

DOCTRINA NACIONAL

REFLEXÕES EM TORNO DO PROJETO DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA DA OAB/SP — APRECIÇÃO CRÍTICA E PROPOSTAS

DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JÚNIOR

Associação Juízes para a Democracia

1. Introdução — 2. Descriminalização e revisão de condutas: 2.1 Revogações sociológicas e Criminalidade de novo perfil — 2.2 Jogo do bicho e crime organizado — 2.3 Tóxicos — 2.4 Uma Lei Hedionda — 3. Revisão geral no CP e CPP: 3.1 Quantidade de penas — 3.2 Prazos prescricionais — adequação — 3.3 A Constituição de 1988 — 3.4 Júri — 3.5 Direitos da mulher — conceitos impróprios — 4. Redução das penas privativas de liberdade: 4.1 Crítica do sistema penitenciário — 4.2 Alternativas não prisionais — 4.3 Presídios, cadeias e Direitos Humanos — 4.3.1 A privatização — 4.3.2 Princípio da legalidade e execução — 5. A execução da pena e seu acompanhamento: 5.1 Trabalho, educação e ressocialização — 5.2 Progressividade de regimes — 5.3 Acompanhamento jurídico da execução — 5.4 Assistência — formação funcional.

1. Introdução

O projeto — elaborado pela Ordem dos Advogados do Brasil-Seccional de São Paulo, Pastoral Carcerária da CNBB-Regional Sul I, Sindicato dos Advogados do Estado de São Paulo e Geledés-Instituto da Mulher Negra — é abrangente no sentido de propor reflexões em vários níveis, desde a reforma de leis penais e processuais até a implementação de um sistema democrático de ressocialização do preso, cujas bases já estão na Constituição Federal, Lei de Execuções Penais e Constituição do Estado de São Paulo.

Propõe uma política liberal, que dá ênfase à questão dos Direitos Humanos, em contraposição ao autoritarismo que tem caracterizado o tratamento oficial do problema. Evidencia, sobretudo no caso da execução da pena, o descompasso entre as bases estabelecidas na legislação específica — de inspiração democrática — e as mazelas decorrentes de sua inobservância, falta de implementação ou regulamentação.

Carece de propostas mais concretas, inclusive em termos de encaminhamento do processo legislativo e sugestão de emendas a projetos em andamento — muitas vezes ignorados no documento. Porém, trata-se de reflexões oferecidas às autoridades responsáveis e, quero crer, sujeitas à discussões e desdobramentos no sentido de tornar viáveis no plano concreto as tão esperadas mudanças.

Nas linhas abaixo procurei aprofundar as análises feitas e propor outras reflexões úteis, a serem consideradas, se for o caso.

2. Descriminalização e revisão de condutas

2.1 Revogações sociológicas e Criminalidade de novo perfil

O projeto começa por propor oportuna descriminalização de condutas incorporadas à prática social. Com efeito, é preciso economizar energia que o sistema global

gasta com a criminalidade de bagatela, ignorando verdadeiras revogações sociológicas de leis, para que possa dar a atenção necessária à macrocriminalidade. A criminalidade violenta, a do colarinho branco — especialmente aquelas em que o Estado e toda a sociedade figuram como vítima de grandes fraudes — e a de tráfico internacional de entorpecentes, todas muitas vezes ligadas a interesses políticos de elites, carecem de maior atenção das autoridades. É preciso adequar o sistema policial à investigação menos simplista que a perseguição de ladrões de rua. Medida preparatória neste sentido é, evidentemente, o despojamento do sistema, tão formalista, de certas definições de crime que já não preocupam a sociedade.

Não tem mais sentido o Direito Penal se ocupar com práticas como a *perturbação da paz pública, vadiagem, adultério ou rapto consensual*.

Por outro lado, com relação aos crimes do *colarinho branco*, mostra-se o sistema falho. Cada vez mais a empresa tem sido usada para a prática de toda sorte de ilicitudes que deveriam merecer maior atenção dos criminalistas. A responsabilização penal da pessoa jurídica já é realidade em alguns países da Europa. Foi pensada a partir da dificuldade, no complexo mundo empresarial, de se identificar, muitas vezes, as pessoas físicas responsáveis pela infração. Outrossim, o vínculo entre a atividade criminoso realizada por meio da pessoa jurídica e o enriquecimento pessoal precisa merecer delineamento legal, em termos de responsabilização, num mundo de grandes complexos de interesses, que acabam se sobrepondo ao Estado, de forma perversa muitas vezes, na condução do destino das populações.

A criminologia crítica, conquanto tenha evidenciado a impossibilidade de pura ressocialização num sistema de *exclusão* de alguns dentro da lógica do capitalismo, não deixou de propor alter-

nativas válidas para o problema da delinquência, dentre as quais ressalta Alessandro Baratta a reforma da tutela penal nos campos essenciais para a vida, tão discutidos hoje em dia especialmente pela introdução do conceito de interesses difusos, tais como a saúde, a segurança no trabalho, o meio ambiente e o saneamento básico das cidades. Além disso, propõe o ataque à criminalidade não convencional de natureza econômica ou que tenha a ver com o abuso do poder político (cf. César Roberto Bitencourt, "*O objetivo ressocializador na visão da Criminologia Crítica*", em RT 662/247).

