além disso, a inclusão do tráfico de drogas como crime equiparado à tortura causou reação por parte de alguns parlamentares: uns, como já visto, recusaram a manutenção de ambos no mesmo inciso, para manter a integridade simbólica da reação aos excessos estatais. Outros defenderam que a questão das drogas não era especialmente grave a ponto de justificar o acréscimo punitivo,²⁵⁸ e houve uma proposta para descriminalizar o uso de drogas e o seu plantio para consumo pessoal.²⁵⁹

As justificativas que se contrapunham às propostas de pena de morte e prisão perpétua apontavam o barbarismo dessas medidas, e a tradição constitucional brasileira em vedar tais formas de execução penal:

Há mais de cinquenta anos aboliu-se da lei brasileira a pena perpétua. A Constituição de 1934 já prescrevia: “Art. 113 — Não haverá pena de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo...”
Desde então, as Constituições mantiveram o preceito. O texto adotado no anteprojeto, representaria, sob esse aspecto, lamentável retrocesso.²⁶⁰

Da organização e leitura das propostas apresentadas na Subcomissão I-C e na Comissão Temática I é possível identificar o florescimento de diversos indicadores do *antimodernismo penal* que iria dominar os debates parlamentares nos anos seguintes,

²⁵⁵ Emenda nº IC117, dep. Vasco Alves (PMDB/ES).

²⁵⁶ Emendas nº IC126, dep. Vasco Alves (PMDB/ES); nº IC276, dep. Antonio Mariz (PMDB/PB); nº IC333, dep. Roberto Freire (PCB/PE); nº I619, dep. Anna Maria Rattes (PMDB/RJ).

²⁵⁷ Emenda nº IC035, dep. Brandão Monteiro (PDT/RJ).

²⁵⁸ Emendas nº IC113, dep. Nyder Barbosa (PMDB/ES); nº IC169, dep. Haroldo Lima (PC do B/BA).

²⁵⁹ Emenda nº IC050, dep. José Genoino (PT/SP).

²⁶⁰ Emenda nº I514, dep. Antonio Mariz (PMDB/PB).

ainda que as posições mais extremadas tenham sido derrotadas ao longo do processo legislativo da ANC. Os sintomas mais óbvios dessa mudança discursiva são as amplas referências à pena incapacitante e à necessidade de aumentar o rigor para combater a impunidade; a nascente relação simbiótica entre parlamentares e imprensa na demanda por punições mais severas; o apelo ao medo do crime; e, não menos importante, a já destacada elaboração do discurso da responsabilidade individual pelo crime, destacando-o de seu contexto socioeconômico.

Ao mesmo tempo, percebe-se claramente que o recurso discursivo ao direito penal não se limitou aos políticos e às propostas conservadoras. A análise dos debates permite identificar fortes aspectos do que foi definido depois como *esquerda punitiva* (KARAM, 1996, p. 79; ANDRADE, 2006, p. 179; NASCIMENTO, 2008, p. 21; GAZOTO, 2010, p. 191), em que forças políticas mobilizadas para a luta por transformações sociais aderem ao mecanismo da justiça criminal, e da pena de prisão, em particular, a fim de proteger e reforçar suas pautas.

A combinação desses dois elementos constituiu um vetor político oposto à meta de reduzir o protagonismo da pena de prisão no sistema de justiça criminal no Brasil, eixo central das Reformas de 1984. A premissa de que alguns crimes, diante de sua gravidade, poderiam ser inafiançáveis, imprescritíveis e insuscetíveis de graça, anistia, indulto, substituição e suspensão da pena, ou livramento condicional consolidou-se a ponto de ter alcançado o texto final da Constituição de 1988 e se tornado, desde então, referência central nas demandas por criminalização e penalização no Congresso Nacional (PAIVA, 2009, p. 150).

Por outro lado, a defesa do modelo *modernista* da LEP e da Parte Geral do Código Penal se fez presente mesmo antes do início dos trabalhos da ANC, com sua incorporação em diversos anteprojetos e nos textos iniciais do relator na Subcomissão I-C. O princípio de que a pessoa presa é sujeito de direitos prevaleceu ao longo do processo legislativo e também foi objeto de inúmeros incisos no texto constitucional vigente. É razoável atribuir ao processo de discussão e sensibilização política desde a CPI do Sistema Carcerário até a aprovação das Reformas de 1984 a especial atenção dedicada pela constituinte à questão penitenciária, e também é de se questionar se tais direitos seriam reconhecidos e declarados de maneira tão unânime em uma ANC convocada nos dias atuais.

3.2.3. Os mandados constitucionais de penalização

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.112-DF pelo Supremo Tribunal Federal, o ministro Gilmar Mendes²⁶¹ afirmou em seu voto que a nova dimensão dos direitos fundamentais na ordem constitucional legitima a ideia de que o Estado, além de se obrigar a não violar os direitos individuais, também se responsabiliza por garantir e proteger seu exercício — evoluindo da posição de adversário para a de guardião de direitos.

No processo de construção das pautas na ANC, a atribuição ao Estado do papel de guardião de direitos fundamentais foi, em muitos casos, traduzido em normas que o obrigam a tutelá-los por meio de leis penais. O amplo catálogo de *mandados constitucionais de penalização* (FELDENS, 2005, p. 80) que se consolidou no texto constitucional representa mais do que o reconhecimento de direitos naquele momento histórico: representa, também, a confiança que se depositou no sistema de justiça criminal como instrumento de tutela e proteção de direitos, seja por seu efeito simbólico, seja pela crença na sua efetividade concreta.²⁶² Em qualquer caso, as demandas pela criminalização simbolizam o que Nilo Batista (2002, p. 271) definiu como *novo credo criminológico* — “que tem seu núcleo irradiador na própria ideia de pena: antes de mais nada, creem na pena como rito sagrado de resolução de conflitos”.

²⁶¹ Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3112. Rel. ministro Ricardo Lewandowski. Voto Min. Gilmar Mendes. Diário da Justiça (DJ), 26 out. 2007, p. 461.

²⁶² Sobre a obrigatoriedade de criminalização por determinação constitucional expressa, PASCHOAL (2003, p. 82) defende que a tomada da Constituição como limite do Direito Penal leva a considerar tais determinações como *possibilidade* e não como *obrigação de tipificação*, pois depende da efetiva necessidade e utilidade da tutela penal a ser verificada pelo legislador ordinário. Em sentido contrário, Luciano FELDENS (2012, pp. 87 e ss.) situa os *mandados de penalização* no contexto do regime contemporâneo de proteção dos direitos fundamentais. Com apoio na jurisprudência constitucional alemã e espanhola, o autor defende que a dogmática constitucional reconheceu a função de imperativos de tutela dos direitos fundamentais, e que o dever de proteção desses direitos pode ser direcionado para a órbita jurídico-penal pelo texto constitucional. Ainda que se reconheça a imperatividade do comando penalizador, ela não parece suficiente para fundamentar a opção do legislador constitucional em favor do direito penal como instrumento efetivo de proteção dos direitos fundamentais — afinal, como lembra DIAS NETO (2005, p. 75), “a problematização de uma conduta ou situação nas esferas públicas e a sua posterior inclusão na órbita do Direito Penal constitui fato de natureza política”. Em outras palavras, da premissa de que a Constituição *pode* exigir a proteção penal de bens jurídicos não se extrai a conclusão de que tal penalização é *necessária*, ou mesmo *útil*, para a fruição desses bens, em especial nos casos em que exercida por meio de penas de prisão, aflictivas e severas. A mera referência à *proibição de proteção deficiente* pressupõe que o direito penal é, em si, um instrumento *eficiente* de proteção objetivamente considerado, o que apenas nos conduz de volta aos percalços teóricos e empíricos já mencionados a respeito das teorias da pena. No limite, dado o caráter criminógeno da pena de prisão, o mandato constitucional de penalização poderia ser considerado atentatório ao próprio bem jurídico que se buscou proteger.

A lista de dispositivos constitucionais que instam, ou obrigam, o legislador ordinário a criminalizar determinadas condutas é longa. Excluindo-se aqueles que se limitam a determinar a punição das violações, sem se comprometer necessariamente com o uso da lei penal — como, por exemplo, o art. 5º, inciso XLI (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”) — temos na Constituição Federal a obrigação de criminalizar o racismo (art. 5º, inciso XLII); a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo (art. 5º, XLIII); a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV); a retenção dolosa do salário (art. 7º, X); a cobrança de juros acima de 12% ao ano (art. 192, § 3º)²⁶³ e as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente (art. 225, § 3º). Por fim, o art. 227, § 4º, embora não obrigue expressamente à criminalização, determina que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

A luta pela criminalização do racismo ao longo da história recente do país é bem documentada. Silva, Machado e Melo (2010, p. 105) descrevem a trajetória das demandas públicas por uma legislação penal antirracismo, que mobilizou diversos grupos e entidades que, já na década de 1940, defendiam incluir a discriminação racial na Constituição como crime de lesa-pátria. A Lei Afonso Arinos, que definiu a “recusa, negação de atendimento ou acesso de pessoas a estabelecimentos públicos ou privados, por preconceito de cor ou raça” como contravenção penal, foi questionada pelo seu excesso descritivo — tornando-a inaplicável na maioria dos casos — e pela “pequena gravidade do tratamento jurídico configurado pela lei” (2010, p. 106). Os autores relatam, ainda, a mobilização do movimento negro no período que antecedeu a ANC, que culminou na demanda pela definição do racismo como crime inafiançável e imprescritível — que acabou efetivamente sendo acolhida (2010, p. 107).²⁶⁴

A discussão sobre os incisos XLII e XLIII também são relativamente bem conhecidas, sobretudo por terem dado origem à classificação jurídica de *crimes hediondos* e por representarem claramente um impasse ideológico entre esquerda e

²⁶³ Esse dispositivo foi revogado pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003.

²⁶⁴ FLAUSINA (2008, pp. 90-1), cuja obra analisa o racismo estruturante no exercício do poder penal brasileiro, aponta o paradoxo do apelo ao direito penal como pressuposto da legitimidade das demandas do movimento negro no domínio público. Para um interessante relato de experiência não penal bem-sucedida de combate à discriminação racial pela Defensoria Pública de São Paulo no âmbito da Comissão Processante Especial, criada pela Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo, ver RADOMYSLER (2013). Por fim, MACHADO; NERIS; FERREIRA (2015) apresentou o resultado de pesquisa que analisou decisões judiciais sobre racismo e injúria racial em oito tribunais brasileiros, em que expõem os problemas práticos da juridificação do conflito racial diante dos limites inerentes ao sistema de justiça.

direita, em que a criminalização *ampla, geral e irrestrita* foi a solução encontrada para compor as demandas simbólicas de ambos os polos contra a tortura (*pela esquerda*), o terrorismo (*pela direita*) e a ação política de grupos armados (*de ambos os lados*).²⁶⁵ Da mesma forma, a criminalização de condutas lesivas ao meio ambiente foi bastante estudada, acima de tudo diante da inovação consistente no estabelecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica.²⁶⁶

Assim, reputa-se interessante buscar a origem das demandas, na ANC, que resultaram nos dispositivos criminalizantes nos artigos 7º, X, e 192, § 3º, bem como a peculiar linguagem punitiva, ainda que não necessariamente criminalizante, do artigo 227, § 4º, para verificar de que forma o direito penal e a pena de prisão foram revalorizados como forma de resolução de problemas sociais ou como mecanismo de comunicação da importância da pauta política.

Retenção dolosa de salário (art. 7º, X, CF). O tema dos direitos dos trabalhadores foi tratado pela Comissão de Ordem Social (Comissão Temática VII) e, antes, pela Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e dos Servidores Públicos (Subcomissão VII-A). O anteprojeto inicial declarava inúmeros direitos, mas não mencionava a necessidade de criminalização de eventuais violações.²⁶⁷ As emendas ao anteprojeto, no entanto, já traziam desde logo a proposta de criminalizar a apropriação, pelo empregador, de qualquer forma de remuneração devida por trabalho realizado,²⁶⁸ ou, de maneira mais drástica, qualquer violação aos direitos dos trabalhadores.²⁶⁹

A proposta de criminalização da retenção salarial foi acolhida pela Subcomissão VII-A, e o projeto foi encaminhado para a Comissão Temática VII. Na reunião dos três anteprojeto das subcomissões, as demandas por criminalizar violações aos direitos sociais foi definitivamente incorporada: decidiu-se pela inclusão de artigo que determinava a “punição como crime inafiançável qualquer discriminação atentatória aos

²⁶⁵ Sobre o debate a respeito da inclusão do termo *crimes hediondos* no inciso XLII do artigo 5º da CF, ver BATISTA (2003, p. 344), FRANCO (2011, p. 134) e PAIVA (2009, p. 80).

²⁶⁶ Sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica, ver SHECAIRA (2010). Sobre a problemática da tutela penal do meio ambiente, ver COSTA (2010).

