

[Crítica y opinión]

## Panorama geral da experiência brasileira com relação às conseqüências jurídicas da pena

EDUARDO MAHON<sup>1</sup>  
✉

*Aqui tudo parece que é ainda construção e já é ruína  
("Fora da Ordem", de Caetano Veloso)*

Gentilmente convidado para contribuir com o debate sobre as conseqüências jurídicas das penas, gostaria preliminarmente de lembrar a participação argentina marcante nos Congressos do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, onde tive a satisfação de presidir a mesa da qual o Prof. Donna dispôs-e a palestrar para um público altamente qualificado. Penso que a Argentina está bastante bem colocada no cenário da discussão teórica do direito penal e da criminologia (Zaffaroni, Donna, Álvarez, Rafecas, Maier, Elbert, entre outros), mais que a média dos demais países fronteiriços, ainda que deva sublinhar discussões e publicações nacionais promovidas pelo próprio Instituto Brasileiro e pelo Instituto Carioca de Criminologia, por exemplo.

Vozes brasileiras (Coutinho, Streck, Prado, Aury Lopes, Hamilton e Salo de Carvalho, Vieira e tantos mais), também se levantam para conter a onda punitiva que avança no país, como um reflexo do pior que pode haver nas doutrinas estadunidenses ou mesmo européias. Penso que, a despeito do mimetismo histórico ainda que mal ajambrado, há um componente de autoritarismo próprio na América Latina que facilmente adapta as teorias defensivistas, preventivas, da segurança, do inimigo, da lei e da ordem, das janelas quebradas e outras tentativas menos conhecidas. Isso para não afirmar categoricamente que o aparelho burocrático estatal tão arraigado na experiência brasileira de consenso (e não confronto como nas demais

---

<sup>1</sup> Advogado criminalista em MT e Brasília, Professor Universitário e Membro da Academia Mato-grossense de Letras.

colônias espanholas que se rebelaram), necessita por razões próprias que seja sempre acionada como guardião dos valores nacionais.

Infelizmente, a experiência penal brasileira está muito aquém das propostas de um direito mínimo ou do próprio garantismo ferrajoliano, muito embora a teoria italiana tenha amplo impacto na minúscula intelectualidade jurídica nacional. Contudo, os escritos de Hulsman são praticamente desconhecidos e as técnicas de questionamento crítico, com seus argumentos altamente sediciosos, pertencem a um gueto doutrinário, sendo a jurisprudência quase impermeável ao diálogo neo-iluminista, como diria Bobbio. Ao que tudo indica, a aflição dos estudiosos do fenômeno penal não são exclusivismo de qualquer recanto, porque o contingenciamento populista de valores indisponíveis, trocados pela pseudo-eficiência, é cada vez mais constante e generalizada.

Do mesmo modo, as práticas que remetem à velha máxima da “segurança nacional” como resposta ao “crime organizado”, vulnerando a lógica dos bens jurídicos, pulverizando-os no perigo abstrato progressivamente menos específico, também cumpre o papel de disseminar essa guerra forjada. Forjadas estão as “sociedades de risco” globalizadas. Não estamos seguros, o direito penal pautado em garantias não responde eficientemente e o processo penal é encarado como um empecilho ao restabelecimento da paz e da segurança, privilegiando “eles”, os criminosos, com suas garantias demasiadamente humanas para quem não se comportou com humanidade esperada. A mesma técnica de ampliação midiática da sensação de violência, de caos e de guerra (junto com a propalada epidemia da corrupção), os instrumentos banais de tratamento da questão são recalibrados para uma estrutura militarizada.

Esse quadro, portanto, é por demais preocupante e perigoso para ser sintomático de um único Estado. Publicização da vida privada, flexibilização das garantias processuais, tratamentos carcerários diferenciados, limitação à defesa do acusado e ao processo, segregação automática ou com superficiais fundamentos, formam o quadro de ilustra a inflação legislativa, plataforma sobretudo para o político populista, o burocrata autoritário e para o teórico limitado.

Acredito ser conveniente um panorama brasileiro sobre as consequências da inflação das penas que bem pode refletir uma realidade mais ampla latino-americana ou méritos e deméritos individuais brasileiros, o que antevejo como pouco provável. Provavelmente, adaptando-se experiências nacionais, o modelo

brasileiro não é muito diverso dos demais do Cone Sul. De qualquer forma, não há como mensurar qualquer consequência eminentemente jurídica da pena, sem perpassar noutros saberes. Portanto, a análise “jurídica” apenas refletirá a defasagem teórica entre direito penal e criminologia crítica (Baratta Young Bourdieu, Wacquant, Nilo Batista, Pavarini, Kircheheimer, Bergalli, Christie, entre muitos outros), por exemplo, ou quanto à filosofia do direito, à sociologia, enfim, de tantos outros ramos do conhecimento.

