



# A pena em uma sociedade democrática

LUIGI FERRAJOLI\*

## Direito penal mínimo como lei do mais fraco

Uma reflexão sobre a pena, ou seja, sobre o papel e os limites da sanção penal, especificamente da pena carcerária em uma sociedade democrática, exige uma avaliação inicial sobre o que se deve entender por sociedade democrática. Sociedade democrática alude evidentemente a um genérico parâmetro axiológico: o dever ser da pena em uma sociedade que desejamos ser informada dos valores de democracia. Vale dizer, portanto, que a relação entre o direito penal e a democracia é bastante particular. O direito penal é de fato o terreno sob o qual, da maneira mais emblemática, se manifestam os limites da democracia política, entendida como o poder ou vontade do povo e, portanto, da maioria.

Se este e somente este fosse o sentido de democracia, não se excluiria a possibilidade de fundar-se uma axiologia democrática e garantidora do direito penal. Um direito penal, em tal sentido "democrático", se orientaria inevitavelmente para um direito penal máximo, ou seja, maximamente repressivo, privado de limites e de garantias, por dois motivos: antes de tudo porque o ponto de vista da maioria induz a conceber o di-

reito penal essencialmente como um instrumento de defesa social, ou seja, de prevenção dos delitos e de defesa dos interesses da maioria não "desviada", contra os atentados à segurança trazidos pela minoria dos "desviados"; e é claro que o parâmetro da máxima utilidade possível dos não "desviados" não só não oferece critérios para limitar ou minimizar as aflições da pena, mas, ao contrário, aponta critérios para maximizá-las. A idéia da defesa social, dizia há um século Francisco Carrara, tem como êxito inevitável o terrorismo penal.

Em segundo lugar, porque o desvio solicita sempre a mobilização da maioria que assume a si mesma como "não desviada" contra a minoria dos "desviados", considerados como diferentes e fonte de obscuros perigos. Se depois da publicação do volume de Beccaria *Dei delitti e delle pene* tivesse sido feito um *referendum*, este acolheria apenas o consenso do próprio Beccaria e algumas dezenas de seus amigos. Tudo isso quer dizer que entre garantismo penal e democracia política, entre segurança e liberdade, entre defesa social e direitos do acusado e condenado, existe de fato uma antinomia.

A batalha pelo garantismo penal, como

escreveu Norberto Bobbio, foi sempre uma batalha das minorias. Há, todavia, um segundo sentido, ou melhor, uma segunda dimensão da democracia não antitética mas complementar à "democracia política", que consiste em compreender os fundamentos axiológicos e também os limites do direito penal e da pena. Trata-se da dimensão que vem a conotar a democracia como "democracia constitucional" ou "de direito" e que aponta não quem está habilitado a decidir (a maioria, justamente), mas sim o que não é lícito decidir por nenhuma maioria, nem mesmo pela unanimidade. Uma nova dimensão na qual o direito penal representa, e historicamente representou, o terreno emblemático de reflexões e elaborações; aquele compromisso da construção de um Estado constitucional de direito.

Esta esfera do "não decidível" - o que não é lícito decidir (ou não decidir) - consiste, nas constituições democráticas, naquilo que se convencionou subtrair da vontade das maiorias. E o que as constituições - esses contratos sociais em forma escrita, que são os pactos constitucionais - estabelecem como limites e vínculos à maioria, condições de vida civil, e as próprias razões do pacto de convivência? Essencialmente, duas coisas: a igualdade dos cidadãos - sejam eles "desviados" ou "não desviados" - e a garantia de seus direitos fundamentais, antes de tudo a vida e a liberdade pessoal, que não é vontade da maioria, nem é interesse geral, nem tampouco bem comum ou público, aos quais essas garantias possam ser sacrificadas. "Nenhum homem", escreveu Beccaria, "fez doação gratuita de parte da própria liberdade em favor do bem público". Foi de fato "a necessidade que obriga os homens a ceder parte da própria liberdade: é absolutamente certo que ninguém quer colocar no depósito público nada além da mínima porção possível, apenas aquela que basta para induzir os outros a defendê-lo. Tudo o mais é abuso e não justiça, é fato mas não ainda direito".