²⁶⁷ DANC, 22 jul. 1987, Suplemento 101, p. 111.

²⁶⁸ Emenda nº VIIA011, dep. Domingos Leonelli (PMDB/BA), sem justificativa.

²⁶⁹ Emenda nº VIIA447, dep. Vivaldo Barbosa (PDT/RJ), que justificou a proposta de criminalização “para garantir o respeito a todos os direitos dos trabalhadores”.

direitos humanos” estabelecidos na Constituição,²⁷⁰ a criminalização das “práticas e condutas deletérias ao meio ambiente, bem como a omissão e desídia das autoridades competentes para sua proteção”,²⁷¹ e acolheu-se a proposta aprovada na Subcomissão VII-A:

Art. 4º. A lei protegerá o salário e punirá como crime a retenção definitiva ou temporária de qualquer forma de remuneração de trabalho já realizado.

Embora a emenda original da subcomissão não tenha justificativa, o relator da Comissão Temática VII opinou pela rejeição de outra proposta — que previa que a lei poderia especificar hipóteses de retenção de salário²⁷² pelas seguintes razões: “Estabelecemos como crime a retenção definitiva ou temporária do salário por entendermos que tal medida evitará que o empregador use aquele dinheiro devido ao trabalho realizado para outros fins”.²⁷³ Após o substitutivo do relator da comissão, novas emendas foram apresentadas para “aperfeiçoar” a redação — isto é, criar hipóteses ou brechas para a retenção de salários.²⁷⁴ Em novo parecer, o relator opinou pela manutenção da redação original:

Explicitar a punição como crime para retenção definitiva ou temporária de trabalho já realizado parece-nos a forma mais eficaz de evitar essa prática. A punição administrativa ou econômica não alcançaria esse objetivo. A consequência imediata [da aprovação da emenda] será a prorrogação permanente dos débitos para com os trabalhadores em situação de dificuldades da empresa.²⁷⁵

A proposta original, com redação levemente alterada, foi incorporada pela Comissão de Sistematização (CS) encarregada de consolidar todos os documentos para elaborar o primeiro Anteprojeto de Constituição — apresentado em 19 de junho de 1987 (OLIVEIRA, 1993, p. 12). Após longo período de discussão, a CS aprovou e enviou ao Plenário o *Projeto A*, que encerrou a primeira fase de deliberações das comissões e subcomissões.

²⁷⁰ Art. 65 do Substitutivo do relator da Comissão Temática VII. DANC, 1 jul. 1987, Suplemento 86, p. 91.

²⁷¹ *Id.*, art. 98.

²⁷² Emenda nº VII576, dep. Cunha Bueno (PDS/SP).

²⁷³ DANC, 2 jul. 1987, Suplemento 97, p. 119.

²⁷⁴ Emenda nº VII739, dep. Roberto Balestra (PDC/GO), que pretendia incluir o termo “sem justificativa legal” após o texto aprovado na subcomissão.

²⁷⁵ DANC, 2 jul. 1987, Suplemento 97, p. 119.

No Plenário, a proposta de criminalização da retenção de salários não foi questionada, e foi sucessivamente acolhida pelos substitutivos seguintes até ser definitivamente aprovada na redação final da Constituição Federal.

Usura (art. 192, § 3º, CF). No início dos trabalhos da Subcomissão do Sistema Financeiro (Subcomissão V-C), o anteprojeto do relator não trazia referência ao tema da usura, mas definia que as taxas de juros reais não poderiam ser superiores a 12% ao ano.²⁷⁶ Logo foram apresentadas emendas para punir a usura “em todas as suas modalidades”,²⁷⁷ para defini-la como crime de abuso do poder econômico,²⁷⁸ ou para tipificar como crime de usura a prática de juros reais que ultrapassem o limite constitucional.²⁷⁹ As justificativas ressaltavam que a especulação financeira havia atingido limites insuportáveis e que o mercado financeiro não poderia ser deixado sem controles capazes de evitar o abuso do poder econômico, tornando necessária a adoção de medidas punitivas. Ao final, diante das manifestações contrárias,²⁸⁰ a Subcomissão decidiu retirar a definição das taxas de juros e as referências à punição da usura do texto encaminhado à Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças (Comissão Temática V).

Na Comissão, novas emendas foram apresentadas buscando regular a taxa de juros²⁸¹ e criminalizar a usura,²⁸² mas manteve-se o entendimento da subcomissão pela inviabilidade de se regular o tema na Constituição. O mesmo se repetiu na Comissão de Sistematização — apesar da reapresentação das emendas,²⁸³ o *Projeto A* não incluiu nenhum dispositivo nesse sentido. Contudo, as mesmas propostas foram reapresentadas em Plenário. A emenda de autoria do deputado Fernando Gasparian (PMDB/SP), que

²⁷⁶ Anteprojeto do relator da Subcomissão V-C, art. 2, parágrafo 2º. DANC, 20 jun. 1987, Suplemento 81, p. 144.

²⁷⁷ Emendas nº VA060 e VC026, dep. Evaldo Gonçalves (PFL/PB); nº VC075, dep. Basílio Villani (PMDB/PR); VC133, dep. Mauro Campos (PMDB/MG).

²⁷⁸ Emenda nº VC036, dep. Nilson Gibson (PMDB/PE).

²⁷⁹ Emenda nº VC128, dep. Luís Roberto Ponte (PMDB/RS).

²⁸⁰ Alguns parlamentares se opuseram à medida, salientando que os juros internacionais haviam atingido 15% em anos anteriores e que a taxa de juros não é matéria a ser definida em um texto constitucional (Emenda nº VC050, dep. Simão Sessim, PFL/RJ), e, em audiência pública, o economista Osny Duarte Pereira classificou a proposta de criminalização como “medida demagógica para enganar a ingenuidade pública” (DANC, 22 ago. 1987, Suplemento 132, p. 375).

²⁸¹ Emendas nº V112, dep. Fernando Gasparian (PMDB/SP); nº V230, dep. Darcy Deitos (PMDB/PR).

²⁸² Emenda nº V402, dep. Fernando Gasparian (PMDB/SP).

²⁸³ Emenda nº CS1953, dep. Nilson Gibson (PMDB/PE); Emendas nº 1P1839, dep. Nilson Gibson (PMDB/PE); nº 1P12439, dep. Agassiz Almeida (PMDB/PB); nº 1P13871, sen. José Ignácio Ferreira (PMDB/ES).

havia sido apresentada em todas as fases do processo constituinte até então, tinha o objetivo de estabelecer a taxa de juros real em 12% ao ano e definir como usura a cobrança acima desse limite,²⁸⁴ sob a seguinte justificativa:

Na crise econômica que nosso país vive hoje, nada há de mais dramático do que a desarticulação do sistema financeiro pela prática desassissada dos juros extorsivos. A rede bancária não está apenas premiando-se contra a inflação. Ela, ao mesmo tempo que a inflação vai quebrando o valor da moeda, procura auferir rendimento superior àquele que seria justo e retributivo do capital.

O parque produtor do país não suporta mais que tal procedimento se estenda no tempo. É preciso limitar os juros reais do setor bancário. Toda a comunidade está a exigir o controle pelo Estado do custo financeiro. Exige, também, que a atividade bancária seja considerada (pois assim é no capitalismo moderno) como função social que interessa a toda a comunidade e ao desenvolvimento do país.

As taxas reais de juros em nosso país são as maiores do mundo, constituindo-se em fator impeditivo do processo de desenvolvimento econômico brasileiro [...]. Tem-se arguido que o texto constitucional não é próprio para dizer sobre a limitação da taxa de juro real. Que a matéria deveria ser deixada à legislação ordinária. Tal argumentação não procede. A Constituição é um texto que visa ao tempo de hoje e ao tempo de amanhã. O que se deve levar em conta, no momento de sua elaboração, não é tão somente uma visão prospectiva, isto é, *o que deve vir a ser*. Mas, também, *aquilo que deve ser feito hoje e já*.

Eliminar a usura; pôr freio ao uso das disponibilidades do dinheiro com lucros extraordinários; possibilitar a circulação da riqueza para gerar riqueza em benefício de toda a comunidade é regra da mais alta hierarquia e da maior urgência. A via idônea para mandamento com tal propósito é, mesmo, o texto constitucional [...].

Que a regra proposta, uma vez adotada, sirva, de modo definitivo, agora e para os tempos futuros, a normalizar o funcionamento de nosso sistema financeiro e tornar o mercado de crédito bancário sintonizado com sua função social de apoio à economia do país (grifo no original).

Não obstante o parecer contrário do relator, a emenda foi aprovada e a redação proposta foi acolhida pelo *Projeto B*²⁸⁵ — que consolidava as emendas aprovadas em Plenário ao *Projeto A*:

Art. 197. [...]

§ 3º. As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano, sendo a cobrança acima deste limite considerada crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos da lei.

Com isso, a Constituição Federal definiu a taxa de juros real máxima a ser praticada no país, e criou a obrigação legal de punir sua violação por meio da lei penal.

²⁸⁴ Emenda nº 2P1490, dep. Fernando Gasparian (PMDB/SP).

²⁸⁵ *Projeto B*, que concluiu o 1º turno e iniciou o 2º turno de deliberações do Plenário. DANC, 5 jul. 1988.

A realidade econômica do país nos anos que se seguiram à aprovação do texto constitucional,²⁸⁶ o entendimento do Supremo Tribunal Federal que vinculou a aplicabilidade do dispositivo à sua regulamentação por lei complementar,²⁸⁷ nunca editada, e a posterior revogação do dispositivo por meio da Emenda Constitucional nº 40/2003, demonstraram, independentemente da justiça ou conveniência econômica do objetivo perseguido, a ineficácia do sistema de justiça criminal para alcançá-lo.

Severidade na punição ao abuso, violência e exploração sexual de crianças e adolescentes (art. 227, § 4º, CF). O anteprojeto inicial apresentado pelo relator da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso (Subcomissão VIII-C) é bem sintético e principiológico.²⁸⁸ Um dos seis artigos é dedicado aos direitos da criança, e se limita a garantir a proteção da criança, no *caput* e no § 2º, sem fazer referência a punição de eventuais violações:

Art. 4º. A criança tem direito à proteção do Estado e da Sociedade, nos termos da Declaração Universal dos Direitos da Criança.

§ 1º. O direito à saúde e à alimentação é assegurado desde a concepção, devendo o Estado prestar assistência àqueles cujos pais não tenham condições de fazê-lo:

§ 2º. O direito à educação é assegurado desde o nascimento, devendo o Estado garantir gratuitamente, às famílias que necessitam, a educação e a assistência às crianças de até seis anos, em instituições especializadas;

§ 3º. Às crianças e adolescentes em situação irregular, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal dos pais, é assegurada a assistência do Estado, que os protegerá contra todos os tipos de discriminação, opressão ou exploração. Somente é permitido o regime de confinamento nos casos de infração prevista na legislação própria.

§ 4º. O trabalho do menor será regulado em legislação especial, não sendo permitido o ingresso de menores de 14 (catorze) anos no mercado de trabalho. A estes, quando carentes, será assegurada pelo sistema educacional a alimentação e o preparo para o trabalho.

²⁸⁶ O consultor-geral da República do governo Sarney, Saulo Ramos, afirmou que a tese sobre a necessidade de lei complementar para regulamentar o art. 192, § 3º, foi desenvolvida por ele em parecer que vinculou a administração pública e, portanto, o Banco Central. In: *Folha de S.Paulo*, São Paulo, Caderno Especial, 3 out. 1998. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/fj03109810.htm>>. Acesso em: 13 dez. 2014. Sobre o conflito entre a racionalidade jurídica e a econômica na discussão sobre a aplicabilidade do dispositivo constitucional contra a usura, ver VEIGA DA ROCHA (2006, p. 91).

²⁸⁷ A Súmula nº 648 do STF consolidou o entendimento de que “A norma do § 3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar”.

²⁸⁸ Anteprojeto do relator da Subcomissão VIII-C. DANC, 18 jul. 1987, Suplemento 97, p. 249.

