DE BECCARIA A FILIPPO GRAMATICA

"A história da pena é a história de sua constante abolição". Von Ihering.

Evandro Lins e Silva

A prisão, como método penal, é relativamente recente. Antes, ela era terrivelmente cruel e impiedosa; eram os ergástulos, as enxovias, as masmorras, vestíbulos dos pelourinhos, depósitos das câmaras de suplícios, bastidores do cenário final onde os acusados morriam atenazados, fustigados, esquartejados, enforcados, queimados, no meio de um espetáculo e de uma liturgia, cujo ritual macabro Michel Foucault retrata com a força e o vigor de um estilo incomparável, desde a primeira página de seu livro monumental, hoje uma clássico da história da pena.[1]

Reinavam as forças da vindita, uma espécie de Talião agravado, pela mão da justiça do Príncipe, e o suplício tinha função jurídico-política, com o componente de uma "aterrorizante" cerimônia punitiva: "O suplício não restabelecia a justiça, reativava o poder. No século XVII, e ainda no começo do XVIII, ele não era, com todo o seu teatro de terror, o resíduo ainda não extinto de uma outra época. Suas crueldades, sua ostentação, a violência corporal, o jogo desmesurado de forças, o cerimonial cuidadoso, enfim todo o seu aparato se engrenava no funcionamento político da penalidade".[2]

Além da tortura, do castigo físico, requintava-se no escarmento ao criminoso com a humilhação dos ferros e das galés.

O primeiro protesto contra esse ordenamento de atrocidades, contra a pena de morte e contra a ignomínia das cadeias de antanho, vem inspirado no humanitarismo dos enciclopedistas, em Voltaire, em Rousseau, em Montesquieu. Foi o grito, que ainda hoje ressoa, saído das páginas imortais desse pequeno grande livro — "Dos Delitos e das Penas" — do nunca assaz louvado Cesare Bonesana, marquês de Beccaria, cuja atualidade é tanto mais consagradora quando se estuda, na ciência penal de nossos dias, o movimento que se avoluma no sentido da abolição das próprias prisões, com o encontro de substitutivos ou alternativas para manifestar a reprovação da sociedade contra o crime.

---

[1] Michel Foucault, *Vigiar e Punir*, trad. Lúcia M. Pondé Vassalo, Petrópolis Ed. Vozes, 1984.
[2] *Idem, ibidem*, p. 46.

Beccaria é um precursor, é um pioneiro da defesa dos direitos humanos. O seu livro é de 1764, tem mais de dois séculos, foi escrito antes da Revolução Francesa, e nele já se proclamavam e defendiam os direitos do homem. Beccaria insurgia-se contra as leis "que deveriam ser convenções entre homens livres",[3] com o fim de dirigir as ações da sociedade em benefício da maioria, mas que se transformavam em "instrumento das paixões da minoria",[4] e se revoltava contra a "fria atrocidade que os homens poderosos encaram como um dos seus direitos:[5] "…os dolorosos gemidos do fraco, sacrificado à ignorância cruel e aos opulentos cobardes; os tormentos atrozes que a barbárie inflige por crimes sem provas, ou por delitos quiméricos, o aspecto abominável dos xadrezes e das masmorras, cujo horror é ainda aumentado pelo suplício mais insuportável para os infelizes — a incerteza, tantos métodos odiosos, espalhados por toda parte, deveriam ter despertado a atenção dos filósofos, essa espécie de magistrados que dirigem as opiniões humanas."[6]

O famoso livro já cita Montesquieu e é uma antecipação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, vinte e cinco anos antes desta ser proclamada pelos revolucionários de 1789. Leia-se este final patética de sua introdução: "Mas, se ao sustentar os direitos do gênero humano e da verdade invencível, contribui para salvar da morte atroz algumas das trêmulas vítimas da tirania ou da ignorância, igualmente funesta, as bençãos e as lágrimas de um único inocente reconduzido aos sentimentos de alegria e de felicidade, consolar-me-iam do desprezo do resto dos homens."[7]

No prefácio à edição brasileira do famoso opúsculo do Marquês de Beccaria, Evaristo de Moraes não escondia o seu entusiasmo e a sua admiração: "Chegaram a maravilhar, tendo em mente a época em que foram enumeradas, as observações do discípulo de Rousseau e Montesquieu, acerca dos requisitos da prisão antes de apurada a culpabilidade do indivíduo".[8]

A tradução francesa do livro de Beccaria é precedida de longa introdução e de um excelente comentário de Faustin Helie, autor que esteve muito em voga no Brasil até a promulgação do Código Penal de 1940 e que era muito citado nos julgados de nossos juízes e tribunais. Aí há o registro da extraordinária repercussão que o livro teve quando foi publicado, seguindo-se 32 edições sucessivas, em poucos anos na Itália, e traduções imediatas "em todas as línguas". Na França, Diderot e Brissot de Warville

---

[3] Cesar Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, trad. Brasileira, Atena Editora, p. 26.
[4] Cesar Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, trad. Brasileira, Atena Editora, p. 26.
[5] Cesar Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, trad. Brasileira, Atena Editora, p. 26.
[6] *Idem, ibidem*, p. 27.
[7] *Idem, ibidem*, p. 29.
[8] *Idem, ibidem*, p. 17.

escreveram anotações a uma tradução eita pelo abade Morellet e a instâncias de Malesherbes, que se imortalizaria como o bravo advogado de Luiz XVI. Voltaire escreveu longo estudo sobre a obra.

Beccaria confessa que tudo deve à influência da leitura dos autores franceses — D'Alembert, Diderot, Buffon, Hume, Helvetius, cujas "obras imortais — diz ele — são minha leitura contínua, objeto de minha ocupação durante o dia e de minhas meditações no silêncio das noites."[9]

Desde o primeiro capítulo do livro, "ele invoca o nome e a autoridade de Rousseau, cujo *Contrato Social* tinha aparecido em 1762, e de Montesquieu, de quem declara haver seguido "os traços liminosos".[10]

Aos aplausos se contrapuseram críticas dos reacionários e misoneístas da época. Havia a contestação dos leguleios, dos práticos, como Muyart de Vouglans e Jousse, que queriam manter e ossificar a brutal legislação em vigor e resistiam às inovadoras mudanças propostas. Havia, também, a crítica política, aquela que visava indispor Beccaria com o sistema dominante, a crítica maldosa que não admitia qualquer transformação, mesmo de caráter humanitário, considerando-a como manifestação subversiva da ordem vigente, exótica pregação a afetar a organização da sociedade e o poder do Príncipel. Velha linguagem, antigos clichês verbais repetidos em diferentes épocas quando novas idéias semeiam esperanças e ameaçam abalar estruturas políticas caducas e superadas.

