

EXECUÇÃO PENAL E FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO

MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA

“O sistema penitenciário brasileiro está em crise. A ocorrência semanal de rebeliões e incidentes violentos indica que as prisões e delegacias não estão sendo administradas de modo eficiente e que as autoridades não exercem controle total sobre essas instituições penais. Os condenados passam meses em condições de superlotação e falta de higiene nas carceragens das delegacias, sua transferência para penitenciárias adiada devido a falta de espaço, inércia da justiça ou corrupção. As condições de detenção existentes em numerosas prisões e delegacias brasileiras são pavorosas e equivalem a formas cruéis, desumanas e degradantes de tratamento e punição. Os internos correm o risco de contrair doenças potencialmente fatais, como a tuberculose e a AIDS, e os presos afetados não recebem tratamento adequado. Já ocorreram casos de morte sob custódia de presos paraplégicos devido a negligência médica. O pessoal é insuficiente e em muitos casos recorre-se a policiais armados em lugar de profissionais treinados para a função.”*

Resumo: O artigo discorre acerca da crise do sistema penitenciário brasileiro e as sérias violações aos direitos dos presos, na execução da pena. Aborda as condições das prisões e alerta sobre a necessidade de serem preservadas, de modo incondicional, as garantias asseguradas, pela Constituição da República, ao indivíduo encarcerado, dentre as quais a da individualização da pena. Defende a aplicação de medidas alternativas à prisão para o pequeno e médio infrator.

Palavras-chave: Execução penal – Sistema penitenciário – Sistema carcerário – Prisões – Humanização da pena – Direitos humanos – Penas alternativas.

A Lei Maior brasileira, em vigor, erigiu a dignidade da pessoa humana a um dos fundamentos da República Federativa, constituída em Estado Democrático de Direito (art. 1.º, III). E contempla um vasto elenco de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais se inserem o direito à vida, à liberdade e a proibição da tortura e de tratamento desumano ou degradante (art. 5.º, *caput* e inciso III).

(*) Brasil: Aqui ninguém dorme sossegado. Violações dos direitos humanos contra detentos, *Relatório da Anistia Internacional*, 1999, p. 2.

No campo penal, assegura, dentre inúmeras garantias, a *individualização da pena*, ao mesmo tempo em que autoriza a adoção de penas outras que a tradicional pena privativa de liberdade.

O indivíduo preso continua a ser sujeito dos direitos não suspensos em virtude da sentença ou pela lei, daí porque a ele se aplicam, em sede de execução da pena, todas as preceituações especificadas para o direito e processo penal, sobressaindo as relativas à legalidade, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, *habeas corpus* (art. 5.º, XXXIX, LIV, LV e LXVIII, da Const. da República) e, particularmente, as disposições que garantem o respeito à integridade física e moral do preso; o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado e permanência da presidiária em companhia dos filhos durante o período de amamentação (art. 5.º, XLVIII, XLIX e L, da Const. da República).

No plano internacional, o Brasil ratificou diversos instrumentos, dentre eles a Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹ e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos,² que consagram o direito à vida, à integridade e liberdade pessoal, honra e dignidade, a par de inúmeras outras garantias judiciais, e que integram o ordenamento jurídico brasileiro em nível constitucional, em face do disposto no artigo 5.º, § 2.º, da Magna Carta.

Destaque-se, outrossim, que, na esfera infra-constitucional, a Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11.07.1984), em inteira consonância com a vigente Constituição, proclama e assegura ao condenado todos os direitos não restringidos pela condenação ou pela lei e impõe, a todas as autoridades, o respeito à integridade física e moral dos condenados e presos provisórios, adotando, como base para o estabelecimento dos deveres e direitos do preso as regras mínimas da ONU, de 1955, que "constituem a expressão de valores universais tidos como imutáveis no patrimônio jurídico do homem".³

Portanto, "*lege habemus*".

O grande desafio está em implementar os ideais e em fazer cumprir as garantias asseguradas, tanto pela Constituição como pela lei ordinária, já que, convenhamos, a dissociação entre a previsão legislativa e a realidade é gritante.

Vários são os fatores determinantes dessa grave discrepância, avultando, dentre outros, os seguintes, apontados pelo Ministério da Justiça⁴ e reproduzidos por Rogério Lauria Tucci:⁵ a) manifesta desigualdade na distribuição da riqueza; b)

(1) Promulgada pelo Decreto 678, de 06.11.1992.

(2) Promulgado pelo Decreto 592, de 06.07.1992.

(3) Cf. Exposição de Motivos à Lei de Execução Penal, item 73.

(4) Cf. Armando Canger Rodrigues e outros (Grupo de Trabalho de juristas constituído pelo Ministério da Justiça). *Criminalidade e violência no Brasil*. Belém : CEJUP, 1980, p. 9 e ss.

