

JURISDIÇÃO E EXECUÇÃO PENAL. A PRISÃO: UMA CONTRADIÇÃO INSTITUCIONAL¹

JURISDICTION AND PENAL EXECUTION. THE PRISON: AN INSTITUTIONAL CONTRADICTION

Luigi Ferrajoli²

Resumo

O trabalho examina, em primeiro lugar, a natureza da chamada "jurisdição de vigilância penitenciária" para questionar seu verdadeiro estatuto, ao não se pronunciar sobre atos concretos das pessoas privadas de liberdade, senão sobre modos de ser de natureza subjetiva. Em segundo lugar, o artigo questiona a possibilidade de que dentro da prisão se possa dar um respeito efetivo aos direitos fundamentais das pessoas privadas de sua liberdade. Assim, o ensaio propõe algumas medidas concretas para avançar em direção a uma superação gradativa da opção custodial para reduzi-la, sendo substituída por outras menos lesivas da dignidade das pessoas.

Palavras-chave: *Prisão; Jurisdição; Execução penal; Garantias.*

Abstract

The work first examines the nature of the so called "jurisdiction of the penal execution" to question the true status of it to rule on specific acts of persons deprived of their liberty, but about ways of being subjective. Second, the article questions the possibility that inside prison can give an effective respect for fundamental rights of persons deprived of their liberty. Thus, the paper proposes some concrete measures towards a gradual overcoming of the custodial option to reduce being replaced by less harmful to the dignity of persons.

Keywords: *Prison; Jurisdiction; Penal execution; Guaranteeism.*

¹ Aula ministrada em 4 de julho de 2015, no curso de pós-graduação em "Ejecución penal y derecho penitenciario", organizado em San José da Costa Rica, por Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona) e Carlos Manavella (Universidad para la Cooperación Internacional). Artigo publicado anteriormente em: **Revista Crítica Penal y Poder**, n. 11, sep. (pp.1-10), OSPDH. Universidad de Barcelona, 2016; e ESPÍ, Josep García-Borés; RIVERA BEIRAS, Iñaki. **La cárcel díspar**. Retóricas de legitimación y mecanismos externos para la defensa de los Derechos Humanos en el ámbito penitenciario. Barcelona: Bellaterra, 2016, pp. 327-338. Tradução e revisão para o português realizadas por Bruno Rotta Almeida e Patrick Lemos Cacicedo.

² Professor de Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito na *Università Roma Tre*, Itália.

Dossiê Prisões, Dano Social e Contextos Contemporâneos (Anais do II Congresso Internacional Punição e Controle Social: prisões, controle e dano social na América Latina), V. 07, N. 1, 2021.

1 A execução penal de direito. Sobre a natureza administrativa ou jurisdicional da execução penal.

Até alguns anos atrás, a execução penal não tinha certamente uma natureza jurisdicional. Na Itália, ao menos até a reforma penitenciária de 1975, a execução penal – exceção feita aos incidentes de execução e a algumas limitadas atribuições de inspeção e de caráter deliberação dos Juízes de Vigilância (pelo menos a visita a cada dois meses aos estabelecimentos penitenciários e decisões relativas às transferências de uma prisão para outra) - estava, de fato, inteiramente confiada à Administração penitenciária. A doutrina penal e processual penal dominante a qualificava como “atividade administrativa”.³ Em um conhecido manual de direito processual penal, Giovanni Leone escrevia: “no que diz respeito ao vínculo da sanção com o direito subjetivo estatal de punir, a execução se enquadra no direito penal substantivo; no que diz respeito à própria atividade executiva, ela se enquadra no direito administrativo”.⁴ E, de fato, a execução da pena era então inteiramente coordenada e governada pelo poder executivo e administrativo desde as ações do regulamento prisional fascista nº 787, de 18 de junho de 1931.

