

DOCTRINA NACIONAL

A FALÊNCIA DA EXECUÇÃO PENAL E A INSTITUIÇÃO DA PENA DE MORTE NO BRASIL

AILTON STROPA GARCIA

Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Fátima do Sul — MS

1. Considerações preliminares — 2. Resumo histórico das penas — 3. História das penas no Brasil — 4. O cumprimento das penas privativas de liberdade no Brasil — 5. É válida a Lei de Execução Penal do Brasil? — 6. A quantas anda a tão falada ressocialização do delinqüente? — 7. O que pensam os juristas sobre a pena de morte — 8. O que pensam os religiosos sobre a pena de morte — 9. Pena de morte: Deus não a admite! Os homens não a querem! — 10. Considerações finais — 11. Bibliografia.

1. Considerações preliminares

O Padre Emílio Silva, em seu livro *Pena de Morte Já* (Revista Continente Editorial, Rio de Janeiro, 1986), contestado por diversos membros do clero católico, defende, “segundo ele, à luz da *Bíblia*, da lei, das estatísticas e da razão, a reprimenda máxima. Afirma à p. 108: “o que é mais significativo nisto é que a quase totalidade dos juízes criminais de São Paulo são a favor da pena de morte” (jornal *O Globo*”, de 22.5.61).

Para defender a pena de morte em seu livro, o Reverendíssimo Padre conta com o “prólogo” do ex-presidente do Tribunal de Alçada Criminal e Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Ítalo Galli (que cita publicação do jornal *O Estado de São Paulo*”, de 01.6.86 — p. 22 — onde se vê que nos primeiros cinco meses de 1986 ocorreram, na Grande São Paulo, 2.406 homicídios, 481 por mês, 16 por dia, 1 a cada 90 minutos, além de 42.028 furtos e 18.000

assaltos, sendo que os homicídios aumentaram em 100%.

Sintetizando suas idéias, o Padre Silva afirma: “A pena de morte é o castigo mais enérgico e eficaz de que um governo pode lançar mão, em sua luta contra o crime, para a conservação da ordem e a defesa da sociedade, sempre e quando sua aplicação seja rápida (a Justiça, sem que chegue ao extremo da precipitação, deve ditar logo a sentença) e infalível (ditada a sentença, o criminoso deve ser executado imediatamente)”.

Trinta anos depois da pesquisa citada pelo Padre Emílio Silva com os juízes criminais de São Paulo, a AMB — Associação dos Magistrados Brasileiros, realiza uma pesquisa nacional para conhecer a opinião da classe sobre temas polêmicos, descobrindo que 91,43% dos magistrados entrevistados são contra a pena de morte e 8,57% são a favor (*Jornal do Magistrado* — Ano II, n. 6, Set./91).

Cinco anos depois de publicado o livro do Padre Emílio, que dentre outras coisas

é Decano da Faculdade de Direito da Universidade Gama Filho (RJ), a opinião dos juízes que condenam e apóiam a instituição da pena capital é que: “no Brasil, barbaramente assolado pela fome, miséria e corrupção, deve-se pensar em melhoria de vida e não o inverso”, acrescentando que “ao Estado cabe recuperar o indivíduo e não assassiná-lo em nome de uma falsa segurança social”. (contrários) “ela seria uma alternativa para coibir crimes como o latrocínio, estupro, seqüestro seguido de morte e outros que impliquem em lesões graves e valores fundamentais da sociedade”. (favoráveis)

Em 21.5.91, a Secretaria de Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo, reuniu diversas autoridades de renome nacional para discutir a pena de morte: a maioria dos participantes manifestou posição contrária à pena capital, ressaltando que tal posição não significa tolerância em relação à prática de crimes que traumatizam a opinião pública (*Jornal do Magistrado* — Ano II, n. 5, junho/91).

Passados um ano e meio da pesquisa e declaração dos magistrados e das conclusões da Secretaria de Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo, a *Revista VEJA* n. 1.274, de 10.2.93, tendo feito um questionário a seus leitores e recebidos respostas de 903 deles, constatou que 502 (55,6%), são favoráveis à instituição da pena de morte no Brasil, enquanto 317 (35,1%), são contra.

O que tem levado o cidadão e muitos juristas a pensar e a defender a pena de morte, sem dúvida alguma, é a ineficácia da nossa atual Lei de Execução Penal.

A AMB — Associação dos Magistrados Brasileiros, mais uma vez, acorda cedo para o debate dessa questão, ao realizar, em Joiville-SC, de 25 a 27 de março de 1993, o I Simpósio Nacional sobre Execuções Penais e Privatização dos Presídios, com o objetivo de colher sugestões para a alteração e aperfeiçoamento da legislação das execuções penais e melhoria do sistema penal brasileiro.

Francisco de Paula Xavier Neto, presidente da entidade, diz que “a execução da pena, que cabe ao Judiciário, está completamente divorciada da realidade prisional, que sempre ficou na dependência dos critérios e das conveniências políticas da administração pública” e conclui: “os magistrados não podem ser simples espectadores de uma situação que agride toda a nossa estrutura social, devendo, com a participação desprovida de qualquer egoísmo e com a experiência de cada um, acabar com essa situação caótica, lutando por uma reformulação geral na legislação e por um sistema penitenciário adequado à realidade cultural do país” (*Jornal do Magistrado* — Ano IV, n. 13 — Fev./1993).

Afinal, como está a Execução Penal no Brasil?

A falência da Execução Penal Brasileira justificaria a instituição da pena de morte?

A pena de morte é ou não permitida por Deus?

A pena de morte diminuirá ou não a criminalidade?

2. Resumo histórico das penas

Para começarmos a entender o tema, é necessário algumas explicações sobre o que seja pena: a palavra “pena vem do latim *poena*, derivando do grego *poine* e do sânscrito *punia*, significando dó e lástima (no sentido de ter pena de alguém) e aflição, dor, fadiga e sofrimento (para purificação do homem por má conduta cometida).

Juridicamente falando, “pena” é o sofrimento ou castigo que o Poder Público impõe à pessoa que comete um delito.

Se alguém pratica um crime, deve retribuir essa falta por meio de um sofrimento, diz o primeiro grupo da Escola Clássica. O segundo grupo da

Escola Clássica entende que a pena tem a função social de prevenir crimes e proteger a sociedade (ela intimida os homens para que não pratiquem mais crimes, corrige os culpados, estabelece uma vingança pública e pode fazer com que haja reciprocidade entre o crime praticado e a punição).

As Escolas Ecléticas acham que as penas devem ser, ao mesmo tempo, justas (de acordo com o crime praticado) e útil (impossibilitar a reincidência e recuperar o criminoso).

A Escola Positiva se funda "no materialismo determinista e na negação do livre arbítrio e considera a sociedade como um organismo igual aos outros", entendendo que a pena deve existir como "função preventiva do Estado contra o delito".

Entre os Hebreus, havia penas expiatórias e corporais terríveis contra a idolatria, a blasfêmia pública e as leis religiosas. A pena era pecuniária para os crimes contra a propriedade. Nos crimes de morte, os parentes da vítima tinham direito de matar o assassino. Nos delitos contra o pudor havia pena de morte para o adultério e o estuprador devia casar-se com sua vítima. Na *Bíblia Sagrada*, em Gênesis, 9:6, está escrito "Quem derramar o sangue do homem, pelo homem o seu sangue será derramado; porque Deus fez o homem conforme a sua imagem." Em Êxodo, 21:12 e 14, a *Bíblia* assim diz: "Quem ferir a outro, de modo que este morra, também será morto. Se alguém vier maliciosamente contra o próximo, matando-o a traição, tirá-lo-á até mesmo do meu altar, para que morra." No mesmo Livro, nos cap. 21 e 22, versículos 15 a 17 e 18 e 19, respectivamente, a pena de morte estava prevista para quem raptasse uma pessoa, ferisse ou amaldiçoasse pai e mãe, praticasse a magia ou tivesse relações íntimas com os animais. Em Levítico, 20:10, 13 e 17, também há pena de morte para quem praticasse o adultério, o homossexualismo

ou visse a nudez de sua irmã. No mesmo Livro, no Cap. 24, versículo 17, está dito: "Quem matar a alguém, será morto." No Livro de Levítico, Cap. 35, versículos 30 a 33, as ordens de morte são as mesmas. Em Deuteronômio, 19:11-13, vemos: "Mas se alguém, odiando a seu próximo e lhe armando ciladas, se levantar contra ele e o ferir de modo que venha a morrer, e se acolher a algumas destas cidades, então os anciãos da cidade, mandando tirá-lo dali, o entregarão nas mãos do vingador do sangue, para que morra. O teu olho não terá piedade dele; antes tirarás de Israel o sangue inocente, para que te vá bem." Finalmente, nesse mesmo Livro, no Cap. 32, versículo 30, está dito: "Eu mato, e eu faço viver, eu firo, e eu saro; e não há quem possa livrar alguém de minha mão".

