

**REDESENHANDO  
A EXECUÇÃO PENAL**  
**A superação da lógica dos benefícios**



**Coordenadores:**

**RAFSON SARAIVA XIMENES**

Defensor Público do Estado da Bahia, graduado em Direito pela UFBA,  
membro titular do Grupo de Trabalho para a Análise de Respostas  
à Criminalidade da Defensoria Pública do Estado da Bahia.

**DANIEL NICORY DO PRADO**

Defensor Público, Professor da Faculdade Baiana de Direito,  
Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia,  
coordenador do Grupo de Trabalho para a Análise das Respostas  
à Criminalidade da Defensoria Pública do Estado da Bahia,  
membro suplente do Conselho Penitenciário do Estado da Bahia.

# REDESENHANDO A EXECUÇÃO PENAL

**A superação da lógica dos benefícios**

2010



[www.faculdadebaianadedireito.com.br](http://www.faculdadebaianadedireito.com.br)

**Conselho Editorial:**

Fredie Didier Júnior  
Gamil Föppel El Hireche  
Valton Pessoa  
Dirley da Cunha Júnior  
Cristiano Chaves de Farias  
Nestor Távora  
Rodolfo Pamplona Filho  
Maria Auxiliadora Minahim

**Capa:**

Cicero Vilas Boas

**Diagramação:**

Maitê Coelho  
(maitescoelho@yahoo.com.br)



Av. Visconde de Itaborahy, 989  
Amaralina – Salvador – Bahia – Brasil  
Cep: 41.900-000  
Tel. (71) 3205-7707  
[www.faculdadebaianadedireito.com.br](http://www.faculdadebaianadedireito.com.br)

## SUMÁRIO

Agradecimentos .....	7
Apresentação.....	9
<i>Rafson Saraiva Ximenes</i> <i>Daniel Nicory do Prado</i>	
Prefácio .....	11
<i>Alexandre Moraes da Rosa</i>	
<b>Capítulo I</b>	
A pena como <i>resposta</i> no paradigma restaurativo .....	13
<i>Andrea Tourinho Pacheco de Miranda</i>	
<b>Capítulo II</b>	
Exame criminológico, execução penal e a legislação.....	31
<i>Rafson Ximenes</i>	
<b>Capítulo III</b>	
Garantismo aplicado à execução penal .....	57
<i>Alexandre Alves de Souza</i>	
<b>Capítulo IV</b>	
A garantia da duração razoável do processo e suas implicações no campo da execução da pena .....	71
<i>Alan Roque Souza de Araujo</i>	
<b>Capítulo V</b>	
Princípio da intranscendência da pena e o modelo prisional vigente .....	95
<i>Firmiane Venâncio</i>	
<b>Capítulo VI</b>	
Progressão por salto e racionalidade .....	107
<i>Rafson Ximenes</i>	
<b>Capítulo VII</b>	
A saída especial no processo de execução penal na Bahia .....	137
<i>Daniel Nicory do Prado</i>	
<b>Capítulo VIII</b>	
A remição da pena e a sua efetivação ante a omissão estatal.....	157
<i>Leonardo Alves de Toledo</i>	

**Capítulo IX**

Perda dos dias remidos e o princípio da proporcionalidade .....	173
<i>Daniel Nicory do Prado</i>	

**Capítulo X**

Penas e medidas alternativas. Redução do aprisionamento ou expansão punitiva .....	195
<i>Bethânia Ferreira de Souza</i>	

## AGRADECIMENTOS

Agradecemos à Anadep, à Adep-BA e à Faculdade Baiana de Direito, pelo apoio ao projeto.

Agradecemos a Alexandre Morais da Rosa, pelo constante apoio ao fortalecimento da Defensoria Pública.

Agradecemos aos amigos e familiares que ajudaram, direta ou indiretamente, à realização do livro, discutindo, lendo, incentivando, ou proporcionando o bem-estar e a paz de espírito que permitiram conciliar o duro trabalho cotidiano, com o desafio de escrever.

Agradecemos, principalmente aos homens e às mulheres que cumprem pena, por chorar, sorrir, contar, mentir, reclamar, aplaudir, brigar e acudir, lembrando sempre a quem se permite olhar para eles, que são exatamente iguais àqueles que os ajudam, que os defendem, que os acusam, que os julgam, que os demonizam e que são indiferentes.



## APRESENTAÇÃO

*Rafson Saraiva Ximenes  
Daniel Nicory do Prado*

A supremacia da Constituição, a prevalência e centralidade dos Direitos Fundamentais e o pensamento a partir de princípios e da ponderação de interesses, que constituem a essência do discurso do chamado “Neoconstitucionalismo”, que se diz “pós-positivista”, invadiu todos os ramos da dogmática jurídica nas últimas décadas, muito embora alguns desses elementos já decorressem naturalmente do próprio positivismo jurídico, sobretudo de suas formulações mais bem acabadas, do Século XX, por Kelsen, Bobbio e Hart.

Por isso, mesmo que esse conjunto de afirmações não seja uma completa novidade na teoria jurídica, é inegável que o “Neoconstitucionalismo” teve grande sucesso com suas propostas, favorecendo uma desejável renovação da doutrina das disciplinas dogmáticas, que se chamou de “constitucionalização” do direito civil, do direito penal, e do direito processual, entre outros.

No entanto, um dos ramos em que essa renovação doutrinária tem sido mais difícil é a Execução Penal. Primeiro, porque a própria produção científica na área ainda é muito tímida. Segundo, porque os principais manuais da área, apesar de muito competentes para os seus propósitos, partem, na maior parte dos casos, de premissas divorciadas axiologicamente do quadro de direitos fundamentais protegido pela Constituição, embora encontrem grande ressonância entre os partidários da ideologia da defesa social.

Não dá para negar que alguns autores vêm mudando esse quadro com obras críticas e atentas à renovação constitucionalista da dogmática jurídica, e entre eles merecem destaque Alexandre Morais da Rosa, que aceitou o convite para redigir o prefácio deste livro, Salo de Carvalho e Rodrigo Duque Estrada.

Se o presente trabalho segue, em linhas gerais, os caminhos já trilhados pelos autores indicados acima, ele traz como novidade um olhar que até o momento não teve a devida visibilidade: o olhar dos defensores públicos.

Os principais manuais sobre Execução Penal são assinados por membros do Ministério Público, e aqui destacamos os seguintes: Júlio Fabbrini Mirabete, Renato Marcão e Haroldo Caetano da Silva. Todos, como dito, competentes em seus propósitos, embora representem um espectro ideológico bastante abrangente: alguns são mais garantistas, outros são partidários das teorias da defesa social.

Além deles, os precursores de um discurso mais constitucionalizado acerca da Execução Penal (entre outros, os já citados acima) são juízes ou advogados.

Embora os advogados cumpram bem o papel de sustentação do discurso sob a ótica da defesa na área criminal, o olhar peculiar do Defensor Público – que trata da defesa dos desfavorecidos econômica e socialmente – merece um espaço próprio no cenário. Até o momento, com a notável exceção de Rodrigo Duque Estrada, os defensores ainda não ocupam esse espaço.

Karl Popper afirma, com extraordinária lucidez, que a objetividade da ciência não depende da objetividade do cientista, mas da livre discussão de ideias no espaço público. Nesse contexto, em que todas as teorias são submetidas a testes implacáveis, as mais frágeis caem mais rapidamente, e mesmo as mais bem aceitas e mais bem fundamentadas têm prazo de validade, e estão sujeitas a desmentidos e ao surgimento de teses melhores. Se o espaço de discussão não é livre, ou a sua diversidade é insuficiente, a objetividade da ciência começa a ficar comprometida.

Os coordenadores desse trabalho não têm a pretensão da neutralidade, impossível em qualquer atividade humana, mas asseveram que todos os autores, muito embora partam de premissas axiológicas claramente demarcadas, mantiveram o compromisso, a seriedade acadêmica e a atenção para possíveis teses contrárias, refutando-as quando necessário.

A tomada de posição é explicitada já no título do trabalho, em que se propõe a superação da lógica dos benefícios. Como asseverou o compositor Belchior, as palavras são navalhas e ferem. Quando todo o discurso dominante, inclusive nas Defensorias Públicas, se refere aos direitos do apenado como uma caridade, um favor, é óbvio que haverá consequências. Vencer este obstáculo simbólico e poderoso é essencial para construir um novo modelo.

Isso, no entanto, como acabou de ser dito, não é o mais importante na presente publicação: a relevância desta obra consiste no enriquecimento do espaço público de discussão de ideias com um olhar que andava negligenciado: o olhar da defesa dos pobres, que, na Execução Penal, compõem a esmagadora maioria dos encarcerados e dos submetidos a penas restritivas de direitos.

Se as teses contidas no presente trabalho serão bem aceitas, só a própria comunidade científica dirá, com a passagem do tempo. No entanto, os coordenadores, em nome de todos os autores, agradecem à Editora Juspodivm e à Faculdade Baiana de Direito que, por meio de seu selo editorial, viabilizaram a publicação deste trabalho, apostando exatamente na proposta de diversificar o discurso sobre a Execução Penal no Brasil, para que os leitores tirem as suas próprias conclusões.

Salvador, Setembro de 2010.

## PREFÁCIO

*Alexandre Morais da Rosa\**

Defender acusados no Brasil de hoje é quase uma atividade clandestina. O estigma de defender “bandidos”, buscar a efetivação de Direitos Humanos, passa a ser o discurso dos iludidos pela crença de que o Direito Penal e a pena servem para alguma coisa a mais do que uma resposta estatal agnóstica. Mas lidar com gente que acredita, piamente, no que se parece, no *semblant*, evidente, é dilema de quem atua nesta seara. Claro que não se trata de acreditarmos numa posição antecedente de “anjos” e “demônios”, dado que este maniqueísmo é próprio de uma compreensão religiosa, não laica, da qual devemos sempre suspeitar, especialmente da pretensão universal de bondade. Neste imaginário coletivo e universal de que a segurança coletiva prepondera sobre direitos e garantias individuais postam-se os defensores das regras de todos, a saber, dos que hoje estão submetidos ao poder estatal, via pena, e daqueles que hoje gozam ao verem o mal infligido, embora possam ser os submetidos de amanhã.

Neste contexto a sociedade do espetáculo de que nos fala Guy Debord arregimenta um sistema de instituições aptas a tirar proveito, em conluio com a classe política, da gestão do medo, via sistema penal, transformando o fato violento em produto, ou seja, o crime virou produto e vende muito! Basta ver o quanto se dedica nas programações televisivas e de jornais às notícias “policiais”. Pensar por aí pode ser uma das chaves para entender que o sujeito que se posta na defesa intransigente das regras do jogo é tachado, não sem razão, de “advogado do diabo”.

Com efeito, em 1983 o Papa João Paulo II extinguiu a figura do “advogado do Diabo” (*advocatus diaboli*) nos processos de Canonização, deixando que tudo ficasse a cargo do Promotor da Fé (*Promotor Fidei*). Este último, portanto, congrega em si mesmo os atributos para, sem contraditório, reconhecer os “Milagres” e opinar pela canonização. Com a exclusão do contraditório a Igreja Católica conseguiu acelerar os processos de canonização, pois quem tinha a função de permanentemente desconfiar, apontar os equívocos, as dúvidas, dos invocados “Milagres”, foi consumido. A aceleração na produção de novos “beatos” e “santos” se fez ver logo em seguida. Enquanto no período de 1900 até 1983 haviam ocorrido 98 canonizações, de 1983 até hoje ocorreram mais de 500, “democratizando” os “milagres” (da multiplicação, quem sabe) pelo mundo, na busca, frenética, por novas conversões... Este fato pode marcar o que se passa,

---

Doutor em Direito. Professor da UFSC. Juiz de Direito. <http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com>

desde sempre, com a Execução Penal, dado que neste processo, administrativizado, a figura do advogado/defensor é apenas tolerada e não admitida.

Na verdade, na eterna e imaginária da luta do bem contra o mal, de gente que precisa se tratar, porque coloca no outro, muitas e muitas vezes, suas angústias pessoais, mormente de salvação da sociedade – e todos salvadores são paranóicos e canalhas – afastando-se de uma compreensão adequada democraticamente de respeito pela dignidade humana. Logo após terminar uma fala sobre a necessidade de respeito aos direitos dos presos, em Florianópolis, no ano de 2009, um respeitável iludido da “Guerra contra o crime”, sem mais, aumentando a voz, disse-me: “*Afinal de que lado você está?*” Claro que antes disse não haver entendido nada do que havia enunciado. Ele tinha razão duas vezes. A primeira é porque quando o sujeito objeta do seu lugar sempre está com a razão. Em segundo, não tinha capacidade de entender o discurso porque, de fato, embora fosse um congresso de Direito Penal, era jejuno em diálogos democráticos, fruto de uma educação bancária e que acredita ingenuamente na pena. Adotava a posição do sectarismo e maniqueísmo próprios de quem continua na sua cruzada do “Bem”, procurando defenestrar qualquer representante do “Mal”. Por certo eu teria sido queimado numa fogueira qualquer se isto tivesse se dado alguns anos antes, porque lidar com gente fanática é complicado<sup>1</sup>. Mas não. A platéia, formada em alguma medida por psicanalistas, entendeu o recado. Por isso terminei parafraseando Lacan<sup>2</sup>: “*é isto; se é que me entendem*”.

Por isto que pode causar um certo desconforto aos “sanitaristas jurídicos” a defesa intransigente dos Direitos Fundamentais de todos – presos ou não. E neste livro, organizando por gente que ocupa o lugar de defensor, num verdadeiro Estado de Exceção que virou regra (Benjamim e Agamben), pode-se buscar reflexões argutas sobre o que se passa no Real desta violência diária. O texto perpassa temas instigantes, sobre o tempo da pena, a duração da medida, a garantia de direitos, garantismo, paradigma restaurativo, bem assim a luta intransigente pela efetivação de uma democracia processual na Execução Penal.

Anoto, ainda, que os defensores Rafson Ximenes, Daniel Nicory, Andréa Tourinho, Alan Roque Araújo, Alexandre Alves, Bethânia Ferreira, Firmiane Venâncio e Leonardo Toledo merecem o meu respeito e admiração. O texto fala por si. Recomendo a leitura.

1. OZ, Amos. **Contra el fanatismo**. Trad. Daniel Sarasola. Madrid: Siruela, 2005, p. 13: "Tiene que ver con la típica reivindicación fanática: si pienso que algo es malo, lo aniquilo junto a todo lo que lo rodea."
2. LACAN, Jacques. Homenagem a Lewis Carroll. In: Ornicar I. De Jacques Lacan a Lewis Carroll. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 10.

# CAPÍTULO I

## A PENA COMO *RESPOSTA*

### NO PARADIGMA RESTAURATIVO

*Andrea Tourinho Pacheco de Miranda\**

**Sumário** • Introdução. 1. Teorias legitimadoras e deslegitimadoras da pena e o descrédito da sua aplicabilidade no sistema punitivo atual. 2. O discurso jurídico-penal simbólico para a aplicação da pena. 3. A Justiça Restaurativa e a substituição da pena como *resposta* no novo sistema de resolução de conflitos. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

Em 1897, Émile Durkheim espantava os juristas da época com a sua tese de que o crime era saudável e necessário para impulsionar as transformações da sociedade, como fato precursor para a evolução normal da moral e do direito. Dizia ele, que não pode haver sociedade em que os indivíduos não divirjam em maior ou menor grau; o crime existe porque a sociedade necessita de mecanismos de integração que reforcem os laços aos que foram convenientemente socializados, portanto, o crime é socialmente benéfico porque auxilia a manter a sociedade integrada, preparando-a para mudanças<sup>1</sup>.

Para completar a necessidade de entender o crime como essencial, em contrapartida ao ato contrário ao direito, a pena surgiu como castigo, uma expiação do mal provocado por aqueles que transgredissem as normas de convivência do meio social, família, tribo, clã. A pena aparece, inicialmente, como um direito absoluto, caracterizando a vingança privada como o primeiro estágio em que se estabeleceu a sanção penal como meio intimidador para quem era considerado antissocial.

Paralelo ao surgimento da pena como castigo, o conceito de Direito Penal teve diversos significados, mas sempre se adequando a funcionalidade da pena, seguindo-se de várias teorias que procuravam fundamentar a sua aplicação e

---

\* Defensora Pública do Estado da Bahia, Titular da 12a Vara Crime da Capital, Mestre em Direito pela UFPE, com linha de pesquisa em Direito Penal. Doutoranda em Direito pela Universidade de Buenos Aires, Argentina. Tem experiência na área Direito, com ênfase em: Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Prática Jurídica Penal e Execuções Penais (Penas Alternativas, Justiça Restaurativa e Mediação Penal).

1. DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 71-72.

legitimidade. A ideia da pena como sanção é a aplicada como um limite a liberdade de ação dos indivíduos imputáveis, servindo como “freio inibitório”, repousando na ideia de que o infrator, ao provocar o ato ilícito, como resposta, ensejar-lhe-ia uma reação por parte do meio social.

Esse pensamento, *à priori*, interpretado de maneira errônea, se analisado isoladamente, não leva em consideração que, o infrator, no momento da ação ou omissão, possa realmente se remeter aos prováveis efeitos da lei penal substantiva, encarada aqui, como norma penal. Ademais, os efeitos da sanção imposta só são verdadeiramente sentidos no momento da sua execução, embora “*ab initio*”, o acusado absorva os reflexos estigmatizadores na “cerimônia degradante do processo penal”.

A pena foi nos primórdios, uma satisfação aos deuses agravados. A *poena* latina deriva da *poinë* grega, extraído da raiz sânscrita *pū*, que significa purificar; seria um sacrifício à divindade ofendida, expiatório sacrifício que purificava o culpado e, por ele, a sociedade<sup>2</sup>.

Chegou-se a pena de talião, a qual se procurava estabelecer um equilíbrio entre a ofensa e ofensor, de tal forma que o mal praticado por alguém deveria ter exatamente a sua correspondência; um mal *igual e oposto*, traduzida com expressão latina *tal*, que significa *talis, igual*.<sup>3</sup>

Note-se que a vingança privada arraigou-se no costume do povo, sendo lentamente abandonada, graças ao fortalecimento do poder social, quando as penas públicas passaram a instituir suficiente proteção, não sendo mais necessário que o indivíduo recorresse ao seu próprio desforço, surgindo, a partir daí o que se chama de Direito Penal material.

A interferência do poder social no domínio da repressão, durante séculos, fez-se sentir a crueldade dos castigos, como suplícios e tortura expondo publicamente o malfeitor a procedimentos inquisitoriais, sem respaldo e garantias legais, em total desrespeito aos direitos fundamentais do cidadão, e que, até hoje, são utilizados, como herança maldita, em decorrência da corrupção institucionalizada ou por meio da instigação para a violência<sup>4</sup>.

No final do século XVIII, o espetáculo punitivo vai desaparecendo e um novo procedimento vai se formando, passando, o Direito Penal a sofrer pro-

2. Cf. PEIXOTO, Afrânio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. p. 25.

3. QUIRÓS, Constancio Bernaldo de. La evolución de la pena la ley de talion y sus equivalentes. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, v. 21, p. 35-39, ene./mar., 1941.

4. GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. São Paulo: Max Limonad. v. I, p. 13.

fundas transformações no tocante a tutela das garantias individuais da pessoa humana.

A certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. Por essa razão, a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada a seu exercício. O fato de ela matar ou ferir já não é mais a glorificação da força, mas, um elemento intrínseco a que ela é obrigada a tolerar e muito lhe custar ter que impor<sup>5</sup>.

Com o Iluminismo e o nascimento do Direito Penal humanitário, a pena passou a ter o significado retributivo mais cristalizado, porém sem maiores questionamentos quanto aos seus efeitos sobre o indivíduo, passando por um reconhecido abrandamento, sobretudo com o advento da Escola Clássica, defendida pelas ideias de Cesare Beccaria<sup>6</sup>.

É certo que, mesmo tendo diversos significados que acompanharam a evolução histórica da sociedade, a pena, até hoje, não alcançou o fim utilitário, defendido por Bentham<sup>7</sup>, nem trouxe mudanças significantes que pudessem interferir no âmago da *psiquê* do indivíduo, assim entendido como pessoa humana, fazendo-o refletir pela consequência do ato praticado, na sua vida e na comunidade.

O panóptico de Bentham poderia ser o modelo de controle social programado ideologicamente como instrumento disciplinador durante a acumulação originária da capital na região central, mas o verdadeiro modelo ideológico para o controle periférico não foi o de Bentham, mas o de Cesare Lombroso. Este modelo ideológico partia da premissa de inferioridade biológica tanto dos delinquentes centrais como da totalidade das populações colonizadas, considerando, de modo análogo, biologicamente inferior, tanto os moradores das instituições de seqüestro coloniais (cárceres, manicômios), como os habitantes originários das

5. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão: história da violência nas prisões*. Trad. Raquel Ramalhe. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 13.

6. BECCARIA, Cesar. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 49.

7. Cf. FOUCAULT, op. cit., p. 168-169. O autor refere-se à criação de um estabelecimento penal disciplinar com métodos capazes de transformar o indivíduo, através da observação, mas que não deu certo. O panóptico de BENTHAM, a prisão circular, criou uma expectativa naturalista da pena como meio ressocializador do indivíduo, quando usada como “máquina” de fazer experiências, modificar o comportamento, treinar e retreinar os indivíduos, além de estabelecer um programa pedagógico, abordando o problema da educação reclusa. Bentham não diz se se inspirou, em seu projeto, no zoológico que Le Vaux construiu em Versalhes, primeiro zoológico cujos elementos não estão, como tradicionalmente, espalhados em um parque.

imensas instituições de seqüestro coloniais (sociedades incorporadas ao processo de atualização histórica)<sup>8</sup>.

A filosofia retribucionista, reconhece um único objetivo para a aplicação da pena, qual seja a ideia utópica de “realizar justiça”, não devendo a culpabilidade estar vinculada a um fim específico, portanto, o sentido da pena estaria vinculado a ideia de castigo, desprovido de qualquer sentimento humanitário.

Como bem assinala Leonardo Sica, a punição irracional, o crime como dado essencial, o castigo e a violência punitiva exacerbada, enquanto característica principal da reação penal infunde ao cidadão o ideal de sofrimento, e avolumam a própria violência que os oprime. Mais do que isso, a justiça penal deve priorizar mecanismos de intervenção que fortaleçam o vínculo comunitário oferecendo modelos comportamentais de consenso ao redor das regras de ordenamento<sup>9</sup>.

A Justiça Restaurativa e a mediação penal surgiram como modelos alternativos de solução de conflitos, que colocam o infrator de frente para o problema, enfrentando os seus “demônios” particulares, para que possa refletir sobre as consequências do ato que causou. É um forma de olhar o conflito com outros olhos, “trocando as lentes”, como bem assinala Zehr.<sup>10</sup>

Vale salientar o compromisso verdadeiro do acusado sobre a sua responsabilidade pela ação ilícita, pois nas práticas restaurativas ou na mediação penal, o mesmo assume a culpa, ao contrário do procedimento dos Juizados Especiais Criminais, onde, na conciliação, não há necessidade que o autor do fato reconhece a culpa para aceitar uma das medidas despenalizadoras propostas na lei 9.099/95. Uma coisa independe da outra.

Nas duas novas vias de pacificação de conflitos, mediação penal ou Justiça Restaurativa, o infrator pode enfim admitir a culpa e as consequências do seu erro sem medo, participando de forma positiva da restauração das relações de convivência na comunidade. Dessa forma, os efeitos da pena podem atingir seu real objetivo, ou seja, a verdadeira resposta ao ato violado, quiçá uma resposta *afetiva* e não *afletiva* imposta anteriormente pelo Estado.

8. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romana Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1989. p. 77.

9. SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 4-5.

10. ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. p.170.

## 1. TEORIAS LEGITIMADORAS E DESLEGITIMIZADORAS DA PENA E O DESCRÉDITO DA SUA APLICABILIDADE NO SISTEMA PUNITIVO ATUAL

As teorias que legitimam a aplicação da pena servem para justificar a intervenção do poder de punir do Estado, estando intimamente ligadas a função do Direito Penal, podendo ser classificadas em teorias absolutas, relativas, ou mistas/ unitárias.

Variado em contexto, como já assinalado, mas sempre voltada para uma intervenção como resposta a um fato antijurídico, a função da pena está sempre presente para justificar seus fins, ou seja, “pune-se porque pecou (teoria absoluta, retribucionista), pune-se para que não peque (teoria relativa, preventiva) ou pune-se porque pecou e para que não peque (teoria mista, retribucionista-prevencionista)”<sup>11</sup>.

O fato é que, os diversos modos de justificação para a intervenção estatal punitiva, variam a depender do contexto analítico. Kant e Hegel, v.g., pretendiam dar uma justificação idealista para a aplicação da pena, acentuando o seu sentido retributivo como justificativa para o exercício da intervenção Estatal.

Para Kant<sup>12</sup>, a pena existe para realizar o verdadeiro ideal de justiça; seria a pena um imperativo moral incondicional absoluto, independente de considerações utilitárias; “a pena basta a si mesma, pois são, no mundo regido por princípios morais, categoricamente necessárias”, assim, por exemplo, “*todo aquele que mata deve morrer*”.

Hegel<sup>13</sup>, com o mesmo pensamento retribucionista, sustenta ser a pena um momento de reconciliação do infrator com a lei que é por ele reconhecida, sendo uma exigência da razão, uma negação do direito representado pelo delito e não um mandato absoluto, como queria Kant<sup>14</sup>. O crime seria a negação do direito e a pena a negação da negação; a reafirmação do direito e que toda a coação é idealmente injusta, porque atenta contra a existência real da liberdade. Melhor seria que a pena fosse encarada como um momento de reconciliação do acusado com si próprio e com a comunidade, dentro do paradigma restaurativo.

11. Cf. QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 9-18.

12. Apud WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Trad. J. Bastos Ramirez y Sergio Yáñez Pérez. 4. ed. Santiago do Chile: Jurídica do Chile, 1993. p. 284.

13. HEGEL, George Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 84-85.

14. *Ibid.*, p. 196.

O discurso retribucionista, de compensação, da pena somente como meio expiatório encontrou várias contradições porque não atingiu o fim desejado, tornando-se inconsistente. Juarez Cirino dos Santos faz críticas ao discurso jurídico retribucionista entre os quais a de que na atual conjuntura, a ideia retributivista para aplicação da pena, se tornou antitética com a formação do Estado Democrático de Direito:

[...] retribuir, como método de expiar ou de compensar um mal, com outro mal, pode corresponder a uma crença – e, nessa medida, constituir um ato de fé –, mas não é democrático, nem científico. Não é democrático porque no Estado democrático de Direito o poder é exercido em nome do povo – e não em nome de Deus – além disso, o direito penal não tem por objetivo realizar vinganças, mas proteger bens jurídicos.<sup>15</sup>

A teoria retribucionista, destarte, não produz eficácia alguma sobre a responsabilidade criminal individual. Tratando-se de indivíduo inimputável, como taxá-los de *rationais*? Essa terminologia é reconhecidamente contraditória para os terapeutas, quando se remetem ao comportamento humano.

E o que dizer dos surtos psicóticos repentinos, das personalidades limítrofes ou bipolares, daqueles que passam por transtornos de personalidade e que praticam ações repugnantes em um único momento da vida? Que tipo de sanção deve-se aplicar para esse tipo de infrator, para reparar o mal que fez, se estes sequer compreendem o que estão fazendo? Teria sentido retribucionista a aplicação da sanção para os inimputáveis?

As teorias retribucionistas, destarte, deixam uma lacuna quanto à justificação para sua aplicação para indivíduos sem discernimento, pois, é necessário que o acusado entenda o que faz para pode pagar pelo que faz. Nesse passo, a ideia da pena como expiação, não surte efeito quando entendida como retribuição do mal, pois, esse tipo de ofensor não possui consciência real da sua ação<sup>16</sup>.

A verdade é que, a pena, não pode ser vista somente para aqueles sujeitos que possam distinguir entre o bem e o mal, pois possui caráter universal. De igual maneira, não pode ser aplicada de maneira distinta da sua real realidade e utilidade, devendo atender, ao seu fim social.

Nesse passo, verifica-se que o sujeito para Kant, deve ser capaz de julgar e refutar as suas ações, ou seja, deve ser consciente da obrigação e do dever,

15. SANTOS, Juarez Cirino dos. 30 anos de vigiar e punir. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBC-CRIM, 11., 4-7 out. 2005, São Paulo. *Trabalho apresentado...* São Paulo: IBCCRIM, 2005. Disponível em: < <http://www.ibccrim.org.br/seminario>>. Acesso em: 26.07.09.

16. FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 96.

dotado de discernimento para avaliar e julgar suas máximas segundo um princípio objetivo incondicionado. Ele tem a capacidade de exercer a autonomia que lhe confere a liberdade para se desvencilhar das máximas patológicas que não lhe servem, e, então, adotar aquelas máximas que ele escolhe pela aptidão a se enquadrar aos ditames do imperativo categórico<sup>17</sup>.

Aplicando-se o direito apenas através do exercício punitivo estaríamos *realizando* a justiça? De uma forma absoluta ou relativa, ao aplicar o mandamento legal, estar-se-ia realizando a real função do Direito Penal ou tem este um objetivo maior do que o normativista?

Há casos em que o bom senso do juiz é maior do que a força coercitiva exercida através do preceito legal, destacando-se, dentre outros aspectos, que a pena pode alcançar a função reparadora, conciliatória, mediadora, terapêutica<sup>18</sup>, pedagógica, psicológica ou ainda a função restaurativa, objeto do presente estudo.

No Estado Democrático de Direito, todos os atores envolvidos (legisladores, polícia, promotores de justiça, juízes de direito, e servidores de administração de justiça, devem aplicar os princípios de Direitos Humanos do processado temporário ou do condenado, dentro do contexto do princípio *ultima ratio* de uso do direito criminal e/ou sanção privativa de liberdade, na alternativa para soluções, menos violentas dos conflitos sociais, afinal a aplicação da lei pode ser mais violenta do que o ato violado em si mesmo.<sup>19</sup>

A concepção prevencionista trazida do finalismo de Welzel<sup>20</sup>, não se importa com o efeito temporal da ação realizada. A teoria da prevenção geral negativa serve como “coação psicológica”, intimidando o agente a não praticar crimes, formando o que se chama de Estado policial.

Na verdade, a prevenção geral negativa, merece críticas dentro do sistema penal, pois é difícil compreender que possa ser justo, que se imponha um mal

17. Cf. XAVIER, Leyserée Adriene Fritsch. *Kant a Freud: o imperativo categórico e o superego*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 125.

18. Cf. SILVA, Ricardo de Oliveira, Presidente da Associação Nacional de Justiça Terapêutica do Rio Grande do Sul (ANJT) apud LIMA, Flávio Augusto Fontes de. *Justiça terapêutica: em busca de um novo paradigma*. 2009. 261 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. “A Justiça Terapêutica pode ser compreendida como um conjunto de medidas que visam aumentar a possibilidade de infratores usuários e dependentes de drogas, entrem e permaneçam em tratamento, modificando seus comportamentos delituosos, para comportamentos socialmente adequados.”

19. Cf. MAIA NETO, Cândido Furtado. *Direitos humanos do preso: lei de execução penal*, Lei nº. 7.210/84. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 2-149.

20. WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Trad. J. Bastos Ramirez y Sergio Yáñez Pérez. 4. ed. Santiago do Chile: Jurídica do Chile, 1993. p.5

a alguém para que outros se omitam de cometer um mal, como bem assinala Roxin<sup>21</sup>.

Ademais, esse pensamento se desvirtua da variante subjetiva do inconsciente humano, de explicação complexa, que, a depender da situação, não só pode desejar, mas também cancelar seus próprios desejos, independente ou não de estar só ou em grupo.

O fato de ser simplesmente humano faz com que todo indivíduo se torne inconscientemente pior em sociedade do que quando atua sozinho, e o motivo é que a sociedade o arrasta e na mesma medida o torna isento de sua responsabilidade individual. Um grupo numeroso de pessoas, ainda que composto de indivíduos admiráveis revela a inteligência e moralidade de um animal pesado, estúpido e predisposto à violência. Quanto maior a organização, mais duvidosa é sua moralidade e mais cega sua estupidez (*Senatus bestia, senatores boni viri*).<sup>22</sup>

A repressão é uma dissociação mais refinada entre o pré-consciente e o inconsciente, e, com seu emprego, se estabelece uma barreira de contenção de tudo aquilo que deve ficar inconsciente e que, ao falhar, obriga a buscar outros reforços defensivos compensatórios. Não seria a pena, por si só, capaz de suspender, voluntariamente o impulso humano<sup>23</sup>.

Por outro lado, a lei penal, de conteúdo coercitivo, mesmo existindo, pode não funcionar, quando encontra, por exemplo, obstáculo no *princípio da adequação social*. É o caso do indivíduo que mantém casa de prostituição, explorando a libidinagem alheia, aqueles que praticam o crime de rufianismo, aborto ou uma contravenção de jogo de azar, por exemplo, os quais a norma é considerada “*letra morta*”. Que poder intimidatório teria a pena, nesses casos, quando os próprios homens, seus autores, as destroem como se fossem castelos de areia, no dizer de Gibran Khalil<sup>24</sup>.

A teoria funcionalista da pena, considerada *neo-retributivista*, integrante da corrente unitária, esboçada por Günter Jakobs, adveio do pensamento *da teoria*

21. ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997.

22. JUNG, Carl Gustav. *O eu e o inconsciente*. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 27.

23. KALINA, Eduardo; KOVADLOFF, Santiago. *O dualismo: estudo sobre o retrato de Dorian Gray*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1989. p. 19.

24. GIBRAN, Kahlil. *O profeta*. Porto Alegre: L&PM, 2002. p. 59... “*adorais fazer leis, mas adorai ainda mais em quebrá-las. Como crianças que constroem castelos de areia com perseverança de depois os destroem rindo. Mas enquanto constroem vossos castelos de areia, o mar traz mais areia para a praia. E quando os destruis, o oceano ri convosco. Em verdade o mar sempre ri com os inocentes. Mas e aqueles para quem a vida não é um mar, e leis feitas pelo homem não são castelos de areia...*”

*dos sistemas de Luhmann*<sup>25</sup>. Para Jakobs, a aplicação da pena deve respeitar a sua necessidade funcional, qual seja, oferecer à sociedade um mínimo de estabilização social, de orientação das ações e institucionalização das expectativas, diante da frustração do direito violado. Com seu comportamento, o infrator rompe expectativas normativas e a pena tem como função demonstrar que a sociedade, apesar da desautorização da norma, pode seguir confiante na vigência das mesmas. As expectativas sociais, destarte, se estabilizam através das sanções<sup>26</sup>.

A abstração da norma, bem explicada por Lhumann, existe justamente em decorrência das generalizações de expectativas comportamentais, que se dá em diferentes planos, pois as expectativas referem-se a uma ordem crescente de abstração (pessoas, papéis, programas e valores).<sup>27</sup>

Transferindo essa ideia para o Direito Penal, a teoria dos sistemas de Lhumann dá à pena a função principal de manutenção das expectativas comportamentais normativas, servindo de sustentáculo para a teoria da prevenção geral positiva, que se transforma em retributiva, à medida que incentiva a vingança lógica da sociedade, em contrapartida ao fato criminoso.<sup>28</sup>

Jakobs vale-se do sistema de expectativas, defendido por Lhumann, e condena o que mais afeta a sociedade, que desapontada, reage e exige dos poderes públicos, uma satisfação, pois do contrário, estaria frustrando as expectativas normativas da sociedade, o que poderia provocar um caos social ou causar uma desconfiança nas instituições.

A sociedade contemporânea caracteriza-se pela crescente complexidade das relações, que se redundam na necessidade de reestruturação de alguns referenciais, de forma que o direito, como fenômeno social, seja entendido no referencial da sociologia<sup>29</sup>.

É certo que a pena é um instrumento de controle social, mas não o único. A teoria funcionalista da pena afastou, em outras palavras, o conteúdo subsidiário que possui a norma penal. Não se pode esquecer que o Direito Penal só deve ser avocado em *ultima ratio*, podendo o conflito criminal, quando possível, ser

25. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. I, p.115.

26. CALLEGARI, Andre Luis et al. *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 12-13.

27. LHUMANN, loc. cit.

28. BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema penal á luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 21-29.

29. ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 1998. p. 33.

resolvido por outros ramos do direito, como o civil, o administrativo, capazes de encontrar soluções para aplicar ao caso concreto e restaurar a paz social.

Destarte, o Estado, como detentor do *jus puniendi* pode se valer de outros *equivalentes funcionais*<sup>30</sup>, que não a pena, podendo inclusive, renunciar, eventualmente à intervenção jurídico-penal, denotando que a importância da pena atribuída pela teoria sistêmica produz o mesmo efeito se utilizado pelo direito por si mesmo<sup>31</sup>.

Quanto mais o Direito Penal se distancia do fato, preocupando-se com seu autor, mais ele se distancia do seu real papel. É o que acontece como já apontado anteriormente, com o processado que pratica reiteradamente crimes patrimoniais, contra quem realmente recai o direito penal simbólico, construindo, assim, o “Direito Penal do inimigo”.

A finalidade legitimadora da pena deve alcançar muito mais do que o simples fator temporal, pela própria razão de ser de seu conteúdo. Se a pena tem a função retribucionista, preventiva, ou unitária (mista), em qualquer estágio de aplicação, deve produzir os efeitos desejados pelo sistema punitivo, restaurando a solidariedade e consciência coletivas, que se desestabilizou face ao delito.

Roxin<sup>32</sup> acentua que a aplicação da pena deve obedecer três momentos distintos, quais sejam: a ameaça, momento da cominação; a imposição, momento da aplicação e a execução da penal, momento final.

Ocorre que, os efeitos da aplicação da pena atingem o agente, muito mais do que esses três estágios de que fala Roxin. Se, antes de tudo, o Direito Penal se volta para o ser humano, pois a este se dirige, nada impede que os efeitos da aplicação da pena atinjam a pessoa em uma fase posterior, além da reabilitação. Esses efeitos posteriores, muitas vezes podem assumir uma forma negativa ou positiva, a depender do rumo tomado dentro do processo, durante os estágios de formação da culpa do sujeito, tendo a pena como o termo final.

A teoria funcionalista, representada tanto pela corrente mais ortodoxa, de Jakobs ou pela menos ortodoxa, de Roxin, representa uma grave decadência do pensamento, convertendo a verdade em funcionalidade. Em outras palavras, essa transformação se torna perigosa para as garantias limitadoras do poder repressivo estatal e do exercício do poder arbitrário dos órgãos do sistema penal, a ponto de se revelar uma equivalência da doutrina de “segurança nacional periférica”,

30. Cf. QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 47.

31. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 92-93.

32. ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 27.

com a qual apenas representa as diferenças lógicas derivadas de suas diferentes posições no poder planetário, caracterizando-se uma resposta à deslegitimação do sistema penal<sup>33</sup>.

Em reação a essas ideias, sustentadas pelas teorias legitimadoras para a aplicação da pena, surgiram em contrapartida, as chamadas teorias deslegitimadoras, que podem ser resumidas em duas correntes ideológicas, quais sejam, o minimalismo penal e o abolicionismo penal.

O abolicionismo e o minimalismo penal são movimentos de política criminal, que nasceram com a formação da Criminologia Crítica, surgida no final dos anos 60, que rompeu com a criminologia tradicional, sob forte influência da criminologia sociológica, integrando diversas tendências e se contrapondo ao paradigma etiológico, próprio da criminologia positivista. Em suma, os dois movimentos consideram o sistema penal seletivo, criminógeno e ineficaz, quanto às funções que lhes são assinaladas.<sup>34</sup>

O programa de Criminologia Crítica, o qual Alessandro Baratta, foi pioneiro, inseriu aspectos fundamentais e imprescindíveis de direitos humanos na lei penal, incentivando a participação do Estado em seu cumprimento. Baratta distingue alguns tipos de princípios especiais abordados na concepção minimalista: uns referentes à descriminalização e outros que implicam uma verdadeira liberdade sociológica e política em face de cultura penal, que vem colonizando a maneira de perceber e construir os conflitos e problema sociais na sociedade<sup>35</sup>.

No estágio atual em que passa o sistema punitivo, o que melhor atende as expectativas humanistas, repousa na deslegitimação da intervenção punitiva, através da aceitação da corrente abolicionista penal. Não se fala aqui, do abolicionismo anárquico, mas sim, de um abolicionismo como proposta humanitária de política criminal, de que prega Louk Hulsman<sup>36</sup>, que defende a substituição direta do sistema penal não por um macronível estatal, mas sim por instâncias intermediárias ou individualizadas de solução de conflitos que atendam às necessidades reais das pessoas envolvidas.

Estes conflitos, ao serem redefinidos como situações problemáticas, podem encontrar soluções efetivas entre as partes envolvidas, em um “cara a cara”, similar a modelos de solução de conflitos (compensatório, terapêutico, educativo,

33. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romana Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1989. p. 87.

34. QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 87.

35. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romana Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1989. p. 96.

36. Apud ZAFFARONI, op. cit., p. 99.

assistencial, etc.) que, diferentes do modelo punitivo, têm a vantagem de não serem necessariamente alternativos.<sup>37</sup>

Atualmente, o que se espera em relação às mudanças estratégicas, é que o sentido da pena se direcione para a concretização de um Direito Penal mais humano, que atue de uma forma mais positiva, e que o centro de eficácia motivadora da aplicação da pena, seja deslocado da sanção para o preceito, o que encontra respaldo dentro do paradigma reparador, que, segundo Guadalupe Sanzberro, pode ser considerado como um tipo de “abolicionismo intermediário”, um meio-caminho entre o abolicionismo e o minimalismo penal.<sup>38</sup>

## 2. O DISCURSO JURÍDICO-PENAL SIMBÓLICO PARA A APLICAÇÃO DA PENA

Seguindo as diferentes transformações históricas, que a pena atravessou, acompanhada de concepções teóricas sobre sua funcionalidade, nenhum aspecto positivo, individual ou social, foi capaz de justificar a sua aplicação.

