

A RELATIVIDADE DO PODER DISSUASÓRIO DA PENA

Danilo Cymrot¹

RESUMO: O presente estudo analisa as relações existentes entre o rigor das penas e as taxas de criminalidade, avaliando a eficácia do poder dissuasório da lei penal. Para tanto, aborda as principais idéias referentes à teoria da prevenção geral negativa, recolhendo as críticas de influentes juristas e criminólogos. Particular ênfase é dada à visão dos teóricos Cesare Beccaria e Jeremy Bentham, principalmente no que diz respeito à medida adequada da pena para fins de dissuasão. Mostra-se também um panorama do debate sobre as diferenças de intimidação e de percepção do risco de pena entre grupos sociais diversos. São apresentadas ainda algumas experiências empíricas para testar a teoria da prevenção geral negativa, com as devidas ressalvas metodológicas. Por fim, sugere-se um esboço de medidas que possam ser adotadas a fim de prevenir a criminalidade.

Palavras-chave: criminalidade. prevenção geral negativa. efeitos dissuasórios da pena. política criminal

ABSTRACT: The present study analyzes the existing relations between the rigor of the penalties and the criminality rates, evaluating the effectiveness of the deterrence power of the criminal law. To do so, it approaches the main ideas related to the theory of the general negative prevention, collecting the criticism of influential jurists and criminologist. Particular emphasis is given to the vision of the theoreticians Cesare Beccaria and Jeremy Bentham, mainly in what says respect to the proper measure of the

¹ Mestrando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico-CNPq.

penalty for deterrence purposes. It is also shown a panorama of the debate on the differences of intimidation and perception of the risk of punishment between different social groups. It is also presented some empirical experiences to test the theory of the general negative prevention, with the due methodological exceptions. Finally, a sketch of measures is suggested that can be adopted in order to prevent crime.

Keywords: crime. general negative prevention. deterrence effect of punishment. criminal policies.

1. Introdução: a teoria da prevenção geral negativa

De acordo com os criminólogos críticos, ao longo do desenvolvimento da dogmática jurídico-penal, foram atribuídas à pena as mais diversas funções, conforme as alterações nas estruturas sócio-econômicas de cada sociedade. No presente estudo, em função de exigências metodológicas que cerceiam os limites do tema a ser discorrido, não se abordarão aprofundamente todas as teorias penais, as razões históricas de uma ou outra haver prevalecido em determinado momento, assim como a legitimidade de cada uma delas.

Há séculos consolidou-se na doutrina o entendimento de que a pena deve ser voltada para o futuro, ter uma utilidade preventiva, ou seja, não deve ser um fim em si mesmo, ancorado em uma idéia abstrata de “justiça”, conforme propunha a teoria retribucionista ou absoluta da pena.² Winfried Hassemer explica que, segundo a teoria da prevenção geral positiva, a aplicação

da pena serve para impor a todos uma ordem jurídica geral, reafirmar as normas, proteger os bens jurídicos mais relevantes e reabilitar normativamente a vítima, a fim de que possamos viver em comunidade.³

Por sua vez, a prevenção especial negativa, centrada na prevenção de crimes pela mera neutralização física do criminoso, é prestigiada cada vez mais na prática em face da admissão praticamente consensual da falência do papel ressocializador da pena, propugnado pela teoria da prevenção especial positiva. É notória a qualidade criminógena da prisão, demonstrada pelos altos índices de reincidência verificados.⁴

Tomando-se como premissa que um maior o tempo passado na prisão aumenta as chances de reincidência, e que a neutralização do criminoso ocorre quando o crime já aconteceu, o presente trabalho almeja enfrentar um terreno muito mais arenoso e pesquisar o impacto de penas mais rígidas não no indivíduo encarcerado, mas na generalidade das pessoas, ou seja, a eficácia da intimidação, defendida pela teoria preventiva geral negativa.⁵

2. A medida das penas

Segundo Jeremy Bentham, o castigo aparente, que se oferece à imaginação dos homens quando a pena se descreve ou é executada, é que influiria na moral dos Povos, sendo a pena real, portanto, uma despesa. Logo, numa visão utilitarista e economicista, é preciso que o mal real seja o menor, e o mal aparente o maior possível.⁶ Na visão de Bentham, a pena deve ser econômica, isto é, não deve ter senão o grau de severidade necessário para alcançar o seu fim, sob o risco

² Nesse sentido, BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. p. 32, BENTHAM, Jeremy. Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos. p. 20, BRUNO, Aníbal. Direito Penal. v. 3. p. 34 e HASSEMER, Winfried. Direito Penal libertário. p. 82.

³ HASSEMER, Winfried, op. cit. p. 88-90.

⁴ Em linhas gerais, este processo se verifica porque, ao adentrar no ambiente carcerário, o preso é submetido a um processo de desculturação e prisionização, no qual assume valores e hábitos carcerários (THOMPSON, Augusto. A questão penitenciária. p. 23). Saindo da prisão, muitas vezes responde às expectativas criadas pela estigmatização da condenação e reincide, até desembocar em uma carreira criminal (BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal. p.174).

⁵ Sobre a função de intimidação da pena, ver BRUNO, Aníbal. Direito Penal. v. 3. p. 45 e BENTHAM, Jeremy. Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos. pp 23-24. Claus Roxin critica a teoria preventiva geral negativa em razão de sua tendência para o terror estatal (ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de direito penal. p. 23).