Realmente, é necessário rever o que deva merecer atenção do Direito Penal. Há que se considerar, inclusive, nesta revisão, que o *princípio de culpabilidade individual* e a *responsabilidade ética*, vinculados à tradição da teoria normativa da culpabilidade se mostram cada vez mais inadequados à orientação de um Direito Penal que se pretenda democrático numa sociedade complexa, cambiante, fragmentada em subsistemas culturais com valores distintos que tornam questionáveis os critérios *oficiais* do Estado na repressão de comportamentos individuais considerados *socialmente desviados*.

2.2 Jogo do bicho e crime organizado

Temos um Direito Penal que ainda se preocupa em reprimir a prática do *jogo do bicho*, que há muito faz parte das tradições populares. Graciliano Ramos, há quarenta anos, já evidenciava seu conteúdo socioeconômico: homens e mulheres do povo, impossibilitados de adquirir uma felicidade completa, buscam pedaços de felicidade, procrastinando por dias ou meses as dificuldades irremediáveis, com um palpite no *bicho*, verdadeira instituição da alma popular brasileira (cf. "*O Jogo do Bicho, Fator Econômico*", em *Viventes das Alagoas*, 2.^a ed., Martins, p. 157).

É verdade que o crime organizado relacionado ao tráfico de drogas e contrabando muitas vezes aparece atrelado a esta contravenção. Porém, a criminalização de fatos que não ferem a ética comum só acabam por agravar o quadro. A organização criminosa, no caso atraída pelo grande volume de dinheiro que a atividade, até por ser formalmente ilícita, movimenta, deve merecer atenção objetiva.

Por outro lado, o que se constata é que, para legitimar socialmente sua atividade, o *bicheiro* trata de fazer retornar parte desse dinheiro à sociedade, como obra de *beneméritos* e *filantropos*. Sabe-se que Delegacias de Polícia, escolas e clubes de comunidade são construídos sob este esquema. E de políticos que assim também são eleitos. Em compensação, a corrupção de agentes e a apropriação privada dos serviços policiais é uma realidade.

A sugestão complementar que se pode fazer nesse campo, para retirar dos chefes do jogo a capacidade de manipulação em benefício elitista, é de que se inclua nas cogitações a adequação do sistema repressivo ao enfrentamento da sonegação fiscal relacionada ao dinheiro obtido por atividade ilícita. Afinal o retorno de partes do dinheiro do jogo, no Estado democrático, só pode existir sob a forma de tributo. Sua aplicação e escolha de prioridades há que obedecer critérios de política pública.

2.3 Tóxicos

Com relação à lei de tóxicos também são pertinentes as observações do projeto quanto ao autoritarismo e violação do direito à intimidade garantido constitucionalmente. A intervenção do direito em condutas puramente individuais, como é o caso de posse de substância tóxica para uso próprio, sem potencialidade de atingir terceiros não tem sentido. O próprio bem jurídico protegido pelo tipo penal,

a *saúde pública* segundo a unanimidade da doutrina e jurisprudência, tem servido para que a análise crítica desmonte a tipicidade penal da referida conduta. Mostra-se evidente a incompatibilidade entre a posse de drogas para uso próprio e a saúde pública, que implica expansibilidade incompatível com a destinação íntima. A norma e o bem jurídico tutelado não é afetado não há tipicidade penal, embora haja adequação ao tipo ou tipicidade legal (cf. Maria Lúcia Karan, "*Aquisição, Guarda e Posse de Drogas para uso pessoal*", em *De Crimes, Penas e Fantasias*, Luam, 1991, p. 121).

Convém lembrar que a autolesão ou perigo dela tem sido tradicionalmente desprezada pelo Direito Penal brasileiro, cuja sistemática permite ver na referida norma incriminadora uma incoerência. E qualquer norma jurídica, especialmente a penal, deve guardar um mínimo de coerência com a ordem jurídica que integra.

A transformação do usuário em criminoso é punição que não compensa. Provoca mais estragos que a dependência, que, aliás, nem sempre existe. E se existe é caso de saúde, única e exclusivamente, não cabendo atuar, em mínimo nível, o aparelho repressivo do Estado.

Outro fator de grande injustiça, lembrado no projeto, é a equiparação de condutas tão díspares como o fornecimento solidário de drogas em grupo de consumo e a atividade econômica do traficante.

A isto, acrescente-se a falta de distinção legal entre *drogas pesadas* e *drogas leves*, feita em países avançados que questionam a validade de tratamento severo com relação às *leves* a ponto de liberar a *maconha*, que, historicamente usada como remédio — porque tem propriedades medicinais comprovadas —, só mereceu proscrição pelos efeitos colaterais revelados (cf. "*Justiça suíça muda parecer sobre o porte de maconha*", na *Folha de S. Paulo*, 9.1.91).

Só o autoritarismo político e de orientação doutrinária em que foi gestada a lei de tóxicos explica a repressão extremada, contra as evidências de que na atualidade, pela fragmentação da sociedade, complexa e cambiante, capaz de encerrar condutas individuais as mais diversas, o Direito Penal só pode funcionar quando todas as outras formas de controle não vingaram. Ocorreu no Brasil, também, o que Eugenio Raúl Zaffaroni, observa ter sido característica da América Latina a partir da segunda metade dos anos sessenta: o ataque a um direito penal liberal e a introdução de um discurso de *guerra permanente contra a criminalidade*, vinculado à *ideologia de segurança nacional*, a tal ponto de se identificar subversão com uso de tóxicos (cf. "A Legislação 'antidroga' latino-americana: seus componentes de direito penal autoritário", em RT 679/447).

