

orientação político-criminal das proposições de execução penal, plasmadas no exemplo da imprescindibilidade da progressão de regime no cumprimento de pena, independentemente do delito cometido.

Palavra-Chave

Execução penal; Progressividade de regime; Política criminal

Abstract

The aim of this article is to analyze a problem which has been exhaustively debated, the Execution of sentences. The approach innovates, however, in that it focuses on teleological functionalism, viewing the theme of progressivity of regime as a requirement of that Political-Criminal perspective. Thus, including the Execution of sentence as an aspect which forms part of a whole, as one of the expressions of the phenomenon which presupposes the use of criminal Law, the need for an adjustment to these same principles is defended. Next, it presents a proposal for organizing the system of accusation following an interactive perspective of the theory of crime, the criminal Process and the Execution of sentence. Finally, it presents the proposal, which has a political-criminal orientation, of the propositions of execution of sentence, shaped by the example of the indispensability of the progressivity of regime in the fulfillment of the sentence, irrespective of the crime committed.

Key words

Criminal Execution; Progressivity of regime; criminal policy

1. Introdução

As presentes observações pretendem propor a análise de um problema, já exaustivamente debatido, desde um prisma quiçá diferente do rumo que tomou a discussão a seu respeito.

Não se retoma aqui a questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade, a intenção do legislador ou questões atinentes à lei penal no tempo ou interpretação legislativa.

Em contrapartida, a proposta inclui prestar atenção à Execução penal como um fenômeno que faz parte de um todo, como uma das facetas do instrumento de controle social que supõe o emprego do Direito penal. A partir desse reconhecimento, se pretenderá o emprego de perspectivas largamente difundidas no âmbito da

teoria do delito, em especial a orientação das proposições dogmáticas segundo critérios político-criminais, às decisões de Execução penal, àquela que nos ocupa neste caso, a progressão de regime como exigência em todas as hipóteses de prisão, trate-se, ou não, de crime hediondo.

Para tanto, se inicia por uma proposição de organização do sistema de imputação segundo uma perspectiva interativa da teoria do delito, do processo penal e da execução penal; em seguida, se apresentará os conflitos do moderno direito penal e como eles refletem nas distintas perspectivas do sistema de imputação, inclusive no âmbito da execução; finalmente, se apresenta a proposta de uma orientação político criminal das proposições de execução penal, plasmadas em um exemplo: o da imprescindibilidade da progressão de regime de cumprimento de pena.

2. Execução penal: um dos três pilares da responsabilidade penal

Falar de atribuir a alguém a responsabilidade penal pela uma prática delitiva implica em muito mais que falar em Direito penal, simplesmente. A dimensão da idéia de imputação é, pelo menos, tríplice.

De um lado, é exigência do moderno Estado social e democrático de direito a obediência estrita a princípios como o de legalidade, de intervenção mínima, de culpabilidade e todos os demais que decorrem destes, o que conduz, entre outras coisas, à necessidade do estabelecimento de um sistema de imputação coerente para com estes princípios¹.

A Dogmática jurídica desde há muito segue empenhada em oferecer um sistema, internamente ajustado, obediente a estes princípios e cada vez mais desenvolvido em sua especificidade conceitual.

Ocorre que, malgrado o notável avanço que se conseguiu nesta área, o sistema de imputação segue sendo objeto, com razão, de considerações desairosas desde o ponto de vista criminológico².

Evidentemente, o polifacético ponto de vista da Criminologia não atribui o fenômeno estigmatizante e socialmente seletivo exclusivamente à Dogmática jurídico-penal, senão muito mais aos cânones obedecidos por sua aplicação.

De qualquer modo é certo que a “Justiça Penal” – assim considerada o controle social exercido mediante aplicação de regras que regulam a reação estatal à prática delitiva – segue maculada pela impressão de

seletividade, de brutalidade e de ineficiência.

Convém, pois, deitar os olhos alguns instantes sobre este paradoxal fenômeno que constitui o expressivo desenvolvimento da Dogmática jurídico-penal não ter logrado atingir um grau de respeito social e científico correspondente.

2.1 Responsabilidade penal e silogismo aristotélico

Perfeitamente ciente de que esta não será a única razão pela qual a “Justiça penal” enfrenta o referido problema, gostaria de chamar a atenção uma incongruência interna ao próprio sistema de responsabilização penal. Bem sei que quiçá as mazelas penais sejam derivadas muito mais do âmbito externo do que do âmbito interno daquele, não vejo como podemos pretender angariar o respeito que merece o controle social exercido pela instância penal conquanto permaneçamos hipocritamente desviando os olhos das chagas expostas com que nos apresentamos a público.

Por isso, convém começar pela elaboração de um pequeno silogismo aristotélico a respeito da reação social, expressa pelo sistema de controle penal á prática de um delito³, com o fito de demonstrar que “norma, sanção e processo são, pois, os conceitos fundamentais de todas as formas de controle social”⁴.

Nesse exercício, aparece como Premissa Maior a matéria própria do processo de criminalização primária, quer dizer, o estabelecimento dos tipos penais e do intrincado sistema geral de imputação. É deste modo que o Estado prevê que “se” determinada pessoa realize uma determinada conduta, dentro de certas condições, e ausentes de outras, “então”, haverá, em tese, a ocorrência de um crime. Se desenvolve, aqui, todo o aparato sistêmico do Direito penal material.

Como Premissa Menor, aparece o processo de criminalização secundária, ou seja, o procedimento de levar uma hipótese dada, em concreto, a ser reconhecida como uma das figuras hipotéticas apresentadas na premissa maior, quer dizer, o Processo Penal, propriamente dito, pelo qual determinada pessoa é reconhecida como autora de determinada prática delitiva.

A Conclusão, então, logicamente, é que como o indivíduo que concretamente realizou um comportamento teve este comportamento reconhecido como criminoso, aparece, para o Estado, o direito

subjetivo de apartá-lo e impingir a ele as chamadas conseqüências jurídicas do delito, através da Execução penal.

Deste modo, não há mais remédio do que reconhecer que o procedimento pelo qual o Estado exerce seu controle social na esfera penal engloba, em um único evento, o Direito penal material, o Direito penal processual e a Execução penal. Espera-se, portanto, uma relação coerente e proporcional entre estas distintas estruturas.

Conforme já destacado, a Dogmática jurídico-penal do último Século alcançou um grau de desenvolvimento estelar, ocupando claramente o centro das atenções dos penalistas.

De outro lado, o Processo penal, cujas dificuldades não caberá relatar no estreito âmbito destas observações, também goza de um certo *status* científico. Se é certo que seu nível de desenvolvimento teórico ainda não é comparável ao Direito penal material, certamente isso deve-se menos à falta de evolução do Processo penal⁵ e muito mais à sua colocação histórica dentro de uma perniciososa identificação com o processo civil, no intento de forjar uma “Teoria geral do processo”, sem ter em conta que a realidade do processo penal dista muito, em todos os aspectos, do processo civil.

Porém, no que tange ao âmbito da Execução penal, parece existir uma inércia quase absoluta de interesse de aprofundamento científico, rompida somente por poucas iniciativas agradavelmente lúcidas e impetuosas⁶.