Foram apresentadas 185 emendas na Subcomissão VIII-C. Além das propostas surgidas no contexto do debate sobre o aborto,²⁸⁹ a única referência à punição de violações dos direitos da criança é encontrada em emenda de autoria do deputado Roberto Freire (PCB/PE), que sugeriu a inclusão de artigo que determinasse que “quaisquer atos que envolvam agressões físicas e psicológicas na constância das relações familiares serão considerados como crimes e punidos na forma da lei”. Para o autor, os inúmeros relatos sobre violência doméstica na imprensa demonstram a necessidade da inclusão do dispositivo, “enquadrando tais agressões como crime e a lei disciplinará sobre as formas de punição”.²⁹⁰

A proposta não foi acolhida pela Subcomissão VIII-C, mas, ao ser apreciada pela Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação (Comissão Temática VIII), propostas semelhantes foram apresentadas. Uma delas propôs a punição civil e penal do abandono material ou intelectual do menor: após dizer que o abandono de menores é uma fábrica de marginais e um câncer social, o parlamentar justificou que, “a fim de promover um desenvolvimento à solução deste problema, precisamos estabelecer instrumentos legais, eficientes no combate à sua principal causa: a irresponsabilidade dos pais ou tutores”.²⁹¹

A primeira emenda que incorporou a linguagem de *severidade* na punição de violações do direito da criança e do adolescente foi apresentada pelo deputado Octávio Elísio (PMDB/MG), cuja proposta, além de assegurar a proteção do Estado, garantir ampla defesa e vedar a internação fora do município de residência do menor, previa a inclusão de parágrafo adicional ao anteprojeto da subcomissão: “A lei determinará severa punição aos crimes de violência, abuso e exploração de crianças e adolescentes”. Na justificativa, afirmou:

É toda a política de atendimento à criança e ao adolescente vulneráveis que deverá ser reformulada por imposição desses dispositivos constitucionais, assim como o Código do Menor. A deportação, o internamento, a violência cruel institucionalizada no chamado “ciclo perverso” do atendimento ao menor infrator só têm gerado a desumanização de milhares de crianças e adolescentes, e a sua “formação” na carreira do crime. Urge dar um fim a esse estado de coisas, que coloca o Brasil num dos mais vergonhosos lugares mundiais quanto ao abandono da infância e da adolescência.

²⁸⁹ Emenda VIIIIC080, dep. Nilson Gibson (PMDB/PE), que sugere a punição de “práticas abortivas”.

²⁹⁰ Emenda VIIIIC168, dep. Roberto Freire (PCB/PE).

²⁹¹ Emenda VIIIIO48, dep. Francisco Carneiro (PMDB/DF). Proposta similar consta da Emenda nº VIIIIO74, dep. Rita Camata (PMDB/ES).

O termo “*severamente*” surge mais uma vez em emenda apresentada pelas deputadas Rita Camata (PMDB/ES) e Eunice Michiles (PFL/AM), não no artigo referente à proteção da criança e do adolescente, mas no dispositivo seguinte, que trata das regras de adoção:

Art. O processo de adoção será regulado em lei especial resguardando-se os direitos inerentes à cidadania e à integridade física e mental da criança ou adolescente adotado, bem como a igualdade de direitos com os filhos não adotivos.

§ 1º A adoção por estrangeiro só é permitida nos casos e condições previstas em lei.

§ 2º **A lei punirá severamente** qualquer forma de comercialização de menores.

§ 3º Pais e filhos adotivos terão assistência integral do sistema previdenciário. (grifo nosso)

A justificativa da emenda, que foi repetida *ipsis litteris* por outro parlamentar,²⁹² não traz nenhuma nota a respeito do apelo à severidade da lei para combater o problema da comercialização de menores — que não havia surgido até então nos anteprojetos:

A redação dada no anteprojeto, incluindo-se incentivos fiscais e subsídios para a adoção, parece apresentá-la como uma solução para os problemas sociais das crianças e adolescentes carentes do País.

Na verdade, a adoção é uma dimensão individual e não social; hoje o número de pais desejando adotar crianças é superior ao número de menores em condição jurídica de abandono. Tornar tal processo mais rápido e menos burocrático é dever do Estado e resolve o atual impasse. Substituir isto por incentivos financeiros ou fiscais, significaria um desvio do cerne da questão da marginalização de famílias que não desejam abandonar seus filhos e às quais a sociedade reserva a falta de condições.

A própria diferença hoje existente entre adoção simples e adoção plena contraria os princípios do instituto da adoção e deve ser abolida na lei que regular o dispositivo constitucional que está sendo apresentado. A adoção será única e plena, dando à criança a condição de filho sem diferenciação em relação a outros filhos.

A Comissão VIII foi a única das Comissões Temáticas que não conseguiu concluir seus trabalhos; os anteprojetos e emendas foram encaminhados diretamente ao relator da Comissão de Sistematização (CS), que se encarregou de produzir a proposta para o Título correspondente. O primeiro Anteprojeto de Constituição previa, no parágrafo 2º do art. 424, que “as agressões físicas e psicológicas, na constância das relações familiares, serão punidas na forma da lei penal, através de ação pública ou

²⁹² Emenda nº VIII825, dep. Flávio Palmier da Veiga (PMDB/RJ).

privada”.²⁹³ Já o texto aprovado em novembro pela CS — o *Projeto A* — mencionou, em seu preâmbulo, que a “grandeza da Pátria está [...] na proteção especial à criança e ao adolescente”,²⁹⁴ mas retirou do respectivo capítulo todas as referências a punição ou criminalização, limitando-se a afirmar:

Art. 264. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

[...]

IV — proteção contra abuso, violência e exploração sexuais;

Após a leitura do *Projeto A* e do início dos trabalhos conjuntos da ANC, a maioria das emendas sobre o assunto apresentadas individualmente em Plenário tratavam do direito da criança à saúde desde a concepção, dever de reconhecimento de filhos e direito à creche.²⁹⁵ Mas o bloco suprapartidário autodenominado *Centrão*²⁹⁶ apresentou emenda substitutiva para dar nova redação a todo o Título VIII do Projeto, que tratava da Ordem Social. Nele, o artigo 264, renumerado, passou a apresentar a seguinte redação:

Art. 259. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, desde a concepção, à saúde e à promoção e desenvolvimento de sua personalidade.

[...]

²⁹³ Primeiro anteprojeto do relator da Comissão de Sistematização. DANC, 5 ago. 1987, Suplemento 115, p. 226.

²⁹⁴ *Projeto A*, documento inicial do 1º turno dos debates em Plenário. DANC, 24 nov. 1987.

²⁹⁵ Emendas de Plenário nº 322, 578, 625, 1085 e 1.724.

²⁹⁶ O Centrão era formado pelo PDS, PFL, PL, PDC, PTB e por parte do PMDB, consolidando um bloco mais conservador na ANC. Sua criação informal se deu no momento de um impasse quanto à fórmula de votações, pouco antes do início das votações em Plenário, especialmente depois da aprovação do mandato de quatro anos para o presidente José Sarney na Comissão de Sistematização (CS). O RIANC original dava muito peso para o projeto da CS — não era possível apresentar novas emendas, e era necessário reunir 280 votos no Plenário para derrubar uma proposta do “Projeto A”. Após a “revolta” do Centrão, aprovou-se emenda regimental que permitiu ao Plenário apresentar novas emendas e que os textos que reunissem maioria de votos teriam a preferência no momento da votação — o que veio a acontecer em diversas matérias, incluindo-se a extensão do mandato presidencial do presidente Sarney para cinco anos. O grupo informal manteve-se relativamente homogêneo durante as votações em Plenário, representando, na prática, uma reação conservadora à ala progressista — agora minoritária — da ANC, composta pelo PCB, PC do B, PDT, PSB, PT, PSDB (a partir de junho de 1988) e a outra parte do PMDB. Sobre a formação do Centrão e o papel da reunião de forças em torno do presidencialismo e do mandato do presidente José Sarney, ver FREITAS; MOURA; MEDEIROS (2009) e PILATTI (2008, p. 196).

§ 5º A lei punirá, severamente, o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Na verdade, a emenda teve o objetivo de retirar do projeto aprovado na Comissão de Sistematização boa parte dos compromissos previdenciários que constavam do Título VIII, como a aposentadoria com salário integral, a gratuidade do ensino público e a obrigatoriedade de oferta de creches e pré-escolas para crianças de 0 a 6 anos. A justificativa não traz nenhuma referência sobre a introdução da demanda por punição severa em caso de abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente, para além da declaração de proteção que já constava do *Projeto A*:

Os capítulos contidos neste Título referem-se a matérias de extremo relevo para a sociedade brasileira e os rumos do país.

Do seu tratamento adequado pode resultar a diferença entre as perspectivas de transformarmos o Brasil em nação moderna, apta a entrar no próximo milênio em condições de atingir, seus objetivos, ou de tornar ainda mais distante a possibilidade de aproximá-lo, econômica e socialmente, dos países mais desenvolvidos e adiantados.

Para tanto, tudo aquilo que se refira a Seguridade Social, Previdência e Assistência Social, Educação, Cultura e Desporto, Ciência e Tecnologia, Comunicação, Meio Ambiente, Família, Criança, Adolescente, Idoso e Índios há de ser tratado com realismo e bom senso.

Deve ser descartado o Estado provedor. Não pode o sistema de seguridade social tornar-se sorvedouro de recursos, que não são infindáveis, do tesouro e do contribuinte. A sua universalização deve ser procedida com sobriedade, a despeito dos justificados anseios gerais por um melhor atendimento, extensivo a todos.

Embora reconhecendo a responsabilidade precípua do Estado no campo da Saúde e da Educação, não há por que desconhecer a importância da colaboração da iniciativa dos particulares nestes setores.

O necessário desenvolvimento tecnológico e científico nacional não poderá ser feito como se algum país, numa economia mundial cada vez mais integrada e interdependente, pudesse bastar-se a si próprio.

É preciso conciliar a proteção e a defesa do meio ambiente com o nosso desenvolvimento econômico. Ambos os objetivos não devem ser tratados como se fossem excludentes entre si.

Todo este Título, enfim, versando sobre a ordem social, não pode esquecer que dependerá da adequada consideração das questões econômicas, a viabilização dos objetivos por ela traçados.

Assim, ainda que a proposta não tenha resultado na criação de um mandato constitucional expresso de criminalização, a peculiaridade do apelo à *severidade* da punição, que não se repete em outro dispositivo do texto final, decididamente inspirou o legislador ordinário no processo de aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, com diversos dispositivos criminalizantes.

Os três casos aqui analisados permitem identificar a revalorização do direito penal e da pena criminal como instrumentos adequados e eficazes para solucionar

problemas sociais ou para simbolizar o alto grau de importância que a ANC atribuiu a determinadas pautas políticas, por seus representantes e diante dos trabalhos de conscientização e pressão dos grupos sociais naquele período.

No primeiro caso, a retenção salarial foi identificada como um grave problema social pelo grupo político que representava o interesse dos trabalhadores, particularmente influente naquele contexto sociopolítico. A declaração do dever estatal de proteção ao salário, como constava das propostas iniciais, não foi reputada suficiente; da mesma forma, a alternativa civil ou administrativa foi expressamente recusada pelo relator da Comissão Temática VII em prol do acolhimento da solução penal.

No segundo caso, o problema social percebido foi de natureza econômica: o abuso do poder econômico dos grandes operadores do sistema financeiro nacional, que praticavam juros extorsivos e limitavam a capacidade de desenvolvimento do país. Os argumentos sobre a impossibilidade de regular a taxa real de juros, ou de sua inoportuna definição no texto constitucional, foram capazes de manter a proposta de criminalização da usura ao largo dos projetos em discussão até os debates em Plenário, quando prevaleceu o apelo à necessidade de regulamentação do grande capital. Contudo, em nenhum momento se questionou a utilidade ou a pertinência do uso da lei penal para fazer valer os objetivos de “tornar o mercado de crédito bancário sintonizado com a função social de apoio à economia do país”.²⁹⁷

No terceiro caso, como justificar a inclusão do novo parágrafo destinado a punir severamente a violação de direitos da criança e do adolescente no contexto de uma emenda apresentada pelo Centrão que tinha o objetivo de reduzir, deliberada e expressamente, o *Estado previdenciário* desenhado pela Comissão de Sistematização? Uma das explicações possíveis é a de que uma das signatárias das emendas individuais supracitadas, deputada Eunice Michiles (PFL/AM), também subscreveu a proposta do Centrão. Contudo, outra hipótese explicativa é a de que, sob uma perspectiva mais ampla, o processo legislativo em torno dessa proposta condensa, em si, o grande cenário de substituição dos mecanismos de proteção social pelo braço penal da autoridade do Estado — elemento central da transição para o *antimodernismo*, como descrito no capítulo 1.

²⁹⁷ Justificativa da Emenda nº 2P1490, dep. Fernando Gasparian (PMDB/SP).