Impõe-se, assim, rever toda a legislação, que faz parte daquilo a que se tem referido como *entulho autoritário*, incompatível com o ordenamento jurídico próprio do Estado democrático de direito.

2.4 Uma Lei Hedionda

A mesma ótica equivocada do fenômeno da criminalidade é manifestada na recente *Lei dos Crimes Hediondos* (Lei 8.072/90), aprovada de afogadilho e sem ampla discussão, que insiste na velha prática de colocar sob mesma tutela jurídica situações profundamente diferentes, além de rotular de hediondas, com base em critérios questionáveis, condutas cuja penalização severa atende a valorização de interesses das elites que detêm o poder econômico.

Aliás, os fatos políticos que precederam a aprovação desta lei, com utilização demagógica da idéia de se desencadear uma verdadeira *guerra contra o crime* — ignorando as raízes sociológicas evidentes da maior parte deles num país cuja maior violência está na perversa distri-

buição de renda, na política econômica causadora de desemprego e na falta de condições mínimas de vida digna à maioria da população — e sua vinculação ideológica ao movimento da *Lei e Ordem*, de conteúdo autoritário (cf. Alberto Silva Franco, *Crimes Hediondos*, RT, 1991 e Maria Lúcia Karam, "A Fantasia do Sistema Penal", em *De Crimes, Penas e Fantasias*, Luam, 1991), justificam seja conhecida como Lei Hedionda.

3. Revisão geral no CP e CPP

3.1 Quantidade de penas

Há incoerências enormes nas leis, que equiparam no tratamento crimes que agredem bens jurídicos relevantes e outros que tocam bens supérfluos.

A diminuição das penas previstas para certos delitos que não chegam a preocupar é necessária.

Outrossim, uma maior liberdade ao juiz na adequação da pena ao fato concreto é tema a ser explorado, sendo de se pensar na eliminação da pena mínima do tipo penal, preservando-se apenas a máxima, que é garantia imprescindível do acusado e limite imposto pelo princípio da legalidade. Outra alternativa é reduzir consideravelmente a pena mínima ou estabelecer casos especiais em que o julgador possa fixar a pena abaixo do mínimo.

Aliás, quanto às circunstâncias atenuantes legais ou obrigatórias, é conveniente se propor revisão legislativa a tornar explícita no CP a possibilidade de, diante da ocorrência delas, ser a pena fixada abaixo do grau mínimo previsto. Esta possibilidade tem sido apontada, nos termos da redação que a Lei 7.209/84 deu ao CP, embora a jurisprudência e a doutrina, apegadas à tradição legislativa anterior, se inclinam quase que à unanimidade a negá-la, afastando-se da melhor e mais justa exegese do art. 68. O Juiz de Direito e

professor de Direito Penal James Tubenchlak, diz que o posicionamento tradicional é “*carente de supedâneos jurídicos e legais, arcaico, preconceituoso e defasado, na medida em que vem restringir in malam partem, o que a nova Parte Geral não restringe*” (cf. “*Atenuantes - Pena abaixo do mínimo*”, em separata da *Revista Forense*, v. 312).

3.2 Prazos prescricionais — adequação

A adequação dos prazos prescricionais, em face das incoerências apontadas, deve de fato ser feita. Porém, sempre procurando estabelecer prazos menores, tendo em vista a dimensão de respostas, social e individual, da atividade repressiva. O aumento de prazos de prescrição só tornaria mais distante, e portanto inútil, a resposta. A partir de certo momento, a ameaça de condenação só conserva seu grau desestabilizador — porque o direito também pode ter esta função na dinâmica das relações sociais contemporâneas.

3.3 A Constituição de 1988

O projeto da OAB deixou de lado importante problema: o da constitucionalidade de artigos de leis penais.

Sem dúvida, em face da nova ordem constitucional, que, por disciplinar mais adequadamente a questão dos direitos fundamentais, individuais, coletivos e sociais, foi chamada por Ulisses Guimarães de *Constituição Cidadã*, urge rever os conceitos e práticas consagradas com base nos textos do CP e do CPP. Com a nova Constituição é necessário se repensar todo o direito. Não conferir cada dispositivo para verificar sua adequação à Lei Fundamental pode significar a continuidade da tradição de não efetividade da ordem constitucional. Há que se ter em conta um moderno conceito promocional do direito — no sentido de intervir para mudar a realidade —, não

tendo mais sentido aceitar que certos dispositivos legais sejam interpretados como mera declaração de boas intenções ou princípios programáticos. A Constituição da República está aí para ser cobrada e cumprida por todos.

Apenas para exemplificar uma das muitas incoerências, observe-se o texto do art. 186 do CPP: “*antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa*”. Ora, que sentido tem este preceito diante da presunção constitucional de inocência (art. 5.º, LVII)? Qual o conteúdo jurídico do silêncio como meio de prova no devido processo legal de um Estado democrático de direito?

Esta questão do interrogatório do acusado tem que ser revista. Afinal, como exercício de defesa não se justifica ocorrer antes da prova de acusação. Como meio de prova, como vedar a intervenção do defensor. (art. 187 do CPP), restringindo a ampla defesa?

Outra questão que se põe, relacionada com a presunção de inocência é a possibilidade de obtenção de informações sobre as distribuições criminais. Não seria mais lógico que o acesso se restringisse aos definitivamente condenados?

