ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

NOTAS AO SISTEMA HUMANISTA DE BECCARIA: BREVE CONTRIBUTO À CONSTRUÇÃO DE UMA ANTINOMIA ENTRE BECCARIA E KAFKA

NOTES ON THE HUMANIST SYSTEM OF BECCARIA: BRIEF CONTRIBUTION TO THE CONSTRUCTION OF AN ANTINOMY BETWEEN BECCARIA AND KAFKA

Fábio Wellington Ataíde Alves*

RESUMO: O artigo perpassa pelas garantias humanitárias penais consagradas por Beccaria com a obra Dos Delitos e das Penas, fazendo breve contraponto com o nosso ordenamento jurídico. O conto Na Colônia Penal, de Franz Kafka, serve de mote à demonstração de uma antinomia entre o ser e o dever-ser, entre a realidade impactante do sistema carcerário e a ficção dos direitos humanistas consagrados desde Beccaria. Exibe-se que a realidade do sistema penal rechaça o discurso iluminista.
Palavras-chave: Evolução do Direito Penal. Direitos Humanos. Beccaria. Sistema Carcerário. Franz Kafka.

ABSTRACT: The article goes through the criminal humanitarian guarantees protected by Beccaria in the work Crimes and Punishments, making a brief counterpoint to our legal system. The story In the Penal Colony, by Franz Kafka, serves as a demonstration of a contradiction between being and must-be, striking between reality and fiction in the prison system of the human rights cherished since Beccaria. It shows that the reality of the criminal justice system rejects the Light Age discourse.
Keywords: Evolution of Criminal Law. Human Rights. Beccaria. Prison System. Franz Kafka.

Voltar a Beccaria sempre será
avançar no tempo.
Ler Kafka sempre será
decepcionar-se com o presente.

* Juiz de Direito no Rio Grande do Norte e Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN). *Email*: fabioalves@tjrn.jus.br.

1 BECCARIA E A EVOLUÇÃO DAS IDÉIAS PENAIS

Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, nasceu em 1738. Em 1764, aos 26 anos de idade, publica a sua obra clássica *Dos Delitos e das Penas* (*Dei Dellitti e Delle Pene*), em que preconiza a abolição das torturas e apara severa crítica à pena de morte, reclamando a proporcionalidade das penas e trazendo à tona a prevenção como utilidade à punição. Somente um jovem, ávido por mudanças e saudavelmente imprevidente, poderia ter rompido com tantos dogmas de uma única vez, revoltando os defensores do antigo regime. Depois dele, os juristas se interrogam sobre os valores e limites do processo inquisitivo[1]. Tamanha importância ganhou o texto que não tardou a ser denominado de *Tratado*, alcunha reduzida somente àqueles ensinamentos completos, influentes e imprescindíveis, cujo valor primeiro reside na clareza, objetividade e capacidade de fazer entender-se até ao menos erudito dos cidadãos.

No Brasil, a obra logrou a primeira tradução apenas em 1949, quase duzentos anos depois de publicada, mas os seus efeitos foram percebidos muito antes. O Código de Processo Criminal de 1832 sofrera forte influência do Código napoleônico de 1808; antes deste, em meados de 1700, a doutrina criminal já havia suportado sua maior mudança com o movimento de humanização do Direito Penal, em cuja fronte despertava, entre outros, Beccaria. O Código de 1832 foi o nosso primeiro Código de Processo Penal, então denominado Código de Processo Criminal de Primeira Instância. Explica Bajer que este diploma legal "oferecia muitas garantias de defesa aos acusados"[2].

Com efeito, é mister explorar as fases rudimentares dos fundamentos penais para, somente então, valorar a importância e o impacto das idéias humanistas de Beccaria, surgidas em terreno fértil, mas extremamente hostil ao seu pensamento. A etapa humanitária do Direito Penal foi antecedida pelas fases *da vingança privada*; *da vingança divida* e *da vingança pública*, cujos principais traços constitutivos serão avaliados adiante.

1 ALESSI, Giorgia. **Il Processo Penale: Profilo Storico.** Roma: Editori Laterza, 2001. p. 130.
2 BAJER, Paula. **Processual Penal e Cidadania.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002. p. 25.

1.1 FASES EVOLUTIVAS DO DIREITO PENAL

O *período da vingança privada* corresponde aos primeiros momentos históricos do Direito Penal, quando cada indivíduo pode reprimir, a seu modo, as violações do direito; a punição era particular, à falta de agentes legitimados para assumi-la. Em face do abuso da violência, característico do Direito Penal, a lei de talião aporta com o intuito de atenuar o poder desproporcional da vingança privada[3]. A *pena privada,* agora, deveria ser proporcional ao mal cometido; um olho por outro, nada mais.

A formação de sociedades teocratas favorece o *período da vingança divina*, com que se busca justificação sobrenatural para ações humanas, as quais, durante a fase de vingança privada, estavam inteiramente desprovidas de "elevação", ou "grandeza". Ainda hodiernamente, certos povos civilmente acabrunhados encontram motivações religiosas para a aplicação de sanções.

O *período da vingança privada* provém da época da formação das sociedades, cujo Direito Penal, então rudimentar, provinha da vítima ou de seus familiares. A resposta à infração era imediata, e nem sempre no mesmo tom do crime; ao contrário, tendia a repulsa a ser mais violenta do que o fato que a motivara.