⁶ BENTHAM, Jeremy, op. cit. pp. 25-26. Nesse mesmo sentido, BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. p. 43. Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina reforçam a idéia do poder dissuasório da representação simbólica ou antecipação cognitiva do castigo (GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Criminologia. p. 343).

de ser considerada tirânica e acarretar revoltas populares.⁷

O ser humano é encarado como um ser racional que calcula os prazeres e os dissabores que o delito pode produzir. O motivo do crime seria a tentação de obter alguma vantagem. Em uma equação lógica, basta, assim, que o mal da pena, incluindo todos os inconvenientes que traz, ultrapasse essa vantagem para que o efeito dissuasório se produza.⁸ Por outro lado, de acordo com Bentham, o valor de uma pena ou prazer se compõe de quatro circunstâncias: intensidade, proximidade, certeza e duração. A pena mínima que ultrapassa a vantagem do crime só seria suficiente para intimidar o criminoso racional se fosse certa. Como não é, é aumentada, de modo que se deve diminuir o rigor da pena quanto mais pudermos aumentar seu grau de certeza.⁹

Assim, grande parte da doutrina acredita que o que intimida de fato o criminoso, muito mais do que a severidade da pena, é a sua certeza. Na hora de cometer o delito, o criminoso não pensaria na severidade da pena, mas nas chances de ser pego ou de sair impune. Uma pena muito rígida que não se aplica só serviria para enfraquecer e não fortalecer o sistema penal. Por essa razão, o chamado modelo neoclássico dissuasório enxerga na eficiência do sistema penal, e não na sua rigidez, a grande saída para o combate da criminalidade.¹⁰

3. Refutando o modelo neoclássico dissuasório: a percepção do risco

Em que pese a maior aptidão dissuasória da certeza da punição em detrimento de sua

rigidez, a percepção do risco de ser descoberto não pode ser um critério absoluto em termos de intimidação. Comprovou-se que a percepção do risco varia consideravelmente entre setores da população e para cada espécie de crime. Para alguns autores, os próprios delinquentes teriam uma percepção diferenciada do risco em comparação aos não-delinquentes.¹¹

Cabe ponderar que “em uma sociedade que valoriza o êxito brilhante, produto da audácia, sobre o trabalho bem-feito e o esforço pessoal digno, e que investe mais em jogos de azar que em gastos sociais, os jovens podem acreditar mais no risco, na aventura, no valor ou técnicas agressivas e menos ortodoxas, que no trabalho e nas convenções”.¹² O especulador da bolsa de valores, para sobreviver, por exemplo, deve justamente arriscar e ser muitas vezes agressivo, isto é, ter as mesmas qualidades atribuídas aos criminosos.

De acordo com Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina, no complexo mecanismo dissuasório intervêm diversas variáveis, que interagem de forma nem sempre uniforme. Assim, uma pena de seis anos de privação de liberdade não intimida sempre do mesmo modo, nem intimida sempre, nem em todos os casos mais do que uma de dois, três ou cinco anos.

Não é decisiva só a duração abstrata e nominal da pena. São circunstâncias que condicionam seu poder dissuasório concreto a gravidade e o conteúdo real do castigo, a natureza do delito, o tipo de infrator, o grau de apoio informal que possa receber o comportamento desviado e a capacidade de redefini-lo, a rapidez e imediação da resposta, o modo pelo qual a sociedade e o

⁷ BENTHAM, Jeremy, op. cit. pp 26 e 37.

⁸ Ibid. p. 23. No mesmo sentido, BECCARIA, Cesare, op. cit. p. 44.

⁹ BENTHAM, Jeremy. Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos. pp. 23, 30-31.

¹⁰ GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Criminologia. pp. 344-345. Segundo Aníbal Bruno, a ação intimidatória da ameaça penal é reforçada pela aplicação e execução da pena, que demonstram a seriedade da ameaça e a tornam mais viva no espírito público (BRUNO, Aníbal. Direito Penal. v. 3. pp. 46-47). No mesmo sentido, ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de direito penal. p. 32 e GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. Principios de criminologia. p. 194.

¹¹ Vicente Garrido, Per Stangeland e Santiago Redondo, com base em uma pesquisa citada por Zimring, relatam que jovens com experiência delitiva calculam um risco menor de detenção, pois, baseando-se em experiências próprias, efetuam um melhor cálculo das cifras reais de esclarecimento policial de delitos. Outra pesquisa mencionada, realizada por Marry, concluiu que os delinquentes habituais são muito pragmáticos e escolhem o local para agir que ofereça menos riscos (GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago, op. cit. p. 193). Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina, por outro lado, afirmam que muitos estudos empíricos demonstram que o delinquentes padecem de uma defeituosa percepção da realidade que lhe faz se considerar imune à lei e ao castigo (GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Criminologia. pp. 341-342). Há quem argumente que a grande falha da prevenção geral consiste no fato de que a intimidação da pena é necessária apenas a uma minoria de pessoas, que mais precisam ser intimidadas, embora sejam as menos intimidáveis. Ver BRUNO, Aníbal, op. cit. pp. 46-47. De acordo com Roxin, cada crime constitui, pela sua mera existência, uma prova contra a eficácia da prevenção geral e é paradoxal que o direito penal não possua significação alguma precisamente para os delinquentes (ROXIN, Claus, op. cit. p. 24).