A possibilidade de correção da classificação de fatos da denúncia, de acordo com o art. 569 do CPP, também já foi apontada como impossível diante dos princípios constitucionais de respeito à pessoa humana (art. 1.º, III), presunção de inocência (art. 5.º, LVII) e legalidade estrita (art. 5.º, XXXIX), conclusivos de que aquela deva indicar com precisão a conduta atribuída ao denunciado, adequada ao tipo, sob pena de inépcia. De fato, não se concebe processo penal ético e democrático sem a garantia de que o acusado saiba precisamente do que se defender. Segundo Adauto A. S. Suannes,

referido artigo não foi recepcionado pela Constituição da República (cf. "*A necessária rejeição da denúncia inepta*", em RT 667/245).

O processo judicial não é um jogo em que as partes possam *esconder trunfos*, conquanto alguns operadores mais apegados à tradição discursiva, fabuladora e mistificadora do direito tenham cuidado de passar essa idéia à sociedade.

Convém notar que a proposta de alterações no CPP que o MP paulista pôs a debate interno, visando conferir maior eficácia a seu trabalho institucional, não se preocupa com tais problemas. O texto divulgado se limita a propor mudanças — também importantes, não se nega — tendentes ao controle mais efetivo do MP sobre a investigação criminal (cf. Hugo Nigro Mazzilli, "*Alterações no Código de Processo Penal*", *Cadernos Informativos APMP*, 1991).

O mesmo se diga dos estudos feitos pela Associação dos Magistrados Brasileiros, em que a preocupação básica — que evidentemente tem relevância mas não esgota os problemas — é com a racionalização do processo penal. A proposta é de simplificação das formas (procedimentos e recursos), com modernização da documentação e dos atos pelo aproveitamento da tecnologia (citação postal, telex, fax, telefone) e da imprensa oficial, esta para intimação do defensor (cf. Sidnei Agostinho Beneti, "*Reforma do CPP*", em RT 679/438).

3.4 Júri

Outra questão constitucional que se tem posto, e que não consta do projeto da OAB/SP, diz respeito à plenitude de defesa no júri, consagrada especialmente no art. 5.º, XXXVIII, a, da Constituição Federal, sempre invocada para que certos defensores usem todo tipo de argumentação em plenário, atacando, grosseiramente por vezes, a imagem de vítimas

— especialmente mulheres no caso da tão utilizada tese da legítima defesa da honra pelo marido acusado de homicídio — e até de acusadores. Poderes ao juiz no sentido de fazer cessar linhas de argumentação consideradas injuriosas ou de flagrante desrespeito aos Direitos Humanos deveriam ser fixados em lei. Afinal, não se pode admitir que em nome da defesa do acusado se cometam outros crimes. Outrossim, não há que se confundir amplitude de defesa do réu com direito do advogado dizer o que bem entenda.

3.5 Direitos da mulher — conceitos impróprios

Interessantes propostas de reforma legal, no que diz respeito aos direitos da mulher, podem ser encontrados no relatório do *Americas Watch* sobre a violência contra a mulher no Brasil. Preocupações manifestadas no documento, a respeito do qual houve debate organizado pelo Núcleo de Estudos da Violência da USP, na sede da OAB/SP, incluem a questão da soberania do júri — por causa das frequentes absolvições de maridos que matam mulheres por *legítima defesa da honra* —, a efetiva igualdade jurídica para as mulheres com revisão de conceitos — deslocamento do estupro da seção de crimes contra os costumes para a de crimes contra a pessoa, de ação pública incondicionada, p. ex. — e a eliminação de palavras como *virgem* ou *honesta*, que veiculam valores ultrapassados ou questionáveis, para, mais adequadamente, disciplinar, em tipos mais abertos, todo *abuso sexual* (cf. "*Injustiça Criminal — A Violência contra a mulher no Brasil*", *WRP-Projeto dos Direitos da Mulher do Americas Watch*, 1992).

Sugestões de entidades civis de mulheres neste sentido estão sendo incorporadas pela comissão de reforma do CP (cf. *Folha de São Paulo*, Cotidiano, 13.9.92).

4. Redução das penas privativas de liberdade

4.1 Crítica do sistema penitenciário

Outra virtude do projeto é evidenciar a necessidade de redução dos casos que devam ser tratados com penas privativas de liberdade.

Esta é uma tendência do direito penal moderno, recomendada não apenas pelos questionamentos cada vez mais frequentes quanto às virtudes da segregação do criminoso, como pelas observações práticas do sistema carcerário, que no Brasil sempre esteve em crise.

Há anos já observava Paulo Sérgio Pinheiro que “as prisões, as penitenciárias, no Brasil se transformaram em escolas formadoras do crime. Ainda que as pesquisas oscilem quanto aos números precisos, seria realista dizer que mais da metade dos condenados egressos das prisões voltam ao crime. E seria de se espantar que assim não fosse. Não se pode esperar que cidadãos sejam reconstruídos dentro de um espaço de puro arbítrio, de esvaziamento de quaisquer direitos fundamentais, ou submetidos às imposições dos guardas de presídio, afinal os executantes da pena. A pena dada pelo juiz nada ou pouco tem a ver com o seu cumprimento. Os prisioneiros estão ao bel dispor de pequenas autoridades administrativas, um tribunal interno das penitenciárias, sem regras fixas, sem defesa, que por um sim ou por um não “condena” os internos a isolamento e castigos físicos. As humilhações são estendidas às famílias dos criminosos, submetidas a vexações que contribuem para agravar o isolamento do preso, objetivo máximo do sistema penitenciário” (cf. “Escolas do Crime”, em *Retrato do Brasil*, 2./331, ed. Política, 1984).