Se este é o limite imposto pelo pacto constitucional ao poder público por ele originado, a única justificativa que o direito penal pode oferecer como alternativa à hipótese abolicionista é que tal limite consiga ser um instrumento de defesa e de garantia de todos: da maioria "não desviada", mas também da minoria "desviada", que portanto se configura como um *direito penal mínimo*, como técnica de minimização da violência na sociedade; da violência dos delitos, mas também da reação aos delitos; que, em suma, realize um duplo objetivo: a prevenção e a minimização dos delitos, bem como a prevenção das reações informais aos delitos e a minimização das penas.

É claro que tal paradigma se contrapõe não somente às tradicionais doutrinas retributivistas da pena - à la Kant ou à la Hegel - que resultam de uma concessão supersticiosa e punitiva da relação entre delito e pena, e também das tradicionais doutrinas que utilizam a prevenção ou defesa social, sejam estas de prevenção geral ou especial, que assumem, todas, como ponto de vista e parâmetro a utilidade para a maioria "não desviada". Contra este "utilitarismo" dividido, o paradigma do direito penal mínimo assume como única justificação do direito penal o seu papel de *lei do mais fraco* em contrapartida à *lei do mais forte*, que vigore na sua ausência; portanto, não genericamente a defesa social, mas sim a *defesa do mais fraco*, que no momento do delito é a parte ofendida, no momento do processo é o acusado e, por fim, no momento de execução, é o réu.

Disso tudo provém o nexos que leva ao modelo de justificação do direito penal mínimo - justificação esta somente a *posteriori*, em relação à efetiva capacidade do direito de minimizar não só a violência dos delitos, mas também a das penas - e o garantismo. As garantias penal e processual, de fato, não são outra coisa senão a técnica voltada para minimizar a violência e o poder punitivo.

ou seja, para reduzir ao máximo possível a previsão do delito, o arbítrio dos juízes e a aflição da pena.

### Questão criminal e questão penal nos dias de hoje

Se agora examinarmos o nosso direito penal, vamos constatar que está bem longe de um modelo de justificação apontado pelo direito penal mínimo. E hoje mais do que nunca, depois do desenvolvimento, nos últimos vinte anos, de dois fenômenos convergentes: a mudança da questão criminal e a mudança questão penal.

Mudou inicialmente a questão criminal. É de fato nestes anos que se dá o desenvolvimento de uma criminalidade nova, das quais provêm as ofensas mais graves aos direitos fundamentais e à convivência civil. A *criminalidade do poder*, na dúplici forma do *poder do crime*, ou seja, da criminalidade organizada da máfia e da *camorra*, e de outro lado os *crimes do poder*, de matanças a tentativas golpistas, da trama dos poderes invisíveis à grande corrupção organizada. Trata-se de uma criminalidade relativamente nova, que é talvez o sinal mais perverso da crise profunda atravessada nestes anos pelo nosso sistema político. Num duplo sentido: antes de mais nada, no sentido de que esta nova criminalidade é, ela mesma - diretamente, por proteger os delitos dos titulares do poder público e, indiretamente, porque se atém aos poderes criminais - o produto de uma degeneração da política; e no sentido ulterior, trazido à luz muitas vezes e mais recentemente por Rossana Rossanda, da incapacidade do sistema político de confrontá-la com os meios da política, de maneira que somente o direito penal se interessou por isso, com o inevitável efeito de uma ênfase do papel político da jurisdição penal.

Mas também mudou, simultaneamente, a questão penal. Se cresceu a criminalidade do poder, não cresceu (ao contrário, diminuiu) - ao menos para os delitos mais graves, como

aqueles contra a pessoa (homicídios, lesões, violência sexual) - a tradicional criminalidade dos marginalizados. Entretanto, não obstante a reforma carcerária de 1975 e a Lei Gozzin de 1986, aumentou enormemente nestes anos o número de detentos, que na década de 90 duplicou em relação a vinte anos atrás, sem que tenha havido qualquer mudança da qualidade da população carcerária formada principalmente por fracos e marginalizados - por dependentes químicos (um terço) e imigrantes (um quarto) - condenados por ocorrências da microcriminalidade. Enfim, contemporaneamente, devido à "inflação" da legislação penal, aumentou o número de processos, que atualmente chegam a milhões a cada ano e que resultam em um enorme papelório de arquivamentos, decretos penais, suspensões condicionais de pena e similares.