Aos poucos, o centro aplicador das punições deixou de ser exercido pelo indivíduo, transferindo-se ao membro do grupo mais respeitado, o sacerdote, encarregado assim de aplicar o Direito Penal a todos que violassem as normas por eles estabelecidas. Esta mudança de titularidade, quando a pena deixa de ser aplicada pelo indivíduo, e passa a ser imposta pelo sacerdote, é própria da *fase da vingança divina*, cuja razão decorre do crescimento da complexidade dos casos; da necessidade de se evitar a autofagia dos membros do grupo, com crescente violência mútua; e da distinção da autoridade hierárquica, de um ou mais membros do grupo, sobre os demais.

Daí chegou-se à lei de talião, que representou verdadeiro avanço do Direito Penal, instituindo as bases da necessidade de combater-se a desproporcionalidade entre o crime e a resposta penal. Só mais tarde – com Beccaria – a proporcionalidade ganharia status de verdadeiro princípio

3 CASTELLANOS, Fernando. **Lineamientos Elementales de Derecho Penal:** Parte General. México: Editora Porrua, 1976. p.32.

penal. No entanto, a vingança privada ainda hoje existe em tribos isoladas. Battaglini registra que existia, na alta Bavária, um Tribunal de Aldeia com poder punitivo[4].

O sacerdote, antes legitimado a punir, perde o seu posto para o monarca – a imagem de Deus na Terra. Agora, o Estado-Rei passa a punir. Instaura-se o *período da vingança pública*, durante o qual a punição pelo suplício foi comum até o final do séc. XVIII, desaparecendo completamente no séc. XIX. Punia-se o condenado no corpo; fazia-se cogente provocar-lhe a dor, o suplício. Esta era a pena. A dor da vítima repetia-se no corpo do autor do crime. A morte simbolizava a pena maior – a "elevação" máxima da Justiça –, e cuja execução tinha que prolongar o tormento, sem o que não seria justa a punição. De qualquer forma, a *fase da vingança pública* representa uma relativa humanização do Direito Penal, na medida em que cabia a um órgão do "Estado" executar as punições, não mais ao indivíduo.

Contudo, ainda aconteciam meios de fazer-se Justiça com as próprias mãos, como os duelos. Este meio rudimentar de autodefesa permitia que adversários se defendessem, ou tomassem conhecimento prévio do ataque de seus algozes.

A pena de morte é o astro maior da fase da vingança pública. Nesses tempos remotos, cabia, ao carrasco, a função de executar a morte do condenado, provocando-lhe dor intensa; a morte súbita decepcionava as multidões sequiosas por espetáculo. O sofrimento agudo, durante sessões de torturas processuais ou no instante da execução capital, não raro conduzia à confissão extrema ou ao pedido de perdão, momento alto do cerimonial, indicativo de que o condenado estaria pronto para ser entregue à morte.

A relação entre pena e suplício advém da necessidade de o Monarca impor sua soberania sobre os revoltosos contrários às leis por ele determinadas. Ao rei, o poder máximo; ao réu, a pena corporal entrega-lhe a confirmação de seu poder mínimo[5]. À época do suplício, o processo inquisitivo cobria de névoa a busca da verdade, validamente obtida, mesmo me-

4 BATTAGLINI, Giulio. **Direito Penal: Parte Geral.** Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 1964. p.9.

5 Cf. FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: **Histórias da Violência nas Prisões**. 22.ed. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Editora Vozes, 1987. p. 28.

diante tortura. O silêncio obscurecia o processo, contradição anunciada, já que, durante a aplicação da pena corporal, recorria-se à publicidade plena; condenados cumpriam pena de execração pública, torturas e confissões em logradouros públicos, marcações a ferro, e até emprego de adornos caracterizam a divulgação do castigo.

No passado colonial, a nossa legislação foi fecunda em criar institutos de afronta direta às liberdades individuais. As Ordenações Portuguesas obrigavam o marido condescendente com a infidelidade de sua mulher a usar, em praça pública, uma capela de chifres (§ V). Noutro momento, as Ordenações Filipinas determinavam que, se o homem consentir o adultério da própria mulher, ambos serão "açoitados com senhas capelas de cornos".[6] A sanção saiu do ordenamento, mas ainda permanece, de algum modo, no meio social.

Esse Direito Penal da *dor* e da *vergonha* nascia dos absolutos poderes do rei, que impunha a espada contra os membros da sociedade revoltosos. Fazia com o servo o que praticava contra seus inimigos e invasores. O monarca muitas vezes conquistava domínios mediante o abuso da força; quase sempre precisava continuar abusando dela para manter seu poder sobre os novos conquistados. O ciclo de violência se renovava.

A evolução dos Estados conduz à legitimação de um órgão para operar a aplicação do Direito Penal. Na fase da vingança privada, a punição era exercida pelo próprio *indivíduo*; na da vingança divina, tal papel cabia ao *sacerdote*. Posteriormente, no *período da vingança pública*, o Estado assume para si o poder de castigar, institucionalizando a violência da Europa às Américas, pelos menos até o séc. XVIII.

