

LEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NO CONTEXTO DE UMA POLÍTICA DE OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS*

.....
CÉSAR OLIVEIRA DE BARROS LEAL

Mestre em Direito; Procurador do Estado do Ceará; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Membro Titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; Membro da Sociedade Americana de Criminologia e da Academia Brasileira de Direito Criminal; vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Vitimologia; Membro da Academia Cearense de Letras e da Academia de Ciências Sociais do Ceará.

Na condição de membro do CNPCP, órgão da execução penal, subordinado ao Ministério da Justiça, entre cujas atribuições se inclui a de propor diretrizes de política criminal e penitenciária, assim como a de exarar pareceres em processos que tramitam no Congresso Nacional em sede de direito penal, direito processual penal e execução da pena, preocupamo-nos sobremaneira a visão prevalecente dos fins que o Estado deve perseguir por intermédio da sanção penal, algo que diz respeito à sua própria legitimidade, maiormente nestes novos tempos em que a segurança pública – dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, exercido para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, a teor do art. 144 da Constituição Federal – deixou de ser um tema periférico e ganhou foros de prioridade, no discurso oficial dos governantes de plantão.

Convocado em março de 2002 para oferecer subsídios à Associação Cearense do Ministério Público, com vistas à redação de documento que seria encaminhado à Comissão de Segurança do Senado Federal, indaguei dos ilustres promotores que me entrevistaram acerca de sua postura dogmática com relação à pena e a seus respectivos fins, um pressuposto básico de qualquer projeto de política criminal que se pretenda implantar, em nome da segurança pública. Assim o fiz por perceber, entre alguns representantes do ministério público, uma inequívoca e renitente propensão pelo endurecimento da pena, a mesma propensão que se detecta em centenas de projetos de lei em

trâmite na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

A verdade é que o conceito de segurança está entranhadamente vinculado a políticas de conteúdo repressório, que se procura legitimar a todo custo, segundo Helga Cremer Schäfer, numa estratégia fundada na “exasperação da insegurança, da criminalidade e do medo.”¹ Tal como asseverou a Dra. Ana Lucia Sabadell: “A política de segurança hoje pode ser entendida como uma política simbólica que, através de conceitos como ‘erradicação da violência’, ‘medo da criminalidade’ e ‘luta contra o crime’, tenta produzir dentro da sociedade insegurança e legitimar a repressão por parte do Estado.”²

É de conhecimento amplo e notório a origem da promulgação de normas como a controvertida Lei n. 8.072/90 (Crimes Hediondos), a Lei n. 9.034/95 (Crime Organizado) e as Leis n. 9.695/98 e n. 9.677/98 (Falsificação de Produtos Terapêuticos e Medicinais), geradas nas entranhas de um medo que se espraia e se acentua após a ocorrência de crimes bárbaros, de larga divulgação. Associado ao inconformismo e à revolta, dito medo enseja a reflexão coletiva e a ações de cunho preventivo, mas, por outro lado, fomenta um direito penal simbólico, retórico, desprovido de legitimidade, acolhedor de propostas demagógicas, antilibertárias (como, por exemplo, a pena de morte, a prisão perpétua, a ampliação da lei dos crimes hediondos e a redução da idade da responsabilidade penal), que criam uma expectativa fraudulosa de tranquilidade e de segurança jurídica.

Pois bem: nesses tempos de paranóia, de histeria massiva – em que prosperam escancaradamente os movimentos de lei e ordem, carentes de legitimação, encorajados por uma parcela da mídia sequiosa de sensacionalismo, (faço este parêntese para perquirir sobre os limites da liberdade de imprensa *versus* direitos humanos, um item manifestamente polêmico, mas que se deve enfrentar de forma desapassionada e objetiva) –, prega-se, a altas vozes, o aumento das penas, alardeando-se a ilusão de que, desse modo, seja possível inibir o crime, como se o delinqüente fora um atento observador da lei, um cidadão auto-reflexivo, pronto para internalizar, ante a possibilidade de uma punição mais severa, a mensagem de que não deve incidir em condutas ilegítimas, delituosas. A esse propósito, é curial atentar para as extravagâncias do modelo americano, defendido por muitos à *outrance* (responsável, porém, por uma das mais altas taxas de encarceramento do mundo e que gerou, entre outros absurdos, *The Three Strikes Law*, a Lei dos Três Golpes, consoante a qual aquele que comete um terceiro crime, ainda que leve, será punido com uma sanção que varia de 25 anos à prisão perpétua).