Beccaria respondeu apenas a uma dessas críticas, as "Notas — Observações de um Monge Dominicano", do convento de Vallombreuse e chamado Vicenzo Facchinei de Corfu, que perfidamente o acusava de *impiedade* e *sedição*. A publicação do livro trouxe riscos a Beccaria, que procurou precaver-se com a ajuda de um nobre italiano: "O conde Firmiani protegeu meu livro e é a ele que devo a minha tranqüilidade."[11]

Beccaria tinha consciência dos perigos que o obscurantismo da época lhe podia acarretar, como sucedera a outros que o antecederam. É o que ele diz na resposta à carta amiga de Morellet, em que havia observações sobre obscuridades de algumas passagens do livro: "Devo dizer-vos, porém, que tive, ao escrever, os exemplos de Machiavel, de Galileu e de Giannone ante meus olhos. Ouvi os ruídos das correntes sacudir a superstição e os gritos do fanatismo abafar os gemidos da verdade. A visão

---

[9] Beccaria, *Des Delits e des Peines*, introdução e comentário por M. Faustin Hélie Guillaumin & Cia. Libraires, 1870, p. IV.
[10] Beccaria, *Des Delits e des Peines*, introdução e comentário por M. Faustin Hélie Guillaumin & Cia. Libraires, 1870, p. IV.
[11] *Idem, ibidem*, p. VII.

desse espetáculo medonho me determinou, algumas vezes, a envolver a luz em nuvens. Quis defender a humanidade sem ser mártir."[12]

Precursor da defesa e do respeito aos direitos humanos, Beccaria conclui o seu livro com estas palavras de espantosa atualidade: "De tudo o que acaba de ser exposto pode deduzir-se um teorema geral utilíssimo, mas pouco conforme ao uso, que é o legislador ordinário das nações. É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei."[13]

As antecipações geniais de Beccaria e a profundidade conceitual de sua obra, para a época, geraram uma extensa bibliografia que abrange praticamente todos os livros de direito e processo penal escritos depois dele. Dos mais antigos aos mais modernos, ninguém mais pôde ignorá-lo porque ele é o marco criador, é o ponto de partida da ciência do direito e do processo penal. Hoje, mais de duzentos anos depois de seu livro, eis-nos a estudá-lo, a divulgá-lo, a debatê-lo e a encontrar nele inspiração para abordar temas que estão na ordem do dia da ciência penal contemporânea.

Eugenio Raúl Zaffaroni dá notícia da enorme bibliografia existente acerca do famoso marquês, nascido em 1738, em Milão, e de sua obra, ao mesmo tempo em que externa a sua própria opinião em torno da influência por ele exercida para o avanço do direito penal: "De nossa parte, consideramo-lo um claro expoente do pensamento iluminista e sua importância, mais que filosófica e teórica, consideramo-la política, tendo sido decisiva, desse ponto de vista, como autor da pedra angular de todas as reformas penais que permitiram o posterior desenvolvimento de nossa disciplina na forma que apresenta contemporaneamente."[14]

Outro notável penalista, Pietro Nuvolone, professor da Universidade de Milão, põe em destaque a posição de Beccaria em tema de prisão preventiva, que se inspira no princípio da presunção da não culpabilidade, ou pelo menos no princípio do respeito à liberdade e, de modo geral, do direito do acusado, que não está ainda condenado. Beccaria escreveu, a esse respeito, trechos frisantes que se incorporaram, em 1789, à Declaração dos Direitos do Homem e depois às legislações dos diversos países como a expressão de verdades apodíticas, que ainda hoje perduram: "A privação da liberdade, sendo uma pena, não pode preceder a sentença, se não quando a necessidade o requer. A prisão é pois a simples custódia de um cidadão até que seja julgado culpado; a esta custódia, essencialmente dolorosa, deve durar o menor tempo possível, e deve ser

---

[12] *Idem, ibidem*, p. 245.
[13] Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, trad. Bras., *op. cit.*, p. 203.
[14] Eugenio Raul Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*, Parte Geral, vol. II, p. 88, ed. 1987.

também o menos severa possível. A aflição da prisão deve ser a necessária para impedir a fuga ou para evitar a ocultação da prova dos delitos. O processo mesmo deve estar terminado no mais breve espaço de tempo possível".[15]

E ainda: "Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida. Só o direito da força pode, pois, autorizar um juiz a infligir uma pena a um cidadão enquanto se duvida se ele é culpado ou inocente."[16]

O que há de admirável no livro famoso de Beccaria é que ele ainda é lido com agrado, tem a simplicidade e o sabor dos clássicos e deve ser relembrado sempre com um sinal de alerta para que não se dê razão à observação de Nuvolone de que o princípio da presunção de inocência, por ele defendido e já consagrado no ordenamento jurídico de todos os povos, "nem sempre é aplicado".

Nuvolone resume, em poucas linhas, a contribuição do marquês lombardo à evolução do pensamento humano: "Com Beccaria, o problema penal (compreensivo do problema substancial e do problema processual) aflora à consciência crítica, traz da dialética a sua autonomia também de um ponto de vista lógico, que permitirá ainda ultrapassar as promessas e esperanças do século das luzes; certeza, legalidade dos processos e das penas, publicidade de procedimento, instrumentalidade utilitária e não vingança ou retribuição, distinção do tema jurídico-penal do tema moral. Ao mesmo tempo, e como natural conseqüência, nasce a ciência do direito e do processo penal: nasce como *ciência da legislação*, como problemática extra-positiva."[17]

Beccaria foi um criador, abriu clareiras que ainda hoje iluminam o pensamento jurídico, ligando processo e pena numa incindível unidade lógica, na defesa dos direitos humanos e contra a pena de morte, a tortura, as condenações excessivas. A pregação de Beccaria é hoje um patimônio comum da ciência penal. Ninguém, como ele, exerceu tanta influência na legislação posterior. Todos ficaram dominados pela sobriedade clássica do seu estilo e, sobretudo, pela segurança e pelo conteúdo político-jurídico-ideológico de sua obra, que encarnava, naquela época, o progresso, o avanço, o futuro, contra o atraso, o obscurantismo e a decadência da idade média, regida por um sistema de penas brutal e opressivo. Com Beccaria principia a idade moderna do direito penal. Com ele começa a esaparecer a importância daqueles velhos práticos, fanáticos da repressão penal, Carpzov, Julius Clarius, Farinacius, Covarrúbias, que

---

[15] Pietro Nuvolone, *Trent'Anni di Diritto e Procedura Penale*, 1969, vol. I, pp. 432 e 433.
[16] Pietro Nuvolone, *Trent'Anni di Diritto e Procedura Penale*, 1969, vol. I, pp. 432 e 433.
[17] *Idem, ibidem*, p. 438.

davam suporte doutrinário à imposição das torturas e dos castigos mais atrozes para a condenação à morte cruel de inocentes, de suspeitos de heresia ou de condutas consideradas vulneradoras da ordem dominante. Não será arrojado dizer que o livro de Beccaria representa o primeiro passo de uma caminhada para a abolição da própria prisão como penal. A marcha tem sido longa, já tem mais de dois séculos, mas agora se mostra acelerada com o coro unívoco que grita de todos os lados denunciando a sua brutalidade, a sua ineficácia e o seu efeito contraproducente como método de defesa da sociedade contra o crime.

Desde que apareceu, a obra de Beccaria passou a ser o farol, o ponto de luz a indicar o caminho a ser seguido pelos estudiosos do direito penal. As suas premonições faziam antever que um dia, afinal, o homem seria remido e resgatado de toda punião infamante, cruel ou atentatória de sua dignidade. Antes dele ninguém ousara insurgir-se publicamente contra a ignomínia das torturas e contra a pena de morte.*

Depois dele veio toda uma elaboração doutrinária, que encheu o século XIX de autores verdadeiramente preclaros — Filangieri, Romagnosi, Carmignani —, destacando-se nesse período, da chamada escola clássica, a figura de Francesco Carrara. Diremos que esses e outros, e outros mais, na Alemanha, na França, na Espanhal, na Inglaterra, em Portugal, no mundo inteiro receberam o influxo da obra do imortal marquês lombardo. Ele ficou, para sempre, como uma espécie de inspirador, de timoneiro invisível, que deu leme e bússola a fim de que o direito penal seguisse rumos corretos para o exercício da defesa social dentro do respeito aos direitos e à dignidade da pessoa humana. Beccaria não tem culpa dos desvios de rota acontecidos na viagem, como nos períodos do fascismo, do nazismo e das ditaduras comunistas e militares, desvios de que ainda atualmente há visíveis resíduos, não apenas nas legislações, como também nos hábitos e na atuação de autoridade acostumadas à rotina das prisões ilegais, das violências e das torturas.