Assim, temos na Itália a convivência de três direitos penais. O primeiro, dos grandes processos contra a máfia e a corrupção, indubitavelmente o mais consoante, além do fim das garantias, às finalidades de prevenção do delito próprias do direito penal; o segundo, do direito penal que chamarei "burocrático", que se exprime em um trabalho tão inútil, até danoso, quanto insuficiente e dispendioso, que responde ao grosso da justiça penal. Enfim, o terceiro, da repressão efetiva, que se manifesta principalmente na reclusão carcerária, por delitos não graves, dos sujeitos fracos e marginalizados.

O cárcere - além da espetacularidade dos grandes processos, e também pela enorme quantidade de sujeitos atingidos pela justiça penal - é, em suma, e cada vez mais, um instrumento de controle e de repressão social reservado aos marginalizados. Dependentes químicos, imigrantes e jovens subproletários são, em número crescente, os destinatários principais da reclusão, por causa do aumento da desocupação, de pobreza, da simultânea crise do Estado do bem-estar e de suas prestações assistenciais e, por

outro lado, da crescente onda repressiva que anima a opinião pública mobilizada contra os fracos e diferentes. Contra esses a justiça penal é extraordinariamente rápida e "eficiente". Também porque o clima de emergência em que vivemos nos últimos 20 anos, juntamente com o consenso adquirido pela magistratura nos inquéritos contra a grande criminalidade, legitimaram nestes anos o fim de todas as garantias, especialmente as da defesa, e avalizaram, sobretudo no confronto com a microcriminalidade marginal, práticas sumárias e apressadas.

Assim resultou uma enorme desproporção entre a carga de sofrimento infligida com o cárcere e a escassa relevância social dos delitos punidos com a detenção carcerária e, por outro lado, entre a gravidade provocada pela criminalidade do poder e a enorme e inútil quantidade de processos gerada pela inflação da legislação penal. Duas desproporções que representam uma confirmação do nexos, assegurado no paradigma do direito penal mínimo, entre eficiência e garantismo: ou seja, entre o papel da defesa social do direito penal e a redução tanto da esfera dos bens merecedores de tutela penal como do grau de aflição das penas.

Daí a necessidade de repensar por inteiro o direito penal: tanto o sistema dos delitos como o das penas. Vinte anos de legislação emergencial, de inflação penal e de progressiva restrição do sistema de garantias produziram a perda de legitimidade da justiça penal, que é apenas contingentemente coberta pela legitimação viciada e, além disso, imprópria, do consenso popular no confronto dos grandes inquéritos. Daí, sobretudo, a necessidade e a urgência de se abrir, finalmente - depois de anos de exceção, de conflitos e tensões políticas, crises institucionais, incompreensões corporativas do mundo da justiça -, um período de reforma idônea refundando em bases racionais e garantistas o direito penal.

A justificação do direito penal requerida pelo modelo aqui ilustrado do direito penal mínimo, isto é, a resposta positiva à clássica pergunta "se e por que punir?", depende, de fato, da resposta racional que o nosso sistema político oferecerá a outras dessas perguntas: a) *o que punir* e b) *como punir*. Duas perguntas que resguardam respectivamente os dois escopos justificantes do direito penal - prevenir a ofensa e minimizar a reação à ofensa -, e que impõem hoje uma dupla estratégia de reforma: uma drástica despenalização dos delitos, com conseqüente supressão da pena, e um drástico descarceramento, ou seja, a restrição do cárcere somente para as ofensas mais graves e intoleráveis ao direito fundamental.

### O que punir: a despenalização

Começarei pela primeira questão - "o que punir" - e pelo tema da despenalização. A propósito, limitar-me-ei a duas observações bastante banais.

A primeira enfoca o nexos entre direito penal mínimo e eficiência, entre o garantismo e o papel de defesa social do direito penal. É claro que nossa máquina judiciária poderá enfrentar com tanto mais eficiência e tanto mais respeito às garantias as ofensas mais graves que provêm da grande criminalidade quanto mais reduzido for o seu trabalho, ocupando-se exclusivamente dos delitos mais graves.