De um caráter jurisdicional a execução penal começa a se falar, na Itália, somente após a reforma do ordenamento penitenciário com a Lei nº. 354, de 26 de julho de 1975, e posteriormente com a Lei nº 689, de 24 de novembro de 1981, ambas informadas pelos dois princípios estabelecidos no art. 27, 3º da Constituição: a exclusão de “tratamentos contrários ao sentido de humanidade” e a finalidade da “reeducação do condenado”. A reforma introduz as chamadas “medidas alternativas à detenção” - semiliberdade, liberdade controlada, prisão domiciliar, *affidamento in prova*⁵ e vigilância especial - cuja decisão foi atribuída ao Juiz de Vigilância de forma análoga à prevista para os incidentes de execução. Além disso, foram aumentados, pelo art. 69 da reforma de 1975, os poderes dos Magistrados de Vigilância, agora

³ Cf. A. Santoro, *L'esecuzione penale*, 2ª ed., Utet, Torino 1953; O. Vannini, *Manuale di diritto processuale italiano*, Giuffrè, Milano 1953, p. 367; A. Venditti, *Esecuzione penale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol.VI, Utet, Torino 1960, pp.773 ss; G. Bellavista, *Lezioni di diritto processuale penale*, 3ª ed., Milano 1965; S. Ranieri, *Manuale di diritto processuale penale*, 5ª ed., Padova, 1965. Isolada a tese da natureza jurisdicional da execução penal, sustentada por G. Vassalli, *La potestà punitiva*, Utet, Torino, 1942, pp. 206 ss.

⁴ G. Leone, *Trattato di diritto processuale penale*, Jovene, Napoli 1961, 3ª ed., p. 462. Uma distinção análoga se encontra também formulada em: J.B.J. Maier, *Derecho procesal penal*, tomo I, *Fundamentos*, Editores del Puerto, 2ª ed., Buenos Aires 1996, p.82.

⁵ Nota da tradução: a medida denominada *affidamento in prova* supõe confiar a tutela do comportamento de uma pessoa liberada, por exemplo, aos serviços sociais de uma instituição, que deve vigiar o cumprimento da promessa de não delinquir e, às vezes, ainda o cumprimento de outras medidas.

mais investidos, em comparação com as antigas funções do velho Juiz de Vigilância, com o poder de fiscalizar as instituições penitenciárias e, sobretudo, de poder determinar a modalidade de execução da pena velando pelo respeito dos direitos do condenado.

A pergunta que devemos fazer é se tal reforma produziu, como é comumente aceito, uma *jurisdicionalização da execução penal*, pelo menos no que diz respeito à aplicação das medidas alternativas à detenção como obra da Magistratura de Vigilância. Parece-me que, em todo o caso, não se pode falar de jurisdição, nem mesmo no que diz respeito à aplicação de tais medidas. Para falar verdadeiramente de “jurisdição” da execução, não basta o exercício por um juiz dos poderes de decisão em matéria de liberdade pessoal. A jurisdição carece, na realidade, a meu ver, do traço constitutivo: o *ius-dicere*, isto é, a afirmação, comprovação e qualificação jurídica de um fato -se é um ato ilícito ou um ato inválido ou não- por meio do princípio público de contradição, como necessário arbitrário e antiliberal que contradiz o princípio fundante do garantismo penal segundo o qual não se pode ser punido por *aquilo que se é*, senão apenas por *aquilo que foi feito*, e que foi justamente estigmatizado por Francesco Carrara como “recôndito ou pressuposto de todo pronunciamento judicial.”⁶ O poder conferido aos órgãos da execução penal é, ao contrário, um poder altamente potestativo, ancorado não na comprovação pública de fatos claramente predeterminados pelas leis e pelos requisitos relativos à taxatividade, materialidade, ofensividade e culpabilidade, mas às valorações da personalidade da pessoa presa: um poder, então, substancialmente misterioso que atua nas sombras (“*arcano potere che agisce nell'ombra*”).⁷ A circunstância certamente positiva de que esse poder agora seja hoje exercido por uma Magistratura de Vigilância, em alguns casos, por Magistrados com altos valores – e não por, como nos tempos de Carrara, aqueles a quem chamava de “sinédrio de esbirros”⁸ - não muda sua substância administrativa.