No Egito, a pena de morte (que durante muito tempo foi a única, até que Manes estabeleceu a diversidade e gradação delas conforme os crimes cometidos), remonta à antiguidade.

Na Babilônia, é o Código Sagrado de Hamurabi (o rei, que promulgava as leis era considerado um deus), que estabelecia as penas: de morte, açoite, multa e a de talião.

Na Índia, através do Código de Manu a pena era uma instituição pública imposta pelo rei e era de morte e de expulsão da casta (grupo).

Na Grécia, com Dracon, a única pena era a de morte.

Entres o Romanos, após o julgamento *pater familia*, surgiu a Lei das XII Tábuas, com as seguintes penas: morte, talião, açoites, prisão, desterro, escravidão, privação de cidadania, infâmia, confiscação e multa.

Para os Germânicos concedia-se, até, a faculdade aos grupos familiares, de vingarem os crimes cometidos contra seus parentes.

Beccaria, autor do livro *Dei delitti e delle pena*, que revolucionou o Direito Penal, insurgiu-se contra a atrocidade das

penas da época e o poder ilimitado e discricionário dos governantes na sua aplicação.

Hoje, os Códigos Penais do mundo todo obedecem à algumas normas comuns: a) Só se pune na certeza. Havendo dúvidas, absolve-se; b) passado determinado tempo, o delito não pode mais ser punido (prescrição); c) a fixação da pena deve levar em conta a personalidade do agente, os motivos do crime e as circunstâncias agravantes e atenuantes; d) a lei nova, se beneficia o réu, deve ser a ele aplicada quanto ao crime cometido na vigência da lei velha; e) deve ser respeitado o amplo direito de defesa; f) ninguém, além do Poder Público, pode executar a pena; g) a pena não passa da pessoa do delinquente, salvo nos casos de obrigação de reparar o dano ou de decretação de perdimento de bens, casos em que, ante a morte deste, os herdeiros responderão até o total do patrimônio que receberam de herança; h) o crime deve ser anteriormente definido pela lei.

São estas as penas que existem atualmente em todo o mundo: a) corporais (morte e açoite); b) privativas de liberdade (reclusão, detenção, prisão simples etc...); c) restritivas de liberdade (desterro); d) privativas ou restritivas de direito (proibição de se candidatar a cargos eletivos, assumir cargos públicos, proibição de dirigir, veículo por determinado tempo, limitação de fim de semana, prestação de serviços à comunidade) e e) pecuniárias (multa).

3. História das penas no Brasil

A pena de morte estava nas Ordenações Portuguesas e aqueles que viviam no Brasil, colônia de Portugal, estavam sujeitos a ela.

Proclamada a independência, em 1822, a pena de morte veio figurar no CP do Império em 1830.

Com a proclamação da República, em 1889, e a promulgação do novo CP, em

1890, a pena de morte, no Brasil, foi abolida.

Excepcionalmente, ela figurou na LSN de 1969, para punição do brasileiro que entrasse “em entendimento ou negociação com governo estrangeiro ou seus agentes, a fim de provocar guerra ou atos de hostilidade contra o Brasil, se atos de hostilidade fossem desencadeados”; para punição do brasileiro que tentasse “com ou sem auxílio de estrangeiro, submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou soberania de outro país, ou suprimir ou por em perigo a independência do Brasil”, se a invasão se verificasse, ou para punição do brasileiro que aliciasse “indivíduos de outra nação para que invadam o território brasileiro, seja qual for o motivo ou pretexto”, se a invasão ocorresse.

As Leis de Segurança Nacional de 1978 e de 1983, revogaram a pena de morte, substituindo-a por reclusão.

No entanto, a pena de morte está prevista em nosso CP Militar, no art. 55, *a*, para aplicação somente em tempo de guerra, em alguns casos como os de: traição (art. 355), favorecimento do inimigo (art. 356) e tentativa contra a soberania do Brasil (art. 357).

A atual Constituição Federal também admite a pena de morte, única e exclusivamente nos casos de guerra declarada, ao dispor, em seu art. 5º, inc. XLVII: “Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”.

No mesmo artigo e inciso, nossa CF proíbe mais as seguintes penas: b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

As penalidades previstas em nosso ordenamento jurídico, pela Constituição de 1988 (art. 5º, XLVI), são: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

No Brasil, toda pena está cominada, ou seja, estabelecida, quando se define o

próprio delito: o legislador penal pátrio diz, a cada vez que identifica um fato punível, qual a qualidade e qual a quantidade mínima e máxima da pena a ser aplicada, deixando ao magistrado o poder de dosá-la, obedecendo certas instruções.

Esses sistemas de tabulação das penas sempre existiram, experimentando mutações ao longo dos tempos: em algumas ocasiões o legislador dizia que o fato era punível, sem dizer a qualidade ou a quantidade da pena; em outras, o legislador dizia qual o fato punível e especificava a pena de tal forma que, ao juiz, não cabia qualquer função individualizadora. Num havia indeterminação completa; no outro, determinação absoluta.

Alguns criticam o sistema adotado pelas legislações penais modernas, entendendo que só deveria ser estabelecido o limite máximo da pena, cabendo ao juiz, usando de seu arbítrio, sabedoria jurídica e bom senso, quantificá-la, do zero, a esse limite.

Outros acham que seria conveniente a adoção de um limite mínimo e máximo para todos os crimes (como nos Códigos Alemão e Português), cabendo ao julgador maior flexibilidade na dosagem da pena.

Em nosso país, a pena máxima cominada a um crime, é a privativa de liberdade (reclusão), por 30 anos.

4. O cumprimento das penas privativas de liberdade no Brasil

A CF de nosso país, estabelece em seu art. 5º, inc. LVII e LXI, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória e ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

Isto significa que uma pessoa que nunca antes tenha praticado qualquer tipo de crime (réu primário), mesmo presa em

flagrante (e este ocorre quando a pessoa estava praticando o crime, quando acabou de cometê-lo, quando a autoridade, o ofendido, ou qualquer pessoa, saindo, imediatamente, em sua perseguição, a prende em situação que faça presumir ser ela a autora da infração, ou quando é encontrada logo após, com instrumento, armas, objetos ou papéis, que façam presumir ser ela a autora da infração), poderá, em tese, aguardar seu julgamento em liberdade, pagando ou não fiança e, se condenada, só iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, depois que a sentença transitar em julgado, ou seja, depois que essa pessoa tiver recorrido a todos os Tribunais que lhe são permitidos por lei, que examinarão, novamente, se ela é ou não culpada.

Essa possibilidade das causas serem submetidas a dois graus de jurisdição, é bastante salutar, pois evita possíveis erros judiciários, já que, nos Tribunais, é um grupo de Desembargadores quem reexamina a questão decidida pelo juiz de 1º grau.

A CF, complementada pela Lei 8.072, de 25.7.90 (Lei dos Crimes Hediondos), ante o nível de criminalidade existente em nosso país, previu, também, alguns crimes que são inafiançáveis e que não merecerão anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória.

Esses crimes, cujas penas mínima e máxima foram aumentadas, são: latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo.

Com essa nova legislação, muitos criminosos já não terão possibilidade de aguardar julgamento em liberdade.

Pois bem. Praticado o crime, julgado o réu e transitada em julgado a sentença,

começará ele a cumprir sua pena privativa de liberdade.