Colocamos Carrara como outro ponto de referência na evolução do direito penal. É o jurista por excelência, cuja obra principal — *Programa do Curso de Direito Criminal* — em nove volumes (dois da parte geral e sete da parte especial), é consultada com proveito ainda nos nossos dias, por magistrados, professores e advogados.

---

* Leonardo Sciascia, ficcionista italiano, em livro que combate o fascismo e o Código Rocco, de 1930, alude a Argito Giuffredi, como autor de um *livrinho* — *Advertências Cristãs* — Contra a pena de morte e a tortura, "dois séculos antes de Beccaria" (*Portas Abertas*, trad. Brasileira, editora Rocco, 1990, os. 50/51). Não conseguimos confirmar a referência, em brevíssima pesquisa.

Carrara é um notável continuador da obra de Beccaria, o seu epígono, no que ela tem de aspiração e aperfeiçoamento do direito penal como ciência social e normativa. Nuvolone acentua que ele é a expressão característica do pensamento jusnaturalista e o seu "Programa" se inspira nestes critérios fundamentais: "a) possibilidade de construir um sistema de normas penais universalmente válido, sobre base de princípios de razão; b) distinção entre delitos "naturais" e "políticos"; c) construção do delito como ente jurídico; d) validade geral das normas penais, independentemente da personalidade dos indivíduos singulares, com a única exceção da grande divisão entre imputáveis e inimputáveis; e) correlação necessária entre delito e pena."[18]

Carrara é o protótipo da escola clássica do direito penal, em contraste com a escola positiva, e é assim que o devemos tomar como exemplo.

Zaffaroni destaca a harmonia do conjunto da obra de Carrara, de "base aristotélica", "enriquecida pelo respeito à pessoa humana, que havia passado a primeiro plano a partir da Revolução e do pensamento iluminista. Pode afirmar-se que é o cientista que elabora um monumento sistemático em que a tradição do pensamento ocidental se enriquece com um alto respeito pela dignidade humana."[19]

É essa "atitude reverencial ante a pessoa humana" que, a nosso ver, coloca Francesco Carrara na vertente de inspiração daqueles que, mais tarde, vão questionar a própria prisão como método penal, como forma eficaz na repressão do crime ou como instrumento válido para a ressocialização do infrator.

Na trajetória do direito penal, outro dado importante, numa visão de conjunto, é o aparecimento da escola positivista italiana, na Itália, no último quartel do século passado. Estamos destacando os pontos salientes, os cabeços de morro, no panorama geral. O movimento positivista representou um largo passo à frente na evolução do direito penal, entendido o crime não mais como um ente jurídico abstrato, mas como uma ação humana determinada por circunstâncias de natureza predominantemente social ou, mais raramente, de caráter individual (os doentes psíquicos). Era o determinismo contra o livre-arbítrio na teoria da imputabilidade. Lombroso, Ferri e Garofalo compuseram um triunvirato no comando da nova escola penal. Foi um período extremamente polêmico e fecundo na história de nossa disciplina. Surgiram a antropologia criminal, a criminologia e a socieologia criminal como ciência ancilares do direito penal. A figura maior desse período foi, sem dúvida, a de Enrico Ferri, autor de dois livros básicos —*Sociologia Criminal* e *Princípios de Direito Criminal*. Ferri ainda foi o presidente da Comissão elaborada de um projeto de Código Penal, em 1921,

[18] Nuvolone, *op. cit.,* p. 207.
[19] Zaffaroni, *op. cit.,* pp. 134/135.

e seu autor principal. Esse projeto não se tornou lei na Itália, mas, depois, serviu de base ao Código Penal soviético. Zaffaroni faz um magnífico estudo da obra de Ferri, "um homem genial", que "dissolve o direito na sociologia, porém faz desta uma ciência valorativa. Por caminhos diferentes, a teoria crítica está hoje fazendo algo parecido."[20]

A apostasia de Ferri, com a sua adesão ao fascismo, objeto de um longo trabalho por ele publicado em 1926, decepcionou seus seguidores, principalmente os de confissão socialista. Apesar da adoção de uma postura nitidamente antiindividualista e de defesa veemente do direito da sociedade e do Estado e lutar e de se preservar contra a criminalidade, por procedimentos preventivos e meios repressivos, Ferri não pregou o repúdio aos direitos humanos, mas apenas se insurgiu contra o que chamou de "excessos irracionais" do individualismo, capazes de sacrificar as legítimas garantias da sociedade frente ao delito e ao delinqüente. Ele exprime a sua admiração pela escola clássica, por Beccaria e por seus sequazes, Carrara e Romagnosi, e manifesta a sua repulsa à estatolatria que até o fim do século XVIII desconhecia as "mais elementares garantias de defesa para o indivíduo processado". Vejamos estas palavras do próprio Ferri na sua abjuração, intitulada "Fascismo e Escola Positiva na Defesa Social contra a Criminalidade": "Visto que o direito penal é um ramo do direito público e este não pode deixar de sofrer o influxo das doutrinas e das correntes políticas, é patente que a escola clássica criminal, enquanto no século XIX mais se entregou, pela sistematização jurídica, ao método dedutivo ou apriorístico — de lógica abstrata — como explicitamente declarou Francesco Carrara no seu insuperado *Programa*, nos seus primórdios ao contrário, com Beccaria e Romagnosi, mais se atém à observação dos fatos, porque sem esta não é bastante eficazmente inovadora. Mas fora do seu campo tecnicamente jurídico, a escola clássica, especialmente no livrinho maravilhoso de Cesare Beccaria *Dos Delitos e das Penas* (publicado pela primeira vez, sem nome, em Livorno, em 1764, dois anos depois da publicação do *Contrato Social* de Rousseau e 25 anos antes da revolução francesa), se fundou sobre a doutrina política da soberania popular contra o absolutismo político das grandes monarquias dos séculos XVII e XVIII, e sobretudo no princípio dos "direitos do homem", acenado na revolução inglesa, proclamado em 1770 nos Estados Unidos e exaltado depois — até a incandescência — na revolução francesa. A justiça penal, de fato, até o fim do século XVIII, foi uma empírica exasperação de estatolatria com desconhecimento das mais elementares garantias de defesa para o indivíduo processado. E culminou no absurdo da tortura como meio para obter a confissão do réu, sem a qual o juiz, então, não se sentia com o pode de condenar (o mais das vezes à morte) sem pensar que uma confissão extorquida com tormento não podia oferecer segurança probatória de verdade, como às vezes, por si só, não lhe dá tampouco, se espontânea, por exemplo

[20] *Idem, ibidem*, p. 210.

nos casos de psicopáticos autodenunciantes ou de crianças sugestionadas. Contudo, a justa reivindicação das garantias individuais na justiça penal chegou, na direção individualística do século XIX, a excessos irracionais, até a sacrificar a outro tanto legítima garantia da sociedade frente ao delito e ao delinqüente."[21]

Por esse trabalho, que ocupa quarenta páginas do livro citado e que também foi publicado no "Scuola Positiva" (número de julho de 1926), vê-se que Ferri, embora se insurgisse contra o que ele considerava como excesso do liberalismo da escola clássica, adjetiva de *maravilhoso* o livro de Beccaria e de *insuperado* o *Programa* de Carrara.