Em síntese, os debates constitucionais são capazes de demonstrar que houve, durante a ANC, adesão maciça à crença de que o direito penal é capaz de resolver, ou, para os mais cínicos, aparentar ser a solução para problemas sociais complexos. Seja porque a demanda por criminalização constitucional se esgotava em seu próprio efeito simbólico, seja pela esperança genuína de que o aparato jurídico-penal teria condições de tutelar os direitos mais relevantes da sociedade, a ANC representou a valorização do sistema punitivo e da linguagem da pena *severa* como instrumento de comunicação.²⁹⁸

3.3. Como explicar a virada punitiva brasileira?

Diante do cenário aqui apresentado, percebe-se que a ANC representou um processo altamente contraditório em relação ao que a sociedade brasileira pensava e demandava do sistema de justiça criminal, e, mais especificamente, da pena de prisão. Tal contradição se refletiu no texto final da Constituição, como visto: o artigo 5º, com inúmeras garantias dirigidas ao preso,²⁹⁹ também define que alguns crimes são inafiançáveis, imprescritíveis, e insuscetíveis de graça ou anistia.³⁰⁰ E ainda que seja possível não ver contradição entre pretender aumentar o rigor penal e, ao mesmo tempo, garantir a humanidade das prisões, é certo que o discurso que permeou todo o debate sobre a pena de prisão antes da ANC — e que foi retratado no capítulo 2 — reconhecia que a prisão só seria humana se aplicada como última alternativa. Diante desse quadro, é possível afirmar que a ANC e o texto final da Constituição Federal de 1988 representaram um ponto de inflexão na hegemonia do pensamento penalógico que se iniciou nos anos 1970 e culminou nas Reformas de 1984.

²⁹⁸ FLAUSINA (2008, p. 93) salienta que o recurso à força simbólica do direito penal no caso do racismo se apresenta “com os sinais trocados”, representar uma blindagem institucional a indicar que o racismo, a partir de então, é uma atitude isolada e particular e, assim, “solapar as demais garantias inscritas no texto legal em searas com potencial transformador efetivo”.

²⁹⁹ Incisos XLV (nenhuma pena passará da pessoa do condenado); XLVI (individualização da pena); XLVII (vedação de pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento e de penas cruéis); XLVIII (separação de presos); XLIX (garantia de integridade física e moral); L (permanência dos filhos com as mães presidiárias para fins de amamentação); LXXV (indenização a quem ficar preso além do tempo fixado na sentença).

³⁰⁰ Incisos XLII (racismo); XLIII (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como crimes hediondos); XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático).

Sob a perspectiva das ferramentas teóricas apresentadas no capítulo 1, a ANC também representa a contradição entre o modelo de Estado democrático que se construiu e o Estado penal correspondente. A construção do modelo de solidariedade social, que se consubstanciou na natureza de Estado Social e Democrático de Direito (FRANCO, 2011, p. 60), deu-se também, de forma paradoxal, pelo reconhecimento da dignidade penal das minorias, por meio dos mandados de criminalização e das demandas por legislações específicas. O reconhecimento da necessidade de proteção dos direitos dos grupos sociais desprivilegiados pela via penal se impôs mesmo diante do consenso prévio de que a pena não era útil ou idônea a solucionar os problemas sociais, e do fato de que, historicamente, esses mesmos grupos eram — e ainda são — desproporcionalmente representados na população prisional. A legitimidade do direito penal simbólico foi reforçada na medida em que as lutas por reconhecimento passaram necessariamente pelas demandas por criminalização ou aumento da severidade das punições.

Lei	Data	Assunto
7.679	23 de novembro de 1988	Dispõe sobre a proibição da pesca em períodos de reprodução, e criminaliza a pesca mediante a utilização de explosivos ou de substâncias tóxicas;
7.716	5 de janeiro de 1989	Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, em obediência ao preceito constitucional expresso no art. 5º, XLII;
7.802	11 de julho de 1989	Criminaliza a produção, comércio, transporte, aplicação ou prestação de serviços na aplicação de agrotóxicos em descumprimento às exigências legais e regulamentares;
7.853	24 de outubro de 1989	Dispõe sobre a integração de pessoas com deficiência e criminaliza ações discriminatórias;
7.960	21 de dezembro de 1989	Dispõe sobre a prisão temporária;
8.069	13 de julho de 1990	Estatuto da Criança e do Adolescente, que criminaliza diversas condutas praticadas contra crianças e adolescentes, agora diante do chamado do art. 227, § 4º da Constituição.

Tabela 1: Leis penais aprovadas entre o fim da ANC e a aprovação da lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos)

Isso significa que o modelo de Garland e da criminologia anglo-saxã em geral, que entende que a *virada punitiva* está intimamente conectada com as transformações do *Estado de bem-estar* e a consequente ascensão neoliberal/neoconservadora, não pode ser livremente transportado para o caso brasileiro. Já era possível antecipar essa hipótese pelo fato de o Brasil não ter experimentado um pleno Estado previdenciário, mas o fato de que as premissas *modernas* adotadas de forma unânime nas Reformas de 1984 terem sido questionadas e, em larga medida, desconstruídas apenas quatro anos mais tarde, justamente na Assembleia Nacional Constituinte — o momento culminante do processo de redemocratização e da tentativa de se moldar um estado de solidariedade social — parece mostrar que o superencarceramento brasileiro não pode ser simplesmente visto como parte de uma onda internacional inexorável: suas raízes também estão em fatores endógenos.

O novo modelo de Estado Democrático fundado em 1988 não se baseou apenas na disseminação de uma rede de suporte social-previdenciário, do reconhecimento da dignidade humana, na função social da propriedade e nos direitos dos trabalhadores para solucionar os problemas sociais: ele buscou a chancela e a tutela do sistema penal punitivo, como se a pena de prisão, excludente e discriminatória, pudesse representar algo além disso. Na verdade, isso fez com que o Poder Público, e a sociedade em geral, pudessem se eximir da “responsabilidade por conflitos que não é capaz de administrar. Os processos sociais geradores de riscos deixam de ser questionados em função do processo de individualização das responsabilidades pelos danos” (DIAS NETO, 2005, p. 90).

É possível especular que, apesar das tentativas e das conquistas na luta para construir, desde 1988, um país socialmente mais justo, o Brasil não está imune ao sintomas de insegurança e das adaptações sociais, políticas e institucionais da pós-modernidade: nesse contexto, a demanda por medidas de controle dos riscos e incertezas, a redução da tolerância com o diferente, e a atratividade das soluções simples para problemas complexos e históricos — de preferência que excluam *o outro* — são facilmente traduzíveis em leis retaliadoras e punições expressivas (GARLAND, 2008, p. 319).

Buscar-se-á, na conclusão desta tese, desenvolver algumas explicações possíveis para esse *excepcionalismo* brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: A prisão no Brasil contemporâneo

Ao longo deste trabalho buscou-se apresentar uma discussão que permitisse compreender o grande aumento do encarceramento observado no Brasil nas últimas décadas do século XX, tomando por base as mudanças na legislação penal ocorridas na década de 1980, período de transição da ditadura para a democracia.

O período de transição analisado pela tese se conclui no período imediatamente anterior à edição da lei nº 8.072/90, que representou a adesão do legislador brasileiro a pressupostos político-criminais bastante claros. Ao estabelecer uma categoria aberta de crimes e, para eles, aumentar generalizadamente as penas e impedir a progressão do regime de execução, declarou-se o protagonismo do cárcere como portador de funções negativas de neutralização do criminoso e intimidação geral. Além disso, ao estabelecer hipóteses de prisão preventiva obrigatória, a lei afastou até mesmo a necessidade de demonstração judicial da culpabilidade para que o Estado pudesse submeter o réu aos rigores da prisão.

Tais pressupostos estão em total desconformidade com aqueles que haviam informado as Reformas de 1984, aprovadas apenas seis anos antes. Assim, procurou-se identificar o processo de transição dos discursos jurídico-penais entre 1984 e 1990 que pudessem explicar tamanha reviravolta e, com isso, encontrar as fundações do atual cenário de excesso punitivo.

O superencarceramento brasileiro é um fenômeno complexo, e, como tal, não pode ser atribuído a uma única causa. Ao longo deste trabalho, buscou-se contribuir para a compreensão desse fenômeno a partir da análise dos discursos sobre a pena criminal subjacentes aos grandes marcos legislativos jurídico-penais da década de 1980. Além da Parte Geral do Código Penal e da Lei de Execução Penal, adotou-se como marco legislativo penal a Constituição Federal de 1988, que não apenas regula intensamente o exercício do poder punitivo, mas, principalmente, simboliza e expressa o papel que a democracia brasileira atribuiu ao sistema de justiça criminal. Buscou-se analisar o percurso entre o consenso de 1984, que via a prisão como um *mal necessário* a ser reduzido ao mínimo absoluto, e a revitalização do papel simbólico e incapacitante

do cárcere após a Constituição de 1988, elevado à categoria de resposta preferencial do sistema penal.

Desde então, a pena de prisão retomou o protagonismo que se mantém inabalável na prática do sistema de justiça criminal contemporâneo. Como já mencionado, em 2012 o Brasil contava com quase 550 mil presos. Em 2014, esse contingente pode ter superado a barreira de 700 mil pessoas, caso se considere os condenados ao regime aberto.³⁰¹ Somando-se os mandados de prisão não cumpridos, o número de pessoas submetidas ao sistema carcerário brasileiro superaria 1 milhão de pessoas, sem contar as outras centenas de milhares de pessoas submetidas a medidas alternativas à prisão.

Dos quase 550 mil presos em 2012, 36% eram presos provisórios, sobre os quais não pairavam condenações definitivas à pena privativa de liberdade.³⁰² Esse número se torna ainda mais impressionante à luz da recente pesquisa publicada pelo IPEA, que indica que 37% dos presos provisórios — ou cerca de 90 mil pessoas — são absolvidos ou submetidos a penas alternativas ao final do processo.³⁰³ Em outras palavras, um contingente maior do que toda a população prisional da Inglaterra ou de qualquer dos maiores países europeus³⁰⁴ é encarcerado por razões supostamente processuais, para que depois se declare que a pena de prisão não é cabível ou necessária.

Além disso, naquele mesmo ano, três tipos penais relacionados ao acesso forçado à renda — furto, roubo e tráfico de drogas — respondiam por cerca de 75% de todos os presos no país. Apesar do inequívoco processo de expansão do direito penal, não é a nova criminalidade que enche os cárceres brasileiros: são os suspeitos de sempre.

³⁰¹ Fonte: Conselho Nacional de Justiça. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*, jun. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2014.

³⁰² O número total de presos provisórios em dezembro de 2012 era de 195.036 pessoas. Fonte: Departamento Penitenciário Nacional, Relatório Estatístico, dez. 2012. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/acesso-a-informacao/estatisticas-prisional/anexos-sistema-prisional/total-brasil-dez-2012.xls>>. Acesso em: 13 dez. 2014.

³⁰³ Fonte: Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas — IPEA, *A aplicação de penas e medidas alternativas: sumário executivo*, nov. 2014. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/pmas_sum%20executivo%20final%20ipea_depen%2024nov2014.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2014.

³⁰⁴ Em 2010, os países europeus mais populosos apresentavam a seguinte população carcerária: Inglaterra — 84 mil presos; França — 61 mil; Alemanha — 72 mil; Itália — 68 mil; Espanha — 76 mil. Fonte: World Prison Brief. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/map/europe>>. Acesso em: 13 dez. 2014.

Assim, a primeira conclusão do trabalho, tão dura quanto óbvia, é: as Reformas de 1984 não cumpriram seu propósito de reduzir o encarceramento ao mínimo necessário, evitando o seu efeito criminógeno, e prover os condenados com meios adequados que permitissem sua reafirmação na sociedade. Tal impossibilidade não decorreu apenas de falhas jurídicas, falta de capacidade financeira do Estado brasileiro ou dificuldades operacionais do Poder Judiciário, mas sim fundamentalmente pelo fato de que as premissas *modernas, previdenciárias* das leis n^{os} 7.209 e 7.210 de 1984 encontraram no Brasil da transição democrática um ambiente inóspito a medidas liberalizantes na área penal.

Como bem salienta Dotti (1988, p. 259), a pena “é uma instituição social que reflete a medida do estágio cultural de um povo, e, ainda, o regime político a que está submetido”. Essa afirmação, desde sempre muito repetida, contém a mesma mensagem da síntese oferecida por Hassemer (2005, p. 431): “com seus elementos estruturais a norma, a sanção e o processo, o sistema jurídico-penal reflete processos e experiências que estão profundamente enraizadas na nossa vida cotidiana e em nossa cultura”. Tais posições reforçam a tese contida na obra de Garland e que orientou este trabalho: as práticas de controle do crime são moldadas não apenas pela legislação, mas sobretudo pela forma como as instituições penais definem suas prioridades e objetivos, atendendo a racionalidades determinadas pelo sistema político, social e cultural.