É a lei quem estabelece a forma de cumprimento da pena, que pode se dar nos regimes: *fechado*, *semi-aberto* e *aberto*, isto se o réu não for beneficiado com a *suspensão condicional da pena pelo prazo de dois a quatro anos* (apenas para os condenados a penas não superiores a dois anos), ou pela *substituição da pena privativa de liberdade pela de multa* (apenas para os condenados a penas não superiores a seis meses), ou pela *substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito* (prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos ou limitação de fim de semana) e/ou *multa* (apenas para os casos de crimes culposos ou crimes cuja pena seja inferior a seis meses e, em alguns casos, um ano).

Substituída a pena privativa de liberdade pela de multa e, paga esta, a pena está cumprida.

Feita a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, o condenado poderá prestar serviços em escolas, hospitais, casas de caridade etc..., por um determinado período, poderá ficar sem frequentar certo ambiente ou sem dirigir veículos, por exemplo, por certo período e poderá se recolher à Cadeia nos finais de semana por determinado período. Cumprido o período determinado, a pena é dada por cumprida.

Havendo concessão da suspensão condicional da pena, o conhecido *sursis*, o réu fica em observação e proibido de frequentar certos lugares durante dois a quatro anos. Se durante esse período não voltar a delinquir, sua pena será dada por cumprida sem que ele tenha ido à cadeia.

Se tocar ao réu cumprir a pena em regime aberto (para quem, não sendo reincidente, é condenado a até quatro anos), este deverá trabalhar e frequentar cursos que lhe interessem e permitidos por lei, nos horários normais, recolhen-

do-se à Casa dos Albergados no período noturno e nos dias de folga.

Nas Comarcas onde não exista Casa do Albergado, eles poderão cumprir a pena nas Cadeias Públicas, embora a jurisprudência lhes dê o direito de recolher-se ao próprio lar: Admite-se o cumprimento da pena em regime aberto em residência particular, desde que o condenado preencha alguns dos requisitos legais e a comarca não possua casa do albergado (TJMS — DJ n. 3270, de 2.4.92, p/10-11).

Vide RT 644/296, 645/269, 645/283, 648/280, 650/278, 651/271, 652/364, 653/316, 653/377, 654/286, 654/378, 655/294, 655/341, 655/352, 655/373, 656/346, 657/308, 657/349, 657/377, 659/326, 662/281, 664/279, 665/363, 667/345, 668/283, 669/304, 671/351, 674/327, 674/354, 675/390, 675/422, 679/362 e 683/310.

Se tocar ao réu o cumprimento da pena no regime semi-aberto (para quem, não sendo reincidente, é condenado a pena que vai de quatro a oito anos), ele teria que ir para uma Colônia Penal Agrícola (há bem poucas no país), onde trabalharia e frequentaria cursos profissionalizantes.

Finalmente, se tocar ao réu o cumprimento da pena no regime fechado (para quem é condenado a pena superior a oito anos), ele deverá ser recolhido a um Presídio de Segurança Máxima ou Média.

Estando no regime semi-aberto, cumprida um sexto da pena com bom comportamento, mediante exame por Comissão Técnica de Classificação, o réu poderá passar para o regime aberto.

Estando no regime fechado, cumprida um sexto da pena com bom comportamento, mediante exame Criminológico ou por Comissão Técnica de Classificação, o réu poderá passar para o regime semi-aberto.

Finalmente, se o réu for primário e de bons antecedentes, cumprido mais de um terço da pena, ou se ele for reincidente, cumprida mais da metade da pena, o réu poderá, feitos os exames acima citados, conseguir seu Livramento Condicional,

ou seja, cumprirá o restante da pena em liberdade, comparecendo ao Fórum mensal e deixando de frequentar certos lugares.

Ressalte-se que o réu que pratica qualquer um dos chamados crimes hediondos, de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, vai direto para o regime fechado e não tem direito à progressão para os regimes semi-aberto e aberto, só vindo a ter direito ao Livramento Condicional quando cumprir mais de dois terços da pena.

A maioria dos juristas tem entendido ser inconstitucional o art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos), que diz que "a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente no regime fechado".

Cita-se Jaques de Camargo Penteado, Procurador de Justiça (SP), conforme artigo na *RT*, 674/286-288: "Não se pode ignorar que os condenados se emendam no curso da execução penal e, segundo a Lei dos Crimes Hediondos, não poderiam gozar dos benefícios legais — mesmo eliminada a perigosidade — porque praticaram certo tipo de crime genericamente considerado.... O excessivo rigor da norma sob comento, retirando do juiz o poder de administrar a execução da pena, não conta com a adesão da Ciência Jurídica."

Da mesma forma, Márcio Bártoli, Juiz (SP) — *RT*, 684/294-301, não vê útil a nova legislação e diz: "O problema da violência urbana e rural tem raízes profundas no quadro de desigualdade social que atinge a maioria da população. Não se pode imaginar que se vai poder conter a criminalidade, com a promulgação de uma lei com ameaça penal mais dura, que impõe, como esta, p. ex., um regime integralmente fechado para cumprimento da pena e a impossibilidade de liberdade provisória, a réus provenientes de uma sociedade terceiro-mundista, que enfrenta graves problemas estruturais, como fome, falta de educação, etc, sem se transitar,

antes, pelo caminho tido para muitos, como inóspito, para outros, como cansativo e repetitivo, mas de inarredável presença: o da mais justa distribuição de riqueza."

Deve ser esclarecido, também, que assim como o réu progride de regime (do fechado para o semi-aberto e do semi-aberto para o aberto), não mantendo bom comportamento, ou praticando falta grave, haverá a regressão do regime, na mesma forma.

A jurisprudência já vem admitindo, tanto a regressão, como a progressão, esta em casos excepcionais, por saltos: "Tratando-se de regime prisional de cumprimento de pena, em regra, é inadmissível a chamada "progressão por saltos", ou seja, o condenado não pode ser transferido do regime fechado para o aberto, diretamente, sem passar pelo semi-aberto. Todavia, tendo-se em consideração a especial situação do condenado de único responsável pelo sustento da família, sendo que sua transferência para estabelecimento prisional de regime semi-aberto, distante da Comarca, importaria continuidade da situação de penúria a que exposta aquela durante seu encarceramento, admite-se, excepcionalmente, tal providência, se a intensidade do dolo, a reduzida expressão do delito e as condições pessoais do condenado, assim o permitirem." (*RT* 654/288)

Um outro instituto que beneficia o presidiário é o da remição. Se ele tem bom comportamento, poderá trabalhar na cadeia (limpeza, cozinha, horta, granja, etc...). Cada três dias de trabalho, lhe diminui um dia de pena.

5. É válida a lei de execução penal do Brasil?

Essa nova forma de cumprimento da pena surgiu com a Reforma Penal de 1984, cujos objetivos são a reeducação e ressocialização do delinqüente, graças à chamada "humanização da pena".

A reforma penal de 1984 trouxe a possibilidade da humanização das penas, tanto ao adotar regimes prisionais e as penas restritivas de direito, como ao editar a Lei de Execução Penal, ante flagrantes contradições entre a cominação e aplicação da pena e sua execução.

Mas só um sistema de leis não é suficiente. A execução penal é uma atividade complexa que deve ser desenvolvida não só no plano jurisdicional, à luz do Direito Penal e do Direitos Processual Penal, mas, também, no plano administrativo, com o a participação do Poder Executivo.

1. "A execução penal é uma atividade complexa, que se desenvolve nos planos jurisdicional e administrativo. 2. Há autonomia científica, jurídica e legislativa do Direito Penitenciário. 3. No Brasil são relativamente antigas a idéia e os estudos para conceder a autonomia legislativa do Direito Penitenciário. 4. Diante da Lei de Execução Penal, mais apropriado é falar em um Direito de Execução Penal do que usar a denominação mais restrita de Direito Penitenciário. 5. O objeto do Direito Penitenciário (ou Direito de Execução Penal), diante de algumas flagrantes contradições entre a cominação e a aplicação da pena e a sua execução, dirigiu-se ao estudo do desenvolvimento de meios e métodos para a execução da pena como defesa social e ressocialização do condenado. 6. A Lei de Execução Penal adotou os postulados da Nova Defesa Social, aliando a esta a prevenção criminal e a humanização da Execução da Pena e afastando o "tratamento reformador, na esteira das mais recentes legislações a respeito da matéria" (Júlio Fabbrini Mirabete, em *Execução Penal — Comentários à Lei 7.210, de 11-7-84*, 2 ed., S. Paulo, Atlas, 1988, p. 42).