Zaffaroni registra e combate as restrições de Ferri ao pensamento liberal anterior, às quais atribui certo caráter autoritário, mas transcreve a opinião de Euzebio Gomez, em defesa do famoso professor italiano: "…do juízo do Mestre acerca dos excessos de liberalismo não pode transformar-se em argumento contra a Escola Positiva, para sustentar que esta agrediu as liberdades individuais. Elas e sua garantia foram reconhecidas sempre e continuarão sendo, pelos positivistas, como uma conquista irrevogável da civilização."[22]

A Escola Positiva, examinada desde a sua origem e nos seus fins, jamais pode considerar-se como contrária ao respeito da dignidade humana e ao reconhecimento dos direitos do homem ante a justiça penal. A Escola Positiva foi um movimento altamente criativo, dele nascendo e se desenvolvendo, não só a antropologia criminal, a criminologia e a sociologia criminal, mas também a política criminal e a penalogia ou ciência penitenciária. Passou o acusado a ser "o protagonista da justiça penal", como disse Ferri. Daí advieram contribuições muito ricas, como as noções da individualização da pena, da periculosidade e da medida de segurança, esta sem coloração punitiva mas tendo por fim a prevenção do crime e especialmente da reincidência. Avançava-se. Tão ou mais importante que o ato incriminado era o exame da personalidade de seu autor. Iniciava-se o que depois veio a constituir o atual movimento de defesa social.

Estava aberto o caminho para a aproximação dos juristas e dos criminólogos, o que realmente se deu, em 1889, com a fundação da União Internacional de Direito Penal por von Liszt, van Namel e Adolphe Prins. Foi um período sumamente produtivo e inovador com uma nítida noção de *política criminal*, propondo a instituição da condenação condicional e de um sistema não estritamente repressivo para os jovens delinqüentes. A União, em seus estatutos, como assinla Marc Ancel, já falava "a linguagem da defesa social" ao afirmar que "a missão do direito penal devia ter em

[21] Enrico Ferri, *Studi sulla Criminalitá*, 2ª ed., 1926, p. 698.
[22] Zaffaroni, *op. cit.*, p. 214.

conta os estudos antropológicos e sociológicos, que a pena não era o único meio de luta contra o crime, que era preciso distinguir diversas categorias de delinqüentes, lutar contra as curtas penas de prisão e não mais fazer depender a duração da pena unicamente da gravidade material da infração, preocupar-se com a emenda do condenado e enfim colocar os delinqüentes habituais fora da situação de se tornarem nocivos o maior tempo possível."[23] O livro de Adolphe Prins, de 1910, *La Défense Sociale e les Transformations du Droit Pénal*, exerceu inegável influência em progressistas reformas penais, adotadas na legislação das três primeiras décadas de nosso século, na Europa e na América, chegando o código cubano de 1936 a chamar-se "Código de Defesa Social".

A União Internacional de Direito Penal representa uma etapa importante da evolução de nossa disciplina no começo deste século. Ao sofrer incontestável influência da escola positivista, trouxe notável contribuição paa o avanço do direito penal no campo da mitigação das penas e no entendimento da necessidade de aplicar o menos possível a prisão como forma de prevenir a reprimir o crime. Pode-se dizer que a união estava muito próxima da corrente que surgiu na Itália, a chamad Terza Scuola ou escola eclética, que pretendia conciliar o antagonismo entre a escola clássica e a positvista. Carnevale foi destacado corifeu dessa corrente e teve seguidores inúmeros, entre eles Gabriel Tarde, na França, autor de obras ainda hoje lidas com agrado e proveito, como a *Filosofia Penal* e a *Criminalidade Comparada*.

Sobreveio a primeira guerra mundial em 1914. Houve um hiato, com o desaparecimento da União Internacional de Direito Penal, em 1924. Daí por diante e até o fim da segunda guerra, começada em 1939 e terminada em 1945, o progresso do direito penal, no sentido que estamos acentuando, de respeito e garantia dos direitos humanos, sofreu um rude golpe, desfechado pelo fascismo, pelo nazismo e pelo comunismo. Na Itália, restabeleceu-se a pena de morte, com o Código Rocco, de 1930. O pensamento penal fascista representou um acentuado retrocesso em relação à política criminal renovadora do começo do século, que percorria o sentido humanista e humanitário do direito penal, dentro da genial concepção de von Ihering de que "a história da pena é a história de sua constante abolição". Mitiga-se, não se agrava; o gênero humano deve ser tratado com compreensão, com inteligência, com tolerância para os seus erros e fraquezas; a brutalidade, a selvageria e a violência jamais foram formas hábeis ou racionais de corrigir eventuais desvios de conduta. A repressão impiedosa do nacional-socialismo, que repudiou o princípio da reserva legal, institucionalizou a tortura, criou os campos de concentração e extermínio, executou reféns, foi o triste exemplo de uma época de violações dos direitos dos cidadãos e da

[23] Marc Ancel, *La Défense Sociale*, Ed. Presses Universitaires de France, 1985, p. 16.

dignidade humana. Não foi diferente o regime soviético, com os julgamentos sinistros da era staliniana e as condenações capitais por tribunais sem garantias.

Os regimes autoritários sustentam-se pela força e são ilusórios os disfarces com que procuram justificar juridicamente seu caráter ditatorial. O fascismo é o melhor exemplo disso. O Código Rocco distingue-se pela proteção do Estado como fim do direito penal, pela gravidade das penas, especialmente para os delitos políticos, multiplicidade de agravantes, proteção do partido político oficial, notável rigidez legalista com a conseqüente redução das faculdades do juiz. O pior é que o Código Rocco, não chegando às aberrações do direito nazista e vestindo uma roupagem enganadora, conquistou adeptos e influiu consideravelmente na legislação de muitos outros países. O nosso Código Penal de 1940, ainda em vigor, se bem que reformado em 1984, para melhor, na parte geral, teve como modelo imediato o código italiano. Daí os fortes resíduos autoritários incrustados em nossa legislação. Não tem sido fácil expurgá-los. O mais grave é que a mentalidade de grande parte de nossos jurispenalistas — magistrados, professores e advogados — se formou sob a égide do Código Rocco e de seu substrato filosófico, a chamada escola técnico-jurídica, cujos áridos pressupostos constituem o que nos parece uma nociva contribuição do fascismo à ciência do direito penal. De fato, essa escola gerou os dogmáticos, que Nelson Hungria cauterizou em memorável conferência — "os pandetistas do direito penal" —, onde escreveu páginas candentes para combater aqueles que querem distanciar o direito penal de sua realidade humana e social, partindo de "esquemas apriorísticos, de classificações rígidas, de quadros fechados, de logomaquias difusas e confusas, de sutilizações cerebrinas, de fragmentações infinitesimais de conceitos". E mais: "o crime não é apenas uma abstrata noção jurídica, mas um fato do mundo sensível, e o criminoso não é um impessoal "modelo de fábrica", mas um trecho flagrante da humanidade. A ciência que estuda e sistematiza o direito penal não pode fazer-se cega à realidade, sob pena de degradar-se num formalismo vazio, numa platitude obsedante de mapa mural de geometria. Ao invés de librar-se aos pináculos da dogmática, tem de vir para o chão do átrio, onde ecoa o rumos das ruas, o vozeio da multidão, o estrépito da vida, o fragor do mundo, o bramir da tragédia humana."[24]

À fase tecnicista sucedeu, logo após a terminação da segunda guerra mundial, uma forte reação humanista e humanitária. O direito penal retornava ao seu leito natural, no caminho que vem trilhando desde Beccaria. Não surgiu propriamente uma nova escola penal, mas um movimento, sumamente criativo, que vem influindo de modo intenso na reforma penal e penitenciária da segunda metade do século XX. Foi seu idealizador o advogado e professor italiano Filippo Gramatica, que fundou, em

[24] Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, vol. I, 1949, p. 592.