1.2 A HUMANIDADE PENAL: O IDEAL DE BECCARIA

A partir da metade do séc. XVIII, o Direito Penal conhece seu *período humanitário*, fundado nos ideais iluministas de Beccaria, Montesquieu, Voltaire, Rousseau e outros; havendo quem aponte o primeiro como o precursor da Escola Clássica[7], a partir da qual se inicia o período científico da

6 LARA, Silvia Hunold. **Ordenações Filipinas:** Livro V. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 121.
7 CASTELLANOS, Fernando. **Lineamientos Elementales de Derecho Penal:** Parte General. México: Editora Porrua, 1976. p. 36.

sistematização do Direito Penal. A obra modelar *Dos Delitos e das Penas* inaugura a face humana do Direito Penal; a Escola Clássica atingirá, no entanto, ponto alto com Carrara. Inicia-se a sistematização do Código Penal, com leis previamente estabelecidas, cujas provas obedecerão a critérios comuns na busca da verdade, obstada a tortura e outros meios que a falseiam.

Não entenderíamos o movimento humanitário e a sua importância para a evolução das idéias penais sem antes descer cordas ao fosso que abriga o *Tratado dos Delitos e das Penas* escrito por Beccaria, cujo pensamento inovador, à época, rompe com os estigmas de um Direito Penal fundado no sofrimento; foi capaz, assim, de reunir um conjunto de princípios humanitários, rescindindo a imaginação de seu tempo e perpetuando bases aos sistemas legais de todo o mundo. Suas teses ainda hoje são copiadas por sistemas legislativos. De sorte que a Beccaria sempre será avançar no tempo.

Sua obra logo se espraiou em inúmeras traduções, o que lhe rendera festejos e críticas. Apontaram-lhe os mais distintos apodos. Enquanto reverenciado por uns, o Tratado foi negado por outros, que o denunciavam por negar a Justiça Divina, o cristianismo, santa inquisição, a preponderância do interesse público sobre o particular, e até o direito do Monarca de condenar à morte. De todas as críticas, restou a resposta formulada pelo tempo, cujo decurso contínuo somente bastou para reforçar a ignorância de quem as lançara.

A fase da humanidade trouxe significativa diminuição da severidade penal. Michel Foucault arremata, com precisão, ao prescrever que a humanidade da pena não decorre isoladamente da humanidade profunda do criminoso, mas dos controles do poder[8], ou seja, a humanização da pena nada mais será que um meio de proporcionalidade, com que se atingirá a limitação do poder.

Antes do séc. XVIII, a pena retribuía ao criminoso o mal causado à vítima; o mal que se causa é o mal que se sofre. Na fase da humanidade, a pena continua com seu caráter reprovador, mas prepara caminho para se voltar aos interesses da recuperação do indivíduo. A pena de morte, combatida por Beccaria, passa a ser substituída pela prisão perpétua, forma mais

8 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir:** Histórias da Violência nas Prisões. 22. ed., Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Editora Vozes, 1987. p.77.

branda do que a execução capital.

Antes, eram os julgamentos secretos e as execuções penais públicas. Agora, os julgamentos são públicos; entretanto, não mais se precisa executar penas publicamente. A publicidade é a marca do sistema acusatório, em oposição aos julgamentos secretos, próprios do sistema inquisitivo.

Em nosso ordenamento, todos os julgamentos são públicos, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes (art. 93, IX, CF-88). O nosso Código de Processo Penal também prevê a restrição à publicidade de audiência, sessão ou ato processual, se dela resultar "escândalo", "inconveniente grave" ou "perigo de perturbação da ordem" (art. 792). Ocorrendo algumas dessas hipóteses, o ato poderá ser realizado a portas fechadas, com limites ao número de pessoas presentes.

Defensor do Tribunal do Júri, Beccaria proclama a importância de julgamentos públicos; novamente inspirado em Monstesquieu, rechaça, com veemência, os decisórios sob segredo (§ 9º). Consagra, ainda, o brocardo segundo o qual testemunha única, testemunha nula; assunto hodiernamente não mais aceitável; mas que, à época, representava mais uma garantia aos julgamentos justos.

A história da pena é a história de sua atenuação. Mesmo a pena de morte suportou abrandamento, a despeito de ainda admissível em vários países, com requintes de crueldade. Nos seus primórdios, o carrasco era quem prolongava a morte, enquanto cuidava para a sua chegada; no intervalo de vida que restava, o suplício confirmava a superioridade do soberano. A morte, antes precedida de castigo imensurável, também foi atenuada. A guilhotina garantia uma morte igual a todos e menos dolorosa, na medida em que permitia a execução em instante sumário que resgatava à vida, de chofre, sem deixar um rastro de sofrimento. Hoje, em alguns países, onde ainda se executa a sanção máxima, a essa prática precede a ingestão de substâncias tranqüilizantes, modo curioso de diminuir ânsias e dor de quem caminha para o firmamento. O Estado-Carrasco vê-se contraditoriamente legitimado a realizar aquilo que condena: a morte.

Beccaria assimila a necessidade de uma Justiça mutável, que acom-

panhe a evolução, ainda que esteja convicto do reacionarismo monárquico, muitas vezes preocupado em manter privilégios e afirmar o poder pelo temor. Inspirado em Montesquieu e Helvetius, o autor de *Dos Delitos e das Penas* nega a origem divina do direito de punir, transferida agora à lei. Para ele, só a Lei estabelece penas, e apenas o legislador editará a Lei (§ 3º); norteia, assim, o princípio da reservada legal constitucionalmente consagrada na legislação moderna (CF. art. 5º, XXXIX, CF/88). Reforça a tripartição do Poder com limites ao julgador, e que já não poderia ultrapassar os marcos penais ditados pela lei, tampouco interpretá-la além de sua literalidade, claramente influenciado pelo *Espírito das Leis*. À época de Beccaria, a interpretação literal cuidava de avanço em prol de uma segurança legal então acreditada; confiava-se, portanto, na interpretação literal como garantia capaz de conter abusos. Hoje, esta mesma literalidade guarda aspecto diverso – é a certeza da minoração legal em face de um sistema legislativo complexo, inesgotavelmente contraditório.