¹² GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Criminologia. p. 366.

delinqüente percebem e valoram o castigo, o grau de probabilidade de sua efetiva imposição, o maior ou menor condicionamento do infrator, etc.¹³

Jock Young, da mesma forma, acredita que o risco de ser preso é um fator entre os muitos que interagem e determinam a taxa de criminalidade, como a coesão da comunidade e o grau de legitimidade do sistema de justiça criminal, de modo que o efeito da mesma taxa de risco pode variar por crime e por subconjunto da comunidade (gênero, faixa etária, classe social, etc). Young acredita, por exemplo, que o criminoso de colarinho branco é mais passível de ser dissuadido pela prisão do que a juventude da classe trabalhadora mais baixa, que nada tem a perder e sofre com a seletividade do sistema penal.¹⁴

De acordo com Nilo Batista, é duvidoso que até a pena de morte intimide pessoas que se encontrem em situação sem saída, os criminosos passionais (quase 50%) ou os numerosos casos nos quais concorrem componentes psicopatológicos.¹⁵ Pode-se citar, a esse respeito, os casos de delinqüência neurótica, isto é, a prática de ato-social previsto em Lei, com a finalidade inconsciente de punição para aplacar um sentimento de culpa de outra origem (o conflito primário). O agente pratica o crime e tem consciência (parcial ou total) de que será punido por isso.¹⁶

4. A questão da pena de morte: a pena truculenta e desproporcional como fator criminógeno

Referindo-se ao estudo de Barbero Santos, Nilo Batista atesta que a pena de morte não intimida, fato que pode ser comprovado pelo elevado percentual de assassinos que se suicidam (em antiga pesquisa inglesa, de 7.454 homicidas, 1.674 se suicidaram) e pelo fenômeno percebido por Straub e denominado de suicídio judiciário, em que o homicídio é cometido por alguém que deseja, mais ou menos conscientemente, morrer, e elege, mais ou menos conscientemente, o carasco como meio de autodestruição.¹⁷ Beccaria chama a atenção para o fato de que se olha freqüentemente a morte de maneira tranqüila e corajosa, alguns por fanatismo, outros por causa “dessa vaidade que vai conosco ainda além da tumba”. Outros, desesperados, cansados da existência, encaram a morte como um meio de se libertarem da miséria.¹⁸

Uma investigação da ONU, de 1962, sobre estatísticas de países que aboliram a pena de morte não comprovou haver qualquer relação entre a pena de morte e o volume de homicídios cometido. A Alemanha aboliu a pena de morte em 1949 e o número de homicídios nos seguintes anos foi: 1948, 521; 1950, 301; 1960, 355. A

¹³ Ibid. pp. 145-146 e 343.

¹⁴ YOUNG, Jock. A sociedade excludente. pp. 210-211. Se a comunidade de jovens negros do sexo masculino nos EUA apresenta o maior risco de prisão ou de homicídio, deve-se questionar o porquê da violência continuar a dizimar essa comunidade se a intimidação é tão eficaz (Ibid. p. 214). A maior aptidão da pena para dissuadir criminosos de colarinho branco é reconhecida por G. Tarde (RUSCHE, Gerog; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. pp. 278-279), tese compartilhada por Vicente Garrido, Per Stangeland e Santiago Redondo (GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. Principios de criminologia. pp. 193-194).

¹⁵ BATISTA, Nilo. Punidos e mal pagos. p. 16. De acordo com Roxin, em muitos grupos de crimes e de delinqüentes, como os delinqüentes profissionais e impulsivos ocasionais, não se conseguiu provar até agora o efeito de prevenção geral da pena (ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de direito penal. p. 24). Vicente Garrido, Per Stangeland e Santiago Redondo, ancorando-se em experiências empíricas, acham provável que os que cometem delitos contra a propriedade calculem mais racionalmente os riscos de sua ação que os que cometem delitos violentos ou sexuais (GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. Principios de criminologia. p. 194).

¹⁶ MARANHÃO, Odon Ramos. Psicologia do crime. p. 68. Para Alexander e Staub, citados por Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina, o delinqüente neurótico opta pelo delito como saída de um conflito psíquico. O castigo, longe de contramotivar, opera como estímulo criminógeno. A esta reação autopunitiva do delinqüente neurótico, Reik atribui um fato muito comum que consiste em o delinqüente não executar o crime com absoluta perfeição e que se veja impellido, depois, a regressar ao local do delito e a confessar sua autoria (GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Criminologia. pp. 246-247).

¹⁷ BATISTA, Nilo. Punidos e mal pagos. pp. 16-17.

¹⁸ BECCARIA, Cesare. Do delito e das penas. p. 47. Nilo Batista, aludindo a Middendorff, aponta que enquanto Peter Kurten, o vampiro de Dusseldorf, cometia seus crimes, quase 200 pessoas se apresentaram à polícia afirmando-se autores (BATISTA, Nilo, op. cit. pp. 16-17). Para Michel Foucault, um dos grandes perigos das execuções e suplícios públicos era a possibilidade de glamourizar e heroizar o criminoso, cuja história era posteriormente narrada em romances (FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. p. 49-55). Vicente Garrido, Per Stangeland e Santiago Redondo consideraram o terrorismo um caso paradigmático, uma vez que a aplicação da pena de morte aos terroristas pode servir de incentivo a determinados tipos criminais, que deste modo se vêem convertidos em “mártires” (GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago, op. cit. p. 195).

Áustria aboliu em 1950. O número de homicídios nos seguintes anos foi: 1948, 77; 1949, 93; 1950, 48; 1951, 64; 1952, 38; 1953, 41. Na Itália, Argentina e Espanha a supressão da pena de morte também não teve o menor efeito criminógeno.¹⁹

Pesquisas americanas mencionadas por Nilo Batista identificaram, ademais, que nos arredores da prisão, nos dias de execução de pena de morte, são cometidos mais crimes de sangue do que normalmente.²⁰ O potencial criminógeno da pena de morte deve-se, principalmente, ao embrutecimento do indivíduo, estimulado pela violência do Estado, que dá o exemplo, e à sua revolta frente à uma prática que muitas vezes é considerada injusta e desproporcional.²¹ Para Beccaria, se são proibidos aos cidadãos muitos atos indiferentes, não tendo esses atos nada de prejudicial, não se previnem os delitos: em vez disso, faz-se com que apareçam novos, pois “se mudam de modo arbitrário as idéias comuns de vício e de virtude, que ainda se proclamam eternas e imutáveis”²²