Ou, de outro giro, pressupor legitimidade ou eficácia das consequências das penas seria, de certa forma, centrar o direito penal nas consequências, o que já foi suficientemente estudado por Hassemer como uma das características da modernidade penal que se descola rapidamente das matrizes clássicas. Uma “neurose de consequências” resulta num direito penal destinado a ser uma resposta para a qual não foi destinado. No meu entender, o sistema penal é passível ser desconstruído por qualquer prisma que se enxergue o problema, seja nos fundamentos políticos, filosóficos, jurídicos ou práticos eventualmente utilizados.

Conforme tentarei demonstrar, no âmbito das consequências exclusivamente jurídicas da pena, temos uma boa oportunidade para exibir o quão defasado está o ordenamento penal brasileiro, com relação à própria Constituição pós-ditadura militar. Trago à colação algumas peculiaridades brasileiras, dispostas nos artigos 91 e 92 do nosso Código Penal. Inicialmente, importante deixar claro que os efeitos relativos à reincidência e a perda de prerrogativas da cidadania me interessam particularmente.

Partindo dos pressupostos do exercício da crítica do direito penal, a cultura brasileira é particularmente rica por espelhar tantas tendências quanto às incoerências do convívio de todas elas juntas. Então é um misto de iluminismo embaçado, positivismo reformado, neokantismo superficial, etiologia e racismo e uma dose considerável de autoritarismo.

Os efeitos da pena podem ser divididos em: a) civis, relativos ao patrimônio; b) civis relativos ao estado civil das pessoas e suas relações com a família e a sociedade; b) administrativos; c) políticos; d) repercussões reflexas no próprio direito penal. Facilmente pode-se constatar que o axioma “a pena não ultrapassará a pessoa do condenado” não só é inverossímil no Brasil, como chapadamente irrealizável em nossa atual conjuntura. A pena causa efeitos nocivos para a família, para o trabalho, para a cidadania, ou seja, desfere o

feixe de irradiação para todas as órbitas do ser, descaracterizando-o, empobrecendo-o, desonrando-o.

Vejamos a disposição legal:

Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Art. 92 - São também efeitos da condenação

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

A própria legislação é contraditória com a lógica. Se o direito penal guarda tipos novos, onde não se percebe claramente o "dano concreto" e sim apenas em perspectiva, como dissemos alhures, tornar certa a obrigação de indenizar pode se tornar mais um mecanismo de dominação financeira e submissão ao próprio sistema do que um resultado favorável de composição.

Aliás, não é só na Argentina que se discute seriamente a "(in)disponibilidade" do processo penal, abrindo mão para formas de encerramento antecipado da lide: no Brasil, já tivemos a primeira

rodada de polêmica, com a primeira legislação que flexibiliza a indisponibilidade, traz a vítima para um plano substancial e promove composição cível em sede penal – a lei dos Juizados Especiais, sintomáticos para todos os doutrinadores que enxergam o fracasso global do sistema penal.

Prosseguindo. Padece de coerência o perdimento do cargo público do servidor que é apenado em tão reduzidas proporções, sendo que novas leis garantem um alargamento da definição de “crimes de menor potencial ofensivo” (Lei 9.099/95), onde será possível a transação penal ou suspensão condicional do processo, institutos originados justamente da norma comentada que não só instituiu os Juizados Especiais, mas também definiu o “potencial ofensivo” dos tipos. Então, já de pronto, sentimos uma predisposição em tutelar ao máximo os efeitos da potestade penal, enquanto é urdido um caminho inverso, mais arejado. Como sempre, a legislação penal num estado democrático de direito não pode ser coerente. Uma sistemática inatacável só pode emergir de um estado total, o que não é o caso.

Como é possível constatar facilmente, o efeito da pena no sistema brasileiro aliena o condenado da cidadania, do trabalho e da família. É um caso clássico onde poderiam bem se debruçar os estudiosos para compreender a dessocialização do ser humano, em qualquer órbita possível de ser cogitada. E o fenômeno da suspensão de direitos relativos à cidadania e mais a descontextualização do indivíduo pelo afastamento forçado, aliado às técnicas medicalizantes que propõem programas fantasiosos de “ressocialização”, “reeducação”, “reprogramação” em geral, vão compor um quadro autoritário pelo prisma político, descompromissado pelo viés jurídico e ineficaz pela observação criminológica.

Esse discurso da “harmônica integração social” (expressa e literalmente previsto no art. 1º da Lei 7.210/84 – Execuções Penais: LEP) do condenado (ou “reeducando”), reflete ainda doutrinas da prevenção especial, mesmo ultrapassado enquanto estudo da função da pena, aplicando uma prescrição psíquica forçada, afetando mais do que a disponibilidade do corpo – a própria alma e o livre pensar do “paciente” do sistema.