A segunda observação enfoca o nexos entre direito penal mínimo e credibilidade do direito penal. A incerteza jurídica, a incognoscibilidade e a irracionalidade do direito penal gerada pela inflação legislativa ofuscaram de fato os limites entre esfera do ilícito penal e esfera do ilícito administrativo e, por fim, do lícito, transformando o direito penal numa fonte obscura e imprevisível de perigos para qualquer cidadão, subtraindo-lhe a função simbólica de intervenção extrema contra as ofensas mais graves e ofe-



recendo, assim, terreno fértil para a corrupção e o arbítrio.

Uma despenalização séria deveria, portanto, contemplar, antes mesmo da redução da tutela penal aos bens que consideramos fundamentais, a redução da esfera dos bens que possamos considerar fundamentais e apenas as ofensas realisticamente consideradas que possam ser julgadas decentemente pelo nosso sistema judiciário, sendo ele reforçado nos meios e na estrutura. Com essa perspectiva despenalizaríamos inúmeros delitos menores, todos os delitos contravençionais e todos aqueles punidos com multa pecuniária, salvo aqueles que, por sua gravidade - violações à segurança no trabalho e tutela do ambiente -, seriam punidos mais seriamente como delitos de perigo, mas sem dúvida tudo isto mereceria uma mais ampla argumentação. O certo é que seria reescrita toda a relação de bens penalmente protegidos definida pelo código fascista e enormemente ampliada pelo legislador republicano.

### Como punir: o desencarceramento

Bem mais relevante ao nosso tema é a segunda das duas questões - "como punir" - e o tema a isto conexo, o desencarceramento. Creio que já é hora de pôr em questão a centralidade do cárcere como pena primária do nosso sistema penal. O cárcere, como sabemos, é uma invenção moderna: uma grande conquista, perseguida pelo iluminismo humanitário, como alternativa à pena capital, ao suplício, às penas corporais, ao pelourinho e a outros horrores do direito penal pré-moderno. Assim a pena tornou-se incruenta e uniforme, legalmente pré-determinada, mensurável e calculável: privação de um tempo abstrato de liberdade, quantificável com precisão e graduável pelo legislador e, depois, pelo juiz, em relação à gravidade - em abstrato e concreto - dos delitos punidos.

Mas a civilização de um país, advertia Montesquieu, se mede e progride com a moderação das penas. Portanto, talvez seja possível empreender hoje, com a distância de dois séculos, um novo salto de civilização: destituir a reclusão carcerária de seu papel de pena principal e paradigmática e, senão aboli-la, ao menos reduzir drasticamente sua duração e transformá-la em sanção excepcional limitada às ofensas mais graves ao direito fundamental (como à vida, à integridade pessoal e a outros similares), os quais justificam, somente eles, a privação da liberdade pessoal, que é um direito fundamental constitucionalmente garantido.

É preciso reconhecer, por outro lado, que o cárcere sempre foi, ao contrário do seu modelo teórico e normativo, muito mais do que "a privação de um tempo abstrato de liberdade". Inevitavelmente, ele conservou múltiplos elementos de sofrimento corporal, que se manifestam na forma de vida e tratamento que só se diferenciam das antigas penas corporais por não serem concentradas no tempo, mas dilatadas por todo o período de duração da pena.

Além disso, ao sofrimento corporal a pena carcerária acrescenta o sofrimento psicológico: a solidão, a sujeição disciplinar, a perda da sociabilidade e da afetividade e, também, da identidade, além daquele sofrimento específico - o "castigo da alma" do qual falará Mannuzzu - conexo à pretensa reeducação voltada à transformação da personalidade do detento. Em suma, a reclusão tem um conteúdo aflitivo que vai bem além da privação da liberdade pessoal, resultando na privação da maior parte dos outros direitos vitais da pessoa.