O Tratado humanitário traz a lei à compreensão popular; pede, assim, que seja escrita em língua comum. No Brasil, este pensamento está consagrado com a Lei Complementar n. 95/98, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, e prescreve, em seu art. 11, inc. I, "a", que as disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, devendo, para tanto, "usar as palavras e as expressões em seu *sentido comum* (grifamos), salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando".

A declaração ritual de uma acusação comporta a prévia formação de indícios – diz o prócer da Escola Clássica, para quem a prisão não deveria deixar qualquer pecha de infâmia sobre o acusado declarado inocente – fundamentos estes que, atualmente, prestam à defesa contra estigmas penais decorrentes do processo antes do advento de provimento condenatório transitado em julgado.

Preocupa-se com a dignidade do processado, com quem nem o nosso sistema processual ainda se importou o suficiente. O processado tem o direito personalíssimo de não sofrer violação de sua dignidade, nem por

disposições processuais.

Hoje, sabemos que a dignidade compõe-se de um conjunto de direitos mínimos, sem os quais não sobrevirá a natureza da pessoa humana. A exceção da verdade (art. 138, §3º, CP), o direito de resposta da Lei de Imprensa (art. 29), a inviolabilidade domiciliar (art. 150, CP), a proteção à correspondência (art. 151, CP) e ao segredo documental e profissional (art. 153, CP), o segredo de justiça (art. 153, CPC), a interceptação telefônica (Lei 9.296/96), a criminalização da cobrança de dívida com exposição ao consumidor (Lei 8.137/90, art. 71) e o resguardo à exibição sensacionalista do preso (art. 41, VIII, Lei 7.210/84) são exemplos de institutos protetores dessa dignidade, todos estruturados sobre as primeiras bases lançadas por Beccaria. Luiz Flávio Gomes leciona que esses institutos evitam as "cerimônias degradantes"[9].

O uso de algemas e a prisão, quando desnecessários, ferem a dignidade humana[10], causando mal-estar e desconforto injustificado. Mas isto não impede o emprego de algemas, em casos necessários. O Supremo Tribunal Federal decidiu que "o uso de algemas durante o julgamento não constitui constrangimento ilegal se essencial à ordem dos trabalhos e a segurança dos presentes".[11]

O uso de espaço na mídia, anunciando datas de julgamento, circunstâncias particulares e conclames, como não raras vezes se observa nos grandes centros urbanos, pode ferir a privacidade alheia.

Mas, sem dúvida, a lei do Juizado Especial Criminal buscou, em todos os momentos, prevenir o acusado das chamadas "cerimônias degradantes", não se limitando apenas ao *sursis* processual. Concedeu-lhe o direito de livrar-se solto, a possibilidade de realizar transação, com aplicação de pena restritiva de direito ou multa (art. 76), sem que isso registre maus antecedentes, reincidência, rol dos culpados ou até efeitos civis. Depois, garantiu, sempre que possível, a aplicação de pena não-privativa de liberdade (art. 62). A citação fictícia também foi abolida.

9 GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão Condicional do Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p.132.

10 PITOMBO, Sérgio M. Moraes. **Inquérito Policial**: Novas Tendências. Belém: Cejup, 1986. p. 91.92 (de há muito condenou o uso de algemas).

11 HC 71195/SP - Relator: Min. FRANCISCO REZEK, 25/10/1994, SEGUNDA TURMA, DJ 04-08-95, pp. 22442, Ement. 1794-02/222, unânime. Acórdãos no mesmo sentido: HC 0073086/97, Min. FRANCISCO REZEK DJ 07-03-97, p. 05399, Ement. Vol. 01860-01, p. 00145.

Sem destoar das garantias constitucionais, Fauzi Hassan Chouke[12], integrante da *nova escola de Direito Processual de São Paulo*, anuncia: "Mas, entre nós, infelizmente parece vingar a idéia de que o suspeito deve ser execrado publicamente antes mesmo de ser processado, numa clara derrocada do princípio da presunção de inocência (que a duras penas ganhou dimensão jurídica entre nós, quanto mais a social), servindo de claro exemplo a lição de Foucault, quando fala sobre o suplício dos condenados e sua exposição pública."

A imprensa também se sujeitou a esses limites constitucionais. A lição do Min. Nilson Naves aponta o norte: "Devemos ter em mente que procedimento preparatório, acusação, julgamento e condenação são atos que competem, constitucional e legalmente, ao Poder Judiciário com a valiosa colaboração do Ministério Público e da polícia judiciária", não sendo correto que a notícia possa levar a coletividade "a concluir pela culpabilidade do acusado antes do pronunciamento judicial", mesmo porque "não é justo que se inverta, na mente das pessoas, a ordem das coisas, e a sentença seja passada antes mesmo da instauração do procedimento preliminar ou preparatório de ação penal, a cargo da autoridade policial"[13]. As conseqüências do abuso praticado pela imprensa tendem a cair, não raro, sobre o próprio Poder Judiciário. O Ministro assim complementa: "E mais: se os fatos não são levados a julgamento, cria-se a suspeita de que a Justiça faz parte de conluio para acobertar o pretenso crime".[14] Às vezes, pensamos que a imprensa retomou o espírito das Ordenações.