De acordo com Jock Young, correlações estranhas e claramente não-lineares podem ocorrer. Taxas baixas de encarceramento podem atuar como fator efetivo de dissuasão quando a comunidade concorda sobre a venalidade do crime e a imparcialidade do sistema de justiça criminal. Em contraste, taxas altas de encarceramento podem ser contraproducentes se vistas como obviamente injustas quanto ao nível de gravidade da infração e o grau em que o sistema se concentra em determinados setores da comunidade.²³

Ainda segundo Beccaria, quanto mais terríveis forem os castigos, tanto mais cheio de

audácia será o culpado em evitá-los. Praticará novos crimes, para fugir à pena que mereceu pelo primeiro.²⁴ Outro ponto fundamental que testemunha contra o enrijecimento penal a todo custo como medida preventiva geral é a recorrente inobservância do princípio da proporcionalidade. Quanto mais as penas dos delitos são aumentadas, mais se aproximam, de maneira que, sob o ponto de vista do infrator racional idealizado, desaparecem as razões para não cometer um crime mais gravoso em vez de um menos gravoso se a recompensa do primeiro for maior.²⁵

5. Avaliação empírica das teses de dissuasão

a) a experiência da descriminalização ou da falta de sistema penal

Vicente Garrido, Per Stangeland e Santiago Redondo apontam situações onde, devido a alguma circunstância histórica, o controle formal foi temporariamente derrubado, ainda que a sociedade civil tenha permanecido intacta. A mais conhecida dessas situações, descrita por Trolle e Zimring, é a história dos sete meses, quando a Dinamarca, sob ocupação alemã, ficou sem polícia, já que esta se negou a colaborar com as forças alemãs, e os próprios policiais foram presos.

Os cidadãos organizaram um sistema de vigilância civil, mas a investigação policial dos delitos desapareceu por completo. Durante os primeiros 14 dias não se apreciou nenhum aumento da delinquência comum. Todavia, quando as pessoas se deram conta de que a impunidade

¹⁹ BATISTA, Nilo. Punidos e mal pagos. pp. 16-17. Ver também RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. p. 249 e BRUNO, Aníbal. Direito Penal. v. 3. pp. 53-54. Vicente Garrido, Per Stangeland e Santiago Redondo lembram que resultados de investigações na Espanha e nos estados dos EUA não confirmaram o prognóstico teórico da dissuasão da pena capital (GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. Principios de criminología. pp. 194-195).

²⁰ BATISTA, Nilo, loc. cit.

²¹ Beccaria igualmente lembra que os países e os séculos em que se puseram em prática os tormentos mais atrozes, são igualmente aqueles em que se praticaram os crimes mais tremendos (BECCARIA, Cesare. Do delitos e das penas. p. 43). Conferir também BRUNO, Aníbal, op. cit. p. 47 e ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de direito penal. p. 24.

²² “Quanto mais se estender a esfera dos delitos, tanto mais se fará com que sejam praticados, pois se verão os crimes aumentarem à proporção que as razões de crimes especificados pelas leis forem mais numerosos, especialmente se a maioria de tais leis não forem mais do que privilégios, quer dizer, de um pequeno número de senhores” (BECCARIA, Cesare, op. cit. p. 92). Roxin também considera evidente que nada favorece tanto a criminalidade como a penalização de qualquer bagatela (ROXIN, Claus, op. cit. p. 29).

²³ YOUNG, Jock. A sociedade excludente. p. 192.

²⁴ BECCARIA, Cesare, op. cit. p. 43.

²⁵ Conferir BENTHAM, Jeremy. Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos. p. 31, BECCARIA, Cesare. Do delito e das penas. pp. 44 e 61 e RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. p. 256.

era quase total, começaram a aumentar os furtos, os roubos em lojas e os ataques em rua aberta. A delinqüência contra a propriedade se multiplicou por dez, enquanto que o aumento de outros tipos de delinqüência foi mais moderado.²⁶

Antes de chegar a qualquer conclusão precipitada, é preciso analisar também casos concretos de descriminalização de drogas. Sabe-se que a Lei Seca, em termos de política criminal, foi um retumbante fracasso. Além de o consumo de bebidas não haver diminuído, criou-se uma grande rede de corrupção, contrabando e tráfico que elevou significativamente os índices de violência.

Países que adotaram uma política criminal inversa e descriminalizaram o uso de drogas parecem ter tido melhores resultados. Em Portugal, onde a partir de julho de 2001 o uso de drogas deixou de ser criminalizado, o consumo dessas substâncias entre os jovens de 16 anos permanece uma das mais baixas da Europa.²⁷ Por sua vez, estatísticas divulgadas pelo Ministério do Interior da Grã-Bretanha indicam que o consumo de maconha entre os britânicos está em queda desde 2003, apesar da mudança da lei, em 2004, que reclassificou a planta como droga de classe menos perigosa e eliminou a pena de prisão para os consumidores.²⁸

b) a experiência da Tolerância Zero

Tida por muitos como a experiência mais bem sucedida na política criminal recente, a Tolerância Zero, implantada na cidade de Nova York no começo dos anos 90, vem sendo utilizada para legitimar em diversos países uma

política criminal acentuadamente repressora. No entanto, até que ponto as práticas repressivas propagandeadas se coadunam com as idéias originais da Tolerância Zero e até que ponto a política criminal adotada em Nova York foi a principal responsável pela queda da criminalidade verificada naquela cidade é uma questão a se responder.