Tanto o sofrimento físico quanto o psíquico retiram da pena carcerária suas características de igualdade, de tipicidade, de legalidade e de jurisdicionalidade. "O grande princípio que deve regular o uso desta espécie de pena é que a lei deve determinar

CÁRCERE: UMA GRANDE  
CONQUISTA, PERSEGUIDA  
PELO ILUMINISMO HUMANITÁRIO,  
COMO ALTERNATIVA À PENA CAPITAL,  
AO SUPLÍCIO, ÀS PENAS CORPORAIS,  
AO PELOURINHO E A OUTROS HORRORES  
DO DIREITO PENAL PRÉ-MODERNO.

a duração e o objeto da pena", escrevia Filangieri há dois séculos; e acrescentava: "no atual estado de coisas, geralmente o juiz é quem fixa a primeira e um carcereiro a segunda".

Obviamente, depois de dois séculos, melhoraram as condições dos cárceres; mas não mudou - pelo contrário, agravou-se - a diferença dos tipos e a imprevisibilidade do conteúdo da detenção. Este conteúdo varia profundamente conforme o tipo de detentos, a discricionariedade da autoridade carcerária e, sobretudo, da condição de vida nos diversos estabelecimentos carcerários; e conferem à pena de reclusão um contraste com a proclamada certeza igualitária, um caráter substancialmente *arbitrário* e *desigual*. Rebibbie e San Vittore, Poggioreale e Volterra, Ucciardone e Regina Coeli equivalem, cada um, a um regime carcerário diferente. Sem contar a diferenciação da pena carcerária introduzida, na Itália como em todos os países avançados, como símbolo de sua programática transformação em "tratamento" individualizado na base da "observação científica da personalidade" do detento e de suas "carências físico-psíquicas" - segundo a linguagem setecentista e o paleo-positivismo da lei de 1975 - voltado a corrigir o detento, a transformá-lo e a readaptá-lo, constringendo-o em sua liberdade interior.

O cárcere é, portanto, uma instituição ao mesmo tempo não liberal, desigual, atípica, ao menos em parte extra-legal e extra-judicial, lesiva à dignidade da pessoa, penosa e inutilmente aflitiva. Nascido do projeto iluminista de mitigação e racionalização das penas, não parece mais idôneo - porque não pertinente ou não necessário - para satisfazer a nenhuma das duas razões que justificam a sanção penal: a prevenção do delito, dado o caráter criminógeno do cárcere, destinado a sempre funcionar como escola de delinqüência e de recrutamento da criminalidade organizada; a prevenção

da vingança privada e da punição informal, satisfeita, na atual sociedade da mídia, muito mais pela publicidade do processo e pelo caráter simbólico e estigmatizante da condenação.

Desta instituição sempre mais pobre de sentido, desta "máquina emperrada", segundo Mannuzzu, que produz um custo de sofrimento não compensado por vantagens apreciáveis para ninguém, resulta assim justificado, numa perspectiva de longo prazo, a superação. Que não quer dizer, sob pena de equívoco, a superação das penas, o que equivaleria de fato, para além das ilusões de seus fautores, a um sistema penal máximo, selvagem e/ou disciplinar.

Enquanto isso, na longa espera destinada a maturar a abolição da pena detentiva, exigências elementares e urgentes de certeza e justiça se fazem necessárias para uma drástica redução, de um lado pelo encurtamento de sua duração, e de outro pela restrição de sua aplicação e a sua substituição nos outros casos por um leque de penas restritivas de liberdade, mas não segregadoras.

A redução quantitativa da duração da pena de detenção significa, antes de tudo, a supressão do encarceramento e, em segundo lugar, uma drástica diminuição do limite máximo de reclusão: um limite, como sempre sustentei, que não deve ultrapassar os quinze anos, como acontece na Dinamarca, na Alemanha e, sobretudo, como acontece de fato potencialmente até na Itália, com os benefícios da lei Gozzini.

Trata-se de um objetivo reformador seguramente mais importante. O argumento principal, constante na sentença da Corte Constitucional nº 264 de 1974 e nº 274 de 1983 como sustentáculo da manutenção do encerramento - e indiretamente o limite trintenar da reclusão -, é que, graças aos benefícios previstos na reforma penitenciária de 1975 e, depois, pela lei Gozzini, a dura-

ção máxima de tal pena pode decrescer a vinte e por fim a quinze anos. A pena perpétua - se diz em substância - é legítima porque é de fato não perpétua. O resultado da introdução dos benefícios e também de flexibilidade da pena foi o de legitimar, em termos teóricos, a manutenção de penas elevadíssimas e, em termos práticos, a revogação de penas mais sérias, prevendo a sua redução em fase de execução.