É a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal. Os órgãos executivos têm “espaço legal” para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem. O sistema penal formal não viola apenas estruturalmente a legalidade processual; viola também a legalidade penal, através de diferentes caminhos<sup>39</sup>.

As inúmeras irregularidades processuais contribuem para a falência da pena privativa de liberdade, como a estigmatização individual do indivíduo, desde o início da sua prisão, tendo a mídia a seu percalço, que já condena o acusado, sem processo, ou, ainda pelo excesso prazal, que se torna uma constante na Justiça Criminal.

O controle da criminalidade aparece no contexto político como um mecanismo de dominação de classe, consignando a lei penal como um instrumento propulsor dessa desigualdade social, produzida por uma classe superior, para aplicação às classes inferiores, numa palavra: a lei penal alimenta a luta de classes, com a completa repressão da classe inferior e imunização das elites do poder econômico e político. Ao final do processo penal, o infrator, mesmo obtendo a li-

37. Cf. ZAFFARONI, loc. cit.

38. SANZBERRO, Guadalupe Pérez. *Reparación y conciliación e el sistema penal: abertura de una nueva vía?* Granada: Comares, 1999. p. 338-343.

39. ZAFFARONI, Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. de Vânia Romana Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1989. p. 27.

berdade, alcançou o que se chama de prisionalização interior, no dizer de Juarez Cirino dos Santos.<sup>40</sup>

### 3. A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A SUBSTITUIÇÃO DA PENA COMO RESPOSTA NO NOVO SISTEMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A Justiça Restaurativa é um conjunto de práticas, sob a denominação de *restorative justice* que tem o objetivo de promover entre os protagonistas do conflito, iniciativa de solidariedade, diálogo, e programas de reconciliação, mas, no sentido mais amplo, é considerada prática restaurativa, qualquer ação que objetive fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime<sup>41</sup>.

Essa prática ancestral teve raiz fincada nas sociedades comunais primitivas índias e europeias, sobretudo da tribo *maoris*, na Nova Zelândia, onde o interesse coletivo se sobrepunha ao individual, com forte regulação social centrada na manutenção da coesão de grupo, trabalhando as reações às transgressões de normas orientadas para o restabelecimento do equilíbrio rompido no grupo com o objetivo de corrigir as consequências vivenciadas por ocasião do delito.

Acompanhando o contexto histórico, os movimentos de contestação das instituições repressivas, marcados pelo estudo da Escola de Chicago e da Criminologia Radical, o estudo da vitimologia e da reação cultural à neutralização de práticas comunitárias, contribuíram para a percepção de um novo sistema de se fazer justiça, posto que, o sistema formal, nascido com a modernidade, já não conseguia dar conta das demandas que lhes eram colocadas, e, desta perplexidade, surgiram novos paradigmas, denominados de Justiça para o Século XXI, sendo a Justiça Restaurativa, uma das formas de se realizar justiça.

Para Alain Tourain<sup>42</sup>,

A idéia de modernidade, na sua forma mais ambiciosa, foi à afirmação de que o homem é o que ele faz, e que, portanto, deve existir uma correspondência cada vez mais estreita entre a produção, tornada mais eficaz pela ciência, a tecnologia ou a administração, a organização da sociedade, regulada pela lei e a vida pessoal, animada pelo interesse, mas também pela vontade de se liberar de todas as opressões. Sobre o que repousa essa correspondência de uma cultura científica, de uma sociedade ordenada e de indivíduos livres, senão sobre o triunfo da razão?

40. SANTOS, Juarez Cirino dos. 30 anos de vigiar e punir. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBC-CRIM, 11., 4-7 out. 2005, São Paulo. *Trabalho apresentado...* São Paulo: IBCCRIM, 2005. Disponível em: < <http://www.ibccrim.org.br/seminario>>. Acesso em: 26.07.09.

41. SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 10.

42. TOURAINE, Alain. *Critica da modernidade*. Trad. Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 5.

No campo repressivo, a modernidade refletiu sobre a Criminologia, que passou a questionar a utilidade do sistema punitivo, passando a exigir uma postura mais eficiente por parte do Estado, com uma maior participação da sociedade, que encontrou nos movimentos sociais o primeiro passo para reivindicar seus direitos.

Novos mecanismos de resolução de conflitos, pautados no diálogo entre os atores envolvidos, deram início a formação de uma nova política criminal, voltada para atingir mudanças reais e positivas no comportamento humano do infrator e na comunidade, principalmente no tocante a formas de punição. Como bem assinala Alessandro Baratta,<sup>43</sup>

A política criminal não deve se reduzir a “uma política penal” limitada apenas à função punitiva do Estado. Nem a uma política que venha substituir as penas, que tenha um vago teor reformista e humanitário, como ocorreu com a chegada da modernidade, mas deve estruturar-se como uma política capaz de transformar a realidade social e institucional, para a construção da igualdade que não conseguimos identificar no âmbito do Direito, muito menos do Direito Penal.

No modelo restaurativo, a pena se transforma em um instrumento de cidadania, uma forma de se restabelecer um espaço democrático no processo penal brasileiro, superando a visão prevalecente, na qual o ritual e a postura inquisitória ceifam qualquer possibilidade de democracia processual<sup>44</sup>.

Com o encorajamento do ofensor em assumir sua culpa, participando do conflito e o encarando de uma forma positiva, se equilibra a “balança processual”, pois, a *resposta* pelo mal causado, advinda da reparação, só é alcançada a partir do momento em que ofensor se responsabiliza pelo dano, enquanto a vítima é preparada para receber, de alguma forma, esta reparação, satisfazendo, destarte, os anseios da comunidade, restabelecendo as relações comunitárias.

Vale salientar que nesse diálogo, consolidam-se mútuas obrigações e responsabilidades, sem a visão distorcida da impunidade. Ao contrário, uma justiça em que restaura ou defende o excluído pode agir com maior rigor, com base na compaixão, nunca na violência, na raiva ou na punição exacerbada. O trabalho da equipe interdisciplinar é fundamental, pois com a cooperação técnica de assistentes sociais, psicólogos, pedagogos, e educadores em geral, os envolvidos

43. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 5.

44. Cf. ROSA, Alexandre Moraes da. *O processo ( Penal ) como procedimnto contraditório : Diálogo com Elio Fazzalari*.

no conflito são auxiliados a refletirem e cuidarem das causas de relevância comportamental que atingem a ambos e que refletem na comunidade.

## CONCLUSÃO

O sistema penal vigente sempre atuou com base nas terias de legitimação da pena (retribucionista, prevencionista ou mista/ unitária), as quais colocam o infrator em segundo plano.

O aparecimento das milícias nas favelas, a formação do direito penal simbólico, notadamente celetista para as classes inferiores, a legislação criada pela classe dominante, além de movimentos que procuram maximizar as leis penais ou endurecê-las, contribuíram para desvirtuar o sentido humanitário que norteia o Direito Penal.

A nova Criminologia trouxe mudanças para o sistema penal, de maneira a criar soluções alternativas de pacificação de conflitos, propondo uma justiça penal dialogal, como é o caso da mediação penal e da Justiça Restaurativa.

Como bem assinala Louk Hulsman<sup>45</sup>, seria correto a criação de uma Política Criminal que se desvinculasse do sistema penal formal, pois o atual, dificilmente poderá combater a criminalidade. Para tanto, mister se faz a substituição do sistema penal, não por um macro nível estatal, mas por instâncias intermediárias ou individualizada de solução de conflitos, que atendam às necessidades das pessoas envolvidas.

Os conflitos podem encontrar soluções efetivas entre os envolvidos e propõe a construção de vínculos solidários de simpatias horizontais ou comunitárias, sem precisar apelar para o modelo punitivo formalizado abstratamente. A Mediação Penal e a Justiça Restaurativa são alguns exemplos dessas mudanças benéficas.

A resposta sedimentada pela ideologia retribucionista ou prevencionista da pena, da expiação sem reflexão subjetiva, é abandonada nesse procedimento. Ao contrário, a Justiça Restaurativa, trabalha “o homem e suas sombras”, enquanto sujeito, fazendo com que a resposta final pela consequência do delito, seja construída num modelo de alteridade, ecológico (do cuidar de seu ambiente, de si e dos outros), holístico, reflexivo, dando um novo sentido de reconstrução da subjetividade, longe da repressão exacerbada que enaltece a castração do homem<sup>46</sup>, abordando sempre, uma cultura de paz.

45. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*, p.58.

46. WARAT, Luis Alberto. *Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. I, p. 65.

## REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema penal á luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CALLEGARI, Andre Luis et al. *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- CARVALHO, Salo de. *A crise do processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal*. Porto Alegre: Notadez, 2006.
- \_\_\_\_\_; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista: diálogos sobre a justiça dialogal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FOPPEL El Hireche, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão: história da violência nas prisões*. Trad. Raquel Ramallete. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GARCIA, Basileu. *Instituições do direito penal*. São Paulo: Max Limonad, 1978. v. I.
- GIBRAN, Khalil. *O profeta*. Porto Alegre: L&PM, 2002.
- HEGEL, George Wilhem Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HULSMAN, Louk. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993.
- JACKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Trad. André Luís Callegari e Ne-reu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- JUNG, Carl Gustav. *O eu e o inconsciente*. Petrópolis: Vozes, 1987.
- KALINA, Eduardo; KOVADLOFF, Santiago. *O dualismo: estudo sobre o retrato de Dorian Gray*. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, 1989.
- LIMA, Flávio Augusto Fontes de. *Justiça terapêutica: em busca de um novo paradigma*. 2009. 261 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. I.
- MAIA NETO, Cândido Furtado. *Código de direitos humanos para a justiça criminal brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- \_\_\_\_\_. *Direitos humanos do preso: lei de execução penal, Lei nº. 7.210/84*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PEIXOTO, Afrânio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1953.
- PRADO, Geraldo. Justiça penal consensual. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- PRUDENTE, Neemias Moretti. Justiça restaurativa em debate. *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo, a. VIII, n. 47, p. 203-216, dez./jan., 2007/2008.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- QUIRÓS, Constancio Bernaldo de. La evolución de la pena la ley de talion y sus equivalentes. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, v. 21, p. 35-39, ene./mar., 1941.
- ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 1998.
- ROSA, Alexandre Morais da. O processo ( Penal ) como procedimento contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. ([http:// www.univali6.br/seer/index.php/nej/article/view/434/376](http://www.univali6.br/seer/index.php/nej/article/view/434/376)). Acesso em: 22.08.10.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 2. ed. Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2006.
- \_\_\_\_\_. 30 anos de vigiar e punir. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCRIM, 11., 4-7 out. 2005, São Paulo. *Trabalho apresentado...* São Paulo: IBCCRIM, 2005. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/seminario>>. Acesso em: 26.07.09.
- SANZBERRO, Guadalupe Pérez. *Reparación y conciliación en el sistema penal: abertura de una nueva via?* Granada: Comares, 1999.
- SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SLAKMON, Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.
- TOURAINÉ, Alain. *Crítica da modernidade*. Trad. Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994.
- UNITED NATIONS PUBLICATION. United Nations Office on Drugs. Handbook on restorative justice pogrammes: criminal justice: handbook series. Sales n. E 06, v. 15.
- WARAT, Luis Alberto. *Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. I.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Trad. J. Bastos Ramirez y Sergio Yáñez Pérez. 4. ed. Santiago do Chile: Jurídica do Chile, 1993.
- XAVIER, Leyserée Adriene Fritsch. *Kant a Freud: o imperativo categórico e o superego*. Curitiba: Juruá, 2009.

ANDREA TOURINHO PACHECO DE MIRANDA

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romana Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1989.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

\_\_\_\_\_. *The little book of restorative justice*. Intercourse, PA: Good Books, c2002.

## CAPÍTULO II

# EXAME CRIMINOLÓGICO, EXECUÇÃO PENAL E A LEGISLAÇÃO

Rafson Ximenes\*

**Sumário** • 1. Introdução – 2. Desenvolvimento histórico – 3. Lei 10792/2003 – 4. Aplicação ao livramento condicional, indulto e comutação de penas – 5. Impossibilidade de fixação de hipóteses excepcionais – 6. Classificação – 7. Prova pericial – 8. Posicionamento do judiciário – 9. Tranquilidade do julgador – 10. Conclusão – Referências bibliográficas.

### 1. INTRODUÇÃO

“Por ordem da Divisão Pré-Crime, está **preso pelo assassinato futuro** da senhora Marks e do senhor Dubin, **previsto** para hoje, 08 horas e 04 minutos.”<sup>1</sup> (grifos nossos).

É melhor lidar com criminosos comuns de maneira terapêutica. Basta matar o instinto criminoso. Implementação completa, dentro de um ano. A punição nada significa para eles. Eles gostam dessa presumida punição. [...] Este perverso delinquente juvenil será transformado, até ficar irreconhecível.<sup>2</sup>

As citações anteriores, oriundas de obras cinematográficas, descrevem dois dos mais antigos sonhos relativos ao controle da criminalidade. *Minority Report*, de Spielberg, gira em torno da possibilidade de antever a prática das condutas delitivas, evitá-las e punir os autores, antes que se materializassem. *Laranja Mecânica*, de Kubrick, um dos maiores clássicos da história da arte, retrata o ideário de cura do comportamento delinquente, através de um tratamento ao qual seria submetido o indivíduo.

As ideias não influenciaram apenas fantasias e geniais manifestações artísticas. Médicos, sociólogos e legisladores também as encamparam. Conjugando-se a busca pela prognose e pela cura, nasceram os exames criminológicos.

---

\* Defensor Público do Estado da Bahia, graduado em Direito pela UFBA, membro titular do Grupo de Trabalho para a Análise de Respostas à Criminalidade da Defensoria Pública do Estado da Bahia.

1. *MINORITY Report- A nova lei (Minority Report)* Direção: Steven Spielberg. Produção: Cruise/Wagner/Blue e Tulip/Ronald Shusett/Gary Goldman. Intérpretes: Tom Cruise, Colin Farrell e outros. 1DVD (148 min). Twentieth Century Fox, e DreamWorks Pictures, 2002.
2. *LARANJA Mecânica (A Clockwork Orange)*. Direção: Stanley Kubrick. Produção: Stanley Kubrick. Roteiro: Stanley Kubrick. Intérpretes: Maldom McDowell, Patrick Magee, Adrienne Corri, Miriam Karlin e outros. 2DVD, 's (136 min) Warner Bros Pictures, 1971. Colorido. Baseado no Livro de Anthony Borges.

Trata-se do uso de técnicas de investigação, com destino a dissecar o íntimo do periciado, determinar a qual tratamento deve se submeter e se tende a cometer delitos. No Brasil, a execução penal sempre foi marcada por diversas avaliações, classificações, índices de periculosidade e prognósticos de reincidência.

Nos dois exemplos trazidos da ficção, as experiências fracassaram. Segundo a obra de Spielberg, foram descobertas falhas no sistema de previsão dos delitos. Seria inimaginável a quantidade de pessoas punidas injustamente, sem qualquer possibilidade de defesa. É inevitavelmente impossível, aliás, como se vê na película, contestar um fato futuro sobre o qual se presume a culpa. Por sua vez, na obra de Kubrick, a intervenção do tratamento no apenado é criticada por destruir a sua individualidade. O desespero causado pela cura configuraria crueldade e levaria a atos extremos de autodestruição.

Na vida real, os resultados também não foram animadores. Os prognósticos jamais foram confiáveis e o tratamento nunca foi eficiente, além de que ambos são repletos de valorações subjetivas preconceituosas. Os níveis de criminalidade não diminuíram e a reincidência não se tornou menos frequente. No fim, seus resultados eram ética e cientificamente questionados e o seu procedimento causava extrema morosidade aos processos de execução penal.

Diante disso, houve, em 2003, modificação nos artigos 6º e 112 da Lei de Execução Penal. A reforma visava diminuir a quantidade de testes e diagnósticos a serem realizados nos presos e, mais importante, dizimar a possibilidade de que aquelas avaliações impedissem o retorno à liberdade.

A análise das alterações legislativas, das dúvidas que suscitaram e da resistência à sua aplicação compõe o objeto do presente trabalho. Ao final, pretende-se compreender porque os filmes referidos permanecem atuais, no meio jurídico.

## 2. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

Atualmente, para quase todas as nações, em matéria penal vigora o princípio da legalidade. O fundamento é que nenhuma pena pode ser aplicada ou executada de forma não prevista em lei. Justifica-se o preceito pela constatação de que a reação a uma conduta tida como delituosa traz consequências extremamente danosas e muitas vezes irreversíveis, devendo, portanto, afastar-se ao máximo da discricionariedade.

Qualquer restrição à liberdade não fundada em disposição expressa de lei seria pura e simples violência, verdadeira afronta ao Estado Democrático<sup>3</sup>. O

3. CARVALHO, Salo de . **Pena e Garantias**, 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.116. No mesmo sentido BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.107.

Direito penal, dessa forma, funciona como limite à atuação estatal, constituindo-se em garantia individual. Sobre a questão, manifesta-se com propriedade o mestre lusitano Jorge de Figueiredo Dias.

O princípio do Estado de Direito conduz [...] a que a proteção dos direitos, liberdades e garantias seja levada a cabo não apenas através do direito penal, mas também perante o direito penal. Até porque uma eficaz prevenção do crime, que o direito penal visa em último termo atingir, só pode se pretender êxito se à intervenção estatal forem levantados limites estritos- em nome da defesa dos direitos, liberdades e garantias das pessoas- perante a possibilidade de uma intervenção estadual arbitrária ou excessiva. A esta possibilidade de arbítrio ou excesso se ocorre submetendo a intervenção penal a rigoroso **princípio da legalidade**, cujo conteúdo essencial se traduz em que **não pode haver crime, nem pena que não resultem de uma lei prévia, escrita, estrita e certa** (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)<sup>4</sup>

Foi necessário, contudo, longo processo evolutivo, até que se chegasse a esse ponto. Colhe-se hoje o fruto de árdua batalha dos defensores dos direitos humanos. Inicialmente, houve a ruptura com o processo penal medieval inquisitório, no qual cabia ao magistrado (que também era, oficialmente, acusador) definir ao seu bel prazer se determinada conduta era ou não criminosa e qual a sua pena.

Indo além, o julgador também podia punir o pensamento, o pecado, a desconformidade com o padrão considerado “bom”. Sancionava-se quem não se enquadrava nos conceitos morais de “belo”, de “trabalhador”, de “temente a Deus” e assim por diante. Naquela época, vigorava o Direito Penal do autor. O crime estava na pessoa e não em uma conduta.

Logo, se a sanção no modelo garantista é uma resposta jurídica à violação da norma (*quia prohibitum*), no modelo inquisitivo traveste-se em resposta *quia peccatum*, punindo-se o infrator não pelo resultado danoso produzido, mas por quão perigoso ou perverso é. De conduta omissiva ou exterior, o sistema repressivo invade a interioridade e a alma do autor.<sup>5</sup>

Com o advento do Iluminismo e seus juristas reformadores, dentre os quais ganhou maior destaque o Marquês de Beccaria, o princípio da legalidade passou a imperar. Nessa época o Direito Penal assumiu contornos bem próximos dos atuais. Em vez de pessoas, fatos concretos passaram a ser objeto de julgamento.

A história, porém, não transcorre linearmente. É repleta de avanços e retrocessos. Houve uma fase de recrudescimento, no fim do século XIX e começo do

4. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Parte Geral** Tomo I, 1.ed.BR, 2.ed.PT. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p.177.
5. CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**, 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.14-15.

século XX, quando ganharam força as ideias de Lombroso<sup>6</sup>, Ferri<sup>7</sup> e Garofalo<sup>8</sup>, que se espalharam rapidamente, chegando também ao Brasil.

As obras de Lombroso, Ferri e Garofalo, vivificadas pelos movimentos de (Nova) Defesa Social e implantadas no Brasil pelo *apartheid criminológico* da Escola de Recife, propiciam uma fundamentação ‘medicalizada’ (psiquiatrizada) do discurso sobre o crime e o criminoso, e por consequência da pena, que excluirá qualquer avaliação humanística do fenômeno. Mais que fato social ocasional e/ou cotidiana (normal), o crime será considerado uma violência da lei da natureza operada por indivíduos identificados pela sua estética pré-civilizada. Da liberdade à periculosidade, da intimidação à reforma moral.<sup>9</sup>

A escola lombrosiana, ou criminologia positivista, angariou muita simpatia em todos os estados totalitários que a sucederam, especialmente Alemanha<sup>10</sup> e Itália das décadas de 30 e 40 e as ditaduras militares da América Latina durante todo o século XX. Voltava-se a ver na pena uma forma de purgar o mal e “curar” o delinquente. O delito teria origem no indivíduo, principalmente nas suas composições biológica e psicológica, ainda que influenciadas pelo meio social. Consequência lógica daquelas ideias era a necessidade de isolar os “desviados” e assim proteger os “cidadãos de bem”.

Por outro lado, a consequência racional do Direito penal diante desse tipo de defeitos biológicos não pode ser outra que a defesa da sociedade frente aos delinqüentes afligidos por estes problemas (neste sentido se fala também das *teorias da defesa social, difesa sociale, défese sociale*): o delinqüente é o deformado, o estranho, o “outro”, frente a qual a sociedade deve prevenir-se e defender-se.<sup>11</sup>

É natural a aceitação daquelas teses deterministas em regimes intervencionistas. Quanto mais despótico um governo, mais ele tentará controlar a consciência dos governados<sup>12</sup>. Quanto mais poderes possuir o Estado, mais ele precisará

6. SHECAIRA, 2.ed. Sérgio. **Criminologia**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, p.90.

7. Ibid.,p.105.

8. Ibidem, p.106

9. CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**, 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.129.

10. “Apesar de sua investigação ter sido realizada de forma rigorosa e metódica, chegando a analisar mais de quatro mil pessoas, sua contribuição teve maior importância para a classificação do grupo de pessoas em psicologia e psicopatologia que para a investigação criminal. Na Criminologia, entretanto, deu lugar a teoria dos tipos de autor (*Tatertypenlehre*) muito utilizada na Alemanha durante o nacional-socialismo, impregnada de fortes conotações racistas e utilizadas para justificar “a eliminação (*Ausmerzung*) de elementos danosos para o povo e para a raça” (ver, por exemplo, MEZGER, Criminologia)”. CONDE, Francisco Muñoz ; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 p.27.

11. CONDE, Francisco Muñoz ; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 p.31.

12. “A utilização de aparelho penal de controle social para determinar (lei penal), valorar (processo) e transformar (pena) personalidades consideradas perigosas (outsiders) conforma um projeto político-criminal

definir padrões de moralidade rígidos, para justificar o seu arbítrio. Quanto mais precisar unificar um povo em torno de si, mais o líder necessitará da criação de inimigos.

Essa última característica foi cirurgicamente esclarecida por Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade. “Também essa ideologia de guerra ao crime presta homenagem às concepções de fundo das teorias bioantropológicas: o delinqüente não é, afinal, mais do que um” vírus “que importa combater”.<sup>13</sup>

Os laudos biológicos, psicológicos, psiquiátricos e avaliações sociais, em suma, os exames criminológicos (e não mais a lei) limitariam a punibilidade. Uma pessoa só teria cumprido sua pena quando fosse considerada mentalmente e socialmente “saudável”. O julgamento, em claro recuo ideológico, seria feito não sobre uma conduta específica, mas sobre a história de vida e as características subjetivas dos indivíduos, como diagnosticou Foucault.

Entramos então no dédalo “criminológico” de que estamos bem longe de ter saído hoje em dia: qualquer causa que, como determinação só pode diminuir a responsabilidade marca o autor da infração como uma criminalidade ainda mais temível e que exige medidas penitenciárias ainda mais estritas. À medida que a biografia do criminoso acompanha na prática penal a análise das circunstâncias, quando se trata de medir o crime, vemos os discursos penal e psiquiátrico confundirem suas fronteiras; e aí, em seu ponto de junção, forma-se aquela noção de indivíduo “perigoso” que permite estabelecer uma rede de causalidade na escala de uma biografia inteira e estabelecer um veredicto de punição-correção.<sup>14</sup>

Infelizmente, as três principais leis penais brasileiras foram elaboradas em regimes ditatoriais. Não causa espanto, dessa forma, o fato de que tanto o Código Penal e o Código de Processo Penal (outorgados durante a ditadura do Estado Novo), quanto a Lei de Execução Penal (promulgada durante a ditadura militar) tenham sido fortemente influenciados por ideias com origem em Lombroso.

Em 1988, com a promulgação da nova Constituição, entretanto, inaugurou-se nova era para o Direito Penal brasileiro. Hoje, existem como direitos fundamentais a legalidade (artigo 5º, XXXIX), a presunção de inocência (artigo 5º, LVII), contraditório, ampla defesa (artigo 5º, LV) e a liberdade de pensamento, crença e intimidade (artigo 5º, VI). Ninguém mais pode ser punido penalmente

antidemocrático, tendente à profilaxia social, típico de sistemas totalitários”. CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**, 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.139

13. DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Criminologia- O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena**, 2.Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1995 , p.178.

14. FOUCAULT Michel. **Vigiar e Punir**, 36.ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Editora Vozes, 2009, p.239.

por qualquer razão não prevista em lei. Ninguém mais pode ser sancionado pelo que pensa ou é, mas apenas por condutas que lesem bem jurídicos penalmente relevantes. Ninguém mais pode ser penalizado sem processo prévio, com direito à ampla defesa.

Os Fundamentos do direito penal moderno são lançados em bloco pela ilustração, tendo em vista a coerência de suas proposições: a lei penal-geral, anterior, taxativa e abstrata (legalidade)- advém de contrato social (jurnaturalismo antropológico), livre e conscientemente aderido por pessoa capaz (culpabilidade/libre arbítrio), que se submete à penalidade (retributiva) em decorrência da violação do pacto por atividade extremamente perceptível e danosa (direito penal do fato), reconstituída e comprovada em processo contraditório público, orientado pela presunção de inocência, com atividade imparcial de magistrado que valora livremente a prova (sistema processual acusatório).<sup>15</sup>

Nenhuma das disposições legais que determinavam invasões de consciência foi recepcionada pela Constituição. Inúmeros preceitos da Lei de Execução Penal (LEP), do Código Penal e do Código de Processo Penal já não eram, portanto, aplicáveis, ainda que inexistisse revogação expressa. Entre as normas subtraídas tacitamente do ordenamento estavam todas aquelas que vinculavam qualquer forma de minimização da restrição da liberdade a laudos psicológicos ou avaliações sociais.

Não obstante, em 2003, foi promulgada uma lei que reformou a LEP e o Código Penal, retirando expressamente do rol de requisitos para progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação de pena as avaliações psicológicas e relatórios sociais.

### 3. LEI 10792/2003

Com o advento da lei 10.792/2003, que alterou diversos dispositivos da Lei de Execuções Penais, o “exame criminológico”, aí incluídos os laudos psicológicos e avaliações sociais, deixou de ser requisito para a concessão de progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação de pena.

Na sua nova redação, o artigo 112 da LEP estabelece como únicas condições para a aquisição de qualquer um daqueles direitos públicos subjetivos o cumprimento do lapso temporal mínimo<sup>16</sup> e o bom comportamento carcerário, comprovado pela direção da unidade prisional.

15. CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**, 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.41.

16. Para a progressão de regime, lapso corresponde a 1/6 da pena (artigo 112 da LEP), exceto na condenação por crime hediondo, ocorrida após 28 de março de 2007, quando passa a ser de 2/5 da pena para sentenciado primário e 3/5 se reincidente (artigo.2º, §2º da lei 8072/90). Em relação ao livramento condicional,

Aquilo que a doutrina costuma chamar de “mérito” do apenado é medido apenas pelo comportamento. O motivo é evidente. O comportamento é avaliado pela prática ou não de infrações disciplinares. A investigação da subjetividade é feita considerando somente a sua exteriorização. Desnecessário, portanto, invadir a intimidade do apenado, para julgar o seu interior.

O comportamento carcerário satisfatório, apesar de ser requisito subjetivo, sempre esteve vinculado à comprovação processual, de forma a estabelecer a objetivação do critério. Doutrina e jurisprudência fixaram como elemento a indicar o bom comportamento carcerário a ausência de registro, no prontuário do preso, de sanção por falta grave devidamente homologada pelo juiz competente. Ao magistrado caberia avaliar se o procedimento de apuração seguiu os requisitos formais e materiais do devido processo legal (ampla defesa, contraditório, recurso, assistência de advogado, *et coetera*).<sup>17</sup>

Apenas fatos poderiam ser analisados, jamais pensamentos, inseguranças ou biografias. É a exclusão do direito penal do autor e, conseqüentemente, do exame criminológico como condição para o gozo de direitos.

Mirabete, apesar de sustentar a possibilidade de exigência dos laudos, também reconhece o objetivo da lei.

A lei 10.792, ao dar novas redações aos artigos 6º e 112, buscou reduzir a importância do exame criminológico e do parecer da Comissão Técnica de Classificação na progressão de regime. Não mais se prevêem no primeiro dispositivo como atribuições do órgão as de acompanhar a execução das penas e de propor as progressões e regressões de regime. No artigo 112 não mais se dispõe que a decisão será precedida do parecer e do laudo do exame criminológico, exigindo-se apenas a motivação da decisão e a prévia manifestação do Ministério Público e do defensor.<sup>18</sup>

O laudo psicológico e a avaliação social não são aptos para comprovar nenhum dos requisitos legais, logo não há justificativa jurídica alguma para fundamentar a negação de um direito com base neles. Pensar o contrário é admitir a possibilidade de criação de requisitos extraleais para restringir a liberdade. Apenas esquecendo a Constituição Federal, especialmente o seu artigo 5º e o princípio da legalidade, isso seria possível.

---

o requisito temporal é o cumprimento de 1/3 da pena se não reincidente em crime doloso (artigo 83, I, do Código Penal), mais de 1/2 da pena se reincidente em crime doloso (artigo 83, II, do Código Penal) e mais de 2/3 da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas e afins, e terrorismo (artigo 83, V, do Código Penal).

17. CARVALHO, Salo. O (novo) Papel dos “Criminólogos” na Execução Penal CARVALHO I.N, CARVALHO, Salo (Coord.). **Crítica à Execução Penal**, 2.ed. p.166.

18. MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução Penal**, 11.ed. São Paulo: Atlas, 2007.p. 432.

Art.5º XXXIX- não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

É bastante ilustrativa a comparação entre a antiga redação do artigo 112 da LEP e a atual. Veja o que dizia a lei, antes da reforma.

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.

Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.

Note-se agora a nova redação:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes.

Exatamente o parágrafo único, no qual se falava em parecer da Comissão Técnica de Classificação e exame criminológico, quando necessário, foi excluído. Inexiste qualquer dúvida de que os laudos foram abolidos, enquanto requisitos para o livramento condicional, o indulto, a comutação de pena e a progressão de regime.

Nesse sentido, merecem transcrição as palavras de Salo de Carvalho.

A opção legislativa é clara, e eventual entrave ao alcance dos direitos em face de perícias desfavoráveis parece ser direta ofensa à legalidade penal, constituindo cerceamento de direito. Se o requisito subjetivo existia e a reforma penitenciária optou por sua remoção, nítido o fato de que havia falhas, distorções e/ou impossibilidades técnicas da realização da prova pericial ou parecer técnico, não cabendo, portanto, ao julgador, ao órgão acusador, ou a qualquer outro sujeito da execução revificar o antigo modelo. Do contrário, estar-se-á empiricamente definindo ultratividade à lei penal mais gravosa (determinação de quantidade superior de requisitos para o gozo dos direitos), ofendendo a lógica formal e material do princípio da legalidade penal.<sup>19</sup>

19. CARVALHO, Salo. O (novo) Papel dos “Criminólogos” na Execução Penal CARVALHO I.N, CARVALHO, Salo (Coord.). **Crítica à Execução Penal**, 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.168.

Na mesma linha, de forma bem mais sucinta, Renato Marcão também não deixa dúvidas.

Por outro vértice, com as mudanças introduzidas pela lei 10792/2003 já não há falar em exame criminológico obrigatório ou facultativo, para efeito de progressão de regime, visto que a lei não mais o reclama para a aferição do requisito subjetivo (mérito do executado).<sup>20</sup>

Se alguém ainda pensa que o exame tem algum valor para o julgamento de pedidos de progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação, só tem duas opções: conseguir politicamente nova reforma da LEP ou alegar a inconstitucionalidade do seu artigo 112, o que seria difícilimo. Fora dessas alternativas, ocorreria puro desrespeito à lei.

#### 4. APLICAÇÃO AO LIVRAMENTO CONDICIONAL, INDULTO E COMUTAÇÃO DE PENAS

Embora a lei já tenha sido citada anteriormente, não é demais lembrar que não apenas a progressão de regime está condicionada somente ao lapso temporal e à boa conduta.

É o que decorre do parágrafo segundo do artigo 112 da LEP, instituído pela lei 10.792/2003 (posterior, portanto, ao artigo 83 do Código Penal), quando diz estritamente que “*idêntico procedimento será* adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes”.

Em outras palavras, para o livramento condicional, apenas os prazos previstos no código penal continuam em vigor, não subsistindo as exigências de comprovação de bom desempenho no trabalho, aptidão para prover a própria subsistência, mediante trabalho honesto, reparação do dano e constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.<sup>21</sup>

No mesmo sentido, Amilton Bueno de Carvalho, em bela obra de compêndio de decisões judiciais, assevera.

Acontece que a nova redação do §2º, do art.112 da Lei de Execuções Penais, estabelece, como condições ao livramento condicional, apenas duas exigências: lapso temporal previsto em lei e bom comportamento carcerário comprovado pelo diretor da casa prisional.

E nada mais!

20. MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**, 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 126.

21. BRASIL. **Código Penal**. Artigo 83, caput incisos III e IV, e parágrafo único.

Assim as exigências apontadas pelo agravante não encontram mais guarida no sistema- o artigo 83, IV e parágrafo único, restou tacitamente revogado pela lei 10.792/03; da mesma forma o artigo 131 da LEP, parcialmente.<sup>22</sup>

A lei, aparentemente, poderia suscitar dúvidas, devido ao uso da expressão “procedimento”, no parágrafo segundo. Uma análise apressada poderia sugerir que ao livramento condicional, indulto e comutação, só se estenderia a necessidade de manifestação prévia do Ministério Público e da Defesa, previsto no parágrafo primeiro, e não as disposições do *caput*.

Em observação mais atenta, todavia, percebe-se que o texto faz ressalva apenas a respeito dos prazos previstos nas normas vigentes. A única disposição relativa a lapso temporal em todo o artigo é encontrada exatamente no seu *caput*. Nítido, desse modo, sob pena de inutilidade da exceção, que as disposições do texto principal do artigo também abrangem o livramento condicional, o indulto e a comutação.

Ressalte-se ainda que, mesmo antes da vigência da lei 10792/2003, aquelas demandas já não encontravam guarida no sistema constitucional.

Quando exigia bom desempenho no trabalho, o Código Penal chegava ao absurdo de prever que a baixa produtividade laboral seria fato tão grave e indesejado que justificaria a privação da liberdade. Indiretamente, era prevista com clareza uma pena de trabalhos forçados, vedada expressamente pela Constituição.<sup>23</sup> Certo tempo de cárcere seria determinado pelo fato de a pessoa não ter realizado o ofício que lhe foi imposto.<sup>24</sup>

Para evitar aquele período de prisão, o apenado seria obrigado a trabalhar. Mais que isso, o desempenho no serviço deveria ser considerado satisfatório. Resumindo, além ser forçado a exercer labor que não escolheu livremente, o sentenciado deveria apresentar resultados correspondentes às expectativas daqueles que o fiscalizam.

Em relação à aptidão para prover a subsistência mediante trabalho honesto, a exigência de comprovação chega a ser estapafúrdia. Qualquer pessoa pode

22. CARVALHO, Amilton Bueno de. *et al. Garantismo aplicado à execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.89

23. BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 5º, XLIII. Não haverá penas: (...) c) de trabalhos forçados.

24. É verdade que, na maioria dos casos, os internos almejam e disputam as vagas de trabalho ofertadas. Muitas vezes, a inserção em oficina é objeto de corrupção na unidade prisional. Porém, lembre-se que há pouca ou nenhuma opção de escolha. O apenado deve aceitar aquilo que lhe for oferecido, ainda que seja completamente incompatível com as condições pessoais, a sua história de vida e suas aptidões.

exercer alguma espécie de trabalho honesto, exceto, em tese, nas hipóteses de aposentadoria por invalidez.

Como seria impensável que a norma indicasse uma sanção pela idade avançada ou más condições de saúde, torna-se clara a pretensão de exigir uma impossível demonstração de que o apenado não se valeria de meios ilícitos para sua subsistência. Nota-se que, não havendo prova em contrário, considerava-se que o encarcerado, ao deixar a prisão, voltaria a delinquir. Ofendia-se, assim, brutalmente, o princípio da presunção de inocência<sup>25</sup>.

Na mesma linha, andava o requisito de comprovação de condições pessoais que fizessem pressupor que o liberado não voltaria a delinquir. Na nova ordem, é a prática do delito que precisa ser demonstrada e não a sua inexistência. A culpa precisa ser provada e não a inocência.

Seria paradoxal punir alguém porque foi provada a possibilidade de, eventualmente, ser perpetrado um crime. Mais aberrante ainda seria fundamentar o cárcere no fato de uma pessoa não conseguir demonstrar que, em um futuro incerto, não iria praticar delitos. Ao mesmo tempo em que se criou a presunção de culpa antecipada, ainda se inverteu o ônus da prova.

Por fim, a reparação do dano é dívida de natureza cível. Deve ser executada em juízo competente daquela área, não mais podendo justificar a prisão. O direito penal não pode ser usado como meio coercitivo para o cumprimento de obrigação pecuniária. Até mesmo a pena de multa, quando descumprida, transforma-se em dívida ativa da Fazenda Pública (Código Penal, artigo 51). Por esse motivo, a Constituição veda expressamente a prisão por dívida (artigo 5º, LXVII).

## 5. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE HIPÓTESES EXCEPCIONAIS

Pouco tempo depois da alteração no artigo 112 da LEP, surgiu a teoria de que os exames ainda poderiam ser exigidos, limitados, porém, a hipóteses excepcionais, devidamente fundamentadas. Não demorou e, estendendo aquele preceito, instituiu-se em algumas varas de execuções penais e tribunais a prática de tratar como indispensáveis as avaliações, quando houvesse condenação por determinados tipos de delitos.

Nenhuma das ideias tem lastro jurídico. Em primeiro lugar, destaque-se que, qualquer decisão baseada exclusivamente na gravidade em abstrato do crime é nula, por ausência de fundamentação, por gerar *bis in idem* e por ferir o princípio da individualização das penas.

25. BRASIL. **Constituição Federal**, artigo 5º, LVII.

Em segundo lugar, não existe qualquer previsão legal para a abertura dessas exceções. Mais uma vez, é preciso rememorar que toda e qualquer restrição à liberdade deve ser minuciosamente descrita em lei.

Tendo em vista que a restrição da liberdade, mediante proibição penal, é uma exceção (posto que a liberdade é regra), a única interpretação teleológica que poderia ser admitida é a restritiva, ou seja, aquela que vislumbra, como finalidade da *Constituição Federal*, autorizar a intervenção penal só excepcionalmente e nos casos expressos por ela mesma, apesar de o fato ser moralmente reprovável. Em outras palavras: toda norma penal que restringe a liberdade do cidadão há de ser interpretada restritivamente e em consonância com os princípios constitucionais, não se podendo, nessas situações, sustentar, constitucionalmente, a possibilidade de emprego de analogia ou interpretação analógica.<sup>26</sup>

Mesmo Mirabete, que, como afirmado anteriormente, sustenta a possibilidade de exigência dos laudos, também reconhece a impossibilidade da negativa de um pedido de progressão, com base em causa não reconhecida em lei. Na mesma oportunidade, refere-se, mais especificamente, à natureza do delito.

A natureza do delito do qual resultou a condenação não pode ser alegada como óbice a pedido de progressão de regime, pois é inadmissível argüir motivo extralegal em desfavor do sentenciado que preenche os requisitos temporal e subjetivo previstos no art.112 da Lei de Execução Penal.<sup>27</sup>

Em terceiro lugar, deve-se dizer que a adoção daquelas teses resultaria no sepultamento da nova lei. O antigo parágrafo único do artigo 112 da LEP, revogado expressamente, estabelecia que a decisão seria “motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário”.

Obviamente, na decisão motivada, o julgador deveria explicar a razão pela qual, naquela hipótese excepcional, os exames se fizeram indispensáveis. Note-se que não há qualquer diferença entre o que é proposto agora, pelos defensores da sobrevida da exigência, e o que existia antes e foi extirpado pela lei.

Em suma, estabelecer hipóteses especiais, em razão do tipo penal da condenação, ou qualquer outro motivo, equivaleria à ressurreição da antiga norma, já revogada. A praxe só é possível fingindo que a nova regra não existe. Teria havido, então, uma grande mudança, mas que teria deixado tudo exatamente como estava.

26. SCHMIDT, Andrei Zenkner. A Crise da Legalidade na Execução Penal I.N, CARVAHO, Salo (Coord.). *Crítica à Execução Penal*, 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.62.