Cedendo à tentação de conferir uma lógica mínima a um sistema fadado ao insucesso, o discurso brasileiro não só foi influenciado diretamente pela “nova defesa social” como está comprometido com o neopositivismo de intervenção máxima. Serão os condenados

“classificados” de acordo com o grau de periculosidade e personalidade (art. 5º da LEP), revivendo o determinismo lombrosiano revestido com outras roupagens. Seguindo essa lógica, a Comissão Técnica de Classificação (art. 7º da LEP), esvazia a jurisdição que já abriu mão do então acusado e agora “paciente”.

Um dos itens desse pacote é o exame criminológico, apontado taxativamente no art. 8º da LEP, e suprimido pela força de uma nova legislação que omite a necessidade de exigir o “parecer técnico” em incursões invasivas na personalidade do condenado. A novel lei 10.792/03, em seu art. 112, retirou a necessidade da tradicional “assessoria técnica” dos pareceristas, certamente considerando a impossibilidade da infiltração do médico, assistente social, psicólogo, no universo pessoal do condenado, arriscando-se esgarçar os laços com o positivismo antropológico que ainda subsiste paralelamente.

Infelizmente, no Brasil, ainda que tenha havido a libertação judicial do ranço medicalizante, ainda assim, os tribunais ainda entendem imprescindível submeter o prisioneiro aos técnicos de apoio, para “medir” o seu “grau de periculosidade” e sua trajetória na “recuperação social”, insistindo em flertar com o cumprimento indeterminado da pena.

Um sistema interno e complexo de punições (art. 53 da LEP) e recompensas administrativas (como as “regalias” consoante art. 56 da LEP) na reprogramação comportamental do condenado, embora presente na lei, revelam a dramatização da condição do apenado e tenta justificar à sociedade a dupla função positiva da pena: reformar o desviante e intimidar os não-desviantes pela ameaça da brutalidade, uma vez a teoria (retributiva, preventiva especial, preventiva geral negativa e positiva, controle social) ainda não logrou implementar suficientemente a legitimidade da pena.

No Brasil, mesmo os presos provisórios são impedidos de votar, muito embora a disposição expressa (art. 15 da Constituição da República) não se refira expressamente ao cidadão temporariamente detido. A grave consequência da perda da cidadania e dos direitos políticos como um dos tópicos, contribui para a perda progressiva da identidade social, concomitantemente com a nova identidade tipicamente penal.

Finalmente, os efeitos indelévels da reincidência (art. 63 do Código Penal Brasileiro), onde o direito penal deixa de pontuar o fato concretamente aquilatado para, abdicando do ideário iluminista, promover um direito penal biográfico, etiquetando o condenado com

a "reincidência" e os "maus antecedentes", elementos negativos na apuração eventual de outro delito completamente distinto do primeiro. Além de ferirem os princípios clássicos da legalidade, atingem o conceito contemporâneo de 'legalidade estrita' na obra de Ferrajoli. E, assim, tal consequência específica da pena revela o modelo ao qual está filiado o direito brasileiro e, ao contrário, as propostas mais arejadas que desprezamos.

Creio que o panorama do direito penal brasileiro centrado no binômio (prevenção máxima x direito penal do autor), não seja muito distinto dos demais sistemas latino-americanos, amplamente defasados teoricamente. Ou, quando atualizados com as proposições alemãs do 'controle social' de Hassemer e do 'reforço legitimador da norma' de Jakobs, encontram-se completamente dissociados da realidade regional. Não raro, ainda se recorre à fundamentação hegeliana ou kantiana, conforme os objetivos "funcionalistas" que se perseguem. O fato é que não conseguimos superar a necessidade de gestão da sociedade por intermédio do poder de coerção e coação, seguindo uma marcha teórica acelerada para justificar esse esforço prático.

Isso para nos poupar de questionar a própria validade dessas teorias que acabam por promover uma inflação penal simbólica de efeitos daninhos ainda não completamente mensurados. E mais, para nos eximir de demonstrar que o exercício da pena é, à míngua de alguma lógica razoável e empiricamente demonstrável, um exercício de poder de inflexão sobre os outros e sobre os próprios operadores ou, mais especificamente no caso brasileiro, tarjar as massas marginais como "perigosas", "imorais", "aéticas", "doentes".

As consequências da pena revelam o que a pena é, assim como o complexo jurídico no qual está inserida. Não são constatadas opções que priorizem a liberdade, a igualdade, a cultura e as condições díspares dos aleatoriamente ou não "selecionados" pelo sistema penal. Ou hipóteses que demonstrem não ser o criminoso o embaixador da combatida alteridade e o crime como uma realidade social. Querem "o" desviante, o diverso, o estranho, o feio, o criminoso, a doença longe de uma sociedade idealizada como antônimo do mal, sinônimo do bem, da moral, da ética, da "ordem e do progresso". Afinal, este lema positivista permanece tremulando na bandeira do Brasil.