E, nesse aspecto, tudo está a desejar. Nossos estabelecimentos penais não são suficientes para atender a demanda. Os que existem não têm as mínimas condições de atender ao recluso de forma

adequada à moderna política criminal. Alia-se a tudo isto a falta de pessoal tecnicamente treinado e especializado, a falta de casas de albergados e a não complementação da lei.

Vale lembrar trecho de artigo publicado pela RT 664/239-249, de autoria do Professor Renê Ariel Dotti: "Bem a propósito convém transcrever o art. 203, e §§ da Lei de Execução Penal:

"No prazo de seis meses, a contar da publicação desta lei, serão editadas as normas complementares ou regulamentares, necessárias à eficácia dos dispositivos não auto-aplicáveis.

§ 1.o Dentro do mesmo prazo, deverão as unidades federativas, em convênio com o Ministério da Justiça, projetar a adaptação, construção e equipamento de estabelecimentos e serviços penais previstos nesta lei.

§ 2.o Também, no mesmo prazo, deverá ser providenciada a aquisição ou desapropriação de prédios para instalação de casas de albergados.

§ 3.o O prazo a que se refere o *caput* deste artigo poderá ser ampliado, por ato do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, mediante justificada solicitação, instruída com os projetos de reforma ou de construção de estabelecimentos.

§ 4.o O descumprimento injustificado dos deveres estabelecidos para as unidades federativas implicará na suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinada pela União, para atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança."

Como é do conhecimento geral, tais iniciativas não se materializaram e a crise da execução penal mantém vícios intoléráveis à dignidade humana.

O exemplo mais eloquente nos vem da *inconstitucionalidade por omissão* decorrente do não cumprimento de textos claros da Carta Política de 25.3.1824. O entusiasmo e a esperança do constituinte imperial, consignaram dois dispositivos

da maior importância e de indiscutível oportunidade atual:

“Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases de Justiça e Equidade.

.....

As Cadêas serão seguras e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réos, conforme suas circunstâncias e natureza dos crimes. (art. 179, §§ XVIII e XXI)”

Graças a esse estado de coisas, os juízes das Varas das Execuções Penais têm que criar, diariamente, meios de execução de penas que possam obter sucesso ante a estrutura carcerária existente no país.

E mais: os Tribunais de todo o país têm que se curvar à inércia do Estado, ora dando decisões que às vezes levam à impunidade, ora dando decisões que levam a um rigor maior que o previsto na lei: “Julgados dos Tribunais, reiteradamente tem decidido dessa forma, acentuando a impossibilidade do cumprimento integral da Lei de Execução Penal, pela mais completa negligência do Estado, que não se interessa pela construção de presídios, impossibilitando o cumprimento da pena em estágios, ocasionando a denominada “promoção por salto”, passando o condenado do regime fechado diretamente à prisão domiciliar. Mas em contrapartida cresce, em proporção, o número de decisões afirmando que à falta de estabelecimento semi-aberto deve o condenado permanecer no regime fechado, suprimindo-lhe inarredável direito à progressão.” (RT 684/294-301, Juiz Márcio Bártoli).

Mas a solução seria fazer com que a lei de humanização da pena, reeducação e ressocialização do criminoso funcione, ou seria tirar a vida destes?

Vejamos o que pensa um famoso jurista da atualidade sobre o atual sistema de Execução da Pena:

“A edição da Lei de Execução Penal constitui notável avanço na cultura jurí-

dico-penal do país. Já há muito tempo, países da mesma cultura e civilização do Brasil publicaram a sua lei penitenciária. Na verdade, houve várias tentativas de eminentes juristas para dotarem o Brasil de um código penitenciário, como o Projeto de 1933 e os Anteprojetos de 1957, 1963 e 1970.... Em consonância com a citada concepção inicia-se agora a ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Cívís e Políticos, cujo art. 10, em seus itens 1 e 3 dispõem: “1. Toda pessoa privada de liberdade será tratada humanamente e com o devido respeito à dignidade inerente ao ser humano; 3. O regime penitenciário consistirá num tratamento, cuja finalidade essencial será a reeducação e a reinserção social dos condenados.” Nada obstante, há manifestação de oposição à eficácia da Lei Penitenciária. Essa resistência parte dos defensores do *status quo* que advogam a permanência da política penal repressiva, cujo hermetismo não se abre à legislação positiva da ONU e ao direito comparado. A essa reação de hostilidade e desconfiança denomina Mannheim de paroquialismo provincial, que se opõe aos compromissos internacionais, como obstáculo ao regime democrático e ao progresso científico... Não procede, pois, a oposição à vigência da Lei de Execução Penal, que está de acordo com a doutrina da ONU e a legislação comparada, e adequada à realidade sócio-econômica da Nação. *Trata-se de moderno instrumento jurídico, cujo objetivo consiste na ressocialização do delinqüente, contenção do crime e sua prevenção, bem como na proteção da sociedade, “o que hoje é mais importante do que nunca numa sociedade de massas, em que periga a existência do homem”* (Jescheck) “grifo nosso” — (Jason Albergaria, em Comentários à Lei de Execução Penal, 1.a ed., RJ, AIDE, 1987, p. 5-7).

O atual sistema não funciona sem a participação dos Poderes Judiciário e Executivo, em ação conjunta, nem se a

efetiva colaboração e aceitação da comunidade: "A execução da pena é realmente uma atividade complexa, que hoje se desenvolve não só no plano jurisdicional e administrativo, mas também no social, pois não se pode prescindir da cooperação da comunidade no cumprimento e fiscalização das condições impostas no *sursis*, assim como nas penas restritivas de direitos, mormente prestação de serviços à comunidade e limitação do fim de semana (CP, art. 43, I e II). Se o cumprimento da pena de prisão tem encontrado sérias dificuldades por inexistência de presídios, superpopulação carcerária e falta de estabelecimentos adequados para a aplicação dos três sistemas (fechado, semi-aberto e aberto), também por parte da comunidade tem havido certa resistência em cooperar, pois as entidades que poderiam dar o devido apoio, em regra, não confiam no condenado e tampouco manifestam interesse em sua recuperação." (Paulo Lúcio Nogueira, em *Comentários à Lei de Execução Penal — Lei n. 7.210 de 11.7.1984*, 1.a ed., S. Paulo, Saraiva, 1990, p. 4).

6. A quantas anda a tão falada ressocialização do delinqüente?

César Roberto Bittencourt, em artigo publicado na RT 670/241/253, fala sobre "A falência da pena de prisão", abordando o assunto "em função da pena, tal e como hoje se cumpre e se executa, com os estabelecimentos penitenciários que temos, com a infra-estrutura e dotação que dispomos, nas circunstâncias e na sociedade atuais", destacando: "... atualmente predomina uma certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise."

O jurista, Doutorado em Direito Penal na Universidade de Sevilha, Espanha, Professor de Direito Penal da PUC e Promotor no Rio Grande do Sul, cita os motivos dessa falência:

a) o ambiente carcerário é um meio artificial antinatural que não permite realizar nenhum trabalho reabilitador sobre o recluso;

b) as condições materiais e humanas, na maior parte das prisões do mundo, tornam inalcançável o objetivo reabilitador;

c) o encarceramento produz alguns efeitos que não permitem ao condenado conservar o equilíbrio psíquico e a saúde mental, havendo vários tipos de reações, como irritação e delírios, volta à infância, síndrome da farsa, depressão e suicídios;

d) elevados índices de reincidência;

e) o encarcerado perde o conceito que tem de si mesmo, na medida em que há uma completa desconexão entre a vida que leva na prisão e a vida exterior;

f) a prisão, ao invés de freiar a delinqüência, parece estimulá-la e isso ocorre porque, nelas, as instalações não têm níveis aceitáveis, gerando doenças; porque a mentira impera e há troca das experiências criminosas e porque há uma enorme desadaptação que dificulta a reinserção social do delinqüente.

g) a prisão é uma instituição total, absorvente, que transforma o interno em um ser passivo, humilhado, dependente e submisso, violando e anulando totalmente sua intimidade.