(5) Cf. Processo Penal e Direitos Humanos no Brasil. *Revista dos Tribunais*, v. 755, p. 466, set. 1998.

violência policial; c) impunidade das elites econômica e política num estado inescandivelmente falencial; d) equivocada elaboração legislativa, subsequentemente à reforma penal de 1984 e à edição da Constituição Federal de 1988; e) gritantes e graves falhas da Justiça Criminal; e f) sistema penitenciário desumano.

A par desses elementos, não podemos nos esquecer que a criminalidade e o recrudescimento da violência urbana têm preocupado diuturnamente os cidadãos e as autoridades, conduzindo à Política Criminal, na qual a prioridade da garantia à liberdade tem cedido lugar, por vezes, ao estabelecimento de instrumentos e critérios cada vez mais repressivos, levando ao afastamento de postulados, como o da proteção da dignidade humana e o da subsidiariedade da intervenção penal, que norteiam qualquer sistema de cunho, eminentemente, garantista.⁶

O binômio criminalidade e violência ocupa, como realçado por Anabela Miranda Rodrigues,⁷ lugar de destaque, com a eclosão da criminalidade organizada e de massa. E estes fenômenos, amplamente divulgados pela mídia, são os principais responsáveis pela adoção da chamada “política de segurança”, cujo exemplo marcante, entre nós, está na Lei 8.072/90,⁸ que trouxe ao cidadão falsa idéia de que o “endurecimento” poderia reduzir a impunidade ou a criminalidade, ainda que com a violação a garantias constitucionais, em especial, a da individualização da pena.

A sociedade brasileira deseja – e com legítima razão – a redução da criminalidade, mas boa parte da população aplaude, ainda que não ostensivamente, os esquadrões da morte, que aplicam a pena capital sem autorização da lei, contando, não raro, com a participação ou cumplicidade de policiais.

Sem se esquecer que a curva de violência não tem poupado adultos, adolescentes ou crianças.

Nesse passo, faz-se necessário invocar Eduardo Galeano,⁹ que em feliz passagem, assim se refere ao que chamou “Curso básico de injustiça”: “A publicidade manda consumir e a economia o proíbe. As ordens de consumo, obrigatórias para todos porém impossíveis para a maioria, traduzem-se em convites ao delito. As páginas policiais dos diários ensinam mais sobre as contradições de nosso tempo que as páginas de informação política e econômica. Este mundo, que oferece o banquete a todos e fecha a porta nos narizes de tantos é, ao mesmo tempo, igualador e desigual: igualador nas idéias e nos costumes que impõe, e desigual nas oportunidades que brinda”.

A realidade tem mostrado, porém, que a adoção da “política de segurança” não reduziu a criminalidade; as prisões continuam superlotadas; sendo inegável que o

(6) Sistema esse de que nos fala Luigi Ferrajoli. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Bari : Laterza, 1996, p. 5-13.

(7) Cf. Temas fundamentais de execução penal. *Revista do IBCCRIM*. São Paulo, v. 24, p. 13, out./dez. 1998.

(8) Que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5.º, XLIII, da Constituição da República.

(9) Cf. *Patatas arriba: la escuela del mundo al revés*. Buenos Aires : Catálogos, 1998, p. 25.

clima prisional piorou de maneira considerável, com a eclosão quase que diária de motins, fugas, e a recém criada figura do "resgate" de presos nas delegacias de polícia.

E, nesse contexto, é evidente que a invocação da finalidade da execução penal, prevista no art. 1.º da Lei 7.210/84, qual seja, a de "proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado", afigura-se inocente e irreal.

Tem-se entendido, hodiernamente,¹⁰ que a natureza da pena é *retributiva, preventiva* e de *ressocialização*. A pena atua, simbolicamente, como castigo, como "resposta" do Estado ao ato infringente da lei, cometido pelo agente (retribuição), retirando-o do meio social (prevenção), impedindo-o de delinquir. Possui, ainda, a finalidade de educação, recuperação e ressocialização, tendente, pois, à humanização, além da simples punição.

Ora, é sabido que a pena privativa de liberdade não exerce a finalidade de prevenção, haja vista os altos índices de reincidência; de outra sorte, lembra Sérgio Marcos de Moraes Pitombo:¹¹ "jamais reeducou; não recupera e muito menos ressocializa o indivíduo preso. No máximo, pode amestrá-lo, quando não o piora".