Gênova, em 1945, um Centro de Estudos de Defesa Social, o qual realizou, dois anos depois, em 1947, em San Remo, o 1º Congresso Internacional de Defesa Social. Gramatica adotava uma posição radical. Para ele a Defesa Social consistia na ação do Estado destinada a garantir a ordem social, mediante meios que importassem na própria abolição do direito penal e dos sistemas penitenciários vigentes. Depois do caráter repressivo e da crueldade dos regimes derrubados pela guerra, a manifestação do Centro criava perspectivas alvissareiras. Sentia-se um sopro renovador, progressista, arrojado, talvez utópico, quanto aos objetivos a alcançar. O movimento de Gramatica logo se tornou um foco aglutinador e, ao mesmo tempo, irradiador de modernas concepções. O direito penal, sufocado pela estreiteza do tecnicismo jurídico e pelo reacionarismo nazi-fascista, renascia e tomava suas verdadeiras dimensões. Saía do litoral e voltava a encarar o horizonte. Olhava para a frente e voltava a ser uma ciência arejada, sem teias de aranha a proibir-lhe o convívio com as outras ciências, na sua origem e sobretudo na sua aplicação a seres humanos. Os exageros do pioneirismo de Gramatica viriam a ser podados pela moderação dos que acorreram ao chamado de sua pregação. Marc Ancel, que viria a conter os excessos do Centro, a ele, entretanto, aderiu com entusiasmo porque desenvolveu-se numa "atmosfera singular de fervor e de esperanças" e implantou "as bases do verdadeiro movimento moderno de defesa social: uma confiança no destino do homem, uma proteção do ser humano, uma reação contra a repressão cega, uma preocupação de humanizar as instituições penais e de assegurar a recuperação social daquele que se tenha desviado para a delinqüência: — estas são as primeiras afirmações da defesa social, no momento em que ela toma verdadeiramente consciência de si mesma".[25]

Brotara um vigoroso movimento, que passou a receber outras adesões expressivas. Pouco depois, em 1949, um 2º Congresso, realizado em Liége, teve grande ressonância e dele saiu constituída a "Sociedade Internacional de Defesa Social", cuja presidência coube a Gramatica.

Na tomada de posição das duas principais correntes que se formaram, uma seguindo a posição mais extremada de Gramatica, que propunha a substituição do direito penal por um direito de defesa social, e outra, mais numerosa, defendendo o estado de direito, a legalidade e um sistema regular de processo judicial, com a garantia dos direitos individuais, predominou a corrente moderada, desde o Congresso de San Remo, e isso ficou definitivamente marcado pela aprovação, em 1954, no Congresso de Anvers, de um "Programa Minimum", redigido por Ancel, Herzog e Strak. Não houve ruptura, houve um consenso geral: Gramatica também aceitou o *Programa*, com a ressalva de não abdicação de suas convicções pessoais. A reserva das divergências

[25] Marc Ancel, *op. cit.*, p. 22.

individuais assegurou a preservação do movimento, que veio daí por diante se mostrando puralista, internamente, submetendo-se a minoria às decisões da maioria, como aconteceu nos Congressos de Paris (1971), Caracas (1976), Tessalônica (1981) e na Asembléia Geral da Sociedade, reunida em Milão (1985). Nesta última se decidiu manter o "Programa Minimum", acrescido de um "Adendum", para atualizá-lo.

O Movimento de Defesa Social não tem propriamente uma unidade de pensamento, nem está filiado a qualquer escola filosófica. Ele tem uma concepção crítica do fenômeno criminal e o acompanha e estuda nas suas transformações, nas suas causas nos seus efeitos, entendendo-o como o resultado de uma diátese social, que deve ser curada racionalmente, através de uma política que respeite a dignidade da pessoa e resguarde os direitos do homem. Ele tem uma posição reformista quanto à atividade punitiva do Estado, que há de ser exercida de modo não dogmático, mas dentro de uma visão abrangente dos conhecimentos humanos. O movimento, como já notamos, repudia o álgido tecnicismo jurídico e, por isso, entende que a lei não é a única fonte do direito, mormente na sua aplicação. Rejeita, também, o positivismo, "tanto o fatalismo biofísico derivado de Lombroso (com o "criminoso nato") quanto o causalismo social de Enrico Ferri", embora considere que "a política criminal de defesa social é diretamente saída da 'revolta positivista' do fim do século passado e, tanto quanto corrente crítica, encontrou suas primeiras afirmações na contestação pela Escola Italiana do sistema tradicional de repressão."[26]

O Movimento de Defesa Social teve em Marc Ancel um de seus corifeus, e o seu livro *A Nova Defesa Social* (do qual existe tradução brasileira prefaciada por Heleno Fragoso), com larga divulgação, examinou com grande competência os mais importantes problemas da política criminal dos nossos dias. Esse livro foi editado inicialmente em 1954. Posteriormente, o mesmo Marc Ancel escreveu, em 1985, um novo livro — *La Défense Sociale* — que, embora não seja repetição do primeiro, faz uma excelente análise da política criminal contemporânea.

Ancel opôs à proposta de Gramatica por entender que a abolição do direito penal condiziria ao "arbítrio mais absoluto ou mesmo para uma espécie de caos social", advertindo, porém, que "o penalista sente hoje que não mais pode ser simplesmente um jurista"… e "o criminalista mais avisado sente igualmente que não pode reconhecer, sem distinção, ao médico, ao sociólogo ou ao psicólogo o direito de substituí-lo."[27]

A Nova Defesa Social é, atualmente, um movimento dinâmico e propagador das idéias que surgem e se entrecruzam nos domínios da ciência penal. É inegável o seu

[26] *Idem, ibidem,* ps. 49/50.
[27] Marc Ancel, *A Nova Defesa Social*, trad. Brasileira, pp. XXI e XXII.

papel como estímulo e emulação para os estudos, pesquisas e observações em torno dos problemas criminais, dentro de um amplo espectro, seja no direito e no processo penal, seja sobretudo na definição de uma política criminal garantidora do respeito aos direitos humanos. Ele é a expressão moderna das conquistas da Revolução Francesa e da antevisão genial de Beccaria. Nas palavras de Marc Ancel "o movimento moderno de política criminal de defesa social nasceu de uma reafirmação dos Direitos do Homem, da dignidade do ser humano e de sua proteção efetiva na comunidade social… ele é a resultante por sua vez da corrente libertadora e humanitária de 1789 e da tradição cristã em sua vocação humanista."[28]