Pedro Madalena, Juiz de Direito em Santa Catarina, em artigo na RT 651/383-385 também fala da ineficácia da Lei de Execução Penal, por culpa do Governo Federal e, propondo a administração dos presídios pelo Poder Judiciário, enfatiza: "Dada a falta de infra-estrutura nos presídios... os egressos levam consigo diplomas, na maioria dos casos de: a) marginais; b) vadios, c) toxicômanos, d) pederastas, e) pobre, f) analfabetos, g) relegados sociais etc..."

A opinião geral, então, é que a ressocialização do delinqüente, com a infraestrutura atual do Sistema Penitenciário Brasileiro, está difícil.

Não havendo a ressocialização, mais difícil fica a readaptação do delinqüente na comunidade.

Tais dificuldades, que não são culpa exclusiva dele, delinqüente, aliadas às dificuldades normais porque passa nosso Brasil de ontem e de sempre, via de regra, acabam levando à reincidência. "Nos Estados Unidos as cifras de reincidência oscilam entre 40 e 80%... Na Espanha, o percentual médio de reincidência entre 1957 e 1973 foi de 60,3%. Na Costa Rica, mais recentemente, foi encontrado o percentual de 48% de reincidência. Porém, de um modo geral, os países latino-americanos não apresentam índices estatísticos confiáveis (quando não inexistentes)..." (César Roberto Bittencourt, *RT* 670/246).

Como vemos, os índices não são animadores.

Mas, em que pese isto, há índices de recuperação. Menores, mas há. E são estes índices que nos animam a lutar pela modificação do estado de coisas do país, nunca regredindo (retomando as penas cruéis, como a pena de morte), mas sempre indo à frente, permitindo a plena colocação em prática da Lei de Execução Penal.

Não há que se falar em mudar um sistema de execução penal moderno que já existe em nosso país.

Há que se falar em fazê-lo funcionar, atê privativando alternativas, como, p. ex., a privatização dos presídios.

Há que se falar em aplicação de verbas, em participação efetiva da comunidade como um todo, enfim, de envolvimento responsável de todos nós.

A questão fica bem estabelecida, mais uma vez, por César Roberto Bittencourt, na *RT* 662/254-255: "Em matéria de ressocialização não podem existir receitas definitivas, mas deve-se trabalhar somen-

te com simples hipóteses do trabalho. O problema da ressocialização não pode ser resolvido com formas simplistas. Se tudo for simples, incluídas as soluções, certamente os resultados serão absolutamente insatisfatórios. A finalidade ressocializadora não é a única e nem mesmo a principal finalidade da pena. Em realidade, a ressocialização é uma das finalidades que deve ser perseguida na medida do possível. Assim como não aceito como conveniente o rechaço puro e simples do objetivo ressocializador, também não vejo como possível pretender que a readaptação social seja uma responsabilidade exclusiva das disciplinas penais, visto que isto suporia ignorar o sentido da vida e a verdadeira função das referidas disciplinas. Não se pode atribuir às disciplinas penais a responsabilidade de conseguir a completa ressocialização do delinqüente, ignorando a existência de outros programas e meios de controle social de que o Estado e a sociedade devem dispor com objetivo socializador, como são a família, a escola, a igreja, etc... A readaptação social abrange uma problemática que transcende os aspectos puramente penal e penitenciário. Na busca da correção ou da readaptação do delinqüente, não se pode olvidar que estes objetivos devem subordinar-se à Justiça. Este conceito é necessário dentro de qualquer relação e não deve interpretar-se sob um ponto de vista estritamente individual. Modernamente somente se concebe o esforço ressocializador como uma faculdade que se oferece ao delinqüente para que, livremente, ajude a si próprio. Acabar com a delinqüência completamente e para sempre é uma pretensão utópica, posto que marginalização e a dissidência são inerentes ao homem e o acompanharão até o fim da aventura humana na Terra. No entanto, essa circunstância não libera a sociedade do compromisso que tem frente ao delinqüente. Da mesma forma que este é co-responsável pelo bem-estar social de

toda a comunidade, esta não pode desobrigar-se de sua responsabilidade pelo destino daquele.”

O anseio, hoje, dos juristas, não é a regressão, mas sim o aprimoramento do sistema e, aqui, vai mais um testemunho, desta feita de Oswaldo Henrique Duek Marques, Promotor de Justiça em São Paulo, lançado no artigo intitulado “Sistema Penal para o Terceiro Milênio”, publicado na *RT* 663/390-392: “A execução da pena privativa de liberdade apóia-se no respeito aos Direitos do Homem. As regras mínimas de tratamento do preso, estabelecidas no Congresso das Nações Unidas para Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, em 1955, não podem, em nenhuma hipótese, ser derogadas, independente das circunstâncias e do regime político vigente, como assinalou Pierre-Henri Bolli. A noção de tratamento do preso segundo o mesmo autor, conduz a um duplo significado. Em primeiro lugar, vem a ser uma noção de nível constitucional, com base nos fundamentos da salvaguarda dos Direitos do Homem, evitando-se os tratamentos desumanos e degradantes. Em segundo lugar, o tratamento compreende uma ação tendente a uma orientação psicológica e social dos detentos, visando a sua ressocialização. Sob estas noções devem estar baseados os regimes penitenciários modernos.”

7. O que pensam os juristas sobre a pena de morte

Não sei o que ele diria se estivesse vivo hoje (morreu em 1969). No entanto, em maio de 1951, ao realizar uma conferência na Faculdade de Direito de Belo Horizonte, Minas Gerais, o saudoso e renomado mestre do Direito Penal Nelson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, 1/373-375, t. II, 6.^a ed., Forense, 1983), foi bastante claro: “Toda a evolução do direito penal subverte-se,

de chofre, com a adoção da pena de morte. Todo o acurado esforço da política penal no sentido da reassimilação social do delinquente é renegado, e substituído por um sinistro espetáculo de matança. Ao invés da plástica da alma humana ou da refinada *técnica de regeneração*, uma triste *magarefada*, uma repulsiva cena de sangue ou um lúgubre método de matar. Ao invés de processos ortopsíquicos que tornem possível, ainda que um *minimum* de adaptação social nos mais endurecidos criminosos, a guilhotina, a cadeira elétrica, a força, o fuzilamento, o machado do carnífice, os gases tóxicos nas câmaras de morte. A pena capital é tudo quanto há de mais antiestético..... Por outro lado, não se pode dizer que haja criminosos incorrigíveis. O que há são criminosos incorrigidos, isto é, irredutíveis aos meios de correção até agora conhecidos, é o que já acentuava, há 50 anos, *Concepcion Arenal*, no Congresso Penitenciário de São Petesburgo. A persistente inafeiçãoabilidade social de alguns delinquentes é apenas o atestado da insuficiência dos vigentes processos correicionais. Não se pode jamais perder a esperança de transformar um criminoso inveterado num elemento útil à sociedade.... Dentre todas as objeções que se formulam à pena de morte, uma é, positivamente, intransponível: é a que concerne ao seu caráter absoluto, tornando impossível a reparação de um possível erro judiciário.”

E. Magalhães Noronha, célebre jurista da atualidade, ao dissertar sobre o assunto na *Enciclopédia Saraiva do Direito* (vol. 57/434-436), também se mostra contrário à sua instituição: “... por certo se surpreender-se-iam os advogados da eliminação da vida do delinquente, se examinassem dados estatísticos, como v.g. apresenta Sutherland, em *Princípios de Criminologia*. Aponta o eminente criminólogo norte-americano fatos como estes: a taxa de homicídios nos Estados que autorizam a pena de morte é o dobro

da apresentada pelos que a aboliram, verificando-se o mesmo, embora com menor diferença, em Estados vizinhos ou da mesma região; que nas circunscrições territoriais que a aboliram não se verificou qualquer aumento de criminalidade; finalmente, que na própria Europa, o número de homicídios é menor nos países que não adotam esse meio repressivo... Em nações européias e províncias dos Estados Unidos da América do Norte, juízes e jurados vacilam diante da eliminação da vida humana, decidindo-se pela absolvição toda vez que a pena extrema é a única aplicável, conforme testemunho ainda de outro criminólogo americano, Parmelee.... E que efeitos teria ela entre nós? Esquecem ou ignoram os que a propugnam que o Brasil, desde seu descobrimento, até a Lei de 20.9.1890, i. e., durante 390 anos, contou-a entre suas penas. E não sabemos que maravilhosos efeitos lhe podem ser atribuídos.... Aliás, a tendência geral é para aboli-la, como ocorreu na Alemanha Ocidental. Na tradicionalista Inglaterra, a Lei de 9.11.65, também a aboliu pelo prazo de cinco anos, findos os quais poderia continuar interdita ou restabelecida por nova lei e, ao que sabemos, não voltou a vigorar. Aliás, na Europa Ocidental, poucos são os Códigos que adotam essa pena.... Honra seja feita a Portugal que já comemorou, com grandes celebrações, o centenário de sua abolição."