De outro lado, a introdução dos benefícios sempre foi, por sua vez, justificada - embora disto não compartilhe a ideologia correcionalista na qual foi inspirada - pelo fato de que uma pessoa distanciada a decênios da condenação é de qualquer modo diferente daquela que foi condenada: em outras palavras, seria um remédio ao excessivo tamanho da pena. Existe, em suma, um círculo vicioso e perverso na argumentação pela qual a flexibilidade da pena e sua excessiva duração se legitimam reciprocamente.

Devemos perguntar, então, se não seria o caso de romper este círculo vicioso. A reforma carcerária de 1975 e depois a lei Gozzini, de 1986, foram salutares como conquista de civilização porque mitigaram e humanizaram as penas estabelecidas pelo artigo 27 da Constituição. Durante anos, no clima de emergência que pesou continuamente sobre a política penal em nosso país, a redução edital das penas pareceu irrealística, principalmente se escolhido o caminho de uma possível atenuação em fase de execução: com o resultado agravado pela redução das penas introduzidas com o instituto da pactuação, de uma estrutural diferenciação entre pena edital, pena judiciária e pena carcerária concretamente descontada.

Volto ainda perguntar - depois que vinte anos de flexibilidade dobraram a população carcerária - se finalmente, em vez de defender este remédio contra o defeito da extensão da pena, não estaria precisamente na hora de eliminar o defeito, com todo o cus-

to que isso comporta: a incerteza da pena; a sua desigualdade; a ruptura da correspondência entre pena edital, pena não exarada e pena descontada, que é a substância do princípio de legalidade da pena; o arbítrio extralegal e extra-jurisdicional do qual resulta confiada a completa legislação da pena; o menosprezo, enfim, da liberdade interior do detento, que viola o primeiro princípio do liberalismo: o direito de cada um ser e permanecer si mesmo e, portanto, a proibição do Estado de intrometer-se na personalidade psíquica do cidadão e de transformá-lo moralmente, mediante premiação e punição, pelo que ele é e pelo que ele faz.

O segundo objetivo de uma política de desencarceramento - inclusive apontado pelo cardeal Martini - é o da limitação do cárcere aos delitos mais graves e a previsão para outros, primeiramente entre todos os delitos patrimoniais, com um mais amplo leque de penas: limitativas da liberdade ou de outros direitos, mas não baseadas na segregação, ou seja, na privação integral da liberdade pessoal que entrega corpo e alma totalmente a uma instituição e é, portanto, um misto de pena corporal e pena disciplinar.

Os tipos de pena privativas que podem ser impostas em alternativa à detenção são numerosos e variados, tendo por objeto faculdades singulares inclusas na liberdade pessoal ou direitos diversos e menos extensos: muitas das medidas alternativas, como a vigilância especial à semi-liberdade e à confiança em prova, que privam só parcialmente a liberdade pessoal e que deveriam tornar-se penas devidamente previstas pela lei e lavradas pelo juiz, substituindo o cárcere na fase de execução penal; ou a prisão domiciliar, a estada obrigatória e a proibição de estada, os quais privam a liberdade de circulação; ou penas patrimoniais como o confisco do objeto do crime, como por exemplo o veículo nos crimes de estrada; ou enfim a pena interditiva, que deveria ser transformada de pena acessória em pena prin-

*Cópia de... 37*

principal, que priva determinadas formas de capacidade das quais o réu abusou especificamente, como a cassação da carteira de motorista, a revogação de licença comercial ou de habilitação profissional, a interdição a cargos públicos e similares. É, portanto, evidente que a enorme despesa necessária à manutenção da atual população carcerária poderia ser destinada a melhorar as condições de vida e de sociabilidade dos detentos no cárcere e a favorecer as relações destes detentos com o mundo exterior, como prescreve do 3º inciso do artigo 27 da Constituição.