Sob o influxo das idéias da Nova Defesa Social, em continuação a uma política criminal racional ditada pela União Internacional de Direito Penal, com von Liszt, Adolphe Prins e van Hamel, que já advogava a adoção do "sursis" e dava os primeiros passos contra as penas de curta duração, e, também, com a pregação da Escola Positiva, no fim do século passado, com Enrico Ferri à frente, lutando pelos "substitutivos penais", foi-se avolumando o movimento contra a pena de prisão em si mesma. Há, hoje, um consenso universal, a partir da Organização das Nações Unidas, que preconiza a adoção de penas alternativas, em substituição à pena de prisão, destinada esta, *ultima ratio*, como verdadeira medida de segurança, para a segregação dos delinqüentes perigosos. Hoje, não se ignora que a prisão não regenera nem ressocializa ninguém; perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece, é uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas onde se diploma o profissional do crime. Se não a podemos eliminar de uma vez, só devemos conservá-la para os casos em que ela é indispensável. Estendê-la, exacerbá-la, especialmente nos casos de prisão preventiva, é retroceder a um período de fanatismo repressivo, de reações instintivas, de um direito autoritário e desumano, que fica a um passo de outras formas violentas de castigo. Não é com a severidade das penas que se combate ou extingue a criminalidade. Se assim fosse, bastava estabelecer a pena de morte que os crimes desapareceriam com a só ameaça de sua aplicação. Em livro recente, o professor Francisco de Assis Toledo, ministro do Superior Tribunal de Justiça, membro e coordenador das comissões de reforma penal, um dos co-autores do atual Código Penal — Parte Geral, da Lei de Execução Penal e do projeto do Código Penal em andamento no Congresso, escreveu, com a sua inegável e reconhecida autoridade: "Em grave equívoco incorrem, freqüentemente, a opinião pública, os responsáveis pela Administração e o próprio legislador, quando supõem que, com a edição de novas leis penais, mais abrangentes ou mais severas, será possível resolver-se o problema da criminalidade crescente. Essa concepção do direito penal é falsa porque o toma como uma espécie de panacéia que logo se revela inútil diante do incremento desconcertante

[28] Marc Ancel, *La Défense Sociale*, p. 52.

das cifras da estatística criminal, apesar do delírio legiferante de nossos dias. Não percebem os que pretendem combater o crime com a só edição de leis que desconsideram o fenômeno criminal como efeito de muitas causas e penetram em um círculo vicioso invencível, no qual a própria lei penal passa, freqüentemente, a operar ou como fator criminógeno, ou como intolerável meio de opressão."[29]

O observação de que a prisão atua como fator criminógeno não pe nova. Vem de longe. Radbruch e Gwinner, em sua *História de la Criminalidad*, já a haviam detectado na Idade Média: "los proscritos llegaron a ser el núcleo central de la criminalidad profesional. Ya em los comienzos da la criminalidad profesional existia um Derecho Penal equivocado, productor de criminalidad"[30] *(id.*, *id.*).

As estatísticas atuais são alarmantes. A pena de prisão é um remédio opressivo e violento, de conseqüencias devastadoras sobre a personalidade humana, e que deve ser aplica, como verdadeira medida de segurança, aos reconhecidamente perigosos. Há resistências a essa posição, por uma espécie de reação instintiva, que atua no sentido de agravar o sentimento de insegurança resultante do inegável aumento de criminalidade, cujas causas geradoras são bem conhecidas: a miséria, a fome, o desemprego, a injustiça social. Há as causas individuais, os deficientes mentais, os portadores de distúrbios psíquicos, alcoólatras, dependentes de drogas, etc.

A cadeia é uma universade do crime, proclamava Nelson Hungria, o principal elaborador da legislação penal brasileira.

Pouco antes de morrer, Heleno Fragoso, notável professor e penalista, escreveu, em comentário feito à atual parte geral do Código Penal: "Como instituição total a prisão necessariamente deforma a personalidade, ajustando-se à subcultura prisional (prisionização)." "O problema da prisão é a própria prisão… Aos efeitos comuns a todas as prisões, somam-se os que são comuns nas nossas: — superpopulação, ociosidade e promiscuidade."[31]

Mestre reconhecido da disciplina de Direito Penitenciário, Roberto Lyra fez sua autocrítica num pequeno livro que hoje corre mundo e cujo título já diz tudo: *Penitência de um Penitenciarista*. O jovem másculo que ele acusara com ardor no júri, "para regenerar-se e aprender a conter-se na prisão", tornara-se homossexual, "de cara cínica, precocemente envelhecido"… A pedagogia, a medicina, a psicologia, a economia, a política, se não a própria moral, já não admitem discussão sobre a

---

[29] Francisco de Assis Toledo, *Princípios Básicos de Direito Penal*, Ed. Saraiva, 1986, p. 5.
[30] *Idem, ibidem*.
[31] Heleno Fragoso, *Lições de Direito Penal — A Nova Parte Geral*, 9ª ed., 1985, pp. 300/301.

monstruosidade antinatural, antiindividual e anti-social, de prender, isolar, segregar. É pior do que eliminar e transportar."[32]

Mais desumano ainda é que o atual sistema penitenciário abriga, seletivamente, os pobres e os desassistidos.

A quem interessa a difusão e a propaganda da insegurança, sem combater as suas causas? Em excelente trabalho de pesquisa, do jornalista Luiz Lobo, lê-se que a violência e a falta de segurança sempre foram objeto das notícias dos jornais desde os tempos da colônia. O artigo de Luiz Lobo divulga os resultados da campanha "O Rio contra o Crime", da qual foi um dos responsáveis, e conclui com estas exatas palavras: "A paranóia, o medo e a sensação de insegurança interessam somente àqueles que exploram o crime, seja de que maneira for, interessam apenas àqueles que não estão interessados em resolver os verdadeiros motivos da violência, aos que usam a desculpa da violência para serem violentos" ("A quem interessa a sensação de insegurança?").[33]

É preciso ter em conta que o aumento da criminalidade violenta e organizada se verifica em todo o mundo, com formas espetaculares, e sensibiliza a opinião pública. Marc Ancel registra que nesses casos graves (rapto de pessoas, tomada de reféns, seqüestro de aviões, etc.), a classe média e certos políticos se unem para desenvolver no público uma psicose de insegurança, própria a favorecer o retorno a uma repressão sem limite."[34]

A prisão atinge o condenado ou o preso preventivamente em sua integridade física e em sua integridade moral. Ela "leva à submissão passiva ou, ao contrário, a um estado de revolta que se traduz por uma agressividade crescente e pelo recurso à violência, de que as sublevações penitenciárias são a expressão."[35]

Os males da prisão levaram à pregação da abolição do próprio direito penal por Filippo Gramatica e seus seguidores e, hoje, por uma corrente chamada Política Criminal Alternativa.

Marino Barbero Santos, catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Madri e magistrado do Tribunal Supremo de Espanha, um dos autores do Adendum ao Programa Minimum da Sociedade Internacional de Direito Penal, nome que veio a ter, em definitivo, o movimento iniciado por Gramatica, considera que "advogar a abolição

---

[32] Roberto Lyra, *Penitência de um Penitenciarista*, 1957, pp. 15 e 29.
[33] Luiz Lobo, Rev. Polícia Militar, ano II, nº 4, outubro 1985.
[34] Marc Ancel, *La Défense Sociale*, p. 55.
[35] *Idem, ibidem*, pp. 75/76.

do Direito Penal é formoso e interessante, mas … utópico …", e acrescenta: "o enorme valor das concepções abolicionistas para promover um futuro jurídico-não-penal melhor, não impede que sejam julgados impraticáveis no presente momento histórico."[36]

Da mesma sorte, João Marcello de Araújo Júnior, professor titular da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, manifesta sua simpatia pela corrente político-criminal que se intitula Política Criminal Alternativa, que, sob a denominação Nova Criminologia, apresenta tendências e posições aproximadas, subdividindo-se em Criminologia Crítica, Criminologia Radical, Criminologia da Reação Social, Economia Política do Delito, todas de inspiração marxista. Em didática exposição, João Marcello, apesar de reconhecer o altruísmo das idéias desse movimento, teme "por sua exeqüibilidade, principalmente no que diz respeito à abolição da pena privativa de liberdade", preferindo "adotar uma atitude realística, que parece ser a da Novíssima Defesa Social."[37]