Jock Young mostra com propriedade que entre 1993 e 1995, a taxa de criminalidade em 12 de 17 países industriais avançados caiu e várias agências de controle da criminalidade começaram a reivindicá-la para si. Em Nova York a taxa de criminalidade desabou em 36% em três anos (1993-1996) e a de homicídios, 50%. No entanto, o declínio da criminalidade ocorreu em 17 das 25 maiores cidades dos EUA no período de 1993-1997. Ocorreu em cidades que adotaram explicitamente políticas menos agressivas (ex: Los Angeles, logo após os tumultos (24,8%), em cidades que usam policiamento orientado para a comunidade, como Boston (19,5%) e San Diego (27,8%), ocorreu onde não houve nenhuma mudança de policiamento (ex: Oakland) e mesmo em alguns lugares em que houve uma redução do número de policiais. Ademais, a taxa de criminalidade de Nova Iorque começou a cair antes de os novos métodos de policiamento serem instituídos.²⁹

Apesar de a taxa total de criminalidade nos EUA ter apresentado uma queda de 3% nos primeiros anos da década de 90, acompanhando uma tendência verificada na maioria dos países industrializados, não se pode olvidar que o país com a maior população carcerária do mundo apresenta níveis altíssimos de crime. No começo

²⁶ GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. Principios de criminologia. p. 192.

²⁷ De acordo com relatório do ESPAD de 2003, a que o jornal Diário de Notícias teve acesso, a maconha, a droga mais utilizada, foi consumida por apenas 8% em novembro de 2004, enquanto a França, que pune o ato com prisão de até um ano, apresentava a taxa mais alta na mesma classe etária (22%). Já na Polônia, que criminalizou esse ato, o uso de haxixe e maconha estava no mesmo nível que o entre os jovens portugueses, sendo até ligeiramente superior quando se analisa a prevalência ao longo da vida, ou seja, a existência de consumos anteriores ao último mês. 23% dos jovens poloneses disseram ter consumido, contra 18% portugueses. Na Holanda, que possui uma política muito liberal em relação aos derivados da maconha, o consumo entre jovens foi de 13%, maior do que em Portugal, mas inferior ao da França e de outros países que mantêm a criminalização, como a Irlanda (17%) e a República Checa (19%) (CÂNCIO, Fernanda. Descriminalização não incentiva consumo nos jovens. Diário de Notícias, Lisboa, 15 de dezembro de 2004. Disponível em: http://dn.sapo.pt/2004/12/15/tema/descriminalizacao_incentiva_consumo_.html. Acesso em: 30 outubro 2007).

²⁸ A pesquisa anual sobre consumo de drogas realizada pelo Ministério indica que a porcentagem de jovens entre 16 e 24 anos que disseram ter consumido a droga nos 12 meses anteriores caiu gradativamente nos últimos anos, de 26,2% no período 2002/2003 para 20,9% entre 2006 e 2007. A proporção de pessoas entre 16 e 59 anos que dizem ter consumido maconha em algum momento de sua vida, porém, se mantém praticamente estável: 30,6% em 2002/2003 e 30,1% em 2006/2007 (BBC BRASIL. Uso de maconha entre britânicos cai após relaxamento da lei. BBC Brasil.com, São Paulo, 26 outubro 2007. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2007/10/071026_maconhaestatisticasrw.shtml. Acesso em: 30 outubro 2007).

²⁹ YOUNG, Jock. A sociedade excludente. pp. 181-184.

dos anos 2000, a taxa de homicídios dos EUA era sete vezes a da Inglaterra e País de Gales e sua taxa de assassinatos de homes jovens chegava a ser 52 vezes maior. Young questiona, assim, considerando válida a suposição improvável de que a diminuição da criminalidade teria sido predominantemente causada por encarceramento, qual tamanho que a população carcerária teria que atingir para baixar a taxa norte-americana de criminalidade a níveis europeus.³⁰

c) a experiência da Lei dos Crimes Hediondos

A Lei dos Crimes Hediondos é um típico diploma legal nascido sob a influência ideológica do movimento “Lei e Ordem”, que enxerga no Direito Penal o remédio para todos os conflitos sociais. Foi beneficiada por um clima midiático de pânico, no qual se exigia uma resposta imediata que pudesse conter a criminalidade.

Entre outras medidas repressivas, a Lei estabeleceu que os crimes etiquetados como hediondos e os a eles equiparados são insuscetíveis de anistia, graça e indulto, fiança e liberdade provisória e que a pena será cumprida integralmente em regime fechado; aumentou o prazo da prisão temporária; previu a construção de estabelecimentos penais de segurança máxima; aumentou o tempo necessário para se conceder livramento condicional; aumentou a pena mínima dos crimes de lesão corporal grave, lesão corporal seguida de morte, extorsão mediante seqüestro, epidemia, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal; e aumentou as penas mínimas e máximas para os crimes de estupro, atentado violento ao pudor, também nas formas qualificadas, e quadrilha ou bando.

Alberto Silva Franco recolheu alguns levantamentos estatísticos de reconhecida credibilidade, referentes à Região Metropolitana da Grande São Paulo, para avaliar mais profundamente os efeitos decorrentes da aposição da etiqueta de

crime hediondo em relação a alguns tipos pertencentes ao ordenamento penal brasileiro. Foram examinadas as ocorrências policiais dos anos 1991 a 1998 em relação aos mais expressivos delitos rotulados como hediondos.³¹

Conclui-se que o crime de homicídio doloso considerado hediondo a partir da Lei 8.930/94, aumentou significativamente sua incidência entre os anos de 1994 e 1998, revelando um acréscimo percentual de 31,72%; o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, entre os anos de 1991 e 1998, também cresceu de forma representativa, num percentual em torno de 101,78%; e os crimes de latrocínio, extorsão, extorsão mediante seqüestro, estupro e atentado violento ao pudor demonstraram uma quase estabilidade estatística, revelando, a cada ano, entre 1991 e 1998, alguns percentuais mínimos de aumento ou de diminuição de incidência.³²

Tal estabilidade, todavia, não pode ser creditada à Lei dos Crimes Hediondos, visto que, quando se examinam as estatísticas colhidas no Anuário Estatístico do Estado de São Paulo de 1991, correspondentes aos anos de 1986 a 1990, que antecederam à referida lei, a conclusão é de que a estabilidade já era um fato comprovado. Ao mesmo tempo, a exacerbada atividade repressora do Estado provocou o sensível aumento da taxa de encarceramento, que tem crescido de forma sistemática, sem que os equipamentos prisionais tenham condições de absorvê-la. Entre os anos de 1998 e 1999, a clientela do sistema prisional subiu cerca de 16,24%, o que representa, num só ano, o acréscimo de 11.393 presos.