O fracasso das chamadas "ideologias re"¹² (reeducação, ressocialização, readaptação, recuperação e reinserção) mostra-se no desumano sistema carcerário:

(10) Ensina Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de direito penal*, 15. ed., rev. e atual. por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro : Forense, 1995, cap. 26, que a doutrina tem procurado explicar o fundamento da pena através de teorias chamadas absolutas, relativas e unitárias, que gravitam em torno de duas idéias fundamentais: a "retribuição" e "prevenção". De acordo com as teorias absolutas, *a pena é exigência de justiça. Quem pratica um mal deve sofrer um mal. A pena se funda na justa retribuição, é um fim em si mesma e não serve a qualquer outro propósito que não seja o de recompensar o mal com o mal*. Já, as teorias relativas, partindo de concepção utilitária da pena, justificam-na por seus efeitos preventivos. *Prevenção geral é a intimidação que se supõe alcançar através da ameaça da pena e de sua efetiva imposição, atemorizando os possíveis infratores. A prevenção especial atua sobre o autor do crime, para que não volte a delinquir. A prevenção especial opera através da emenda do condenado ou de sua intimidação, ou, ainda, da inocuização dos incorrigíveis*. Por fim, as teorias unitárias combinam as teorias absolutas e as relativas. *Partem do entendimento segundo o qual, a pena é retribuição, mas deve por igual, perseguir os fins de prevenção geral e especial*. V., ainda, René Ariel Dotti, O sistema geral das penas. *Penas restritivas de direitos*. São Paulo : RT, 1999, p. 66.

(11) Cf. Conceito de mérito, no andamento dos regimes prisionais. *Revista do IBCCRIM*. São Paulo, v. 27, jul./set. 1999, p. 154.

(12) Ensina Eugenio Raúl Zaffaroni. *Pena e ressocialização*. Palestra proferida no Simpósio Internacional Penas Alternativas e Sistema Penitenciário, realizado em São Paulo no período de 18 a 21 de março de 1997, que essas ideologias estão em redor da idéia de um processo que fracassou, e que o Estado vem corrigir. A idéia é a de que o Estado pode melhorar moralmente a pessoa com poder punitivo. O contrassenso está no fato de que, ao se imaginar que o Estado possa melhorar a pessoa com punição, a pena não seria um mal, mas um bem. Esta idéia, lembra Zaffaroni,

prisões superlotadas, sem lugar para todos; muitos dormem no chão de cimento, em colchões de espuma imundos, ou sobre cobertor. Onde o espaço no chão não é suficiente para permitir que todos se deitem, os presos se revezam; o meio ambiente é insalubre; os doentes são, muitas vezes, misturados com os sadios; há ratos e baratas; os programas educativos, recreativos e profissionalizantes quase inexistem e a falta de consideração pela dignidade dos presos é notória. Por vezes, o dinheiro significa a possibilidade de regalias no interior das prisões. Como lembra Eduardo Galeano:¹³ “se se compara, o inferno de Dante parece coisa da Disney”.

A deterioração das nossas prisões tem sido também, certificada em visitas feitas, por organizações não governamentais internacionais, como a Americas Watch e a Anistia Internacional. Esta última, em relatório recentemente divulgado,¹⁴ concluiu que as sérias violações aos direitos dos presos são, em parte, resultado de problemas estruturais e administrativos do sistema penal brasileiro: longos períodos de encarceramento; condenados sob a custódia da polícia, e não em instituições penais; insuficiência de pessoal carcerário e de treinamento; assistência médica inadequada; escassez de assistência jurídica gratuita para os pobres; recursos humanos insuficientes e de baixa qualidade; corrupção e má administração.

A constatação desta realidade tem conduzido os mais preocupados com a efetivação das garantias e direitos fundamentais do Homem a pugnar por alternativas à prisão, porque, é público e notório, o sistema penitenciário está falido.

Existem, atualmente, cerca de 195.000 pessoas encarceradas no Brasil,¹⁵ em mais de 350 estabelecimentos prisionais,¹⁶ sem se falar nas milhares de delegacias de polícias. Levando-se em consideração que há aproximadamente 107.000 vagas nos presídios, o déficit supera 80.000 lugares. Só em São Paulo, são pelo menos 80.000 presos para quase 40.000 vagas.¹⁷

é incompatível, do ponto de vista ideológico, com o Estado de Direito; com as garantias fundamentais; e com o conceito de Direito Penal democrático, que respeita as garantias individuais e a dignidade humana. E assim o é porque, em um Estado Democrático, o ser humano tem que ser respeitado como pessoa. Pode e deve ser responsabilizado pela má escolha que fez, mas não se lhe pode ser retirado o direito de opção.

(13) Cf. *Patas arriba...* cit., p. 94.

(14) Cf. *Brasil: Aqui ninguém dorme sossegado*. Violações dos direitos humanos contra detentos. São Paulo : Seção Brasileira da Anistia Internacional, 1999, p. 34.

(15) Segundo dados fornecidos pelo Ministério da Justiça e publicados no jornal *Folha de S. Paulo*, edição de 26.08.1999, caderno 3, p. 10. O Censo Penitenciário de 1997, último oficialmente divulgado pelo Ministério da Justiça, em 1998, apontou a existência de 170.207 presos, entre condenados e provisórios, para 74.197 vagas, o que representa um déficit de 96.010 vagas. O custo mensal por preso, ainda de acordo com o Censo, é de cerca de R\$ 500,00. Grande parte da população carcerária brasileira (98%) é formada pela camada mais pobre e menos escolarizada da sociedade; 74,5% dos presos possuem o ensino fundamental incompleto, constituindo, os analfabetos, 12,3%.