⁶ Sobre a questão da “jurisdição”, remeto à definição D12.19 que propus em *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia*, vol.I, *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2007, § 12.8, pp.879-885. Argumentei melhor a negação da natureza jurisdicional da execução penal após a reforma carcerária em *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Laterza, Bari, 1989, X ed. 2011, cap. VII, § 30, 4, pp. 406-407.

⁷ F.Carrara, *Programma del Corso di Diritto Criminale. Parte generale* (1859), Fratelli Cammelli, Firenze 1907, X ed., vol. I, p.555, nota 1.

⁸ Idem, p. 554: “Tenho relutado em admitir que um sindicato de agentes, funcionários de um governo, possa tornar inoperantes os decretos da magistratura”.

2 Prisão: uma contradição institucional

Além disso, a execução penal não foi sequer modificada, substancialmente, no que se refere às condições de vida das pessoas presas. Para além das palavras e das intenções, devemos certamente reconhecer que a reforma italiana de 1975 - mas, penso, o mesmo pode ser dito de grande parte das reformas aprovadas naqueles anos em outros países ocidentais - não mudou a triste realidade das prisões. Na Itália, em particular, essa reforma ficou reduzida a um "revestimento verbal do antigo". Pior ainda: devido à introdução de tratamentos diferenciados baseados em critérios muitas vezes incertos e genéricos, a reforma provocou "um retrocesso da legalidade para um universo infinito de discricionariedade administrativa descontrolada".⁹

Devemos agora resolver uma dúvida fundamental sobre a própria legitimidade da instituição prisional. Devemos nos perguntar se as violações dos direitos das pessoas presas são intrínsecas à detenção penitenciária a ponto de serem inevitáveis e se o verdadeiro problema não é a falta, mas sim a impossibilidade de garantias adequadas. Se, em outras palavras, a prisão não é tanto um local onde se cometem com muita frequência e facilidade violações dos direitos humanos, abusos passíveis de punição e, sobretudo, prevenidos com técnicas de garantia expressa; mas acima de tudo é precisamente isso: ontologicamente, pela sua própria natureza de prática da segregação, uma violação dos direitos fundamentais e da dignidade das pessoas e, portanto, uma patologia irreformável do Estado de Direito. Em suma, uma questão teórica de fundo é novamente proposta: a da legitimidade da prisão, que remete ainda mais àquela de maior profundidade, como o problema da justificação da pena.

Anteponho meu esclarecimento no sentido de que sempre rejeitei e respondi como utopia regressiva a proposta abolicionista de uma superação total do direito penal e da pena, e que sempre insisti na necessidade de distinguir a questão da (possível e auspiciosa) superação da prisão ou, pelo menos, de sua centralidade no sistema de sanções penais, daquela (não auspiciosa) superação da pena. A pena é uma sanção aflitiva, uma segunda violência - institucionalizada e organizada - que se soma à violência do delito. Mas é uma violência que se justifica como garantia essencial: como alternativa à lei do mais forte que governaria na sua ausência. É a negação da vingança e, de maneira mais geral, da reação informal ao crime,

⁹ T. Padovani, *Istituti penitenziari*, in *Novissimo Digesto Italiano. Appendice*, vol. IV, Utet, Torino, 1983, § 8, p. 469.

justificada, segundo o modelo de direito penal mínimo proposto por mim,¹⁰ se e somente se conseguir excluir as reações informais mais graves ao crime que ocorreriam em sua ausência; portanto, visa minimizar a violência e a arbitrariedade da resposta sancionatória. Em síntese: desde que haja ofensas criminais e reações punitivas a tais agressões e embora haja também a possibilidade de alguém usar a sua mão contra o corpo de outra pessoa para fins punitivos, esta reação também punitiva deve ser regulada pelo direito, como garantia da imunidade da pessoa a fim de evitar excessos arbitrários.