O mérito do *Tratado* está em apagar da lei penal o restante de vestígios selvagens que lhe cobriam os olhos e lhe impedia de ver a sociedade de então. Admite Beccaria que a lei nasce atrás de seu tempo, no que deixa claro, o autor, que as novas normas propostas iriam tornar a sociedade mais humana, porquanto com humanidade estava sendo tratada. Mais tarde, Lombroso percorreria caminho inverso, tentando reviver no criminoso nato os vestígios do homem selvagem.

12 CHOUKE, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 93.

13 Imprensa Investigativa: Sensacionalismo e Criminalidade. **Revista do Conselho da Justiça Federal,** Brasília, n. 20, p.6-8, jan./mar. 2003.

14 *Idem.*

Em seu décimo capítulo, a obra de Beccaria lança bases à construção do direito ao silêncio e ao princípio da auto-incriminação, ao vedar a sugestibilidade dos interrogatórios, com que se impediria a obtenção "forçada" de respostas pelo interrogado, como também ao criticar os juramentos pelo acusado; mostra-se, enfim, coerente ao seu embate com a tortura, que quase sempre visita os mesmos lugares da sugestibilidade e do juramento de dizer a verdade. A partir daqui, preparado o caminho, Beccaria desautoriza a obtenção de confissão por meio do emprego de coerção (§ 12), do mesmo modo que condena as ordálias e juízos de Deus.

A duração do processo e a contagem de prazos prescricionais receberam estudo especial, com que se previu a necessidade de a investigação deter prazo determinado durante o qual a defesa proporcionará sua contestação. A aplicação da pena quanto mais rápida diminui o tormento do agente, tornando a sanção mais útil e justa; guarda-se, aqui, estreita preocupação com a utilidade do processo. Canalizam-se forças à rapidez processual, segundo critérios de antiguidade, ou seja, os julgamentos dos processos mais antigos prevalecem sobre os mais novos, a exemplo do que vigora atualmente no Tribunal do Júri, em que os processos mais antigos passam à frente dos mais recentes.[15] A utilidade de um processo ágil e eficaz vem à tona quando preconizada a importância de um processo "sem protelação", atenuada que fica a sensação de punição quando postergada a condenação pela demora do processo. Não ficou abstraída, com efeito, a prisão provisória, a qual atende igualmente a um princípio de proporcionalidade, de modo tal a vedar-se o recolhimento por tempo superior ao da instrução, salvante a constrição para evitar fuga. São suas palavras: "um cidadão preso deve ficar na prisão apenas o tempo preciso para a construção do processo", não devendo o réu ficar encarcerado, salvo "na medida para impedir de escapar-se ou de esconder as provas do crime" (§ XIX).

Outrossim, excetuou-se a imprescritibilidade para determinados crimes de maior gravidade, o que, entre nós, galga respaldo constitucional[16];

15 Cf. art. 424, parágrafo único, CPP: "O Tribunal de Apelação poderá ainda, a requerimento do réu ou do Ministério Público, determinar o desaforamento, se o julgamento não se realizar no período de 1 (um) ano, contado do recebimento do libelo, desde que para a demora não haja concorrido o réu ou a defesa".

16 Art. 5º, CF, XLII: "A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

admitida, por outro lado, a contagem prescricional diferenciada para os delitos menores (art. 109, CP). Não ficou de fora de sua justa aplicação da pena de detração, abatendo-se da pena tempo de prisão anterior à sentença. A diferenciação prescricional consentiria – como tal existente atualmente em nosso ordenamento – em prazos mais longos, na medida em que se elevasse a gravidade da infração até chegar-se à imprescritibilidade.

O autor *dos Delitos e das Penas* minora o valor moral das delações premiais, com as quais se obteria a condenação de alguns acusados pela traição de outros, que restariam beneficiados, ou premiados, com a impunidade. No entanto, reconhece que "a esperança de ficar impune, de outro lado, para o cúmplice traidor pode prevenir grandes delitos e encorajar o povo, sempre amedrontado quando enfrenta culpados sejam conhecidas" (§ 14). Deixa assim as portas abertas à *delação premial* ou *premiada* para crimes graves e de difícil elucidação, percurso este que vem sendo adotado por nossa legislação.

Segundo a Lei n. 8.072/90, o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando-lhe o desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços (art. 8º., parágrafo único). A Lei n. 10.409/02 (Lei de Tóxico) estabeleceu a redução de pena para quem, "espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça" (art. 32, § 2º)[17]. Cada vez mais recorre o legislador às delações premiais, fomentando a intensificação desta prática no seio do processo penal.