### **Recodificação penal e reserva reforçada do código**

Despenalização e desencarceramento comportam evidentemente um empenho reformador que esteja em condições de produzir – à distância de sessenta anos do código Rocco - um novo código penal. A abertura desta legislação apresenta hoje uma ocasião histórica que não poderá ser perdida pelas esquerdas. Nos últimos 20 anos, nossa política criminal foi sempre uma política de emergência não amparada por qualquer desenho teórico, privada de todas as dimensões axiológicas, e cujo resultado foi um direito penal máximo, ao mesmo tempo inflacionário e inefetivo e uma justiça que golpeia reiteradamente o pequeno desvio. Uma política caracterizada em todos os níveis por uma fuga de responsabilidade que se expressa num conjunto de delegações à prisão. A doutrina penalística parece haver abdicado de seu papel crítico e projetual de suas origens iluministas e se contenta hoje, em nome de um manifesto juspositivismo, em contemplar a legislação existente. A legislação, privada de uma remissão axiológica e vinculada unicamente à política conjuntural, abdicou, por sua vez, da finalidade de escolher os bens fundamentais merecedores de tutela penal, despejando sobre a jurisdição funções de controle sobre as infrações mais variadas, inclusive aquelas que deveriam estar sujeitas a controle político e

administrativo. A jurisdição, finalmente, delegou por sua vez a determinação concreta da pena na fase de execução, confiando a finalidade de adequar o conteúdo e a duração à improvável valorização da personalidade do condenado e às contingentes exigências de governo do cárcere.

De resto, é significativo que, em meio século de história republicana, as únicas reformas efetuadas tenham sido a reforma penitenciária e a reforma processual; e que o problema da inflação dos delitos e do excesso de penas tenha sempre funcionado com corretivos extra-penais, como a pactuação na fase judiciária ou as medidas alternativas na fase executiva: quase como se o direito penal - isto é, o sistema dos delitos e das penas - fosse uma espécie de fenômeno natural e toda a sua reavaliação fosse considerada como uma miragem utópica.

Hoje é possível instaurar um estágio reformador, procedendo uma reforma do código penal voltada à minimização e à racionalização do direito penal como condições ao mesmo tempo de eficiência e de garantismo. Todavia, creio que nem mesmo uma séria reforma do código será suficiente para superar a crise que vive, já irreversivelmente, o direito penal. Isto foi demonstrado pela breve e desoladora história do novo código de processo, desestruturado logo após entrar em vigor, ao primeiro e de resto previsível movimento de rearticulação da emergência mafiosa, no decreto Martelli de 1992.

Por isso, quero concluir adiantando uma última proposta sobre a qual tenho insistido muitas vezes e que decidi repetir à exaustão, todas as vezes que tiver ocasião de falar ou escrever sobre o direito penal. A introdução na Constituição de uma *restrição de código* contra as intervenções de exceção e de ocasião pelo legislador ordinário.

As reformas dos códigos estão destinadas a fracassar, como um inútil trabalho de Sí-



sifo, se não estiverem acompanhadas desta nova e específica garantia: uma meta-garantia, por assim dizer, dedicada a defender estas garantias penais e processuais da legislação de emergência, e também a pôr um freio na inflação penal que já fez regredir o direito penal a uma situação de substancial decodificação, não diferente daquela pré-moderna, quando a acumulação de fontes, a indeterminação da lei, a incerteza da competência e o predomínio da prática geraram na cultura iluminista a exigência do *código* como sistema claro, unitário e coerente de proibição e punição à tutela da liberdade dos cidadãos contra o arbítrio dos juízes.

Esta *restrição de código* deve comportar que todas as normas em relação aos delitos, às penas e aos processos precisam estar contidas no código penal ou no processual e que nenhuma possa ser introduzida senão por uma modificação aprovada com procedimentos legislativos agravados. Trata-se de uma medida indispensável para devolver

credibilidade ao direito penal e restituir sua natureza de *extrema ratio*. Porquanto complexa e volumosa, uma nova codificação criada segundo o princípio "todo o penal no código, nada fora do código" seria incomparavelmente menor que a atual acumulação de leis especiais. Quando menos porque a proibição de legislação novelística em matéria penal e processual obrigaria o legislador a recorrer sempre à unidade e à coerência do conjunto.