Parece claro que as ferramentas teóricas desenvolvidas pela literatura jurídico-penal anglo-saxã, ao definir o modernismo e o antimodernismo penal e identificá-los com determinados pressupostos políticos e práticas institucionais relacionados com diferentes finalidades da pena criminal, analisadas no capítulo 1, são úteis para definir os marcos normativos brasileiros como portadores de um sentido punitivo próprio, inseridos no contexto mais amplo da cultura punitiva. Assim, é possível identificar as leis que compuseram as Reformas de 1984 — Parte Geral do Código Penal e Lei de Execução Penal — como filiadas ao *modernismo penal*: incorporam as críticas ao caráter criminógeno e improdutivo da pena de prisão e introduzem alternativas a ela, rompendo com a associação entre pena e cárcere; assumem para o sistema de justiça papéis de integração familiar e comunitária; preveem a criação de equipamentos profissionais e a progressão de regime para regular a individualização da pena, dentre

outras características. O legislador penal de 1984 aderiu de maneira bastante clara a um determinado pressuposto social de compartilhamento das responsabilidades pelo problema do crime, que tem como decorrência lógica a *pena previdenciária*.

Os modelos explicativos acima descritos também são úteis para caracterizar a cultura punitiva brasileira contemporânea como parte de uma tendência estrutural comum aos países ocidentais. De fato, os problemas institucionais e as reações políticas do sistema de controle do crime no Brasil compartilham a grande maioria dos *sinais de mudança* que, para Garland, indicam a troca do modelo penal *moderno* para o *antimoderno*: declínio do ideal de reabilitação; ressurgimento de sanções retributivas e expressivas; tom emocional da política criminal; protagonismo político da vítima; politização do controle do crime; sensação perene de fracasso no combate ao crime, que reforça e relegitima as próprias estruturas de controle; e, por fim, a *reinvenção da prisão*, agora como instrumento de neutralização.

Não é possível, no entanto, inserir plenamente o caso brasileiro no contexto da *virada punitiva*, especialmente ao fundamentá-la no processo econômico e social de crise do Estado de bem-estar e, sob uma perspectiva mais específica, na contestação empírica e fática dos pressupostos do *previdenciarismo penal*, tal como ocorrido nos Estados Unidos, na Inglaterra, e, em menor grau, em outros países ocidentais desenvolvidos. O modernismo penal brasileiro não chegou sequer a ser testado na prática, e as políticas de bem-estar trazidas pela Constituição de 1988, refletindo diversos consensos redistributivos ao longo do processo da Assembleia Nacional Constituinte, não foram acompanhadas de seus equivalentes penais. Os números e informações apresentadas ao longo da tese e no início desta conclusão demonstram a prevalência do punitivismo e autoritarismo inerentes ao sistema de justiça criminal no país, desprovido de moderação ou humanidade no uso da prisão.

Sobre esse aspecto, cumpre ressaltar que a postura do Judiciário merece investigação adicional para verificar de que forma o discurso punitivo atua no cotidiano. Por exemplo, é preciso compreender os motivos pelos quais, no momento da decisão individual (que se repete aos milhares, todos os dias), parece mais adequado aos tomadores de decisão manter um réu preso preventivamente, por meses ou anos, em locais onde há a certeza de violação dos direitos humanos garantidos pela própria lei penal, do rompimento de seus laços sociais e da sua permanência em um ambiente reconhecidamente criminógeno, do que aceitar o risco de deixá-lo responder ao processo em liberdade.

O fato de a dogmática penal brasileira não incorporar, em seus mecanismos de funcionamento, a consideração do malogro do regime prisional, com as taxas altíssimas de reincidência adicionadas ao fator criminógeno do cárcere e a fraqueza científica das teorias legitimadoras da prisão (SALVADOR NETTO, 2009, p. 98), não significa que o juiz, ao determinar a condenação em regime fechado ou ao decretar a prisão preventiva de um réu (geralmente atendendo ao pedido do Ministério Público), tome sua decisão de forma absolutamente alheia a considerações político criminais. Ao contrário, a decisão é tomada por um ator imerso nas condições sociais e culturais do território onde vive e se informa, e os estímulos que recebe são fortemente punitivos — não se tem notícia de um julgador exposto na imprensa por ser excessivamente rigoroso, por exemplo. Recuperando o conceito de Mathiesen (2006, p. 21), o juiz é o *barômetro da ansiedade* da comunidade onde está inserido: ao decidir os casos individuais, que, por sua própria natureza, já destacam o fato de seu contexto social, assume o papel de agente de segurança pública e busca a solução mais adequada possível dentro de suas possibilidades binárias de atuação — *ou prende, ou solta*.

Se é certo que o autoritarismo da resposta penal contemporânea é articulada também pelo sistema judicial, não se deve esquecer que “nossa arbitrariedade relacionada ao controle social está atrelada a questões mais complexas da nossa história política” (PASTANA, 1999, p. 122). A cultura autoritária brasileira não nasceu com a redemocratização: ao pretender a extensão de direitos de cidadania à população presa e compartilhar a responsabilidade pelo crime por seus aspectos sociais e econômicos, os legisladores de 1984 ultrapassaram um limite que nossa sociedade não estava disposta a abrir mão. Aproximando-se do aniversário de trinta anos da Constituição Cidadã tal postura de negação de direitos permanece viva, a ponto de nenhum horror protagonizado pelo sistema carcerário — nem mesmo decapitações cotidianas no horário nobre do noticiário televisivo — ser capaz de mobilizar politicamente a sociedade em busca de padrões mínimos de humanização das prisões.

Vale notar que, além das evidentes limitações orçamentárias, a combinação de pressupostos antimodernistas para a pena criminal e a completa desconsideração do criminoso e do preso como sujeitos de direito pode explicar a precariedade das estratégias de adaptação ao superencarceramento no país. Tais estratégias buscam a coexistência do programa encarcerador com a manutenção de padrões mínimos de espaço físico e estrutural ao preso, como os investimentos maciços na geração de vagas na Inglaterra e nos Estados Unidos, ou o estabelecimento de filas ou gatilhos que, em

presídios que atingiram a lotação máxima (impondo a saída de um preso para a entrada de um novo), como experimentado em alguns países europeus e, por força de decisões judiciais, em alguns estados dos Estados Unidos (TONRY et al., 2001, p. 19). No Brasil, a tolerância estatal à violação de direitos humanos dos presos encontra a indiferença ou mesmo entusiasmo do público, gerando uma situação em que o superencarceramento não encontra limites materiais.

Tal ambiente cultural propenso a soluções autoritárias e individualizantes para os problemas sociais desfaz o aparente paradoxo do punitivismo da ANC e da Constituição de 1988. Foi justamente a democratização do debate público que permitiu a emergência do populismo penal manejado pela *nova direita*, rejeitando as premissas *penal-previdenciárias* das Reformas de 1984. Mais do que isso, essas premissas foram rejeitadas também pelos movimentos progressistas que se articularam antes e durante a Constituinte, de forma que o rigor penal — e a prisão, propriamente dita — foram adotados como elementos comuns de linguagem na disputa pela responsabilização simbólica do outro.

Apesar de incorporar nominalmente os princípios e garantias individuais liberais de direito penal e processual penal, e introduzir um rol inédito de direitos dos presos, a Constituição de 1988 viu emergir a demanda por mais controle penal efetivo dos conflitos, abrindo caminho para o estilo *antimoderno* de elaboração de leis retaliadoras, voltadas para mitigar a insatisfação popular e restaurar a credibilidade do sistema. Tal perspectiva favorece a identificação da violência com o crime, e o oferecimento de respostas individualizantes como solução.

A reunião de tais demandas nos debates públicos e no texto constitucional, embora simbólicas e de efeito prático limitado, representam não apenas o aumento das expectativas atribuídas ao sistema de justiça criminal como mecanismo de solução de problemas complexos, mas uma nova prática dos operadores desse sistema. As demandas por mais controle e rigor penal em prol de determinados interesses se fundamentam na própria percepção do problema, estão baseados em argumentos complexos, mas resultam, em conjunto, em mais punição que fatalmente se canaliza aos clientes usuais do sistema penitenciário.

A análise do percurso do sistema penal brasileiro na década de 1980 permite concluir que o superencarceramento brasileiro não é um acaso, nem um fenômeno irresistível vindo de fora. É fruto de nossas próprias escolhas jurídico-institucionais, que, por sua vez, estão inseridas no contexto histórico e social mais amplo. Existem

diferenças fundamentais nas formas com que os diferentes países e culturas lidam com a prisão e a punição em geral, e a história das Reformas de 1984 nos mostra que a busca por soluções alternativas, coerentes com o conceito de direitos humanos universais não depende apenas de boas leis.

A perspectiva de reverter o quadro de superencarceramento no país depende da reforma de nossas práticas institucionais, o que apenas ocorrerá se houver uma reflexão democrática sobre as expectativas que depositamos no sistema de justiça criminal, e, em última análise, sobre os fins da pena. Antes de qualquer reforma legislativa, isso significa a tardia emancipação da sociedade brasileira no sentido de compreender os direitos individuais como universais, e o convencimento público de que problemas sociais complexos — inclusive os de segurança pública — não serão resolvidos com a atuação punitiva, individualizante e contraprodutiva do sistema penal.

BIBLIOGRAFIA

I – Livros, artigos e relatórios

AAS, Katja Franko. “From Narrative to Database: Technological Change and Penal Culture”. **Punishment & Society**, v. 6, n. 4. Londres: SAGE, 2004, pp. 379-93.

ADORNO, Sérgio. **A gestão urbana do medo e da insegurança**: Violência, crime e justiça penal na sociedade brasileira. Tese (Livre-docência). São Paulo: Departamento de Sociologia, FFLCH-USP, 1996.

AGUIAR, Cristiane L. S. **Medo e descrença nas instituições de lei e ordem**: uma análise da imprensa escrita e das sondagens de opinião. Dissertação (Mestrado). São Paulo: FFLCH-USP, 2005.

ALEXANDER, Michelle. **The New Jim Crow**: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness. Nova York: New Press, 2010.

AMERICAN FRIENDS SERVICE COMMITTEE. **Struggle for Justice**: A Report on Crime and Punishment in America. Nova York: Hill & Wang, 1971.

ANCEL, Marc. **Social Defense**. Tradução J. Wilson. Londres: Routledge, 1965.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. “Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: A crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão”. **Revista Sequência**, n. 52. Florianópolis: UFSC, 2006, pp. 163-82.

ARAÚJO, Maria Paula Nascimento. **A utopia fragmentada**: As novas esquerdas no Brasil e no mundo da década de 1970. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil**: Nunca mais. Petrópolis: Vozes, 1985.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. **Processo legislativo e orçamento público**: Função de controle do Parlamento. São Paulo: Saraiva, 2012.

AZEVÊDO, Jackson Chaves de. **Reforma e contra reforma penal no Brasil**: Uma ilusão que sobrevive. Florianópolis: OAB/SC, 1999.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Dez anos da política nacional de penas e medidas alternativas**. Brasília: Ministério da Justiça, 2010. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B41291899-309F-4735-9704-097270192540%7D&ServiceInstUID=%7B4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD%7D>>. Acessado em: 15 dez. 2014.

_____. “Redução de casos de violência doméstica e familiar contra a mulher na circunscrição judiciária do *Paranoá*: Números, princípios e razões”. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, v. 7, n. 2. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2013, pp. 200-20.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. “Justiça e linchamento”. **Discursos sediciosos**, n. 12. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002, pp. 271-88.

_____. “Outro argumento sobre crimes hediondos”. In: **Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: RT, 2003, pp. 344-48.

BAUMAN, Zygmunt. “Social Issues of Law and Order”. **British Journal of Criminology**, v. 40, n. 2. Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 205-21.

BECKER, Howard. **Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance**. Nova York: Free Press, 1973.

BECKETT, Katherine; SASSON, Theodore. **The Politics of Injustice: Crime and Punishment in America**. Thousand Oaks: SAGE, 2004.

BENTHAM, Jeremy. **The works of Jeremy Bentham**: Published under the Superintendence of his Executor, John Bowring, v. 1. Edimburgo: British Law, Collected Essays, 1843.

BERGALLI, Roberto. **Criminologia en América Latina: Cambio social, normatividad y comportamientos desviados**. Buenos Aires: Pannedille, 1972.

BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir?** Teoria Geral da Pena. São Paulo: Saraiva, 2010.

BLUMSTEIN, Alfred; BECK, Allen. "Reentry as a Transient State Between Liberty and Recommitment". In: J. Travis; C. Visser (ed.), **Prisoner Reentry and Crime in America**. Nova York: Cambridge University Press, 2005, pp. 50-79.

BOSWORTH, Mary. "Subjectivity and Identity in Detention: Punishment and Society in a Global Age". **Theoretical Criminology**, v. 16, n. 2. Londres: SAGE, 2012, pp. 123-40.

BOTTOMS, Anthony. "The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing". In: C. Clarkson; R. Morgan (ed.), **The Politics of Sentencing Reform**. Oxford: Clarendon Press, 1995, pp. 17-49.

BRANDÃO, Lucas Coelho. Os Movimentos Sociais e a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: Entre a Política Institucional e a Participação Popular. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Departamento de Sociologia, FFLCH-USP, 2011.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: Parte geral, Tomo I, v. I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

_____. **Direito Penal**: Parte geral, Tomo III, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. "Direitos humanos ou 'privilégios de bandidos'?": Desventuras da democratização brasileira". **Novos Estudos**, n. 30. São Paulo: CEBRAP, 1991, pp. 162-74.