(16) Cf. Censo Penitenciário de 1997.

(17) Informações da Secretaria da Administração de São Paulo, publicadas no jornal *O Estado de S. Paulo*, edição de 12.07.1999, caderno *Cidades*, p. 2 e no jornal *Folha*

A apregoada construção de novos estabelecimentos penais não irá, por óbvio, aliviar os graves problemas existentes, como superpopulação, motins, revoltas, dificuldades orçamentárias, cada vez maiores, já que, quanto mais vagas existirem, ainda haverá superlotação.

E, não se imagina que, privatizando as prisões, a questão estará resolvida. Pelo contrário, em um sistema que vise o lucro, a ganância poderá conduzir à clientela cada vez maior, com sacrifício evidente dos direitos fundamentais.

Não é fácil, como assevera Nilzardo Carneiro Leão,¹⁸ “mudar-se uma cultura da violência, do só mandar e do só obedecer, do aceitar e entender que só a violência da pena privativa de liberdade é solução. A humanização do Direito Penal precisa não apenas inovar concepções, como renovar conceitos e objetivos finais, frente a realidades novas e conceitos novos, decorrentes da mutação permanente do existir social”.

Faz-se, portanto, imprescindível transformar, inovar e renovar.

A prisão sempre foi, é e será uma instituição total.¹⁹ Ela é deteriorante e degradante. Favorece o aprendizado de novas técnicas criminosas e cria seus próprios valores.²⁰ Nela, vige a chamada “Lei do Cão,”²¹ resultado do fenômeno da prisionização.²²

de S. Paulo, edição de 20.08.1999, caderno 3, p. 4. A população carcerária, no Estado, está assim dividida: 49.000 presos no sistema penitenciário e 31.700 no da Segurança Pública – distritos policiais e cadeias públicas. Os jovens entre 18 e 25 anos constituem 32% dos presos, sendo certo que 44% da população carcerária paulistana não tinha profissão definida até o momento anterior à prisão e 42% estava sem emprego. V., ainda, a respeito, jornal *Notícias Forenses*, edição de julho de 1999, p. 40-41.

(18) Cf. Humanização do direito penal. Penas alternativas: solução mágica? *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, n. 8. Coord. João Maurício Adeodato, Recife : Universitária da UFPE, 1999, p. 260.

(19) Sobre as características das instituições totais, v. Michel Foucault, *Vigiar e punir*, 9. ed. Trad. Lígia M. Pondé Vassallo, Petrópolis : Vozes, 1991, em especial a quarta parte da obra; Erving Goffman. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo : Ed. Perspectiva, 1974, p. 13-108.

(20) V., sobre a problemática da prisão, dentre outros, Michel Foucault. *Microfísica do poder*, 9. ed., Rio de Janeiro : Graal, 1979, cap. 8; Cezar Roberto Bitencourt. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo : RT, 1993, notadamente cap. 4.

(21) Segundo a qual apenas o mais forte sobrevive. A “Lei do Cão” é muito bem retratada por Drauzio Varella. *Estação Carandiru*. São Paulo : Companhia das Letras, 1999, e por Luiz Philippe Florence Borges. *A lei do cão*. São Paulo, publicação do autor, 1984, especialmente “Canto Décimo”, n. 811 e ss.

(22) A respeito da “prisionização”, v., por todos, Augusto Thompson. *A questão penitenciária*, 2. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1980, em especial cap. III.

A tarefa do profissional do sistema deve ser, por primeiro, a de evitar a desagregação do condenado. Para isso, lembra Anabela Miranda Rodrigues,²³ “faz-se necessária a condução de profunda reforma da vida quotidiana da prisão: ela não deve reforçar a estigmatização social de que acometido o apenado.”

Em suma, as condições de vida do recluso durante a execução da pena devem aproximar-se das condições gerais da vida em liberdade, favorecendo as suas relações com o mundo exterior. Isso aumentará, sem dúvida, o que Eugenio Raúl Zaffaroni²⁴ chama de “nível de vulnerabilidade” do preso.

Como atingir esse objetivo? Conforme muito bem apontado pelos autores por último mencionados,²⁵ em primeiro lugar, é preciso *respeitar a pessoa do preso*; segundo, *não lhe retirar os direitos* não abrangidos pela condenação; terceiro, *oferecer*, e não impor, ao preso a possibilidade de *eleva o seu nível de vulnerabilidade*, reduzindo, assim, ao mínimo possível a marginalização, própria da reclusão.