A conclusão a que chega Alberto Silva Franco é, portanto, a de que a Lei de Crimes Hediondos cumpriu exatamente o papel que lhe foi reservado pelos meios de comunicação social, controlados pelos segmentos econômicos e políticos hegemônicos, ou seja, o de dar à população a falsa idéia de que, por meio de uma lei extremamente repressiva, reencontraria a almejada segurança.³³

³⁰ Ibid. pp. 213-214.

³¹ As fontes foram a Secretaria de Segurança Pública-SSP, a Delegacia-Geral de Polícia-DGP, o Departamento de Planejamento e Controle da Polícia Civil-Deplan, o Centro de Análise de Dados-CAD e a Fundação Seade.

³² FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. pp. 493-494.

³³ Ibid. pp. 499 et seq.

6. Fatores que dificultam uma correlação direta entre política penal e taxas de criminalidade

Aqui nos deparamos com um delicado problema metodológico. Para avaliar a taxa de criminalidade, Georg Rusche e Otto Kirchheimer preferem utilizar os dados judiciais às cifras policiais, pois o crescimento da eficiência policial e a colaboração da população podem contribuir para um aumento do número de crimes conhecidos pela polícia, sem indicar um aumento real na criminalidade. Além disso, muitas ocorrências registradas nunca são provadas como crimes. Da mesma forma, poucas estatísticas policiais distinguem cuidadosamente os casos de crimes registrados dos que não são, muito mais numerosos.³⁴

A questão da cifra negra (diferença entre a criminalidade real e a criminalidade comunicada) dificulta qualquer generalização a respeito da relação entre a rigorosidade da política penal e as taxas de criminalidade. De acordo com Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina, um incremento nas taxas oficiais de criminalidade pode derivar de uma maior efetividade do sistema ou de uma taxa mais elevada de comunicação. Mais e melhores policiais, mais e melhores juízes, mais e melhores prisões, significam mais crimes registrados, mais infratores na prisão, mais condenados, porém não necessariamente menos delitos.³⁵

Do mesmo modo, um descenso não implica, sem mais, a correlativa diminuição da criminalidade real ou o êxito do sistema legal: pode suceder que a criminalidade aumente significativamente e, frente ao fracasso do sistema legal, o cidadão não comunique o delito, por exemplo ³⁶, ou que crimes anistiados não sejam computados nas taxas de criminalidade e dêem

a falsa impressão de declínio da taxa de criminalidade, como ocorreu na Itália e Alemanha, durante o período do nazi-fascismo.³⁷

Nils Christie, por sua vez, deixa claro que não há uma relação direta entre taxas de criminalidade e taxas de encarceramento, de maneira que o aumento da segunda não pressupõe necessariamente o aumento da primeira, podendo haver apenas uma opção política por encarcerar mais e por mais tempo crimes que antes não eram punidos desta forma.³⁸

Para Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina, outro equívoco é crer na tese do “volume constante” da criminalidade, segundo a qual, existindo um volume constante de delinqüência na sociedade, qualquer aumento significativo do mesmo deve ser atribuído a uma falha ou a um defeito no sistema do controle social. Não há, todavia, como pressupor, em sociedades pluriestratificadas e em via de rápida transformação, a manutenção de algumas variáveis sociais (incluída a notícia do delito pela vítima), de impossível controle.³⁹

Jock Young acentua que o mundo social é uma entidade interativa complexa em que toda a intervenção social particular só pode ter um efeito limitado em outros eventos sociais, e o cálculo deste efeito é sempre difícil. Assim, a taxa de criminalidade é afetada pelo nível de dissuasão exercido pelo sistema de justiça criminal, pelos níveis de controle informal da comunidade, por padrões de emprego, o tipo de Estado, educação infantil e família, o clima cultural, moral e político, a economia, os meios de comunicação de massa, o nível do crime organizado, os padrões de uso de drogas ilícitas, etc. Juntar todos estes fatores, além de complicado, seria insuficiente, pois também se deve levar em conta a historicidade da avaliação humana, como no caso da injustiça percebida no desemprego ou no mau policiamento e encarceramento.⁴⁰

³⁴ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. pp. 266-267.

³⁵ GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Criminologia. pp. 344-345.

³⁶ *Ibid.* p. 123.

³⁷ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto, op. cit. p. 277. O grande número de anistias em tempos de severidade penal, em razão da incapacidade prática do sistema de punir tantas pessoas e, conseqüentemente, a irregularidade da punição, são, aliás, abertamente criticados por Beccaria (BEC-CARIA, Cesare. Do delito e das penas. p. 44).

³⁸ CHRISTIE, Nils. A indústria do controle do crime. p. 16.

³⁹ GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Criminologia. pp. 124-125.

⁴⁰ YOUNG, Jock. A sociedade excludente. p. 192.