_____. **Cidade de muros**: Crime, segregação e violência em São Paulo. São Paulo: Editora 34, 2000.

CARDOSO, Fernando Henrique. **A arte da política**: A história que vivi. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

CARDOSO, Rodrigo Mendes. **A iniciativa popular legislativa da Assembleia Nacional Constituinte ao Regime da Constituição de 1988**: Um Balanço. Dissertação (Mestrado). Rio de Janeiro: Faculdade de Direito-PUC, 2010.

CARRABINE, Eamonn. "Punishment, Rights and Justice". In: Lydia Morris (ed.), **Rights**: Sociological Perspectives. Londres: Routledge, 2006, pp. 191-208.

CARRIER, Nicolas (2010). “Anglo-Saxon Sociologies of the Punitive Turn: Critical Timidity, Reductive Perspectives and the Problem of Totalization”. **Champ Pénal**, 2010, v. 7. Disponível em: <<http://champpenal.revues.org/7952>>. Acesso em: 22 nov. 2014.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CÉSAR SALGADO, José Augusto. “As penas no anteprojeto Nelson Hungria”. In: ILANUD, **Ciclo de conferências sobre o anteprojeto do Código Penal brasileiro, de autoria do Ministro Nelson Hungria**. Realizado na Sala “João Mendes Júnior”, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, de 3 set. 1963 a 26 fev. 1964. São Paulo: Imprensa Oficial, 1965, pp. 41-52.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime: A caminho dos GULAGs em estilo ocidental**. Rio de Janeiro: Revan, 1998.

_____. “Victim Movements at a Crossroad”. **Punishment & Society**, v. 12, n. 2. Londres: SAGE, pp. 115-22.

CLEMMER, Donald. **The Prison Community**. Nova York: Rinehart, 1958.

COHEN, Albert. **Delinquent Boys: The Culture of the Gang**. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1956.

COSTA JÚNIOR, Heitor. “Aspectos da Parte Geral do anteprojeto de Código Penal”. **Justitia**, v. 45, n. 120. São Paulo: MP/SP, 1983, pp. 142-52.

COSTA, Helena Regina Lobo da. “Análise das finalidades da pena nos crimes de tóxico — uma abordagem da criminalização do uso de entorpecentes à luz da prevenção geral positiva”. In: Miguel Reale Jr. (Org.). **Drogas: Aspectos penais e criminológicos**. Primeiro encontro de mestres e doutores do Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 105-17.

_____. **A dignidade humana: Teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Proteção penal ambiental: Viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CURRY, Theodore. R.; CORRAL-GAMACHO, Guadalupe (2008). “Sentencing Young Minority Males for Drug Offenses: Testing for Conditional Effects Between Race/Ethnicity, Gender and Age During the US War on Drugs”. **Punishment & Society**, v. 10, n. 3. Londres: SAGE, 2008, pp. 253-76.

DAEMS, Tom. “Engaging with Penal Populism: The Case of France”. **Punishment & Society**, v. 9, n. 3. Londres: SAGE, 2007, pp. 319-24.

DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança Urbana: O modelo da nova prevenção**. São Paulo: RT, 2005.

DOTTI, René Ariel. “Os caminhos da Reforma e o Direito a constituir”. **Revista de Informação Legislativa**, v. 15, n. 59. Brasília: Senado Federal, 1978, pp. 37-52.

_____. “Penas e medidas de segurança no anteprojeto de Código Penal”. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, v. 32. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 46-69.

FEELEY, Malcolm; SIMON, Jonathan. “Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law”. In: D. Nelken (ed.), **The Futures of Criminology**. Londres: SAGE, 1994.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Direitos fundamentais e Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3ª ed. rev. São Paulo: RT, 2002.

FERREIRA, Carolina Cutrupi. **Legislar pela exclusão social: Um estudo da atividade legislativa sobre cumprimento da pena de 1984 a 2011**. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 2011.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Criminologia**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

FLAUSINA, Ana Luísa Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: O sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

FOGEL, David. **We are the Living Proof: The Justice Model for Corrections**. Cincinnati: W.H. Anderson Co., 1975.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: O nascimento da prisão, 26^a ed. Tradução Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1975.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. “Subsídios para a história do Novo Código Penal”. **Revista de Direito Penal**, n. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, pp. 7-12.

_____. **Direito dos presos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, 132p.

_____, “Sistema do duplo binário: vida e morte”. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, v. 32. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 5-21.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**, 7^a ed. São Paulo: RT, 2011.

FRASE, Richard S. “Comparative Perspectives in Sentencing Policy and Research”. In: Michael H. Tonry (ed.), **Sentencing and Sanctions in Western Countries**. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 259-92.

FREIBERG, Arie. “The Four Pillars of Justice: A Review Essay”. **Australian and New Zealand Journal of Criminology**, v. 36, n. 2. Carlton: SAGE, 2003, pp. 223-30.

FREITAS, Rafael; MOURA, Samuel; MEDEIROS, Danilo. “Procurando o Centrão: direita e esquerda na Assembleia Nacional Constituinte 1987-88”. In: **Concurso ANPOCS-Fundação Ford: Melhores Trabalhos sobre a Constituição de 1988**. São Paulo, 2009. Disponível em: http://neci.fflch.usp.br/sites/neci.fflch.usp.br/files/freitas-moura-medeiros_2009.pdf. Acesso em: 22 nov. 2014.

FROST, Natasha A. “The Mismeasure of Punishment: Alternative Measures of Punitiveness and their (Substantial) Consequences”. **Punishment & Society**, v. 10, n. 3. Londres: SAGE, 2008, pp. 277-300.

FULLIN, Carmen Sílvia. “Direito e racismo: Observações sobre o alcance da legislação penal antidiscriminatória no Brasil”. **Revista da Faculdade de São Bernardo do Campo**, v. 6. São Bernardo do Campo: FDSBC, 2000, p. 21.

GARCIA, Basileu. “A Constituição do Brasil e o Direito Penal”. **Revista dos Tribunais**, v. 46, n. 258. São Paulo: RT, 1957, pp. 3-7.

_____. “As penas e sua aplicação no anteprojeto”. In: ILANUD, **Ciclo de conferências sobre o anteprojeto do Código Penal brasileiro, de autoria do**

ministro Nelson Hungria. Realizado na Sala “João Mendes Júnior”, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, de 3 set. 1963 a 26 fev. 1964. São Paulo: Imprensa Oficial, 1965, pp. 127-36.

_____. “As modificações trazidas à legislação penal pela lei nº 6.416 de 24 de maio de 1977”. In: **Revista Forense**, v. 73, n. 259. Rio de Janeiro: Forense, 1977, pp. 1-10.

_____. **Instituições de Direito Penal**, v. I, Tomo II, 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARLAND, David. **Punishment and Welfare: A History of Penal Strategies.** Aldershot: Gower, 1985.

_____. **Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory.** Chicago: University of Chicago Press, 1993.

_____. “The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society”. **The British Journal of Criminology**, v. 36, n. 4. Oxford: Oxford University Press, 1996, pp. 445-71.

_____. “Governmentality’ and the Problem of Crime: Foucault, Criminology, Sociology”. **Theoretical Criminology**, v. 1, n. 2. Londres: SAGE, 1997, 173-214.

_____. **The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society.** Oxford: Oxford University Press, 2001.

_____. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.** Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

_____. **Peculiar Institution: American Death Penalty in an Age of Abolition.** Cambridge: Harvard University Press, 2010.

GAZOTO, Luís Wanderley. **Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo: O estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo.** Tese (Doutorado). Brasília: Departamento de Sociologia da Faculdade de Ciências Sociais-UnB, 2010.

GIBBONS, John J.; KATZENBACH, Nicholas B. **Confronting Confinement: A Report of the Commission on Safety and Abuse in America’s Prisons.** Nova York: Vera Institute of Justice, 2006.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: RT, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. **Populismo penal midiático: Caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GÜNTHER, Klaus. “Crítica da Pena I”. **Revista Direito GV**, v. 2, n. 2. São Paulo: FGV, 2006, pp. 187-204.

HABER, Carolina Dzimidas. **A eficácia da lei penal: análise a partir da legislação penal de emergência (o exemplo do Regime Disciplinar Diferenciado)**. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

HART, Herbert L. A. **Punishment and Responsibility**, 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 1970.

HARTNEGEL, Timothy F.; TEMPELTON, Laura J. “Emotions about Crime and Attitudes to Punishment”. **Punishment & Society**, v. 14, n. 4. Londres: SAGE, 2012, 452-74.

HASSEMER, Winfried. “Fines de la pena en el derecho penal de orientacion científico-social”. In: Santiago Mir Puig (Org.), **Derecho penal y ciencias sociales**. Barcelona: UAB, 1982, pp. 117-57.

_____. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

HENNOCK, E. P. **The Origin of the Welfare State in England and Germany, 1850-1914: Social Policies Compared**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

HONDERICH, Ted. **Punishment: The Supposed Justifications Revisited**. Londres: Pluto Press, 2005.

ILANUD. **Ciclo de conferências sobre o anteprojeto do Código Penal brasileiro, de autoria do ministro Nelson Hungria**. Realizado na Sala “João Mendes Júnior”, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, de 3 set. 1963 a 26 fev. 1964. São Paulo: Imprensa Oficial, 1965.

_____. **Levantamento nacional sobre execução de penas e medidas alternativas**. Relatório Final de Pesquisa. Brasília: Ministério da Justiça/ILANUD, 2006.

JONES, Trevor; NEWBURN, Tim. “Policy Convergence and Crime Control in the USA and the UK: Streams of Influence and Levels of Impact”. **Criminology and Criminal Justice**, v. 2, n. 2. Londres: SAGE, 2002, pp. 173-203.

KARAM, Maria Lúcia. “A esquerda punitiva”. **Discursos sediciosos: Crime, direito e sociedade**, v. 1, n. 1. Rio de Janeiro: Revan/ICC, pp. 79-92, 1996.

KARSTEDT, Susanne. “Durkheim, Tarde and Beyond: The Global Travel of Crime Policies”. **Criminology and Criminal Justice**, v. 2, n. 2. Londres: SAGE, 2002a, pp. 111-23.

_____. “Emotions and Criminal Justice”. **Theoretical Criminology**, v. 6, n. 3. Oxford: Oxford University Press, 2002b, pp. 299-317.

KOHLER-HAUSMANN, Julilly. “The ‘Attila the Hun Law’: New York’s Rockefeller Drug Laws and the Making of a Punitive State”. **Journal of Social History**, v. 44, n. 1. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 71-95.

KOVANDZIC, Tomislav V.; SLOAN III, John J.; VIEIRAITIS, Lynne M. “Unintended Consequences of Politically Popular Sentencing Policy: The Homicide Promoting Effects of ‘Three Strikes’ in U.S. Cities (1980-1999)”. **Criminology and Public Policy**, v. 1, n. 3. Malden: Wiley, 2002, pp. 399-424.

MACHADO, Flávia Burlamaqui. **As Forças Armadas e o processo de anistia no Brasil (1979-2002)**. Dissertação (Mestrado). Rio de Janeiro: Departamento de História, Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2006.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea**. Tese (Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis; NERIS, Natália; FERREIRA, Carolina Cutrupi. “Legislação Antirracista no Brasil: uma aproximação à aplicação do direito pelos Tribunais de Justiça brasileiros”. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 2, n. 1, 2015.

MARTINSON, Robert. “What Works? Questions and Answers About Prison Reform”. **The Public Interest**, n. 35. Nova York: National Affairs, 1974, pp. 22-54.

MARVELL, Thomas B.; MOODY, Carlisle E. “The Lethal Effects of Three-Strikes Laws”. **The Journal of Legal Studies**, v. 30, n. 1. Chicago: University of Chicago Press, 2001, pp. 89-106.

MATHIESEN, Thomas. **Prison on trial**, 3^a ed. Winchester: Waterslide Press, 2006/1990.

MELUCCI, Alberto. “A Strange Kind of Newness: What is ‘New’ in New Social Movements?” In: RUGGIERO, Vincenzo, MONTAGNA, Nicola (ed.). **Social Movements: A reader**. Londres: Routledge, 2011, p. 102.

MERTON, Robert K. **Social Theory and Social Structure**. Nova York: Free Press, 1968.

MICHILES, Carlos et al. **Cidadão Constituinte: A saga das emendas populares**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

MIR PUIG, Santiago. **Función de la pena y teoria del delito en el estado social y democratico de derecho**, 2^a ed. Barcelona; Bosch, 1982.

MOCCIA, Sergio. “Emergência e defesa dos direitos fundamentais”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 7, n. 25. São Paulo: RT, 1999, pp. 58-91.