Outra coisa é a pena de prisão que, no senso comum, acabou sendo identificada com a pena como tal, inibindo, assim, a reflexão teórica sobre outros tipos de penas possíveis não necessariamente segregativas e lesivas à dignidade e aos direitos elementares da pessoa. Convém sempre lembrar que a pena de prisão, como pena principal e central do sistema punitivo, foi concebida há pouco mais de dois séculos pelo pensamento iluminista como fator de minimização, racionalização e humanização do direito penal, como alternativa às penas corporais, às penas infames e aos suplícios. Segundo seu modelo teórico e normativo, afirmado com o direito moderno, ela deve consistir em uma pena igual, completa e taxativamente determinada pela lei: privação, precisamente, apenas da liberdade pessoal, isto é, de um tempo abstrato mas determinado daquela liberdade, qualitativamente igual, mas quantitativamente diferenciada e graduável, primeiro pelo legislador e depois pelo juiz, na proporção da gravidade do crime. Todos os demais direitos fundamentais - o direito à integridade física, a imunidade contra tortura ou maus tratos, as liberdades fundamentais clássicas, da liberdade de expressão de pensamento à liberdade de reunião e de associação, ao direito à saúde e educação - são, por princípio geral, reconhecidas ao preso como direitos universais e invioláveis, reconhecidos a todos e sem exceção alguma. É o que a Corte Constitucional italiana estabeleceu com as sentenças nº 114, de 1976, e nº 26, de 1999. Se isso é verdade, não só a pena de prisão não deve privar, reduzir ou subestimar nenhum desses

¹⁰ A expressão "direito penal mínimo" foi cunhada por mim na polêmica com o abolicionismo, há exatamente trinta anos no ensaio *Il diritto penale minimo*, em "Dei delitti e delle pene", 1985, 3, pp.493-524. Foi o título de minha apresentação em um Congresso de abolicionistas realizado em Barcelona de 5 a 8 de junho de 1985, no qual argumentei: a) que a justificativa do direito penal consiste justamente na minimização da violência na sociedade, não apenas da violência dos crimes, mas também a violência das punições, ou seja, das reações informais aos crimes que ocorreriam na sua ausência na forma de vingança privada ou intervenções informais e arbitrárias das forças policiais; b) que o direito penal é, portanto, a alternativa à lei do mais forte e a sua abolição equivaleria à abdicação do seu papel garantista de minimização da violência e do retrocesso ao estado de natureza, entendido nesse sentido *hobbesiano* como *bellum omnium* baseado na lei do mais forte, quer seja entendida no sentido *rousseauiano* como uma sociedade pacificada ou disciplinada. A tese é retomada em *Diritto e Ragione* cit., cap.VI, pp. 314-344.

direitos - começando com o *habeas corpus*, ou seja, como imunidade do corpo do preso de suportar violência ou sofrimento - mas pelo contrário, uma vez que o preso está confiado à execução penal, sua pessoa deve ser considerada sagrada e a instituição prisional deve ser a primeira responsável por qualquer violação de seus direitos.

Dito isto, e depois de mais de dois séculos de experiência da centralidade da prisão, devemos neste ponto nos perguntar se esta "pureza" da pena de prisão - como uma privação apenas da liberdade pessoal e garantia de todos os outros direitos da pessoa - é algo concretamente possível; se a pena de prisão pode ser ou não uma pena que realmente satisfaça seus princípios teóricos de justificação e, mais ainda, se está em condições de satisfazê-los. E, antes de tudo, se essa penalidade consiste realmente em uma forma de minimizar as reações informais ao crime que ocorreriam na sua ausência e se, efetivamente, e como premissa maior, pode ser ou não uma pena sujeita ao direito, qualitativamente igual e consistente apenas na privação da liberdade pessoal, conforme desenhada em seu modelo teórico e normativo.