Esse oferecimento não significa a imposição de tratamento penitenciário, que tem ínsita a idéia de terapêutica coativa. A participação do preso deve ser *voluntária*.

Implica, sim, considerar o preso, não como objeto da execução da pena, mas como *sujeito*, oferecendo-lhe condições de aumentar a auto-estima.

Ademais, o condenado é portador de direitos fundamentais e de deveres perante o Estado, de maneira que qualquer limitação àqueles deve encontrar seu pressuposto na Constituição; só pode ser autorizada quando se demonstrar indispensável para a asseguuração da execução e para a segurança, tanto do estabelecimento prisional, como da sociedade. Segue, daí, que toda restrição de direitos do preso deve ser fundamentada, como fundamentadas devem ser todas as decisões em sede de execução penal, sendo nesse passo, inteiramente aplicável o disposto no artigo 93, IX, da Constituição da República.

É sempre bom ressaltar:²⁶ “prisioneiros são só isso: prisioneiros, e não animais. Foram considerados culpados de crimes e pagam por isso. É preciso garantir que a sociedade brasileira, ao privá-los da liberdade, não os prive da dignidade humana.”

Outra consideração que não pode ser olvidada é a de que a pena é castigo, mas a punição não está apenas na prisão. É cediço que a pena, por encerrar ideologia, só faz sentido se necessária. Assim também deve ocorrer com a prisão.

Na medida em que, sabidamente, o cárcere não “reabilita”, nem “reintegra” o condenado à sociedade, é preciso evitar, pelo menos, para o pequeno e médio

(23) Cf. *Temas fundamentais de execução...* cit., p. 22.

(24) Cf. *Pena e ressocialização...* cit.

(25) Cf. Eugenio Raúl Zaffaroni. *Pena e ressocialização...* cit.; e Anabela Miranda Rodrigues. *Temas fundamentais de execução...* cit., p. 20-28.

(26) Cf. Pierre Sané. Prisões e violação de direitos humanos. *Folha de S. Paulo*, 25.06.1999, caderno 1, p. 3.

infrator, a prisão, impondo-lhe penas alternativas,²⁷ também previstas na Constituição da República.

Isso significa deixar a prisão apenas para aquela pequena parcela de pessoas que, efetivamente, necessitam ser segregadas.

Nesse ponto, impõe-se invocar a garantia da individualização da pena.

A individualização penal, lembra Sérgio Marcos de Moraes Pitombo,²⁸ “consiste na justa adequação, ou medida, da pena a certo comportamento ilícito e típico; ainda, à pessoa do acusado; e, também, na conformidade do regime ao condenado”.

A tarefa de individualizar a pena exige que o juiz, na sentença, explicita, de forma motivada, a qualidade, a quantidade e a intensidade inicial da pena.

Para que a imposição de penas alternativas se faça de maneira mais efetiva, urge modificar a Parte Especial do Código Penal, para que a aplicação dessa modalidade de sanção seja prevista no próprio tipo penal, já que, no sistema

(27) As penas alternativas são sanções criminais distintas das penas privativas de liberdade. Elenca René Ariel Dotti, *O sistema geral das penas...* cit., p. 95, as seguintes, no nosso ordenamento jurídico: a) as restritivas de direitos (prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos; limitação de fim de semana, previstas no artigo 43 do Código Penal); b) a multa penitenciária (artigo 49 do Código Penal); c) a multa reparatória (artigo 297 do Código de Trânsito Brasileiro – CBT); d) a suspensão de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor (artigo 292 *et seq.* do CBT); e) a proibição de se obter a habilitação para dirigir veículo automotor (artigo 292 *et seq.* do CBT); f) a suspensão de atividades (artigo 8.º, III, da Lei 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente); g) o recolhimento domiciliar (art. 8.º, V, da Lei 9.605/98); h) a proibição de contratar com o poder público (artigo 10 da Lei 9.605/98); i) a proibição de receber incentivos fiscais e quaisquer outros benefícios (artigo 10 da Lei 9.605/98); j) a proibição de participar de licitações (artigo 10 da Lei 9.605/98).

Sérgio Salomão Shecaira, *Penas alternativas...* cit., p. 221, por seu turno, explica que a expressão “penas alternativas” acabou por se consagrar na doutrina brasileira, mas confundida com medidas alternativas. Estas últimas não são, numa acepção mais restrita, penas, havendo, de outra sorte, penas alternativas que não são substitutivas da privação da liberdade.