MORAES, Mariana Silveira. “Vida e morte de um projeto bandeirante: Alcântara Machado e o Código Penal de 1940”. **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena**, 1^o semestre de 2009. Belo Horizonte: CAAP, 2009, pp. 61-88.

MUÑOZ CONDE, Francisco, HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**. Tradução. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NAPOLITANO, Marcos. **1964: História do regime militar brasileiro**. São Paulo: Contexto, 2014.

NASCIMENTO, André. “Apresentação”. In: David Garland, **A cultura do controle: Crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, pp. 9-30.

NATIONAL RESEARCH COUNCIL. **The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences**. Committee on Causes and Consequences of High Rates of Incarceration. Committee on Law and Justice, Division of Behavioral and Social Sciences and Education. Washington, DC: The National Academies Press, 2014.

NELLIS, Mike. "Law and Order: The Electronic Monitoring of Offenders". In: DOLOWITZ, David et al. (eds). **Policy transfer and British social policy: Learning from the USA?** Buckingham: Open University Press, 2000, pp. 98-11.

NEWBURN, Tim. "Atlantic Crossings: 'Policy Transfer' and Crime Control in the USA and Britain". **Punishment & Society**, v. 4, n. 2. Londres: SAGE, 2002, pp. 165-94.

_____. "Youth, Crime and Justice". In: Mike Maguire, Rod Morgan e Robert Reiner (eds). **The Oxford Handbook of Criminology**, 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

_____. **Criminology**, 2^a ed. Londres: Routledge, 2013.

O'CONNOR, James. **USA: A Crise do Estado Capitalista**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

O'MALLEY, Pat. "Volatile and Contradictory Punishment". **Theoretical Criminology**, v. 3, n. 2. Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 175-96.

OFFE, Claus. "New Social Movements: Challenging the Boundaries of Institutional Politics". In: RUGGIERO, Vincenzo, MONTAGNA, Nicola (ed.). **Social Movements: A reader**. Londres: Routledge, 2011, p. 207.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o Direito Penal Brasileiro: Direito de intervenção, sanção penal e administrativa**. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

OLIVEIRA, Mauro Márcio. **Fontes de informações sobre a Assembleia Nacional Constituinte de 1987: quais são, onde buscá-las e como usá-las**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **A Fábrica de Penas: racionalidade legislativa e a Lei dos Crimes Hediondos**. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

PASCHOAL, Janaina. **Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003.

PASTANA, Débora. “Justiça penal autoritária e consolidação do Estado punitivo no Brasil”. **Revista de Sociologia e Política**, v. 17, n. 32. Curitiba: UFPR, 1999, pp. 121-38.

PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena & execução penal**: Uma introdução crítica. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penaltà**: Letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bolonha: Edizioni Martina, 2007.

PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988**: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PIMENTEL, Manuel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: RT, 1983.

PIMENTEL, Manuel Pedro et al. “Exposição de Motivos”. **Ciência penal**, v.1, n. 1. São Paulo: José Bushatsky, 1973, pp. 139-77.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Crime, violência e poder**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

PIRES, Álvaro. “A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos”. **Novos Estudos**, n. 68. São Paulo: Cebrap, 2004, pp. 39-60.

POJO DO REGO, Antonio Carlos. **O congresso brasileiro e o regime militar (1964-1985)**. São Paulo: FGV, 2008.

POSSAS, Mariana Thorstensen. **Função da pena e estabelecimento do direito**: uma reconstrução da teoria da prevenção geral positiva. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

PRATT, John; ERIKSSON, Anna. **Contrasts in Punishment**: An Explanation of Anglophone Excess and Nordic Excepcionalism. Londres: Routledge, 2013.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **A modernização do direito penal brasileiro: Sursis**, Livramento Condicional e outras reformas do sistema de penas clássico no Brasil, 1924-1940. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

RADOMYSLER, Clio Nudel. **A Defensoria Pública do Estado de São Paulo no combate à discriminação racial**: sensibilidades, discursos e práticas. Relatório apresentado para a conclusão do Programa de Educação Tutorial – PET na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://sociologiajuridica.files.wordpress.com/2013/08/working-paper-clio-radomysler1.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2014.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, 2^a ed. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE JÚNIOR, Miguel. “Das penas e sua execução no novo código”. **Ciência Penal**, v. 2, n. 1. São Paulo: José Bushatsky, 1975, pp. 106-17.

_____. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. “*Mens legis* insana, corpo estranho”. In: Miguel Reale Júnior et al. **Penas restritivas de direitos**. São Paulo: RT, 1999.

_____. “Caminhos do direito penal”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 18, n. 85. São Paulo: RT, 2010, pp. 41-76.

_____. **Instituições de Direito Penal**. Parte Geral. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ROBERTS, Julian. “Public Opinion, Crime and Criminal Justice”. **Crime and Justice**, v. 16. Chicago: University of Chicago Press, 1992, pp. 99-180.

ROBERTS, Julian et al. **Populism and Public Opinion**: lessons from five countries. Nova York: Oxford University Press, 2003.

ROBERTS, Julian V.; HOUGH, Michael J. **Understanding Public Attitudes to Criminal Justice**. Oxford: Open University Press, 2005.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

RUGGIERO, Vincenzo; MONTAGNA, Nicola. **Social Movements**: A reader. Londres: Routledge, 2008.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**, 2ª ed. Tradução Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004.

SADER, Éder. **Quando novos personagens entraram em cena**: experiências e lutas dos trabalhadores da grande São Paulo (1970-1980), 4ª reimpressão. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

SALLA, Fernando. “Impasses da democracia brasileira: o balanço de uma década de políticas para as prisões no Brasil”. **Lusotopie**, p. 421, 2003. Disponível em: <<http://www.lusotopie.sciencespobordeaux.fr/salla2003.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

_____. “De Montoro a Lembo: As políticas penitenciárias em São Paulo”. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, ano 1, vol. 1. São Paulo: FBSP, 2007. Disponível em: <<http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/8>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da Pena**: Conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SCHUBSKY, Cássio. **Estado de Direito Já**: Os trinta anos da Carta aos Brasileiros. São Paulo: Lettera.doc, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. “Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva”. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. (ed.). **Política criminal y nuevo Derecho Penal**. Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1997, pp. 89-100.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**, 2ª ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Campus, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: RT, 2002.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: RT, 2002.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: RT, 2002.

SILVA, Felipe Gonçalves; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; MELO, Rúrion. “A esfera pública e as proteções legais”. **Cadernos de Filosofia Alemã**, v. 77, n. 16. São Paulo: FFLCH-USP, 2010, pp. 95-116.

SILVEIRA, Alípio. **Prisão-albergue: teoria e prática**, 3^a ed. São Paulo, Eud, 1973.

SIMON, Jonathan. “‘Entitlement to Cruelty’: Neo-liberalism and the Punitive Mentality in the United States”. In: Kevin Stenson; Robert R. Sullivan (eds), **Crime, risk and justice: The politics of crime control in liberal democracies**. Devon: Willan, 2001, pp. 125-43.

_____. **Governing through crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear**. Nova York: Oxford University Press, 2007.

SKIDMORE, Thomas. **The politics of military rule in Brazil, 1964-1985**. Nova York: Oxford University Press, 1988.

SPIELER, Paula; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (Org). **Advocacia em tempos difíceis: Ditadura Militar 1964-1985**. Curitiba: Ministério da Justiça, 2013.

STAGGENBORG, Suzanne. **Social Movements**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

SUPER, Gail. **Governing Through Crime in South Africa: The Politics of Race and Class in Neoliberalizing Regimes**. Cape Town: Ashgate, 2013.

TANGERINO, Davi. **Culpabilidade**, 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEIXEIRA, Alessandra. **Construir a delinquência, articular a criminalidade: Um estudo sobre a gestão dos ilegalismos na cidade de São Paulo**. Tese (Doutorado). São Paulo: Departamento de Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2012.

TEIXEIRA, Alessandra; MATSUDA, Fernanda Emy. “Penas alternativas x prisão: A construção de um outro paradigma?” **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 15, nº 69. São Paulo: RT, 2007, pp. 279-327.

TONRY, Michael. “Why are U.S. Incarceration Rates so High?” **Crime & Delinquency**, v. 45, n. 4. Londres: SAGE, 1999, pp. 419-37.

_____. **Penal Reform in Overcrowded Times**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

TONRY, Michael et al. **Sentencing and Sanctions in Western Countries**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

TONRY, Michael, HATLESTAD; Kathleen. **Sentencing Reform in Overcrowded Times: A Comparative Perspective**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

TOURAINÉ, Alain. “Os novos conflitos sociais: para evitar mal-entendidos”. **Lua Nova**, n. 17. São Paulo: CEDEC, 1989, pp. 5-18.

_____. “An Introduction to the Study of Social Movements”. In: RUGGIERO, Vincenzo; MONTAGNA, Nicola (ed.). **Social Movements: A Reader**. Londres: Routledge, 2011, p. 213.

VAN DER HAAG, Ernest. **Punishing Criminals: Concerning a Very Old and Painful Question**. Nova York: Basic Books, 1975.

VEIGA DA ROCHA, Jean Paul Cabral. “Regulação econômica e controle de preços nos contratos bancários: O que ficou da Lei da Usura?” In: Ivo Waisber e Marcos Fontes (Org). **Contratos bancários**. São Paulo: Quarter Latin, 2006.

VON HIRSCH, Andrew. **Doing Justice: The Choice of Punishment**. Report of the Committee for the Study of Incarceration. Nova York: Hill and Wang, 1976.

VON HOFER, Hanns. “Prison Population as Political Constructs: The Case of Finland, Holland and Sweden”. **Journal of Scandinavian Studies on Criminology and Crime Prevention**, v. 4. Stockholm: Taylor & Francis, 2003, pp. 21-38.

WACQUANT, Loïc. “How Penal Common Sense Comes to Europeans”. **European Societies**, v. 1, n. 3. Paris: Taylor & Francis, 1999, pp. 319-52.

_____. “Deadly Symbiosis: When Ghetto and Prison Meet and Mash”. **Punishment & Society**, v. 3, n. 1. Londres: SAGE, 2001a, pp. 95-134.

_____. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001b.

_____. **Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

WEIGEND, Thomas. "Germany Reduces Prison Sentences". In: Michael Tonry and Kathleen Hatlestad (eds), **Sentencing Reform in Overcrowded Times: A Comparative Perspective**. Oxford: Oxford University Press, 1997, pp. 177-81.

WESTERN, Bruce. **Punishment and Inequality in America**. Nova York: Russel Sage, 2006.

WESTERN, Bruce; PETTIT, Becky. "Beyond Crime and Punishment: Prisons and Inequality". **Contexts**, v. 1, n. 3. Thousand Oaks: SAGE, 2002, pp. 37-43.

WILSON, James Q. **Thinking About Crime**. Nova York: Basic Books, 1975, 231p.

_____. "Thinking About Crime: The Debate over Deterrence". **The Atlantic Monthly**, set. 1983. Washington, DC: Atlantic, 1983, pp. 72-88.

WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. "Reformas legislativas e populismo punitivo: é possível controlar a sedução pelo poder penal?" **Boletim IBCCrim**, v. 18, n. 214. São Paulo: IBCCrim, 2010, pp. 10-1.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZELLICK, Graham. "Prisoners' Rights in England". **University of Toronto Law Journal**, v. 24, n. 4. Toronto: University of Toronto Press, 1974, pp. 331-46.

II — Fontes oficiais, bases de dados e periódicos

a) Fontes oficiais

BRASIL. Câmara dos Deputados. Diário do Congresso Nacional, Seção I, 1 dez. 1983.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Diário do Congresso Nacional, Seção I, 2 dez. 1983.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Diário do Congresso Nacional, Seção I, Suplemento B, 1 jul. 1983.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Diário do Congresso Nacional, Seção I, 9 mar. 1984.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Diário do Congresso Nacional, Seção I, 28 mar. 1984.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Diário do Congresso Nacional, Seção I, 26 set. 1984.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório Final da CPI do Sistema Penitenciário. Diário do Congresso Nacional, Seção I, 4 jun. 1976, Suplemento, 340p.

BRASIL. Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 2.848/40. Diário Oficial da União, Seção I, 31 dez. 1940, p. 23946.

BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria nº 1.043, publicada no Diário Oficial da União, Seção I, de 1 dez. 1980, p. 23981.

BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria nº 192. Diário Oficial da União, Seção I, 6 mar. 1981, p. 4782-93.

BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria nº 359, Diário Oficial da União, Seção I, 24 abr. 1980, p. 7190.

BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria nº 429. Diário Oficial da União, Seção I, Suplemento, 23 jul. 1981, 20p.

BRASIL. Poder Executivo. Decreto nº 84.632, publicado no Diário Oficial da União, Seção I, de 14 abr. 1980, p. 6339.