A experiência histórica das prisões italianas - e acredito que de todas as prisões do mundo - refuta dramaticamente esse modelo ideal. Tal experiência mostra que a reclusão prisional está inevitavelmente em contraste com todos os princípios - de legalidade, igualdade e respeito da dignidade da pessoa - sobre os quais se funda o Estado de direito. Por seu caráter de instituição total, a prisão não é - porque não pode ser - uma simples limitação da liberdade pessoal de circulação, como o exigiriam os princípios da legalidade e da taxatividade, é senão uma instituição que produz milhares de diversas aflições, inevitavelmente distintas entre uma prisão e outra, entre uma pessoa presa e outra. Com a reclusão, o condenado é jogado, com muita frequência, no inferno: em uma sociedade selvagem, largamente abandonada ao jogo "livre" das relações de força e poder entre os detidos e ao desenvolvimento de uma criminalidade carcerária descontrolada, que é exercida sobre os mais fracos e indefesos. Dentro dos muros da prisão, todo arbítrio, toda violência, toda violação de direitos, toda lesão da dignidade humana das pessoas é possível. De fato, na maioria das prisões, os presos estão literalmente em condições de sujeição - aos seus carcereiros e ao grupo de poder que se forma entre os reclusos - e todas as suas vidas são disciplinadas por regras e práticas em parte escritas, e em grande parte não escritas, o que torna qualquer prisão uma prisão completamente diferente da outra, de toda pena uma pena diferente da outra, de cada pessoa presa uma pessoa discriminada ou privilegiada de forma

Dossiê Prisões, Dano Social e Contextos Contemporâneos (Anais do II Congresso Internacional Punição e Controle Social: prisões, controle e dano social na América Latina), V. 07, N. 1, 2021.

diferente das outras: devido à diferença em termos de espaços comuns, de habitabilidade das celas, de chuveiros, de horários de pátio e ar, de condições higiênicas e sanitárias; pelas inúmeras prescrições e sobretudo proibições, muitas das quais completamente diferentes de uma prisão para outra; pelas pequenas e grandes humilhações a que são submetidos os presos em violação dos seus direitos fundamentais. Não conheço a situação das prisões da Costa Rica. Mas, certamente, na maioria das prisões - no Brasil, no México, mas também na Itália, na Europa e nos Estados Unidos – organizam-se gangues, formam-se e consolidam-se máfias, praticam-se extorsões, emboscadas, brutalidades e violências diárias, das quais apenas casualmente o mundo externo toma conhecimento. Nas prisões italianas, que não estão entre as piores, nos últimos doze anos ocorreram 692 suicídios. A prisão, em suma, sob múltiplos aspectos, equivale a uma contradição institucional. É uma instituição criada pela lei na qual o governo das próprias pessoas deve se desenvolver. É um lugar confiado ao controle total do Estado, mas dentro do qual não há controles nem regras, senão sobretudo a lei do mais forte: a lei da força pública dos agentes penitenciários e da força privada dos presos mais poderosos e organizados. É uma instituição pública que visa a custódia dos cidadãos, mas que não garante os direitos fundamentais mais elementares, a começar pelo direito à vida. Gera uma vida totalmente artificial, produzida pelo direito, mas que, em seu interior, de fato, reproduz o Estado de natureza, sem regras e sem direito, onde sobrevive o *homo homini lupus*, e onde a máxima segurança externa é acompanhada pela máxima insegurança interna.

É um aparato coercitivo, a expressão máxima do poder do Estado sobre o cidadão, porém dentro do qual o próprio Estado está ausente, e não o Estado de direito, mas simplesmente o Estado em seu sentido *hobbesiano*, o Estado capaz de garantir a integridade pessoal. É um lugar de expiação em que, em linha de princípio, deveria se realizar a máxima igualdade perante a lei, e que, ao invés, manifesta, realmente, a máxima discriminação classista sendo povoada quase exclusivamente por sujeitos débeis, social, econômico e culturalmente marginalizados: imigrantes, dependentes químicos, desempregados e subempregados. A execução da pena prisional deveria consistir, como diz o art. 27 da Constituição italiana, em tratamentos que não sejam contrários ao sentido de humanidade e tender à reeducação do condenado, o que normalmente se contradiz, mas por outros motivos, pela superlotação carcerária que dá lugar a tratamentos desumanizados e as consequentes dessocializações do condenado. Deveria, enfim, consistir em uma pena igual e taxativamente

Dossiê Prisões, Dano Social e Contextos Contemporâneos (Anais do II Congresso Internacional Punição e Controle Social: prisões, controle e dano social na América Latina), V. 07, N. 1, 2021.

determinada pela lei como privação de um tempo de liberdade e é, pelo contrário, um conjunto indeterminado, desigual e extralegal de privações, humilhações e aflições, sejam de tipo físico ou psicológico.