Antigamente, também se exercia a persecução penal pela oferta de prêmios, em recompensa da captura de indivíduos procurados. Hoje, o "prêmio pela cabeça" de alguém foi substituído pelo equivalente moderno – a delação premial, ou premiada. Os fins justificam os meios? Muito antes. Montaigne já havia confirmado ser "um erro julgar a beleza e a grandeza de uma ação pela sua utilidade e imaginar que devemos fazer e considerar honesto tudo o

17 Preconizando a ineficácia do citado § 2º., mas ainda defendendo a aplicação da delação premial no âmbito da Lei n. 10.409/02: LEAL, João José. "A Lei n 10.409-02 e o Instituto da Delação Premiada". Boletim IBCCRIM. Ano 10, n. 118, Setembro/2002.

que é útil"[18]. Expurgara, com isso, a traição; quem enforca companheiros para salvar a própria pele[19]; as promessas de perdão empregadas para obtenção de confissões[20]; quem se locupleta com a própria mentira.[21]

Rawls também defende uma Justiça que negue o recurso à força e à esperteza; afirma que é justamente para evitá-las que "os princípios de justo e de justiça são aceitos"[22]. Ferrajoli igualmente se opõe "à idéia de que o fim da verdade justifica qualquer meio"[23], desaprovando que o imputado contribua com a acusação, o que confunde papéis e transfere àquele o mister deste. A sua lição merece repetição:

> Infelizmente, a prática da negociação e do escambo entre confissão e delação de um lado e impunidade ou redução de pena de outro sempre foi uma tentação recorrente na história do direito penal, seja da legislação e mais ainda da jurisdição, pela tendência dos juízes, e sobretudo dos inquisitores, de fazer uso de algum modo de seu poder de disposição para obter a colaboração dos imputados contra eles mesmos. A única maneira de erradicá-la seria a absoluta vedação legal, o que a longo prazo acabaria por se tornar uma regro de deontologia profissional dos magistrados, de negociar qualquer relevância penal ao comportamento processual imputado, também aos fins da determinação judiciária da pena dentro dos limites legais. O legislador italiano, sugestionado pelos aspectos decadentes da experiência americana, seguiu, ao invés, a estrada oposta, legitimando a transação primeiro com as leis de emergência sobre os "arrependidos" e depois, de maneira ainda mais extensa, com a recente reforma do Código de Processo Penal. O resultado, como mostrarei nos

18 MONTAIGNE, Michel. **Ensaios**. V. II, Tradução de Sérgio Milliet. São Paulo: Editora Nova Cultura, 2000, p. 153.

19 Idem, p. 149.

20 Idem, p. 142.

21 Para uma crítica mais detalhada da delação premial, confira: ALVES, Fábio Wellington Ataíde. O retorno dos Prêmios pela Cabeça? Um Estudo sobre a Possibilidade de Reperguntas no Interrogatório do co-réu Delator, com Enfoque a partir do Direito de Mentir e do novo Ordenamento da Delação Premial. **Revista dos Tribunais,** São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, ano 92, v. 809, p. 446-461, março de 2003.

22 RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 144.

23 "Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal". Tradução de Ana Paulo Zomer Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 486.

> parágrafos 45 e 54, é inevitavelmente a corrupção da jurisdição, a contaminação policialesca dos procedimentos e dos estilos de investigação e de juízo, e a conseqüente perda de legitimação política ou externa Poder Judiciário.[24]

O surgimento dos *duelos* à época dos períodos rudimentares do Direito Penal significou um avanço, porque era um meio de se instituir a *ampla defesa*. O *duelo*, ao contrário do que pareça hoje, permitia que antes do exercício da vingança, pelo agressor, o ofendido poderia defender-se em igualdade de armas e previamente tomando conhecimento da ofensa que lhe era dirigida. O *duelo* já não se faz presente e útil; a antiga igualdade de armas, na moderna ciência penal, foi substituída por princípios e garantias processuais. Daí concordarmos com a nova teoria retributiva defendida por Ferrajoli. O fundamento do Direito Penal reside em uma garantia para o acusado, permitindo que a punição pública e justicializada substitua ou evite uma vingança privada e desproporcional. A ação do Direito Penal reveste-se de garantia ao acusado.

Expectativas são superadas com a afirmação de Beccaria de que nenhuma crueldade pode ultrapassar os limites do corpo humano; rompe-se, aqui, o elo existente até então entre *pena* e *suplício*, revelando o véu da dignidade humana estabelecida pela fronteira do corpo, ou seja, constrói-se uma barreira às penas corporais, e traz-se o primeiro grande argumento contrário à aplicação da pena de morte. Para Beccaria, desvanecemos a liberdade quando a lei mitiga o homem-cidadão à condição de coisa, ficando ponto entre a dignidade mínima como limite à restrição de liberdade do homem. De soslaio, ele preconiza a importância do descarceramento, tão caro entre os doutrinadores contemporâneos, na medida em que relega as penas cruéis aos selvagens, antevendo, assim, o imperativo de diminuir-se a severidade das penas à proporção que cresce a civilidade humana.

Não de esguelha, a pena de morte foi hostilizada em várias frentes, sendo admitida em situações especiais, a exemplo do que ainda vigora em nossa Constituição. Beccaria emprega argumento comum aos céticos em relação à pena de morte; para ele, a pena de morte produz efeitos imedia-

24 Idem, p. 487.

tos e impactantes, mas que logo se desvanecem. Ao contrário, a receptível prisão perpétua, apesar de não lograr o mesmo impacto imediato, é capaz de distribuí-lo duradouramente, enquanto tiver lugar sua aplicação. Michel Foucault revigora tal raciocínio em seu *Vigiar e Punir*"[25]. Por outro lado, as penas graves demais tendem a não ser aplicadas, gerando injustificável impunidade, diz o atualíssimo Beccaria. E não é isso mesmo o que afirma Ferrajoli, ao propugnar que o tempo máximo de cumprimento de pena seja reduzido a dez anos?