27. MIRABETE, Júlio Fabrini. *Execução Penal*, 11.ed. São Paulo: Atlas, 2007p. 416.

## 6. CLASSIFICAÇÃO

Outra tentativa de justificar a cobrança dos laudos a associa à eventual ausência de classificação do interno, no momento do ingresso no sistema prisional, e consequente inexistência de plano individualizador. Novamente, incorre-se em falta de atenção e desprezo às alterações promovidas.

A classificação, do modo que é prevista nos artigos 5º a 9º da LEP, especialmente, no novo artigo 6º, destina-se a orientar a individualização da execução penal. Serve para determinar que tipo de acompanhamento psicológico, médico ou social, o preso necessitará. Volta-se também para a identificação de cursos cuja frequência seria interessante ou em que cela e com quais companheiros, o apenado deveria estar. Não pode, jamais, ser considerada como requisito para o gozo de direitos, a exemplo do livramento condicional e a progressão.

Novamente, para deixar clara a opção legislativa, vale comparar o que dizia a LEP, antes da reforma de 2003, com o texto atual. Inicialmente, observe o texto original, promulgado durante a ditadura militar.

Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador e acompanhará a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, devendo propor, à autoridade competente, as progressões e regressões de regime, bem como as conversões.

Agora, veja a nova redação do único artigo da LEP que vinculava a classificação a direitos como a progressão de regime, dada pela lei 10792/2003, promulgada em um Estado Democrático:

Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório.

Como se vê, a lei retirou qualquer vínculo entre a classificação e a obtenção de direitos. O trecho subtraído pela reforma é justamente aquele que fazia referência a progressões e regressões.

Recorde-se que a lei 10792/2003, de forma sincronizada à exclusão da possibilidade de influência das Comissões Técnicas de Classificação (CTC) nas progressões de regime, no artigo 6º, retirou do artigo 112 a previsão de consulta a parecer da CTC e exame criminológico, antes do reconhecimento daqueles direitos. Resta cristalino e incontroverso que os dois dispositivos foram alterados, com a mesma finalidade: extirpar o uso dos exames como razão para negativa de direitos.

O artigo 8º<sup>28</sup>, por sua vez, foi mantido. Embora fale expressamente na realização de exames criminológicos, para auxiliar a classificação, o texto não se refere, e nunca se referiu, ao uso dessa perícia para a análise de pedidos de progressão de regime, livramento condicional, indulto ou comutação. A norma fala tão somente em auxílio à classificação e individualização, que, como já foi visto, não têm mais qualquer relação com a obtenção de direitos. Não havia, portanto, razão para alterá-la.

A reforma redesenha a pesada e burocrática máquina executivo-penitenciária, alterando substancialmente o papel do “criminólogo”. Ao técnico penitenciário, segundo a nova redação do artigo 6º da LEP, é possibilitado um ambiente de criação de condições minimizadoras dos efeitos perversos da sanção penal (paradigma de vulnerabilidade), em dissonância com o histórico papel de tarefeiro redator de laudos de prognoses delitivas (paradigma etiológico). Cabe, portanto, às CTC’s, a exclusiva missão de elaborar programas individualizadores e acompanhar o desenvolvimento da execução da pena privativa de liberdade e restritiva de direito. No que diz respeito aos COC’s, seu trabalho, (perícia técnica) fica restrito à obtenção de elementos mais precisos àquela individualização, no caso do condenado em regime fechado. Inexiste, portanto, na nova configuração da LEP, espaço para que laudos e pareceres vinculem a decisão judicial, sobretudo porque deixam de ser peça processual a informar o incidente executivo.<sup>29</sup>

Ao contrário do que pode parecer, com a mudança no artigo 6º, não houve redução da importância dos psicólogos e assistentes sociais, na execução da pena, mas sim, a maximização das suas possibilidades.

O problema é que muitos se esquecem de que o exame criminológico nunca se destinou apenas e tão-somente à aferição do mérito que se exigia expressamente para a progressão de regime prisional e outros benefícios. Antes, e com maior relevância, propõe-se a orientar a classificação dos condenados e a imprescindível individualização executória, e por aqui nada mudou.<sup>30</sup>

28. Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução. Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto.

29. CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**, 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.301. No mesmo sentido, Amilton Bueno de Carvalho. “De outra banda, o artigo 8º, da LEP, não importa reconhecer a necessidade de realização de exames criminológicos para progressão de regime. Explico.

O citado artigo apresenta o exame criminológico para fins de *classificação e individualização* da pena, a ser realizado no início da sua execução em condenados a cumprir pena no regime fechado e semiaberto (ver art.34 c/c art.35, ambos do Código Penal, e art. 8º da LEP). Assim, difere-se dos exames anteriormente exigidos pela LEP, especificamente para fins de progressão de regime.” CARVALHO, Amilton Bueno de. *et al. Garantismo aplicado à execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.78.

30. MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**, 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.13.

No sistema prisional, aqueles profissionais podem, finalmente, colaborar com o bem-estar do preso e não desperdiçar seu tempo e sua qualificação técnica, realizando perícias, sem qualquer objetivo, a não ser julgar o íntimo, as convicções, os valores e a história do sentenciado. O fato é que nunca houve tamanha possibilidade para que esses profissionais desempenhem os seus verdadeiros papéis.<sup>31</sup>

Nesse sentido, é interessante registrar que o Conselho Federal de Psicologia encabeça Moção de Repúdio ao projeto de lei nº 75/2007, que tramita no senado e tenta restabelecer os exames.

Não se trata de questionar apenas o pequeno número de profissionais em todo o Brasil para realizar o exame criminológico, ou a sua eficácia, pois na verdade, não acreditamos que tal exame possa prever e garantir comportamentos, assim como qualquer outro instrumento das ciências humanas, por mais investidos que estejam de cientificidade. O exame criminológico tem servido apenas a um ritual não só burocrático, mas principalmente estigmatizador e classificatório no qual se baseia o Judiciário para decidir sobre a vida (ou morte) das pessoas. Nessa medida, torna-se um instrumento violador da intimidade, da imagem, da pessoa, restringindo a análise do conflito a questões de natureza individual não como próprio da dinâmica social, em sua condição histórica, econômica, cultural e política.<sup>32</sup>

## 7. PROVA PERICIAL

Parte da doutrina defende a aplicação do exame, com base no parágrafo 2º do artigo 196 da Lei de Execução Penal<sup>33</sup>. O dispositivo permite ao juiz ordenar a prova pericial, quando a entender indispensável. Como as avaliações psicológicas e sociais que compõem os chamados exames criminológicos são consideradas perícias, o juiz poderia, então, requisitá-las.

Além disso, não estando adstrito o juiz da execução às conclusões de atestado, parecer ou laudo técnico (art. 182 do CPP), podendo apreciar livremente a prova para formação de sua convicção (art.157 do CPP) e

31. “Neste particular, o objetivo da reforma foi claro: inverter a lógica administrativizada do paradigma etiológico que informa (va) o trabalho dos técnicos, determinando que os profissionais, ao invés de ficarem em seus gabinetes produzindo mecanicamente perícias e pareceres, trabalhem junto aos presos no sentido de lhes auxiliar no retorno menos hostil à sociedade”. CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**, 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.303.

32. CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **CARTA-MANIFESTO Contra o Exame Criminológico**. Disponível em [http://www.pol.org.br/pol/cms/pol/noticias/noticia\\_081125\\_003.html](http://www.pol.org.br/pol/cms/pol/noticias/noticia_081125_003.html). Acesso em: 5. set.2009.

33. Art. 196. A portaria ou petição será autuada ouvindo-se, em 3 (três) dias, o condenado e o Ministério Público, quando não figurem como requerentes da medida. § 1º Sendo desnecessária a produção de prova, o Juiz decidirá de plano, em igual prazo. § 2º Entendendo indispensável a realização de prova pericial ou oral, o Juiz a ordenará, decidindo após a produção daquela ou na audiência designada.

ordenar diligência de produção de prova, inclusive pericial (arts. 196. § 2º da LEP e 156 do CPP), deverá negar a progressão, mesmo quando favorável o atestado ou parecer do diretor do estabelecimento, se convencido por outros elementos de que o condenado não reúne condições pessoais para o cumprimento da pena em regime mais brando.<sup>34</sup>

#### O posicionamento não é isolado.

O Processo Penal brasileiro confere ao juiz a “faculdade de iniciativa de provas complementares e supletivas”, autorizando-lhe a, de ofício, determinar a realização daquelas que considerar indispensáveis para o esclarecimento de pontos relevantes. Seria um verdadeiro absurdo obrigar o juiz a incorrer em “provável erro” por proibi-lo de utilizar meio de prova moralmente legítimo e disponível, como é o caso de um exame pericial.<sup>35</sup>

O equívoco é visível. A norma estabelece a possibilidade de solicitação de perícias, quando o juiz entender que são necessárias para o seu convencimento. Nos casos de progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação, de acordo com o artigo 112, o magistrado somente precisa se convencer de duas coisas: o decurso do tempo e a boa conduta.

O tempo é medido através de operações matemáticas. O segundo requisito é, nas exatas palavras da lei, o “bom comportamento”, ou seja, o conjunto de atitudes praticadas pelo apenado<sup>36</sup>. O que se costuma chamar de “mérito” é medido, então, pelo cometimento ou não de faltas disciplinares. Nada além disto, pois não existem outras condições pessoais.

Características íntimas, como a ausência de conflitos internos, o arrependimento ou uma vida familiar organizada não são requisitos para a concretização do sistema progressivo. Em resumo, aqueles dados obtidos por exames criminológicos não integram o “mérito”. Esse é o ponto crucial que invalida as teses de quem advoga o seu uso.

Somente é necessário, segundo a lei, que o sentenciado tenha boa conduta. Avaliações psicológicas e sociais não se prestam a revelar ações, mas apenas a tentar explicá-las. Por conseguinte, somente poderiam ter utilidade enquanto justificadoras de eventuais faltas cometidas. Os laudos até poderiam afastar atestados que apontassem o mau comportamento. Entretanto, para a finalidade

34. MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução Penal**, 11.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.424.

35. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão- Causas e alternativas**, 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.355.

36. “Comportamento. S.m. 1. Maneira de se comporta; procedimento, conduta. 2. Conjunto de atitudes e reações do indivíduo em face do meio social. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**, 1.ed. Rio de Janeiro, 1975: Nova Fronteira, p.354.

“Com.por.ta.men.to (comportar + mento) sm Maneira de se comportar; procedimento, conduta.” MICHAELIS. **Dicionário Prático Língua Portuguesa**, 1.ed. São Paulo, 2001: Melhoramentos, p.205.

inversa, provar más condutas, os exames são completamente imprestáveis e, logo, desnecessários.

Se o atestado é favorável ao interno, não há faltas para justificar. Se não há faltas a justificar, não cabe ao magistrado aguardar os resultados daqueles exames, cujo único possível interessado seria o apenado. Como os laudos não podem interferir negativamente no mérito, é ilegítima, ilegal e arbitrária qualquer rejeição de direitos com base neles.

Não se discute que o juiz de execuções pode determinar a realização de perícias. Elas precisam, porém, ter uma finalidade concreta no processo. O entendimento de que o artigo 196 da LEP permite ao juiz requerer qualquer prova, em qualquer situação, é extremamente absurdo. O raciocínio autorizaria a exigência de exame de DNA, para a concessão de livramento condicional ou perícia contábil, para concessão de progressão de regime. São avaliações técnicas que possuem tantos vínculos com os requisitos legais da progressão ou do livramento, quanto o “exame criminológico”, ou seja, nenhum.

## 8. POSICIONAMENTO DO JUDICIÁRIO

À luz do direito, é indefensável a exigência dos laudos. O Conselho Federal de Psicologia lidera moção de repúdio à sua realização. Mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal tem aceitado, desde 2006, a tese de que o exame criminológico ainda pode ser exigido, condicionado, entretanto, à decisão devidamente fundamentada para tanto.

Em busca da compreensão sobre os motivos que levaram a corte constitucional a adotar esse entendimento, foram analisadas seis de suas decisões<sup>37</sup>, prolatadas entre 09 de setembro de 2008 e 24 de março de 2009, em processos com diferentes relatores. O objetivo era verificar quais argumentos os relatores apresentavam, para justificar seus pontos de vistas e perceber, assim, a frequência com que apareciam.

Apenas cinco teses foram levantadas. Em uma das decisões, aduziu-se que, sem o exame, seria impossível comprovar o mérito do apenado.<sup>38</sup> Em outra, o ministro relator alegou que os laudos poderiam ser exigidos, em virtude do que dispõe o artigo 8º da LEP, quando os prevê para auxiliar a classificação.<sup>39</sup> Três

37. *Habeas Corpus* 94281-4 RS, 2ª Turma, Relator Min. Eros Grau, *Habeas Corpus* 93848-5 RS, 2ª Turma, Relator Min. Joaquim Barbosa, *Habeas Corpus* 94715-8 RS, 2ª Turma, Relatora Min. Ellen Gracie, *Habeas Corpus* 93108-1 SP, 1ª Turma, Relatora Min. Cármen Lúcia, *Habeas Corpus* 94612-7 RS, 1ª Turma, Relator Min. Carlos Britto e *Habeas Corpus* 96.586-5 SP, 2ª Turma, Relator Min. Celso de Mello.

38. *Habeas Corpus* 93108-1 SP, 1ª Turma, Relatora Min. Cármen Lúcia.

39. *Habeas Corpus* 94612-7 RS, 1ª Turma, Relator Min. Carlos Britto.

ministros relatores apresentaram o argumento de que, em razão da gravidade de determinados delitos, a perícia deveria ser utilizada.<sup>40</sup> Cinco ministros relatores afirmaram que a lei retirou a exigência do exame, mas não o vedou expressamente.<sup>41</sup> A explicação mais utilizada, única presente em todas as seis decisões, foi a de que o próprio STF já havia decidido anteriormente pela possibilidade de requisição das avaliações.

O argumento de autoridade é naturalmente desprezível, em especial quando auto-referente. Todos os outros pretextos levantados pela instância superior da justiça brasileira, porém, já foram enfrentados nesse trabalho<sup>42</sup>. Está, portanto, demonstrado que nenhum deles se sustenta.

Apesar da fragilidade da motivação, o entendimento do STF vem paulatinamente se espalhando por todos os graus de jurisdição. Em parte, a difusão daquelas ideias se deve ao servilismo dos operadores do direito à jurisprudência. Seja por preguiça intelectual, ou por temor de reformas, muitos magistrados costumam aceitar como argumento inafastável o fato de que a instância superior já decidiu de certo modo.

De nada adianta *independência* se o juiz é totalmente *dependente* do *pai-tribunal*, sendo incapaz de pensar ou ir além do que ele diz. É preocupante o nível de dependência que alguns juizes criam em relação ao “entendimento” deste ou daquele Tribunal, e, o que é pior, a sujeição de alguns Tribunais ao que dizem outros Tribunais Superiores. Quando uma decisão vale porque proferida por este ou aquele tribunal, e não porque é uma *boa decisão*, passa-se a ser um mero repetidor acritico e autofágico, impedindo qualquer espécie de evolução.<sup>43</sup>

O Tribunal tem tanto poder de influência sobre os juizes que, muitas vezes, eles sequer enfrentam os argumentos levantados pelas partes. Limitam-se a fazer alusões a ementas de acórdãos que se coadunam com a decisão que proferem. Desse modo, acham que fundamentaram a sentença.

Cada vez mais, os juristas ficam tanto a mercê de decisões tribunalícias, como a dar razão ou repriminar as velhas teses do realismo jurídico, pelas quais o direito se realiza na decisão, forma acabada de um positivismo

40. *Habeas Corpus* 94281-4 RS, 2ª Turma, Relator Min. Eros Grau, *Habeas Corpus* 94612-7 RS, 1ª Turma, Relator Min. Carlos Britto e *Habeas Corpus* 96.586-5, 2ª Turma, Relator Min. Celso de Mello SP.

41. *Habeas Corpus* 94281-4 RS, 2ª Turma, Relator Min. Eros Grau, *Habeas Corpus* 93848-5 RS, 2ª Turma, Relator Min. Joaquim Barbosa, *Habeas Corpus* 94715-8 RS, 2ª Turma, Relatora Min. Ellen Gracie, *Habeas Corpus* 93108-1SP, 1ª Turma, Relatora Min. Cármen Lúcia e *Habeas Corpus* 96.586-5, 2ª Turma, Relator Min. Celso de Mello SP.

42. Ver seções, 2,3,5,6 e 7.

43. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, 3.ed.. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.114.

que, buscando superar o normativismo exegético, abriu historicamente o caminho para discricionariedades e decisionismos.<sup>44</sup>

Não é só a submissão, entretanto, que explica o fenômeno. Tanto os ministros têm notório saber jurídico, quanto os magistrados são bastante preparados. É impossível que qualquer deles realmente ignore o massacre à lei que vêm perpetrando.

Reiteradas decisões baseadas em teses sem qualquer respaldo jurídico indicam a existência de razões não declaradas formalmente pelos julgadores. Estas causas extralegais seriam decisivas, para os seus votos e sentenças. É como se a decisão já estivesse pronta, antes mesmo da análise do mérito. As palavras que são colocadas no texto servem apenas para esconder o exercício do arbítrio.<sup>45</sup>

Num sistema que, devido à sua diferenciação está tão aberto a alternativas, têm correspondentemente de se desenvolver as técnicas eficazes de selecção. Ou então acaba-se na utilização latente de simplificações formalmente ilegais, no sentido, por exemplo, de o juiz se deixar impressionar pelo estatuto social diferenciado do restante dos participantes, ou de recorrer à sua experiência acumulada. E estas razões (reais) das decisões não são levadas à discussão, na fundamentação formal da sentença.<sup>46</sup>

Lembre-se que nem sempre a jurisprudência dominante aceitou a exigência dos exames. Até 23 de fevereiro de 2006, o Superior Tribunal de Justiça, majoritariamente, entendia que a exigência dos laudos constituía constrangimento ilegal<sup>47</sup>. O STF, por sua vez, já havia decidido que o exame criminológico fora abolido.<sup>48</sup>

O marco histórico da guinada de pensamento foi uma decisão proferida naquela data: a declaração de inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime nos crimes hediondos.<sup>49</sup>

A transformação não tardou nem um pouco. Na mesma decisão que reconheceu a aplicação do sistema progressivo nos delitos de maior clamor social, os magistrados determinaram a possibilidade de exigência do exame<sup>50</sup>. Eram questões sem qualquer conexão jurídica. Em vez de convencimento racional,

44. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso** – Constituição Hermenêutica e teorias discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito, 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.211.

45. Para fazer justiça, é necessário destacar que, dentro do STF, o Ministro Marco Aurélio se mantém firme e coerente, em posição contrária à dos seus colegas de corte.

46. LUHMAN, N., *apud* DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Criminologia** – O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena. Coimbra, 2.Reimpressão: Coimbra Editora, 1997, p.507.

47. A sua 1ª Turma, contudo, já entedia que os laudos seriam exigíveis.

48. *Habeas Corpus* 83700/AC, 1ª Turma, Relator Min. Marco Aurélio.

49. STF, *Habeas Corpus* 82959-7/SP, Tribunal Pleno, Relator Min. Marco Aurélio.

50. Advirta-se que não partiu do Ministro relator o trecho relativo aos exames criminológicos.

foi, obviamente, preponderante o medo. Por mais que se tente negar, a raiz da suposta incoerência dos julgadores está firme e claramente fundada no direito penal do inimigo.

É que a realidade carcerária brasileira traduz uma incapacidade histórica do poder público em efetivar os direitos dos cidadãos. Mais, indica a incompetência na realização dos desejos de vingança de uma sociedade videocratizada isenta de filtros capazes de ofuscar a emoção e negar a punição desenfreada/generalizada. Nesse momento, parafraseando Beccaria, tudo se torna incerto e duvidoso, visto que as garantias são negadas pelo próprio sujeito tutelar.<sup>51</sup>

## 9. TRANQUILIDADE DO JULGADOR

Legalmente, é impossível negar um direito com base em laudos psicológicos ou relatórios sociais. Uma decisão nesse sentido se daria apenas na busca do julgador por sua própria “tranquilidade”. A responsabilidade pelo erro ou acerto da sentença e, principalmente, sobre as consequências da soltura ou da prisão não seria do jurista, mas do psicólogo e do assistente social que confeccionaram o parecer, favorável ou negativo<sup>52</sup>.

Embora os juristas, às vezes, não percebam, essa atitude significa a própria destruição do direito. O fenômeno já era percebido por Foucault, em um de seus mais clássicos livros, *Vigiar e Punir*.

O laudo psiquiátrico, mas de maneira mais geral a antropologia criminal e o discurso repisante da criminologia, encontram aí uma de suas funções precisas, introduzindo solenemente as infrações no campo dos objetos susceptíveis de um conhecimento científico, dar aos mecanismos da punição legal um poder justificável não mais simplesmente sobre as infrações, mas sobre indivíduos; não mais sobre o que eles fizeram, mas sobre o que eles são, serão ou possam ser.

[...]

E a sentença que condena ou absolve não é simplesmente um julgamento de culpa, uma decisão legal que sanciona; ela implica uma apreciação de normalidade e uma prescrição técnica para uma normalização possível. O juiz de nossos dias- magistrado ou jurado- faz outra coisa, bem diferente de ‘julgar’.<sup>53</sup>

51. CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**, 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.264.

52. “Os laudos antes exigidos pela LEP eram meios nefastos de afastar do juiz a responsabilidade pela decisão, transferindo a carga ética para os técnicos do sistema. Nesta lógica, o juiz estava isento de qualquer responsabilidade pela decisão, porque apenas homologava referidos laudos. Em realidade, a necessária jurisdicionalização da execução penal passa pelo abandono dos laudos.” CARVALHO, Amilton Bueno de. *et al.* **Garantismo aplicado à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.78.

53. FOUCAULT Michel. **Vigiar e Punir**, 36.ed. Tradução de Raquel Ramalhet. Petrópolis: Editora Vozes, 2009, ps.23-24.

Em tentativa de ludibriar o público ou a eles próprios, os julgadores argumentam que mantêm consigo o poder decisório. Afirmam que não são vinculados aos laudos, podendo até mesmo decidir contra eles.

Não é verdade. É simplesmente inviável, por questão de lógica, considerar que o íntimo do apenado deve ser julgado e desprezar a perícia técnica, em tese, capaz de fazer isso. Quando o juiz desdenha da lei e determina a realização do exame criminológico, mesmo comprovado o bom comportamento, é porque está certo de que só concederá qualquer parcela de liberdade, caso o seu resultado seja favorável.<sup>54</sup>

Dir-se-á que nenhum deles partilha realmente do direito de julgar; que uns, depois das sentenças, só tem o direito de fazer executar uma pena fixada no tribunal, e principalmente que outros – os peritos – não intervêm antes da sentença para fazer um julgamento, mas para esclarecer a decisão dos juízes. Mas desde que as penas e as medidas de segurança definidas pelo tribunal não são determinadas de uma maneira absoluta, a partir do momento em que podem ser modificadas no caminho, a partir o momento em que se deixa a pessoas que não são juízes da infração o cuidado de decidir se o condenado “merece” ser posto em semi-liberdade ou liberdade condicional, se eles podem pôr um termo à sua tutela penal, são sem dúvida mecanismos de punição legal que lhe são colocados entre as mãos e deixados à sua apreciação; juízes anexos, mas juízes de todo modo.<sup>55</sup>

A pretensa tranquilidade não passa de uma ilusão. Na verdade, ocorre o oposto. Mantendo preso alguém que por lei deveria estar em liberdade, o julgador imagina estar prevenindo possível violência futura. Não percebe, porém, que, para isso, pratica violência imediata e certa, pois, arbitrariamente, restringe o direito à liberdade.

Em resumo, evita-se uma hipotética, eventual e presumida agressão e se consuma uma agressão certa e gravíssima.

## 10. CONCLUSÃO

O exame criminológico foi extirpado dos processos de progressão de regime, indulto, comutação e livramento condicional. A insistência na sua requisição,

54. “Os laudos e pareceres criminológicos que ingressavam no processo adquiriram, no passar dos anos, tamanha importância que acabaram (re) criando um sistema de prova tarifada, a qual, embora não vinculasse a decisão do juiz por força da adoção do sistema do livre convencimento (art. 157 e art.182 do CPP), instituiu armadilha intransponível, mormente nos casos de pareceres desfavoráveis,” CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.298.

55. FOUCAULT Michel. **Vigiar e Punir**, 36.ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Editora Vozes, 2009, p.46.

obviamente, não é fundada em razões jurídicas. A previsão legal é demasiadamente clara.

Há, por um lado, o temor do outro, o anormal, o inimigo. Procura-se, de todo modo, mantê-lo afastado pelo maior tempo possível. Assim, esforça-se para ignorar o que é evidente. Juristas, altamente qualificados, acometidos de terrível amnésia técnica<sup>56</sup>, esmagam as primeiras lições que aprenderam e que, muitas vezes, ensinam sobre o direito penal, como os princípios da legalidade e da presunção de inocência.

Por outro lado, acredita-se possível, legítimo e necessário impor ao outro todas as suas crenças. Recomenda-se a leitura de alguns dos laudos, para a visualização da quantidade de preceitos morais e preconceituosos arrolados. “Não tem habilidade para planejar a vida futura”, “tem família desestruturada” e “não demonstra arrependimento, pois não confessa o crime” são três das frases mais frequentes.

Indo além, não basta recriminar o diferente, mas é preciso massacrá-lo. A consequência da inadequação deve ser a pena, o castigo. A punição, em mais uma inversão da lógica penal, deve ser a maior possível e durar até que o inimigo aceite a própria inferioridade e se “normalize”.

Prevalece a relativização dos direitos do preso, como se sua própria condição humana fosse também mitigada. É compreensível, afinal, ele é considerado o “inimigo”, o “desviado”, o “anormal”. O judiciário assume, dessa forma, papel central na produção das mazelas da população carcerária e até mesmo na multiplicação da criminalidade<sup>57</sup>.

E porque a acção jurisdicional vale ainda como a mais paradigmática das cerimônias degradantes, e a mais eficaz em termos de estigmatização, o tribunal é igualmente a instância formal com maior capacidade para manipular a identidade dos desviantes e compeli-los a uma “carreira” de delinquência.<sup>58</sup>

A finalidade declarada do recurso aos laudos é o auxílio ao “tratamento”. Tudo seria feito, então, para o bem do apenado, que teria a oportunidade de

56. CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**, 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.XXV.

57. “o sentimento de injustiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais podem tornar indomável o seu caráter. Quando se vê assim exposto a sofrimentos que a lei não ordenou, nem mesmo previu, ele entra num estado habitual de cólera contra tudo o que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade: não pensa mais ter sido culpado; acusa a própria justiça”. PRÉAMENEU, F. Bigot *apud* FOUCAULT Michel. **Vigiar e Punir**, 36.ed. Tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Editora Vozes, 2009, p.252

58. DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Criminologia- O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena**, 2.Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1995 , p.512.

amadurecer. A ideia de que a pena faria o sentenciado se integrar à sociedade é, mais que ingênua, hipócrita. Todos os operadores do direito têm consciência de que ocorre exatamente o contrário. Quanto maior o tempo de prisão, mais danos se provoca e mais difícil a criação de alternativas de vida diferentes do crime.

Sabe-se que a privação da liberdade causa inúmeros transtornos psicológicos.<sup>59</sup> O mesmo acontece com as estruturas sociais e os vínculos familiares, destruídos pelo isolamento. O processo de classificação e avaliação pode ser ilustrado da seguinte maneira: pede-se que alguém ponha a mão em uma fogueira. Depois, determina-se que um técnico informe se há queimaduras. Caso existam os ferimentos, receita-se tratamento, à base de mais chamas. Ainda assim, diz-se crer na cura. Desse modo, fecha-se um ciclo.

Qualquer pessoa, inclusive o magistrado, é capaz de praticar crimes. A repercussão social de um delito cometido por alguém que deixou o cárcere, porém, é muito mais intensa. Ao se valer do laudo, o julgador pode responsabilizar o psicólogo ou o assistente social pelos atos do periciado. É olvidado o fato de que ninguém pode ser culpado por atos de terceiros, nem mesmo o juiz ou o psicólogo.

Em evidente prova de fraqueza do direito, parece insuficiente justificar o ato judicial no respeito às leis e princípios constitucionais. É necessário se esconder atrás de perícias. O objetivo real do apego aos laudos é a busca de documento que afaste a prognose de reincidência. Em vez de seguir o ordenamento jurídico, os magistrados acabam por seguir o caminho mais conveniente para suportar a pressão social.

Para fortalecer a opção por ignorar os direitos do preso, há o fato de que as lesões aos seus direitos são silenciosas. É difícil imaginar um noticiário denunciando a negativa abusiva de livramento condicional, mas é comum que programas televisivos repitam, com ênfase, milhares de vezes, a informação de que um crime teria sido praticado por apenado, em saída temporária. O procedimento mais fácil e cômodo para o julgador é violar o direito. É preferível cercear, ilegalmente, a liberdade de alguém a enfrentar os brados dos “formadores de opinião”.

E o pior é que os “operadores da execução penal”, de uma maneira geral, vêm portando essa espada justiceira da sociedade, a pretexto de

59. “Todos os transtornos psicológicos, também chamados reações carcerárias são inevitáveis. Se a prisão produz tais perturbações, é paradoxal falar em reabilitação do delinqüente em um meio tão traumático como o cárcere. Essa séria limitação é uma das causas que evidenciam a falência da prisão tradicional”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**- Causas e alternativas, 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.199.

defendê-la contra um sujeito que, segundo pensam, é perverso e atávico, mas que, mesmo que assim seja, integra essa mesma sociedade e, como tal, faz jus ao respeito de seus direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade de todos. Isso é democracia no sentido substancial: num regime democrático de direito, nem mesmo a vontade de toda a sociedade – e nem de juizes, promotores e advogados – pode sobrepujar os direitos fundamentais (individuais e sociais) do cidadão, seja ele desviado ou não.<sup>60</sup>

Sendo inconfessáveis as finalidades reais da prática, porque vergonhosas, ainda se insiste na falsa ideia de que a penitenciária funcionaria como hospital de almas, com o dom de curar os criminosos. Sobre o tema, não há definição melhor que a produzida pela fina ironia de Tobias Barreto.

Lombroso propõe a substituição da cadeia pelo manicômio *criminal*. Dou de barato. Porém os seus princípios, os seus dados positivos, distendidos pela lógica, levam à consequência de ser talvez preciso meter-se no hospital a humanidade inteira, se não é que o ilustre autor nos tenha proposto apenas uma questão de palavras e entre cadeia e hospital de criminosos não se estabeleça distinção notável.<sup>61</sup>

A mudança legislativa se torna inócua, porque os operadores do direito a desconsideram. É comum dizer que as unidades prisionais estão superlotadas e, por isso, cobrar a construção de mais prisões. Poucos lembram, contudo, que boa parte dos encarcerados tem direito à liberdade que não foi respeitado pela justiça. É passada a hora de o poder judiciário assumir a responsabilidade que, de fato, possui.

O que vale dizer que a política criminal- formalmente legitimada através da (e plasmada na) lei criminal- sofre a concorrência das políticas informais daquelas instâncias, as quais podem inclusive frustrar as reformas legislativas mais audaciosas.<sup>62</sup>

Essa preciosa lição dos mestres portugueses retrata com perfeição o que se está vivendo no Brasil, a respeito dos exames criminológicos. Não se supera as obras de ficção, como *Laranja Mecânica* e *Minority Report*, simplesmente porque os próprios operadores do Direito vêm, dolosamente, frustrando uma audaciosa reforma legislativa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

60. SCHMIDT, Andrei Zenkner. A Crise da Legalidade na Execução Penal I.N, CARVAHO, Salo (Coord.). **Crítica à Execução Penal**, 2.ed. . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.71.

61. BARRETO Tobias, *apud* CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**, 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.67.

62. DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Criminologia- O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena**, 2.Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1995 , p.391.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**- Causas e alternativas, 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. *et al.* **Garantismo aplicado à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CARVALHO, Salo. O (novo) Papel dos “Criminólogos” na Execução Penal CARVALHO I.N, CARVAHO, Salo (Coord.). **Crítica à Execução Penal**, 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Pena e Garantias**,3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008
- CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **CARTA-MANIFESTO Contra o Exame Criminológico**. Disponível em [http://www.pol.org.br/pol/cms/pol/noticias/noticia\\_081125\\_003.html](http://www.pol.org.br/pol/cms/pol/noticias/noticia_081125_003.html). Acesso em: 5.set.2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Parte Geral** Tomo I. 1.ed.BR, 2.ed.PT. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Criminologia**- O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena, 2.Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**, 1.ed. Rio de Janeiro, 1975: Nova Fronteira.
- FOUCAULT Michel. **Vigiar e Punir**, 36.ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Vol. I**, 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.
- LARANJA Mecânica (*A Clockwork Orange*). Direção: Stanley Kubrick. Produção: Stanley Kubrick. Roteiro: Stanley Kubrick. Intérpretes: Maldom McDowell, Patrick Magee, Adrienne Corri, Miriam Karlin e outros. 2DVD, 's (136 min) Warner Bros Pictures, 1971. Colorido. Baseado no Livro de Anthony Borges.
- MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**, 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MICHAELIS. **Dicionário Prático Língua Portuguesa**, 1.ed. São Paulo: Melhoramentos. 2001.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução Penal**, 11.ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. A Crise da Legalidade na Execução Penal I.N, CARVAHO, Salo (Coord.). **Crítica à Execução Penal**, 2.ed. . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SHECAIRA, Sérgio. **Criminologia**, 2.ed.. São Paulo: Revistas dos Tribunais.
- MINORITY Report*- A nova lei (*Minority Report*) Direção: Steven Spielberg. Produção: Cruise/Wagner/Blue e Tulip/Ronald Shusett/Gary Goldman. Intérpretes: Tom Cruise, Colin Farrell e outros. 1DVD (148 min) .Twentieth Century Fox, e DreamWorks Pictures, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso** – Constituição Hermenêutica e teorias discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito, 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.



## CAPÍTULO III

# GARANTISMO APLICADO À EXECUÇÃO PENAL

*Alexandre Alves de Souza\**

**Sumário** • Notas iniciais – Garantismo penal: origem, conceito e diretrizes de aplicação – Execução da pena e garantismo – Conclusão – Bibliografia.

“A partir dessa reflexão, tenho constatado que o ser humano almeja vivenciar o maior, ou talvez o mais nobre sentimento que um indivíduo pode sentir – o de liberdade. Algumas pessoas discordam, dizendo que o amor é o grande sentimento, o que não contesto. Entretanto, pode-se viver sem amor, ou melhor, sobreviver, e levar a vida adiante. Mas não ter liberdade equivale à morte. Não necessariamente a física, e sim a morte do significado da própria vida.

Refletindo mais profundamente, descobri que a palavra “freedom” não tem tradução direta e exata para o português. Traduziram-na como liberdade, mas liberdade é “liberty” e independência é “indepence”. Partindo da premissa que “free” significa “de graça”, concluí que talvez a melhor forma de transmitir o significado dessa magnífica palavra seja “estado de graça”. Maravilhoso, não?

Essa deveria ser a meta de todos nós, mas imagino que poucas pessoas a alcancem. Esse é o estado onde alguém se torna dono ou mestre de sua vida, de seu destino.

Talvez a melhor forma de ilustrar essa condição sublime seja imaginar uma águia em pleno vôo em um céu de brigadeiro. Neste seu vôo esplendoroso, a águia não está livre, uma vez que está presa à gravidade. Tampouco está independente, pois depende de condições atmosféricas, de claridade e da ausência de outras aves. Mas quando ela pode usufruir desse momento abençoado, ela está no seu estado natural, estado de graça. Torna-se mestre do seu momento.”<sup>1</sup>

### NOTAS INICIAIS

Ao abordar tão importante tema, pretende-se, desde logo, esclarecer o posicionamento em relação ao tópico, para possibilitar ao leitor que por algum motivo, viesse a se interessar por estas palavras, que não tivesse dúvida do que aqui estivesse expondo. Para isso, no entanto, achei por melhor trazer a esta obra,

---

\* Defensor Público do Estado da Bahia, Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Fortium em Brasília.

1. WONG, Roberto. **Uma Nova Liberdade**. Ano 02, nº. 23. São Paulo: TAM, 2009.

palavras ditas pelo Eminentíssimo doutrinador Amilton Bueno de Carvalho, garantista declarado, já que ao lê-las me abasteceram com bastante entusiasmo. Em sua obra “Garantismo Aplicado à Execução Penal”, assim define a sua posição, a qual subscrevo sem reservas:

“Somos descaradamente garantistas! Assumimos tal postura de maneira despudorada. Assim queremos deixar claro, absolutamente claro, definitivamente claro, que não operamos com a máscara de uma ingênua neutralidade.”

Complementa ainda:

“Não! Somos comprometidos com a radicalidade democrática no sentido de que as garantias do cidadão – seja quem for, seja qual o delito cometido – devem ser preservadas da maneira mais ampla que um sistema que se pensa democrático possa permitir.”<sup>2</sup>

## **GARANTISMO PENAL: ORIGEM, CONCEITO E DIRETRIZES DE APLICAÇÃO**

Sem a prepotência de conseguir exaurir o tema, mas sim tentando viabilizar um direcionamento para o entendimento deste instituto, começa-se o estudo diretamente explorando e relembando o conceito da palavra “garantia”, dentre outras acepções, pode ser definida como sendo o direito, privilégio e isenção que a Constituição de um dado País confere aos cidadãos pertencentes ao seu território, em acordo com determinada época. É importante estar com esta visão mais ampla deste conceito já que apesar de estar-se focando no garantismo atrelado à área penal, o sistema trazido adiante servirá de norte orientador para todos os ramos do direito.

Feita esta visão geral e passando a pontuar o marco inicial do garantismo penal, no mundo, verifica-se que o mesmo se materializou através do jurista italiano Luigi Ferrajoli, sendo que qualquer referência que se faça a este tema, sempre deve fazer-se honras à sua pessoa. O referido autor, em sua obra *Derecho y Razón*, estabelece as diretrizes principiológicas e conceituais do que ficou conhecido como garantismo penal. Apesar de toda a sua teoria ter sido desenvolvida dentro de um ambiente essencialmente penalista, suas bases e requisitos, da forma que foram apresentados, serviram de sustentação para que se viesse a criar uma teoria geral relativa ao garantismo, abrangente também, aos demais ramos do direito. Isso porque o autor considera que a existência do garantismo penal tornou-se bastante abrangente, podendo ser considerado como um verdadeiro

2. CARVALHO, Amilton Bueno de. **Garantismo Aplicado à Execução Penal**, editora LUMEN JURIS, 2007.

garantismo dos princípios fundamentais, abrangendo todas as classes de direito, não estado relacionado somente às garantias de liberdades individuais.

Como toda teoria que se predispõe a romper paradigmas históricos, o Garantismo penal nasceu de uma antiga fórmula antitética que embasou grandes conflitos históricos por todo o mundo: A ANTÍTESE ENTRE OS LIMITES DA LIBERDADE DO HOMEM E O PODER ESTATAL. Só a título de exemplo, o citado antagonismo serviu de base para a maior Revolução ocorrida na França, no ano de 1789, onde resultou a tão importante e essencial Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Para uma perfeita visão de um Estado Democrático Social de Direito deve-se ampliar ao máximo as liberdades do homem, restringindo, em contraponto, ao patamar mínimo e necessário o poder exercido pelo Estado. Esse pilar se traduz na essência do conceito de Garantismo.

Nota-se que a doutrina Garantista não pode ser considerada, em nenhuma hipótese, Abolicionista. Pelo contrário, Ela rechaça os dois extremos do exercício do poder, quais sejam, de um lado o Estado Antiliberal, essencialmente punitivo, no qual busca a solução dos conflitos através do abuso do direito de punir, e de outro lado o Abolicionismo, traduzindo-se em uma “Liberdade Selvagem” baseado na carência de regras e normas disciplinadoras de determinadas condutas. O Garantismo, então, é um modelo de direito que se pauta em uma liberdade regrada.

Pode-se definir o garantismo tomando o conceito formulado pelo próprio Luigi Ferrajoli, que traduz da seguinte forma:

“O garantismo designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo da estrita legalidade próprio do estado de direito, que no plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo, no plano político como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e maximizar a liberdade e, no plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à potestade punitiva do estado em garantia do direito dos cidadãos, logo, é garantista todo o sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo e o satisfaz de maneira efetiva”.<sup>3</sup>

Tal forma normativa de direito é verificada em três aspectos distintos, mas relacionados. Sob o prisma epistemológico, pressupõe um sistema de poder mínimo, onde atua em termos de minimização do poder Estatal frente à maximização

3. FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. (p.851 – 852)

das seguridades individuais. Já dentro do viés político, significa reduzir o grau de violência e soerguer a ideia de liberdade – não apenas no âmbito penal, mas em todo o direito.

No aspecto jurídico, percebe-se um dado curioso: o de se criar um sistema de proteção aos direitos dos cidadãos, que seria imposto ao Estado. Ou seja, o próprio Estado, que pela dogmática tradicional tem o poder pleno de criar o direito e todo o direito, sofre uma limitação garantista ao seu poder. Assim, mesmo com sua “potestade punitiva”, o Estado deve respeitar um elenco sistêmico de garantias que devem por ele ser efetivados. Este é o primeiro passo para a configuração de um verdadeiro Estado Constitucional de Direito

Explorando o ordenamento legal pátrio, são vistas algumas inovações que primam pela aplicação desse ideal criminológico-processual. Exemplo disso foi a edição da Lei n.º 11.006/2006 que revogou o crime de adultério, afirmando, assim, o princípio da intervenção mínima, deixando tais condutas a serem analisados dentro do âmbito direito civil, não necessitando da intervenção do direito penal.