O que a respeito se pode comentar é que nos últimos oito anos a situação piorou. No Brasil, o histórico desprezo

das autoridades pelas condições objetivas de encarceramento digno, o tratamento desumano e a crescente corrupção de agentes despreparados, envolvidos no tráfico de drogas, armas e influência para alimentar as quadrilhas internas que o iníquo sistema de injustiças favorece têm provocado inúmeras rebeliões, violência reativa e promiscuidade. Recentemente, às vésperas das eleições municipais de 1992, um verdadeiro massacre de presos pela PM, absurdamente autorizada a invadir a Casa de Detenção para intervir em briga de quadrilhas por tóxico, tomou as manchetes dos jornais no mundo inteiro. A maior carnificina jamais vista em um presídio no mundo inteiro. É tolerável tamanho descaso das autoridades? Não está na hora de repensar seriamente em soluções urgentes?

O sistema penitenciário já vem sendo usado como clássico exemplo de certa função *negativa* que o direito vem adquirindo. Sob uma análise estruturalista do direito — encarado como controle social — se descobriu, agora em análise funcional, que além de ter perdido parte desta função — hoje os meios de comunicação parecem usurpar este controle anteriormente concentrado no Estado —, ele já chega a exercer funções negativas. De fato, tendo em vista a disparidade custo/benefício e o efeito contrário que o transformou de *recuperador de criminosos* em verdadeira *escola de crime*, tem-se no sistema penitenciário brasileiro um belo exemplo do direito exercendo funções negativas e desestabilizantes.

Não se pode ignorar que a segregação é incompatível com a ressocialização. Como adverte Maria Lúcia Karan, “um mínimo de raciocínio lógico repudia a idéia de se pretender reintegrar alguém à sociedade, afastando-o dela” (cf. “Algumas notas sobre penas e prisões”, em *De Crimes, Penas e Fantasias*, Luam, 1991, p. 177).

Rui Machado Alvim observa que entre nós ainda há a tendência de se alijar o

sistema penitenciário da sociedade, ilhando a população carcerária em um espaço físico. De um lado ficam os problemas sociais, de outro as inquietações do cárcere. Duas pontas que não se tocam. Os vínculos com a sociedade são antecedentes (o crime e suas causas), persistentes (a vítima) ou concomitantes ao cumprimento da pena (o trabalho). Há que se refletir muito sobre o trabalho tendo em vista sua inserção no Estado capitalista, os interesses que o envolvem e as múltiplas formas — jurídicas, econômicas e sociais — de abordá-lo (cf. *O Trabalho Penitenciário e os Direitos Sociais*, Atlas, 1991).

As reflexões em torno dele, tradicionalmente encarado como terapia ocupacional de conteúdo reeducativo, com forte conteúdo ideológico, adquirem importância se tivermos em conta o objetivo de enquadrar o preso na ordem capitalista. Duas questões se colocam. Se não tivesse sido excluído do mercado de trabalho, no pré-delito, teria delinqüido? Ao sair da prisão, encontrará oportunidade na sociedade, preconceituosa com relação ao egresso?

Está claro que a questão do trabalho deve ser muito bem analisada e disciplinada por qualquer projeto que não se limite a ver na criminalidade um lado patológico da sociedade, em oposição a um lado sadio, onde pretensamente não são cometidos delitos, mas que, ao contrário, chame a sociedade como um todo a pensar sua responsabilidade pelo fato de alguns cometerem os crimes mais comuns e que fazem o cotidiano das delegacias de polícia.

Há que se ter em conta que a prática da maioria dos crimes em torno dos quais atua a repressão tem pouco de voluntarismo. Múltiplos fatores exógenos influem. A sociedade desigual e a concentração de renda nas mãos de uns poucos são determinantes de que um certo número de pessoas viva abaixo da chamada *linha da miséria*. Há toda uma violência

sutil que parte do sistema global: uma verdadeira *violência oficial* bem disfarçada pelos mecanismos ideológicos que, escondendo os verdadeiros conflitos sociais, imbuem na força retórica da norma um conteúdo pretensamente igualitário. Que algumas pessoas vivam na indignidade, pois, é matemático. Como também o é que uma parte dessas pessoas inevitavelmente cometa crimes com raízes socioeconômicas. É duvidoso que o sistema consiga controlar por repressão esta criminalidade que brota no ponto de saturação da condição de miserabilidade das massas. Ou que saiba identificar previamente quais as pessoas na mencionada situação propensas ao crime. Não adianta procurar os doentes sociais. Nem tratar os que delinqüem como se fossem eles os doentes. A responsabilidade é de todos, especialmente dos detentores do poder econômico e dos governos, a quem cabe criar mecanismos de igualitária distribuição de renda e aplicação de recursos tributários em obras sociais. O que se pode fazer por meio de políticas públicas é diminuir consideravelmente o número de miseráveis a curto prazo e eliminar a miséria — a miséria e não os miseráveis como tem ocorrido! — mais remotamente. Assim, baixando o índice de saturação que conduz muitos ao crime, se estará tratando adequadamente a questão.