O princípio da proporcionalidade pulula em todo o texto *beccariano*; a pena deve resultar de "condenação na exata medida em que à necessidade o exige"[26]. Malgrado peça punição pública para pequenos crimes, como meio de afastar o cidadão do grande delito, pela punição do pequeno, idéia hoje defendida pelos adeptos da *tolerância zero*, o leitor mais atento não olvidará que tal pensamento não obstaculiza a proporcionalidade. Quer-se, em verdade, defender a punição leve para crimes leves, guardando-se, assim, estreita obediência à proporcionalidade entre crime e pena. Para Beccaria, o castigo deve ser proporcional ao crime[27]; crimes diversos não açambarcam a mesma resposta penal, isto porque esta igualdade seria causa de injustiça. Resumo, enfim, confirmando que à pena cabe fazer-se pública, pronta, necessária, proporcional ao delito, e prevista legalmente.[28]

Cabe abrir parênteses para cortejar a *política de tolerância zero* engendrada na década de 70, sobre o que já havia escrito Beccaria. Para ele, deviam-se punir pequenos crimes, desde que só tais sanções causam temor ao cidadão comum, cônscio de que não será capaz de infringir graves normas e de sujeitar-se a pesadas punições[29]. Contraria o interesse público – assenta o filósofo humanista – perdoar pequenos crimes[30]. Sob outro ponto de vista, não será difícil defender que ele foge das barras da tolerância zero, embora conclame punições para crimes pequenos. São palavras de ordem dessa política o toque de recolher, diminuição da me-

25 Op. cit., p. 80.
26 Beccaria, Cesar. **"Dos Delitos e das Penas"**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983, p. 54.
27 Idem, p. 61.
28 Idem, p. 97.
29 Idem, p. 56.
30 Idem, p. 57.

noridade penal, privatização de presídios etc.[31] A intolerância (zero) para pequenos crimes transfere, exclusivamente, as causas da criminalidade, da sociedade para o acusado, e, neste particular, essa teoria guarda muito mais semelhanças com os fundamentos *lombrosianos*.

A humanidade – à época dos teóricos clássicos – cria para o estado responsabilidades no exercício de seu poder punitivo máximo; se antes o Direito Penal submetia o indivíduo ao suplício extremo, o contrato social refaz as relações entre o súdito e o Monarca, a partir do que se estabelece um equilíbrio entre a capacidade de punir e o ônus de ser punido. Põe à mesa regras previamente estabelecidas por todos que se submetem ao contrato social, isto é, ao Estado, cabe impor sanções na hipótese de violação de alguma de suas normas, enquanto, ao indivíduo, resta-lhe sujeitar-se às punições. O Estado e individuo se submetem a um mastro comum, cujo leme impõe limites a ambos; de um lado, o Estado garante ao indivíduo limites mínimos que lhe protejam a dignidade, e de outro, a sociedade se sujeita às sanções, legitimando-as, não somente porque necessárias, mas acima de tudo porque asseguram um destino útil, sem que seja preciso a sucumbência deste ou daquele para o outro sobrelevar-se. Na segunda nota de seu *dos Delitos e das Penas*, Beccaria aponta a seguinte lição: "se cada cidadão tem deveres a cumprir com respeito à sociedade, esta igualmente tem obrigações a cumprir com respeito a cada cidadão, pois a natureza de um contrato consiste em obrigar de igual modo as duas partes contratantes".[32]

Cravadas as primeiras estacas, nessa luta para estabelecer uma ponte entre Beccaria e Kafka, passemos ao breve encontro com nosso segundo personagem.

2 A COLÔNIA PENAL: O REAL KAFKANIANO

O escritor tcheco Franz Kafka nasceu em 1883, cento e quarenta e cinco anos depois de Beccaria. Este falecera em 1794, e o outro em 1924, exatos cento e trinta anos depois. A distância cronológica entre

31 WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. p. 52.

32 Op. cit., p. 115.

ambos não os separa. Beccaria construiu o *Homem* para o Direito; Kafka mostrou como está o *Homem* para o Direito. Ler Kafka sempre será decepcionar-se com o presente.

A naturalização do "irreal" fez de Franz Kafka um dos principais escritores da literatura mundial; o absurdo pousa leve e suavemente em seu texto, sem que seja preciso aviso prévio. Mas o desatino *kafkiano* não se esvazia na mente de quem o lê; ao contrário, deixa-nos perceber que a construção de um mundo fantasioso, por mais fantasmagórico que seja, não encontra equivalência na horripilante realidade a nos envolver.

Dentre seus vários livros, apenas uma obra de Kafka será escolhida para um breve contraponto com o *Tratado dos Delitos e das Penas*. Trata-se do magnífico conto *Na Colônia Penal* (de 1914), no qual Kafka reproduz uma máquina engenhosamente construída para executar uma pena de morte. O engenho grava, no corpo do condenado, a sentença "honra o teu superior!". Não compreenderíamos a *Colônia Penal*, é dizer, o *Sistema Penal* (ou o *Sistema Penitencial*), sem antes ter inventariado, de soslaio, a evolução das idéias penais.