O professor *Ferrajoli*, na busca de explicar como irá balancear estes dois extremos, abolicionismo e o antiliberal, utiliza-se de técnicas de minimização do poder institucionalizado. Para isso, o aplicador do direito deve valer-se da consagração de dez axiomas, princípios norteadores do direito penal, que trazem em suas normas, verdadeiras garantias relativas à pena, ao delito e ao processo.

**Como garantias em relação à pena, temos:**

- 1) *nulla poena sine crimine* – emprego do princípio da retributividade – a punição somente pode decorrer de uma prática de infração penal;
- 2) *nullum crimen sine lege* – é o princípio da legalidade, que substabelece quatro vertentes: a) o princípio da anterioridade penal; b) a lei penal deve ser escrita, vedando desta forma o costume incriminador; c) a lei penal deve também ser estrita, evitando a analogia incriminadora; d) a lei penal deve ser certa, ou seja, de fácil entendimento; decorre daí o princípio da taxatividade ou do mandado de certeza ou da determinação;
- 3) *nulla lex penales sine necessitate* ou princípio da necessidade, ou como modernamente é denominado, princípio da intervenção mínima – não há lei penal sem necessidade. O direito penal deve ser tratado como a derradeira opção sancionatória no combate aos comportamentos humanos indesejados, a última opção dentro da gama de possibilidades de resolução do conflito.

**No que concerne às garantias relativas ao delito:**

- 1) *nulla necessitas sine injuria* ou princípio da lesividade ou ofensividade – não há necessidade se não há uma relevante e concreta lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico protegido;
- 2) *nulla injuria sine actione* ou princípio da exteriorização ou exterioridade da ação, que proíbe a criação de tipos penais que punam o modo de pensar, o estilo de vida. Há somente a punição pela ação ou omissão do homem, em relação ao fato, proibindo o famigerado direito penal do autor;
- 3) *nulla actio sine culpa* ou princípio da culpabilidade – deve-se apurar o grau de culpa (dolo ou culpa stricto sensu) para a correta aplicação da punição pela prática humana.

**Por fim, determinam-se como garantias relacionadas ao processo:**

- 1) *nulla culpa sine iudicio* ou princípio da jurisdiccionariedade – não há qualquer reconhecimento de culpa sem que o devido órgão jurisdicional a declare;
- 2) *nullum iudicium sine accusationes* ou princípio acusatório – o poder judiciário não afirma o direito de ofício, devendo ser provocado; referido poder é inerte (princípio da inércia). Frederico Marques trouxe uma importante comparação, que ilustra tal princípio, quando afirma que “o juiz é um expectador de pedra”, ou seja, por ser inerte não pode agir;
- 3) *nulla acusation sine probatione* ou princípio do ônus da prova – não há acusação sem a existência de prova ou bastante indício de autoria;
- 4) *nulla probation sine defensione* ou princípio da ampla defesa e do contraditório.

O garantismo penal não se configura como uma doutrina distante de ser efetivamente concretizada no mundo jurídico atual, pois existem modernamente movimentos penais e criminológicos que ostentam a essência desse tirocínio, sendo a escola do direito penal mínimo seu maior representante entre seus defensores.

Atingido o total alcance dessa teoria, atrelada a cabal compreensão do legítimo significado desse aprendizado, satisfaz-se a eficácia do direito penal no mundo contemporâneo, sendo que é absolutamente aplicável, já que sua viga mestra principiológica é a diretriz da legalidade.

## EXECUÇÃO DA PENA E GARANTISMO

Para a perfeita compreensão da concepção basilar e extensão de um Estado Democrático de Direito efetivo, deve-se fazer uma análise permeando-se pelo conceito e diretrizes da doutrina garantista.

A aplicação do Garantismo à execução penal, dentro de uma visão bastante perfunctória, seria a concretização do respeito à dignidade da pessoa humana e demais princípios fundamentais, extraindo-se do campo formal, a materialidade necessária para o cumprimento de escopo.

O colorário principal e que deve estar arraigado no pensamento de quem lida com esse ramo do direito, é que a execução da pena deve ser efetiva de uma forma que possa alcançar o objetivo de causar o menor dano possível à pessoa do reeducando.

Baseado nisso, veja o importante pensamento do Eminentíssimo jurista Alexandre Rosa<sup>4</sup>, que bem sintetiza este tópico:

“Nesse pensar, os clientes da execução penal, ou seja, aqueles que vão (efetivamente) presos fazem parte, como diria Lenio Streck, da *choldra*. Para esses a *execução* penal. Isso mesmo: *executa-se a vida em nome da execução penal*. Não pretendo aqui fazer uma digressão sobre as (péssimas) condições em que as cadeias e penitenciárias brasileiras estão<sup>5</sup>. Esse fato é consabido<sup>6</sup>. Pretendo convidar o leitor para discutir se dentro dessa realidade e diante das promessas constitucionais de *integridade física e moral* (CF, art. 5º, XLIX), pode-se permanecer aceitando o argumento cínico/astuto da *inexistência de condições materiais*.

Para exigir-se uma postura diversa nem seria necessário buscar socorro nos Tratados Internacionais, bastando que se cumprisse a Lei de Execução Penal com a mesma compulsão que se busca aplicar o Código Penal (ou a LEP não é de mesma hierarquia do Código Penal?). As promessas constantes da Constituição e Leis (veja-se que o Estado está descumprindo o fundamento de validade do Estado Democrático de Direito = Constituição) são relevadas pela dogmática tradicional, com um singelo e cômodo argumento de que faltam condições materiais para tanto. Então não prometa! Prometer e não cumprir é engodo, ilícito, pelo menos civil.”

4. Rosa, Alexandre. O Juiz (garanista) e a Execução Penal por uma racionalidade consequencialista (MacCormick).
5. Para tanto, conferir: CAVALLARO, James Louis e CARVALHO, Salo de. “A situação carcerária no Brasil e a miséria acadêmica. In: *A sociedade, a violência e o Direito Penal*, FAYET JÚNIOR, Ney e CORRÊA, Simone Prates Miranda (orgs). Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000, p.99-104.
6. A imagem que me aparece ao pensar em algumas cadeias que conheço é a de uma daquelas *caixas com veneno de barata*. Ou ela morre dentro da caixa ou leva o veneno para os seus, propagando a doenças + violência.

Na mesma obra, o citado autor, traz uma explanação de João Baptista Herkenhoff<sup>7</sup>, no qual assevera:

“A violência oficial pode ser exercida contra a lei ou à sombra da lei. (...) Violência à sombra da lei é a prisão em si, um anacronismo em face do estágio atual das mais diversas Ciências Humanas. Violência contra a lei é a prisão como a temos aqui, que corrompe o corpo e degrada o espírito dos que são por ela vitimados (...)”

Finaliza, então, o referido autor:

“Assumindo-se a postura garantista – que nada mais é do que cumprir a Lei Maior, Constituição – não pode ser admitida qualquer situação que afronte os Direitos e Garantias individuais dos indivíduos que se escondem por detrás da figura do *apenado pobre*, posto que os ricos/poderosos sempre têm nomes (ou não notaram isso ainda!), devendo-se dar efetividade à Lei de Execução Penal na mesma proporção (pelo menos) da que se busca cumprir o Código Penal. Bastaria se cumprir o art. 41 da LEP...”

O processo a que se submete a execução penal deve sempre estar abalizado nos parâmetros do devido processo legal, respeitando e trazendo para a sua efetivação, todos os ditames e diretrizes fundamentais constitucionais. Em outras palavras, não se pode mais admitir que a execução tenha um caráter “administrativizado”, direcionado a um sistema de bases inquisitoriais, na qual mitiga as garantias individuais do cidadão.

A execução penal tem que definitivamente ser judicializada, nos moldes da fase acusatória em que se constitui o título executório. Essa real necessidade é que alguns autores chamam de “Jurisdicionalização da Execução Penal<sup>8</sup>”, ou também como a “Necessidade de Efetivação do Sistema Acusatório no Processo de Execução Penal<sup>9</sup>”.

Salo de Carvalho leciona que a efetividade dos direitos e garantias processuais que exsurtem com a condenação de uma pessoa ao sistema penitenciário, somente será possível se houver a instrumentalidade garantista no processo de execução penal.

Afirma ainda o autor que a problemática que envolve a violação dos direitos do preso no Brasil, não reside exclusivamente na incompetência do Estado de não cumprir a Lei de Execução Penal. Assim, sustenta que mesmo que o Executi-

7. HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e utopia*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999, p.41-2.

8. CARVALHO, Amilton Bueno de. **Garantismo Aplicado à Execução Penal**, editora LUMEN JURIS, 2007;

9. CARVALHO, Salo de. *Crítica a Execução Penal*, editora LUMEN JURIS, 2007;

vo prestasse seus serviços inteiramente, os direitos dos sentenciados ainda assim não estariam sendo plenamente garantidos.

Continua argumentando que a estrutura normativa do processo de Execução Penal, longe de estar preparada para garantir os direitos dos apenados, não possui instrumentalidade mínima em decorrência de sua sistematicidade inquisitória. Para tanto, o autor traz ensinamentos do professor Alessandro Baratta<sup>10</sup>:

“A tese sustentada parte do pressuposto de que mesmo se a Lei de Execução Penal fosse cumprida em sua integralidade, os direitos do apenados não estariam garantidos em decorrência da estrutura processual inquisitória que molda o último estágio do processo penal. A hipótese de investigação é de que o modelo normativo de Execução da Pena configura um sistema autoritário tendente a constante violação de direitos. Portanto o argumento que perpassa o tema é o da incapacidade garantidora do processo de Execução Penal.”

Salo ainda alerta que o sistema jurisdicional criado pela LEP não é ótimo, mas falho, não merecendo leituras apologéticas apressadas e inconsequentes. Todavia, apesar de falhas na anamnese, importante perceber que (ainda) existem instrumentos a serem utilizados pelo operador jurídico para garantir mínimo de dignidade ao preso.

E o autor conclui<sup>11</sup>:

“Mas estes mecanismos somente poderão ser manuseados no momento em que a Constituição for entendida como local hermenêutico de legitimação/deslegitimação das normas ordinárias; espaço no qual se concentram precisas ferramentas de avaliação da (in) validação do sistema normativo ordinário(LEP).

Desta maneira, para a plena compreensão dos problemas referentes à matéria da Execução da Pena, principalmente da privativa de liberdade, mister realizar processo de filtragem constitucional do estatuto, fundamentalmente porque, segundo José Frederico Marques<sup>12</sup>, o direito processual é o que mais de perto e o mais intensamente sofre influência da tutela normativa da Constituição.

A interpretação constitucional da LEP impõe, assim, a prevalência da jurisdição de feição acusatória, acima das práticas irracionais delineadas pelo sistema normativo vigente.”

Dentro desse viés garantista, diante das situações cotidianas, os seus seguidores não devem manter a indiferença ou simplesmente admitir determinadas

10. BARATTA, Alessandro, *Direitos Humanos: entre a Violência estrutural e a Violência Penal*, p. 52;

11. CARVALHO, Salo de. *Crítica a Execução Penal*, editora LUMEN JURIS, 2007.

12. MARQUES, José Frederico. “O Processo Penal na Atualidade”, in *Processo Penal e Constituição Federal*. Porto, Hermínio Marques e Silva, Amrco Antônio Marques. São Paulo Acadêmica, 1993.

práticas tidas como “normais”, mas que se revestem de total desrespeito aos direitos fundamentais.

Passo então a somente a mencionar situações que permeiam o “campo da normalidade”, não aprofundando nas explanações das problemáticas, já que inclusive, alguns delas, são alvo de tópicos autônomos no desenvolver desta obra como um todo.

- Sob a alegação de que não existem vagas para o cumprimento nos estabelecimento adequado, os reeducandos que foram sentenciados no regime semiaberto ou que já tenham direito à progressão para aquele, permanecem custodiados no regime fechado. Nestes casos, o magistrado, ao se deparar com tal situação, deveria de plano conceder o regime aberto, não dando espaço para que o custodiado sofra consequências além, já que não deu causa a tal fato.
- No mesmo seguimento anterior, não se pode aceitar passivamente que estabelecimentos penais continuem em situações calamitosas e sem habitabilidade. Deve se lançar mão de todos os instrumentos legais para alcance de tal finalidade, dentre eles a viabilidade de uma possível Ação Civil Pública para a interdição do local.
- Repensar sobre a constitucionalidade dos aspectos subjetivos para concessão de direitos, diante das condições que se propicia, deixando-se de exigir-se verdadeiros processos de *canonização* dos segregados.
- Questão relevante se tem quando se examina o direito de uma pessoa que se encontra custodiada de votar. O direito ao voto é o pleno exercício da cidadania. E este exercício é constitucionalmente assegurado a todo e qualquer cidadão que tenha pleno exercício dos direitos políticos. Ou seja, ao preso provisório ou até mesmo ao sentenciado que não teve seus direitos políticos suspensos declaradamente em sede de sentença, terá garantido seu direito ao voto. Ainda pode-se inclusive dar um passo além: nada impede também que tenha direito ao sufrágio, ou seja, inclusive podendo ser votado. Importante comentário em relação ao sufrágio pode-se achar nas palavras de Augusto Aras<sup>13</sup>:

*“direito político positivo que tem o cidadão de participar da organização do Estado e da atividade estatal, votando e sendo votado”.*

13. ARAS, Augusto. **Fidelidade partidária, a perda do mandato parlamentar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;

Para melhor esclarecer o fato, sem pairar dúvidas conceituais, trago as palavras de José Afonso da Silva<sup>14</sup>:

“As palavras *sufrágio* e *voto* são empregadas comumente como sinônimas. A Constituição, no entanto, dá-lhes sentidos diferentes, especialmente no seu artigo 14, por onde se vê que o *sufrágio* é *universal* e o *voto* é *direto, secreto* e tem valor *igual*. A palavra *voto* é empregada em outros dispositivos, exprimindo a vontade num processo decisório. *Escrutínio* é outro termo com que se confundem as palavras *sufrágio* e *voto*. É que os três se inserem no processo de participação do povo no governo, expressando: um, o direito (sufrágio); outro, o seu exercício (voto), e o outro, o modo de exercício (escrutínio).”

Assim, quando a Constituição Federal prescreve que “*todo poder emana do povo*” (art. 1º, parágrafo único), e que “*a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto*” (art. 14, *caput*), está ela a informar que o sufrágio é a concreção da soberania popular, exercitada através do voto.

Portanto, sufrágio e voto são figuras jurídicas que não se encerram em si mesmas, pois, na realidade, representam a materialização de princípios fundamentais do Estado Brasileiro, a saber: cidadania (art. 1º, II), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e a soberania popular (art. 1º, parágrafo único).

Princípios estes que estão intimamente ligados a qualquer cidadão a que tem a plena utilização dos direitos políticos, abrangendo a toda população carcerária que mantém os requisitos trazidos em sede constitucional e eleitoral.

- Outro valoroso ponto que não deve passar ao largo e que está em voga, diz respeito ao exame criminológico. Exigir a realização desta “excrecência” jurídica, como requisito para a concessão de determinados direitos é um despropósito formal. Nota-se, no campo do tema analisado, que tal exigência é uma postura totalmente contrária ao espírito garantista. Isto porque o exame em si não traz nenhuma utilidade prática, além de possuir defeitos irreparáveis em sede de questionamento dos seus quesitos. A título instrutivo e exemplificativo, para que o reeducando possa usufruir, por exemplo, da liberdade provisória, o mesmo terá que responder em seu questionário que se arrepende de ter praticado tal delito a que está cumprindo a pena, admitindo assim, ao revés, a própria prática

14. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**, 22ª edição. 2003. São Paulo: Malheiros Editores.

do delito, mesmo que seu processo ainda esteja em sede de trâmite de uma revisão criminal, por exemplo.

- Mudando o foco, deve ficar claro e sempre combatido o fato de o magistrado, quando indeferir qualquer pedido da defesa somente acolhendo a promoção ministerial, significa não fundamentar a decisão. Neste caso, significa violação direta do princípio fundamental da motivação das decisões, tornando-se somente uma “decisão adesiva”, que como bem esclarece o eminente autor Salo de Carvalho: “desloca o epicentro do julgamento: o juiz, em realidade, delega o poder ao sujeito enunciador dos motivos tomados como seus.”<sup>15</sup>
- Outro importante destaque verifica-se no tocante à aplicação da falta grave. O parâmetro inicial é o fato de que toda e qualquer decisão que traga algum prejuízo ao reeducando, deve ser precedida da oitiva da defesa. Para que se conste a falta grave no prontuário do sentenciado, além de haver declarado por decisão judicial, há de se ouvir sempre as razões protetivas. Por isso, quando a acusação recair, por exemplo, em um reeducando que se encontre foragido, o magistrado não pode declarar sua falta grave, caso o principal interessado não tenha sido ouvido no processo de apuração da penalidade, já que causará imenso prejuízo a este.
- Assim, nesta mesma linha de raciocínio, nulas devem ser todas as decisões sem oitiva da defesa, ou seja, sem as garantias da ampla defesa e do contraditório no que possa causar algum prejuízo ao reeducando, como por exemplo, as que convertem pena de prestações de serviços à comunidade em pena privativa de liberdade sem intimação da defesa; decisão de homologação de PAD que não foi dado vista à defesa; Revogação de qualquer direito também ser oportunizar momento que o reeducando se manifeste em sua defesa, dentre outras.

## CONCLUSÃO

Visando a concluir este trabalho, mas tentando postergar tais ideias até que se auto-sustentem, reafirmo que a mudança do paradigma da execução da pena, deve estar presente em todos que operam tal sistema.

Por isto, a proposta essencial que deve permanecer com este trabalho é a MUDANÇA! E não ter medo desta! É a obrigação diária de se incutir em todos

15. CARVALHO, Salo de. *Crítica à Execução Penal*, Editora Lumen Juris, pag. 159.

que atuam junto à Execução Penal, especificamente, a absoluta necessidade de amplificar a capacidade de discernimento de cada um, “catequizando-os” com os ensinamentos puramente garantistas.

O eminente Amilton Bueno de Carvalho, em mais um de seus brilhantes votos relatando um acórdão, comenta decisão do magistrado de primeiro grau, em que exalta a importância de mudança do referido paradigma, dentro da visão de seus pares:

“A decisão do precioso colega S.F.G. não merece qualquer reparo. Ao revés, merece louvor, porque demonstra a inquietude do Juiz de Direito frente à obviedade da lei; a necessidade constante de reinstaurar o sistema jurídico a cada caso concreto; a preocupação em rejustificar a incidência das normas legais; o questionamento das bases do sistema; a desconfiança que deve ter o magistrado com o até então posto – sempre mais cômodo de ser aplicado –, pois é isto que possibilita a Justiça em seu tempo e a evolução do Direito enquanto ciência. Na suma: a permanente relegitimação do julgador, como ensina Perfecto Andrés Ibañes. A trilha para o novo deve estar aberta!”<sup>16</sup>

O autor ainda declara:

“Aliás, tenho me perguntado se o juiz da execução é mais administrador ou mais Juiz. Tenho presente a necessidade de jurisdicionalizar o processo de execução: refiro-me não apenas ao processo (imersão no contraditório e ampla defesa), mas também ao condutor dos atos processuais, que deve assumir a condição plena de Juiz de Direito. Caso contrário seria possível fazer uma Junta Administrativa – como aquelas que julgam recursos fiscais, recursos de trânsito etc. – e tudo estaria resolvido. Mas isso ninguém imagina, claro! A execução penal é séria demais.

Este é o cerne da questão: interpretar a LEP de acordo com a Constituição pode gerar problemas práticos. Sem dúvidas! Mas daí a solução é afastar a Constituição? Tenho que não! A democracia tem custos (FERRAJOLI) e este provavelmente é um deles, até que as normas subalternas ganhem nova roupagem.

Finalmente, quero registrar que se impõe neste momento histórico – ante a fúria irracional persecutória que alcança o senso comum – exigir do Juiz compromisso radical com as garantias constitucionais, apesar do “ranger de dentes” que tal postura provoca.”

O instituto primordial que a teoria garantista tanta alcançar no âmbito criminal, é a sua fiel e direcionada aplicação de acordo com todo o exposto anteriormente. Em relação à execução da pena não poderia ser diferente: as garantias

16. CARVALHO, Amilton Bueno de. **Garantismo Aplicado à Execução Penal**, editora LUMEN JURIS, 2007.

do reeducando tem que principalmente possuir dupla função. A primeira como limite, ou controle das aplicações das sanções relativas à pessoa do condenado, e a segunda como servir de base, de pilar para a sustentação de todos os direitos e garantias constitucionalmente asseguradas que possam ser apreciadas em seu favor.

Finalmente, registro que, em processo penal democrático, somente uma presunção tem lugar: a da inocência.

Compreender essa estrutura, rever os discursos do passado, aprender o que não se sabe, desaprendendo o que pensou saber (com tanta certeza): essa é a grande tarefa. Barthes<sup>17</sup> tinha razão: “*É preciso saber perceber até que ponto se foi utilizado, eventualmente, pelo poder. E então, se nossa sinceridade ou nossa necessidade foram servilizadas ou manipuladas, penso que é absolutamente preciso ter a coragem de abjurar.*”

“Consciência é uma palavra utilizada pelos covardes, para incutir medo aos fortes” William Shakespeare

## BIBLIOGRAFIA

- ARAS, Augusto. Fidelidade partidária, a perda do mandato parlamentar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BARATTA, Alessandro. Direitos Humanos: entre a Violência Estrutural e a Vilência Penal.
- BARTHES, Roland. A aula. Trad. Leyla Perroé-Moysés. São Paulo: Cultrix, 1978.
- BOBBIO, Norberto: *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. (p.7)
- KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.
- MARQUES, José Frederico. “O Processo Penal na Atualidade”, in *Processo Penal e Constituição Federal*. Porto, Hermino Marques e Silva, Amrco Antônio Marques. São Paulo Acadêmica, 1993.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*, 22ª edição. 2003. São Paulo: Malheiros Editores.
- WONG, Roberto. Uma Nova Liberdade. Ano 02, nº. 23. São Paulo: TAM, 2009.

17. BARTHES, Roland. A aula. Trad. Leyla Perroé-Moysés. São Paulo: Cultrix, 1978.



CAPÍTULO IV

**A GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL  
DO PROCESSO E SUAS IMPLICAÇÕES  
NO CAMPO DA EXECUÇÃO DA PENA**

*Alan Roque Souza de Araujo\**

**Sumário** • 1. Introdução – 2. O tempo e o direito – 3. Do procedimento judicial na lei de execuções penais – 4. Do tratamento do princípio da duração razoável do processo pela Carta da Primavera de 88 – 5. Balizas para conceituação do prazo razoável no processo penal – 6. Das implicações práticas dos princípios constitucionais na execução penal: 6.1. Aplicação da garantia da duração razoável do processo na seara da execução penal – 7. Conclusões – 8. Referências.

O tempo é a minha matéria, o tempo presente, os homens presentes, a vida presente. (Carlos Drummond de Andrade)

## 1. INTRODUÇÃO

Como se sabe, os direitos e garantias constitucionais possuem aplicação imediata, consoante expressa disposição da Constituição Federal de 88, impondo limites ao poder estatal. Como tal, seus comandos irradiam efeitos nas relações públicas e privadas<sup>1</sup>, máxime nas situações em que a restrição da liberdade do indivíduo encontra-se ameaçada.

Neste sentido, pensar o processo penal olvidando as prerrogativas instituídas constitucionalmente em favor do acusado seria um descabimento, seja no curso da etapa de formação da culpa, seja no processo de execução da pena propriamente dito.

Assim, a conhecida individualização da pena no seu aspecto executório não sobrevive divorciada dos dogmas fundantes da Constituição Federal de 88, em especial no que se refere à garantia de um processo sem dilações indevidas.

Nesta senda, demonstrar-se-á a relação entre o tempo e o Direito; o procedimento judicial na Lei de Execuções Penais; o tratamento do princípio da duração razoável do processo em sede constitucional; as balizas para a sua conceituação

---

\* Defensor Público Criminal – Defensoria Pública Geral do Estado da Bahia. Professor da Fundação Faculdade 2 de Julho. Professor da Estácio/FIB – Centro Universitário da Bahia. Foi presidente do Patronato de Presos e Egressos da Bahia. Especialista em Docência do Ensino Superior pela ABEC/Fundação Visconde de Cairú. Especialista em Direito Público pela Instituto de Educação Superior UNYAHNA.

1. Veja, por todos, o que ensina Daniel Sarmento em **Livres e Iguais**.

no Processo Penal, bem como as implicações práticas dos princípios constitucionais na Execução Penal, mormente no tocante à garantia de um julgamento justo e célere.

Tratar-se-á, ainda, nos estreitos limites deste trabalho, dos reflexos do decurso do tempo no processo de execução da pena e na vida do penitente, haja vista a sua incomensurável importância na esfera processual penal, já que o “tempo rege nossa vida pessoal, profissional e, como não poderia deixar de ser, o próprio direito”<sup>2</sup>. Enfim, será focado o tempo na estrutura da Execução Penal, em especial sob o prisma da injustificada e deletéria procrastinação da prestação jurisdicional.

## 2. O TEMPO E O DIREITO

Antes de adentrar nas mazelas geradas pela procrastinação indevida do processo penal, insta analisar como o tempo se relaciona com o Direito.

O fator tempo é o epicentro das atenções quando se encontra em debate a garantia da duração razoável do processo em sede de execução penal. Por meio dele, é possível mensurar as hipóteses nas quais a demora na prestação jurisdicional extrapola a linha da suportabilidade, haja vista funcionar como verdadeiro elemento patológico para a legitimidade do processo e a aplicação da pena, quando presente a mora na prestação jurisdicional. Como bem ressaltado por Aury Lopes, o tempo é um fator de suma importância para a vida pessoal, profissional, e para o direito.

Nesta perspectiva, uma pergunta vem a calhar: o que seria o tempo?

Sobredita inquietação não passou despercebida por Santo Agostinho em *Confissões*:

Não houve, pois, tempo algum em que não tivesses feito alguma coisa, porque tinhas feito o próprio tempo. E nenhuns tempos te são co-eternos, porque tu permaneces o mesmo; ora, se os tempos permanecessem os mesmos, não seriam tempos. Que é, pois, o tempo? Quem o poderá explicar facilmente e com brevidade? Quem poderá apreendê-lo, mesmo com o pensamento, para proferir uma palavra acerca dele? Que realidade mais familiar e conhecida do que o tempo evocamos na nossa conversação?<sup>3</sup>

2. JR., Aury Lopes. **Introdução Crítica Ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional), 4ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pág. 97.
3. SANTO, Agostinho. **Confessiones / Confissões, Livros VII, X e XI**. – Trad. Arnaldo do Espírito Santo / João Beato / Maria Cristina, Castro-Maia de Sousa Pimentel, Clássicos de Filosofia, Universidade da Beira Interior, Covilhã, 2008, p. 110 e 111.

Sem encontrar uma conceituação eloquente sobre o tempo, dissertou o doutor da Igreja:

E quando falamos dele, sem dúvida compreendemos, e também compreendemos, quando ouvimos alguém falar dele. O que é, pois, o tempo? Se ninguém mo pergunta, sei o que é; mas se quero explicá-lo a quem mo pergunta, não sei: no entanto, digo com segurança que sei que, se nada passasse, não existiria o tempo passado, e, se nada adviesse, não existiria o tempo futuro, e, se nada existisse, não existiria o tempo presente. De que modo existem, pois, esses dois tempos, o passado e o futuro, uma vez que, por um lado, o passado já não existe, por outro, o futuro ainda não existe? Quanto ao presente, se fosse sempre presente, e não passasse a passado, já não seria tempo, mas eternidade. Logo, se o presente, para ser tempo, só passa a existir porque se torna passado, como é que dizemos que existe também este, cuja causa de existir é aquela porque não existirá, ou seja, não podemos dizer com verdade que o tempo existe senão porque ele tende para o não existir?<sup>4</sup>

Se a conceituação do tempo de maneira induvidosa, fácil e breve tem causado tormento, o que dizer a respeito de sua duração? Neste ponto, veja, por indispensável, as lições de Agostinho Abençoado a respeito da duração do tempo:

E, no entanto, dizemos ‘tempo longo’ e ‘tempo breve’, mas não o dizemos senão em relação ao passado e ao futuro. Chamamos ‘longo’ ao tempo passado, quando, por exemplo, ele é cem anos anterior ao presente. De igual modo, chamamos ‘longo’ ao tempo futuro, quando ele é cem anos posterior ao presente. Por outro lado, chamamos ‘breve’ ao tempo passado, se, por exemplo, dizemos ‘há dez dias’, e ‘breve’ ao tempo futuro, se dizemos ‘daqui a dez dias’. Mas como é que é longo ou breve aquilo que não existe? Com efeito, o passado já não existe e o futuro ainda não existe. Não digamos, pois: é longo, mas, em relação ao passado, digamos: foi longo, e em relação ao futuro: será longo. Meu Senhor, minha luz, acaso também aqui a tua verdade não escarnecerá do homem? Quanto ao facto de o tempo passado ter sido longo, foi longo quando já era passado ou quando ainda era presente? Com efeito, ele só podia ser longo, quando havia alguma coisa que pudesse ser longa: na verdade, o passado já não existia; e por isso não podia ser longo o que não existia absolutamente. Não digamos, pois: O tempo passado foi longo – pois não encontraremos porque foi longo, uma vez que não existe a partir do momento em que se tornou passado – mas digamos: Foi longo aquele tempo presente, porque era longo enquanto era presente. Ainda não tinha passado de maneira a não existir e, por isso, havia alguma coisa que podia ser longa; mas, depois de ter passado, nesse mesmo momento deixou também de ser longo aquilo que deixou de existir.<sup>5</sup>

4. Ibidem. p. 110 e 111.

5. Ibidem. p. 110 e 111.

Na seara do transcurso do tempo, ganha destaque sua parcela denominada “presente”, visto que o “passado” já não mais existe e o “futuro” encontra-se na esfera do hipotético, haja vista não ter se concretizado, e, portanto, de igual forma, não existir.

Bem a propósito da questão atinente ao tempo passado, presente ou futuro, expressiva passagem musical desenhou o decurso do tempo de forma inexorável: (...) “todos os dias quando acordo, não tenho mais o tempo que passou, mas tenho muito tempo, temos todo tempo do mundo” (...).

Com efeito, o transcurso do tempo é um fenômeno inflexível, fazendo surtir reflexos nos variados seguimentos do campo do direito, a exemplo da prescrição, decadência, estabilização das relações jurídicas, dentre outros.

No campo do Direito Penal, não se olvida que o fator tempo poderá engendrar ou mesmo extinguir direito. Uma vez que o Direito Penal trabalha essencialmente com o cerceamento da liberdade do indivíduo e, sendo a pena a ele aplicada nada mais do que a especificação e representação de uma fatia de tempo, é possível sintetizar essa relação “na constatação de que a pena é tempo e o tempo é pena. Pune-se através de quantidade de tempo e permite-se que o tempo substitua a pena”<sup>6</sup>, vale dizer, o transcurso do tempo pode, entre outros, vir a abolir a pretensão punitiva do Estado. Desta forma, a punição pela quantidade de tempo “é o tempo do castigo”<sup>7</sup>, já o tempo como substituto da pena é “o tempo do perdão e da prescrição”<sup>8</sup>. Com efeito, o “tempo, mais que o espaço, é o verdadeiro significante da pena.”<sup>9</sup>

Na lição de MESSUTI, em precisa passagem a respeito do tempo e da pena de prisão, “os muros da prisão não marcam apenas a ruptura no espaço, senão também uma ruptura do tempo. O tempo, mais que o espaço, é o verdadeiro significante da pena”.<sup>10</sup>

No tocante à duração demasiadamente longa de um processo, é imprescindível privilegiar-se, essencialmente, os efeitos que o fator tempo produz. Neste particular, Aury Lopes informa a ligação umbilical entre o tempo e o processo, a saber:

6. JR., Aury Lopes. **Introdução Crítica Ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional), 4ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pág. 97.
7. Ibidem. p. 97.
8. Ibidem. p. 97.
9. Ibidem. p. 97.
10. MESSUTI, Ana. **O Tempo como Pena. Apud JR., Aury Lopes. Introdução Crítica Ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional), 4ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pág. 97.

O processo não escapa do tempo, pois ele está arraigado na sua própria concepção, enquanto concatenação de atos que se desenvolvem, duram e são realizados numa determinada temporalidade. O tempo é elemento constitutivo inafastável do nascimento, desenvolvimento e conclusão do processo, mas também na gravidade com que serão aplicadas as penas processuais, potencializadas pela (de)mora jurisdicional injustificada<sup>11</sup>

Com efeito, não obstante a já mencionada e amplamente esclarecida discussão filosófica e teológica acerca da relativização e existência do fenômeno tempo, o Direito o trata como algo objetivo, absoluto e uniforme, olvidando sua relatividade<sup>12</sup> ou mesmo seu caráter subjetivo. Tal opção justifica-se essencialmente pela necessidade de observância do princípio da segurança jurídica, de tal forma que “o Direito só reconhece o tempo do calendário e do relógio, juridicamente objetivado e definitivo”<sup>13</sup>.

Pois bem, lançadas as premissas básicas e críticas do tempo e do Direito, forçoso é debater acerca do procedimento judicial na Lei de Execuções Penais, para, finalmente, tratar-se da prerrogativa do indivíduo de vir a ser julgado num prazo razoável na perspectiva da execução penal.

### 3. DO PROCEDIMENTO JUDICIAL NA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS

É conhecido que a Lei 7.210/84, amplamente conhecida como Lei das Execuções Penais, trata do seu procedimento<sup>14</sup> judicial de forma muito acanhada e precária, limitando a tratar do tema nos seus art. 196 a 199. Neste aspecto, a doutrina não deixou de disparar severas críticas à maneira como o Estatuto da Execução Penal abordou o tema. Para tanto, observe as ponderações de Renato Marcão:

A Lei de Execução Penal, entretanto, é anêmica em se tratando de regras para o procedimento judicial, dispondo do tema expressamente apenas nos arts. 194 a 196, sendo certo, ainda, que o art. 197 cuida do recurso de agravo, único previsto na lei, sem dispor nem mesmo sobre seu processamento.

11. Ibidem. p. 97.

12. Neste ponto, indispensável citar a abordagem de Aury Lopes Jr. sobre a relatividade do tempo de EINSTEIN, fato que é olvidado pelo Direito. Veja a precisão da ilação: “O tempo é relativo à posição e velocidade do observador, mas também a determinados estados mentais do sujeito, como exterioriza EINSTEIN na clássica explicação que deu sobre a Relatividade à sua empregada: quando um homem se senta ao lado de uma moça bonita, durante uma hora, tem a impressão de que passou apenas um minuto. Deixe-o sentar-se sobre um fogão quente durante um minuto somente – esse minuto lhe parecerá mais comprido que uma hora. – Isso é relatividade.” In. JR., Aury Lopes. **Introdução Crítica Ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional), 4ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pág. 96

13. JR, Aury Lopes e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Júris, 2009, pág. 10.

14. Dado a delimitação temática deste artigo, não faremos a distinção entre processo e procedimento.

A quase total ausência de regras na lei, e de técnica por parte do legislador, em se tratando do termo procedimento judicial, não impede, entretanto, que se reafirme a necessidade de observância estrita a princípios constitucionais como o da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal etc.<sup>15</sup>

Assim, não obstante a anemia de regras concernentes ao procedimento judicial, a Lei de Execução Penal não ficou alheia à incidência das garantias constitucionais, dada a necessidade de proteger o penitente das arbitrariedades estatais, como será abordado linhas abaixo.

Neste contexto, malgrado a já citada lacuna legislativa, não se olvida a imperiosidade de observar, no curso da execução penal, o devido processo legal, o contraditório, ampla defesa, dentre outros princípios constitucionais.

Outra não é a lição de Guilherme Nucci:

Por outro lado, é impossível dissociar-se o Direito de Execução Penal do Direito Penal e do Processual Penal, pois o primeiro regula vários institutos de individualização da pena, úteis e utilizados pela execução penal, enquanto o segundo estabelece os princípios e formas fundamentais de se regular o procedimento da execução, impondo garantias processuais penais típicas, como o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, entre outros<sup>16</sup>

E não poderia ser diferente, sobretudo pelo fato da persecução penal refletir diretamente na esfera da personalidade humana<sup>17</sup>. Neste sentido, não é despidendo citar Ada Grinover:

Por isso é que no Estado de direito o processo penal não pode deixar de representar tutela da liberdade pessoal; e no tocante à persecução criminal deve constituir-se na antítese do despotismo, abandonando todo e qualquer aviltamento da personalidade humana. O processo é uma expressão de civilização e de cultura e conseqüentemente se submete aos limites impostos pelo reconhecimento dos valores da dignidade do homem.<sup>18</sup>

15. Marcão, Renato. Curso de execução penal, 7. Ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 304.

16. NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007, pag.400.

17. Sobre o tema discorre Alexandre de Moraes, em Direito Constitucional. 16ª edição. São Paulo, Atlas, 2004, enfatizando o afastamento do predomínio da concepção transpessoalista de Estado e Nação: “A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.”

18. GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades Públicas e Processo Penal, RT, 2ª. ed., p. 52

Sendo uma “expressão de civilização e cultura”, parafraseando Grinover, o processo de execução penal não pode ultrapassar o horizonte da razoabilidade, impondo-se, conseqüentemente, a observância de um processo penal sem dilatações indevidas.

Mas o que se deve entender pela garantia da prestação jurisdicional num prazo razoável?

#### 4. DO TRATAMENTO DO PRINCÍPIO<sup>19</sup> DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PELA CARTA DA PRIMAVERA DE 88

Relevante “inovação”<sup>20</sup> introduzida na Carta Política de 05 de Outubro de 1988 pela Emenda Constitucional 45/2004, o princípio da duração razoável do processo graçou no ordenamento jurídico nacional impondo ao Estado deveres, e, de outro lado, estabelecendo prerrogativas em favor dos cidadãos frente à morosidade da máquina estatal.

Consagrado no inciso LXXVIII do art. 5º, assegura a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a rapidez de sua tramitação (postulado<sup>21</sup> conhecido pela doutrina como princípio da celeridade, no dizer de L. G. Grandinetti Castilho de Carvalho).

Em termos de denominação, não se pode deixar de destacar a expressão primorosa de Aury Lopes Jr. no seu notável Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional:

Cunhamos a expressão ‘(de)mora jurisdicional’ porque ela nos remete ao próprio conceito (em sentido amplo) da ‘mora’, na medida em que existe uma injustificada procrastinação do dever de adimplemento da obrigação de prestação jurisdicional. Daí por que nos parece adequada a construção (de)mora judicial no sentido de não-cumprimento de uma obrigação claramente definida, que é a da própria prestação da tutela (jurisdicional) devida.<sup>22</sup>

19. “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.” Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Editora Malheiros, 3ª ed. 2004, p. 129.
20. Dispara Aury Lopes Jr.: “A Emenda Constitucional n.: 45, de 08 de dezembro de 2004, não inovou em nada com a inclusão do inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição, apenas seguiu a mesma diretriz protetora da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH.” **In. JR., Aury Lopes. Introdução Crítica Ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional** – 4ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pág. 108)
21. Inobstante a crítica feita pelo Prof. Humberto Ávila, em **Teoria dos Princípios**, a doutrina insiste em utilizar postulado como sinônimo de princípio.
22. JR., Aury Lopes. **Introdução Crítica Ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**, 4ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pág. 103.

Apesar de ter sido introduzido expressamente no ordenamento jurídico pátrio apenas com a reforma constitucional de 2004, no direito estrangeiro o tema não é novo. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, já o previa, consoante seu artigo XVIII, eis:

**“Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processos simples e breves, mediante o qual a justiça o proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, quaisquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente”.**

De igual maneira, o Pacto de São José da Costa Rica, no seu artigo 7º, n.º 5, assegura ao réu o direito de ser julgado em prazo razoável, bem como o de ser posto em liberdade, se não julgado nesse prazo. Aqui, insta salientar que sua normatização foi anterior à Emenda Constitucional 45/2005 consoante assevera Pedro Lenza:

A prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável e efetivo já vinha prevista, como direito fundamental do ser humano, dentre outros dispositivos, nos art. 8º, 1 e 25, 1., da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).<sup>23</sup>

Ainda neste sentido, a “Convenção Européia dos Direitos Fundamentais dos Homens e das Liberdades Fundamentais, no art. 6º, § 1º, igualmente assegura o direito ao fim do processo em tempo razoável”<sup>24</sup>. Não discrepam as Constituições da Espanha (art. 24.2) e da Itália (art. 111, modificado em 1999), garantido um julgamento sem dilações, e em prazo razoável.

Enfatizando o problema à luz do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, firmado em Nova York, o mestre baiano, Rômulo de Andrade Moreira, dispara:

Esta questão da demora no julgamento de um processo criminal, mormente quando se trata de réu preso, é causa de preocupações inclusive na doutrina alienígena, a ponto de estar expressamente consignado no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos firmado em Nova York, em 19 de dezembro de 1966 e promulgado pelo Governo brasileiro através do Decreto n.º. 592/92, a seguinte cláusula:

“3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

(...)

23. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 9ª ed. rev., atual., e ampl., São Paulo: Editora Método, 2005, pag.563.

24. CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho. **Processo Penal e Constituição**, 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 225

“c) De ser julgado sem dilações indevidas” (art. 14, 3, c).

Igualmente lê-se no Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, promulgado entre nós pelo Decreto nº. 678/92:

“Art. 8º. – Garantias Judiciais

“1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas **garantias e dentro de um prazo razoável**, por um juiz ou tribunal competente...” (grifo nosso).

No mesmo sentido, confira-se a Convenção europeia para salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, art. 6º., 1.

Na atual Carta Magna espanhola, art. 24, 2, temos:

“Asimismo, todos tienen derecho (...) a un proceso público **sin dilaciones indebidas** y con todas las garantías...”<sup>25</sup>

Ainda tratando do direito alienígena, Moreira disserta:

Do mesmo modo a VI Emenda à Constituição americana:

‘Em todas as causas criminais, o acusado gozará do direito a um juízo rápido e público...’ É o direito ao **speedy trial**.

Aliás, determina o nosso Código de Processo Penal dever o Juiz consignar nos autos sempre que a instrução terminar fora do prazo (art. 402).<sup>26</sup>

Na Constituição da Alemanha não é diferente. Para tanto, veja os ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes e seus pares, citando Günther Düring:

A propósito, em comentários ao art. 1º da Constituição alemã, afirma Günther Düring que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (*rechtliches Gehör*) e fere o princípio da dignidade humana.<sup>27</sup>

No sistema jurídico pátrio, observe o que expressa o referido mandamento constitucional que busca sanar a (de)mora jurisdicional:

Art. 5, LXXVIII CF/88: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

25. MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Direito Processual Penal**. Salvador: Editora Jus Podium. 2007, p. 262 e 263.

26. Ibidem. p. 262 e 263.

27. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2ª edição, Editora Saraiva. 2008, pag. 500.

Por este, o Estado, em especial o Poder Judiciário, tem o dever de instrumentalizar sua atuação de forma a prestar uma resposta jurisdicional célere. Em outros termos “a justiça como tal, não pode ser tardia.”<sup>28</sup>

Disto ressoa, até mesmo para efetivar o mandamento constitucional do processo célere, que o Estado envide esforços para responder às demandas jurisdicionais em um prazo razoável.

Desse modo, “de nada valeria declarar o direito à razoável duração do processo, se a ele não correspondesse o dever estatal de julgar, dever que se transmuta em garantia de acesso eficaz ao Poder Judiciário”<sup>29</sup>, garantia constitucional individual a se “operacionalizar pela imposição de dupla e imbricada interdição”. São elas:

a) ao Poder Legislativo, no sentido de não poder afastar da apreciação judiciária todo tipo de lesão ou ameaça a direito e b) aos próprios órgãos do Poder Judiciário, na acepção de que nenhum deles pode optar pelo não-exercício do poder de decidir sobre tais reclamos de lesão ou ameaça a direito, haja vista a obrigação de solver ou liquidar as matérias formalmente submetidas à sua apreciação.<sup>30</sup>

Importante destacar que, quando da edição da referida emenda, foram levados em consideração “os efeitos deletérios do processo e que o direito à celeridade pertence tanto à vítima como ao réu.”<sup>31</sup> Enfim, buscou-se “evitar a procrastinação indeterminada de uma persecução estigmatizadora e cruel, que simboliza, no mais das vezes, verdadeira antecipação de pena.”<sup>32</sup>

Referido direito fundamental de caráter judicial foi festejado pela doutrina constitucionalista como um desdobramento da proteção judicial efetiva, note-se:

Assim, tendo em vista a indissociabilidade entre proteção judicial efetiva e prestação jurisdicional em prazo razoável, e a ausência de autonomia desta última pretensão, é que julgamos pertinente tratar da questão relativa à duração indevida ou desmesurada do processo no contexto da proteção judicial efetiva.<sup>33</sup>

28. TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, 4ª edição, Salvador: Editora Juspodium, 2009, pag. 54.

29. HC 91.041, Rel. p/ o ac. Min. Carlos Britto, julgamento em 5-6-07, Informativo 470.

30. Ibidem.

31. TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, 4ª edição, Salvador: Editora Juspodium, 2009, pag. 54.

32. Ibidem.

33. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2ª edição, Editora Saraiva. 2008, pag. 500.

Ainda de acordo com literatura constitucional, possível ofensa à citada garantia do processo, para além de afetar a proteção judicial efetiva, viola de morte a dignidade da pessoa humana,<sup>34</sup> a saber:

É certo, por outro lado, que a pretensão que resulta da nova prescrição não parece estar além do âmbito da proteção judicial efetiva, se a entendermos como proteção assegurada em tempo adequado. A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a idéia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais.<sup>35</sup>

De mais a mais, em se tratando de processo criminal, no qual se encontra em ameaça um dos direitos primordiais da pessoa humana, o Estado deverá dispor de meios que garantam a rápida solução da lide penal, sem olvidar outras garantias constitucionais do acusado.<sup>36</sup>

Neste diapasão, o Min. Celso de Mello, relatando o Habeas Corpus de n.: 85.237, informa que a violação ao princípio em questão afronta o postulado da dignidade da pessoa humana, “que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional”<sup>37</sup> vigente traduzindo de “modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta,

34. Discorrendo a respeito da dignidade da pessoa humana, Gilmar Ferreira Mendes e outros, citando o notável Miguel Reale, assevera que: “*Em um dos seus mais refinados escritos – Pessoa, Sociedade e História – Miguel Reale afirmou que toda pessoa é única e que nela já habita o todo universal, o que faz dela um todo inserido no todo da existência humana; que, por isso, ela deve ser vista antes como centelha que condiciona a chama e a mantém viva, e na chama a todo instante crepita, renovando-se criadoramente, sem reduzir uma à outra; e que, afinal, embora precária a imagem, o que importa é tornar claro que dizer pessoa é dizer singularidade, intencionalidade, liberdade, inovação e transcendência, o que é impossível em qualquer concepção transpersonalista, a cuja luz a pessoa perde os seus atributos como valor-fonte da experiência ética para ser vista como simples ‘momento de um ser transpessoal’ ou peça de um gigantesco mecanismo, que, sob várias denominações, pode ocultar sempre o mesmo ‘monstro frio’: ‘coletividade’, ‘espécie’, ‘nação’, ‘classe’, ‘raça’, ‘idéia’, ‘espírito universal’ ou ‘consciência coletiva’*”. In. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2ª edição, Editora Saraiva. 2008.

35. *Ibidem*. p. 500.

36. “Ressalte-se, porém, que o direito a um julgamento no prazo razoável não pode ser entendido, simplesmente, como o direito a um processo que busque a celeridade processual a qualquer custo. Ou seja, o processo no prazo razoável não é o processo em sua celeridade máxima. Para se respeitar o direito ao processo no prazo razoável, a busca de celeridade não pode violar outras garantias processuais como a ampla defesa e o direito de a defesa possuir tempo necessário para seu exercício adequado” C.f JR, Aury Lopes e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Júris, 2009, pág. 44.

37. HC 85.237, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-3-05, DJ de 29-4-05.

entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.”<sup>38</sup>

Assim, a demora irrazoável na prestação jurisdicional pela falência do aparato estatal vem sendo objeto de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, eis:

Prisão preventiva. Excesso de prazo. Caracterização. Custódia que perdura há dois anos. Réu que ainda não foi sequer citado nem interrogado. Precatória para esse fim expedida e não cumprida. Demora não imputável à defesa. Dilação abusiva. Constrangimento ilegal caracterizado. HC concedido. Aplicação do art. 5º, LXXVIII, da CF. Precedentes. **A duração prolongada e abusiva da prisão cautelar, assim entendida a demora não razoável, sem culpa do réu, nem julgamento da causa, ofende o postulado da dignidade da pessoa humana e, como tal, substancia grave constrangimento ilegal.** (HC 90.074, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 6-2-07, DJ de 8-6-07) (grifo nosso)

**A duração prolongada da prisão cautelar afronta princípios constitucionais, especialmente, o da dignidade da pessoa humana, devido processo legal, presunção de inocência e razoável duração do processo.** A demora na instrução e julgamento de ação penal, desde que gritante, abusiva e irrazoável, caracteriza o excesso de prazo. Manter uma pessoa presa cautelarmente por mais de dois anos é desproporcional e inaceitável, constituindo inadmissível antecipação executória da sanção penal. (HC 86.915, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 21-2-06, DJ de 16-6-06) (grifo nosso)

No mesmo sentido: HC 87.164, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 4-4-06, DJ de 29-9-06 e HC 85.237, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 17-3-95, DJ de 29-4-05.

Comunga do mesmo entendimento o Superior Tribunal de Justiça, realizando, inclusive, nesse diapasão, uma reinterpretação de seu antigo posicionamento, expresso na Súmula 52, em face do princípio-garantia da duração razoável do processo, eis:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS . 1. DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A PRISÃO. 2. EXCESSO DE PRAZO. DILIGÊNCIAS COMPLEMENTARES REQUERIDAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. MAIS DE UM ANO PARA CUMPRIMENTO. FLEXIBILIZAÇÃO DO TEOR DA SÚMULA Nº52. GARANTIA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. RECURSO PROVIDO. 1. Não padece de ilegalidade o decreto prisional lastreado em elementos

38. *Ibidem*.

concretos a aconselhar a medida. 2. **Ainda que encerrada a instrução, é possível reconhecer o excesso de prazo, diante da garantia da razoável duração do processo, prevista no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição. Reinterpretação da Súmula nº 52 à luz do novo dispositivo.** 3. Recurso provido. (RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 20.566 – BA (2006/0268521-6. RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, **julgado em 12/6/2007**) (grifo nosso)

Desta maneira, segundo a inteligência imprimida pela Corte da Cidadania, ainda que encerrada a instrução criminal, seria possível a configuração do constrangimento ilegal pelo excesso prazal.

Veja o esclarecedor voto da Min. Maria Thereza de Assis Moura, no julgado acima colacionado, **na oportunidade restou** consignado textualmente o seguinte:

Já no que se refere ao alegado excesso de prazo, tenho que, a despeito do consignando pela Súmula nº 52 desta Corte, segundo a qual “encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”, a questão há que ser vista de forma menos restrita, ultrapassando os estreitos limites da instrução.

Na ausência de dispositivo constitucional a respeito, apesar da previsão em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, a jurisprudência, cônica de que um limite deveria ser colocado à duração do processo, mormente nos casos em que há a prisão cautelar, passou a somar os prazos previstos para cada ato processual do procedimento, estabelecendo um parâmetro para análise do excesso de prazo para a manutenção da prisão.

Mas a criação pretoriana foi cada vez mais restringida, primeiramente excluindo-se do cômputo a sentença, depois, limitando-se o prazo para o término da oitiva das testemunhas de acusação, sendo que chegou-se a falar em ausência de constrangimento se encerrada a oitiva das testemunhas de acusação. Nesse contexto é que foi editada a Súmula nº 52 desta Corte, que data de 1992. Leia-se, a respeito a seguinte consideração doutrinária: “A respeito desse tempo, que excedido, caracterizaria constrangimento ilegal, formaram-se duas correntes. A primeira considerava que a verificação do tempo de prisão devia ser feita isoladamente em relação ao inquérito e às diversas fases do processo, de modo que, excedido algum prazo desses diversos períodos, ocorreria constrangimento ilegal. A segunda preferia a contagem global, resultante da soma dos prazos previstos para a realização dos atos do procedimento, admitindo que eventual excesso em relação a uma fase pudesse ser superado pela rapidez na realização de outra. Quanto ao inquérito sempre houve maior rigor na exigência de observância do prazo para o seu encerramento. Prevaleceu a segunda orientação nos tribunais, fixando-se, de regra, o prazo de oitenta e um dias para o tempo de prisão nos processos por crimes de reclusão. Mas a jurisprudência alterou essa posição, de forma lenta e gradativa, sendo passos significativos dessa evolução:

- a) a orientação de que o tempo de oitenta e um dias é exigível para o encerramento da instrução, não para a prolação da sentença, havendo mesmo forte inclinação no sentido de ser exigido esse prazo somente para o encerramento da prova acusatória;
- b) a justificação do excesso em virtude de vários motivos – grande número de acusados, complexidade da causa, necessidade da expedição de precatória, instauração de incidentes (insanidade mental, dependência toxicológica, falsidade documental);
- c) a declaração de inexistência de constrangimento ilegal quando o excesso resultasse de diligências de interesse da defesa;
- d) a afirmação de que o excesso deveria ser verificado em cada caso concreto, dentro de um critério da razoabilidade” (Antonio Scarance Fernandes, *Processo Penal Constitucional*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 119/120).

**Mas, com a Emenda Constitucional nº 45, introduziu-se expressamente a idéia de que o acusado deve ser julgado num prazo razoável. Trata-se da garantia da razoável duração do processo.** Assim, a razoabilidade do prazo para a prisão cautelar deve ser analisada não apenas relativamente à etapa da instrução do processo, mas alcançando o processo como um todo.

O recorrente encontra-se preso há quase 3 anos e meio sem uma resposta do Estado, ainda que sujeita a recurso. Requeridas novas diligências pelo Ministério Público em 08 de março de 2006, até a presente data não foram cumpridas. Por mais que tenha se encerrado a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa, há que se reconhecer que as diligências requeridas pelo Ministério Público por força do artigo 499 do Código de Processo Penal, voltam-se à produção de mais elementos de instrução, inclusive com a oitiva de novas testemunhas, além da expedição de ofícios a diversos departamentos.

Ademais, das informações prestadas pela autoridade apontada como coatora no habeas corpus restou evidenciado, indene de dúvidas, que a demora na tramitação do feito não encontra justificativa plausível. Como a própria autoridade apontada como coatora afirma às fls. 141/142, “apesar da ausência de Juiz titular na Comarca, não se justifica a delonga na conclusão do processo e, muito menos, a manutenção da prisão preventiva do recorrente por período tão longo de tempo”.

Reconheceu-se, da mesma forma, que a demora não foi imputável à defesa, pois restou consignado que a demora deveu-se ao fato de que a comarca não dispõe de juiz titular e que a juíza substituta que cuidava do processo à época da impetração encontrava-se doente, “impossibilitada de digitar, de dirigir, com limitações para desempenhar, com a necessária brevidade jurisdicional, suas atividades laborais, não podendo, pois, entregar a prestação jurisdicional a contento” (fl.75).

Assim, entendo ser o caso de conceder-se a ordem sob o fundamento do excesso de prazo.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para permitir ao recorrente que aguarde em liberdade o julgamento do processo, até o seu trânsito em julgado, diante da demora injustificada para a conclusão do processo, mediante o compromisso de comparecer a todos os atos do processo a que for chamado. (grifo nosso)

Com efeito, a ofensa ao princípio da duração razoável compromete a efetividade do processo traduzindo uma situação anômala e evidenciando o desprezo da máquina estatal pela liberdade do cidadão.

Mas o que se caracterizaria como frustração ao direito à resolução do litígio sem dilações indevidas?

## **5. BALIZAS PARA CONCEITUAÇÃO DO PRAZO RAZOÁVEL NO PROCESSO PENAL**

A razoabilidade direciona a aplicação das normas jurídicas, sendo frequentemente utilizada com diversas conotações, em vários contextos e com variadas finalidades. Neste diapasão, a doutrina destaca três principais acepções da razoabilidade.

Segundo o notável Humberto Bergmann Ávila, a primeira diz respeito ao uso da razoabilidade como “diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto”<sup>39</sup>. Na segunda acepção, a razoabilidade é empregada como “diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir”. Por fim, a razoabilidade é “utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas”.

Com efeito, a razoabilidade, segundo as suas diferentes significações, pode se afigurar como: equidade, congruência e equivalência.

Pois bem, postas essas premissas principiológicas, impende adentrar no cerne da questão.

O conceito de prazo razoável no processo penal tem atormentado os Tribunais Superiores dado a falta de elementos objetivos necessários à sua caracterização.

39. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Editora Malheiros, 3ª ed. 2004, p. 103

Neste contexto, a literatura processual penal tem afirmado que o sistema brasileiro abraçou a “doutrina do não-prazo”, ou seja, a inexistência de uma conceituação específica do que seria prazo razoável, cuja exorbitância caracterizaria o excesso prazal. Esse é o magistério de Lopes Jr. e Gustavo Badaró:

O sistema brasileiro adotou a denominada “doutrina do não-prazo” persistindo numa sistemática ultrapassada com que a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direito Humanos vem, há décadas, debatendo-se.

Dessa forma, a indeterminação conceitual do art. 5º LXXVIII, da Constituição, nos conduzirá pelo mesmo (tortuoso) caminho da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.<sup>40</sup>

Apenas a título de informação, haja vista não ser o objeto do presente trabalho, vale ressaltar que, mesmo com as reformas experimentadas pelo diploma processual penal, especialmente com o advento das Leis nº 11.689/08 e nº 11.719/08, ocasião na qual seria plenamente possível, e mesmo esperado, que tal omissão legislativa viesse a ser sanada, não houve a definição expressa acerca do que seria um prazo razoável para a finalização do processo, embora essa preocupação tenha sido levada em consideração quando da implementação das diversas espécies de procedimento.<sup>41</sup> Persiste, assim, no ordenamento jurídico brasileiro, a acima mencionada “doutrina do não-prazo”.

Diante da inexistência de conceito legislativo expresso, e, especialmente pela importância e relevância do tema, a jurisprudência acabou por delinear, ainda que de forma acanhada, os meandros daquilo que se caracterizaria como sendo uma demora jurisdicional injustificada.

Assim, estaria configurado o constrangimento ilegal pelo excesso de prazo quando a duração do processo penal extrapolasse os limites da razoabilidade.

Neste contexto, construindo as balizas mestras imprescindíveis à configuração da dilação indevida do processo penal o Supremo Tribunal Federal asseverou:

Quanto à alegação de excesso de prazo, inicialmente asseverou-se que a Corte tem deferido habeas corpus apenas em hipóteses excepcionais, nas quais a mora processual: **a) seja decorrência exclusiva de diligências suscitadas pela atuação da acusação; b) resulte da inércia do próprio aparato judicial em atendimento ao princípio da razoável**

40. JR, Aury Lopes e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Júris, 2009, pág. 39.

41. Neste ponto, indispensável a leitura do **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**, dos autores acima referidos.

**duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII) e c) seja incompatível com o princípio da razoabilidade.**<sup>42</sup> (grifo nosso)

Uma vez caracterizado o excesso de prazo na formação da culpa, situação na qual o fator tempo se prolonga demasiadamente, acabando por equiparar-se, verdadeiramente, à negação da prestação jurisdicional efetiva, o aparato estatal tem seu poder coercitivo esmaecido.

Dessa forma, dito excesso prazal não resiste a uma filtragem constitucional (notadamente em face do postulado da duração razoável do processo e da dignidade da pessoa humana) quando: seja imputado exclusivamente ao aparato do Poder Judiciário; decorra de diligências suscitadas pela atuação da acusação, e não se justifique pela complexidade do processo (em especial instauração de incidente de insanidade mental, vários réus envolvidos, complexidade da matéria e expedição de cartas precatórias ou rogatórias).

Na lição, mais uma vez, de Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró, estaria configurado um “choque entre o tempo absoluto do direito e o tempo subjetivo do réu, especialmente no que se refere ao direito de ser julgado num prazo razoável.”<sup>43</sup>

Nessa seara, a configuração da situação anômala, derivada da delonga excessiva da ação penal, manifesta-se com clareza solar quando exclusivamente imputável ao aparelho estatal – não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório casualmente atribuível ao acusado. Assim sendo, a efetividade do processo resta sensivelmente comprometida ante o evidente desprezo da engrenagem estatal pela liberdade do cidadão, frustrando um direito básico que assiste a qualquer indivíduo: a prerrogativa da resolução dos litígios sem dilações indevidas e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei.

Por fim, insta salientar, na esteira de L. G. Grandinetti Castanho Carvalho, que o “juiz deve ter um compromisso com o fim do processo, pugnando para que os atos sejam praticados dentro dos prazos e assegurando que o processo viole minimamente a dignidade dos envolvidos”.<sup>44</sup>

42. HC 89238, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-5-07, Informativo 469.

43. *Ibidem*, pág. 11.

44. CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho. **Processo Penal e Constituição**, 4ª ed. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2006. p. 229.

## 6. DAS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA EXECUÇÃO PENAL

Cabe salientar, prefacialmente, a natureza eminentemente jurisdicional da execução da pena, inobstante respeitáveis posicionamentos admitindo sua faceta administrativa.

Discorrendo sobre o caráter judicial da individualização executória da pena, dispara Guilherme de Souza Nucci, citando o entendimento convergente de Ada Pellegrini Grinover:

(...) é um processo jurisdicional, primordialmente, cuja finalidade é tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, envolvendo, ainda, a atividade administrativa. Nessa ótica, está a posição de Ada Pellegrini Grinover, para quem 'a execução da pena é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo.<sup>45</sup>

Segue afirmando a natureza jurisdicional do processo de execução da pena, mesmo diante da participação conjunta do Judiciário e Executivo:

Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais. (...) O ponto de encontro entre as atividades judicial e administrativa ocorre porque o Judiciário é o órgão encarregado de proferir os comandos pertinentes à execução da pena, embora o efetivo cumprimento se dê em estabelecimento administrado pelo Executivo e sob sua responsabilidade.<sup>46</sup>

Renato Marcão comunga do mesmo entendimento, a saber:

Reafirma-se aqui a jurisdicionalidade do processo de execução, o que também resulta claro da leitura ao item 173 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, segundo o qual 'o Juízo da Execução é o foro natural para o conhecimento de todos os atos praticados por qualquer autoridade, na execução das penas e das medidas de segurança.<sup>47</sup>

No mesmo sentido Amilton Bueno de Carvalho disserta em obra coletiva:

A jurisdicionalização da execução penal implica a efetiva observância de todos os princípios e garantias inerentes a um processo penal democrático. Em outras palavras, o processo de execução penal deve estar calcado em todos os requisitos do devido processo legal.<sup>48</sup>

45. NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pag.400

46. Ibidem. p. 400 e 401

47. Marcão, Renato. **Curso de execução penal**, 7. Ed. Ver. E atual.. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 305.

48. CARVALHO, Amilton Bueno; ROSA, Henrique Marder da Rosa; MACHADO, Rafael Rodrigues da Silva Pinheiro; SOUTO, Ronya Soares de Brito. **Garantismo Aplicado à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pag. 20

Noutra passagem de sua obra, fazendo referência a uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em face de um agravo em execução interposto pela Defensoria Pública asseverou:

A Câmara tem pacificado o entendimento de que o processo de execução penal deve ser jurisdicionado. Em outras palavras, na execução criminal as garantias do devido processo penal devem se fazer presentes. Não se pode, sem as garantias da ampla defesa e do contraditório, tomar decisão alguma em prejuízo do cidadão. A função das garantias é exatamente reduzir os espaços de arbítrio do Poder – seja ele qual for. Ou seja, o poder deve ser controlado, pena de se transformar em exercício de arbítrio, o que não se admite neste momento da história.<sup>49</sup>

Deste modo, uma vez admitida a natureza jurisdicional da execução penal, impõe-se a estrita observância ao devido processo legal, ampla defesa, contraditório, motivação das decisões judiciais, entre outras formas de proteção judicial efetiva, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Habeas Corpus de n.: 93.073, Rel. Min. Joaquim Barbosa, a saber:

Execução Penal. Falta disciplinar. Apuração mediante procedimento administrativo disciplinar. Art. 59 da Lei de Execução Penal. Ampla defesa e contraditório. Inobservância. Nulidade absoluta. Ordem concedida. É assegurado o contraditório e a ampla defesa no procedimento administrativo destinado à apuração de falta disciplinar. A ausência de intimação da defesa para se manifestar previamente à aplicação de penalidade disciplinar viola os princípios do contraditório e da ampla defesa, ocasionando a nulidade absoluta de todos os atos subseqüentes. (HC 93.073, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 24-6-08, 2ª Turma, *DJE* de 6-3-09)

De outro lado, mesmo que se afirme ser a natureza jurídica da execução penal não jurisdicional, ainda assim, a aplicação do princípio da duração razoável do processo se manteria incólume, dado tratar-se de garantia fundamental, consoante disposto no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 88, irradiando, conseqüentemente, seus efeitos no âmbito administrativo e judicial.

### **6.1. Aplicação da garantia da duração razoável do processo na seara da execução penal**

Admitida, ou não, sua natureza jurisdicional, seria um descalabro afirmar a inaplicabilidade da proteção judicial efetiva do processo sem ilações indevidas no campo da execução da pena, malgrado uma parcela significativa da doutrina

49. *Ibidem*.

sustente que o termo final para a incidência do princípio ocorra com o trânsito em julgado do processo.<sup>50</sup>

Ora, se, mesmo ao responder uma ação penal em liberdade, ocasião na qual estará livre temporariamente do cárcere, mas não da contaminação do estigma e cicatriz do processo penal<sup>51</sup>, ainda assim o acusado faz jus ao postulado em apreço, quiçá durante o cumprimento da pena propriamente dito, quando ceifado de um direito que lhe é fundamental, qual seja, o de locomoção.

Não obstante, apesar de sua importância e abrangência, referida garantia constitucional não tem recebido o merecido destaque no cotidiano forense, especialmente quando da análise e processamento dos pleitos contendo direitos subjetivos do condenado (e não “benefícios” como se costuma denominar) instituídos em sede de execução penal, a exemplo do livramento condicional, progressão de regime e saída temporária. Outrossim, o fato se reveste de maior gravidade quando o penitente aguarda a resolução de um incidente na execução que impede a fruição dos inúmeros direitos estipuladas no ramo da execução da pena. A sensação que emerge é a de que o tempo para de irradiar seus efeitos quanto o cidadão encontra-se na fase executória da pena. O que não seria concebível, até porque já se declamou em expressiva passagem musical: “O tempo não pára. Não pára, não, não pára.”<sup>52</sup>

Segundo esta linha de pensamento, o procedimento de apuração de falta grave, as fases judiciais e administrativas necessárias para o desfecho de uma demanda em sede de execução penal, enfim, a perda ou a redução de prerrogativa do penitente reclama a observância estrita do dogma constitucional da duração razoável do processo.

A título de exemplo, não é incomum o penitente aguardar a resposta de um procedimento de apuração de falta perpetrada durante o cumprimento da pena, durante um significativo espaço temporal, sem que as autoridades responsáveis pelo julgamento tenham concluído o feito.

50. “No processo penal brasileiro, o entendimento não poderá ser distinto: o termo final do direito ao julgamento no prazo razoável (CR, art. 5º, inc. LXXVIII) é o trânsito em julgado” Cf. JR, Aury Lopes e BARDARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Júris, 2009, pág. 92.

51. “É inegável que a submissão ao processo penal autoriza a ingerência estatal sobre toda uma série de direitos fundamentais, para além da liberdade de locomoção, pois autoriza restrições sobre a livre disposição de bens, a privacidade das comunicações, a inviolabilidade do domicílio e a própria dignidade do réu.” Cf. **Ibidem**. p. 7.

52. O Tempo Não Pára – Composição: Cazuzu / Arnaldo Brandão.

Para além de obstar o gozo de algum direito afeto à execução da pena, o condenado fica à mercê da sua própria sorte, esperando a finalização do procedimento, para, enfim, poder usufruir de um direito subjetivo que possui, tudo em decorrência do malfadado arrastamento do processo em função da apuração do cometimento da infração administrativa.

Apesar da pouca, ou quase nenhuma, aplicação prática, o que não ofusca sua relevância, o referido princípio já mereceu atenção do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Habeas Corpus de n.º: 93.108, Rel. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski.

Art. 112 da lei 7.210/84, com a redação dada pela lei 10.792/03. Progressão de regime. Requisitos subjetivos. Exame criminológico. Dispensabilidade. Excepcionalidade do caso concreto. (...). Nada impede que o magistrado das execuções criminais, facultativamente, requisite o exame criminológico e o utilize como fundamento da decisão que julga o pedido de progressão. Paciente que já cumpriu, de há muito, mais de 3/4 da pena. Na espécie, a realização do exame criminológico não seria concluída antes do cumprimento integral da pena restritiva de liberdade. Direito à razoável **duração** dos processos administrativos e judiciais. Art. 5º, LXXVIII, da Constituição. Ordem concedida para assegurar a liberdade condicional ao paciente, nos termos que vierem a ser estabelecidos pelo Juízo da Execução.” (HC 93.108, Rel. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 25-11-08, 1ª Turma, DJE de 13-2-09)

Da referida decisão, extrai-se que o penitente aguardava de forma desmesurada a realização do exame criminológico para a obtenção da progressão de regime, o que acarretou na configuração do constrangimento ilegal com fulcro na garantia da razoável duração dos processos administrativos e judiciais, conforme consagrado no art. 5º, LXXVIII da Carta Política de 88.

Só por amor ao debate, insta transcrever uma parte do voto do Min. Ricardo Lewandowski suscitando a divergência em relação ao voto da Min. Cármen Lúcia:

Lembro ainda que, ao lado do direito à progressão de regime, liberdade condicional, indulto e comutação de penas, instrumentos dos quais se vale o Estado, dentre outros, para a individualização das sanções criminais, os sentenciados, tal como qualquer cidadão, têm direito também à razoável duração dos processo administrativos e judiciais, a teor do que dispõe o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004.

No caso, tais direitos a que o paciente faz jus estão sendo irrazoavelmente coarctados, quando mais não seja pela inaceitável demora para a conclusão do procedimento judicial de avaliação dos requisitos para a obtenção do benefício pleiteado, em evidente constrangimento ilegal.”

Acompanhando o voto divergente o Min. Marco Aurélio assentou:

Mas, o relator, a meu ver, trouxe considerações que dizem respeito ao quadro concreto e que geram, até mesmo, perplexidade quanto à denegação da prestação jurisdicional, do exame do pleito de liberdade condicional pelo Estado-juiz, exame pendente já há quase dois anos, sendo que, se se aguardar, caminhar-se-á para postura negativa à ressocialização, motivando-se revolta desse presidiário que estará em liberdade, devendo ser recebido pela sociedade, agora no início do próximo ano.

Vou pedir vênua a relatora para acompanhar a divergência, concedendo a ordem

Com efeito, a delonga desmedida de um processo de execução penal, seja para conceder um direito inerente à individualização da pena, seja para findar um incidente na execução, sinaliza uma postura autoritária e encerra uma atitude negativa à “ressocialização”, sem olvidar a violação de morte das garantias constitucionais do processo.

## 7. CONCLUSÕES

Os estudos realizados permitem a tomada de algumas conclusões.

O tempo é um fator de significativa ingerência para o próprio Direito, sobretudo por ser responsável pela criação e extinção de prerrogativas do cidadão.

Apesar da extrema importância do transcurso do tempo e de seus incontáveis reflexos no campo do direito, não há previsão expressa no sistema brasileiro acerca da caracterização de um processo como sendo razoável ou irrazoável.

Mesmo após a reforma processual penal recém introduzida, o mencionado drama não foi sanado, permanecendo a incerteza acerca de um lapso temporal específico, o que dá ensejo a possíveis abusos por parte do Poder Judiciário ao delongar demasiada e desnecessariamente um processo penal.

Nesta senda, o Estado deverá envidar esforços no sentido da rápida resolução de uma demanda, o que não deverá significar a supressão de outras prerrogativas do jurisdicionado.

No campo da execução da pena, a injustificada procrastinação do dever de adimplemento da obrigação de prestação jurisdicional, para além de violar de morte a garantia da duração razoável do processo, estigmatiza e transforma o homem em um mero objeto do processo de execução da pena.

Destarte, a proteção judicial efetiva passa pelo reconhecimento do direito público subjetivo a um processo de execução da pena sem ilações indevidas, o

que acabará por conferir significado especial ao fundamento da República Federativa do Brasil, que concerne à dignidade da pessoa humana.

O respeito ao referido dogma constitucional, estaria, enfim, colocando o condenado, que já experimentou todo tipo de estigmatização, em razão do transcurso do processo penal, como verdadeiro sujeito do processo de execução da pena e como centro das atenções das ações estatais.

Nesta esteira, não se pode deslembrar que o Estado deverá instrumentalizar a realização concreta e efetiva desta garantia em debate, de maneira que soluções inteligentes e hábeis mostram-se urgentes para a desburocratização e simplificação de procedimentos, que, no mais das vezes, dão causa à demora na sua conclusão.

Não obstante a imperiosidade de previsão de instrumentos necessários para uma prestação jurisdicional célere, o Estado deve atentar para não despir o penitente das garantias da proteção judicial efetiva, mormente aquelas que buscam minorar os efeitos deletérios do tempo no processo de execução da pena.

Com efeito, o processo de punição através da quantidade de tempo – (é o “tempo do castigo”) não afasta o reconhecimento do tempo como pena, em especial com o reconhecimento do constrangimento ilegal e a necessidade do Estado indenizar pela demora injustificada.

Portanto, o fator tempo, para além de medir a quantidade da reprimenda penal, visa, igualmente, diagnosticar quando o Estado extrapolou seu dever de proporcionar uma resposta jurisdicional equitativa, efetiva e célere. É a ditadura do tempo subjugando, de forma incansável e impiedosa, aqueles sujeitos às sanções penais, que, apesar de já terem tido sua dignidade e liberdade retiradas, submetem-se ao prolongamento indevido do processo de execução penal à espera de uma resposta estatal a seu direito subjetivo pendente de resolução.

Eis o reinado do tempo, ou, como já se cantou em passagem musical expressiva: “Tempo Rei! Oh Tempo Rei! Oh Tempo Rei!”<sup>53</sup>

## 8. REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Editora Malheiros, 3ª ed. 2004.

CARVALHO, Amilton Bueno; ROSA, Henrique Marder da Rosa; MACHADO, Rafael Rodrigues da Silva Pinheiro; SOUTO, Ronya Soares de Brito. **Garantismo Aplicado à Execução Penal**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

53. Tempo Rei. Composição: Gilberto Gil.

- CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho. **Processo Penal e Constituição**, 4ª ed. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2006.
- FILHO, Tourinho. **Código de Processo Penal Comentado**, Vol. II, São Paulo: Saraiva, 6ª. ed., 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Proceso Penal**, RT, 2ª. ed.
- \_\_\_\_\_. **A necessária reforma infraconstitucional**, in: André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (Coord.), Reforma do Judiciário, São Paulo, Método, 2005.
- JR., Aury Lopes. **Introdução Crítica Ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)**, 4ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.
- JR, Aury Lopes e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Júris, 2009.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 9ª ed. rev., atual., e ampl., São Paulo, Editora Método, 2005.
- MARQUES, Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, Vol. IV, Campinas: Bookseller, 1ª. ed., 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2ª edição, Editora Saraiva. 2008.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 16ª edição. São Paulo, Atlas, 2004.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Direito Processual Penal**. Editora Jus Podium. 2007.
- MORETO, Rodrigo. **Crítica Interdisciplinar da Penal de Prisão – Controle do Espaço na Sociedade do Tempo**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005.
- MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas Corpus**, São Paulo: Atlas, 1995.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2ª ed. rev. atul. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, 4ª edição, Editora Juspodium, Salvador, 2009.
- SANTO, Agostinho. **Confessiones / Confissões, Livros VII, X e XI**. – Trad. Arnaldo do Espírito Santo / João Beato / Maria Cristina, Castro-Maia de Sousa Pimentel, Clássicos de Filosofia, Universidade da Beira Interior, Covilhã, 2008.

## CAPÍTULO V

# PRINCÍPIO DA INTRASCENDÊNCIA DA PENA E O MODELO PRISIONAL VIGORANTE

*Firmiane Venâncio\**

**Sumário** • I. Introdução – II. Análise constitucional do princípio da intrascendência da pena – III. Relações jurídicas alcançadas pela execução da pena – IV. O papel do estado na observância do princípio da intrascendência da pena – V. Conclusões – VI. Referências bibliográficas.

Portanto condenam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha o Tiradentes Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas a que com barão e pregão seja conduzido pelas ruas publicas ao lugar da forca e nella morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em lugar mais publico della será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes pelo caminho de Minas no sitio da Varginha e das Seboas aonde o Réu teve as suas infames práticas e os mais nos sitios (sic) de maiores povoações até que o tempo também os consuma; **declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens applicam para o Fisco e Câmara Real, e a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique e não sendo própria será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados e no mesmo chão se levantará um padrão pelo qual se conserve em memória a infamia deste abominavel Réu [...]**. (Trecho da sentença condenatória aplicada a Tiradentes)

### I. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 foi prodigiosa no estabelecimento de uma nova ordem constitucional caracterizada pela fixação dos contornos formais do Estado Brasileiro como sendo democrático de Direito, o que assegurou a presença em seu corpo de uma série de princípios, dentre os quais aqueles relacionados à execução das penas de auspiciosa característica humanista.

De igual modo, reconhece-se que a abordagem de tema envolvendo princípios sejam eles constitucionais ou não, expressos ou implícitos requer uma digressão acerca da força normativa daqueles “mandamentos nucleares do sistema” e sua observância prática pelo operador do Direito.

---

\* Defensora Pública titular da 1ª Defensoria Pública Especializada de Direitos Humanos, coordenadora do Núcleo Especializado de Defesa da Mulher na Defensoria Pública do Estado da Bahia, especialista em Direitos Humanos pela UNEB.

A compreensão, portanto, de que o grupo de diretrizes que norteiam o sistema jurídico brasileiro impõe aos membros do sistema de justiça respeito e observância é premissa básica da análise a ser promovida nos próximos tópicos sobre o princípio da intranscendência da pena.

Além disso, importante fixar por quais direções se irradia o princípio da intranscendência da pena ligado que está aos efeitos decorrentes de uma condenação penal e quais sujeitos ou relações jurídicas sofrem os reflexos da execução de uma sanção penal, de acordo com o que se encontra posto de forma normativa, ou ainda o que se observa na prática diária nas unidades prisionais.

Diante disso, propõe-se uma análise constitucional do princípio (sua natureza, características e extensão), em seguida serão identificados quais dos principais efeitos da condenação requerem uma intervenção direta do princípio (responsabilidade penal e civil e o fenômeno da criminalização das demais relações interpessoais do condenado) e, por fim, analisar-se-á o papel do Estado no cumprimento das obrigações que emergem do referido princípio.

## II. ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA

A terminologia intranscendência da pena não aparece na Constituição Federal de 1988, mas sim o que dela se infere como ditame normativo contido no art. 5º, XLV: *nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas até o limite do valor do patrimônio transferido.*

Também conhecido como princípio da pessoalidade ou personalidade das penas, o princípio da intranscendência da pena, aparece na história das constituições brasileiras desde a Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824, no art. 179, XX<sup>1</sup>, e, conforme se deduz da classificação estabelecida por Canotilho<sup>2</sup>, trata-se de um princípio garantia, por estabelecer direta e imediatamente uma garantia aos cidadãos, qual seja, a de que nenhuma pena passará da

1. Art. 179...

XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja.

2. Princípios-garantia: visam instituir directa e imediatamente uma *garantia* dos cidadãos. É-lhe atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa. Refiram-se a título de exemplo, o princípio [...] do juiz natural [...], os princípios de *non bis in idem* e *in dubio pro reo*. [...]. Estes princípios traduzem-se no estabelecimento directo de garantias para os cidadãos e daí que os autores lhes chamem “princípios em forma de norma jurídica” e considerem o legislador estreitamente vinculado na sua aplicação.

pessoa do condenado, à exceção de alguns efeitos civis dela decorrentes como bem postos no dispositivo constitucional acima referido.

Trata-se, portanto, de norma constitucional de eficácia plena no tocante à personalização da pena no sujeito autor do fato e, portanto, apta a produzir todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.

Dessas conformações teóricas surgem algumas indagações práticas relativas à extensão do princípio constitucional acima inferido. A primeira delas diz respeito a uma realidade inolvidável de que grande parte dos indivíduos que respondem a processo criminal no Brasil, cumpre pena na fase ainda processual, portanto na condição de presos provisórios. A segunda delas refere-se aos locais de aprisionamento na fase processual, em sua maioria, delegacias de polícia. A terceira, mas não menos importante, corresponde à forma como os direitos do preso nessas condições são relativizados em seu prejuízo, mesmo após o entendimento consolidado no preceito sumular nº 716<sup>3</sup> da Corte Suprema de nosso país.

Entretanto, a questão que se impõe é a de que o encarceramento antes do trânsito em julgado na maioria dos estados brasileiros ocorre nas delegacias de polícia, locais inquestionavelmente desprovidos de condições de custódia permanente ou de larga escala, o que implica indubitavelmente o descumprimento de garantias essenciais a exemplo do banho de sol, direito de contato com o mundo externo (nomenclatura utilizada pelo Guia de Monitoramento dos locais de privação de liberdade da APT-Associação para Prevenção à Tortura<sup>4</sup> (Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2006), especialmente com a família através do direito de visita, ou dos direitos de saída temporária, trabalho, educação.

Essa realidade é reconhecida oficial e criticamente por organismos estatais, a exemplo da manifestação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, órgão do Ministério da Justiça, ao asseverar que *“a corriqueira manutenção de presos em delegacias representa uma afronta não apenas à Constituição, mas à própria dignidade dos custodiados, vítimas maiores dessa nefasta subversão de atribuições que dificulta sobremaneira o exercício dos direitos de visitação e trabalho, bem como o acesso às assistências material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa preconizadas pela Lei de Execução Penal”*.<sup>5</sup>

3. Súmula 716: admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.
4. ASSOCIAÇÃO para Prevenção da Tortura. Monitoramento de locais de detenção: um guia prático.
5. Parecer acerca do Projeto de Lei da Câmara n. 4051/2008, que altera a Lei de Execução Penal para proibir a utilização das dependências da Polícia Civil para custodiar presos. Conselheiro: Rodrigo Duque Estrada Roig:portal.mj.gov.br/cnpecp.