2.2 A importância da execução penal

Convém notar que nosso pequeno exercício de silogismo aristotélico conduziu a revelar como conclusão justamente a Execução penal. Convém ter presente que a conclusão é a parte mais importante do silogismo e, no entanto, aparece, no âmbito da Ciência penal, como a parte cujo aprofundamento teórico quando existe, é relegado a um segundo plano, à sombra do Direito penal material (principalmente da teoria do delito) e do Direito processual penal.

Não me refiro aqui tão somente à questão legislativa. Certamente não será novo ouvir dizer que a Lei de Execuções Penais brasileira tem índole liberal e é muito bem desenhada, de acordo com os mais modernos padrões científicos relacionados com a teoria da pena.

Também seria extremamente redundante, escapando claramente a pretensões dogmáticas, repetir argumentos que sempre vem sendo uma e outra vez esgrimidos contra a falta de foco entre a realidade da execução e sua teoria.

A inexistência de investimento social na questão prisional, a falta de consideração política, o descaso para com a situação do preso e pior agora, as inovações legislativas constantemente recrudescentes da condição do cidadão submetido à sanção penal, tem sido amplamente comentados pelos juristas com evidente e intensa indignação. Tudo isso é absolutamente importante, e também verdadeiro.

Mas a preocupação que aqui se pretende expressar não caminha sobre essa linha. A indignação dos penalistas sérios existentes neste país é legítima, mas ela se volta para fora, contra as instâncias sociais externas ao âmbito do desenvolvimento científico jurídico-penal; contra a classe política, contra a atividade legislativa, contra a manipulação dos meios de comunicação de massa, contra a falta de consciência social. O que se pretende, com este pequeno esboço, é volver o olhar para dentro, é perscrutar as entranhas do estudo dogmático jurídico-penal, com o objetivo de enxergar nosso próprio descaso para com a Execução penal no que refere ao aprumo técnico de suas discussões. A proposta é verificar como deixamos de empregar os argumentos teóricos mais modernos desenvolvidos para o âmbito das “premissas” ao âmbito da “conclusão”. Trata-se de uma confissão de culpa que, por certo, não exime da mesma culpa todos os que contribuem para o descaso real existente no âmbito da execução penal, mas que, quiçá possa revelar porque mesmo alçando a voz, nosso discurso não vem sendo ouvido.

2.3 A necessidade de resposta em bases democráticas

Se a pretensão é de que se produzam resultados materiais no que se refere à Execução penal no Brasil, não bastará uma atitude de clamor, nem um chamado à consciência das instituições e da própria sociedade, se antes o operador do direito, quer no âmbito doutrinário, quer no âmbito da prática forense, não derem os primeiros passos no sentido de dotar a teoria da Execução penal de argumentos de base democrática.

Existe um imperdoável descaso com a elaboração do discurso jurídico no âmbito da execução penal. Claro está que o âmbito de

discussão se reduz, na medida em que não há dúvida teórica possível nem matéria de fato passível de arguição contra a certeza da responsabilização. Existe também uma redução de matéria legislativa concernente ao tema. Não se pode deixar de reconhecer a interferência extrajudicial na matéria, na medida em que nosso sistema é parcialmente entregue nas mãos do Poder Executivo.

Mas, será que estes fatores podem justificar a falta de ajuste democrático do discurso jurídico da execução penal? Teremos nós juristas, advogados, Promotores de Justiça, juízes, perdido o interesse pelo cidadão, uma vez que ele seja condenado inapelavelmente? Estamos nós juristas presos às estreitas rédeas do positivismo jurídico em sua pior expressão, para rendermo-nos à insuficiência legislativa? Guardamos ainda, nos recônditos da alma, o complexo de inferioridade em confrontarmos-nos com a face estatal do Poder Executivo? O que repele o jurista da discussão teórica do âmbito da execução penal?

Evidentemente, são muitas as perguntas, e não se pode ter a pretensão de possuir todas, nem sequer algumas destas respostas. Porém, a partir de uma reflexão sobre a necessidade de adoção de um ponto de vista democrático para o discurso jurídico da execução penal, quem sabe algumas luzes se possa oferecer, se não para angariar respostas, ao menos para compreender melhor, o teor das perguntas antes formuladas.

3. Execução penal e Moderno Direito Penal

A Execução penal deve, estar situada em um marco de modernidade, se não superior, por tratar-se da conclusão do silogismo penal, ao menos igual ao plano desenvolvido no campo do Direito penal material e do Direito processual penal.

Compete aos penalistas, pois, avançar na discussão técnica dos temas de execução penal, começando por adequar a evolução dos princípios e teorias de base.

3.1 O Discurso do Moderno Direito Penal

Em primeiro lugar, convém ter presente para onde se dirige o Direito penal, em que consiste seu atual dilema.

Em um diagnóstico preciso, Winfried Hassemer aponta claramente para uma distorção de ideais, no âmbito do Direito penal moderno.

Começa Hassemer⁷ por apontar o que considera sejam as características próprias de um Direito penal moderno, cuja pretensão era de resgatar uma práxis e uma teoria ancoradas ainda em um jusnaturalismo e em uma dogmática exclusivamente abstrata. Pois estas características são: a) o abandono de conceitos metafísico e prescrição de uma metodologia empírica; b) a orientação desta metodologia empírica às conseqüências da aplicação do Direito penal; c) o favorecimento de um concepção teórica mais preventiva do que retributiva; e d) vinculação do legislador e do juiz aos princípios básicos do direito penal como o de proteção aos bens jurídicos.

Apesar do válido intento em corrigir os problemas da estrutura de controle social penal, a realidade aparece uma imagem distorcida da proposta original.

Isso porque, a idéia principal de vinculação legislativa e judicial à idéia de proteção de bens jurídicos, com o intuito de restringir a seara de aplicação do controle penal, resultou justamente no contrário. Hoje em dia, a ânsia de empregar o Direito penal como tábua de salvação, converteu-se em uma permanente identificação de mais e mais bens jurídicos, muitas vezes coletivos, dispersos e sem a mínima concreção, visando com isto justificar a intervenção penal em determinadas searas⁸, favorecendo um nocivo processo de expansão.

A idéia de prevenção como contraposto da retribuição, que se plasmava em uma pretensão secundaria, aplicável ao momento específico da execução penal foi convertida em uma meta prioritária⁹, funcionalizando o próprio esquema de imputação, difundindo, no âmbito penal uma idéia de exigência estreita de obediência à norma, como fundamento de um Direito penal próprio da prevenção geral positiva¹⁰.

Finalmente, aparece a distorção do propósito de orientação às conseqüências¹¹, que é tomado às avessas. Ao invés de servir para evidenciar a grande nocividade em que consiste a aplicação do direito penal, tornando evidente a necessidade de seu uso restrito e seletivo, se parte justamente do final. Uma vez que se pretenda sensibilizar, chamar a atenção à proteção de um determinado bem, aplica-se o Direito penal, como forma simbólica de demonstrar a gravidade que representa sua aflição. Quer dizer, toma-se a conseqüência de sua aplicação (gravidade) como

símbolo para identificar a importância do seu emprego em determinada área, gerando com isso a ilusão de segurança jurídica, que o Direito penal, evidentemente, não proporciona¹².