3 Pela superação da reclusão prisional ou, pelo menos, do seu papel como pena principal

Assim, a pena de reclusão prisional é, por natureza, contrária: a) ao critério de justificação da pena em geral como minimização da violência punitiva; b) ao modelo teórico e normativo da pena privativa de liberdade como pena igual e taxativamente determinada pela lei; e c) aos princípios do respeito da dignidade da pessoa e da finalidade reeducativa da pena, positivamente consagrados em muitas Constituições.

Se isso for verdade, uma política liberal deveria ter a coragem de concluir hoje - distante dois séculos e meio da invenção iluminista da pena de prisão como alternativa aos suplícios, aos castigos corporais, ao pelourinho e outros horrores do direito penal pré-moderno - dando um novo e verdadeiro salto de civilização: assumir como perspectiva a longo prazo a progressiva superação da prisão e, enquanto isso, despojar a reclusão do seu atual papel de pena principal e paradigmática, limitando drasticamente a duração e a reservando apenas às ofensas mais graves aos direitos fundamentais (como a vida e a integridade pessoal), as quais apenas justificam a privação da liberdade pessoal, que também é um direito fundamental garantido constitucionalmente.

Em primeiro lugar, uma política de desencarceramento deste tipo significa, acima de tudo, a abolição da vergonha que a pena do “*ergastolo*”¹¹ ainda acarreta na Itália: uma pena que na Itália é claramente inconstitucional porque está em contraste absoluto com os requisitos e princípios da pena - seu caráter não contrário ao "sentido de humanidade" e sua finalidade reeducadora - exigidos pelo art. 27 da Constituição.

Em segundo lugar, significa a redução da duração da pena, isto é, o encurtamento de seus limites máximos de 15 ou 10 anos ou pelo menos às penas máximas estabelecidas nos Códigos Europeus: vinte anos, de acordo com o Código Penal Francês (art. 18 e 19), belga (art. 16), suíço (art. 35), austríaco (art. 18), norueguês (art. 17), grego (art. 52 e 54) e

¹¹ Nota da tradução: segundo o art. 22 do CP italiano, a pena de *ergastolo* é perpétua, sendo executada em um dos estabelecimentos destinados a esse fim, com trabalho obrigatório e isolamento noturno.

luxemburguês (art. 16); quinze anos, de acordo com o Código Alemão (art. 14 e 17) e, claro, 12 ou 10 anos, de acordo com os Códigos da Finlândia (cap. 2) e da Suécia (cap. 26).

Em terceiro lugar, uma política de desencarceramento deve ter hoje como objetivo limitar a pena de prisão apenas aos crimes mais graves e prever, para os demais crimes, começando pelos de natureza patrimonial, uma ampla gama de penas: limitativas da liberdade ou de outros direitos que não consistam na segregação, ou seja, na privação integral da liberdade pessoal, que consigna o corpo e a alma em uma instituição total, sendo um misto de castigo corporal e disciplinar. Em suma, trata-se de trazer para o momento da produção do direito - isto é, prever legalmente a pena, e o juiz determiná-la diretamente no momento da sentença - o que na Itália, hoje, são as chamadas medidas alternativas, determinadas, de fato, discricionariamente, no momento da execução penal: como a vigilância especial, a semiliberdade e o *affidamento in prova*, que privam apenas parcialmente a liberdade pessoal; ou as prisões domiciliares, ou a permanência obrigatória (*soggiorno obbligato*) ou a proibição de residência (*divieto di soggiorno*), que apenas privam a liberdade de circulação; ou as penas patrimoniais como o confisco dos meios do crime (*confisca del mezzo del reato*), como, por exemplo, o veículo em crimes de trânsito e circulação; ou, finalmente, as penas interditas (proibitivas), que deveriam ser transformadas de penas acessórias em penas principais, privando ou restringindo certas formas de capacidade de que o infrator tenha abusado (como a retirada da carteira de habilitação, a revogação de licenças comerciais ou qualificação profissional), ou a interdição de cargos públicos e similares.