Aliado a isso, a fragilidade visível na contenção da exposição a que ficam submetidas pessoas custodiadas em delegacias de polícia, sobretudo no que refere aos meios de comunicação de massa, promove absurda e cotidianamente a minimização da presunção de inocência e estende de forma pública e nefasta os efeitos da pena (prisão) à família do réu.

Corroborando tal assertiva, é possível encontrar nas publicações oficiais da Secretaria de Segurança Pública do estado da Bahia, por exemplo, a portaria 113 de 26 de maio de 2008 que proíbe “*expor a imagem de pessoa custodiada em unidade policial sem o seu consentimento por escrito, ou divulgar fatos que possam denegri-la ou expô-la a situação vexatória*”. Assim como também já previa o Código de Ética dos Jornalistas (artigo 11, inciso II), segundo o qual o jornalista não pode divulgar de informações “*de caráter mórbido, sensacionalista ou contrário aos valores humanos, especialmente em cobertura de crimes e acidentes*”.

Verifica-se presente, portanto, uma perigosa simbologia: a de que o uso sistemático das delegacias como locais de detenção provisória revela-se uma reedição dos mecanismos de vingança privada, através de uma estrutura que pré-julga o sujeito e estigmatiza todo seu grupo social.

Todos esses sintomas apontam para a necessidade de aplicação do conteúdo normativo do princípio da intranscendência da pena também àqueles que ainda não foram definitivamente condenados, mas que realisticamente estão por cumprir pena de forma inadequada no país. Não parece ser outra a interpretação que a realidade impõe à previsão abstrata da norma constitucional em discussão.

Nessa mesma linha é que, em complemento ao que refere Rogério Lauria Tucci<sup>6</sup> sobre o princípio da personalidade das penas ao compreendê-lo “como limitativo do *ius puniendi* do Estado”, avança-se na concepção de que o princípio da intranscendência da pena impõe também ao Estado um “*facere*”, consubstanciado no dever de adotar decisões judiciais e políticas públicas tendentes à modificação do quadro acima reproduzido, o que significa numa análise sistêmica a concretização do princípio constitucional vetor que rege a intranscendência, qual seja a de que o estado deve considerar e tratar como inocentes aqueles que não foram definitivamente julgados por sentença transitada em julgado.

Assim, o princípio da intranscendência da pena, sustentado pela base do princípio da inocência, deve funcionar como ampliador de garantias e não como a constatação de uma impossibilidade estatal.

6. LAURIA TUCCI, Rogério. Direitos e Garantias individuais no processo penal brasileiro, p.302-303.

### III. RELAÇÕES JURÍDICAS ALCANÇADAS PELA EXECUÇÃO DA PENA

O estabelecimento de um princípio como o da intranscendência da pena, como bem lembrado por Douglas Bonaldi Maranhão<sup>7</sup>, em reprodução ao pensamento de Renné Ariel Dotti, remete ao conceito de culpabilidade e, portanto, de quem deve responder pelo fato delituoso: “*sendo a pena o ‘efeito’ de uma ‘causa’ determinada e consistente no delito censurável na pessoa do autor, somente contra este deve recair a sanção*”. “*A sanção penal não pode ser aplicada ou executada contra quem não seja o autor ou partícipe do fato punível*” (DOTTI apud MARANHÃO, 2008).

Entretanto, a questão que se impõe é: quais relações jurídicas de fato acabam por ser atingidas pela pena aplicada ao autor de um delito e, por via de consequência, quem são as pessoas que indubitavelmente sofrem os efeitos da sanção penal no estado Brasileiro?

Para tanto, importante destacar que no próprio dispositivo constitucional relativo à personalidade das penas, encontra-se a ressalva de que o princípio ali contido refere-se à responsabilidade de natureza penal, haja vista que a reparação dos danos de natureza civil pode ser estendida aos sucessores daquele que cometeu o delito, limitada tal responsabilidade ao valor do patrimônio transferido.

Ressalva sempre necessária é de que tal dispositivo não se refere ao perdimento de bens obtidos em decorrência da atuação criminosa, nem da aplicação da pena pecuniária, mas sim de um dos efeitos da condenação que é a reparação civil.

A par da questão relativa aos aspectos civis da pena – até porque ao aprofundar a análise verificar-se-á que no ponto da reparação civil, estendê-la ao patrimônio transferido aos sucessores nada mais é do que atingir aquilo que pertencera ao condenado definitivamente e assim ratificar o conteúdo do princípio em estudo – o móvel que impulsiona ao debate neste momento é outro.

O que se quer dizer é que o indivíduo como ser social, desenvolve inúmeras relações que não apenas as de ordem econômico-financeira. Assim é que, por exemplo, o conceito de família a ser adotado no âmbito da execução penal deve ser o mais amplo possível e não apenas aquele contido na Constituição Federal, a tê-la como a comunidade formada pelo indivíduo e seus descendentes.

7. MARANHÃO, Douglas Bonaldi. Princípios da Personalidade e da individualização da pena no Direito Penal moderno. Revista Unifivil, ano V-nº5.

Relações de ascendência, afinidade, colateralidade, bem como aquelas decorrentes da união entre pessoas do mesmo sexo merecem sim a proteção estatal contida no princípio da intranscendência da pena, pois não raro, pais, irmãos e companheiros ou são indevidamente relacionados à prática delituosa de seu ente (invasões domiciliares, prisões para averiguação ou para delação), fenômeno que se denomina criminalização das relações interpessoais do condenado<sup>8</sup>, ou sofrem os efeitos da exposição na mídia de referido ente, ou ainda têm de se submeter aos mais diversos e discriminatórios regramentos de unidades prisionais no que diz respeito ao direito de visita (revista íntima, por exemplo).

É que, à exceção do direito ao auxílio-reclusão que permite ao familiar do preso o acesso ao benefício previdenciário assim chamado desde que preenchidos determinados requisitos, até a implementação de alguns projetos setorizados, há na sociedade brasileira uma baixa compreensão do que significa atenção à família daqueles que cumprem pena.

Essa constatação se evidencia mais grave, quando se verificam algumas situações especiais, a exemplo da forma como as revistas íntimas são feitas em total desrespeito à dignidade da pessoa humana.

O fato é que embora a regulamentação do ingresso e visita dos familiares nos estabelecimentos penais estabeleça que a revista não exporá o revistado a constrangimento<sup>9</sup>, não é esta a realidade verificada nas unidades prisionais do país. Thais Lemos Duarte<sup>10</sup> em estudo sobre procedimentos de revistas íntimas realizadas no Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro identificou que durante revistas íntimas aos mencionados estabelecimentos mulheres devem se despir, ficando nuas diante das agentes penitenciárias. Via de regra, elas devem abaixar e levantar três vezes, primeiro de frente e depois de costas. De acordo com o relatório “Procedimento de revista dos familiares das pessoas presas no estado do Rio de Janeiro”, divulgado pela Associação pela Reforma Prisional (ARP) da Universidade Cândido Mendes, em algumas penitenciárias as mulheres precisam ficar despidas, virar de costas, abaixar o tronco e olhar a agente entre as pernas. Em outros presídios, as mulheres precisam ficar com o tronco para baixo, abrir suas partes íntimas com as mãos e soprar uma garrafa plástica.

8. Por fenômeno da criminalização das relações interpessoais do réu denominamos o comportamento de estender a outras pessoas, em razão dos laços afetivos ou sociais que estas mantêm com sujeitos sob persecução penal, as conseqüências da investigação criminal).
9. O art.134,parágrafo 1º do Decreto12.247 de 08 de julho de 2010 que institui o Estatuto Penitenciário do Estado da Bahia estabelece: “a revista será realizada por funcionário do mesmo sexo, sem expor o revistado a constrangimento.”
10. DUARTE, Thais Lemos. Análise dos Procedimentos de Revistas Íntimas realizados no Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro. [www.sociologiajuridica.net.br](http://www.sociologiajuridica.net.br), número 10/2010.

Tal nada mais é do que o Estado, através dos seus agentes, lançando por terra o princípio da intranscendência da pena e demonstrando que a vagueza com que os regulamentos e/ou estatutos penitenciários disciplinam a realização da revista íntima ao condicioná-la ao não constrangimento do revistado, cria uma margem inconstitucional de interpretação acerca do que seja ou não constranger um familiar e mais que isso, fazê-lo sofrer de forma indireta as consequências da imposição de uma pena privativa de liberdade.

O princípio da intranscendência da pena exclui a adoção de revistas vexatórias e, também por se conjugar com o da proporcionalidade, impõe que sejam adotadas outras medidas, igualmente adequadas, mas menos danosas aos direitos fundamentais diretamente afetados, como a instalação de aparelhos, que já existem em outros locais, como aeroportos, para a detecção de armas e drogas.

A reflexão que se impõe é de que a fragilidade e exposição a que a não observância do princípio da intranscendência da pena promove ao apenado e seus familiares, recebe uma justificativa não apenas falaciosa de que o endurecimento da execução penal seria instrumento de combate à violência, como também é uma armadilha a que nenhum agente estatal é admitido incidir. Muito menos, se pode basear as relações entre presos, seus familiares e Estado partindo-se da antítese do princípio constitucional em análise.

#### **IV. O PAPEL DO ESTADO NA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA**

Acima foram identificadas algumas das principais relações sobre as quais se estende o manto de proteção do princípio da intranscendência, dentre as quais se verifica a importância da qualidade do exercício do *jus puniendi* por parte do Estado.

A externalização da conduta estatal no exercício do poder de punir é limitada no Estado Democrático de Direito, à lei. É, pois, no dizer de Andrei Zenkner Schmidt<sup>11</sup>, a legalidade quem estabelece a dicotomia de: a todo poder do Estado de valer-se do Direito Penal corresponder uma garantia do indivíduo de proteger-se contra ele.

Referido binômio, régua e compasso da atuação estatal, se concretiza em todo sistema através de obrigações positivas e também as negativas, o que dá

11. SHIMIDT, Andrei Zenkner. A Crise de Legalidade na Execução Penal. IN: CARVALHO, Salo. *Crítica à Execução Penal*, p.31.

ensejo a três situações distintas conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>12</sup>:

- a) *Casos em que é o próprio comportamento do Estado que gera o dano. Trata-se, portanto, de conduta positiva, é dizer comissiva do Estado.* Aqui se pode identificar, como já feito acima, algumas condutas de agentes estatais enquadráveis nessa hipótese, a ver: invasões domiciliares a residências de familiares de acusados por tráfico, revista íntima vexatória a familiares de internos em dia de visita, prisões para averiguação ou delação de familiares do acusado criminalmente;
- b) *Casos em que não é uma atuação do Estado que produz o dano, mas, por omissão sua, evento alheio ao Estado causa um dano que o poder público tinha o dever de evitar. É a hipótese da “falta de serviço”, nas modalidades em que o “serviço não funcionou” ou “funcionou tardiamente” ou, ainda, funcionou de modo incapaz de obstar a lesão.* Exemplo clássico desse enquadramento é o aprisionamento provisório em delegacias de polícia, inadequação absoluta do serviço público de custódia, sem qualquer respeito aos regramentos instituídos pela Lei de Execução Penal e cerceador de direitos fundamentais inerentes ao interno e, sobretudo, à sua família.
- c) *Casos em que também não é uma atuação do Estado que produz o dano, contudo é por atividade dele que se cria a situação propiciatória do dano, porque expôs alguém a risco (em geral-embora nem sempre – em razão da guarda de coisas ou pessoas perigosas). Nestas hipóteses pode-se dizer que não há uma causação direta e imediata do Estado, mas seu comportamento ativo entra, de modo mediato, porém decisivo, na linha de causação.* O exemplo mencionado no item anterior, a depender da natureza do dano pode se enquadrar também ao padrão de conduta mencionado por Celso Antônio Bandeira de Melo, como ocorre no caso de uma mulher presa por tráfico de drogas numa cidade do interior da Bahia<sup>13</sup> e transferida para as carceragens de uma delegacia para mulheres de Salvador, com câncer em estágio terminal e em condições inadequadas de tratamento, com pleito de prisão domiciliar formulado pela Defensoria Pública, deferido pelo Judiciário imediatamente, mas cuja tramitação e afastamento inicial da família transferida que fora para a capital do estado, geraram danos indiscutíveis à interna e seus

12. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. p.893.

13. Peço ao leitor que tome esse exemplo como ficção, já que não localizei a comarca e o número do processo, nem a numeração da triagem interna da Defensoria Pública da Bahia, para efetivar a devida remissão.

familiares, pessoas hipossuficientes economicamente e, portanto, impossibilitados de prestar assistência à sua parente, presa que estava a quilômetros de distância de sua cidade de origem.

As situações exemplificadas acima dão conta de que o princípio da intranscendência da pena não se restringe apenas a um dever do Estado consubstanciado num *non facere*. Vai além, portanto, de impor aos seus agentes que os efeitos da pena não devem se estender para além da pessoa do condenado, mas muito mais que isso, identifica-se que do Estado é exigida uma nova leitura e prática dos princípios constitucionais e, no particular da personalidade da pena, o que se exige é de fato um *facere*, caracterizado pela adoção de condutas voltadas à minimização dos efeitos da pena sobre terceiros, não envolvidos com a prática delituosa, o que significa em última análise dar eficácia plena e real à intranscendência da pena.

## V. CONCLUSÕES

Como bem dito por Ferrajoli<sup>14</sup>, *garantias não são outra coisa que as técnicas previstas pelo ordenamento para reduzir a distância estrutural entre normatividade e efetividade, e, portanto, para possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais em coerência com sua estipulação constitucional. Por isso, refletem a diversa estrutura dos direitos fundamentais para cuja tutela ou satisfação foram previstas: as garantias liberais, ao estarem dirigidas a assegurar a tutela dos direitos de liberdade, consistem essencialmente em técnicas de invalidação ou de anulação dos atos proibidos que as violam; as garantias sociais, orientadas como estão a assegurar a tutela dos direitos sociais, consistem, ao contrário, em técnicas de coerção e/ou de sanção contra a omissão das medidas obrigatórias que as satisfazem. Em todos os casos, o garantismo de um sistema jurídico é uma questão de grau, que depende da precisão dos vínculos positivos ou negativos impostos aos poderes públicos pelas normas constitucionais e pelo sistema de garantias que asseguram uma taxa mais ou menos elevada de eficácia a tais vínculos.*

A efetividade do princípio da intranscendência da pena passa, pois, pela redefinição da relação/vínculo entre o Estado com seu poder de punir e dos cidadãos com suas liberdades e garantias fundamentais.

Isso significa repensar o direito penal moderno, inserido no regime democrático de direito, como indispensável à construção de alternativas ao problema

14. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Garantías. La ley del más débil.

crescente da violência, e de uma política de segurança pública menos imediatista e mais participativa.

Para tanto, o papel daqueles que manejam as normas e as aplicam aos casos concretos é fundamental. A complexidade dos problemas na área penal vivenciada pelos operadores do direito não deve paralisá-los à apatia de soluções simplistas, mas desafiá-los a alternativas que incluam, sobretudo, um olhar voltado para quem são as pessoas submetidas aos rigores das normas penais no nosso Estado. E quem são elas senão a motivação da existência desse mesmo Estado? Não é outra a ideia do comando estatuído no princípio da personalidade da pena: quem comete o fato, quem deve se submeter à pena, quem não deve sofrer os efeitos da pena.

O arsenal de instrumentos processuais colocados pelo legislador para concretização dessas garantias, infelizmente não tem se refletido nas decisões judiciais, o que fulmina de ineficiência todo o sistema de justiça, desacreditando toda uma sociedade.

Entretanto, a reversão dessa prática é que ditará o futuro das próximas gerações no Estado Democrático de Direito que estamos formulando hoje. Exigir do estado o cumprimento de seus deveres antecede a cobrança aos cidadãos do respeito às regras, ou endurecimento do direito penal com restrições práticas a mandamentos constitucionais. É essa opção que vai determinar como resolveremos os problemas da crescente violência e da superpopulação do sistema prisional.

Nesse contexto, aqueles que atuam no sistema de justiça precisam concluir definitivamente de que meio querem que essas pessoas venham e para onde querem que elas retornem: da prisão ou do seio social, já que a definição posta, mas não declarada, tem lançado à prisão perpétua da reincidência os jovens que construiriam o futuro desse país.

O estabelecimento de um modelo ainda não testado, onde a reflexão se dê sobre as pessoas independentemente da sua condição social e econômica, deverá ser o móvel daqui por diante, é o que levará à definitiva constatação da importância do princípio da intranscendência da pena, como sendo aquele que pensa no sujeito da norma penal como um ser social, inexorável e integralmente ligado ao todo.

## VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO para Prevenção da Tortura. *Monitoramento de locais de detenção: um guia prático*. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- DUARTE, Thais Lemos. *Análise dos Procedimentos de Revistas Íntimas realizados no Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro* Site: [www.sociologiajuridica.net.br](http://www.sociologiajuridica.net.br), número-10. Acesso: agosto 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley Del más débil*. Trad. por Perfecto Andrés Ibáñez y Andres Greppi. Madri: Trotta, 1999.
- MARANHÃO, Douglas Bonaldi. *Princípios da Personalidade e da Individualização da pena no Direito Penal moderno*. Revista UniFil, Ano V-nº5, 2008.
- SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *A Crise de Legalidade na Execução Penal*. IN: CARVALHO, Salo. *Crítica à Execução Penal*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª Ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.



## CAPÍTULO VI

# PROGRESSÃO POR SALTO E RACIONALIDADE

*Rafson Ximenes\**

**Sumário** • 1. Introdução – 2. Desenvolvimento histórico – 3. Regimes – 4. Requisitos para a progressão de regime: 4.1. Requisito objetivo; 4.2. Requisito subjetivo – 5. Progressão por salto: 5.1. O papel do apenado; 5.2. Dever do Estado; 5.3. Consequência do Método Tradicional; 5.4. Saltos reconhecidos; 5.5. Interpretação – 6. Conclusão – Referências bibliográficas.

### 1. INTRODUÇÃO

Uma das frases mais frequentes, sobre as mazelas da população carcerária brasileira diz que existe uma excelente legislação, mas ela não seria aplicada. Paradoxalmente, outra contumaz assertiva é a de que a origem da criminalidade está nas leis, excessivamente suaves com os apenados, submersos em um mar de impunidade. O contra-senso é apenas aparente, pois são falsas as duas informações.

A lei de execução penal não é tão boa como se diz. É autoritária, invasiva e militarizada. Reflete bem a época em que foi sancionada, pelo General João Figueiredo. Está recheada de dispositivos completamente incompatíveis com a atual Constituição. Uma das características que certamente não possui é a suavidade. A equivocada impressão que a maioria da população possui é, em grande parte, decorrente de informações deturpadas, que são repetidas infinitamente.

Mais concretamente, são os meios de massa que desencadeiam as campanhas de “lei e ordem” quando o poder das agências encontra-se ameaçado. Estas campanhas realizam-se através da “*invenção da realidade*” (distorção pelo aumento de espaço publicitário dedicado a fatos de sangue, invenção direta de fatos que não aconteceram), “*profecias que se auto realizam*” (instigação pública para a prática de delitos mediante metamensagens de “slogans” tais como “a impunidade é absoluta”, “os menores podem fazer qualquer coisa”, “os presos entram por uma porta e saem pela outra”, etc.; publicidade de novos métodos para a prática de delitos, de facilidades, etc.), “*produção de indignação moral*” (instigação à violência coletiva, à autodefesa, glorificação de “justiceiros”, etc.).<sup>1</sup>

---

\* Defensor Público do Estado da Bahia, graduado em Direito pela UFBA, membro titular do Grupo de Trabalho para a Análise de Respostas à Criminalidade da Defensoria Pública do Estado da Bahia.

1. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**, 5. ed. Tradução Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição: Renavan. Rio de Janeiro, 2001, p.129.

Muito maior, contudo, é a responsabilidade dos juristas na produção das feridas. Se, por um lado, acusam o poder executivo de não dotar os estabelecimentos penais de estrutura adequada, por outro, os operadores do direito continuam atuando como se estivessem sob a égide de um regime de exceção. Ignoram os princípios constitucionais e a racionalidade. Estão sempre prontos para dirimir qualquer questão da forma mais severa contra o apenado e, convenientemente, repetir os discursos da “sociedade”, construídos pelos veículos de comunicação.

Um exemplo da atitude parcial com que se aplica o direito é o tratamento à progressão por salto, definida como a ida ao regime aberto, sem a estadia no regime semiaberto. É usual que um apenado seja esquecido pelo Estado e não obtenha a transferência para o regime adequado, quando cumpriu os requisitos legais. Acontece que a permanência dos apenados em condições mais severas é tida como natural pelos julgadores. Para eles, não seria cabível nenhuma resposta, pois a culpa, em última instância, seria do próprio sentenciado, já que “ao determinar-se pelo crime, o condenado assume o risco previsível de ficar trancafiado”.<sup>2</sup>

É verdade que o autor de um delito, em tese, assume o risco de se submeter à pena. A sanção, entretanto, não poderia diferir daquela exatamente prevista na legislação. De modo diverso, seria negada a própria razão de existência das leis. O presente trabalho almeja discutir a progressão por salto, analisando também as incoerências dos discursos contrários a ela.

## 2. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

Os hábitos são capazes de fazer parecer inato o que na verdade é bastante recente. Parece difícil imaginar um mundo sem aparelhos de telefone celular, mas esquece-se de que, há 50 anos, poucos possuíam telefones fixos. As crianças nascem utilizando a *Internet*, mas, há 30 anos, a televisão colorida era um artigo de luxo.

A prisão como pena é também um fenômeno historicamente recente, do século XIX. Outra falsa percepção dos fatos que nos atinge é em relação à atualidade de uma suposta crise do cárcere. Na realidade, críticas à instituição total são antigas e praticamente nasceram com ela. Incontáveis chagas que são atribuídas a elas foram sempre conhecidas e enfrentadas de modo parecido.

Devemos lembrar também que o movimento para reformar prisões, para controlar seu funcionamento, não é um fenômeno tardio. Não parece sequer ter nascido de um atestado de fracasso devidamente lavrado. A

2. MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 133.

“reforma” da prisão é mais ou menos contemporânea da própria prisão. Ela é como que seu programa. A prisão se encontrou, desde o início, engajada numa série de mecanismos de acompanhamento, que aparentemente devem corrigi-la, mas que parecem fazer parte de seu próprio funcionamento, de tal modo que têm estado ligados a sua existência em todo o decorrer da sua história.<sup>3</sup>

A busca da forma ideal de prisão teve início, como dito, muito cedo. Os dois primeiros modelos que ganharam peso vieram dos Estados Unidos. Um deles é o da Filadélfia, Pensilvânico ou celular, iniciado em 1790.<sup>4</sup> A base do sistema era o isolamento total e a possibilidade de redenção religiosa. Acreditava-se que no silêncio e na solidão seria possível ao preso o alcance do arrependimento, através da leitura exaustiva e permanente da bíblia. Não demorou e se percebeu que, além de não ser atingida a pretensa correção, impor a um ser humano que percorresse longos períodos sem ver um semelhante constituía inegável tortura psicológica.

O segundo modelo é o de Nova York, conhecido como sistema Alburniano, com funcionamento a partir de 1821<sup>5</sup>. Ao contrário do sistema anterior, ele não almejava primordialmente o arrependimento, mas tinha claro objetivo de explorar a mão de obra carcerária. Os ofícios possíveis, no regime celular, possuíam pouca expressão econômica. Através do trabalho coletivo, contudo, seria possível transformar a prisão em fábrica e produzir riquezas em larga escala.

Os traços característicos do novo modelo são o labor coletivo, em silêncio absoluto e o repouso solitário. A incomunicabilidade tinha importante papel econômico de impedir a desconcentração e a associação entre os trabalhadores. O objetivo era, além da obtenção de lucro, construir, pelo trabalho, cidadãos dóceis, resignados e disciplinados. Caso o funcionamento atingisse o ideal, existiria não somente a prisão perfeita, mas também a fábrica dos sonhos de qualquer investidor.

Logo se notou que a crueldade permanecia, talvez até de forma mais intensa. Antes os detentos não podiam se comunicar, pois nem viam uns aos outros, agora, porém, estavam lado a lado, mas proibidos de falar. Era como exibir, sem permitir o consumo, banquetes a pessoas famintas ou litros de água a quem esti-

3. FOUCAULT Michel. **Vigiar e Punir**, 36.ed. Tradução de Raquel Ramalhte. Petrópolis: Editora Vozes, 2009, p.220.
4. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**-Causas e alternativas, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.60.
5. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**-Causas e alternativas, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.70.

vesse morrendo de sede. Por outro lado, a comunidade também não via com bons olhos a possibilidade de concorrência com as “fábricas prisionais”.

Os dois sistemas deixam resquícios até hoje, como o regime disciplinar diferenciado, as prisões de segurança máxima, as sanções disciplinares de isolamento e a obrigatoriedade do trabalho nos estabelecimentos penais. Se na prática subsistem, desapareceram, paulatinamente, dos discursos, com o surgimento e o avanço dos sistemas progressivos.

Ainda na primeira metade do século XIX, começou-se a admitir que a prisão inflexível não atingia nenhuma das suas finalidades declaradas. Concluía-se que os presos precisavam conquistar parcelas de liberdade e confiança, pelo mérito, e perdê-las, pelo erro. Desse modo, eles seriam inseridos na lógica de sanção e recompensa que moveria a sociedade e seriam estimulados, novamente, a se tornarem dóceis, resignados e disciplinados.

A doutrina divide-se na definição do primeiro país a aplicar sistemas progressivos. Para alguns, a precursora foi a Espanha, por iniciativa do Coronel Manuel Montesinos e Molina, para outros, a Inglaterra, por obra do Capitão Alexander Maconochie.<sup>6</sup> Predomina, porém, o entendimento de que a primazia coube a Manocochie e o *Mark System* (sistema inglês), iniciado em 1840, embora Montesinos tenha iniciado sua administração no presídio de Valencia em 1835.

No sistema inglês, a pena não possuía duração totalmente determinada. Levava em consideração a gravidade do delito, o bom comportamento e o trabalho. O detento precisava atingir uma certa quantidade de pontos (vales, ou marcas), proporcional ao crime e os conseguia pelo labor e disciplina.

Para que o apenado pudesse sentir e acreditar na recompensa, Maconochie criou três fases. A pena começava pelo período de provas, que consistia no isolamento celular, como no sistema filadélfico. A seguir, havia o trabalho comum, em silêncio, durante o dia e o isolamento noturno, semelhante ao que acontecia em Alburn. Por fim, a última etapa era a liberdade condicional, muito parecida com o livramento moderno.

Na mesma época, em Valência, Montesinos também aplicava um modelo progressivo. As principais inovações, em relação ao *Mark System*, eram o rechaço ao período celular e a possibilidade de saídas temporárias.

Pouco tempo depois, em 1854, seguramente inspirado em Maconochie, Walter Crofton criou o sistema progressivo irlandês, que teve como grande

6. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**-Causas e alternativas, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.84.

inovação a implementação de uma fase adicional. Com efeito, mantinha-se a etapa do isolamento celular, assim como a do trabalho diurno silencioso e a da liberdade condicional. Existia, porém, entre as duas últimas, o período intermediário, com trabalho ao ar livre, remuneração e, principalmente, a possibilidade de comunicação, até mesmo com a população livre.

O Brasil sofreu a influência de todos os sistemas, desde o filadélfico até o irlandês. Aqui, a primeira notícia da adoção da ideia de sanção e recompensa vem de 1850, durante a era imperial. O Regulamento para a Casa de correção do Rio de Janeiro (Decreto nº 678 de 06 de julho de 1850) estabelecia 03 classes de presos, com a possibilidade de progressão e regressão entre elas<sup>7</sup>. As diferenças se encontravam, especialmente no intervalo dos passeios, na duração do repouso, na severidade do trabalho e na possibilidade de receber visitas.

Assim que ingressavam no sistema, os presos eram submetidos a um período de prova, semelhante ao modelo auburniano<sup>8</sup>, quando seriam avaliados e categorizados, determinando-se a sua classe inicial. Analisava-se a gravidade do delito, a idade e a moralidade do apenado. O último conceito já era bastante eficaz, como continua sendo até hoje, para punir de forma mais grave aqueles que viessem de classes sociais mais desfavorecidas.<sup>9</sup> Era comum, portanto que mendigos comessem na primeira classe, enquanto os presos mais abastados, nas duas últimas.

Eram promovidos da primeira à segunda classe os detentos que tivessem bom comportamento, por um ou três anos, respectivamente se primários ou reincidentes. Para passar desta para a última, era preciso manter a boa conduta por mais dois ou quatro anos, a depender da primariedade ou não.

Após a proclamação da república, o Brasil adotou expressamente, no seu Código Penal (1890), o sistema progressivo, sob nítida influência do modelo irlandês, prevendo todas as suas etapas. Rodrigo Duque Estrada Roig lembra que, anteriormente, na sociedade escravista, a pena tinha caráter eminentemente corporal e neutralizador, mas após a sua superação, o caráter ressocializador ganhava espaço, evidenciando a sua função econômica.

Apesar de inalterados os alvos sociais do sistema penal, o eixo repressivo na passagem do século XIX para o XX abandona o viés essencialmente

7. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**, 1 ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2005, p.46.
8. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**, 1 ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2005, p.45.
9. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**, 1 ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2005, p.47.

corporal, passando também a incorporar fortemente o caráter regenerador. O empreendimento escravista, que até então supria qualquer disfunção na oferta de mão de obra, relegando à prisão as precípuas funções de neutralização, dissuasão e mera aflição, dá lugar à consolidação de um mercado de trabalho livre, que necessita, senão aproveitar, ao menos inculcar no meio carcerário, a propensão ao trabalho, elevando-o à condição de elemento reparador do indivíduo aproveitável. Para os “irrecuperáveis”, persiste a função neutralizadora.<sup>10</sup>

É evidente que, no início do século XX, já se sabia necessária a minimização da prisão, caso houvesse alguma intenção de que o egresso se adaptasse a uma vida considerada “normal”. Não bastaria para tanto qualquer sistema de prêmios ou castigos, mas era preciso permitir o contato com o meio externo e a liberdade, mesmo condicional. Tanto é verdade que os Códigos Penais subsequentes, com exceção do de 1969, que não chegou a entrar em vigor, mantiveram o sistema, com pequenas alterações.<sup>11</sup> Hoje, tem-se, no Brasil, três regimes, fechado, semiaberto e aberto, nos quais o preso transita, de acordo com seu mérito e demérito. O livramento condicional persiste, porém, como instituto independente da passagem por todas as etapas anteriores.

Após o surgimento da teoria do *Labelling Approach* (ou interacionismo), na década de 60 do século XX, todo o sistema penal foi estudado por nova ótica, consagrando novas finalidades. Os interacionistas se debruçaram sobre as consequências da atuação do direito penal e, especialmente, da prisão sobre as pessoas. Concluíram pelo seu inafastável caráter criminógeno.

Em resumo, o acusado e o condenado são rotulados de uma forma e enquadrados em um estereótipo. Toda a história anterior é esquecida ou reinterpretada, a partir do suposto delito (interpretação retrospectiva). Como resultado, os personagens acabam por assumir os papéis e as identidades que lhes são atribuídos (*role-engulfment*), comportando-se de acordo com eles.

A resposta dramatizada e ritualizada à delinqüência desencadeia dois tipos de seqüências, convergentes nos seus efeitos últimos. Em primeiro lugar e no plano dos *outros significantes*, potencia a distância social em relação ao delinqüente, estreitando a sua margem de oportunidades legítimas e induzindo a procura de oportunidades ilegítimas. (...) Em segundo lugar e no que respeita ao delinqüente, provoca a conformação às expectativas estereotipadas da sociedade, a auto-representação

10. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**, 1 ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2005, p.80.

11. GRAZIANO SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos. **A Progressão de Regime no Sistema Prisional do Brasil: A Interpretação Restritiva e a Vedação Legal nos Crimes hediondos como elementos de estigmatização do condenado**, 1 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p.78-79.

como delinqüente e o respectivo *role-engulfment* que, muitas vezes será irreversível.<sup>12</sup>

O sistema progressivo não poderia passar incólume às constatações interacionistas. Qualquer política séria que pretenda facilitar a adaptação do apenado à sociedade externa precisa aumentar o seu contato com esta, diminuir o convívio com a prisão e lutar contra a formação da identidade delinqüente. O papel é, sem dúvida reforçado, quando o preso é tratado como objeto e não sujeito de direito.

Tornou-se insustentável a lógica de sanção e recompensa, por meio da aplicação das técnicas disciplinares. O pensamento atual se dá sob a ótica de direitos e deveres. O Estado não mais distribui favores ou benesses paternalistas e caridosas, porém tem obrigações em relação ao apenado. A oposição entre direito e benefício é indispensável para atingir o mais moderno fim do modelo.

### 3. REGIMES

Há, no Brasil, três regimes de cumprimento de pena. O mais rigoroso é o fechado, a ser cumprido em penitenciárias. O preso tem mínimo contato com o meio externo, restrito às visitas que vier a receber, ao comparecimento a velórios de parentes<sup>13</sup>, aos tratamentos médicos ou ao transporte para audiências judiciais. As celas deveriam ser individuais<sup>14</sup>, propiciando o isolamento noturno. Durante o dia, haveria o trabalho comum. Diferencia-se do modelo auburniano porque não se exige o silêncio absoluto.

Na realidade, é praticamente inexistente o isolamento noturno, pois não há estrutura para isso e os custos financeiros são altos. Indo além, as celas costumam ter população acima da prevista. O trabalho coletivo também é mínimo, pois não existe oferta de vagas, sendo comum ainda o envolvimento de corrupção na sua obtenção.

Embora a Lei de Execução Penal afirme ter o objetivo de proporcionar a harmônica integração social do condenado<sup>15</sup>, nesta etapa se limita a tentar neutralizá-lo. Interessante para confirmar a conclusão é a exigência legal de que a unidade prisional seja construída em local afastado do centro urbano<sup>16</sup>.

12. DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Criminologia- O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena**. Coimbra, 2.Reimpressão: Coimbra Editora ,1997, ps.352-353.

13. BRASIL, Lei de Execução penal, artigo 120.

14. BRASIL, Lei de Execução penal, artigo 88.

15. BRASIL, Lei de Execução penal, artigo 1º.

16. BRASIL, Lei de Execução penal, artigo 90.

O regime semiaberto, intermediário, deve ser cumprido em colônia agrícola, industrial ou similar. Nesta fase, o apenado poderá gozar de saídas temporárias, trabalho externo<sup>17</sup> ou frequentar cursos profissionalizantes.

A LEP não impõe o isolamento noturno, pois as celas poderão ser coletivas.<sup>18</sup> Segundo Mirabete, esta disposição se justificaria porque no regime semiaberto já não seriam mais necessárias as “precauções de segurança quanto ao homossexualismo ou violência sexual própria dos presos de periculosidade elevada e menor adaptabilidade à execução penal”.<sup>19</sup>

A afirmação do ilustre procurador de justiça é certamente harmônica com a inspiração da Lei de Execução Penal<sup>20</sup>. Não deixa, portanto, de expor o autoritarismo legal<sup>21</sup>, incompatível com o atual ordenamento constitucional. Não se pode pleitear segurança contra a homossexualidade, pois a liberdade de orientação sexual é inafastável. Apenas a violência, desse modo, precisa ser combatida.

A própria LEP reconhece implicitamente que o regime fechado, quando restringe significativamente o contato com o meio externo, estimula as violências, inclusive sexuais. Esta constatação afasta a ideia de que, ao passar para o regime semiaberto, os detentos seriam menos propensos a agressões, em função do “tratamento”. Ao contrário, torna-se indiscutível que esses abusos não são mera consequência da “periculosidade” dos sujeitos, mas são inerentes ao próprio regime fechado.

Recorde-se que as celas de penitenciárias são quase todas coletivas, o que é fato notório. Pode-se afirmar, portanto, que a brutalidade carcerária é, nesse ponto, prevista e aceita pelas autoridades, quando promulgam a lei, quando a aplicam, quando a executam e quando a descumprem.

Em síntese, existem duas diferenças fundamentais entre os regimes fechado e semiaberto: saídas temporárias e possibilidade de trabalho externo.

O regime aberto, mais brando, por sua vez, é cumprido em casa de albergado, que, ao revés da penitenciária, deve se situar em centro urbano, separado

17. O trabalho externo também é permitido no regime fechado, porém apenas em serviços e obras públicas (art.36 da LEP). Na realidade, é praticamente nulo, mesmo porque, além de não haver oferta, a LEP exige o cumprimento mínimo de 1/6 da pena (art.37).

18. BRASIL, Lei de Execução penal, artigo 92.

19. MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 274.

20. A exposição de motivos da LEP diz expressamente o seguinte, no seu item 97: “Na CPI do Sistema Penitenciário salientamos que o ‘dramático problema da vida sexual nas prisões não se resume na prática do homossexualismo, posto que comum. Seu aspecto mais grave está no assalto sexual, vitimador dos presos vencidos pela força de um ou mais agressores em celas superpovoadas’.”

21. Lembre-se que a promulgação da LEP ocorreu durante a ditadura militar.

dos demais estabelecimentos<sup>22</sup>. A unidade não deve possuir qualquer obstáculo à fuga. Nesta etapa do cumprimento da pena, fundada na confiança, existem três condições obrigatórias: a permanência no estabelecimento durante o repouso e dias de folga<sup>23</sup>, necessidade de autorização para afastamento da cidade e comparecimento ao juízo quando determinado.<sup>24</sup> O magistrado<sup>25</sup> e a legislação local<sup>26</sup> podem ainda fixar outras condições.

É possível ainda que um mesmo estabelecimento abrigue presos de diferentes regimes, desde que devidamente isolados.<sup>27</sup> A regra possibilita a existência dos conjuntos penais. É inadmissível, porém, que um conjunto abrigue presos do regime aberto, pois eles devem estar, como já afirmado, em local separado dos demais estabelecimentos. Em relação ao regime fechado, a incompatibilidade é ainda mais evidente, já que uns devem estar afastados do centro urbano e outros inseridos nele.

#### 4. REQUISITOS PARA A PROGRESSÃO DE REGIME

Para conseguir a progressão de regime, o preso necessita satisfazer duas condições. A primeira, objetiva, diz respeito ao fator temporal e a segunda, subjetiva, refere-se ao bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento.<sup>28</sup>

##### 4.1. Requisito objetivo

Em relação ao aspecto temporal, há diferentes situações, decorrentes de novos posicionamentos judiciais e legislativos. Inicialmente, exigia-se, indiscriminadamente, o cumprimento de 1/6 da pena no regime anterior. Em 1990, a discutível lei de crimes hediondos<sup>29</sup> estabeleceu que os apenados por crimes nela arrolados seriam impedidos de progredir, devendo cumprir a pena integralmente em regime fechado.

Em 23 de fevereiro de 2006, o Supremo Tribunal Federal **declarou** a inconstitucionalidade daquela previsão, por ferir o princípio da individualização

22. BRASIL, Lei de Execução penal, artigo 94.

23. A LEP não especifica o horário de repouso e os dias de folga, de modo que o apenado pode escolher o seu turno e a sua escala de trabalho.

24. BRASIL, Lei de Execução penal, artigo 115.

25. BRASIL, Lei de Execução penal, artigo 115.

26. BRASIL, Lei de Execução penal, artigo 119.

27. BRASIL, Lei de Execução penal, artigo 82.

28. BRASIL, Lei de Execução penal, artigo 112.

29. BRASIL, Lei 8072/90, artigo 2º.

das penas<sup>30</sup>. À decisão foi atribuído expressamente o caráter concentrado e um único efeito modulatório, para impedir a concessão de reparações pecuniárias, na esfera cível, por penas já extintas naquela data. Retornou-se, então, ao quadro original, no qual o requisito temporal, para todos era o cumprimento de 1/6 da pena. Os setores mais conservadores, do legislativo, do judiciário e da imprensa não tardariam a se queixar do “risco à sociedade”.

Em pouco tempo, foi produzida a lei 11.464/2007, publicada em 29 de março de 2007. Diante da impossibilidade de vedar as progressões, criaram-se prazos diferenciados, para os apenados por crimes hediondos ou equiparados: 3/5 da pena, quando reincidentes e 2/5 nos demais casos<sup>31</sup>.

Existem, destarte, três situações:

- Apenados por qualquer crime, cometido até 28 de março de 2007, inclusive, ou crimes comuns, a partir desta data, submetem-se ao cumprimento de 1/6 da pena.
- Apenados por crimes hediondos, cometidos a partir de 29 de março de 2007, inclusive, não reincidentes, submetem-se ao cumprimento de 2/5 da pena.
- Apenados por crimes hediondos, cometidos a partir de 29 de março de 2007, inclusive, reincidentes, submetem-se ao cumprimento de 3/5 da pena.

Há quem defenda que a lei 11464/2007 seria benéfica ao preso e deveria retroagir, para atingir os condenados por crimes hediondos cometidos antes da sua vigência. Outros ainda defendem uma retroatividade com limites<sup>32</sup>. Acreditam que, até 23 de fevereiro de 2006, a progressão era vedada e que a decisão do STF somente produziria efeitos, a partir daquela data. Concluem que a nova lei seria benéfica, em relação aos fatos anteriores àquela data, devendo atingi-los, e desfavorável para os fatos cometidos entre 23 de fevereiro de 2006 e 28 de março de 2007, não podendo alcançá-los.