Porém, convém alertar que todo este processo, que começa pelo enfrentamento de uma ciência e de uma práxis mal situadas, ancoradas em esquemas ultrapassados, até das propostas originais, transcorre na Europa em um período de cerca de vinte e cinco a trinta anos.

Ocorre que, como é de curial sabença, a sociedade avança a passos largos arrastada por um processo de globalização, que inclui a difusão da informação em velocidade estonteante.

Por isso, especificamente no Brasil, mais propriamente na seara do Direito penal, vivemos um curioso processo de supressão de etapas. De um lado, seguimos tendo uma dogmática em grande parte ainda ancorada em um anacrônico finalismo welzeliano e de outro lado, já aparecem os discursos de funcionalismo sistêmico e tolerância zero. Estamos vivendo trinta anos em cinco, com tudo o que há de positivo e negativo nisso. De positivo há o resgate de um atraso científico crônico. De negativo, e extremamente grave, aparece a perda da base de discurso crítico, que é o que existiu de mais importante entre os dois extremos.

Assim, as conseqüências das distorções apontadas por Hassemer não se apresentam, para nós, da forma tão evidente quanto deveriam. Há ainda outro efeito: não podemos entender as razões pelas quais vivemos um processo, que é global, de expansão do Direito penal.

3.2 A expansão do Direito Penal no Brasil

Temos visto, recentemente, não como um fenômeno isolado, mas mundial, a ocorrência da chamada “expansão do Direito Penal”, muito bem exportada e trabalhada por Jesús María Silva Sanchez¹³, refletida em um contínuo recrudescimento da matéria penal mediante criação de novos tipos e agravação das penas em resposta a uma crescente criminalidade, sem alcançar a solução pretendida, gerando o que Muñoz Conde identifica como “um círculo vicioso no qual o aumento da criminalidade corre pari passo com um aumento da dureza na repressão punitiva” deixando entrever uma volta “aos tempos de uma política penal autoritária de

onde parecia que (o Direito penal) tinha saído já definitivamente”¹⁴, o que nos faria necessariamente identificar a opção do legislador brasileiro como um sintoma de tal processo.

É de notar que a sanha de recrudescimento do legislador brasileiro alcançou já o âmbito da execução penal, com a criação, entre outras medidas de corte ditatorial, um regime prisional diferenciado. Esta iniciativa constitui não só uma afronta ao princípio de igualdade, mas também deixa claro o esquecimento de que o cidadão, porque preso, não perde aquela condição.

Entretanto, convém observar que alguns dos fatores apontados por Silva Sánchez como os fenômenos causadores da expansão do Direito penal não podem ser considerados como tal, ao menos para a realidade brasileira.

Assim, por um lado, cumpre reconhecer o surgimento de novos interesses¹⁵ derivados da própria história da humanidade. Falar em proteção penal ao meio-ambiente, ou aos consumidores, até meio século atrás era impensável. Hoje, me arrisco assinalar que além da vida, o bem jurídico meio-ambiente se inscreve como o mais importante.

Também é verdade que em todo o mundo se vive hoje em uma *Risikogesellschaft* (sociedade de riscos)¹⁶. Nosso cotidiano incorpora cada vez mais uma realidade de assunção de riscos¹⁷. A energia elétrica tem geração em parte nuclear, o deslocamento nas cidades e entre cidades se produz principalmente através de automóveis, cujos índices de condutores e passageiros mortos e feridos é alarmante, comemos produtos tratados com agrotóxicos e manipulados genericamente, nos expomos à contaminação radioativa de celulares, televisores, computadores, entre outros tantos riscos. Porém, é certo que ninguém admite deixar de utilizar estas ferramentas do cotidiano. Assim, a sociedade vai, de um modo crescente, sentindo medo de seu próprio cotidiano, pois é um cotidiano que exige uma progressiva assunção de riscos.

Ninguém poderia negar ainda, que o caos urbano das grandes cidades, associado à lógica da acumulação capitalista, gera uma permanente tensão social que conduz ao aumento da violência urbana¹⁸. A facilidade da comunicação de massa amplia e potencializa o acesso a essa informação sobre violência. Isso gera uma clara sensação, nem sempre correspondente à realidade.

Paralelo a isso, também incumbe reconhecer a falência de várias e distintas instâncias de controle social¹⁹ extra-jurídicos como a Igreja, a família, os clubes, a escola, e mesmo jurídicos, como o direito civil, o trabalhista e o administrativo, os quais estão muito longe de conseguir diminuir a sensação de insegurança. Com isso, o Direito penal assume uma posição de desconfortável protagonismo na ânsia de aplacar a sensação de insegurança pública.

De outro lado, não me parecem pertinentes algumas outras observações esgrimidas por Silva.

Não creio, sinceramente, que aquilo que Silva denomina “gestores atípicos da moral”²⁰ sejam efetivamente condicionantes da expansão do Direito penal. Parece que os movimentos de classe, as associações civis e as organizações não governamentais não aparecem por geração espontânea, mas sim motivadas pelo aparecimento de novos focos de preocupação e de tensão social. Se existem novas organizações, tal será porque existem novos focos de interesse. Inclusive, as gestões que fazem estes movimentos estão, nas mais das vezes, vinculadas àquilo que o mesmo Silva definiu como o surgimento de novos interesses. Se é assim, este argumento está englobado naquele; se, pelo contrário, Silva pretende referir-se a organizações que transitam fora daqueles focos de importância, quero crer que se equivoca completamente, porque estas associações não têm respaldo social suficiente para influenciarem no modelo penal.

Tampouco me parece aceitável a pretensão de Silva de que haja um crescente número de pessoas que vivam em uma condição que se identifica mais com a vítima do que com o autor do delito. Convém notar que Silva faz esta afirmação referindo-se à sociedade em geral e não somente àquela na qual ele vive²¹.

Isso significa, no mínimo, que Silva desconhece completamente a situação social do mundo e as disparidades vividas entre a realidade social européia e do resto do mundo. Não posso aceitar que se pretenda convencer que no Brasil, a população se vê antes como vítima de delito do que como autora. Em um país em que se regula penalmente a vedação ao subemprego, com proteção aos direitos de autor pertencentes às multinacionais, mas que não oferece emprego; em que se regula penalmente o porte de arma, mas que não oferece segurança; que regula penalmente a

cobrança de impostos, mas convive com uma larga permissividade de corrupção nas instâncias estatais; que proíbe penalmente a exploração do jogo de azar, mas tem no governo o principal explorador desta atividade, não creio que seja possível falar que as pessoas enxerguem em si mesmos “vítimas” e não “autores” de delito.

Finalmente, e aqui a ressalva é feita pelo próprio Silva, o que não o exime do possível erro, não creio que esteja correto atribuir à esquerda política européia parte da responsabilidade pelo inchaço penal.

Silva pretende entender que se vive na Europa um processo de redirecionamento das instâncias de controle no sentido de um acréscimo na preocupação com delitos de “colarinho branco”, com os crimes cometidos pelos *powerful*²².

Isso é evidentemente incorreto em termos de Brasil e de América Latina.