Como observa Barbero Santos, o próprio Alessandro Baratta, um dos corifeus da Criminologia Crítica e da Política Penal Alternativa, alterou a sua posição radical para aceitar o princípio da legalidade, que é um dos fundamentos do Estado de Direito. De fato, Baratta, em relatório apresentado ao colóquio da Seção Nacional Espanhola, da Associação Internacional de Direito Penal, realizado em Madri e Plasencia, de 19 a 23 de outubro de 1977, escreveu que "o objetivo final da estratégia alternativa é a abolição da instituição carcerária."[38] Mas esclarece que "as faces de aproximação a este objetivo são múltiplas e diferenciadas… constituem-se pela extensão do sistema de medidas alternativas, por uma ampliação das formas de suspensão condicional e da liberdade condicional, pela introdução de formas de execução de pena privativa da liberdade em regime de semiliberdade, pela experiência animada e pela extensão do regime de permissões, enfim, por uma revalorização do trabalho carcerário em todos os sentidos."[39] O pensamento de Baratta ainda fica mais nítido neste trecho: "ao falar de superação do direito penal é necessário precisar dois pontos: o primeiro é que a contração ou superação do direito penal deve ser a contração e superação da pena antes de ser superação do direito que regula seu exercício. Seria muito perigoso para a democracia e para o movimento operário cair na armadilha que hoje lhe foi preparada e deixar de defender o regime das garantias legais e constitucionais que regulam o exercício da função penal no estado de direito… o segundo ponto é que, se bem que

---

[36] Marino Barbero Santos, *A Reforma Penal — Ilícitos Penais Econômicos*, Forense, 1987, pp. 9 e 10.
[37] João Marcello de Araújo Júnior, *Temas Atuais do Direito Brasileiro*, Ed. UERJ, 2ª série, pp. 140/141.
[38] Alessandro Baratta, "Criminologia Crítica e Política Penal Alternativa e Criminologia e Dogmática Penal, Passado e Futuro do Modelo Integral da Ciência Penal", *in* Rev. Dir. Penal, vol. 23 e 31, p. 17.
[39] Alessandro Baratta, "Criminologia Crítica e Política Penal Alternativa e Criminologia e Dogmática Penal, Passado e Futuro do Modelo Integral da Ciência Penal", *in* Rev. Dir. Penal, vol. 23 e 31, p. 17.

seja certo que falar em superação do direito penal não significa, certamente, negar a existência de formas alternativas de controle social da conduta desviante, que não é uma experiência da exclusiva sociedade capitalista…"[40]

No Brasil, os partidários mais destacados dessa Política Penal Alternativa seguem o primeiro trabalho do professor Roberto Lyra Filho — *Criminologia Dialética* —editada em 1972. O mesmo Lyra Filho publicou depois um magnífico estudo — *A Criminologia Radical* — na Revista de Direito Penal, onde analisa e aplaude a tese com a qual o professor Juarez Cirino dos Santos obteve o título de doutor na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro: "o objetivo marcante e cada vez mais nítido era, e é, alistar-me entre os intelectuais orgânicos do nosso bloco histórico visando o socialismo democrático. Isto, por si só, delineia uma evidente solidariedade com os propósitos declarados pelo meu jovem e brilhante colega Cirino."[41]

Vemos que, no fundo, os adeptos daabolição do direito penal não querem uma abolição imediata. Tudo é uma questão de grau. Todos estão de acordo com o uso cada vez em menor escala da prisão, com a adoção de alternativas. Os partidários da criminologia radical pretendem a modificação do próprio sistema político de governo. Mas enquanto isso não se realizar, querem, de imediato, medidas de contenção, ou seja, a aplicação da prisão *ultima ratio*, ou seja, a segregação só em último caso, para os perigosos.

Já estamos assistindo à implantação das chamadas penas alternativas, outras formas de manifestar a reprovação social contra o crime que não sejam o encarceramento do acusado: — as interdições de direito, o ressarcimento do dano ocasionado pelo crime, a multa, a prisão de fim de semana, a prestação de serviço gratuito à comunidade, a liberdade vigiada, a *probation*, o *sursis*, a prisão-albergue, etc. (vide René Ariel Dotti, *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*, 1980; José M. Rico, *Sanções Penais*, trad. Sérgio Fragoso, 1978).

Marc Ancel observa, ante toda uma avalance de opiniões e da realidade que já se integra até nos Códigos: "…um dos principais problemas da política criminal de hoje é, salvo as exceções inevitáveis, de se desembaraçar da prisão."[42]

Mais sério ainda é o problema da prisão provisória. Essa, segundo a opinião generalizada entre os autores, deve ser empregada com parcimônia, nos casos excepcionais. O mestre francês resume o seu pensamento: "Um outro problema vizinho

---

[40] *Idem, ibidem*, p. 19.
[41] Roberto Lyra Filho, Rev. Dir. Penal.
[42] Marc Ancel, *La Défense Sociale*, p. 83.

é o do emprego abusivo da *detenção provisória*, isto é, do encarceramento antes do julgamento. Esta privação da liberdade (por vezes necessária para impedir o acusado de escapar à justiça, de subornar as testemunhas ou de fazer desaparecer as provas) deveria, mais que qualquer outra, ser excepcional, pois o acusado é presumido inocente até que uma decisão judiciária o declare culpado."[43]

A prisão é uma escola de recidiva, uma forma de destruir a personalidade do preso, de deformá-la e de corrompê-la. Além de tudo ela é um instrumento muito caro. O custo de um preso, segundo pesquisa por nós iniciada no Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, varia muito, segundo o local. As informações obtidas, sujeitas a confirmação, oscilavam entre três e sete salários mínimos (nas Penitenciárias). E o preço da construção e da aparelhagem para o funcionamento de um presídio? Veja-se que é como construir um hotel ou uma escola, ou talvez mais, porque a prisão necessita de pessoal especializado, de enfermaria, de cozinha, de escola, etc.

De tudo isso resulta, nunca é demais repetir, que a prisão, como método penal, está condenada pela ciência e pela experiência de todos os povos. Magarinos Torres já escrevia, em 1934, há mais de meio século, no prefácio ao livro *Curso da Crítica Penal*, de Jorge Severiano Ribeiro: "Ciência não será, tampouco, esse entretenimento literário de espíritos pretensiosos, que vivem a embair a ingenuidade dos moços nas escolas com a prédica das sanções rigorosas e sistemáticas, fingindo ignorar a maldade monstruosa, que caracteriza, na sua objetividade, o Direito Penal. Prisão é somente uma necessidade, que nenhuma ciência poderá justificar. Deve, pois, ser módica e só aplicável pelos efeitos, sempre transitórios, que possa ter sobre a sociedade… em falta de remédio mais inteligente."[44]

Prisão é de fato uma monstruosa opção. O cativeiro das cadeias perpetua-se ante a insensibilidade da maioria, como uma forma ancestral de castigo. Para recuperar, para ressocializar, como sonharam os nossos antepassados? Positivamente, jamais se viu alguém sair de um cárcere melhor do que quando entrou. E o estigma da prisão? Quem dá trabalho ao indivíduo que cumpriu pena por crime considerado grave? Os egressos do cárcere estão sujeitos a uma outra terrível condenação: o desempreg. Pior que tudo, são atirados a uma obrigatória marginalização. Legalmente, dentro dos padrões convencionais, não podem viver ou sobreviver. A sociedade que os enclausurou sob o pretexto hipócrita de reinserí-los depois em seu seio, repudia-os, repele-os, rejeita-os. Deixa, aí sim, de haver alternativa, o ex-condenado só tem uma solução: incorporar-se ao crime organizado. Não é demais martelar: a cadeia fabrica

---

[43] *Idem, ibidem*, p. 84.
[44] Jorge Severiano Ribeiro, *Curso de Crítica Penal*, 1934, p. V.

delinqüentes, cuja quantidade cresce na medida e na proporção em que for maior o número de presos ou condenados.