Por fim, uma política de desencarceramento deve ocorrer também como efeito de uma séria despenalização que dê credibilidade ao direito penal, devolvendo-o ao seu caráter de *extrema ratio*, reservado apenas para as infrações a direitos e a bens fundamentais. Nesta perspectiva, a reforma mais importante, sobre a qual tantas vezes tenho insistido, é a refundação da legalidade penal - desagregada na Itália por uma enxurrada de legislação penal - por meio da introdução, se possível a nível constitucional, de uma “reserva de Código” contra as intervenções de exceção e de ocasião do legislador ordinário: uma *meta-garantia*, por assim dizer, destinada a conter a inflação criminal que retrocedeu o direito penal a uma situação de decodificação substancial; isto é, a um direito penal

jurisprudencial¹² não diferente do pré-moderno, quando todo o acúmulo das fontes e o domínio das práticas geraram na cultura iluminista a exigência do Código como um sistema claro, unitário e coerente de proibições e de punições para a tutela da liberdade dos cidadãos contra a arbitrariedade dos juízes.

Esta reserva do código implica que todas as normas em matéria de delitos, penas e processos devem constar no Código Penal ou em um código de caráter processual e que nenhuma possa ser introduzida senão com a sua modificação, a qual deve ser aprovada através de processos legislativos claros. Embora uma nova codificação informada pelo princípio "tudo sobre penal nos Códigos e nada fora dos Códigos", possa parecer complexa e volumosa, na realidade será incomparavelmente menor que o atual acúmulo de leis especiais, isso porque a proibição de uma legislação *amarelada* em matéria penal e processual obrigará o legislador a se constringer e a se responsabilizar pela necessidade de preservar a unidade e a coerência do conjunto. De resto, se é verdade que o direito penal incide sobre a liberdade dos cidadãos, ele adquire uma relevância quase-constitucional e é intolerável que seja exposto diariamente ao humor contingente da maioria de um governo, ao populismo demagógico ou ao devir sempre constante de novas emergências.

É inútil acrescentar que uma política de redução e também de tendência à abolição da pena privativa de liberdade nada tem a ver com o abolicionismo penal. Naturalmente, a redução do número de pessoas presos que a mesma deveria produzir conduziria a uma

¹² Sobre o atual desenvolvimento de um direito penal jurisprudencial - gerado pela queda do princípio da legalidade penal e do princípio da sujeição dos julgamentos às leis, que é um de seus corolários - podem ser consultados G. Contento, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, em "Il Foro italiano, 1988, cc. 484-494; L. Stortoni (a cura di), *Il diritto penale giurisprudenziale*, em "Dei delitti e delle pene" 1989, pp.9-108; G. Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, em Id. (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Cedam, Padova 1997, pp. 5, 6, 11 e 14; Id., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, em "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2001, pp.353-376, reproduzida em Id., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova 2002, pp. 33-64; Id., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, em E. Dolcini e C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 239-264; Id., *Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica*, em G. Insolera (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Monduzzi, Bologna 2005, pp. 41-52; Id., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2008; M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 145-188; M. Vogliotti, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in "Quaderni fiorentini", 44, 2015, pp. 131-181. C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 239-264; Id., *Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica*, em G. Insolera (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Monduzzi, Bologna 2005, pp. 41-52; Id., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2008; M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 145-188; M. Vogliotti, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in "Quaderni fiorentini", 44, 2015, pp. 131-181.

melhora das suas condições de vida, bem como a uma redução da distância, hoje abismal, entre o modelo teórico e a realidade efetiva da pena de prisão. No entanto, a política atual em matéria penal, lamentavelmente, está caminhando na direção exatamente oposta ao que descrevi. Não há dados que nos levem a ser otimistas. Porém, pelo menos, devemos assumir o conhecimento da irracionalidade, da iniquidade e da ilegitimidade do atual sistema prisional.