A América Latina ainda se debate para livrar-se do estigma de colônia, e isso é retratado claramente nos modelos de Estado adotados²³. Realizando un breve relato, não é demais recordar que, livres do colonialismo imperial europeu, as Repúblicas sul-americanas viveram o que se poderia chamar de “modelo colonial” por muito tempo, isso manteve uma divisão de castas sociais sob o ponto de vista econômico, mantendo os meios de produção nas mãos de poucos e estes, mantendo relações contínuas com os antigos colonizadores sob a forma de exploração econômica.

Mais adiante, enquanto a Europa se debatia com o fantasma da guerra, a América Latina livre dela e com uma interessante capacidade de politização, recriava esta mesma guerra em fantasias cada vez más intensas, alimentadas pelos que se estabeleceram no poder, realizando verdadeiras “caças ao inimigo hipotético”, que em tese seria capaz de desorganizar o Estado, logrando fantasiar sob essa justificação, em “pele de democracia”, a manutenção de um eterno regime patriarcal que foi herdado do modelo colonial. No pós-guerra, enquanto os Estados europeus buscavam aproximar-se a uma democracia que pudesse oferecer, ao mesmo tempo aos cidadãos, certo grau de proteção para a retomada de seu desenvolvimento (*Welfare State*), as ditaduras sul-americanas justificavam através da busca do desenvolvimento (promessa de alcançar o modelo europeu) sua incapacidade de assistir ao social.

Ao cabo do século, a crise do Estado de bem-estar europeu gera os modelos neo-liberais, enquanto na América Latina se está vivendo uma saída traumática das ditaduras (vide Brasil, Chile, Peru, Argentina, por exemplo).²⁴

O que ocorreu, de fato, na América Latina foi uma substituição da colonização política pela colonização econômica e agora, mais recentemente, pela globalização do modelo econômico, sempre com o sacrifício social da imensa maioria da população.

Porém, verdade seja dita, Silva restringe suas observações à esquerda política européia, portanto, à sua própria realidade social. Isso, no entanto, parece não lhe restaurar, em nada, a força do argumento. Em realidade, a Europa vive hoje um impressionante refluxo de posições de ultra-direita, de cunho xenófobo, anti-humanista que se vale, de maneira bestial dos mecanismos de controle penal para favorecer aos seus interesses, incrementando sobremaneira o fenômeno expansionista. Basta com uns poucos exemplos, para aclará-lo: a Áustria possui hoje um chefe de governo neo-nazista; a Itália possui um chefe de governo cujo império capitalista logra mantê-lo longe das regras anti-corrupção, enquanto se perde em tal maranha legislativa penal que gera reações dos mais lúcidos, como o Prof. Ferrajoli a propugnarem um “princípio de reserva de código”, em nome da legalidade; na Espanha, um governo que lembra os pontos mais negros da ditadura franquista envia tropas para morrerem nas “novas cruzadas” de Bush enquanto legisla estabelecendo regras de direito processual penal diferenciadas para estrangeiros (juízos rápidos, com limitação probatória e extradição quase imediata), aumenta semestralmente o número de tipos do Código penal através de leis aditivas.

Não parece que seja, efetivamente a “esquerda” européia, contribuinte do processo de expansão.

De qualquer forma, cabe ainda, em termos de Brasil e, certamente, de América Latina, incluir um ingrediente na receita da formação da expansão. Trata-se daquilo que Zaffaroni qualifica de “injusto jushumanista”:

“No nosso contexto latino-americano, apresenta-se um argumento de reforço em favor da mínima intervenção do sistema penal. Toda a América Latina está sofrendo as conseqüências de uma agressão aos Direitos Humanos (que chamamos de injusto jushumanista),

que afeta o nosso direito ao desenvolvimento, que se encontra consagrado no Art. 22 (e disposições concordantes) da Declaração Universal dos Direitos Humanos”²⁵.

Quando trata do assunto, Zaffaroni comenta que “este injusto jushumanista de violação do nosso direito ao desenvolvimento não pode ser obstaculizado, uma vez que pertence à distribuição planetária do poder. Todavia, faz-se necessário que se resguarde de seus efeitos”²⁶. Não é possível pretender que se alcance uma igualdade mundial, senão apenas ideologicamente, como na campanha de perdão às dívidas dos países mais pobres levada adiante por artistas populares na Europa como *Bono Vox* e outras pessoas conhecidas do grande público. De outro lado, é absolutamente imprescindível a interposição de barreiras contra os efeitos dessa divisão.

Convém notar que a imposição econômica se reflete nas decisões tomadas no âmbito do poder cuja estrutura faz parte de qualquer sociedade. Obviamente, aqueles que estão no poder buscam lá permanecer com o uso de um permanente controle social através do emprego de todas as armas políticas, inclusive sua instância punitiva.

Assim, na medida em que um Estado de Direito democrático e estruturado tende a progredir, o que não interessa, em absoluto, às instâncias de poder capitalistas, tudo o que leva à consecução de uma real democracia deve ser dificultado.

Por esta razão, se um Direito penal mínimo interessa a um Estado democrático de Direito, a desestabilização dessa democracia interessa a um Direito penal máximo, já que, onde uma infinidade de tipos penais vagos, de perigo, consistindo em normas em branco se torna ineficaz e não produz resultados de controle social efetivo, se gera um descrédito, que produz demanda de uma maior sanção em um autofágico círculo vicioso.

Sendo assim, parece válido incluir o “injusto jushumanista” como tributário do processo de expansão do Direito penal no Brasil.

3.3 A resposta penal como tentativa inidônea de resposta à criminalidade

A partir destes dados se pode desenhar melhor uma idéia de a que responde a crescente intervenção penal. Não se trata simplesmente

de um fenômeno desmotivado, mas exatamente o contrário, trata-se de um processo que atende a propósitos e aspirações pré-determinados.

Verifica-se assim, claramente, a busca de que o Direito penal funcione como solução para todos os males, no dizer de Hassemer, o “Direito penal e a pena foram elevados à categoria de fonte de expectativas para a solução dos grandes problemas políticos e sociais e a “necessidade peremptória de atuar” se associa, para os responsáveis de acalmá-la, com o aumento de proibições, intervenções e sanções penais.”²⁷.

Mas não é só isso.

Quando se fala em expansão do direito penal, normalmente se trata da análise do fenômeno de uma crescente edição de novos tipos penais, pretendendo cada vez mais uma regulação do espaço social através de ameaças de sanções graves, como a privação de liberdade. Mas, se nos lembramos da tridimensionalidade do Direito penal, havemos de pensar que o fenômeno de expansão se espalha em, pelo menos, três distintas direções: o campo do direito penal material, através dos processos de neocriminalização; o campo do processo penal, através da crescente redução de garantias e a sua transformação em um espaço científico tecnicista e alheio às suas próprias conseqüências e, finalmente, o recrudescimento das penas, não só em suas modalidades, mais principalmente, em sua forma de execução, esta última, nosso especial interesse neste comentário.

3.3.1 O processo de neocriminalização

Não iremos aqui a mais do que simplesmente referir de maneira breve, ao fenômeno já claramente identificado por inúmeros autores brasileiros de Direito penal, do exagero legislativo nesta seara.

O processo de neocriminalização está à mostra, na medida em que os exageros legislativos tocam às raias do ridículo, como a tipificação da conduta de maltratar culposamente planta de logradouro público, constante da lei 9.605/98, só para ficar com um, entre tantos, exemplos. A obviedade do exagero conduz à perda de eficácia, gerando descrédito à instância penal, na medida em que se vê descumprida uma pretensão regulatória²⁸.