Aqui, o irreal espelha, com simetria, a verdade do sistema penal, cuja máquina central integra um robusto aparelho de crueldades. O indivíduo vê-se mitigado por um Estado executor que lhe nega assistência, ao passo que lhe priva a liberdade e lhe confere o estigma de "excluso", aquele que está na sociedade, mas dela não participa. Contra este indivíduo, eleva-se a idéia – "socialmente" aceita – de que a segregação, ou exclusão, da comunidade será o único caminho para quem transgrediu as convenções legais implicitamente aceitas por todo aquele que queira viver em grupo.

O Direito Penal abre seus portões àquele que recusa obediência às normas impostas pela maioria. A elevação da sociedade à categoria de excelência tem sido motivo de inúmeras iniqüidades praticadas em prejuízo do indivíduo. A bem da existência da sociedade, tem-se justificado o crescimento diuturno das normas penais. Panacéia generalizada a que se socorre o legislador, na crença de que, punindo os "infratores da lei", encontrar-se-á a pudica paz social. Sob a iluminação da proteção social, a lei impõe valores cuja revisão já há muito deveria ter sido celebrada.

3 REALIDADE E ILUSÕES PENAIS

Atualmente, diante de nós, procuro levantar o apurado de quem estava certo em face à realidade do tempo. Beccaria constrói sua teoria em negação à máquina penitencial kafkaniana; em negação a um sistema penal que escreve a sanção no corpo do condenado, tomando-o como objeto. O iluminismo de Beccaria se obscurece ante a realidade de Kafka.

A complexidade da máquina de Kafka, apenas simbolicamente em conformidade com os princípios penais[33], não deixa de sujeitar-se às falhas do tempo. Mas o tempo não falha. O tempo confirma que o *Tratado Humanista* era uma ilusão; uma ilusão que se faz dita em cordéis e está presente, a mancheias, no palco da justiça, sempre que alguém é impelido diante da máquina penal. Os princípios e garantias são falados, apenas discursados, quase nunca praticados.

A máquina de Kafka apresenta-nos à realidade do sistema penitenciário, parte integrante do gênero sistema penal, cujas falhas trituram os princípios humanistas, juntamente com o corpo do réu, que – a exemplo do que acontece na Colônia Penal – leva à boca um algodão, para não ter que pedir explicações.

A intervenção máxima do Direito Penal eleva a sociedade a ares além do homem, base de sua construção. Bate à porta a necessidade de aproximar o homem da sociedade; revigorar a construção de um sistema penal que não imponha o seu engenho contra o homem, mas que o faça peça motriz – e não robô.

4 CONCLUSÃO

Aos poucos, o centro aplicador das punições deixou de ser exercido pelo indivíduo, transferindo-se ao sacerdote e, depois, ao monarca, instaurando-se aí a época do suplício, marca do processo inquisitivo, quando então o Estado assume, para si, o poder de castigar, institucionalizando a violência da Europa às Américas, pelos menos até o séc. XVIII.

Beccaria sistematiza o pensamento iluminista humanitário, fundando as bases da escola clássica do Direito Penal, não obstante surgidas as suas

33 KAFKA, Franz. **O Veredicto:** na Colônia Penal. Tradução de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 52-3.

idéias em terreno ideologicamente hostil. Com sua obra clássica *Dos Delitos e das Penas*, inaugura a face humana do Direito Penal, rompendo definitivamente com o estigma de uma pena constituída pelo sofrimento. Renasce um Direito Penal que toma o réu como sujeito de direitos, e não como objeto.

Franz Kafka naturaliza o "irreal". O seu conto *Na Colônia Penal* serve de mote à demonstração de uma antinomia entre o ser e o dever-ser, entre a realidade impactante do sistema carcerário e a ficção dos direitos humanistas ausentes à realidade, muito embora consagrados desde Beccaria.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Giorgia. **Il Processo Penale: Profilo Storico**. Roma: Editori Laterza, 2001.

ALVES, Fábio Wellington Ataíde. O retorno dos Prêmios pela Cabeça? Um Estudo sobre a Possibilidade de Reperguntas no Interrogatório do co-réu Delator, com Enfoque a partir do Direito de Mentir e do novo Ordenamento da Delação Premial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 92, v. 809, p. 446-461, mar. 2003.

BECCARIA, Cesar. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.

BAJER, Paula. **Processual Penal e Cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

BATTAGLINI, Giulio. **Direito Penal: Parte Geral.** Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 1964.

CASTELLANOS, Fernando**. Lineamientos Elementales de Derecho Penal**: Parte General". México: Editora Porrua, 1976.

CHOUKE, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paulo Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: Histórias da Violência nas Prisões. 22 ed.Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão Condicional do Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

KAFKA, Franz. **O Veredicto**: Na Colônia Penal. Tradução de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LARA, Silvia Hunold. **Ordenações Filipinas**: Livro V. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LEAL, João José. A Lei n 10.409-02 e o Instituto da Delação Premiada. **Boletim IBCCRIM**, ano10, n. 118, Set. 2002.

MONTAIGNE, Michel. **Ensaios**. Tradução de Sérgio Milliet. São Paulo: Editora Nova Cultura, 2000. v. 2.

NAVES, Nilson. Imprensa Investigativa: Sensacionalismo e Criminalidade. **Revista do Conselho da Justiça Federal,** Brasília, n.20, p.6-8, jan./mar.2003.

PITOMBO, Sérgio M. Moraes. **Inquérito Policial**: Novas Tendências. Belém: Cejup, 1986.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria.** Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.