De resto, se é verdade que o direito penal incide sobre a liberdade dos cidadãos, ele tem uma relevância quase constitucional, e não é tolerável deixá-lo cotidianamente exposto aos humores contingenciais da maioria do governo e ao surgimento de sempre novas emergências.

*Todo o penal no código,  
nada fora do código*

\* Tradução: Carlos Arthur Hawker Costa

*Um código penal unitário, com uma única  
lei penal, é uma exigência que  
se impõe para a garantia da liberdade*

## FLORILÉGIO

### É guerra!!

"A Polícia Militar mobilizou 300 homens, de cinco unidades, para tentar resolver o tumulto provocado pelos taxistas auxiliares. À frente do grupo, o comandante de Policiamento da Capital, coronel Fernando Belo, 52 anos. Durante duas horas, ele tentou encontrar uma saída negociada para o protesto. (...) Às 7h20, a paciência do militar se esgotou. Ainda à paisana, o coronel foi um dos primeiros a quebrar os vidros dos táxis para soltar o freio dos veículos, empurrá-los para o acostamento e depois rebocá-los. (...) 'Botou a mão na arma, é inimigo. E inimigo, a gente trata com tiro na testa'".

**O Dia, 25.nov.00, p. 4.**

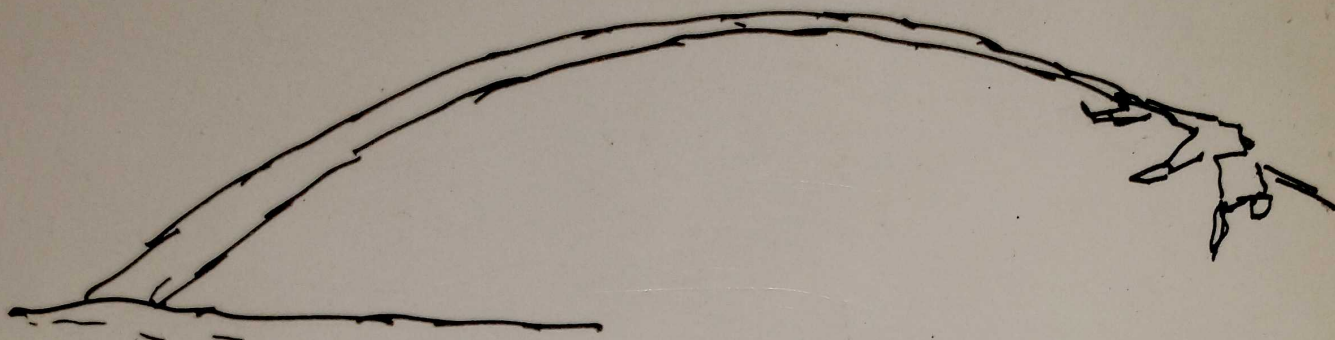
discursos

# sediciosos

CRIME, DIREITO E SOCIEDADE

Ano 7 número 12

2º semestre de 2002



*Leture nunca mais*

*08/1*

**Ana Paula C. Guiglianelly**

**André Nascimento**

**Beatriz Kushnir**

**Damásio E. de Jesus**

**Déa Rita Matosinhos**

**Edson Passetti**

**Eugenio Raúl Zaffaroni**

**Flávio A. Frasseto**

**Hugo R. C. Souza**

**J. A. Lindgren Alves**

**João Carlos Castellar**

**João Ricardo W. Dornelles**

**José Barcelos de Souza**

**José Carlos Tórtima**

**Juarez Cirino dos Santos**

**Kleber Mendonça**

**Luigi Ferrajoli**

**Luis Edson Facchin**

**Luis Guilherme Vieira**

**Machado de Assis**

**Maria Lucia Karam**

**Massimo Pavarini**

**Maurício Caleiro**

**Nilo Batista**

**Olga Gaitán**

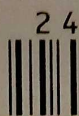
**Oscar Niemeyer**

**Rosa Del Olmo**

**Sylvia Moretzsohn**

**Vera Malaguti Batista**

**Vera Regina P. de Andrade**



Instituto  
Carloca de  
Criminologia



Editora Revan