Já tivemos oportunidade de comentar em outro lugar²⁹:

O chamado “*Moderno Direito Penal*” e suas técnicas de tipificação não se congratulam com os postulados de um Direito Penal Mínimo: os sintomas de perdas sistemáticas das garantias penais, as erosões do princípio de legalidade, a proliferação dos novos bens jurídicos, a regulação dos delitos de perigo abstrato e o *uso indiscriminado da norma penal em branco* evidenciam um Direito penal a pedido do consumidor. Na medida em que se proceda à descriminalização de certas condutas que bem podem ser reservadas à atuação do Direito administrativo sancionador, o Direito penal se congratula com sua verdadeira função de *ultima ratio*.

Deste modo, o emprego generalizado do Direito penal como solução de política social, leva ao conseqüente abuso deste meio de controle, o que termina sendo um resultado vivido não só no Brasil, inclusive, porque a existência de situações desta natureza foi objeto de idênticas críticas feitas por autores do mundo inteiro, onde se anuncia a freqüente quebra do princípio de intervenção mínima e desatenção ao caráter fragmentário do Direito penal.

3.3.2 O vilipêndio das garantias processuais

Também sem pretensões de aprofundamento, já que aqui o ponto chave é a execução penal, mas apenas para demonstrar exemplificativamente o processo de expansão do direito penal em sua esfera adjetiva, convém referir uns dois ou três exemplos.

Em primeiro lugar, como uma observação macro, vale referir a uma pretensão científica que peca, senão de obediente a pretensões expansionistas, ao menos por desconhecadora da realidade brutal que representa o controle social da instância penal.

Refiro-me à idéia de ajustar através de um idêntico prisma de princípios o processo civil e o processo penal. A intenção, com aras de cientificidade, parece desconsiderar, consciente ou inconscientemente o ponto fundamental das duas vertentes, em pelo menos três aspectos: 1) o processo civil cuida, em regra, de direitos disponíveis, enquanto que o processo penal cuida de direitos indisponíveis, em especial, do direito à liberdade; 2) o processo civil veicula, em regra, a pretensão de um particular contra outro e, algumas vezes, a pretensão de um particular contra o Estado, enquanto que o processo penal – assim como o administrativo – cuida de uma pretensão do Estado contra o indivíduo, que no caso penal, é ainda mais importante, porquanto

trata do emprego da força coercitiva mais brutal de que dispõe o Estado; e 3) no processo civil é absolutamente dispensável a busca da verdade, já seja real³⁰ ou apenas processualmente possível, bastando com uma verdade formal, na qual não se inclui o juiz como agente probatório.

Estes três pontos bastariam para distanciar essencialmente os procedimentos penal e civil.

A idéia de aproximação entre ambos, no entanto, respondendo a uma pretensão cientificista, promove certamente uma ampliação do distanciamento entre a realidade e o processo, despersonalizando e desumanizando o processo penal.

Esta proposição, certamente, torna a intervenção penal mais brutal, com o que, logra inscrever-se em uma perspectiva tributária do processo de expansão do Direito penal.

Um segundo sintoma da expansão no âmbito processual penal, é a supressão de garantias para a realização da prova, que aparece em iniciativas como a permissividade de escutas telefônicas, e o incrível – na acepção da palavra que se refere à impossibilidade de acreditar em sua existência - instituto da prisão temporária, cujos nefandos efeitos já foram ao menos minimizados pela interpretação doutrinária que a ela se deu, no sentido da exigência concomitante dos pressupostos cautelares da prisão provisória³¹.

Ainda acudo a um terceiro exemplo, que é a decisão político-criminal tomada pelo legislador brasileiro, de vedação de liberdade provisória em crime hediondo.

A questão é fartamente debatida na doutrina, e não pretendo, de maneira nenhuma, ingressar aqui em seu mérito. O que sim desejo assinalar é que se trata de uma decisão político criminal, de ordem processual – ainda que a norma em questão tenha natureza mista, por conter um *substantial right* – que é produto de um processo de expansão do direito penal, em sua vertente processual.

3.3.3 A violência institucionalizada na execução penal. Um especial enfoque ao cumprimento de pena em regime integralmente fechado

No âmbito específico da execução penal, que é o que aqui especialmente nos interessa, o processo de expansão se traduz em um crescente recrudescimento na tratativa da execução.

Se nos dirigimos à realidade mais recente vemos que a regulamentação do regime de cumprimento de pena segundo as abusivas normas do chamado Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) proveniente da edição da Lei 10.792, que prevê, entre outros absurdos, o isolamento preventivo do preso por até 10 dias, sem autorização judicial, podendo ser repetido várias vezes até o limite de um sexto da pena aplicada.

A medida choca claramente com disposições internacionais tão importantes quanto antigas, como por exemplo as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra, em 1955.

Parece que vivemos, no âmbito da execução, uma clara intenção de retorno ao Sistema Pensilvânico ou Celular³².

Porém, nossa pretensão é de focar um assunto já, deveras, bastante debatido: a vedação de progressão de regime prisional, determinada pela chamada lei dos crimes hediondos.

Bem sei que ao leitor dessas linhas deve ter ocorrido a idéia de que o debate a respeito da viabilidade ou inviabilidade da medida está esgotado, tal a gama de argumentos expendidos no intenso debate gerado pela medida. Exatamente por isso, não pretendo aqui, voltar a elencar os argumentos já fartamente expendidos pela doutrina e pela jurisprudência, senão apenas propor um câmbio de perspectivas, deixando de debater o tema como um problema localizado, próprio do âmbito da execução penal, para propor uma discussão em âmbito macro, no campo dos fundamentos da Ciência penal, já que aqui se parte de considerar que a execução é uma das três facetas do fenômeno penal.

4. Por que não se pode vedar, em nenhuma hipótese, a progressão de regime de cumprimento de pena

De entrada, convém dizer que aqui estou ombreando posições que advogam a inadmissibilidade da vedação de progressão de regime em qualquer hipótese prisional.

O que pretendo, por outro lado, é propor que a fundamentação deste argumento se dê já não pela via do positivismo jurídico-normativo, senão pela via de uma intersecção de perspectivas dogmáticas e político-criminais.

4.1 Positivismo. A árvore que não deixa ver a floresta

A razão da escolha é simples. Qualquer discussão a respeito da interpretação da *lege lata*, sempre ficará adstrita a uma hermenêutica que busca fundamentar uma “vontade do legislador” que não é, absolutamente, discricionária.

O legislador, como o juiz, tem obrigações vinculantes para com a preservação de um modelo humanista de Estado social e democrático de Direito. Não importam, o mínimo de suas vontades. Ademais, qualquer discussão que parta do ponto de vista da norma posta está, de entrada, fadada ao fracasso de não ser suficientemente abrangente. É que a discussão interna do tópico legislativo não permite a visão externa do meio onde ele se insere; estando postado sob a árvore, não é possível enxergar a floresta.

4.2 Visão funcionalista-teleológica da Execução Penal

Por isso, o que se propõe aqui é tomar o tema da progressividade de regime a partir de um ponto essencial: como a Execução penal é uma das facetas do fenômeno de controle social penal, está adstrita a proposições de ordem de conformação (princípios e missões), idênticas às do direito penal material e direito processual penal³³.