Os fariseus de todos os matizes, não podendo deixar de reconhecer a evidência dos malefícios da prisão, bradam que a pena tem caráter intimidativo e serve como retribuição do mal causado pelo infrator da norma penal. O fator intimidativo pode ser exercido por outras formas de punição, que não a cadeia, e, quanto à retribuição, seria um retorno à pena castigo, anticientífica, verdadeiro talião patrocinado pelo Estado.

De todas as considerações feitas chegamos à iniludível conclusão de que o encarceramento do homem não o melhora, nem o aperfeiçoa, nem corrige a falha cometida, nem o limpa de culpa para um retorno à vida da sociedade que ele perturbou com a sua conduta delituosa.

Que fazer? Vimos que na opinião dos estudiosos de todas as correntes, independentemente de suas convicções filosóficas, a política criminal do nosso tempo deve encaminhar-se para uma gradual eliminação da pena de prisão, com o encontro de substitutivos. Para se chegar a esse objetivo, que representa hoje o pensamento dominante, preconiza-se a descriminalização, isto é, a retirada das leis penais de infrações que não mais devem ser catalogadas como crimes, de acordo com os costumes de nossa época; a despenalização, isto é, a aplicação de sanções outras, que não a pena de prisão, para condutas que, embora ainda devam estar contempladas na legislação penal, não apresentam maior gravidade ou ofensa às regras de manutenção do convívio social; a desjudiciarização, ou seja, a retirada da competência do poder judiciário penal, de ações cuja solução melhor ficaria situada na esfera civil ou administrativa. A prisão restaria para os delitos mais graves, aqueles que atendam contr normas protetoras de direitos cujo desrespeito atinge fundamente os princípios de coesão social.

Por outro lado cabe assinalar que há, em sentido contrário uma forte tendência para criminalizar condutas que afetam direitos difusos, entre os quais se destacam a ofensa ao meio ambiente, bem como os chamados crimes econômicos, de “colarinho branco”, contra a economia popular.

A criminalização não quer dizer que as penas sejam necessariamente de prisão. Por exemplo, como ressocializar, com a segregação, um banqueiro, que é, no sistema capitalista, por sua própria condição um hipersocializado? Mais eficaz, seria compeli-lo a ressarcir dano causado, além de uma multa que eventualmente poderia torná-lo pobre. Alguns propõem, nesses casos, utilizar, além da multa, uma prisão *sharp short shock*, de curta duração, com o sentido de exemplaridade. Seria como uma cafua em

que antigamente se prendiam os alunos castigados, por pouco tempo, sem que tal detenção acarretasse os males da prisão carcerária.

É lastimável a desinformação geral sobre o grande e fecundo movimento que prega uma moderna política criminal, sob a influência das Nações Unidas e do Conselho da Europa. É preciso entender a necessidade de humanizar os regimes de prisão, de aproximar cada vez mais a vida carcerária da vida livre, de colocar pessoal habilitado para a ressocialização do condenado, de favorecer os contatos com a família, de tratar o preso como criatura humana, de propiciar-lhe condições de trabalho útil e de estudo, de modo a torná-lo apto e preparado para a sua reintegração social. Há grande hostilidade de certos círculos contra a melhoria das prisões e contra a adoção de medidas destinadas a ir adaptando paulatinamente o preso à vida exterior, com as permissões de saída, o direito à correspondência e, como nota Ancel, "o terrível e delicado problema sexual, que ninguém ousa abordar francamente."[45] Os partidários da volta a métodos bárbaros de repressão não entendem que estão transformando homens em feras e aumentando a legião dos desajustados. O que as Nações Unidas recomendam hoje, nos seus congressos, é exatamente aquilo que representa o tratamento do preso, com a finalidade de reinseri-lo no contexto da sociedade, nele preservada a noção da própria dignidade e do respeito à dignidade alheia.

Sobre o tratamento de ressocialização, algumas técnicas começaram a ser ensaiadas por pessoal especializado. Por exemplo, a terapia de grupo (*group therapy*), em que "detidos especialmente reunidos ensaiam compreender e se possível resolver seus próprios problemas através de uma livre discussão com a ajuda de um especialista qualificado (*group counseling*), confersas em comum com o esforço de dar aos participantes uma consciência mais exata dos valores (e da escala de valores) sociais; a "orientação de grupo" que consiste em fornecer ou em trocar informações práticas sobre o trabalho (e a formação profissional) ou sobre a vida corrente no estabelecimento, melhorando assim as relações mútuas dos detidos entre si e com o pessoal penitenciário."[46]

Nos Estados Unidos e nos países escandinavos, especialmente, desenvolveu-se a idéia de "comunidade de prisão" e de "comunidade terapêutica" para evitar a *prisonização* que é o fenômeno inverso do desejado: o detido, ao invés de se ressocializar, adapta-se ao meio, ao regime e à rotina da prisão. Já se tentam também experiências de *self government*, confiando aos detidos uma parte, maior ou menor, da gestão do estabelecimento sob o controle da administração penitenciária.[47]

---

[45] Marc Ancel, *La Défense Sociale*, p. 77.
[46] *Idem, ibidem*, p. 78.
[47] *Idem, ibidem*.

Essas notícias poderão chocar os fanáticos da repressão, que têm conquistado muito terreno, no Brasil, nos últimos tempos, com a prisão cautelar, por mera suspeita, que atinge os inocentes e serve de pretexto para a prática de constantes abusos de poder, e a agravação de penas carcerárias para os chamados crimes hediondos. Procura-se criar uma atmosfera de pânico que oferece ensejo à proposta legislativa do retorno à pena de morte. Explora-se a reação instintiva da opinião pública contra crimes espetaculares. Nenhum desses pregoeiros da repressão jamais se alistou entre os que estão pensando na prevenção dos delitos, no antedimento aos menores abandonados, na criação de condições sócio-econômicas que impeçam a geração de novos delinqüentes. Consciente ou inconscientemente estão contribuindo para incutir na população a falsa noção de que a cadeia, quanto mais tenebrosa, mais eficiente para o combate à criminalidade.

É certo que a privação da liberdade, para combater o crime, está arraigada na consciência social. Se assim é, procuremos torná-la o menos nociva possível, reduzindo-a ao máximo, aos reconhecidamente perigosos. Devem ser adotadas e ampliadas as modalidades alternativas da prisão, algumas já incorporadas às legislações. São formas de condenação sem o labéu da prisão, sem a marca da cadeia, sem o ferrete do cárcere, enfim, sem o estigma que dificulta senão impede a sua reinserção na comunidade. Outras alternativas serão encontradas no dia-a-dia da aplicação de uma política criminal inteligente e criativa, que, após a fase do estéril tecnicismo nazi-fascita, envereda novamente por seu caminho luminoso de proteção e garantia dos direitos humanos.