(28) Cf. *Conceito de mérito...* cit., p. 149. A individualização da pena compreende três etapas: cominação (pelo Poder Legislativo), aplicação e execução (ambas pelo Poder Judiciário e referidas na Constituição da República). A individualização legislativa é trabalho do elaborador da lei, que previamente define a pena, adequando certa pena, passível de ser aplicada, a determinada conduta típica. A individualização judicial, chamada “cognitiva”, é realizada no processo de conhecimento e significa a adequação, feita pelo juiz, no momento da sentença, ao definir a pena aplicável, dentre as cominadas (qualidade); a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos (quantidade); e o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (intensidade). Finalmente, a individualização executória é realizada pelo juiz, no curso do processo de execução, complementando aquela cognitiva.

adotado pelo Código, a pena restritiva de direitos apenas substitui a pena privativa de liberdade.²⁹

De outra sorte, é de fundamental importância, para a correta aplicação dos ideais manifestados pela Lei Maior, que o magistrado esteja consciente da importante tarefa de individualizar a pena, de modo a que a mais severa das sanções, que é a privação da liberdade, somente seja imposta nos casos mais graves. Isso evitará que sejam mandados ao cárcere aqueles que dele não necessitam.³⁰ Ou que, sabidamente, dali sairão com um “nível de vulnerabilidade” no mínimo igual, ou mais baixo, do que quando entraram.³¹

Entretanto, isto não basta.

É preciso estabelecer Política Criminal³² e Penitenciária coerentes com os propósitos manifestados pela Lei Maior, em vigor, de maneira a evitar a imposição desnecessária da pena privativa de liberdade e a respeitar, de modo incondicional, a dignidade do ser humano.³³

(29) Segundo dispõe o artigo 32 do Código Penal, as penas são privativas de liberdade; restritivas de direitos; e de multa, dispondo, o artigo 44, que as penas restritivas são autônomas e substituem as privativas de liberdade, nas hipóteses em que especifica.

(30) Levantamento feito pela Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo, publicado no jornal *Folha de S. Paulo*, edição de 03.10.1999, caderno 3, p. 11, mostra que dos 49.905 presos do Estado, 3.920, ou seja, 8%, teriam direito a penas alternativas. Em agosto deste ano, havia 1.964 postos de prestação de serviços, mas apenas 183 condenados beneficiaram-se da pena de prestação de serviços à comunidade. Desde que o programa foi criado pela Secretaria, em fevereiro de 1998, 621 pessoas cumpriram esse tipo de apenação, o que equivale a 1,3% dos condenados. Há 1.781 vagas ociosas para prestação desses serviços. Ainda de acordo com a matéria veiculada pelo jornal, o juiz-corregedor dos presídios de São Paulo assim justificou a baixa aplicação das penas alternativas, na Capital: as penas privativas de liberdade hoje impostas, em razão da criminalidade, são muito altas, superando quatro anos; e os juízes não se sentem seguros em aplicar a pena alternativa porque não há controle efetivo do prestador de serviço. A explicação, a nosso ver, confirma a necessidade de conscientização do aplicador da lei.

(31) Estima o Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente – ILANUD, segundo notícia veiculada pela revista *Veja*, edição 1618, 06.10.1999, p. 46-47, que 45% dos presos brasileiros que cumpriram pena em cadeia tornaram-se reincidentes. Cometendo as mesmas infrações, apenas 12% dos que cumpriram penas alternativas cometeram novas infrações penais. Ainda segundo o periódico, outro estudo da ONU mostrou que 80% dos presos em regime fechado retornaram ao crime, índice este que caiu para 25% dentre aqueles que cumpriram penas alternativas.

(32) A Política Criminal, assevera René Ariel Dotti. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: RT, 1998, p. 189, é ciência e técnica destinadas a promover a interpretação crítica do sistema e formular as propostas de correção.

(33) Anota, a propósito, Sérgio Salomão Shecaira. *Penas alternativas. Penas restritivas de direitos...* cit., p. 158, que o respeito incondicional pela dignidade do ser humano

Lembre-se que a vinculação aos direitos e garantias fundamentais constitui uma obrigação do legislador ordinário, que não poderá, como lembra Alberto Silva Franco, invocando Canotilho,³⁴ “substituir a força normativa imediata dos direitos fundamentais pelo impulso do normativo-legal, a pretexto de formular uma lei clarificadora ou caracterizadora desses direitos.”

De outra sorte, confunde o espírito do aplicador da lei a existência de Política Criminal, que ora endurece a persecução penal e a punição, e ora as atenua,³⁵ sem se esquecer que, uma semana após a edição da Lei 9.714, de 25.11.1998, que aumentou o rol das penas restritivas de direitos, foi instituída, por Decreto Federal (2856, de 03.12.1998) a “Comissão de Acompanhamento e Avaliação do Regime de Penas Restritivas de Direitos” para, no prazo de 2 anos, ofertar “manifestação conclusiva sobre a conveniência de eventual alteração da Lei 9.714/98” (art. 3.º). Conforme asseverado por Cleunice Valentim Bastos Pitombo,³⁶ “é inaceitável, inconcebível e intolerável, em matéria penal, lei experimental”.

é idéia fundamental, sem a qual não há Estado Democrático de Direito, nem é possível falar em um direito penal afinado com os valores inerentes a esse Estado.