Inexiste qualquer razão, nos dois posicionamentos. O controle concentrado de constitucionalidade tem efeitos declaratórios. O Supremo poderia ter decretado efeitos modulatórios, e até o fez, mas, apenas em relação às penas já extintas, na ocasião do julgamento. A norma sempre foi inconstitucional e, por isso, materialmente inválida. A nova legislação não é benéfica em comparação à anterior,

30. STF, *Habeas Corpus* 82959-7/SP, Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio.

31. BRASIL, Lei 11464/2007, artigo 1º.

32. MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 138.

porque a única lei pregressa a ser considerada é aquela que estava de acordo com a carta magna, e esta previa o prazo de 1/6. O que dizia uma prescrição legal nula é indiferente.

O posicionamento do STF ainda não foi de fato aceito por muitas parcelas da sociedade, que tentam modificá-lo ou deixá-lo obsoleto, através de leis mais duras e distorção de conceitos. A esse respeito, é interessante registrar matéria publicada em importante revista semanal brasileira<sup>33</sup>. Segundo a reportagem, o presidente da Comissão de Constituição de Justiça do Senado estaria ansioso para votar projeto de lei, que ampliaria para 1/2 o requisito temporal para os não reincidentes condenados por crimes hediondos ou equiparados. O político, que também é promotor de justiça do estado de Goiás, teria afirmado que “com a progressão, a viúva nem tirou o luto e o assassino já terminou de cumprir pena”.

Note-se que há, ao menos duas obscuridades no discurso. Em primeiro lugar, quando progride, o apenado não termina de cumprir pena, apenas passa a uma nova etapa. A substituição do conteúdo verdadeiro do instituto é recorrente nos discursos e exerce importante papel no convencimento dos leigos. Em segundo lugar, é inverídica a conclusão, uma vez que a nova lei praticamente ainda não foi utilizada em favor de condenados por homicídios qualificados<sup>34</sup>.

Um condenado a seis anos, seis meses e cinco de prisão por este delito somente cumpriria 2/5 do tempo, após dois anos, sete meses e oito dias. Lembre-se de que a aplicação desta pena é praticamente impossível, tendo em vista que o mínimo legal é de doze anos<sup>35</sup>. Dois anos, sete meses e oito dias, contados a partir de 29 de março de 2007, data em que entrou em vigor a norma, completariam-se em 05 de novembro de 2009, um dia após a publicação da entrevista.

Imaginando que a pena tivesse sido fixada no seu mínimo, hipótese também incomum, o suposto preso teria a progressão de regime apenas em 15 de janeiro de 2012, dois anos, dois meses e doze dias, após a entrevista. Desnecessário afirmar que a sensação de impunidade relatada pelo senador não tem esteio em dados reais.

O discurso alarmista que subverte conceitos jurídicos e descreve paisagens caóticas inexistentes é fundamental para a série de arbitrariedades praticadas rotineiramente contra os presos. O terror fomentado serve como justificativa para o endurecimento das leis e para interpretações judiciais que, além de inconstitucionais, mostram-se irracionais, como se verá.

33. ISTOÉ. São Paulo: Editora Três, n.2086, 04 nov 2009, Retrato Falado, p.33.

34. Lembre-se que os homicídios simples não são crimes hediondos.

35. BRASIL, Código Penal, artigo 121§2º.

## 4.2. Requisito subjetivo

Originalmente, a lei de execução penal previa como requisitos subjetivos o mérito, o parecer da comissão técnica de classificação e o exame criminológico, quando necessário. Hoje, com a alteração promovida pela lei 10792/2003, resume-se ao bom comportamento carcerário (mérito), comprovado pelo diretor do estabelecimento, posto que é única exigência legal.

A mudança valoriza o direito penal do fato. O bom comportamento é medido pela existência ou não de faltas disciplinares. A opção por usá-lo como parâmetro possibilita que apenas condutas e não mais pensamentos, relações sociais, familiares, escolaridade ou estilos de vida (alvos das avaliações) sejam punidos com a restrição da liberdade. Indo além, implica no reconhecimento de que não mais qualquer conduta, mas apenas aquelas descritas previamente podem ser sancionadas. Por fim, significa a possibilidade de defesa, quando da negação, pois existirão dados verificáveis para serem provados e refutados, nos atestados negativos. Representa, portanto, grande avanço do Estado de Direito.

Diversos doutrinadores<sup>36</sup> e até mesmo os tribunais superiores<sup>37</sup>, contudo, reiteram o entendimento de que os exames e pareceres ainda poderiam ser exigidos, facultativamente, pelos magistrados, pois não foram vedados de forma expressa. Claramente, afronta-se o princípio da legalidade, já que se cria exigência não prevista textualmente, para a obtenção de parcelas de liberdade.

As justificativas apresentadas sempre desembocam na afirmação de que seria temerário permitir a progressão daqueles ainda não estariam preparados, para tanto. O modo científico de medir esse dado seria a realização de testes, sociais e, principalmente, psicológicos, para aferir as respostas ao “tratamento” penitenciário.

Conceder-se o benefício dessa maneira só fomenta a certeza de impunidade por parte dos bandidos, aumentando ainda mais os índices de criminalidade que assolam o país.

Percebe-se assim que é inconcebível a concessão de benefícios tão amplos a condenados por crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, que apenas estão começando a se conscientizar de sua situação, sem que se façam os competentes exames para se analisar o mérito do

36. Por exemplo, MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 424 e JORGE, Estevão Luís Lemos. **Execução Penal**, Campinas, Millenium, 2007, p.157.

37. Por exemplo, STF, *Habeas Corpus* 94281-4 RS, 2ª Turma, Relator Min. Eros Grau, *Habeas Corpus* 93848-5 RS, 2ª Turma, Relator Min. Joaquim Barbosa, *Habeas Corpus* 94715-8 RS, 2ª Turma, Relatora Min. Ellen Gracie, *Habeas Corpus* 93108-1SP, 1ª Turma, Relatora Min. Cármen Lúcia, *Habeas Corpus* 94612-7 RS, 1ª Turma, Relator Min. Carlos Britto e *Habeas Corpus* 96.586-5 SP, 2ª Turma, Relator Min. Celso de Mello.

reeducando. Como se sabe, a dúvida na execução penal deve ser resolvida em favor da sociedade, ou seja, não se pode conceder algum benefício em evidente prejuízo à comunidade, que ficará exposta a riscos desnecessários, com insegurança evidente advinda do afrouxamento das condições impostas ao convívio social do executado.<sup>38</sup>

Mais uma vez, salta aos olhos o discurso alarmista, desprovido de qualquer fundamento na realidade. O descompasso entre o pensamento e os princípios constitucionais é nítido, especialmente quando se fala em interpretação da dúvida a favor da sociedade, contrariando a presunção de inocência. É conveniente, porém, indagar se os referidos testes eram eficientes para reduzir a criminalidade, como se alega frequentemente, e se eram referendados pelos seus aplicadores. A resposta, dada pelo Conselho Federal de Psicologia, não veio por meio de mera negativa, mas de uma contundente moção de repúdio, quando se manifestou sobre projetos de lei acerca do tema.

Assim, manifestamos nosso repúdio à manutenção do exame criminológico para concessão dos benefícios legais (livramento condicional e progressão de regime), considerando que o exame criminológico tem se constituído em uma prática não só burocrática, mas, sobretudo estigmatizante, classificatória e violadora dos direitos humanos. Além disso, sua realização se dá em condições objetivas que se caracterizam pela violação do Código de Ética dos profissionais envolvidos. Seu uso reifica discursos que sustentam a compreensão do conflito a partir de uma suposta natureza perigosa amparada em traços pessoalizados e não a partir de uma relação dialética entre indivíduo e produções sócio-históricas. A prática do exame criminológico tem reduzido as possibilidades de atuação dos profissionais que atuam na área das assistências previstas nas legislações brasileiras referentes à população carcerária, ferindo em muitas ocasiões os direitos humanos e impedindo tais profissionais de atender às reais necessidades das pessoas presas na perspectiva de sua reintegração social.<sup>39</sup>

Como atestam os psicólogos, outra vez, distorce-se a realidade, criando soluções fantasiosas para problemas inexistentes. O discurso do medo cumpre, porém, a sua função real de disseminar o terror e influenciar decisões e posicionamentos ilegais e arbitrários.

Não cabe aqui aprofundar a discussão sobre o tema, por isto encerra-se o tópico apenas registrando que a conclusão, manifestamente equivocada, da possibilidade de exigência do exame, **constitui um exemplo de ilegal interpretação**

38. JORGE, Estevão Luís Lemos. **Execução Penal**, Campinas, Millenium, 2007, p.158-159.

39. CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Moção contra o Exame Criminológico. Disponível em [http://www.pol.org.br/pol/cms/pol/noticias/noticia\\_081125\\_003.html](http://www.pol.org.br/pol/cms/pol/noticias/noticia_081125_003.html), acesso em 12 de novembro de 2009.

**extensiva da norma penal, para prejudicar o sentenciado.** O fato será de extrema importância no desenvolvimento do trabalho.

## 5. PROGRESSÃO POR SALTO

Para os presos que iniciam o cumprimento da pena em regime fechado, a definição da data de progressão para o regime semiaberto é bastante simples. Mesmo assim, como se viu anteriormente, não existe consenso sobre os requisitos legais. Para a passagem ao regime aberto, entretanto, há um novo fator complicador: demarcar, a partir de quando começaria a contagem da segunda fração. Duas soluções mostram-se possíveis: uma seria considerar a data de fato em que os requisitos foram satisfeitos; a outra, ater-se à data em que o poder judiciário reconheceu o direito.

A ampla maioria da jurisprudência<sup>40</sup> e da doutrina<sup>41</sup> opta pela segunda opção, ou seja, o dia em que se efetivou a primeira progressão, pela decisão judicial. O argumento é o de que a lei exige o cumprimento de 1/6, no regime anterior<sup>42</sup>. A permanência no regime semiaberto, durante aquele exato período seria crucial para o “tratamento”, de modo que a transferência imediata seria imprudente e resultaria em impunidade e na exposição da sociedade a riscos.

Situação ainda mais difícil e constrangedora ocorre quando o apenado atinge o tempo suficiente para obter duas progressões, sem que a primeira tenha sido reconhecida. Nesse caso, acresce-se àquele argumento o fato de que seria vedada a progressão por salto, de acordo com o que expressa a exposição de motivos da LEP, no seu item 120. Todo o raciocínio se baseia na indispensabilidade da passagem pelos três regimes.

Felizmente, a exposição de motivos não tem força vinculativa. Desse modo, é possível discutir de forma mais ampla o tema complexo. Uma análise séria sobre a questão não pode dispensar a observação do papel do preso, dos deveres do Estado, das consequências da vedação e das incoerências do discurso e das regras de interpretação.

40. Por exemplo, STJ, HC 84302 / SP, 5ª turma, relatora Ministra Laurita Vaz. Em sentido oposto, TJMG, processo nº. 1.0000.09.489661-0/001, Des. Rel. Antônio Armando dos Anjos, julg. 28/04/2009 e publ. DOMG 17/06/2009

41. Por exemplo, MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 126-127 e MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução Penal**, 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 387-388. Em sentido diverso, BRITO, Aléxis Augusto Couto de. **Execução Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.238-239.

42. BRASIL, Lei de Execução penal, artigo 112.

### 5.1. O papel do apenado

Um dos aspectos mais esquecidos na interpretação das normas é a condição de sujeito, atinente ao preso. Parcela importante da deslembração pode ser atribuída ao vocábulo “benefício”, usado pelos juristas como se todas as mitigações da sanção não fossem mais que seus adjuntos adnominais. Promotores, Juizes e até mesmo Defensores Públicos têm o hábito de falar em “benefício” da saída temporária, “benefício” do livramento condicional ou “benefício” da progressão de regime. Ao se referir aos próprios direitos, porém, jamais falam, por exemplo, em “benefício de férias”. A escolha do elemento principal nas orações, certamente, orienta a leitura.

A palavra, aparentemente inofensiva, é, ao contrário, extremamente perigosa. Possui, segundo o Novo Dicionário Aurélio, sete significados. O mais popular e, não por acaso, o primeiro apontado pelo dicionarista é “Serviço ou bem que se faz gratuitamente: favor, mercê, graça”.<sup>43</sup> Apenas o quinto, é “Direito conferido a alguém”.

A versão de bolso do próprio Aurélio Buarque de Holanda transparece ainda mais o fato, pois a obra simplificada mantém seis das sete explicações originais, para benefício, e exclui somente uma, justamente a que falava em direito<sup>44</sup>. Para comprovar a predominância da conotação, basta averiguar que outros livros, como o Dicionário Prático da Língua Portuguesa Michaelis<sup>45</sup> repetem aquela e omitem esta.

A lógica belicista e a ideologia do tratamento também conduzem à conclusão de que os apenados recebem favores do Estado que, generoso, abranda o castigo dos inimigos<sup>46</sup>. Historicamente, o apenado não tinha direitos, seja porque

43. “Benefício[Do lat. *Beneficiu*] S.m. 1. Serviço ou bem que se faz gratuitamente: favor, mercê, graça. 2. Vantagens, ganho, proveito. 3. Espetáculo cuja renda reverte em favor de algum artista da companhia, ou de outra pessoa, ou de uma instituição. 4. Melhoramento; benfeitoria. 5. Direito conferido a alguém. 6. Auxílio por força de legislação social. 7. Rel. Cargo eclesiástico, na Igreja Católica Apostólica Romana, ao qual se anexa o uso ou fruição de um bem”. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**, 1. ed. Rio de Janeiro, 1975: Nova Fronteira, p.198.

44. “benefício sm. 1. Serviço ou bem que se faz gratuitamente: favor, graça. 2. Vantagens, proveito. 3. Espetáculo cuja renda reverte em favor de alguém ou de uma instituição. 4. Melhoramento, benfeitoria. 5. Auxílio por força de legislação social. 6. Cargo eclesiástico, na Igreja Católica, ao qual se anexa o uso ou fruição de um bem”. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da Língua Portuguesa**, 1. ed. 14ª impressão, Rio de Janeiro, 1977: Nova Fronteira, p.63.

45. “be.ne.fi.cio (*lat beneficiu*) sm 1. Benfeitoria. 2. Favor, graça, mercê, serviço gratuito. 3. Vantagem assegurada por leis trabalhistas: *benefício por acidente no trabalho, aposentadoria etc.* 4. Ganho,proveito. 5. Espetáculo, cuja renda líquida reverte em favor de alguém. MICHAELIS. **Dicionário Prático Língua Portuguesa**, 1. ed. São Paulo, 2001: Melhoramentos, p.120.

46. “O sistema penal seleciona uns poucos *inimigos políticos* e os exhibe como *inimigos de guerra* da maioria, é claro, também da minoria que não precisa ser reprimida por esse mecanismo, salvo nos casos de

considerado oponente de guerra, seja porque considerado objeto de técnicas que visavam medicá-lo. Desse modo, o Regulamento para a Casa de Correção da Corte, instituído pelo decreto número 8386, de 14 de janeiro de 1882, era expresso ao afirmar que a concessão dos “benefícios” era de aplicação facultativa, segundo o arbítrio do Estado<sup>47</sup>.

A Constituição de 1988 dizimou qualquer possibilidade de permanência daquele entendimento.<sup>48</sup> Quando prescreve que não haverá pena sem prévia cominação legal<sup>49</sup>, a carta magna coloca o sentenciado na posição de sujeito, titular de direitos. Ao mesmo tempo, o Estado fica obrigado a reconhecê-los. A sanção não pode ir além daquela prevista, na norma.

Todos os dispositivos legais favoráveis ao sujeito passivo da execução penal devem ser interpretados a partir de duas grandes vertentes, quais sejam, a existência de autênticos direitos públicos subjetivos em sede executiva e a necessidade de aporte de todos os benefícios legais, ainda que não previstos na LEP, para o interior da execução penal. A primeira das vertentes, já mencionada, aponta para o imperioso reconhecimento de que os benefícios da execução que dependem da satisfação de requisitos legais pelo indivíduo tornam-se direitos públicos subjetivos no exato instante do adimplemento, não mais subsistindo a antiga relação de supremacia absoluta, em que a um dever do apenado correspondia uma mera faculdade do Estado.<sup>50</sup>

O sentenciado conquista o direito à progressão, quando cumpre a fração da pena exigida e apresenta bom comportamento. A partir desse momento, cada segundo que passa no regime mais rigoroso constitui lesão, causada por quem executa a sua pena.

A possível alegação de impossibilidade da verificação do requisito subjetivo em período anterior também não teria fundamento. Em primeiro lugar, lembre-se de que, no direito penal, a dúvida sempre deve favorecer o réu. A incerteza, portanto, não pode ser interpretada em seu desfavor. Em segundo lugar, como a boa conduta se mede pelo cometimento ou não de faltas, e a prática das

---

dissidência, considerada perigosa. Por isso mesmo a vinculação ‘guerra-sistema penal’ é muito mais íntima e complexa que a fórmula ‘delinquente-inimigo da pátria’, que é parte da ideologia justificadora do sistema pena”. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**, 5. ed. Tradução Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição: Renavan. Rio de Janeiro, 2001, p.225.

47. “Art. 116. Em geral todas essas faculdades, e bem assim as concedidas aos presos de outras classes, serão, ao arbítrio do director, que as dará conforme o merecimento do preso, e escolherá ocasião asada, quando não estiver designada”. BRASIL, Decreto nº8386/1882, artigo 116, *apud* ROIG, Rodrigo Duque Estrada.

**Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**, 1 ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2005, p.234.

48. CARVALHO, Salo de . **Pena e Garantias**, 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.154.

49. BRASIL, Constituição Federal, artigo 5ºXXXIX.

50. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**, 1 ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2005, p.172.

infrações graves deve ser decretada pelo juiz, bastaria analisar o processo de execução para perceber se havia o mau comportamento. Por fim, quem considerasse a possibilidade de infrações disciplinares leves ou médias prejudicarem a obtenção do direito teria à disposição o prontuário que deve ser mantido pela unidade prisional.

O novo papel que o preso exerce na execução penal é suficiente para deslegitimar a tese de que para alcançar o regime aberto, deve-se cumprir um sexto da pena restante, quando passou ao semiaberto, mesmo que com atraso. O raciocínio só faria sentido, caso houvesse um retorno à legislação do período escravista e monárquico, retratado pelo referido decreto de 1882.

Ressalte-se ainda que o uso da data da conquista do direito como marco não significa simplesmente menos tempo no regime semiaberto, mas também que já se passou mais tempo que o devido, no regime fechado. Não haveria nenhum abrandamento da sanção, que, na verdade, continuaria mais gravosa que a prevista em lei. Existiria apenas minimização do dano, enquanto a tese oposta conduziria ao seu aumento.

## 5.2. Dever do Estado

O apenado não é o único ator da execução penal. Vários outros são os que participam do processo. A avaliação da possibilidade ou não da progressão por salto também não pode olvidar as ações esperadas de alguns desses personagens.

Inicia-se pelo juiz de execução, a quem compete, entre outras coisas, zelar pelo correto cumprimento da pena<sup>51</sup>, inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento<sup>52</sup> e emitir, anualmente, o atestado de pena a cumprir<sup>53</sup>. Frente a tais obrigações, influenciados pelo discurso do medo, muitos magistrados, como se verá, optam por atuar de modo notoriamente parcial e contrário ao apenado.

Para cuidar do regular desenvolvimento da sanção, o juiz não deve apenas observar se os apenados cumprem todas as suas obrigações, mas também se todos os seus direitos são respeitados. Quando visitam os estabelecimentos, os magistrados não podem se limitar a verificar a disciplina, mas precisam tomar providências para dar celeridade à elaboração dos atestados de conduta ou conceder os alvarás de soltura para todos os presos sem guia de recolhimento, de acordo

51. BRASIL, Lei de Execução penal, artigo 66, V.

52. BRASIL, Lei de Execução penal, artigo 66, VII.

53. BRASIL, Lei de Execução penal, artigo 66, X.

com o que manda a LEP.<sup>54</sup> Por fim, a função dos atestados de pena a cumprir é exatamente verificar se já existe algum direito, como a progressão de regime.

Outro ator relevante no cumprimento da pena é o Ministério Público, que tem entre as suas atribuições a fiscalização da execução da pena<sup>55</sup>, a visita mensal aos estabelecimentos penais<sup>56</sup> e, o requerimento, entre outras coisas, da progressão de regime<sup>57</sup>. Sobre as duas primeiras, é facilmente perceptível a semelhança com as atribuições judiciárias, já em relação à última, desnecessário explicar a relação com o tema.

Ao contrário do que acontece com os magistrados, contudo, é impossível atribuir qualquer culpa aos promotores pela seletividade com que cumprem suas funções. Existe, na verdade, grande incoerência normativa ao exigir deles o exercício de duas funções incompatíveis: acusação (necessariamente parcial) e fiscalização (necessariamente imparcial). É óbvio que se trata de esquizofrenia legal.

Recorde-se que os juizes perderam, teoricamente, o poder de acusar, porque era impossível manter a neutralidade que, em tese, exige-se deles. Desconexo, portanto, esperar tal postura dos membros do Ministério Público. Naturalmente, quase sempre, tenderão para o lado oposto ao do sentenciado.<sup>58</sup>

Apesar de o apenado ter capacidade postulatória, na execução penal, é óbvio que precisa de assistência jurídica. Por um lado, ele, em regra, não tem conhecimento técnico sobre os seus direitos. Por outro, geralmente está preso e o seu acesso pessoal ao poder judiciário é extremamente difícil. Desse modo, a LEP, promulgada em 1984, obriga as unidades da federação a dotar de serviços de assistência jurídica gratuita os estabelecimentos penais<sup>59</sup>. Em 1988, a Constituição Federal definiu que a execução desses serviços se daria através das Defensorias Públicas<sup>60</sup>, posição que foi sacramentada ainda pela lei complementar 80/94<sup>61</sup>.

O Defensor Público tem entre suas atribuições “atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garan-

54. BRASIL, Lei de Execução penal, artigo 107.

55. BRASIL, Lei de Execução penal, artigo 67.

56. BRASIL, Lei de Execução penal, artigo 68, parágrafo único.

57. BRASIL, Lei de Execução penal, artigo 68, II, e.

58. A despeito disto, muitos magistrados têm por vergonhoso hábito sentir-se mais confortáveis quando acompanham o entendimento do *parquet*, em decorrência da sua fictícia imparcialidade

59. BRASIL, Lei de Execução Penal, artigo 16.

60. BRASIL, Constituição Federal, artigo 134.

61. “A assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública.” BRASIL, Lei Complementar 80/94, artigo 4º, parágrafo 5º.

tias fundamentais”.<sup>62</sup> Sabendo-se que a ampla maioria dos internos das unidades prisionais não possuem advogados, é óbvia a sua importância para a defesa de direitos, como a progressão.

Outro dever do poder público, costumeiramente esquecido, é o de proferir as decisões, em prazo razoável.<sup>63</sup> Não é raro que o réu permaneça preso cautelarmente, por tempo correspondente a grande parcela da sua futura pena. É comum também que o estabelecimento penal leve semanas ou meses, para fornecer os atendimentos de conduta, que instruirão pedidos, durante a execução penal. Outras tantas vezes, o Ministério Público demora a oferecer o seu parecer, ou os autos permanecem por longos períodos nos gabinetes dos juizes. A morosidade não pode prejudicar o apenado, mas, ainda assim, julgadores ignoram o fato, corriqueiro, de que os processos de progressão de regime ou de conhecimento podem durar anos.

Há, ao menos, uma característica comum aos atores citados: todos são órgãos públicos. Pertencem ao mesmo Estado, titular do poder de punir. Havendo má atuação do Defensor Público, do julgador, do diretor do estabelecimento penal ou do Ministério Público, existirá sempre a desídia dele, o Estado.

Atenta contra qualquer juízo de lógica ou razoabilidade que o maior responsável pelo dano causado ao preso ainda se ache no direito de agravar a lesão, como se não houvesse ocorrido nada. “A percepção de determinados fatos notórios pode ser perturbada, mas não pode ser negada”.<sup>64</sup> Quando adota o entendimento de que pouco importa o fato de o apenado ter permanecido mais tempo que o devido no regime fechado, o poder público decide punir os outros, pelos seus inúmeros malfeitos.

Sobre as obrigações não adimplidas pelo Estado, porém, é imprescindível abordar mais uma. A Lei de Execução Penal completou, em julho de 2009, vinte e cinco anos. Os governos estaduais e a união tiveram todo esse período para construir as unidades prisionais adequadas para cada regime, mas não o fizeram.

Nesse caso, o poder judiciário reconhece a possibilidade da ida direta, para o regime aberto, ou seja, a progressão por salto<sup>65</sup>. Admite que seria um abuso de poder obrigar o apenado a permanecer em regime mais grave que o devido. É exemplar, o pequeno trecho da discussão, em julgamento.

62. BRASIL, Lei Complementar 80/94, artigo 4º, XVII.

63. BRASIL, Constituição Federal, artigo 5º, LXXVIII.

64. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**, 5. ed. Rio de Janeiro, 2001, p.38.

65. Por exemplo, STF, *Habeas Corpus* 7399/RS, 2ª Turma, Relator Min. Mauricio Correia, STF, *Habeas Corpus* 86199/SP, 1ª Turma, Relator Min. Eros Grau, STJ *Habeas Corpus* 133719/SP, 5ª Turma, Relator Min. Felix Fisher.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI**-Este é um ponto de vista que defendo há muitos anos, porque eu acho que se o estado não se aparelha adequadamente, não se pode imputar ao réu qualquer culpa nesse sentido.

**A SENHORA MINISTRA CARMEM LÚCIA** – Não, por favor.<sup>66</sup>

Os tribunais superiores reconhecem, acertadamente, a obviedade do raciocínio aqui exposto, a ponto de, como a Ministra citada, rechaçarem como absurda a ideia contrária. Não se compreende, porém, porque restringem esse entendimento à inobservância de dever por parte de outro poder, e não o aplicam quando a desídia vem do próprio judiciário.

Inexiste qualquer distinção ontológica entre as situações. Quando não há o pedido, não existe a fiscalização, tem-se a morosidade administrativa ou judicial, também não se pode imputar qualquer culpa ao réu. Existirá a mesma lesão no apenado, caso não se permita que ele passe ao regime aberto, mesmo sem cumprir 1/6 da pena em regime semiaberto. A única diferença é que em todas as hipóteses citadas neste parágrafo, a falha estaria no processo de execução. É mais fácil reconhecer o erro dos outros do que o próprio.

### 5.3. Consequência do Método Tradicional

A defesa da vedação da progressão por salto e da fixação do início da segunda contagem no momento da decisão judicial é usualmente acompanhada da afirmação de que a submissão aos três regimes seria essencial à execução. Pouco se observa, entretanto, que a interpretação mais usual tem levado a grandes distorções na própria distribuição dos presos pelas etapas da pena.

Todos os condenados cuja pena se inicia no regime fechado, em tese, passariam pelos outros dois regimes. Pode-se imaginar, conseqüentemente, que os presos estejam divididos de forma equitativa entre as três fases.

Sabendo que os presos cujas penas sejam originalmente abertas ou semia-bertas não poderiam regredir ao regime fechado, porque isso extrapolaria a disposição da sentença, talvez se conclua que a população seria, naturalmente, um pouco maior, nas etapas mais brandas.

Considerando, porém, os discursos políticos, judiciais e jornalísticos, que, rotineiramente, apontam a suposta benevolência legislativa, com a progressão de regime como causa de assustadores índices de criminalidade, facilmente

66. STF, *Habeas Corpus* 94526/ SP, 1ª Turma, Relatora Min. Carmen Lúcia.

se intuirá que os presos no regime aberto estão em quantidade absolutamente majoritária.

A análise dos dados estatísticos fornecidos pelo Ministério da Justiça aponta, entretanto, para o lado oposto. Segundo o Sistema Nacional de Informações Penitenciárias<sup>67</sup>, em dezembro de 2007, havia 366.359 presos no Brasil, dos quais apenas 16,01% (58.688 apenados) estavam em regime semiaberto. Em regime aberto, havia somente 19.147 pessoas, ou 5,23% do total. Existiam também 3760 pessoas internadas submetidas a medidas de segurança. O restante, 284.764, ou 77,73%, estão em regime fechado (157.202) ou são presos provisórios (127.562), submetidos a um rigor ainda maior.

Caso seja feita a opção pela exclusão nos cálculos dos presos provisórios e das pessoas em medida de segurança, os percentuais seriam os seguintes: 8,15% no regime aberto, 24,97%, no regime semiaberto e 66,88%, em regime fechado.

Os números guiam a três conclusões. Primeiro, observa-se, novamente, a inexistência de base real para os inflamados discursos ou até projetos de lei, que criticam a “banalização” da progressão. Depois, é inegável que os apenados não estão gozando do direito no tempo correto, uma vez que há, aproximadamente, três presos em regime fechado, para um em regime semiaberto e oito para um em regime aberto. Por fim, é visível que, apesar das reiteradas teses sobre a essencialidade da frequência às três fases, a última e, para alguns, mais importante, é praticamente inexistente.

A crise do sistema progressivo levou a uma profunda transformação dos sistemas carcerários. Essa transformação realiza-se através de duas vertentes: por um lado a individualização penitenciária (individualização científica), e, por outro, a pretensão de que o regime penitenciário permita uma vida em comum mais racional e humana (por exemplo, quando se estimula o regime aberto).<sup>68</sup>

A reduzidíssima quantidade de presos em regime aberto se deve, em parte, à existência de menos casas de albergado que penitenciárias. A razão principal, porém, é o método tradicional de contagem que torna usual a obtenção do livramento condicional, ou mesmo da extinção da pena, antes que se alcance o último estágio.

67. BRASIL, Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, Dados Consolidados, Brasília, 2008, disponível em [http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITE\\_MIDC37B2\\_AE94C6840068B1624D28\\_407509CPTBRIE.htm](http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITE_MIDC37B2_AE94C6840068B1624D28_407509CPTBRIE.htm), acesso em 17 de novembro de 2009.

68. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**-Causas e alternativas, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.97.

Nas penas por crimes comuns, seguindo o atual senso majoritário, quando o sentenciado permanecer em regime fechado por 1/5 da pena (20,00%), em vez de 1/6 (16,66%), completará o prazo para a segunda progressão no mesmo dia em que conquistará o direito ao livramento condicional.

O número é alcançado, mediante o desenvolvimento de uma simples equação. É 1/6 o prazo para progressão e 1/3 o prazo para o livramento condicional. As datas coincidirão quando a soma do período entre o início da prisão e a primeira progressão (tempo de prisão até a decisão judicial) com 1/6 da pena restante (fração necessária, para a segunda progressão) for igual a 1/3 do total (período exigido para o livramento condicional).<sup>69</sup> Nos crimes hediondos, inexistindo reincidência, o mesmo acontecerá se, em vez de 2/5 (40,00%), o sentenciado cumprir 4/9 (44,44%) no regime mais grave.<sup>70</sup>

Imagine-se uma pena fictícia de seis anos por crime comum. Para se descartar a frequência ao regime aberto, bastará o atraso de dois meses e doze dias, na primeira progressão. Em se tratando de sanção por crime hediondo cometido por apenado não reincidente, a situação se repetirá com a demora de três meses e seis dias.

Qualquer um que lida com execuções penais, no Brasil sabe que os períodos necessários para obstaculizar a ida ao regime aberto, na hipotética situação aqui descrita são insignificantes, em relação ao que acontece, na realidade. O regime aberto vem sendo extirpado, no país, pelo discurso inverídico que motiva as leis e, especialmente, pelas tortas interpretações realizadas pelos juristas. Possibilitar a frequência às três etapas não é, de modo algum, argumento legítimo para fundamentar o método tradicional.

69. Chamando de "F" o período em regime fechado e "T" o total da pena, chegaremos aos seguintes dados:

$$\begin{aligned} F + (T-F)/6 &= T/3 \\ [6F + (T-F)]/6 &= 2T/6 \\ 5F + T &= 2T \\ 5F &= T \\ F &= T/5 \end{aligned}$$

70. O resultado é atingido usando o mesmo raciocínio, mas, levando em conta que os prazos para progressão de regime livramento condicional são diferenciado (2/5 e 2/3, respectivamente).

$$\begin{aligned} F + [2(T-F)]/5 &= 2T/3 \\ F + (2T-2F)/5 &= 2T/3 \\ (5F + 2T-2F)/5 &= 2T/3 \\ 3F + 2T &= 2T/3 \\ (9F + 6T)/15 &= 10T/15 \\ 9F + 6T &= 10T \\ 9F &= 4T \\ F &= 4T/9 \end{aligned}$$

#### 5.4. Saltos reconhecidos

Em diversas ocasiões, os juristas, mesmo conservadores, defendem, sem perceber, os saltos. Uma delas já foi descrita no item 5.2: quando não há estabelecimento adequado. Outra foi aplicada durante mais de 15 anos pelo poder judiciário e o seu desuso, pela declaração de inconstitucionalidade, até hoje é lamentado, por alguns doutrinadores<sup>71</sup> e legisladores. Trata-se da vedação da progressão de regime, nos crimes hediondos.

Parece absurdo, mas, além de se apregoar a conformidade da proibição com as normas constitucionais, chegava-se a afirmar que a norma poderia retroagir, para alcançar fatos anteriores à sua vigência.

Conforme pacífica jurisprudência, não há qualquer inconstitucionalidade derivada do princípio da individualização da pena previsto no artigo 5º, XLVI, da Carta Magna, uma vez que cabe à lei determinar as regras para a citada individualização. Entendemos que tal norma não tem caráter penal, por não implicar alteração substancial na execução penal, motivo porque é aplicável aos crimes praticados anteriormente à vigência da lei 8072.<sup>72</sup>

Mais relevante que argumentar contrariamente à retroatividade de lei desfavorável, é indagar porque a impossibilidade de passagem pelos três regimes não seria “substancial na execução penal”, quando prejudica o apenado e, ao mesmo tempo, é considerada significativa e inadmissível, se puder evitar a produção de danos contra ele.

A progressão, porém, deve ser efetuada por etapas já que, nas penas de longa duração, a realidade ensina que se deve agir com prudência para não permitir que o condenado salte do regime fechado para o aberto. Por essa razão, a lei vigente torna obrigatória a passagem pelo regime intermediário (semi-aberto).<sup>73</sup>

Note que, segundo o pensamento majoritário, bem ilustrado por Mirabete, a passagem pelos três regimes seria obrigatória por prudência, principalmente em relação às penas mais longas. Apesar disso, defendia-se que, nos crimes considerados mais graves e cujas sanções sempre foram as mais extensas, o sentenciado permanecesse integralmente em regime fechado e saltasse diretamente, não para o regime aberto, mas para a liberdade.

Não cabe aqui qualquer crucificação ao tradicional penalista, pois, como dito, não se trata de manifestação isolada. O Supremo Tribunal Federal, por

71. Por exemplo, MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 138.

72. MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 325.

73. MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 387.

exemplo, decidiu reiteradamente daquele modo, no longo período entre 26 de julho de 1990 e 23 de fevereiro de 2006. Lembre-se, aliás, de que a tardia mudança de posicionamento quase não se concretizou, pois dos onze ministros julgadores, cinco se manifestaram contrariamente a ela.

É evidente também que os legisladores tentam a todo custo escamotear a declaração de inconstitucionalidade da vedação da progressão, ao estabelecer para ela prazos longuíssimos, como já exemplificado (item 4.1). Nos moldes atuais, o reincidente condenado por crime hediondo<sup>74</sup>, submetido ao prazo de 3/5 da pena, não alcançará nunca o regime aberto, pois sempre o tempo necessário para as duas progressões será maior que o exigido para o livramento condicional<sup>75</sup>.

Alguém sentenciado a uma pena de 12 anos, naquelas condições, ficaria no máximo nove meses e dezoito dias, em regime semiaberto<sup>76</sup>. As decisões judiciais costumam atrasar por períodos maiores, como é notório. Pode-se afirmar, então, que, mesmo abolida oficialmente, a vedação permanece nas sombras. A passagem direta do regime fechado para a liberdade, também.

Outro exemplo, ainda mais obscuro, de progressão, por salto, acontece com os apenados submetidos ao regime inicialmente semiaberto. Há duas diferenças fundamentais, entre os regimes fechado e semiaberto e são elas: a possibilidade da obtenção de saídas temporárias e trabalho externo (ver item 3). Para gozar dos direitos, entretanto, é preciso cumprir, no mínimo, 1/6 da pena<sup>77</sup>, ou seja, exatamente o mesmo período necessário para a progressão.

A conclusão é patente. Os presos que, teoricamente, começam a pena no regime semiaberto, sujeitam-se, de fato, ao regime fechado. Ao cumprir o prazo legal, passam, portanto, do regime mais rigoroso diretamente para o mais brando, sem um real período intermediário.

É evidente que o correto seria a permissão de saídas temporárias e trabalho externo, desde o começo da sanção, para os presos na situação, descrita, mas não é essa a posição majoritária<sup>78</sup>. Sistemáticamente, portanto, os mesmos juristas que combatem a progressão por salto, quando seria um instrumento para cessação de lesões sofridas pelos presos, a admitem, quando aumenta o rigor da pena.

74. Não se trata, necessariamente, do reincidente específico, para o qual, o também inconstitucional, pelas mesmas razões, inciso V do artigo 83 do Código Penal, veda o livramento condicional.

75. 3/5 mais 3/5 do restante é igual a 21/25 ou 84,00%, enquanto 2/3, equivale a 66,66%.

76. 3/5 de 12 anos é igual a 07 anos, 02 meses e 12 dias, enquanto 2/3 do mesmo período corresponde a 01 ano.

77. BRASIL, Lei de Execução Penal, artigos 37 e 123, II.

78. Por exemplo, MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 29 e 164, MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 108 e 511.

### 5.5. Interpretação

O hipocentro da espantosa incoerência do pensamento majoritário sobre o marco inicial da contagem de prazo para a segunda progressão e, conseqüentemente, a própria progressão por salto está no esquecimento das mais basilares regras de interpretação das normas penais. A hermenêutica correta, nessa área, é resultado direto do princípio da legalidade<sup>79</sup>, do qual decorrem a taxatividade e a proibição da analogia contra o réu. Sendo proibida a aplicação de qualquer pena, de forma não prevista em lei, a leitura que se faz da regra não poderia escapar do seu estrito conteúdo.

É preciso cuidado, todavia, com um detalhe importante. O princípio citado está inserido nos **direitos individuais**. Funciona, desse modo, como instrumento de **proteção das pessoas submetida às instâncias penais** contra a coletividade e o ente que as representa. Esta peculiaridade tem como resultado a permissão da interpretação extensiva, para evitar a perda de proporcionalidade e da coerência, mas somente quando benéfica ao réu ou apenado.

Neste plano, cumpre assinalar que o princípio da legalidade não cobre, segundo a sua função e o seu sentido, toda a matéria penal, mas apenas a que se traduza em **fundamentar** ou **agravar** a responsabilidade do agente. Sob pena, de outra forma – isto é, se abrangesse também a matéria da *exclusão* ou *atenuação* da responsabilidade –, de o princípio passar a funcionar contra a sua teleologia e a sua própria razão de ser: a proteção dos direitos, liberdades e garantias do cidadão face à possibilidade de arbítrio e de excesso de poder estatal.<sup>80</sup>

Para completar o conceito de legalidade, existe o instituto da equidade<sup>81</sup>. Aquela seria o limite máximo, além do qual, nenhum gravame seria permitido. Esta é a valoração que deve ser feita, no caso concreto, para verificar se a sanção é justa e razoável. Com base nesta dupla face, a hermenêutica deve restringir os castigos e estender as liberdades, mantendo assim a sua racionalidade.

Não aceitamos nenhuma regra apodítica dentro dos limites semânticos do texto. É correto quando se diz “onde a lei não distingue não se deve distinguir”, isto é correto desde que se acrescente: salvo que haja imperativos racionais que nos obriguem a distinguir e, claro está, sempre que a distinção não aumente a punibilidade saindo dos limites do texto.<sup>82</sup>

79. BRASIL, Constituição Federal, artigo 5º, XXXIX.

80. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Parte Geral** Tomo I, 1. ed. Br, 2. ed.Pt. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p.183.

81. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**, 2. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Jurez Tavares e Luis Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.151.

82. Pierangeli, José Henrique e Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**, 5.ed: Editora revista dos Tribunais,2004.

Quando sustentam que é vedada a progressão por salto, os juristas alegam seguir a fria letra da norma. Deixam, assim, de buscar a interpretação mais razoável e de fazer o juízo de equidade. Ignoram o valor ético do direito, devido a supostas amarras oriundas do que confundem com o princípio da legalidade. Agem como máquinas, que não teriam alternativa a não ser chancelar o absurdo, quando, na realidade, deveriam fazer a interpretação extensiva.

É a mesma atitude assumida pelo “bom” torturador, que se limita a cumprir sua tarefa como um “profissional” correto, passando a responsabilidade ao órgão judicial e ao exercício do poder dos juristas: “Não me importa se o que faço é ético ou não. Não sou eu quem decide isso e, sim, a instância que sanciona a lei. Eu me limito a cumprir o que ela ordena”.<sup>83</sup>

O erro, porém, não se encerra no uso da garantia da legalidade contra quem devia ser protegido por ela e na abstenção do uso da adequada hermenêutica. O artigo 112 da LEP não faz, de fato, a vedação, pois nem se refere à hipótese de obtenção do direito com atraso<sup>84</sup>. Não prevê, também, a desídia do poder público. Está-se diante de lacuna, que deve ser preenchida através do apropriado uso dos princípios e da interpretação mais favorável.