Fiz uso, acima, do termo “possibilidade” e não “certeza” posto que esta é, inquestionavelmente, a realidade brasileira, onde são cada vez mais nutridas as cifras tanto negras quanto douradas da criminalidade, mais numerosas as ordens de prisão sem cumprir, mais assíduas as fugas em massa de unidades penais iníquas e sobrepovoadas (com destaque para as delegacias de polícia, onde se apinham de forma subumana – como dejetos da sociedade –, milhares de presos, provisórios e condenados) e mais visível o desmoronamento do vigente modelo penitenciário, sobretudo dos regimes semi-aberto e aberto, circunscritos em regra, máxime pela insuficiência ou inexistência de estabelecimentos adequados, à mera assinatura periódica de um livro de ponto e que, por isso mesmo, perdem seu significado punitivo e exalam o odor fétido da impunidade.

Convertida em “metástase social” é a execução da pena onde a seletividade do sistema se expõe sem pejo em toda a sua exuberância, visto que – salvo casos excepcionais – tão-só os marginalizados, os miseráveis, os que não podem arcar com as despesas de uma advocacia particular ou simplesmente pagar uma fiança, ingressam e permanecem no cárcere, no qual não

se recolhem “quase nunca os agentes da criminalidade não convencional”, como proclama o insigne professor Miguel Reale Júnior,³ eis que a justiça, no mais das vezes, é “uma fera faminta e discriminatória que morde o fraco, porém o poderoso nem sequer o arranha”, no testemunho do ex-presidiário José Raúl Bedoya, em “Inferno entre Grades”,⁴ a mesma conclusão a que chegou Jeffrey Reiman, em sua análise sobre a realidade presídial norte-americana, sob o instigante título “The Rich Get Richer and the Poor Get Prison”.

Na prisão – apesar do disposto na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em tratados e convenções internacionais de que nosso país é signatário, nas Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil (inspiradas nas Regras Mínimas da ONU – adotadas em Genebra, no ano de 1955, no I Congresso sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente – e fixadas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, através da Resolução n. 14, de 11 de novembro de 1994, na qual consta que é assegurado ao preso o respeito à sua individualidade, integridade física e dignidade pessoal), na Constituição Federal de 1988 (em cujo art. 5º se lê que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas; a todos é assegurado o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; e não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; e cruéis) e na Lei de Execução Penal, a LEP (Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, em que são alistados no art. 41 os direitos dos presos, embora não de forma exaustiva – porquanto a lei prevê muitos outros, que se subordinam a determinados requisitos –, com a ressalva do art. 13 de que ficam garantidos aqueles direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, o que, segundo a Exposição de Motivos, é uma proclamação formal de garantia, que ilumina todo o procedimento da execução) – pratica-se, sob o olhar indiferente e cúmplice do Estado, toda sorte de ações enodadas pelo menoscabo aos direitos humanos, na medida em que o presidiário, muito mais do que a própria liberdade, perde, ao arrepio dos princípios essenciais do Estado Democrático de Direito, sua intimidade, sua privacidade, sua auto-estima, sua identidade social, sua segurança,

sua dignidade (esta última erigida pelo art. 1º da Carta Magna em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil), num *locus* ultrapassado e deplorável, em que se amalgamam a violência, a coabitação forçada, o etiquetamento e a despersonalização.

Já se disse alhures que o Estado se assenhoreia da vida do recluso e faz do cárcere um execrável depósito de seres humanos. Não obstante a meta da prevenção especial (ou individual) e a dicção do art. 1º da LEP, de conformidade com o qual a execução da pena “tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, no sentido de impedi-lo de praticar novos delitos, medra o convencimento de que a meta de ressocialização é um mito inatingível intramuros, até porque, como lembra o saudoso Alessandro Baratta, “no se puede segregar personas y pretender al mismo tiempo reintegrarlas”,⁵ ou, nas palavras de Roxin, “a nadie se le puede enseñar encerrado a vivir en libertad”.⁶ Essa convicção é também compartilhada por Javier Alejandro Buján e Victor Hugo Ferrando, os quais qualificam o tratamento penitenciário – uma gritante mistificação, pois incompatível com o encarceramento – como uma “herramienta legal legitimada para callar, aislar y denigrar a los que violan las pautas impuestas.”⁷ Já afirmava Manoel Pedro Pimentel, em “O Crime e a Pena na Atualidade, que “é crescente hoje o número de especialistas que tendem a denegar à pena de prisão qualquer sentido utilitarista, sustentando que a única finalidade que se lhe pode cominar é a de punir.”⁸