BRASIL. Senado Federal. Diário do Congresso Nacional, Seção II, 16 jun. 1984.

BRASIL. Senado Federal. Diário do Congresso Nacional, Seção II, 16 jun. 1984.

BRASIL. Senado Federal. Diário do Congresso Nacional, Seção II, 29 mar. 1984.

BRASIL. Senado Federal. Diário do Congresso Nacional, Seção II, 29 maio 1984.

BRASIL. Senado Federal. Diário do Congresso Nacional, Seção II, 20 jun. 1984.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3112. Relator: min. Ricardo Lewandowski. Diário da Justiça, 26 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 648. Diário da Justiça, 9 out. 2003.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. 372 U.S. 335. Gideon v. Wainwright (nº 155), j. 18 mar. 1963. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/372/335>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. 384 U.S. 436. Miranda v. Arizona (nº 759), j. 13.6.1966. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/384/436>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

b) Bases de dados

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Banco Nacional de Mandados de Prisão. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/bnmp/>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Novo diagnóstico do número de presos no Brasil. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional, Relatórios Estatísticos. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/acesso-a>

informacao/estatisticas-prisional/relatorios-estatisticos-analiticos-do-sistema-prisional>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Estado de São Paulo. Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados — Seade. Informações Eleitorais. Disponível em: <<http://produtos.seade.gov.br/produtos/moveleitoral/index.php>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Bureau of Justice Statistics, Department of Justice. Disponível em: <<http://www.bjs.gov/>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES (ICPS). World Prison Brief. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

c) Periódicos

Folha de S.Paulo, 13 jan. 1985, Primeiro Caderno, p. 25.

Folha de S.Paulo, 1 nov. 1983, Primeiro Caderno, p. 14.

Folha de S.Paulo, 2 fev. 1984, Primeiro Caderno, p. 22.

Folha de S.Paulo, 3 out. 1998. Caderno Especial “10 anos da Constituição”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/fj03109810.htm>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

Folha de S.Paulo, 3 nov. 1983, Primeiro Caderno, p. 14.

Folha de S.Paulo, 3 nov. 1983, Primeiro Caderno, p. 14.

Gazeta Mercantil, 27 jun. 1978, p. 7.

III — Documentos relativos à Assembleia Nacional Constituinte (ANC):

As emendas parlamentares e populares citadas foram numeradas de forma que os primeiros caracteres possam identificar sua origem:

- “IC” = Subcomissão I-C;
- “I” = Comissão Temática I;
- “VA” = Subcomissão V-A;
- “VC” = Subcomissão V-C;
- “VIIA” = Subcomissão VII-A;
- “VIIC” = Subcomissão VIII-C;
- “V” = Comissão Temática V;
- “VIII” = Comissão Temática VIII;
- “PE” = emendas populares;
- “1P” = Plenário em 1º Turno
- “2P” = Plenário em 2º Turno.

Assim como a grande maioria dos documentos relativos aos trabalhos da ANC, as emendas estão disponíveis na base de dados da Câmara dos Deputados, separadas por fase processual. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente>. No sítio do Senado Federal na internet, as emendas podem ser buscadas por assunto, autor ou número na página dedicada às bases históricas do processo legislativo. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/legislacao/BasesHist/>>.

Da mesma forma, os anteprojetos das comissões e subcomissões são nomeados de acordo com a origem e fase de tramitação: o Anteprojeto do relator I-C significa que é o texto inicial apresentado pelo relator da Subcomissão I-C; por sua vez, o Anteprojeto da subcomissão I-C é o texto aprovado pela subcomissão e apresentado na Comissão Temática I, e assim por diante. Em alguns casos, o relator das comissões ou subcomissões poderia apresentar um substitutivo ao projeto inicial, acolhendo ou rejeitando as emendas apresentadas – nesse caso, o documento é chamado de Substitutivo do relator. O texto final das Comissões Temáticas é denominado Relatório da Comissão.

A Comissão de Sistematização reuniu os relatórios das comissões e apresentou algumas versões para deliberação até o texto final. O “Projeto A” é o texto final da Comissão de Sistematização, que constituiu o documento inicial do 1º turno das deliberações em Plenário. O “Projeto B” foi o texto aprovado pelo Plenário em 1º turno, e documento inicial do 2º turno.

O inteiro teor das edições do Diário da Assembleia Nacional Constituinte (DANC) também estão disponíveis em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente>.

a) Anteprojetos, projetos e sugestões

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Anteprojeto do relator I-C. DANC, 8 jul. 1987, Suplemento 90, p. 4.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Anteprojeto do relator VII-A. DANC, 22 jul. 1987, Suplemento 101, p. 111.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Anteprojeto do relator da Subcomissão V-C. DANC, 20 jun. 1987, Suplemento 81, p. 144.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Anteprojeto do relator da Subcomissão VIII-C. DANC, 18 jul. 1987, Suplemento 97, p. 249.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Primeiro anteprojeto do relator da Comissão de Sistematização. DANC, 5 ago. 1987, Suplemento 115.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Projeto A. DANC, 24 nov. 1987.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Projeto B. DANC, 5 jul. 1988.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte (RIANC). Diário da Assembleia Nacional Constituinte (DANC), 25 mar. 1987, p. 871.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Relatório da Comissão Temática VII. DANC, 2 jul. 1987, Suplemento 97, p. 119.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Substitutivo do relator da Comissão Temática VII. DANC, 1 jul. 1987, Suplemento 86, p. 91.

BRASIL. Presidência da República. Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (Comissão Afonso Arinos). Diário Oficial da União (DOU), Suplemento Especial ao nº 185, 26 set. 1986.

COMPARATO, Fábio Konder. **Muda Brasil!** Uma Constituição para o desenvolvimento democrático (Anteprojeto Comparato). São Paulo: Brasiliense, 1986.

MONCLAIRE, Stéphane. **A Constituição desejada:** SAIC: as 72.719 sugestões enviadas pelos cidadãos brasileiros à Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1991.

b) Emendas aos anteprojetos do relator das Subcomissões, das Comissões e de Plenário.

1P12439, dep. Agassiz Almeida PMDB/PB).

1P13871, dsen. José Ignácio Ferreira (PMDB/ES).

1P1839, dep. Nilson Gibson (PMDB/PE).

2P1490, dep. Fernando Gasparian (PMDB/SP).

2P1490, dep. Fernando Gasparian (PMDB/SP).

CS1953, dep. Nilson Gibson (PMDB/PE).

I001, dep. Irma Passoni (PT/SP).

I015, dep. José Genoino (PT/SP).
I064, dep. Siqueira Campos (PDC/GO).
I064, dep. Siqueira Campos (PDC/GO).
I167, dep. Amaral Netto (PDS/RJ).
I228, sen. João Menezes (PFL/PA).
I252, dep. Anna Maria Rattes (PMDB/RJ).
I305, dep. Lúcio Alcântara (PFL/CE).
I337, dep. Michel Temer (PMDB/SP).
I342, dep. Osvaldo Macedo (PMDB/PR).
I342, dep. Osvaldo Macedo (PMDB/PR).
I359, dep. Narciso Mendes (PDS/AC).
I415, dep. Helio Costa (PMDB/MG).
I417, dep. Helio Costa (PMDB/MG).
I417, dep. Helio Costa (PMDB/MG).
I447, dep. Antonio Carlos Konder Reis (PDS/SC).
I448, dep. Antonio Carlos Konder Reis (PDS/SC).
I470, dep. Jorge Hage (PMDB/BA).
I470, dep. Jorge Hage (PMDB/BA).
I480, dep. Cunha Bueno (PDS/SP).
I480, dep. Cunha Bueno (PDS/SP).
I485, dep. Cunha Bueno (PDS/SP); nº I523.
I514, dep. Antonio Mariz (PMDB/PB).
I523, dep. Maurício Nasser (PMDB/PR).
I608, dep. Roberto Freire (PCB/PE), dep. Fernando Santana (PCB/BA) e dep. Augusto de Carvalho (PCB/DF).
I619, dep. Anna Maria Rattes (PMDB/RJ).
I97, dep. Farabulini Junior (PTB/SP).
IC003, dep. Lúcia Braga (PFL/PB).
IC003, dep. Lúcia Braga (PFL/PB).
IC014, dep. Narciso Mendes (PDS/AC) e dep. Maguito Vilela (PMDB/GO).
IC017, dep. Nyder Barbosa (PMDB/ES).
IC017, dep. Nyder Barbosa (PMDB/ES).
IC023, dep. Maguito Vilela (PMDB/GO).
IC035, dep. Brandão Monteiro (PDT/RJ).

IC038, dep. Jairo Carneiro (PFL/BA).
IC038, dep. Jairo Carneiro (PFL/BA).
IC043, dep. Jairo Carneiro (PFL/BA).
IC050, dep. José Genoino (PT/SP).
IC071, dep. Eliel Rodrigues (PMDB/PA).
IC072, dep. José Maurício (PDT/RJ).
IC072, dep. José Maurício (PDT/RJ).
IC08, dep. Joaquim Haickel (PMDB/MA).
IC084, dep. Eliel Rodrigues (PMDB/PA).
IC088, dep. Farabulini Junior (PTB/SP).
IC106, dep. Borges da Silveira (PMDB/PR).
IC106, dep. Borges da Silveira (PMDB/PR).
IC110, dep. Maurício Nasser (PMDB/PR).
IC113, dep. Nyder Barbosa (PMDB/ES).
IC117, dep. Vasco Alves (PMDB/ES).
IC117, dep. Vasco Alves (PMDB/ES).
IC124, dep. Vasco Alves (PMDB/ES).
IC125, dep. Vasco Alves (PMDB/ES).
IC126, dep. Vasco Alves (PMDB/ES).
IC126, dep. Vasco Alves (PMDB/ES).
IC127, dep. Vasco Alves (PMDB/ES).
IC129, dep. Vasco Alves (PMDB/ES).
IC14, dep. Narciso Mendes (PDS/AC) e dep. Maguito Vilela (PMDB/GO).
IC156, dep. Amaral Netto (PDS/SP).
IC169, dep. Haroldo Lima (PC do B/BA).
IC173, dep. Sadie Hauache (PFL/AM).
IC173, dep. Sadie Hauache (PFL/AM).
IC177, dep. Sadie Hauache (PFL/AM).
IC18, dep. Jairo Azi (PFL/BA).
IC181, dep. Bosco Amaral (PMDB/SP).
IC276, dep. Antonio Mariz (PMDB/PB).
IC287, dep. José Mendonça Bezerra (PFL/PE).
IC333, dep. Roberto Freire (PCB/PE).
IC356, dep. Antonio Salim Curiati (PDS/SP).

IC356, dep. Antonio Salim Curiati (PDS/SP).

IC88, dep. Farabulini Junior (PTB/SP).

PE016, subscrita pelas entidades Mitra Arquiepiscopal do Rio de Janeiro; Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro; Imperial Irmandade de Nossa Senhora da Glória do Outeiro. Como não obteve as 30 mil assinaturas de eleitores, a emenda não foi acolhida pela Comissão de Sistematização. Contudo, o deputado Roberto D'Ávila (PDT/RJ) subscreveu o texto, e, assim, ela tramitou regularmente nos termos do RIANC.

PE039, subscrita por 44.171 eleitores e pelas entidades: Conselho Indigenista Missionário (CIMI); Associação Nacional de Apoio ao Índio (ANAÍ/RS); Movimento de Justiça e Direitos Humanos e Operação Anchieta (OPAN).

PE056, subscrita por 35 mil eleitores e pelas entidades: Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado de Minas Gerais — FETAEMG; Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas no Estado de Minas Gerais — SINTEL; e Unibairros.

V112, dep. Fernando Gasparian (PMDB/SP).

V230, dep. Darcy Deitos (PMDB/PR).

V402, dep. Fernando Gasparian (PMDB/SP).

VA060, dep. Evaldo Gonçalves (PFL/PB).

VC026, dep. Evaldo Gonçalves (PFL/PB).

VC036, dep. Nilson Gibson (PMDB/PE).

VC050, dep. Simão Sessim, PFL/RJ.

VC075, dep. Basílio Villani (PMDB/PR).

VC128, dep. Luís Roberto Ponte (PMDB/RS).

VC133, dep. Mauro Campos (PMDB/MG).

VII576, dep. Cunha Bueno (PDS/SP).

VII739, dep. Roberto Balestra (PDC/GO).

VIIA011, dep. Domingos Leonelli (PMDB/BA).

VIIA447, dep. Vivaldo Barbosa (PDT/RJ).

VIII048, dep. Francisco Carneiro (PMDB/DF).

VIII074, dep. Rita Camata (PMDB/ES).

VIII825, dep. Flávio Palmier da Veiga (PMDB/RJ).

VIIIC080, dep. Nilson Gibson (PMDB/PE).

VIIIC168, dep. Roberto Freire (PCB/PE).