Entretanto, o que se tem visto é que as rebeliões de presos amontoados em celas vem merecendo tratamento *linha dura* dos governos. Especialmente do recentemente afastado Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo que chegou a dizer preferir as cadeias cheias de presos a marginais nas ruas (cf. "Presos são Tratados com 'linha dura'", na *Folha de S. Paulo*, 3.6.92). Já se viu no que deu seu autoritarismo: deixou o cargo por pressão das entidades de apoio aos Direitos Humanos que o responsabilizaram pelas centenas de mortes da Detenção, em 2.10.92. Em seu discurso, crime é sinônimo de

violência, restringindo-se às ruas em que desesperançadas andam as multidões despossuídas. Sua política de segurança não passava de proteção dos ricos contra a multidão de pobres, cuja condição incorpora risco de eliminação física pela Violência policial. Sob tal ótica, não há lugar para preocupação com a macrocriminalidade, muitas vezes freqüentada pelos mesmos personagens das colunas sociais, das grandes concorrências para obras públicas, responsáveis pela já mencionada violência sutil que atinge a base da pirâmide social como um todo e verdadeiramente desgraça o país.

4.2 Alternativas não prisionais

A contraposição ao discurso autoritário, que enche as penitenciárias inutilmente, se faz necessária e, neste ponto, julgo conveniente trabalhar em torno de penas que sejam aptas a tocar no senso humano do condenado. É preciso motivar sua responsabilidade e adequação social, mas num sentido ético de lutar pela transformação da sociedade e conquista da democracia real cujas bases está nas leis formalmente igualitárias.

Restrição de direitos, prestação de serviços à comunidade, trabalho em liberdade vigiada com garantia de remuneração digna e ressarcimento consciente da vítima são penas adequadas a vários tipos de delito ora apenados com a privação de liberdade.

Para os delitos de pequena gravidade é preciso reservar juizados especiais, com solução conciliatória relativamente à vítima e ressarcimento de seu prejuízo. A justiça consensuada é largamente difundida na Europa, significando soluções não penais para os casos mais brandos. Na Alemanha ela abrange casos punidos até um ano de prisão, em Portugal, três anos. Mas há sistemas que admitem até em casos puníveis com cinco anos de prisão (cf. entrevista de Luiz Flávio Gomes na *Tribuna da Magistratura*, órgão

da Associação Paulista de Magistrados, julho de 1992). A abertura para tal tipo de justiça está no artigo 98 da Constituição da República, mas, apesar dos esforços de muitos juristas, ainda não se reuniu vontade política suficiente para rápida aprovação da lei adequada.

A tendência moderna de redução progressiva da pena privativa de liberdade pode ser exemplificada pelo que ocorre na Alemanha, onde, atualmente, apenas 6% das sanções implicam encarceramento sem suspensão. Naquele país, 83% das penas são pecuniárias e já não existem contravenções penais, passando a maioria das condutas nelas enquadradas a constituir infrações administrativas e a minoria crimes (cf. Osvaldo H. Duek Marques, "Sistema penal para o terceiro milênio", em *RT* 663/390).

Maria Lúcia Karan observa que seria mais lógico optar-se, em certos casos, por sanção que implicasse reparação dano material ou moral do delito, até pela inclusão, nesta prática, dos interesses das pessoas afetadas pela conduta criminosa (cf. "Algumas notas sobre penas e prisões" em *De Crimes, Penas e Fantasias*, Luam, 1991, p. 176).

Impõe-se ampla revisão legislativa, precedida de discussão com a sociedade civil e de um trabalho até mesmo didático, de esclarecimento, para evidenciar os equívocos dos adeptos do recrudescimento punitivo, que não vêem no crime mais que um caso de polícia. É interessante divulgar dados estatísticos comparando sistemas mais ou menos severos, capazes de desfazer o mito de que as penas altas, ou até mesmo a pena capital, exercem grande papel intimidativo e de controle social.

É preciso combater as ideológicas manipulações dos sentimentos de insegurança e medo que exigem a punição como castigo, num retorno às concepções puramente retributivas da pena. Os fundamentos emocionais de certas cobranças da sociedade não permitem indagar, eti-

camente, o porquê de se compensar um mal com outro igual ou maior. De se notar que a possibilidade do discurso manipulador, de inspiração totalitária, conta sempre com a persistência, entre os penalistas, de uma visão conformista, que concebe a prisão como mero sistema de poder, totalitário, sem espaço para a introdução da democracia quebrando a disciplina. A eles há que se evidenciar que, sem visão utópica rumo a um ideal democrático cada vez mais abrangente, as cadeias continuarão a ser mais agressivas que os próprios apontados agressores da sociedade e, cada vez mais, fábricas de criminosos. A atividade de pensar utopicamente a democracia só é de fato prejudicada quando o componente ideológico do totalitarismo entra em cena. Fora disto, sempre se pode melhorar.

4.3 Presídios, cadeias e Direitos Humanos

4.3.1 A privatização

O sistema repressivo do Estado, evidentemente, não prescinde das prisões. Há casos que não podem ser tratados de outra forma.

Em contrapartida, há limitações que visam dar um conteúdo de moralidade ao encarceramento. A questão sempre foi objeto de reflexão filosófica. Mas, apenas com o Estado moderno e a humanização das penas pelos iluministas é que se estabeleceu ser possível ao Estado exercer a repressão com certa dignidade e impessoalidade.