A questão aqui é saber se é admissível o regime progressivo de cumprimento de pena em absolutamente todos os casos, dada a vedação legislativa da aplicabilidade dessa espécie de regime para os condenados por crimes hediondos.

As normas de direito penal - aqui considerado como as três perspectivas do instrumento de controle social - devem orientar-se segundo princípios interpretativos básicos próprios da deste ramo do conhecimento jurídico. Estes princípios são produto da lenta e constante evolução da Ciência Penal, que vem acompanhando a marcha das conquistas cidadãs através da história. A aplicação destas normas por via de consequência deve guardar coerência para com estes mesmos princípios.

Assim, convém partir da idéia central de que a evolução do Direito Penal, ora funcionando como mola propulsora, ora como o próprio projétil, guarda uma estreita simbiose com as conquistas sociais no campo da configuração do Estado.

O Estado social e democrático de Direito que almejamos viver e que figura, ao menos formalmente, nas diretrizes formadoras do Estado brasileiro deve corresponder, antes de tudo, a um Direito penal que guarde o mesmo corte ideológico.

Nesse sentido concorre a preciosa lição de Muñoz Conde³⁴:

Las ideas que anidan en el corazón de los hombres de conseguir una paz social justa, un sistema equitativo que ampare sus derechos fundamentales y una seguridad personal que evite los despotismos y arbitrariedades, han ido formando un patrimonio común, una plataforma sobre la que debe descansar también el ejercicio del poder punitivo del Estado.

A situação em apreço, de interpretação judicial em casos concretos, configura justamente uma das hipóteses aventadas pela doutrina como momentos próprios à sua concreção. Assim assinala Rothenburg³⁵:

... os princípios são dotados de um elevado grau de abstração o que não significa impossibilidade de determinação – e, conseqüentemente, de baixa densidade semântico-normativa (mas podendo ser integrados por meio de interpretação/aplicação, sobretudo através de outras normas e até mesmo em relação a situações específicas, como decisões judiciais e atos administrativos)...

Sendo assim, uma vez que a Constituição Federal brasileira expressa diversos princípios característicos da eleição de um perfil de Estado social e democrático de Direito, sendo vários deles relacionados estreitamente com o contexto do poder punitivo Estatal, estes devem compor os cânones interpretativos que nos hão de balizar a solução do presente caso.

Entre estes princípios, adquire especial relevância o princípio da humanidade. Nilo Batista³⁶ comenta: que “a pena nem «visa fazer sofrer o condenado», como observou Fragoso, nem pode desconhecer o réu enquanto pessoa humana, como assinala Zaffaroni, e esse é o fundamento do princípio da humanidade”.

A idéia central da resposta punitiva no Direito penal moderno é a recuperação social do criminoso. Nesse particular, o arcabouço legislativo brasileiro alberga expressamente este propósito, ao preconizar, no art. 1º da Lei de Execução Penal, lei 7.210/84:

Art. 1º - A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

De outro lado, o propósito de recuperação do delinqüente deve ser compatível com o ideal de proteção aos direitos fundamentais, respeitando entre outros, o princípio de humanidade. A dignidade humana enquanto princípio limitador da intervenção estatal no campo penal encontra diversas formas de expressão nos dispositivos infraconstitucionais. Uma das principais expressões deste princípio é justamente a progressão de regime, conforme anuncia claramente a doutrina de Muñoz Conde³⁷ ao comentar o sistema penal progressivo adotado pelo Estado espanhol:

... la existencia del sistema progresivo en nuestro país resulta, en principio, coherente con las proclamaciones acerca de la orientación de las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social que se contienen, como sabemos, en el art. 25,2 CE. [...]

El fin de reeducación y la reinserción social debe ser compatible con el reconocimiento de los derechos fundamentales de los reclusos que proclaman los arts. 25,2 CE y 3 LOGP, lo que obliga, entre otras cosas, a considerar la dignidad humana, los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10,1 CE) como límite infranqueable de la ejecución penitenciaria y la intervención reeducadora.

Ora, se estamos de acordo que o sistema progressivo é coerente com o propósito de recuperação do criminoso e por sua vez, a recuperação do criminoso deve respeitar os limites da dignidade humana, é forçoso concluir que a adoção do regime progressivo como forma de execução de pena se traduz na obediência ao princípio de humanidade.

Para Laura Zúñiga³⁸, o sistema progressivo constitui uma verdadeira *"filosofía penitenciaria basada en la confianza que debe darse a los reclusos con el fin de ir preparándolos para la libertad"*.

Por esta razão a regra do sistema brasileiro é a progressão de regime como mecanismo de execução de pena. Não se trata de uma mera escolha do legislador penal, e sim de um ajuste aos princípios constitucionais de um Estado social e democrático de Direito.

Chegando a este ponto, é forçoso reconhecer que os dispositivos da Lei de Crimes Hediondos que impedem a progressão de regime são conflitantes para com os princípios básicos de um Estado social e democrático de Direito. Daí que exista certa reação doutrinária e jurisprudencial contra ditos dispositivos, que chegou até os Areópagos Superiores.

Deste modo, se pode concluir que a orientação ancorada nos princípios penais consentâneos com nosso alvitre democrático é coerente com a admissão da progressão de regime.

Esta forma de interpretação é que deve suprir as lacunas de aplicação da lei e até mesmo corrigir as distorções geradas pela aplicação cega do sistema penal aos casos concretos.

Assim, como é impossível fixar com meridiana clareza a intenção do julgador ao interpretar qualquer dispositivo legal, outra não pode ser a escolha do que buscar a interpretação mais correta de acordo com a orientação dos princípios norteadores de todo o sistema jurídico penal. Por isso, a opção deverá necessariamente ser a de admitir a progressão de regime pretendida.

Em realidade, impende vincar que o propósito do intérprete jurídico vai mais longe do que simplesmente verificar a subsunção do fato ao sistema.

Esta postura positivista radical já foi banida do seio da Ciência penal há mais de trinta anos, desde o aparecimento da fundamental obra de Roxin³⁹ *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, onde o ilustre catedrático alemão, ancorado na palavra de Jescheck, aponta os riscos decorrentes da adoção de uma dogmática alheia aos resultados por ela produzidos:

No debe desconocerse, sin embargo, el peligro de una dogmática juridicopenal basada en fórmulas abstractas: éste radica en que el juez se abandona al automatismo de los conceptos teóricos, olvidando así las particularidades del caso concreto. Lo decisivo ha de ser siempre la solución de la cuestión de hecho, mientras que las exigencias sistemáticas deben ocupar el segundo plano.

Como solução, o jurista propõe que a política criminal desenvolva uma relação simbiótica com a dogmática, servindo de âncora para a correção de suas distorções. Não se trata simplesmente de abandonar o sistema em favor de uma casuística pura, mas sim de prevenir as injustiças geradas por um positivismo puro.

Para Roxin⁴⁰, “*un tal procedimiento supera la separación de Liszt entre Derecho penal y Política criminal en tanto que da entrada en la Parte General del Derecho penal a las valoraciones politicocriminales; pero continúa manteniendo la separación, en tanto que ambas esferas siguen recíprocamente desvinculadas*”.