(34) Cf. *Crimes hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90*, 3. ed., São Paulo : RT, 1994, p. 344.

(35) O paradoxo é evidente: a) após o advento da Constituição da República, sobreveio a Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), proibindo a progressão de regime penitenciário, ao dispor que as reprimendas aplicadas, pelos crimes que elenca, serão cumpridas, integralmente, em regime fechado (artigo 1.º e § único; artigo 2.º e § 1.º). Mais tarde, a Lei 9.455/97, que definiu o crime de tortura, também tido como hediondo, assentou que o condenado deve iniciar o cumprimento da pena em regime fechado (art. 1.º, § 7.º). A menos que se considere revogada a disposição restritiva, contida na lei mais antiga, estará criada situação de desigualdade, que, efetivamente, o sistema não suporta; b) de outra sorte, também em virtude da Lei 8.072/90, o traficante de entorpecentes não poderá progredir de regime, porque o crime é equiparado aos hediondos. Mas, a critério do julgador, no momento da aplicação da pena, de acordo com a Lei 9.714/98, poderá, em tese, receber pena restritiva de direitos (v. a propósito, manifestação do Procurador Geral da Justiça do Estado de São Paulo, jornal *Tribuna do Direito*, n. 69, jan. 1999, p. 22, e Sérgio Salomão Shecaira, *Penas alternativas...* cit., p. 224); c) o crime de lesão corporal dolosa enquadra-se nas causas de menor potencial ofensivo, por força do que dispõe a Lei 9.099/95, possibilitando, em regra, a transação penal ou a suspensão condicional do processo. Mas, como ele é perpetrado com violência à pessoa, não seria em tese passível, se interpretada de forma rígida a Lei 9.714/98, de aplicação de pena restritiva de direitos (v., a respeito, David Teixeira de Azevedo, *Penas restritivas de direitos: a destruição de um sistema punitivo, Penas restritivas de direitos...* cit., RT, 1999, p. 56; Damásio Evangelista de Jesus e Luiz Flávio Gomes, Lei 9.714/98: penas restritivas de direitos, *Boletim do IBCCRIM* 75, encarte especial, ano 6, fev. 1999, p. 9; Francisco de Assis Toledo, *Aplicação da pena: pena alternativa ou substitutiva, Penas restritivas de direitos...* cit. p. 147, dentre outros). E, assim, poderiam ser elencados muitos outros exemplos.

(36) Cf. Lei penal em experiência. *Boletim do IBCCRIM* 76, março 1999, p. 9-10.

Vale lembrar, a respeito, que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, há pouco, estabeleceu, dentre as diretrizes básicas de Política Criminal, “defender o instituto das penas alternativas, como forma de evitar a privação da liberdade, a qual deve ser imposta excepcionalmente, como *ultima ratio*”, e, ainda, “apoiar a descriminalização e a despenalização de certas condutas, por imperativo da evolução social, à luz da moderna concepção da intervenção mínima do Direito Penal.”³⁷

Tais propósitos, saliente-se, estão em perfeita consonância com as Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas não-privativas de Liberdade, conhecidas como “Regras de Tóquio,”³⁸ que recomendam, aos Estados-membros, a introdução de medidas não-privativas de liberdade em seus sistemas jurídicos, de modo a reduzir “a aplicação das penas de prisão e racionalizar as políticas de Justiça Penal, levando em consideração o respeito aos direitos humanos, às exigências da justiça social e às necessidades de reabilitação do delinqüente.”³⁹

É preciso, pois, que o manifestado propósito de intervenção mínima seja implementado, evitando-se o encarceramento inútil. A imposição da pena de prisão, frise-se, deve ser deixada como *ultima ratio*.

Apregoa-se – com razão – a falência do sistema penitenciário.

A Lei de Execução Penal, de 1984, até hoje não foi regulamentada em São Paulo, o maior Estado da Federação, não obstante o prazo de seis meses estabelecido no texto legal.

Ainda em São Paulo, não há vagas para o regime aberto e nem Casas de Albergado em número suficiente. Na Capital, elas sequer existem.

De igual modo, não há vagas para o regime semi-aberto, o qual, na prática, acabou transformado em regime aberto. Aquele que é removido do regime fechado para o semi-aberto, no mais das vezes, apenas ali pernoita, permanecendo fora o dia todo.

E o regime fechado, já vimos, é verdadeiramente desumano, em todos os Estados.

O Poder Executivo, a quem cabe o cumprimento das decisões judiciais, necessita estar aparelhado, para que a execução da pena privativa de liberdade se faça de maneira humana, com respeito à dignidade do condenado.

(37) Arts. 4.º e 5.º da Resolução 5, de 19.07.1999, que “dispõe sobre as diretrizes básicas de política criminal e dá outras providências”.