Estamos convencidos, com efeito, de quanto vem a ser falso referir a prisão tradicional como agência terapêutica, de quanto é falaz insistir na tecla da ressocialização. Oportunas, nesse sentido, as ponderações de Miguel Reale Júnior: “Re-socializar perante o quê? Re-socializar perante que conjunto normativo? Re-socializar perante que ideologia? Que normas? Que conjunto de valores? O conjunto de valores próprios de uma comunidade? O conjunto de valores defendido por um determinado pensamento político? O conjunto de valores propugnado por uma religião? Ou o conjunto de valores que se encontra encartado na legislação penal? Ressocializar seria condicionar ou amoldar o homem condenado à legalidade penal? Mas

qual legalidade penal? Amoldá-lo a toda legislação penal, inclusive à legislação extravagante? Mas submetê-lo, então, a uma lavagem cerebral e fazer inserir no seu espírito tudo aquilo que consta do Estatuto Penal e de toda a legislação penal? Ou apenas inserir no seu espírito a validade do valor que ele desrespeitou pela prática delituosa? E mais uma pergunta se faz obrigatória: por que métodos e por que meios realizar esta propalada re-socialização social? É de se admitir que o delito é apenas uma oportunidade que o delinquente dá para que o Estado recupere pela utilização de métodos das ciências comportamentais, transformando a figura etérea, porque não existe na realidade científica, do ‘criminoso’, em outra realidade também etérea que é a do ‘não criminoso’?

É certo e possível utilizar todo um cabedal de conhecimentos científicos para impingir ao condenado em um meio inatural, que lhe desvirtua a personalidade, padrões de comportamento amoldados, adequados à convivência social para que ele seja útil e acomodado ao mundo livre. Mas, ao se admitir que ele deve ser cientificamente transformado, para se amoldar ao mundo livre e à sociedade, se está assumindo um papel muito pouco crítico e muito mais totalitário do que se imagina; totalitário, na medida em que se vê o delinquente como patológico, em que se vê o delito como anormal, em que se atribui ao condenado a posição irremediável de errado; mas o errado que filantropicamente o Estado recolhe e retira da liberdade para lhe devolver depois ao seio social acomodado, transformado no bom moço que será útil a todos nós que vivemos numa sociedade homogênea, perfeita, coerente, desfeita de males porque o mal, o mal está sendo desfeito ao se transformar o condenado, que é o único mal.”⁹

Luiz Flávio Gomes pontua que a “descrença na ressocialização com a conseqüente perda de credibilidade da pena privativa de liberdade, ao lado do princípio da humanidade, constitui, talvez, a característica mais importante da Política Criminal dos últimos anos, destacando-se: a) o desaparecimento da pena de morte ou, pelo menos, sua limitação; b) o deslocamento da pena privativa de liberdade de seu lugar central no sistema punitivo; c) a substituição da pena privativa de liberdade por sistemas de tratamento; d) a substituição da pena privativa de liberdade por outras medidas alternativas...”¹⁰

A partir do reconhecimento de que a fracassada prisão é a “síntese mais emblemática das punições torturantes, desumanas, degradantes e cruéis”, ainda na lição de Luiz Flávio Gomes,¹¹ de que em seu interior é imposta “una estrategia de poder en que el Estado logra una de las formas más tangibles de control y dominación mediante la coerción física como detentador de la receta absoluta de una violencia racionalizada...”, como realça Elías Neuman, em “Cárcel y Sumisión”,¹² surgiram propostas deslegitimadoras do sistema penal como o abolicionismo e o minimalismo (radical), as quais são, no ensinamento de Paulo de Souza Queiroz, “movimentos de política criminal, vertentes da assim chamada nova criminologia ou criminologia crítica, surgida nos Estados Unidos por volta dos anos 60 e 70, que, rompendo, com a criminologia tradicional (a criminologia positiva), e sob o influxo de teorias sociológicas principalmente (das mais diversas tendências), contrapõem ao paradigma etiológico, próprio da criminologia positiva, um novo paradigma, o paradigma do *control*.”¹³