Júlio Fabbrini Mirabete (*Manual de Direito Penal*, S. Paulo, Atlas, 1991, p. 237), também se demonstra contrário: "A difusão do pensamento humanista faz a opinião pública considerar a pena de morte como inútil e odiosa. O caráter inviolável da vida humana se opõe a ela."

Evandro Lins e Silva (*A Defesa Tem a Palavra*, 1.ª ed., Aidê, RJ, 1980), enfatiza o perigo do erro judiciário se instituída a pena de morte: "Esses erros são muito mais numerosos do que se supõe. Lailer e Vonoven, no livro citado, catalogam nada menos de noventa e

cinco inocentes, muitos desses erros reconhecidos oficialmente... Cada erro teve sua razão, mas a sua verificação posterior não restituiu a vida ao condenado à morte, nem recolocou na existência do condenado à pena de prisão a liberdade que lhe foi tirada por algum ou muito tempo."

Francisco de Paula Xavier Neto, atual presidente da AMB — Associação dos Magistrados Brasileiros, também se manifesta contra a pena capital (*Jornal do Magistado* — Ano IV, n. 13 — fevereiro de 1983): "É verdade que assassinatos bárbaros, envolvendo crianças inocentes e personalidades famosas, divulgados, diariamente, em cadeias nacionais de televisão, nos jornais e rádios em todo o País, reacendem a polêmica, prevalecendo a justa dor, a repulsa, o instinto e a emoção, sobre a própria razão. No Brasil, na prática, desde 1855, quando foi condenado à morte e enforcado o inocente Manuel Mota Coqueiro, a pena capital caiu em desuso... É comum, no Brasil, por mais graves e desastrosas que sejam as conseqüências, tentar-se resolver nossos angustiantes problemas, com soluções simplistas ou casuístas, sem um estudo mais profundo sobre suas verdadeiras causas... Com relação à pena de morte, também não será ela que garantirá a segurança do cidadão. A raiz da criminalidade em alta está, de um lado, na grave injustiça social, que campeia no País, e de outro, na impunidade... que decorre, sobretudo, da falta de estrutura material e humana."

Cesare Beccaria, que revolucionou o Direito Penal, rechaça a pena de morte, dizendo (*Dos delitos e das penas* — p. 45 a 51): "A pena de morte, pois, não se apóia em nenhum direito. É guerra que se declara a um cidadão pelo país, que considera necessária ou útil a eliminação desse cidadão. Se eu provar, contudo, que a morte nada tem de útil ou de necessário, ganharei a causa da humanidade... A experiência de todos os séculos

demonstra que a pena de morte jamais deveu celerados com a firme determinação de praticar o mal. Essa verdade está assente no exemplo dos romanos e nos vinte e um anos em que reinou a imperatriz da Rússia, a benfeitora Isabel, que forneceu aos chefes dos povos uma lição mais ilustre do que todas as mais brilhantes conquistas que a nação apenas alcança ao preço do sangue de seus filhos... O espetáculo atroz, porém, momentâneo, da morte de um criminoso, é um freio menos poderosos para o crime, do que o exemplo de um homem a quem se tira a sua liberdade... essa idéia étrica causaria mais assombro aos espíritos do que o temor da morte, que se antevê apenas um momento, numa obscura distância que diminui o seu horror... Uma pena para ser justa, precisa ter apenas o grau de rigor suficiente para afastar os homens da senda do crime. Ora, não existe homem que hesite entre o crime, apesar das negativas que este enseje, e o risco de perder para sempre a liberdade.”

Numa demonstração de que a pena capital não pode ser instituída em nosso país, recentemente, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em seu Boletim (Ano I, n. 1), emitiu um *manifesto contra a pena de morte*, do qual citaremos alguns trechos: “O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais vem à público manifestar seu repúdio contra a tentativa de adoção da pena de morte no Brasil... Não se compadece com os mais mezesinhos princípios da dignidade humana a execução oficial da pena capital, que é a instituição da violência do Estado... A pena de morte não tem efeito intimidativo. O exemplo dos países que a adotaram revela e com eloquência — o fracasso deste tipo de punição... A pena de morte para os crimes dos pobres — enquanto ficam impunes as violências que em grande medida os geram — traduz uma iníqua, profundamente injusta e distorcida visão da realidade. É, na verdade, uma forma de se eliminar os que, marginaliza-

dos por um sistema que concentra riquezas e difunde miséria, nasceram na desgraça do abandono.”

Vincenzo Manzini, criminalista moderno que escreveu *Trattato di Diritto Penale*, assim se expressa: “A pretensão inutilidade da pena de morte é um absurdo evidente, porque, admitindo a ineficácia dessa pena, dever-se-ia, necessariamente, reconhecer a inanidade de todas as penas, para abolir a delinquência. A pena de morte é útil como prevenção, porque tem a máxima força intimidativa, o que é demonstrado pela experiência. Quem tem a prática dos piores delinquentes não ignora como eles são calculadores, meticolosos e precisos das consequências dos seus crimes; e ninguém virá negar que a previsão da pena de morte constitua um motivo inibitório tão desprezível.”

No Brasil, Ítalo Galli, ex-presidente do TACrim e Desembargador aposentado do TJESP é um dos juristas que defendem a pena de morte: “Os crimes mais bárbaros são praticados com requintes de perversidade, revelando uma insensibilidade moral semelhante à dos brutos. Os bairros, outrora tranqüilos, apresentam-se com as casas cercadas de grades, veladas durante a noite, com guardas particulares. Inverteram-se as posições: as pessoas enjauladas e as “feras” soltas, à espreita...”

Arduoso defensor da pena de morte, que prefere chamar de “pena de antecipação da morte”, o advogado de Curitiba, Paraná, José Viana Bonfim, escreveu um livro a respeito do tema (*Pena de Antecipação da Morte* — medida de defesa social de antecipação da morte e outros temas), onde, inclusive, faz propostas legislativas para a instituição da pena capital no Brasil. Em seu livro, Bonfim procura descrever os aspectos positivos da pena capital e desfilia crimes e criminosos terríveis pelas suas páginas. Vejamos uma pequena síntese do que ele pensa: “No atual estágio da sociedade brasileira a legislação penal sem a pena

de antecipação da morte, é o direito sem força, assemelha-se ao General sem tropa, intimida somente os inofensivos e os fracos, os que necessitam de sua proteção... A antecipação da morte, aplicada aos que se revelam irrecuperáveis, se dentro da lei, será sempre justa; injusta será sempre a morte de inocentes pelas mãos dos desalmados, quando a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a nossa Carta Magna a todos asseguram o direito à vida... Opor-se à pena de morte sob o argumento do risco de erro judiciário, é revelar que confia mais nos malfetores a ela sujeitos, que nas pessoas dignas que o julgarão."

Certamente, se assim o quiséssemos, fariamos desfilar por estas páginas outros juristas brasileiros e de outros países, favoráveis à pena capital.

Já deu para perceber, com a exposição acima, porém, que a maioria dos juristas são contrários à pena de morte.