Ecos da senda aberta por Roxin se fazem sentir já na dogmática jurídica brasileira, onde mais e mais autores vem trabalhando a necessidade de uma renovação da postura do operador jurídico no sentido do abandono do discurso exclusivamente dogmático. Nessa linha de raciocínio se destaca a aguda crítica desenvolvida por Lênio Streck⁴¹:

... o Direito, instrumentalizado pelo discurso dogmático, consegue (ainda) aparecer, aos olhos do usuário/operador do Direito, *como, ao mesmo tempo, seguro, justo, abrangente, sem fissuras, e, acima de tudo, técnico e funcional*. Em contrapartida, o preço que se paga é alto, uma vez que ingressamos, assim, “num universo de silêncio : um universo do texto, do texto que sabe tudo, que diz tudo, que faz as perguntas e dá as respostas. Nestes termos, conclui Legendre, os juristas fazem um trabalho doutoral no sentido escolástico da palavra. Em outras palavras, fazendo seu trabalho, *eles não fazem o Direito; apenas entretêm o mistério divino do Direito, ou seja, o princípio de uma autoridade eterna fora do tempo e mistificante, conforme as exigências dos mecanismos de controle burocrático num contexto centralista*.

[...] o discurso jurídico-dogmático, instrumentalizador do Direito, é *importante fator impeditivo/obstaculizante do Estado Democrático de Direito em nosso país – e, portanto, da realização da função social do Direito – traduzindo-se em uma espécie de censura significativa*.

Assim, nos parece que a tarefa interpretativa de situações limítrofes como a presente, constituem verdadeiras oportunidades para fazer vincar com clareza meridiana a opção democrática do aplicador do direito brasileiro.

4.3 Execução penal e Estado social e democrático de Direito

Deste modo, parece claro que, desde uma perspectiva de um modelo de Estado social e democrático de Direito, considera-se o Direito penal um mecanismo de controle social que sempre deverá ser obediente ao modelo político.

De ser assim, não é possível furtar do Direito penal a opção pela discussão política. Toda decisão penal é, sobretudo, uma decisão política. Deste modo, as interpretações dogmáticas obedecem a cânones interpretativos vinculantes que são os princípios políticos de caráter humanista, que decorrem de nossa opção por um modelo ajustado ao contrato social.

Convém lembrar que toda imposição de pena deriva, pois, de uma opção prévia do indivíduo à renúncia de sua liberdade em situações excepcionais. Porém, convém lembrar que esta renúncia é antes de tudo igualitária, e se dá em uma perspectiva horizontal de reciprocidade.

Parece que esta dimensão igualitária vem sendo esquecida, pelos legisladores e operadores jurídicos, com uma frequência impressionante, o que nos obriga a marcar, uma e outra vez, reiteradamente, os limites desta vinculação através da imposição sistemática e persistente das garantias sobre os rompantes normativos.

É de Hassemer⁴² a lição:

A dimensão vertical do contrato social serve para assegurar a renúncia das liberdades acordadas horizontalmente. Se lhe pode chamar Estado ou superioridade, significando que se trata de instituições derivadas e não de instituições que tenham razão de ser por si mesmas. Sua justificação é possibilitar a coexistência dos contratantes em uma situação jurídica, mantendo os limites da renúncia da liberdade, de forma igualitária para todos. O cidadão não fica, pois, funcionalizado em face do Estado, mas sim o Estado é que se funcionaliza ao serviço do cidadão.

Deste modo, não nos resta mais que exigir, em homenagem ao reconhecimento de um modelo de Estado democrático, fulcrado na idéia de contrato social e nas garantias individuais do ser humano, a admissibilidade da progressividade de regime em qualquer hipótese de cumprimento de pena.

5. Considerações finais

A Execução penal faz parte indissociável da estrutura de punibilidade com a qual o Estado maneja seu mais contundente mecanismo de controle social.

Ela ocupa, dentro de um quadro silogístico de divisão do esquema penal um lugar de destaque como conclusão, o que se traduz no modelo prático na principal preocupação que deve ter o operador jurídico penal e o legislador ao manejar e conformar este instrumento.

A distorção que sofre o chamado “Moderno Direito penal”, aflige também a Execução penal, na medida em que esta se encontra imbricada no sistema de controle. Com isso, a Execução penal também sofre os efeitos nocivos do processo de “expansão do Direito penal”.

Se existe esta inevitável conseqüência, proveniente da inevitável implicação entre as três esferas penais: direito material, direito processual e execução, também é urgente e possível o emprego das perspectivas mais modernas de evolução desenvolvidas para o âmbito da teoria do delito, na esfera da execução penal.

De ser assim, aplicada a perspectiva funcionalista-sistêmica de filtragem político criminal das questões dogmáticas, uma conseqüência direta, por exigência do modelo de Estado social e democrático, que o regime progressivo de cumprimento de pena seja aplicável para todo e qualquer cidadão condenado, independentemente do delito que cometeu.

Notas

- 1 Ver, a respeito dos princípios limitadores do *jus puniendi*, MUÑOZ CONDE, F. e GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal. Parte General*. 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 77-104; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal, parte General, I*. Madrid: Editorial Universitas, 1996, pp. 80-90; MIR PUIG, S. *Derecho Penal Parte General*. 5a Ed., Barcelona: Reppertor S.L., 1998, pp. 74-102 e BUSATO, P. C. e MONTES HUAPAYA, S. *Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal democrático*. Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2003, pp. 142-191.
- 2 Ver, a respeito, as críticas que partem da teoria do *labelling approach* e da criminologia crítica de Alessandro Baratta, principalmente em BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. trad. 2a ed., Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999. Também se encontra detalhada referência ao assunto em HERRERO HERRERO, C. *Criminología*. Madrid: Dykinson, 1997, pp. 293-301; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.

Tratado de Criminología. 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 873-910 e GARRIDO, V.; STANGELAND, P. e REDONDO, S. *Principios de Criminología*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 367-413.

- 3 O procedimento é adotado por Muñoz Conde, em sua obra *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, para ilustrar a forma como se estabelece o sistema de controle social penal e pôr em evidência a proximidade entre Direito penal material e processo penal. MUÑOZ CONDE, F. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 1998, p. 6.
- 4 MUÑOZ CONDE, F. e GARCÍA ARÁN, M. *Op. cit.*, p. 32.
- 5 Os logros obtidos mais recentemente no Processo Penal latino americano aparecem bem relatados na obra MAIER, J. B.J.; AMBOS, K. e WOISCHNIK, J. *Las Reformas Procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.
- 6 Cito, por todos os penalistas preocupados com a dimensão da pena e da execução penal, a pessoa de Salo de Carvalho, cujos trabalhos nesta área têm servido a todos os operadores do direito como verdadeira bússola de racionalidade humanista. Em especial CARVALHO, S. de. *Pena e Garantias*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003 e a compilação CARVALHO, S. de. *Crítica À Execução Penal - Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, onde congrega autores que tratam de buscar despertar os operadores do direito para a missão que lhes compete com relação aos direitos e garantias do cidadão preso, no sentido de atuarem de forma incisiva, questionando a legitimidade de institutos penais, processuais e principalmente penitenciários desconectados com a verdadeira missão que deve cumprir o sistema penal.
- 7 HASSEMER, W. "El viejo y el nuevo Derecho penal". In *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Trad. para o espanhol de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 40-41.
- 8 idem, p. 47.
- 9 Nesse sentido, idem, p. 49.
- 10 Basta ver, como sintoma claro desta nocividade, a presença de algumas teorias já dominantes a respeito dos fundamentos justificadores do avanço das barreiras de imputação, como no caso, por exemplo, da tentativa de delito com relação à teoria da impressão, que é dependente direta da concepção de prevenção geral positiva. De outro lado, convém também observar como sintomas dessa distorção a difusão presente da dogmática funcionalista sistêmica proposta por Günther Jakobs e as medidas de política criminal de tolerância zero, todas tributárias de um abuso evidente da idéia de prevenção.
- 11 Nesse sentido HASSEMER, W. 1999, *Op. cit.* p. 50.
- 12 A respeito da ilusão de segurança jurídica proporcionada pelo âmbito penal ver ANDRADE, V. R. *A Ilusão de Segurança Jurídica*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