A despeito das críticas ao sistema penal que constituem o substrato do abolicionismo e às quais me associo, ousou colacionar minha objeção à idéia de que seja factível substituir inteiramente o sistema penal por instâncias intermediárias ou individualizadas de solução de conflitos (a exemplo dos modelos compensatório, terapêutico e educativo), como também de que se possa suprimir o cárcere. Inclino-me, em verdade, por um direito penal garantidor e efetivamente mínimo, que seja refratário à reprodução das desigualdades, que não se concilie com a manutenção de regimes opressivos e preveja a aplicação da penalidade custodial apenas aos plurirreincidentes, aos autores de delitos caracterizados pela extrema violência, aos que representam uma séria ameaça à comunidade. A Organização das Nações Unidas, aliás, em inúmeros congressos internacionais, tem recomendado a descriminalização, assim como o emprego da pena privativa de liberdade somente quando se trate de delinquentes perigosos, de autores de crimes de intensa gravidade, para os quais não resta outra opção além do encerro, do aprisionamento.

É essencial, neste contexto, registrar os avanços ocorridos a partir da edição da lei 9.714, de 25 de novembro de 1998 (nascida do projeto de lei n. 2.684/96, de cuja elaboração participamos, na qualidade de membro do

CNCP) e que alargou o rol das alternativas penais (as quais passaram a ser: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação oficial, de licença ou autorização do Poder público; suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo; proibição de frequentar determinados lugares; limitação de fim de semana; multa; e prestação inominada), bem como o lapso temporal de sua aplicação (pena privativa de liberdade não superior a 4 anos e quando o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo). Gradualmente, a objeção maior que lhes era apresentada – ou seja, a da precariedade do monitoramento – foi perdendo o sentido com a implantação progressiva das Centrais e Varas de Execução de Penas Alternativas.

Assinale-se com destaque que a Central pioneira foi a de Curitiba, criada em 1997 e que serviu de modelo para o surgimento de outras em diferentes estados, vinculadas ou não a uma Vara de Execuções Criminais. O Município de Fortaleza, Ceará, por sua vez, deu um passo inovador com a implantação, em 1998, da Vara de Execução de Penas Alternativas, a primeira do gênero no país. As Centrais e Varas mantêm, ademais, convênios com entidades receptoras de prestadores de serviços à comunidade ou a entidades públicas, assim como condenados à pena de limitação de fim de semana, aos quais tem se buscado oferecer cursos de formação profissional.

No âmbito do Ministério da Justiça, criou-se, em 12 de setembro de 2000, a Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas (CENAPA) e, em 27 de fevereiro de 2002, a Comissão Nacional de Apoio ao Programa Nacional de Penas e Medidas Alternativas, um programa com recursos do FUNPEN que estimula, fornecendo apoio técnico e financeiro inclusive, a implantação de Centrais e Varas especializadas em todo o Brasil.

Essas iniciativas são de grande relevância para a formação de um novo paradigma – em que a pena detentiva deixe de ser vista como a única e verdadeira punição –, e estão em consonância com as Diretrizes Básicas da

Política Criminal e Penitenciária, estabelecidas pelo CNPCP através da Resolução n. 5, de 19 de julho de 1999 (V. art. 4º: Defender o instituto das penas alternativas como forma de evitar a privação da liberdade, a qual deve ser imposta excepcionalmente, como *ultima ratio*).

Há de se ter em conta, neste caso, as Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não-Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio), elaboradas pelo Instituto Regional das Nações Unidas da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente e em cuja Seção I estão consignados seus objetivos fundamentais, a saber:

1.1. As presentes Regras Mínimas enunciam um conjunto de princípios básicos para promover o emprego de medidas não-privativas de liberdade, assim como garantias mínimas para as pessoas submetidas a medidas substitutivas da prisão.

1.2. As presentes Regras têm por objetivo promover uma maior participação da comunidade na administração da Justiça Penal e, muito especialmente, no tratamento do delinqüente, bem como estimular entre os delinqüentes o senso de responsabilidade em relação à sociedade.

1.3. As presentes Regras devem ser aplicadas levando em consideração as condições políticas, econômicas, sociais e culturais de cada país, bem como os propósitos e objetivos de seu sistema de Justiça Penal.