8. O que pensam os religiosos sobre a pena de morte

Segundo o Padre Emílio Silva, no seu livro, já citado (p. 17 a 20), "a tradição cristã é praticamente unânime no reconhecimento da licitude moral da pena de morte": "É tão claro e peremptório o Magistério da Igreja a respeito da licitude da Pena de Morte, que já no séc. XVII o famoso moralista bávaro Sporer a dava como de fé católica: *Licetum est occidere malefactores Certum da fide*. E outro moderno teólogo, também alemão, na mesma linha dogmática de Sporer, logo para fazer constar que as legislações de todos os povos estão de acordo em outorgar ao poder soberano o direito de punir com a morte os crimes da pior espécie — acrescenta — nenhum teólogo católico negará aos soberanos este direito. Com plena convicção dogmática, H. Lio assevera terminante: "Não é lícito a um católico sustentar que a pena capital é intrinsecamente imoral". Não é exagero acrescentar que a tradição protestante,

desde os chefes da Reforma, Lutero e Calvino, até anos mui recentes, foi unânime na adoção da pena de morte como lícita e plenamente justificada. Agora, a teologia protestante está cindida neste problema. Enquanto alguns como Athaus e Kunneth de todo convencidos de que o Estado como vingador da ordem jurídica e portador de divina autoridade tem o perfeito direito de castigar os criminosos, Karl Barth, pelo contrário, julga que tirar a vida a um semelhante 'ainda em caso de própria defesa', é ilícito.

O Padre Silva embasa em alguns textos do Novo Testamento a autorização de Deus à instituição da pena de morte:

"Não penseis que vim para revogar a lei... não vim para revogar, vim para cumprir... Ouvistes o que foi dito aos antigos: *Não matarás* e: Quem matar estará sujeito a julgamento" (Mateus, 5:17 e 21).

"Mete no seu lugar a tua espada, porque todos os que lançarem mão da espada, à espada morrerão" (Jesus a Pedro, em Mateus, 26:51-52).

"Nenhuma autoridade terias contra mim, se de cima não te fosse dada" (Jesus a Pilatos — João, 19:11).

"... se alguém matar à espada, necessário é que seja morto à espada..." (Apocalipse, 13:10).

"... porque não é sem motivo que ele traz a espada; pois é ministro de Deus, vingador, para castigar o que pratica o mal" (Romanos, 13:4).

Separados três artigos do *Jornal Batista*, um de Antonio Ribeiro da Costa, crente Batista residente em Manaus, AM, outro de Genival Costa e Silva, professor de grego e exégese bíblica do Seminário Teológico Batista de Teresina e o outro de um Pastor (assinou com o pseudônimo de Isaque Bergson), residente no Rio de Janeiro, vê-se que há muitos defensores da pena capital entre os protestantes.

O primeiro artigo, intitulado "Pena de Morte, Instituição Divida", após dar bases bíblicas do Velho Testamento para justificar a sua adoção, separa, além dos textos citados pelo Padre Emílio Silva, mais os

seguintes trechos do Novo Testamento: “Se fiz algum agravo e cometi alguma coisa, digna de morte, não recuso morrer” (Paulo, em Atos 25:11). “Nós na verdade, com justiça, porque recebemos o castigo que os nossos atos merecem, mas este nenhum mal fez” (O Ladrão perdoado por Jesus, ao outro — Lucas, 23:41).

Certo é que há muitos papas, bispos, padres e pastores, bem como católicos e evangélicos praticantes, que foram contrários à pena de morte.

No entanto, havemos que dar razão ao Padre Silva: a Igreja a tem tolerado em muitos países e até a usou em tempos idos.

Vale lembrarmos, aqui, a *Inquisição*, que foi uma instituição eclesiástica das sociedades cristãs do passado (época de Constantino e Idade Média — séc. XVII e XVIII), criada para combater as heresias, tidas não só como um erro de fé, mas também como um elemento de desagregação da sociedade.

Embora quase todos os padres condenassem o castigo corporal, os heréticos eram punidos, freqüentemente, com a pena de morte.

A Igreja Católica, num primeiro momento, tentou cercear os arbítrios dos príncipes mais devotos e dos reis rebelados contra o papado, para evitar execuções precipitadas, mas o Papa Inocêncio III acabou por aprovar as regras franciscanas e encorajar as atividades da nascente ordem dominicana.

Devido aos costumes violentos da época, a Inquisição tornou-se um instrumento de polícia e de terror.

A tortura era empregada para a confissão das heresias e os que perseveravam nela eram julgados e condenados por um júri numeroso (de início os Bispos estavam incumbidos da Inquisição, mas depois tais funções foram estendidas a delegados da Santa Sé — Concílio de Toulouse, 1229 — normalmente religiosos das ordens mendicantes, dominicanos e franciscanos).

As Assembléias de julgamento eram públicas e solenes e os condenados à morte eram queimados vivos.

Na Espanha, quando ela foi instituída, em 1479, houve procedimentos sumários (que não deixaram de provocar protestos do papado), onde eram condenados judeus convertidos, muçulmanos e protestantes.

Em Portugal a Inquisição foi instituída em 1531, por D. João III, autorizado por uma bula papal. Nesse país, o movimento atingiu seu maior rigor a partir de 1539, quando o Cardeal Don Henrique, futuro rei, foi nomeado Inquisitor-mór.

No Brasil nunca houve o estabelecimento da Inquisição, mas sim visitasções (1531 e 1618), de comitivas inquisitórias compostas por um visitador, um notário e um meirinho. Os visitadores recebiam denúncias secretas e obtinham confissões mediante tortura, julgando, condenando e aplicando as penalidades.

Estima-se que em Portugal e no Brasil, durante os trezentos anos em que existiu, a Inquisição julgou entre 25.000 a 35.000 pessoas, das quais cerca de 15.000 foram condenadas à morte.

A Inquisição só foi abolida na Espanha e em Portugal, no séc. XIX.

Os crimes dos heréticos eram as práticas judaicas, maometanas ou luteranas, feitiçarias ou sacrilégios, bigamia e sodomia.

9. Pena de morte: Deus não a admite! Os homens não a querem!

A instituição da pena de morte no Brasil e em qualquer outro país do mundo não é salutar.

Enganam-se aqueles que acham que há base bíblica para sua instituição.

No Velho Testamento, é claro, sob o império da LEI, vemos que o ordenamento jurídico inspirado por Deus a Moisés, a impingia.

Porém, se lermos com atenção o cap. 4 do Livro de Gênesis, veremos que a

pena de morte não é da vontade de Deus. Vemos ali, no versículo 8, que Caim mata Abel, não se auto-dominando, como lhe ordenara Deus no versículo 7. E qual foi a pena que lhe aplicou Deus. Certamente não foi a pena de morte, ainda que Caim a desejasse. Pelo contrário, Deus até protegeu Caim dessa pena: "E pôs o Senhor um sinal em Caim para que o não ferisse de morte quem quer que o encontrasse" (Versículo 15).

Hoje já temos o Novo Testamento. Estamos no tempo da *Graça* e, seguramente, não há ordem ou aceitação de Deus para a pena de morte.

Se lermos com atenção todo o Novo Testamento, não vamos encontrar um servo de Deus, sequer um, matando alguém.

É claro que há alusões à pena de morte, como dizem os que a defendem à luz da Bíblia. Isso ocorre porque Jesus, Paulo, Pedro e o ladrão da cruz, viviam numa época em que existia a pena de morte. Logo, quando Paulo diz que se sujeita a ela, é como se alguém dissesse, hoje, que está disposto a ir para a prisão, ou pagar uma multa. Da mesma forma, quando Cristo diz a Pedro que não deve usar a espada, quer proteger seu apóstolo da pena de morte que existia na época.

Mais do que nunca, o sexto mandamento deve ser obedecido: "Não matarás" (*Êxodo*, 20:13), porque confirmado no Novo Testamento: "Porquanto, aquele que disse, não adulterarás, também ordenou: Não matarás. Ora, se não adulteras, porém, matas, vens a ser o transgressor da lei" (Tiago, 2:11).

"Pois isto: Não adulterarás, não matarás, não furtarás, não cobiçarás, e, se há qualquer outro mandamento, tudo nesta palavra se resume: Amarás ao teu próximo como a ti mesmo" (Romanos, 13:9).

Não podemos correr o risco de estabelecer a nossa própria justiça, esquecendo-se da que vem de Deus: "Porquanto, desconhecendo a justiça de Deus, e

procurando estabelecer a sua própria, não se sujeitaram à que vem de Deus" (Romanos, 10:3).

Esse Deus que disse: "Não temais, pois! Bem mais valeis vós do que muitos pardais" (Mateus, 10:31), sem dúvida alguma não pode querer que a pena de morte seja implantada.