- 13 A “criação de novos “bens jurídico-penais”, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios jurídico-penais de garantia não seriam mais que aspectos desta tendência geral, à que cabe referir-se com o termo “expansão”. SILVA SANCHEZ, J. M. *La expansión del Derecho penal*. 2ª ed., Madrid: Civitas, 2001, p. 20.
- 14 MUÑOZ CONDE, F. e GARCÍA ARÁN, M. *Op. cit.*, p. 78.
- 15 SILVA SANCHEZ, J. M. *Op. cit.*, p. 25.
- 16 Ver, em detalhes, sobre o conceito de sociedade de risco em BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.
- 17 SILVA SANCHEZ, J. M. *Op. cit.*, pp. 26 y ss.
- 18 *Idem*, pp. 32 e ss.
- 19 *Idem*, pp. 61 e ss.
- 20 *Idem*, pp. 66 e ss.
- 21 *Idem*, pp. 42 e ss.
- 22 *Idem*, pp. 69 e ss.
- 23 Vide, a respeito, GALEANO, E. *As veias abertas da América Latina*. 41ª ed., trad. de Galeno de Freitas, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.
- 24 Cf. CRUZ, P. M. *Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo*, Editora Diploma Legal: Florianópolis, 2001.
- 25 ZAFFARONI, E. R. e PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 80.
- 26 *Idem*, p. 80.
- 27 HASSEMER, W. “¿Por qué y con qué fin se aplican las penas?”. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid: UNED, 1999, p. 319.
- 28 Sobre os riscos e a controvérsia a respeito da função simbólica e a função promocional do Direito penal, vide GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Derecho penal. Introducción*. Madrid: Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, pp. 97-100.
- 29 BUSATO, P. C. e MONTES HUAPAYA, S. *Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal democrático*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 138.
- 30 Convém dizer que cremos que a verdade real é uma utopia inalcançável, e que a realidade processual penal deve contentar-se com uma verdade processual, posição partilhada por Muñoz Conde e Hassemer (Assim aparece em HASSEMER, W. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, S. A., 1984; HASSEMER, W.; MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989 e MUÑOZ CONDE, Francisco, 1998, *Op. cit.*) o que não exime, em absoluto, o juiz de tentar, tanto quanto possível, fazer com que coincidam verdade processual e verdade real.

- 31 Vide a respeito, por todos, GRECO FILHO, V. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1999 e RANGEL, P. C. *Direito processual penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- 32 A respeito, vide BITENCOURT, C. R. *Falência da pena de prisão*. 2ª ed., São Paulo : Saraiva, 2001, pp. 58-63.
- 33 Já tivermos oportunidade, alhures, de defender a idéia de coincidência entre a missão do direito penal e a missão da pena, em BUSATO, P. C. e MONTES HUAPAYA, S.. *Op. cit.*, pp. 245-250.
- 34 MUÑOZ CONDE, F. e GARCÍA ARÁN, M. *Op. cit.*, p. 77.
- 35 ROTHENBURG, W. C. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre : Sergio Antônio Fabris Editor, 1999, pp. 17-18.
- 36 BATISTA, N. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, 4ª ed.. Rio de Janeiro : Revan, 1999, p. 99.
- 37 MUÑOZ CONDE, F. e GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Op. cit.*, p. 627.
- 38 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Política Criminal*. Madrid : Colex, 2001, p. 227.
- 39 ROXIN, C. *Política Criminal e Sistema Del Derecho penal*. Tradução para o espanhol de Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972, p. 20. Há também uma versão em português, publicada em 2000 pela Revan, do Rio de Janeiro, em tradução de Luís Greco.
- 40 Idem, p. 30.
- 41 STRECK, L. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, 2ª ed.. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000, p. 76-77.
- 42 HASSEMER, W. 1999, *Op. cit.*, p. 44.

Referências

- ANDRADE, V. R. *A Ilusão de Segurança Jurídica*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. trad. 2ª ed., Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.
- BATISTA, N. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, 4ª ed.. Rio de Janeiro : Revan, 1999.
- BECK, U. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.
- BITENCOURT, C. R. *Falência da pena de prisão*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

- BUSATO, P. C. e MONTES HUAPAYA, S. *Introdução ao Direito Penal*. Fundamentos para um Sistema Penal democrático. Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2003, pp. 142-191.
- CARVALHO, S. *Pena e Garantias*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CARVALHO, S. *Crítica À Execução Penal* - Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.
- CRUZ, P. M. *Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo*, Editora Diploma Legal: Florianópolis, 2001.
- GALEANO, E. *As veias abertas da América Latina*. 41ª ed., trad. de Galeno de Freitas, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Derecho penal. Introducción*. Madrid: Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Tratado de Criminología*. 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- GARRIDO, V.; STANGELAND, P. e REDONDO, S. *Principios de Criminología*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- GRECO FILHO, V. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- HASSEMER, W. *El viejo y el nuevo Derecho penal*. In *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Trad. para o espanhol de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- _____. *¿Por qué y con qué fin se aplican las penas?*. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid: UNED, 1999.
- _____. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, S. A., 1984,
- HASSEMER, W.; MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- HERRERO HERRERO, C. *Criminología*. Madrid: Dykinson, 1997.
- LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho Penal, parte General, I*. Madrid: Editorial Universitas, 1996.
- MAIER, J. B. J.; AMBOS, K.; WOISCHNIK, J. *Las Reformas Procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 5ª Ed., Barcelona: Reppertor S.L., 1998.
- MUÑOZ CONDE, F. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 1998.
- MUÑOZ CONDE, F. e GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal. Parte General*. 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

MUÑOZ CONDE, F. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 1998.

RANGEL, P. C. *Direito processual penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ROTHENBURG, W. C. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

ROXIN, C. *Política Criminal e Sistema Del Derecho penal*. Tradução para o espanhol de Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972.

SILVA SANCHEZ, J. M. *La expansión del Derecho penal*. 2ª ed., Madrid: Civitas, 2001, 2001.

STRECK, L. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, 2ª ed.. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000.

ZAFFARONI, E. R. e PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Política Criminal*. Madrid : Colex, 2001.

Recebido em: 05/03/2004

Avaliado em 15/03/2004

Aprovado em 03/09/2004