Todas essas variáveis foram radicalmente alteradas na modernidade recente, como fruto da ascensão da sociedade de mercado.⁴¹ “É o contexto social, são os problemas estruturais do sistema que produzem as taxas de criminalidade. O sistema de justiça criminal, animado que seja por ideais liberais ou por uma moralidade conservadora draconiana, não pode ter mais do que um impacto marginal nas taxas totais de criminalidade.”⁴²

Segundo Georg Rusche e Otto Kirchheimer, “as mudanças na práxis penal não podem interferir seriamente na operação das causas sociais para a delinquência. Se os efeitos da política penal pudessem ser isolados, vale dizer, se eles pudessem ser examinados num período de completa estabilidade social e política, seria possível descobrir uma certa medida de influência. Esta necessidade extrema de isolamento, entretanto, revela por si só a irrelevância social os métodos punitivos como um fator determinante na taxa de criminalidade.”⁴³

Outro ponto a ser considerado é a influência recíproca entre efetividade do sistema penal e taxas de criminalidade. Ao que parece, a relação de causalidade é o inverso: a criminalidade aumenta por causa de uma multidão de fatores e reduz inevitavelmente o risco de prisão, em vez de uma redução do risco de prisão causar um aumento da criminalidade. Esta tendência é especialmente evidente sempre que o aumento da criminalidade é considerável e pressiona a capacidade prisional, mas nos lugares em que o aumento da criminalidade é pequeno isto não ocorre.⁴⁴

7. Sugestões para a prevenção de delitos

Antes de propor sugestões para a prevenção da criminalidade, são necessárias algumas considerações preliminares. Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina diferenciam a prevenção em primária, secundária e terciária. A prevenção primária é a mais eficaz, pois influi diretamente nas causas do crime. Contudo, por se tratar de uma prevenção a longo prazo, é muitas vezes preterida por políticos oportunistas e uma população amedrontada sedenta por um tipo de prevenção que julgam mais imediata, ainda que de eficácia duvidosa.

Assim, uns dão ênfase maior à prevenção secundária, baseada na melhoria da eficiência policial e de todos os aparelhos de controle, e outros à prevenção terciária, que supõe a aplicação de uma pena ressocializadora para evitar que o infrator volte a delinquir. São medidas com efeitos a curto e médio prazo, porém, enquanto a primeira peca por agir no instante em que a motivação para o crime já se formou e apenas impede sua exteriorização, a segunda vem à tona quando o delito já ocorreu.⁴⁵

Jock Young, da mesma forma, insiste em diferenciar o que, para ele, são os dois componentes do crime, motivação e controle, e critica aqueles que voltam seus esforços exclusivamente ao segundo.⁴⁶ Aumentar as penas, melhorar a eficiência da polícia, fortalecer as instâncias informais de controle, como a vizinhança, a família

⁴¹ Ibid. p. 197.

⁴² Ibid. p. 205. Hassemer critica o esoterismo jurídico da teoria da prevenção geral restrita à intimidação, pois esta enxerga a ameaça da pena e sua execução como fenômenos isolados das instâncias extrapenais (HASSEMER, Winfried. O Direito Penal libertário. pp. 209 et seq.).

⁴³ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. pp. 278-279.

⁴⁴ A taxa de criminalidade aumentou na Inglaterra e no País de Gales de 1950 a 1990 à medida que a taxa de risco diminuiu, enquanto nos EUA ocorreu o inverso. (206) No entanto, a taxa de encarceramento dos EUA no começo dos anos 2000 era seis vezes maior do que a da Grã-Bretanha e o risco de encarceramento por crime registrado era onze vezes maior, enquanto a taxa de homicídios era sete vezes a da Grã-Bretanha e da Suíça, cuja taxa de encarceramento é muito inferior à britânica (40% menor) e onde o porte de arma é disseminado. Entre 1987 e 1995 os EUA aumentaram sua população carcerária em 124% e registraram um aumento de 2% na criminalidade, ao passo que a Dinamarca aumentou sua população carcerária em 7% e teve um aumento de 3%. A Dinamarca manteve taxas de risco (0.6 por cada 100 crimes registrados) de e de criminalidade baixas neste período, enquanto os EUA mantiveram essas taxas altas. No começo do início dos anos 2000, a taxa de encarceramento dos EUA era vinte vezes a da Dinamarca. A Holanda, outro exemplo, dobrou sua taxa de encarceramento entre 1987 e 1995, e a taxa de criminalidade só aumentou 8%. Já a Escócia, ao longo do mesmo período, teve um crescimento de 4% na taxa de encarceramento e um aumento de somente 4% na criminalidade. Resumindo: na Escócia o risco de prisão permanece o mesmo ainda que a criminalidade tenha aumentado, na Dinamarca o risco aumenta ligeiramente, assim como a criminalidade, e na Holanda, a taxa de risco sobe exponencialmente enquanto a taxa de criminalidade continua a crescer (YOUNG, Jock. A sociedade excludente. pp. 208 et seq.). Ver também GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Criminologia. pp. 344-345.

⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, op. cit. pp. 335-337.

⁴⁶ YOUNG, Jock, op. cit. p. 226.

e a religião, tudo isso diz respeito ao controle e não à motivação do crime. É preciso salientar que, não havendo motivação, o controle torna-se supérfluo. Segundo Young, o crime resulta da combinação da privação relativa, mais ligada à motivação, e a ascensão do individualismo, relacionada preponderantemente ao controle. A privação relativa corresponde à sensação de injustiça perante a desigualdade, acentuada pela proximidade entre as pessoas que estão sendo comparadas e o caos das recompensas, ou seja, a constatação de que a sociedade não é meritocrática.

Pode-se entender, assim, o porquê de alguns jovens pobres do sexo masculino não aceitarem ganhar um salário mínimo a vida toda para trabalhar nos empregos mais desgastantes e precários, enquanto empresários ganham milhões de dólares em operações financeiras que não duram mais do que minutos, ainda mais quando esses jovens, sem meios materiais, aderem aos valores sociais de uma sociedade hedonista, consumista e imediatista, na qual o sucesso é equiparado ao êxito financeiro.