Por isto é que, a par das inconstitucionalidades e equívocos jurídicos apontadas pelo projeto da OAB/SP com relação às propostas de *privatização* ou *concessão de serviço público*, há que se observar a total incoerência da pretensão com o *monopólio da violência física legítima* que, segundo Max Weber, caracteriza o Estado moderno. Põe-se em questão o próprio caráter público do

Estado brasileiro se observamos: 1) o lucro esperado pelas empresas interessadas — muitas controladas por saudosistas de ditaduras e grupos paramilitares de repressão —; 2) que já temos no Brasil um verdadeiro exército de homens armados pelas companhias privadas de segurança, que supera o contingente das Forças Armadas; 3) que existe na prática a apropriação privada dos serviços policiais, civil e militar, fruto da corrupção e distorções várias; 4) finalmente, que se vive em estrutura de progressiva concentração de renda, implicando considerável aumento dos pobres que compõem o quadro humano das cadeias, não havendo porque imaginar que os representantes do poder econômico, que não se preocupam com os miseráveis fora da cadeia, se interessem pela dignidade nos cárceres.

Algumas dessas observações foram feitas, em recente artigo, pelo professor José Eduardo Faria. Denunciou ele as propostas de privatização de presídios como representativas, não do enxugamento do Estado, mas de sua feudalização. É que, “tratando homens como mercadorias, e utilizando a mão-de-obra presa como trabalho compulsório, elas desprezam os pressupostos fundamentais subjacentes à criação do próprio Estado liberal, que foram forjados pelas revoluções inglesa, norte-americana e francesa”, dentre os quais estão as “funções precípuas do setor público”, “segurança e justiça” (cf. *O Estado de S. Paulo*, caderno Justiça, 23.5.92).

4.3.2 Princípio da legalidade e execução

Bem fixado, pois, que não se pode retirar do total controle do Estado o sistema penitenciário, é preciso se ter em conta que a execução penal é hoje fundada no *princípio da legalidade*.

Além da garantia constitucional de integridade física e moral do preso, incorporada por conta de toda a disciplina internacional dos Direitos Humanos, a

Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) prevê condições de encarceramento: cela individual salubre (arts. 88 e 104), trabalho obrigatório (arts. 28, 31 e 41, II), ensino (art. 18) e assistência material (art. 12).

Como bem observa Rui Machado Alvim, "hoje, ao recluir-se, desfruta o sentenciado de uma posição jurídica a torná-lo senhor de direitos e sujeito a deveres, uns e outros distintamente marcados em lei". Prossegue dizendo que "sob tal situação, além de conservar os direitos comuns a todos os cidadãos, a não ser os direitos que, nos estritos limites das necessidades da execução, são-lhe tolhidos ou embargados, o sentenciado adquire novos direitos, particulares e indissociados da condição de encarceramento que se encerra" (cf. "A pena privativa de liberdade e a cadeia: um caso de incompatibilidade de gêneros", *Revista da PGE/SP*, junho/91).

Ora, se a questão se funda no princípio da legalidade, quando o juiz condena alguém ao encarceramento só pode fazê-lo observadas as condições previstas em lei. Daí a ilegalidade, por todos tolerada — Judiciário, Ministério Público e Administração —, do *encarceramento a qualquer custo* em nome de uma pretensa proteção da sociedade, até mesmo em cadeias públicas, sem mínimas condições de dignidade humana.

O problema mereceria uma reflexão maior por parte do Ministério Público e do Judiciário. Se a adequação do sistema penitenciário às determinações legais depende, no âmbito do Executivo, de vontade política e recursos prioritariamente voltados à área, no Judiciário basta que se aplique a Constituição e as leis do país e o *habeas corpus* é remédio eficaz para cobrança da legalidade.

Está claro que a maior parte das reformas não prescinde da mudança de mentalidades. A formação tecnicista das carreiras jurídicas muito têm deformado a visão dos operadores do direito que

nem sempre se pautam por uma noção teleológica, global e interdisciplinar do fenômeno jurídico. Especialmente no Judiciário, é preciso trabalhar pela conscientização de que da efetividade dos direitos consagrados em lei — sobretudo dos princípios constitucionais — depende a conquista da democracia real. Cobrando legalidade no encarceramento estarão os juízes, no mínimo, provocando a Administração a adotar uma política séria de construção de presídios e adequação deles às exigências mínimas compatíveis com a dignidade do homem preso. Estarão também mostrando à sociedade que ela deve se mover para pressionar legitimamente as autoridades a cumprir a lei.

5. A execução da pena e seu acompanhamento

5.1 Trabalho, educação e ressocialização

As tarefas que normalmente se dá ao preso nas penitenciárias — costurar bolas por exemplo — são, como bem observa o projeto, alienantes, sem qualquer efeito no sentido de integrar o preso no mercado de trabalho. Além de preencher meramente o aspecto ocupacional (terapêutico) do trabalho, proporciona exploração de mão de obra barata pela iniciativa privada. O preso que costurava bola dentro da penitenciária jamais irá fazê-lo fora dela, até porque a demanda de mão de obra já está preenchida por outros presos, de forma bastante conveniente para o fabricante de bolas.

Por isto é que se deve pensar numa integração maior entre o ensino obrigatório e o trabalho. A educação, além de incluir cursos profissionalizantes, deve dar prioridade àqueles que digam respeito às carências sociais mais evidentes. Outrossim, há que se pensar no encaminhamento deste contingente de mão de obra à realização de serviços diretamente

pelo Estado — sem quebra de continuidade quando do término do cumprimento da pena —, procurando, tanto quanto possível, diminuir os casos de contratação de obras e serviços à iniciativa privada, que têm arruinado as finanças públicas para enriquecimento de grupos privados, que evoluíram da histórica corrupção nas licitações para uma verdadeira apropriação privada do Estado.