1.4. Ao aplicar as Regras, os Estados-membros devem envidar esforços para atingir equilíbrio adequado entre os direitos dos delinqüentes, os direitos das vítimas e o interesse da sociedade na segurança pública e na prevenção do delito.

1.5. Os Estados-membros devem introduzir medidas não-privativas de liberdade em seus sistemas jurídicos para propiciar outras opções, reduzindo deste modo a aplicação das penas de prisão e racionalizar as políticas de Justiça Penal, levando em consideração o respeito aos direitos humanos, as exigências da justiça social e as necessidades de reabilitação do delinqüente.¹⁴

Paralelamente a tais penas, faz-se preciso, de modo permanente, humanizar o cárcere e oferecer melhores condições aos presos residuais, o que implica assistência material, social, médica (preventiva e curativa), jurídica e educacional, além de trabalho, nos termos da lei, com direito à remição (esta aplicada também à educação), assegurando-lhes, com igual ênfase, as garantias do devido processo legal: do direito de defesa, do contraditório, do duplo grau de jurisdição, da igualdade no processo etc., todas previstas pela Constituição Federal, o Texto Supremo que deve ser o sul e o norte de uma política social, criminal e penitenciária que, sob o signo da solidariedade, seja fundamentada no ideário da promoção do homem, a verdadeira fonte de relegitimação das ciências penais.

Concluimos com as palavras de Antonio Sánchez Galindo, em “Narraciones Amuralladas”: “Tratemos bien al delincuente porque es un hermano en desgracia; nosotros, en una forma o en otra, lo hemos engendrado o producido, por nuestra mala planificación social, por nuestras insuficientes medidas de prevención, por nuestras precarias tablas de predicción. Cada humano que se envía a la prisión construye un monumento de nuestro fracaso de la misma manera que cada golpe que otorgamos a nuestros hijos es la impotencia de nuestro razonamiento y la ineficacia de nuestro sistema educativo.”¹⁵

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- * Artigo elaborado a partir de anotações para a palestra ministrada no 05.04.02, no painel “Legitimação e Deslegitimação da Ciência Penal: Direito Penal e Execução Penal”, de que participou também o Dr. Paulo de Souza Queiroz e teve como Coordenadora a Dra. Carla Campos Amico, por ocasião do *Encontro Internacional de Ciências Criminais: Uma Abordagem Interdisciplinar sobre a Criminalidade*, promovido em Natal, Rio Grande do Norte, no período de 04 a 06 de abril de 2002, pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte e pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).
01. SCHÄFER, Helga Cremer. Apud SABADELL, Ana Lucia. Segurança Pública, Prevenção e Movimento Feminista: Uma Aproximação ao Caso Alemão. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, publicação oficial do IBCCRIM. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 8, n. 29, janeiro/março, 2000, p. 56.
 02. SABADELL, Ana Lucia. *Op. cit.*, p. 56.
 03. REALE JÚNIOR, Miguel et al. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 129.
 04. BEDOYA, José Raúl. *Infierno entre Rejas*. México: Posada, 1984, p. 11.
 05. BARATTA, Alessandro. Resocialización o Control Social. Por un Concepto Crítico de la Reintegración Social del Condenado, en la revista “*No hay Derecho*”, n. 3. Buenos Aires, Argentina, p. 77.
 06. Apud BUJÁN, Javier Alejandro e FERRANDO, Víctor Hugo. *La Cárcel Argentina. Una Perspectiva Crítica*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998, p. 43.
 07. *Op. cit.*, p. 56.
 08. PIMENTEL, Manoel Pedro. *O Crime e a Pena na Atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 148.
 09. REALE JÚNIOR, Miguel et al.. *Op. cit.*, pp. 166-167.
 10. GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 199, pp. 19-20.
 11. *Op. cit.*, p. 69.
 12. NEUMAN, Elías. Cárcel y Sumisión. In *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça*, vol. I, n. 10, jul./dez, 1997, p. 34.
 13. QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 90-91.
 14. JESUS, Damásio Evangelista de. *Penas Alternativas: Anotações à Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 216-217.
 15. GALINDO, Antonio Sánchez. *Narraciones Amuralladas*. México: Impresos Chávez, 2001, p. 59.