Muitos jovens podem não saber como trabalhar com o sentimento de frustração. É justamente sobre as camadas despossuídas, igualmente tentadas pelas metas culturais, que se exige um controle maior, seja da polícia, da escola, da família ou da religião. Porém, na modernidade recente, devido às múltiplas possibilidades de vida que se abre a cada pessoa, à contestação geral de valores antes considerados consensuais e à maior distância social, o individualismo emerge com força, as pessoas aumentam suas expectativas de realização pessoal, estão menos dispostas a fazer concessões em nome de uma sociedade não mais coesa e, conseqüentemente, menos suscetíveis aos freios do controle social.⁴⁷

Diante do quadro tão complexo exposto até aqui, seria contraditório propor medidas simplistas, fáceis e imediatas para prevenir a criminalidade, sob pena de se incorrer no mesmo erro daqueles que confundem dissuasão

com pura aterrorização e política criminal com política penal. Deve-se ter em mente, antes de tudo, que as prevenções primária, secundária e terciária não são incompatíveis. Assim, quanto à prevenção primária, a mais eficaz, é essencial lutar por uma sociedade mais meritocrática, em que todos tenham de fato as mesmas oportunidades e sejam recompensados em função de seus esforços pessoais e não de seus laços sanguíneos, gêneros ou etnia. Para tal, um ponto de partida é a implantação de políticas sociais de moradia, saúde, educação, etc. Por outro lado, os próprios valores criminógenos da sociedade competitiva devem ser rediscutidos.⁴⁸

Quanto à prevenção secundária, deve-se investir não só na melhor eficiência do aparelho penal, mas na melhor sincronia entre o controle formal e o informal. A prevenção não-penal tem se mostrado mais eficiente, menos gravosa e muito menos custosa para prevenir a exteriorização do crime. Winfried Hassemer, tratando da criminalidade do colarinho branco e organizada, chega a afirmar que outros ramos do direito e do conhecimento tem muito mais aptidão para preveni-las do que o direito penal.⁴⁹

Desta forma, Hassemer acredita que a mera ampliação dos limites penais não são de grande utilidade para o combate da corrupção, a qual demanda, mais do que uma prevenção normativa, uma prevenção técnica ou organizacional, que modifique as relações dos contextos técnicos e organizacionais sob os quais a corrupção floresce, mediante práticas como a coleta de informações relativas a relações de corrupção, a obrigação de registrar determinadas práticas, remoção de servidores públicos, separação do planejamento, da fiscalização e da execução e revisões internas.⁵⁰

Intervenções urbanísticas, como recuperação de bairros degradados, iluminação pública, etc., ainda se mostram oportunas, ainda que apresentem o risco de serem discriminatórias e deslocarem o crime de um lugar para outro.⁵¹ Levando-se em consideração ainda que o delin-

⁴⁷ YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*. pp. 26 et seq.

⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS, Antonio. *Criminologia*. pp. 360 et seq.

⁴⁹ HASSEMER, Winfried. *O Direito Penal libertário*. pp. 96-98.

⁵⁰ *Ibid.* pp. 148 et seq.

qüente não é o único protagonista do fenômeno delitivo e que o crime é seletivo, ou seja, atinge com mais freqüências certos lugares e certas pessoas, é fundamental haver uma prevenção vitimária, não-penal, que conscientize as potenciais vítimas de seus riscos e indique as melhores formas de evitá-los.⁵²

Por fim, para haver prevenção terciária, deve-se minimizar ao máximo a utilização da criminógena e estigmatizante pena privativa de liberdade, aplicando, quando possível, penas alternativas ou em regime aberto. Por sua vez, as leis penais não podem ser encaradas como uma panacéia para todos os males sociais. A euforia repressiva desenfreada já mostrou ser incapaz de por si só reduzir a criminalidade e deve ser abandonada para que sejam restituídas a racionalidade, proporcionalidade e legitimidade do sistema penal, o qual ganha eficácia ao se concentrar apenas nos conflitos sociais mais graves, isto é, ao proteger apenas os verdadeiros bens jurídico-penais.

8. Referências Bibliográficas

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BBC BRASIL. Uso de maconha entre britânicos cai após relaxamento da lei. *BBC Brasil.com*, São Paulo, 26 outubro 2007. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2007/10/071026_maconhaestatisticasrw.shtm. Acesso em: 30 outubro 2007
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.
- BENTHAM, Jeremy. *Teoria das penas legais e Tratado dos sofismas políticos*. São Paulo: Cultura, 1943.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. t. 1.
- CÂNCIO, Fernanda. Descriminalização não incentiva consumo nos jovens. *Diário de Notícias*, Lisboa, 15 de dezembro de 2004. Disponível em: http://dn.sapo.pt/2004/12/15/tema/descriminalizacao_incentiva_consumo_.html. Acesso em: 30 outubro 2007).
- CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Trad. Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*: anotações sistemáticas à Lei 8.072/90. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.
- GARRIDO, Vicente; STANGELAND Per e REDONDO, Santiago. *Principios de criminologia*. 2. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.
- HASSEMER, Winfried. *O direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- MARANHÃO, Odon Ramos. *Psicologia do crime*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Lisboa: Veja Universidade/ Direito e Ciência Jurídica, 1998.
- RUSCHE, Georg; KIRSCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2004.
- THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*: de acordo com a Constituição de 1988. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*: exclusão social, criminalidade e diferença da modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

⁵¹ GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS, Antonio. *Criminologia*. p. 348 et seq.

⁵² *Ibid.* pp. 357-360.