Nessa área é preciso envolver o Poder Público, obrigando-o por lei a garantir o trabalho penitenciário em obras que venham ao encontro das carências sociais. Não se pode deixar a questão à discricionariedade das Administrações, nem sempre sensíveis e interessadas. As entidades filantrópicas — apesar da boa vontade com que de há de ver o altruísmo e espírito de solidariedade — quase sempre falta profissionalismo, autoridade e projeto de continuidade. O apoio a ser dado por elas deve ser sempre secundário e a título de colaboração com o Estado. Este deve ser diretamente responsabilizado por uma política séria, planejada e vinculante das autoridades.

Sempre que possível, o trabalho do preso deve ser feito fora da prisão, ainda que não se trate de regime aberto. O enquadramento legal no regime fechado, como decorrência da quantidade de pena que lhe foi imposta, deveria ser mais maleável com vistas à ressocialização. Não há racional contra-indicação a que o condenado não perigoso trabalhe fora da penitenciária por simples decorrência da pena alta imposta em razão de certas circunstâncias.

Deve, é claro, haver vigilância, e não se entenda aí a mera fiscalização carcerária, mas, a atuação presente, de todo o sistema responsável pela reintegração social do preso, do juiz que lhe impôs a pena aos Conselhos da Comunidade (arts. 80 e 81 da Lei 7.210/84). Estes devem ser multiplicados e profissionalizados. Trabalhos como o feito

com seriedade pela FUNAP-Fundação de Auxílio ao Trabalhador Preso podem ser tomados como exemplo para o início de uma nova abordagem do problema da ressocialização.

A descentralização do sistema penitenciário e dos Juízos de Execuções, com criação de unidades integradas locais, facilitaria tal tipo de trabalho, dentro dos presídios e fora dele. E, sem dúvida, a informatização e dotação de recursos materiais e humanos é de fundamental importância para todo o sistema.

5.2 *Progressividade de regimes*

Além da necessidade de se acabar de vez com a ilegalidade do cumprimento de pena em cadeias públicas, já comentada acima, impõe-se observar com plenitude a progressividade de regimes previsto no art. 112 da Lei 7.210/84. Para tanto, todos os presídios devem contar com a Comissão Técnica de Classificação, que acompanha a execução desde o início (arts. 5.º a 9.º da referida lei).

As observações quanto à desnecessidade e inadequação do exame prévio pelo Centro de Observação, previsto em lei, que funciona fora do sistema penitenciário, são válidas. O próprio art. 98 da Lei 7.210/84 sugere não ser imprescindível a atuação do Centro.

Realmente, não há necessidade de duas estruturas. Insisto na já levantada exigência de seriedade a ser conseguida com a *profissionalização*. Equipes estáveis, vinculadas profissionalmente ao sistema, ganhando bem e em regime de exclusividade, cuidariam melhor do problema. Cada presídio deve ter a sua equipe. No caso de descentralização, para sistemas integrados próximos, de pequena complexidade — nas pequenas comarcas do interior por exemplo —, um grupo poderá atender a mais de um presídio, garantida, sempre, a presença quase que diária em todos. A proximidade é essencial à observação.

Não creio deva se vincular tais profissionais à Secretaria de Saúde. Poderia esta ficar encarregada, apenas, da seleção por concurso. O que se fazia urgente, sim, é reverter a vinculação, no caso do Estado de São Paulo, do sistema penitenciário à Secretaria de Segurança Pública, contrariando orientação de Direito Internacional, o que foi feito pelo governador do Estado após o lamentável episódio ocorrido na Casa de Detenção em 2.10.92.

Outrossim, a sugestão de que a comissão conte com um advogado, para o relatório final do exame criminológico, juntamente com um psicólogo (anexo II), é inadequada. A classificação é técnica. Ao advogado deve ser reservado apenas o acompanhamento jurídico da execução.

5.3 Acompanhamento jurídico da execução

A assistência judiciária ao acusado ou preso só será uma realidade democrática e constitucional quando organizada a Defensoria Pública, prevista na Constituição Federal e na Estadual, com o mesmo *status* do órgão acusador do Ministério Público e total independência.

O projeto observa que a Procuradoria Geral do Estado não dá atenção necessária à questão da assistência judiciária. Mas há que se fazer uma ressalva: os procuradores do Estado, da PAJ, tem se desincumbido com notável competência pessoal da defesa dos acusados, na instrução criminal. É verdade que são

em número insuficiente e a maior falha ocorre no acompanhamento da execução.

A Defensoria Pública poderia aproveitar o quadro de procuradores que já atua na área criminal, ampliando-o consideravelmente para preenchimento das necessidades. O que não se concebe é que a questão não tenha sido adequadamente encaminhada até hoje pelo Executivo estadual, apesar da obrigação expressa na Constituição Estadual.

5.4 Assistência — formação funcional

A Lei 7.210/84 prevê a assistência ao preso, ao internado e ao egresso, em várias linhas de necessidade.

Para bem se desincumbir deste encargo, os funcionários do sistema devem ser treinados, em cursos de adequação à delicada tarefa de lidar com pessoas socialmente desajustadas, com reciclagem periódica e acompanhamento do desempenho. É de se deixar claro que esta formação deve ser feita à distância das polícias e forças armadas, como recomendam as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, aprovada pela ONU em 1955, evitando, assim, qualquer interferência dos que prendem na fiscalização do cumprimento da pena, por evidentes razões.

Ao currículo sugerido pelo projeto, ousa-se acrescentar apenas os Direitos Humanos. Afinal a base ética de todo o sistema não pode prescindir de sua plena observância. É por aí que tudo começa, sem dúvida. Sem eles não há progresso social.