(38) Aprovadas e adotadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em sua Resolução 45/110, de 14.12.1990. A Assembléia Geral, ao aprovar as regras, acatou recomendação do 8º Congresso das Nações Unidas Sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, realizado em Havana, de 27.08. e 07.09.1990. As “Regras de Tóquio” são assim conhecidas por indicação do Comitê de Prevenção e Controle do Delito, já que o Projeto foi preparado em Tóquio, pelo Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente.

(39) Regra 1.5.

Tendo em vista que à Política Penitenciária cabe “buscar, no sonho, a razão para o encontro da utopia e da busca da realidade,”⁴⁰ invocamos, mais uma vez, Eduardo Galeano, ao cogitar do “direito ao delírio,”⁴¹ no próximo milênio, já que, embora não possamos adivinhar o tempo que será, podemos exercer o jamais proclamado direito de sonhar.

E, delirando por um instante, para predizer outro mundo possível, permitimo-nos sonhar com um lugar, onde justiça, liberdade e dignidade humana, mais do que eloquência de discurso, constituam, verdadeiramente, os pilares da sociedade; onde a privação da liberdade seja medida rara e excepcional; e onde a prisão seja local bem diferente do que é hoje, isto é, mero depósito de pessoas.

Bibliografia

- ANISTIA INTERNACIONAL. *Brasil: Aqui ninguém dorme sossegado. Violações dos direitos humanos contra detentos*. São Paulo : Seção Brasileira da Anistia Internacional, 1999.
- AZEVEDO, David Teixeira. *Penas restritivas de direitos: a destruição de um sistema punitivo. Penas restritivas de direitos*. São Paulo: RT, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo : RT, 1993.
- BORGES, Luiz Philippe Florence. *A lei do cão*. São Paulo : Publicação do autor, 1984.
- DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo : RT, 1998.
- . *O sistema geral das penas. Penas restritivas de direitos*. São Paulo : RT, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Bari : Laterza, 1996.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 9. ed., Trad. Ligia M. Pondé Vassallo, Petrópolis : Vozes, 1991.
- . *Microfísica do poder*. 9. ed., Rio de Janeiro : Graal, 1979.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 15. ed., Rev. e atual. por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: notas sobre a lei 8.072/90*. 3. ed., São Paulo : RT, 1994.
- GALEANO, Eduardo. *Patatas arriba*. Buenos Aires : Catálogos, 1998.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo : Perspectiva, 1974.
- JESUS, Damásio Evangelista; GOMES, Luiz Flávio. *Lei 9.714/98: penas restritivas de direitos. Boletim do IBCCRIM 75/9, encarte especial, ano 6, fev. 1999.*

(40) Cf. Nilzardo Carneiro Leão, Política Penitenciária Nacional. *Revista da Faculdade de Direito de Olinda* 4, Olinda, v. 3, p. 29, jan./jun. 1999. Refere, o autor, que à Política Criminal caberá “fornecer e apontar os caminhos indispensáveis à busca da paz, à sociedade, ao povo, ofertando as condições para que possa o homem promover em toda a plenitude o exercício da cidadania”.

(41) Cf. *Patatas arriba...* cit., p. 342.

- LEÃO, Nilzardo Carneiro. Humanização do direito penal. Penas alternativas: solução mágica? *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, 8. Coord. João Maurício Adeodato, Recife : Universitária da UFPE, 1999.
- LYRA, Roberto. Processo e execuções penais. *Novo direito penal*. Rio de Janeiro : Borsoi, 1971, v. 3.
- PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos – Lei penal em experiência. *Boletim do IBCCRIM*, n. 76, março 1999, p. 9-10.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Conceito de mérito, no andamento dos regimes prisionais. *Revista do IBCCRIM* 27/149-158. São Paulo, jul./set. 1999.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Temas fundamentais de execução penal. *Revista do IBCCRIM* 24/11-37. São Paulo, out.-dez. 1998.
- RODRIGUES, Armando Canger. Org. *Criminalidade e violência no Brasil*. Belém : CEJUP, 1980.
- SANÉ, Pierre. Prisões e violação de direitos humanos. *Folha de S. Paulo*, 25.07.1999, caderno 1, p. 3.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. Penas alternativas. *Penas restritivas de direitos*. São Paulo : RT, 1999.
- THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 2. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1980.
- TOLEDO, Francisco de Assis. Aplicação da pena: pena alternativa ou substitutiva. *Penas restritivas de direitos*. São Paulo : RT, 1999.
- TUCCI, Rogério Lauria. Processo Penal e Direitos Humanos no Brasil. *Revista dos Tribunais*, v. 755, set. 1998.
- VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo : Companhia das Letras, 1999.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Pena e ressocialização*. Palestra proferida no Simpósio Internacional Penas Alternativas e Sistema Penitenciário, realizado em São Paulo no período de 18 a 21 de março de 1997.