Aliás, para que matar fisicamente um criminoso, se ele "está morto em seus delitos e pecados" (*Efésios*, 2:1) e se "nenhuma condenação há para os que estão em Cristo Jesus (Romanos, 8:1)?

Se eu, como cristão, for favorável à pena de morte, estarei negando que Deus transforma e perdoa.

Quantos testemunhos de ex-criminosos transformados pelo poder maravilhoso de Jesus nós já não vimos? "E assim, se alguém está em Cristo, é nova criatura: as cousas antigas já passaram; eis que se fizeram novas." (II Coríntios, 5:17).

Se eu, como cristão, for favorável à pena de morte, estarei me esquecendo do que disse Estevão (Atos, 7:60), "Senhor, não lhes imputes este pecado", ou o que disse o próprio Cristo (Lucas, 23:34), "Pai, perdoa-lhes, porque não sabem o que fazem".

Se eu, como cristão, for favorável à pena de morte, jamais poderei fazer a oração do *Pai Nosso*, que Cristo nos ensinou (perdoa nossas dívidas, assim como temos perdoado aos nossos devedores).

Para finalizar, basta citar um último texto bíblico que fecha a questão: "Deus não nos trata segundo os nossos pecados, nem nos retribui consoante as nossas iniquidades." (Salmo, 103:10).

Juridicamente falando, não há como aceitar-se a instituição da pena capital: a) Ela não traz nenhuma intimidação ao criminoso. Quando alguém está praticando um crime não está pensando que pena vai encontrar pela frente, mas sim que seu crime não será descoberto; b) Essa pena vigorou no Brasil por 390 anos e

em outros países por muitos anos. Vigora, ainda, em alguns países e Estados norte-americanos. As estatísticas mostram que ela não fez diminuir a criminalidade. Nos países onde ela foi abolida o crime não aumentou. Nos países onde ela existe, os linchamentos aumentaram; c) Devemos nos preocupar em recuperar e ressocializar o delinqüente, o que é plenamente possível se as estruturas que a lei exige forem criadas; d) Devemos acabar com a fome, a miséria e a corrupção, melhorando a qualidade de vida do povo e diminuindo, assim, a criminalidade; e) A instituição da pena de morte é retroagir no tempo. Não podemos permitir que os grandes progressos conseguidos na área da Política Criminal sejam desprezados; f) Com a instituição da pena de morte, o erro judiciário não poderá, jamais, ser reparado; g) Se depender de jurados, mais fácil será a absolvição de alguém, ante pequena dúvida, do que a aplicação da pena de morte.

10. Considerações finais

Como vimos, nosso Sistema Carcerário, na forma em que se encontra, por culpa exclusiva do Poder Executivo, impede que a Lei de Execução Penal Brasileira, que em muitos aspectos é excelente, seja cumprida.

Como vimos, também, a falência da execução das penas no Brasil, seja a privativa de liberdade, pela superlotação dos presídios, falta de Colônias Penais Agrícolas e Casas de Albergados, sejam as restritivas de direito, por falta de participação da comunidade como um todo, não tem feito com que diminuam os índices de reincidência (porque a ressocialização e readaptação do condenado não vem sendo feita), nem que crimes bárbaros sejam cometidos (porque não há certeza de punição).

Ficou bastante claro que a instituição da pena de morte só contribuiria para agravar a situação, já que a tendência do moderno Direito Penal é, até, pela diminuição da aplicação das penas privativas de liberdade.

A solução do problema todo está em se corrigir as pequenas deficiências existentes em nossa Lei de Execução Penal, utilizando-se da experiência dos magistrados que atuam na área e lutar para a conscientização dos Poderes Legislativo (para que aprove as mudanças em regime de urgência) e Executivo (para que invista no Sistema carcerário do país) e da própria Comunidade (para que entenda que todos devem participar desse problema).

Para encerrar, acho necessário citar mais um pequeno texto de Luiz Flávio Gomes, Juiz de Direito em São Paulo, Mestre em Direito Penal pela USP e Doutorado no mesmo ramo em Madrid, na Espanha (RT 684/286-287): "Estamos longe ainda de alcançar o sistema ideal, é dizer, um sistema penal e penitenciário totalmente humanizado, mas é inegável o progresso obtido.... a Criminologia e particularmente a Penologia puseram de manifesto a impossibilidade de ressocialização na prisão, é dizer, não se prepara a pessoa para a liberdade, privando-a da liberdade. Essa 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 penal dos últimos anos, destacando-se: a) o desaparecimento da pena de morte ou, pelo menos, de 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 das penas privativas de liberdade por outras medidas alternativas..."

11. Bibliografia

- AKERMAN, Abrahão, *Universo — A grande enciclopédia para todos*, 1.a ed., S. Paulo, Editora Três, 1973, vol. VI, p. 2772/2773.
- ALBERGARIA, Jason, *Comentários 'a lei de execução penal*, 1.a ed., Rio de Janeiro, Aidé, 1987, p. 326.
- ALMEIDA, João Ferreira de, *A Bíblia Vida Nova*, 2.a ed., S. Paulo, S.R. Edições Vida Nova, 1978, p. 1300.
- BECCARIA, Césare, *Dos delitos e das penas*, 1.a ed., S. Paulo, Hemus Editora Ltda., 1983, p. 118.
- BONFIM, José Viana, *Pena de antecipação da morte — medida de defesa social de antecipação da morte — e outros temas*, 1.a ed., Curitiba, J. Viana Bonfim, 1991, p. 121.
- CHAVES JUNIOR, Edgard de Brito, *Direito Penal e Processo Penal Militar*, 1.a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 185.
- COSTA JR., Paulo José da, *Comentários ao Código Penal: parte geral (Lei 7.209 de 11-7-1984)*, 1.a ed., S. Paulo, Saraiva, 1986, p. 507.
- DELMANTO, Celso, *Código Penal Comentado*, 3.a ed., atualizada e ampliada por Roberto Delmanto, Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar Ltda., 1991, p. 830.
- FRANÇA, Rubens Limongi, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1977, vol. 57, pp. 395 a 408, 415 a 416 e 434 a 436.
- FRANCO, Alberto Silva, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, 3.a ed., S. Paulo, Ed. RT, 1990, p. 1918.
- HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, 6.ª ed., Rio de Janeiro, Forense 1980, vol. I, T. I, p. 400.
- JESUS, Damásio E. de, *Código de Processo Penal Anotado*, 8.a ed., S. Paulo, Saraiva, 1989, p. 745.
- , *Código Penal Anotado*, 1.a ed., S. Paulo, 1989, p. 910.
- , *Comentários ao Código Penal: parte geral de acordo com a Lei n. 7.209 de 11-7-1984*, 1.a ed., S. Paulo, Saraiva, 1986, vol. 2, p. 355.
- , *Direito Penal*, 10.a ed., S. Paulo, Saraiva, 1985, vol. 1, p. 648.
- LINS E SILVA, Evandro, *A Defesa tem a palavra*, 1.a ed., Rio de Janeiro, Aidé, 1980, p. 334.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, *Execução Penal, Comentários à Lei n. 7.210, de 11-07-84*, 2.a ed., S. Paulo, Editora Atlas S/A, 1988, p. 500.
- , *Manual de Direito Penal*, 6.a ed., S. Paulo, Editora Atlas S/A, 1991, vol. 1, p. 425.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio, *Comentários à lei de execução penal: Lei n. 7.210, de 11-7-1984*, 1.a ed., S. Paulo, Saraiva, 1990, p. 275.
- NORONHA, E, Magalhães, *Direito Penal*, 17.a ed., S. Paulo, Saraiva, 1979, vol. 1, p. 449.
- OLIVEIRA FILHO, João de, *Origem cristã dos direitos fundamentais do Homem*, 1.a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1968, p. 76.
- OURSLEER, Fulton, *O maior livro do mundo — a história do Velho Testamento*, 1.a ed., S. Paulo, Edições Melhoramentos, p. 396.
- REVISTA DOS TRIBUNAIS, S. Paulo, Ed. RT, 1990, 1991 e 1992, vol. 651, 662, 663, 664, 670, 674, 684.
- SILVA, Emílio, *Pena de Morte já*, 1.a ed., Rio de Janeiro, Revista Continente Editorial, 1986.