O vínculo do julgador à legalidade não deve ser outro que à legalidade constitucionalmente válida, sendo imperante sua tarefa de superador das incompletudes, incoerências e contradições das leis inferiores, em respeito ao estatuto maior.<sup>85</sup>

Tem acontecido, porém, uma subversão total dos métodos de análise da legislação. No problema aqui enfrentado, opta-se por uma interpretação restritiva, mais gravosa ao apenado e que leva a solução escandalosamente desarrazoada. Em inúmeras ocasiões, porém, é feita a opção pela interpretação extensiva, mesmo sendo prejudicial ao réu.

Recorde-se, por exemplo, os entendimentos, a respeito da exigência de avaliações psicológicas e sociais, para instruir pedidos de progressão de regime (ver item 4.2). Outra ilustração é a leitura que se faz do artigo 52 da LEP, cujo texto diz que “a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave”.

Somente é possível saber se alguém cometeu um crime, quando, depois de esgotados todos os recursos possíveis para a defesa, é prolatada decisão judicial condenatória. É uma óbvia consequência do princípio constitucional da

83. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**, 5. ed. Tradução Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição: Renavan, Rio de Janeiro, 2001, p.84.

84. GRAZIANO SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos. **A Progressão de Regime no Sistema Prisional do Brasil: A Interpretação Restritiva e a Vedação Legal nos Crimes hediondos como elementos de estigmatização do condenado**, 1 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p.116.

85. CARVALHO, Salo de . **Pena e Garantias**, 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.102.

presunção de inocência, consubstanciado no artigo 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Parece indiscutível, mas observe-se o que diz a doutrina.

Não é necessário aguardar a condenação, tampouco o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e não há violação ao princípio segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória (artigo 5º, LVII, da CF). Basta a *prática* do crime doloso.<sup>86</sup>

Não se referindo a lei a “condenação”, mas à “prática de fato previsto como crime”, a sanção disciplinar independe de que o fato esteja ainda sendo objeto de inquérito ou ação penal, devendo apenas ser obedecidos a lei e o regulamento referentes ao procedimento disciplinar, para que a sanção seja imposta.<sup>87</sup>

Chega-se a afirmar, sem justificar, que não haveria violação da presunção de inocência. É difícil imaginar, contudo, um exemplo mais claro de presunção de culpa. Para os dois autores citados, que expressam o entendimento majoritário, não é necessária sequer a existência de processo judicial. A simples abertura de inquérito seria suficiente para imputar uma conduta criminosa a alguém. Para Mirabete, nem isso seria exigível. A lei fala em prática de crime, mas, aumenta-se o campo de incidência, para alcançar o mero indiciamento ou a simples afirmação de quem quer que seja.

Não há como negar o recorrente uso de interpretações extensivas, contra o sentenciado. É desse modo que vem sendo tratada a execução penal. Os operadores do direito manuseiam arbitrariamente as normas e conceitos jurídicos. Ao contrário do que mandam as regras de interpretação, estende-se a repressão e restringe-se a liberdade. Não existe razão lógica, para não se adotar como marco para a segunda progressão a data em que se completou o prazo e, muito menos, coerência nas práticas ou interpretações, naquele sentido. O que se vê é a manutenção de um hábito, reflexo do direito penal do inimigo.

## 6. CONCLUSÃO

A seletividade é, como se percebeu há bastante tempo, característica quase intrínseca ao direito penal. Não é novidade que as agências de controle escolhem, preferencialmente entre os mais pobres, os seus clientes. As leis optam por criminalizar determinadas condutas, com maior ou menor rigor. O aparato persecutório também elege as prioridades para investigar, denunciar ou julgar.

86. MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 38.

87. MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 108 e 511.

Na execução da pena é possível constatar, talvez de forma mais clara que no processo de conhecimento, um outro tipo de seletividade, ainda mais abusivo. Escolhe-se que normas devem ser aplicadas, que espécies de interpretação devem ser observadas e quando os princípios constitucionais devem ser obedecidos. Na absoluta maioria das vezes, as opções recaem sobre a forma que se revelar mais apta para reprimir com mais ênfase o apenado.

A resistência à aplicação da progressão por salto, quando, por culpa do Estado e, principalmente, do poder judiciário, os sentenciados permanecem em regime fechado por períodos superiores aos prescritos em lei é um exemplo inequívoco dessa espécie de seletividade. As decisões chegam a ser paradoxais, assim como os textos doutrinários. Existe um impressionante apego à literalidade da lei, desde que, naturalmente, haja prejuízo para o réu.

O absurdo da transferência de responsabilidade para o apenado é visível. É necessário confessar que é assustador perceber que ainda há discussão sobre o tema. O marco temporal para a segunda progressão deve ser a data em que se conquista o direito à primeira, por questão de respeito à mínima existência de lógica e ética, no sistema.

A vedação aos saltos só faz sentido se serve para evitar favorecimentos espúrios. Quando a passagem direta do regime fechado para o aberto for meio de restabelecer um mínimo de ordem à execução e devolver o apenado ao local em que deveria, por direito, estar, é evidente que a restrição deve ser afastada.

Repita-se, aliás, que quando aplicada nestes moldes, a transferência imediata para o regime aberto jamais teria o condão de tornar mitigar a pena fixada. Lembre-se de que o sentenciado terá deixado de gozar de saídas temporárias e de exercer o trabalho externo. O que se tenta alcançar por este meio não é sequer a reparação do dano, mas somente evitar o seu prolongamento.

O preso é sujeito e não objeto. O Estado tem o dever de garantir os seus direitos, que não são simples benefícios. A interpretação da norma penal deve ser extensiva, quando puder favorecê-lo, e restritiva, quando puder prejudicar. Observando essas três regras, simples e conhecidas por todos, embora, constantemente esquecidas, é evidente que a progressão por salto é imperativa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**-Causas e alternativas, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRITO, Aléxis Augusto Couto de. **Execução Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**, 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

- CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **CARTA-MANIFESTO Contra o Exame Criminológico**. Disponível em [http://www.pol.org.br/pol/cms/pol/noticias/noticia\\_081125\\_003.html](http://www.pol.org.br/pol/cms/pol/noticias/noticia_081125_003.html). Acesso em: 12.nov.2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Parte Geral** Tomo I. 1. ed.BR, 2. ed.PT. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Criminologia-O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena**, 2. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**, 2. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Jurez Tavares e Luis Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**, 1.ed. Rio de Janeiro, 1975: Nova Fronteira.
- \_\_\_\_\_. **Minidicionário da Língua Portuguesa**, 1. ed. 14ª impressão, Rio de Janeiro, 1977: Nova Fronteira.
- FOUCAULT Michel. **Vigiar e Punir**, 36.ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.
- GRAZIANO SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos. **A Progressão de Regime no Sistema Prisional do Brasil: A Interpretação Restritiva e a Vedação Legal nos Crimes hediondos como elementos de estigmatização do condenado**, 1 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.
- ISTOÉ. São Paulo: Editora Três, n.2086, 04 nov 2009.
- JORGE, Estevão Luís Lemos. **Execução Penal**, Campinas, Millenium, 2007.
- MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MICHAELIS. **Dicionário Prático Língua Portuguesa**, 1. ed. São Paulo: Melhoramentos. 2001.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Departamento Penitenciário Nacional, **Dados Consolidados**, Brasília, 2008, disponível em <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIEhtm> , acesso em 17 de novembro de 2009.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução Penal**, 11.ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- PIERANGELI, José Henrique e ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**, 5.ed: Editora revista dos Tribunais,2004.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**, 1 ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**, 5. ed. Tradução Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição: Renavan. Rio de Janeiro, 2001.



## CAPÍTULO VII

# A SAÍDA ESPECIAL NO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL NA BAHIA

*Daniel Nicory do Prado\**

**Sumário** • Introdução – 1. Síntese do projeto de pesquisa – 2. Os direitos fundamentais e a sua efetivação perante a população carcerária – 3. As lacunas do ordenamento jurídico e a não previsão da saída especial – 4. O recurso à analogia e a caracterização do instituto – 5. O tipo de tratamento médico requisitado – 6. Origens históricas do instituto – Conclusões – Referências – Anexo I: Saídas especiais concedidas: dados relevantes.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho visou a delimitar as principais características, as origens históricas e as possibilidades de aplicação do instituto jurídico denominado Saída Especial durante o processo de execução penal.

Tal instituto não tem previsão legal, mas foi consolidado pelos julgados da Vara de Execuções Penais (VEP) de Salvador. Ele consiste na saída do preso, desde que cumpra pena em regime semiaberto e atenda a certos requisitos, do estabelecimento penal, sem escolta policial, para fins de tratamento médico que não possa ser prestado na própria unidade prisional. Nesse caso, a Lei de Execução Penal (LEP) prevê apenas a saída com escolta.

O presente texto é resultado de um projeto de pesquisa de iniciação científica, desenvolvido no âmbito do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da Universidade Federal da Bahia (PIBIC-UFBA), com recursos do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), entre os anos de 2003 e 2004, sob a orientação da Prof. Dra. Maria Auxiliadora Minahim.

Foi realizado um levantamento de dados quantitativo (com a leitura dos prontuários dos internos na unidade penal e de processos na Vara de Execuções Penais), em que foram computadas todas as Saídas Especiais concedidas, entre 1999 e 2003, aos internos da Colônia Lafayette Coutinho (CLC), que, à época, era o único local destinado especificamente ao cumprimento de pena em

---

\* Defensor Público, Professor da Faculdade Baiana de Direito, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, membro suplente do Conselho Penitenciário do Estado da Bahia.

regime semiaberto na Bahia, embora houvesse outros estabelecimentos com presos nesse regime no estado.

Após a leitura da bibliografia, o fundamento jurídico sustentado, confirmando a hipótese inicial, para a legitimação do instituto, foi a analogia, com a aplicação dos dispositivos legais que regulam a Saída Temporária (instituto graças ao qual os presos em regime semi aberto podem sair sem escolta para visita a família ou para outros fins pessoais relevantes), no que não forem incompatíveis com a natureza do novo instituto.

Embora mais de seis anos tenham passado entre a elaboração e a publicação deste trabalho, ele continua sendo relevante, visto que essa prática judicial persiste na atualidade, e, como ainda não existe bibliografia específica sobre o assunto, a divulgação de suas conclusões continua se justificando.

Além disso, optou-se, com a presente publicação, por manter fielmente o mesmo teor do texto produzido há seis anos, pois o enriquecimento do marco teórico, com referências posteriores à realização da pesquisa, poderia mascarar, para o leitor, o itinerário percorrido para a formulação das conclusões.

## 1. SÍNTESE DO PROJETO DE PESQUISA

O presente trabalho tem por objeto a indagação sobre os fundamentos jurídicos que permitem a aplicação da Saída Especial, cuja existência material é incontestável, apesar de não ser prevista pela lei federal que regula a matéria. O referido instituto consiste na possibilidade de o preso, em regime semiaberto e cumpridos certos requisitos, ausentar-se da unidade penal, sem escolta policial, para tratamento médico que não possa ser ministrado no próprio estabelecimento.

*A hipótese inicial da pesquisa foi a seguinte: a Saída Especial é juridicamente possível e a sua aplicação, como não há previsão legal expressa, depende de mecanismos de interpretação e/ou integração do direito. O mecanismo mais adequado ao caso é a analogia, forma de autointegração do ordenamento jurídico. Desta forma, serão aplicados, analogicamente, dispositivos legais que disciplinam a Saída Temporária. Para que seja possível a utilização da analogia, deve-se demonstrar que a não previsão da Saída Especial é uma lacuna no ordenamento jurídico. Em seguida, ter-se-á de informar de que forma e com que limites será utilizada a analogia.*

As finalidades do trabalho são: em primeiro lugar, a delimitação dos fundamentos jurídicos (estejam eles contidos ou não na hipótese apresentada acima) que permitem a aplicação da Saída Especial e, em segundo plano, conhecer as origens históricas do instituto, os procedimentos necessários à sua concessão, a

frequência com que ele é concedido e o tipo de tratamento médico que pode dar ensejo à sua concessão.

Os marcos teóricos do presente trabalho são as obras **Pena e Garantias**, de Salo de Carvalho<sup>1</sup>, sobretudo no que diz respeito ao conceito de Execução Penal e aos instrumentos disponíveis para garantir os direitos do apenado, e **Teoria do Ordenamento Jurídico**, de Norberto Bobbio<sup>2</sup>, quanto às lacunas do ordenamento jurídico e aos procedimentos de integração do Direito.

A consulta à bibliografia selecionada, composta por obras de Teoria Geral do Direito e Direito de Execução Penal, foi utilizada para a seleção e consolidação de argumentos e fundamentos teóricos para a legitimação do instituto, de seu cabimento e de sua classificação entre os demais incidentes da execução.

Ao invés de uma coleta de dados por amostragem, prevista no projeto, realizou-se uma pesquisa quantitativa, com o levantamento das principais informações a respeito de todas as Saídas Especiais concedidas, entre 1999 e 2003, aos internos da Colônia Lafayette Coutinho. A maior parte dos dados foi coletada na própria unidade penal, sendo que a consulta dos processos na VEP foi realizada apenas para depurar os dados e esclarecer eventuais omissões ou incoerências das informações obtidas na CLC.

A coleta de dados sobre os pedidos de Saída Especial indeferidos não foi possível, pois, ao contrário das saídas concedidas, em que se pôde extrair, de um conjunto de documentos confiáveis, a relação de todos os internos atendidos, não havia, para as indeferidas, nenhum tipo de controle, nem na unidade penal, nem na VEP. Foi aplicado um questionário aos funcionários da Colônia Lafayette Coutinho, a respeito da importância e utilidade da Saída Especial, e das medidas administrativas utilizadas para a sua documentação.

É importante ressaltar que existiam outros locais de cumprimento de pena em regime semiaberto no Estado da Bahia, no entanto, todo o levantamento de dados concentrou-se nos internos da Colônia Lafayette Coutinho, pelos seguintes motivos: a) sendo a CLC, à época, o único estabelecimento penal no Estado destinado exclusivamente ao cumprimento de pena no regime semiaberto, os institutos próprios do regime são mais bem conhecidos pelo pessoal administrativo e, por consequência, a catalogação dos dados é mais eficiente; b) o número de pessoas em regime semiaberto nos outros estabelecimentos era bastante reduzido e, em razão disso, não seria possível generalizar as conclusões; c) o acesso às informações na Colônia Lafayette Coutinho, em razão do bom relacionamento

1. CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

2. BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

entre o estudante-bolsista e os funcionários, foi muito mais amplo e menos burocratizado que nos outros locais.

## 2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA EFETIVAÇÃO PERANTE A POPULAÇÃO CARCERÁRIA

É sempre adequado lembrar que, da positivação das declarações de direitos nas constituições dos Estados democráticos, resulta o dever de efetivá-las, adotando duas posturas: uma postura passiva, de não intervenção, no que diz respeito aos direitos individuais, e uma postura ativa, intervencionista, para materializar os direitos sociais.

Os direitos, cujo exercício interessa ao presente trabalho, são, principalmente, os direitos à vida e à saúde, previstos, respectivamente, nos arts. 5º, *caput*, e 6º, *caput*, da Constituição Federal de 1988<sup>3</sup>. A sentença penal condenatória não restringe nenhum outro direito além dos expressos em seu dispositivo, ou dos atingidos pelos efeitos legais da condenação. Essa determinação é expressa no art. 38 do Código Penal (CP)<sup>4</sup> e no art. 3º da Lei de Execução Penal (LEP),<sup>5</sup> como a principal orientação para a execução da pena.

O Capítulo II do Título II da LEP destina-se a regulamentar as prestações positivas devidas pelo Estado ao preso. Segundo a lei, a assistência será: material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa (LEP, art. 11). Embora tenham o objetivo declarado de “prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade” (LEP, art. 10), as normas mencionadas devem servir à concretização dos direitos positivados na Constituição Federal que, uma vez não restringidos ou suspensos pela sentença ou pela lei, devem continuar sendo fruídos plenamente pelo condenado.

A assistência à saúde, prevista pelo art. 14 da LEP, representa o dever mais elementar do Estado frente aos encarcerados: garantir-lhes a integridade física, enquanto privados da liberdade sob sua custódia. Com efeito, se é dever do Estado garantir o acesso da população livre à saúde, sua obrigação é ainda mais nítida no que diz respeito à população carcerária.

Pela previsão da LEP, a assistência “compreenderá tratamento médico, farmacêutico e odontológico”. Esse rol não é taxativo, tendo sido, inclusive,

3. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 07 out. 2008.

4. Idem. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 07. out. 2008.

5. Idem. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)> Acesso em: 07. out. 2008.

ampliado pelas **Regras Mínimas para o Tratamento de Presos no Brasil**<sup>6</sup>, que prevêem, em seu art. 15, o tratamento psicológico. Da mesma forma, nada impede a prestação de assistência à saúde além dos casos elencados, já que o crescimento da importância de alguma das ciências da saúde pode gerar novas possibilidades de recuperação para o enfermo.

Uma unidade prisional deve conter os requisitos mínimos para a preservação da saúde de seus internos, mas, ainda que disponha de dependências exemplares e equipamentos sofisticados, não será capaz de prestar todo o tipo de atendimento necessário. Se, mesmo em condições ideais, o sistema penal não tem estrutura para prestar todo e qualquer tratamento que seja requisitado, na realidade dos cárceres brasileiros e baianos, sequer é possível atender às demandas por tratamentos mais simples.

Essa questão foi, num primeiro momento, bem enfrentada pela Lei de Execução Penal<sup>7</sup> e pelas Regras Mínimas para o Tratamento de Presos no Brasil<sup>8</sup>, ambas com a mesma orientação: quando for impossível ministrar o tratamento dentro da unidade penal, dever-se-á ser prestá-lo fora dela, pela razão lógica de que um direito fundamental do indivíduo não pode ser sacrificado pelas deficiências estruturais do Estado.

A Lei de Execução Penal regulamenta a forma de acesso ao local de tratamento médico, a partir de seu art. 120, dispondo que os presos, em regime fechado ou semiaberto e os provisórios, poderão deixar o estabelecimento penal, mediante escolta, pelo tempo que for necessário ao tratamento, desde que autorizados pelo diretor do estabelecimento.

Com o escopo de maximizar o provimento, ao apenado, da assistência à saúde, a Saída Especial é o instituto jurídico que cria uma nova forma de saída do interno do estabelecimento onde se encontra, para receber o tratamento que

6. Idem. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Resolução n.º 14, de 11 de Novembro de 1994. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/cnppcp/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={3F19373B-3AD2-4381-A3AE-DE18FD7DD67D}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>> Acesso em: 07. out. 2008.
7. “Art. 14, § 2.º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.” Idem. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)> Acesso em: 07. out. 2008.
8. “Art. 16, Parágrafo Único. Caso o estabelecimento prisional não esteja suficientemente aparelhado para prover assistência necessária ao doente, poderá ser ele transferido para unidade hospitalar apropriada” Idem. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Resolução n.º 14, de 11 de Novembro de 1994. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/cnppcp/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={3F19373B-3AD2-4381-A3AE-DE18FD7DD67D}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>> Acesso em: 07. out. 2008

não pode ser ministrado em seu interior. Graças a ela, o preso poderá ausentar-se do estabelecimento sem escolta, por um período determinado, receber o tratamento e retornar voluntariamente. Para tanto, deverá estar cumprindo pena em regime semiaberto e preencher os requisitos exigidos para a concessão da Saída Temporária<sup>9</sup>. O procedimento é idêntico ao da Saída Temporária: o pedido é feito ao juiz da Vara de Execuções Penais que, ouvido o Ministério Público, decidirá fundamentadamente.

Esse instituto não foi previsto em nenhum diploma normativo. Encontra-se, nesse ponto, o problema da pesquisa: quais são os fundamentos que autorizam a concessão das saídas especiais, uma vez que sua existência não é prevista pela lei federal que regula a matéria? A resposta para tal indagação exigirá o reconhecimento da falta de previsão legal da Saída Especial como uma lacuna do ordenamento jurídico brasileiro.

### **3. AS LACUNAS DO ORDENAMENTO JURÍDICO E A NÃO PREVISÃO DA SAÍDA ESPECIAL**

Norberto Bobbio, quando trata da completude do ordenamento jurídico, refere-se a situações em que a conduta humana não é regulamentada de maneira alguma (nem permitida, nem ordenada, nem proibida) pelo sistema normativo, situações essas que caracterizariam as chamadas lacunas. Quando, do ordenamento jurídico, não for possível extrair nenhuma solução para o caso concreto, constatar-se-ia a sua incompletude.

Pode-se resumir o problema à seguinte indagação: “É lícita a saída do preso para tratamento médico sem escolta policial?”. O ordenamento não dá uma resposta satisfatória à questão: embora o único procedimento previsto seja o da saída com escolta, a Lei de Execução não proíbe a saída sem vigilância, nem ela contraria seu espírito.

Segundo Bobbio, ao lado das normas particulares, que são incapazes de alcançar todas as situações jurídicas, presentes ou futuras, existem as normas gerais, exclusiva e inclusiva. A “norma geral exclusiva” determina que “o caso não-regulamentado será resolvido de maneira oposta ao que está regulamentado”<sup>10</sup>.

9. O instituto, característico do regime semiaberto, permite a saída do interno, por até sete dias, e cinco vezes durante o ano, do estabelecimento penal, para visita à família ou outras atividades que propiciem seu retorno ao convívio social (Lei de Execução Penal, arts. 122 a 125). cf. Idem. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)> Acesso em: 07. out. 2008.

10. BOBBIO. Op. Cit. p. 136.

Como exemplos da concretização da “norma geral exclusiva”, tem-se a regra hermenêutica, válida, por exemplo, para as normas penais incriminadoras, de que “tudo o que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido” e a que rege o Direito Administrativo, em sentido contrário, de que, para o Administrador, “tudo o que não está juridicamente permitido está juridicamente proibido”, em função da vinculação da Administração Pública à legalidade.

Por outro lado, a “norma geral inclusiva” propõe a regulação dos “casos não-compreendidos na norma particular, mas semelhantes a eles, de maneira idêntica”<sup>11</sup> e um exemplo dela, presente no ordenamento brasileiro, é o dispositivo da Lei de Introdução ao Código Civil, que assevera: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”<sup>12</sup>.

Bobbio conclui afirmando que a lacuna caracteriza-se não pela insuficiência de soluções jurídicas para a questão, mas pela exuberância delas (o caso pode ser resolvido pela aplicação da norma geral exclusiva ou da norma geral inclusiva), e pela ausência de critérios normativos para decidir, caso a caso, pela aplicação de uma ou outra.

Após a explanação, convém resgatar o problema proposto: “É lícita a saída do preso para tratamento médico sem escolta policial?”. Se for adotada a solução da norma geral exclusiva, a resposta será não. Como o único procedimento previsto para a saída é o com escolta, os demais procedimentos estarão proibidos. Caso se adote a solução da norma geral inclusiva, a resposta poderá ser sim. Para tanto, será preciso identificar quais os elementos mais relevantes do caso proposto. Eles são: a saída do estabelecimento, a forma de saída (sem escolta) e o fim da saída (tratamento médico). Em seguida, partir-se-á para a verificação dos casos semelhantes, com a seguinte questão: “a saída, sem escolta, para outros fins, é lícita?”. A resposta para essa questão pode ser encontrada na Lei de Execução Penal, no art. 122. Existe saída do estabelecimento penal, sem escolta, para outros fins<sup>13</sup>: é a chamada Saída Temporária. Adotando o regramento deste caso, poder-se-á admitir a existência da Saída Especial. Ou seja, se o caso não

11. Ibidem. p. 136

12. BRASIL. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del4657.htm>> Acesso em: 07. out. 2008. Art. 4.º

13. “Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização de saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos: I – visita à família; II – frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como instrução do segundo grau ou superior, na comarca do Juízo da Execução; III – participação em atividades que contribuam para o retorno ao convívio social.” cf. Idem. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)> Acesso em: 07. out. 2008.

previsto (saída sem escolta para tratamento médico) tiver o mesmo tratamento que se dá ao caso semelhante, prevalecerá a norma geral inclusiva, com a seguinte conclusão: “a saída sem escolta para tratamento médico é lícita, pois a saída sem escolta para outros fins é lícita.”

A questão mais tormentosa, para Bobbio, é a ausência de critérios normativos confiáveis para optar por uma das duas soluções. Assim, estar-se-á diante do problema de decidir entre os seguintes enunciados: “a saída sem escolta para tratamento médico não é lícita, pois apenas a saída com escolta para tratamento médico foi prevista” ou “a saída sem escolta para tratamento médico é lícita, pois a saída sem escolta para outros fins é lícita”. Se não há critérios dedutíveis do sistema, como decidir?

Bobbio propõe que o intérprete deverá buscar a “razão suficiente” da atribuição daquelas consequências jurídicas ao caso regulamentado<sup>14</sup>. Caberia, então, perguntar: “Por que a saída sem escolta do estabelecimento é admissível para outros fins?”. A resposta a essa questão pode ser encontrada na exposição de motivos da Lei de Execução Penal.<sup>15</sup>

Verificados a razão e os destinatários das saídas sem escolta, deve-se prosseguir com o raciocínio, indagando: “A Saída Especial atenua o rigor da execução contínua da pena de prisão?”. A resposta, além de óbvia, pode ser encontrada na própria exposição de motivos. Note-se que o tópico trata das autorizações de saída, entre as quais se inclui a Permissão de Saída (saída com escolta para tratamento médico) que atenua a privação de liberdade em menor grau que a Saída Especial.

Assim, já é possível esboçar uma conclusão: a saída sem escolta para tratamento médico é lícita, posto que há previsão legal de saídas sem escolta para outros fins, e ambas (caso não regulamentado e caso regulamentado) têm a mesma razão de ser: atenuar o rigor da execução contínua da pena de prisão. As saídas sem escolta para outros fins restringem-se, entretanto, aos condenados em regime semiaberto. Assim, a saída sem escolta para tratamento médico será lícita desde que o destinatário da autorização de Saída Especial tenha direito também

14. “Para que se possa tirar a conclusão, quer dizer, para fazer a atribuição ao caso não-regulamentado das mesmas consequências jurídicas atribuídas ao caso regulamentado semelhante, é preciso que entre os dois casos exista não uma semelhança qualquer, mas uma semelhança relevante, é preciso ascender dos dois casos a uma qualidade comum a ambos, que seja ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual ao caso regulamentado foram atribuídas aquelas e não outras consequências” cf. BOBBIO. Op. Cit. p. 153.

15. “§ 127. As autorizações de saída (...) constituem notáveis fatores para atenuar o rigor da execução contínua da pena de prisão(...)”; “§ 129. As saídas temporárias são restritas aos condenados que cumprem pena em regime semi-aberto(...)”. cf. GOMES, Luis Flávio (org.) **Constituição Federal; Código Penal; Código de Processo Penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 538.

às saídas para outros fins (ou seja, desde que o destinatário da norma seja o mesmo do caso semelhante regulamentado).

Um último argumento, que poderia levar o intérprete a discordar da possibilidade de concessão da Saída Especial, merece ser considerado: poder-se-ia dizer que, ao contrário do que se sustenta, não há lacuna: o procedimento da saída para tratamento médico está previsto, a matéria está adequadamente regulamentada e, por isso, nenhum outro é possível.

Para que não haja dúvidas quanto à afirmação de que a inexistência de previsão da Saída Especial constitui uma lacuna no ordenamento, será bastante útil a obra de João Baptista Machado, que, ao tratar das várias espécies de lacunas, distingue as lacunas patentes das lacunas latentes. A primeira hipótese ocorre quando “a lei não contém qualquer regra que seja aplicável a certo caso ou grupo de casos”<sup>16</sup>. A segunda, que interessa ao presente trabalho, é definida como a ausência de disposição especial, embora haja norma geral regulando o grupo de casos<sup>17</sup>.

Veja-se o exemplo da Saída Especial: existe uma norma aplicável (a que prevê a saída com escolta) a uma certa categoria de casos (a dos presos com necessidade de se submeter a tratamento médico fora da unidade penal), mas, dentro dela, há uma subcategoria de casos com particularidades valorativamente relevantes (o caso dos presos que, em regime semiaberto, têm direito a sair do estabelecimento penal, sem escolta, para outros fins). A lacuna, no caso do tratamento médico a ser realizado fora do estabelecimento penal, consiste na falta de disposição especial para regulamentar o caso dos presos que têm direito a ausentar-se da unidade penal, sem escolta, por outros motivos.

Para vislumbrar essa “particularidade valorativamente relevante”, deve-se atentar para o seguinte fato: se ao preso, cumpridos determinados requisitos, é facilitado o acesso ao mundo exterior para fins pessoais relevantes, mas nem sempre urgentes (como a frequência a cursos profissionalizantes), seria totalmente incoerente, cumpridos os mesmos requisitos, dificultar este acesso (impondo a escolta policial) quando a finalidade (tratamento médico) além de ser tão ou

16. MACHADO, João Baptista. **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador**. Coimbra: Liv. Almedina, 1989, p. 196.

17. “A lacuna teleológica será ‘latente’ ou ‘oculta’ quando a lei contém na verdade uma regra aplicável a certa categoria de casos, mas por modo tal que, olhando ao próprio sentido e finalidade da lei, se verifica que essa categoria abrange uma subcategoria cuja particularidade ou especificidade, valorativamente relevante, não foi considerada. A lacuna traduzir-se-ia aqui na ausência de uma disposição excepcional ou de uma disposição especial para essa subcategoria de casos”. cf. MACHADO. Op. Cit. p. 197.

mais relevante que as outras é, quase sempre, urgente. Um exemplo emblemático desta incoerência foi constatado durante a pesquisa documental.

No ano 2000, 18 (dezoito) internos puderam se ausentar, em Saída Temporária, para acompanhar ascendentes e descendentes adoentados e esposas parturientes. A assistência ao familiar adoentado adequou-se a uma das hipóteses de Saída Temporária, qual seja, a de visita à família (LEP, art. 122, I). Se a Saída Especial não fosse concedida, ocorreria a seguinte discrepância: o preso poderia, sem escolta, auxiliar o tratamento médico ou a recuperação de um parente próximo, mas, quando precisasse, ele mesmo, de assistência à saúde, teria de se ausentar do estabelecimento penal sob escolta policial.

Assim, conclui-se que os casos dos presos que preenchem os requisitos da Saída Temporária compõem a subcategoria para a qual a regra geral é insatisfatória e, por isso, carece de norma excepcional para regulá-la.

#### **4. O RECURSO À ANALOGIA E A CARACTERIZAÇÃO DO INSTITUTO**

Feita a opção pela norma geral inclusiva, na forma já descrita, há que se obter a solução, dentro do próprio sistema (autointegração) ou fora dele (heterointegração), para regular o caso não previsto. Como já foi adiantado, quando se fez referência à norma que regulamenta o caso semelhante, o processo utilizado será o de autointegração. De acordo com Bobbio, esse método consiste “na integração cumprida através do mesmo ordenamento, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos e com o mínimo recurso a fontes diversas da dominante”<sup>18</sup>. Dentre as formas de autointegração, selecionou-se a analogia, “o procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado semelhante”<sup>19</sup>.

Como ficou demonstrado, o instituto consiste na saída do estabelecimento penal para tratamento médico (prevista pelo art. 14 e regulamentada pelo art. 120 da LEP) sem escolta ou vigilância direta (procedimento não previsto pela lei, que se limita a descrever a saída com escolta, mas possível graças à aplicação analógica de preceitos de outro instituto, a Saída Temporária, aos casos dos internos que podem usufruir dessa).

Verificando que o único dos elementos da Saída Especial inequivocamente previsto na lei é o motivo da saída (tratamento médico que não possa ser dado na unidade penal), tem-se que os demais (requisitos para a concessão, procedi-

18. BOBBIO. Op. Cit., p. 147

19. Ibidem, p. 151

mento para a concessão, características da concessão) comporão o instituto via aplicação analógica.

A principal característica da concessão – a ausência de escolta ou vigilância direta durante o período de saída – é elemento próprio da Saída Temporária. Como já foi dito, só se permitirá a aplicação analógica desta disposição quando o destinatário da norma for o mesmo. Assim, só se poderá conceder Saída Especial ao interno que preencha os requisitos para a concessão da Saída Temporária, previstos no art. 123 da Lei de Execução Penal<sup>20</sup>.

O primeiro requisito é subjetivo (comportamento adequado) e deverá ser comprovado por um de atestado de conduta carcerária, fornecido pelo estabelecimento penal. Segundo Salo de Carvalho, “o ‘bom comportamento carcerário’ é indicado, fundamentalmente, pela ausência de registro, no prontuário do preso, de falta grave”<sup>21</sup>. Tais infrações estão relacionadas no art. 50 da Lei de Execução Penal<sup>22</sup>. O rol é taxativo. Assim, se o interno não tem comportamento satisfatório e deixa dúvidas acerca de seu retorno quando finda a Saída Especial, ela não poderá ser concedida, persistindo apenas a Permissão de Saída (saída com escolta), quando o tratamento médico fora da unidade penal for necessário.

O segundo requisito é objetivo (cumprimento de parte da pena) e poderá ser verificado pelo próprio juiz nos autos, com a leitura da guia de recolhimento, que indica os períodos de prisão a que o preso esteve submetido.

Já o terceiro requisito para a concessão das saídas temporárias (compatibilidade da saída com os objetivos da pena) será, para o caso da Saída Especial, sempre atendido, uma vez que, em nosso ordenamento, nenhuma sanção penal tem por objetivo a degradação da saúde do condenado e, como já foi comentado, não pode atingir nenhum direito além dos expressamente cerceados pela lei ou pela sentença.

Determinados os requisitos para a concessão da Saída Especial, cabe analisar o procedimento. A previsão da LEP para a saída para tratamento médico

20. Os requisitos são: (I) comportamento adequado; (II) cumprimento mínimo de um sexto da pena, se réu primário, e um quarto, se reincidente; (III) compatibilidade do benefício com os objetivos da pena. cf. BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)> Acesso em: 07. out. 2008.

21. CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 200

22. São faltas graves: (I) a incitação ou participação em subversão da ordem ou da disciplina; (II) a fuga; (III) a posse indevida de instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; (IV) a provocação de acidente de trabalho; (V) o descumprimento das condições impostas, no regime aberto; (VI) a inobservância dos deveres de obediência e respeito aos servidores e execução das ordens recebidas. cf. BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)> Acesso em: 07. out. 2008.

– trâmite inteiramente administrativo, culminando com a autorização do Diretor da unidade prisional – é incompatível com o instituto. A autorização para a saída sem vigilância policial – com total liberdade de locomoção no período – deverá partir necessariamente da autoridade judiciária, tal como ocorre com a Saída Temporária.

O procedimento judicial para a concessão da Saída Temporária está previsto no *caput* do já referido art. 123<sup>23</sup>. Diante da clareza das disposições e da compatibilidade delas com o novo instituto, devem ser aplicadas a ele por completo. Esse é, inclusive, o procedimento adotado, na prática, para a concessão das Saídas Especiais na Bahia.

A Saída Temporária garante ao apenado o direito de se ausentar do local de cumprimento de pena, sem vigilância policial, e de retornar voluntariamente a ele, após o decurso do prazo fixado na decisão. O instituto tem, entretanto, algumas limitações expressas no art. 124 da Lei de Execução Penal<sup>24</sup>.

O problema é saber quais das características serão aplicadas analogicamente à Saída Especial e quais serão deixadas de lado. O retorno voluntário do apenado à unidade prisional é consequência lógica de a saída ter ocorrido sem escolta. A predeterminação de um prazo na decisão que a concede, da mesma forma, é uma garantia para ambas as partes: tanto para o apenado, de que não será importunado pelo aparato repressor estatal enquanto perdurar a saída; quanto para o Estado, que, assim que se esgotar o prazo, se o interno não retornar, poderá adotar as medidas necessárias para capturá-lo.

A aplicação analógica das limitações do art. 124, contudo, é altamente questionável. Em primeiro lugar, é indispensável comentar os dados da experiência prática. Das 96 (noventa e seis) concessões, 77 (setenta e sete) (80,2% do total) tiveram duração inferior ou igual a sete dias. Isso dá a entender que, quando há necessidade (e em 19 (dezenove) casos – 19,8% do total – essa necessidade existiu), o limite pode ser desconsiderado pelo Juiz da Execução. Isso decorre de um fator de ordem prática: ao contrário da visita à família, cuja duração, via de regra, pode ser arbitrada em mais ou menos dias, o tratamento médico pode ter, no máximo, sua duração estimada e muitas vezes nem isso é possível. Ademais, sobretudo quando se tratar de procedimentos mais complexos ou delicados, sua duração, somada ao período de convalescimento, será superior aos sete dias do art. 124.

23. “Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária (...)”. *Ibidem*.

24. “Art. 124. A autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais quatro vezes durante o ano.” *Ibidem*.

Vale lembrar que, mesmo nos casos de Saída Temporária, a doutrina destaca que o prazo pode ser flexibilizado. Haroldo Caetano da Silva afirma que “não haveria como impor tal limitação aos casos de autorizações de saída para frequência a cursos profissionalizantes ou escolares, dado o caráter contínuo e prolongado destes”<sup>25</sup>. Essa previsão, aliás, pode ser encontrada no Parágrafo Único do art. 124 da LEP<sup>26</sup>.

A outra limitação, a do número de saídas por ano (uma mais quatro), apesar de, na quase totalidade dos casos, ter sido respeitada na prática, não pode ser adotada. Dentre os internos atendidos, no período pesquisado, apenas um teve mais de cinco saídas especiais concedidas no mesmo ano. O apenado tinha câncer nas cordas vocais e sua autorização de saída era *sui generis*: ele deveria, a cada três dias, ausentar-se da Colônia Lafayette Coutinho para dar manutenção ao traqueóstomo, aparelho que permite que o paciente em tratamento respire. De posse dessa autorização, o interno obteve oito saídas no ano de 2002, até progredir para o regime aberto, em dezembro daquele ano. A inexistência de outros casos similares durante o período pesquisado não deve dar subsídio à limitação: a necessidade de tratamento médico é, por natureza, imprevisível, e uma limitação ao número de saídas por ano prejudicaria sobremaneira pacientes com doenças mais graves, crônicas ou em estado terminal.

Pode-se definir a Saída Especial como a saída do preso, para fins de tratamento médico, com as características (sem escolta, com retorno voluntário após um prazo determinado na decisão), o procedimento (pedido feito ao Juiz da Execução, que decidirá em ato motivado, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária) e parte dos requisitos da Saída Temporária (o comportamento carcerário adequado e o cumprimento de parte da pena pelo interno), sem a adoção, entretanto, das limitações quanto à duração máxima de cada saída ou quanto ao número de saídas por ano, posto que inadequadas à finalidade do instituto, e, por isso, inaplicáveis por analogia.

## 5. O TIPO DE TRATAMENTO MÉDICO REQUISITADO

Embora a Saída Especial deva servir a qualquer necessidade de tratamento de saúde que o preso tenha, a sua concessão, em alguns casos, será impossível ou desnecessária.

25. SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual da Execução Penal**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 131

26. “Parágrafo único. Quando se tratar de frequência a curso profissionalizante, de instrução de 2º grau ou superior, o tempo de saída será o necessário para o cumprimento das atividades discentes.” cf. BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)> Acesso em: 07. out. 2008.

Viu-se que o procedimento para a concessão do direito é judicial, com a necessária intervenção do Ministério Público, culminando numa decisão fundamentada do órgão jurisdicional. Em razão disso, entre o ajuizamento do pedido e a comunicação da decisão à unidade prisional podem decorrer semanas. Em 2001, 3 (três) dos 27 (vinte e sete) pedidos acolhidos – ou seja, 11,1% – passaram um mês ou mais em tramitação.

Como o trâmite dos pedidos na Vara de Execuções Penais, não raro, é prolongado, e mesmo quando é célere costuma durar mais de dois dias, a Saída Especial não é o instrumento adequado para os internos que carecem de atendimento emergencial.

Com efeito, se um apenado sofre algum trauma, decorrente de acidente de trabalho ou de conflitos carcerários, a sua remoção, para que o tratamento possa ter alguma eficácia, deve ser imediata. Nesses casos, o procedimento adequado é a condução do interno ao hospital mais próximo, adequadamente escoltado, com uma Permissão de Saída, concedida pelo Diretor da unidade prisional. Uma prática comum nos anos pesquisados, e que se mostrou bem sucedida, foi a das “autorizações retroativas”. Diante da necessidade de tratamento emergencial, a diretoria da CLC ordenava a remoção do interno sob escolta e, em paralelo, pleiteava perante a Vara de Execuções Penais a concessão da Saída Especial, com o objetivo de manter o apenado no Hospital, durante o período de convalescimento, sem a companhia da escolta policial. Assim, o instituto também se tornou útil para os casos de emergência.

Se o tratamento não pode ser urgente – o que, como dito, foi relativizado pelas “autorizações retroativas” – também não deve ser demasiado simples. Para que haja a necessidade de utilização do instituto, o tratamento deve ser tal que o estabelecimento penal não tenha recursos para ministrá-lo em suas instalações. Em condições ideais, simples consultas ou o tratamento ministrado durante o período pós-operatório poderiam ser oferecidos aos presos dentro das unidades prisionais. Nos cárceres baianos, isso, muitas vezes, é impossível. No ano de 2002 e na primeira metade do ano de 2003, a Colônia Lafayette Coutinho não pôde contar com a presença de um médico do Estado para prestar esses atendimentos. A partir da segunda metade do ano, a situação foi normalizada e, dessa forma, não houve mais necessidade de utilizar o instituto para tais demandas. Quanto ao tratamento pós-operatório, no entanto, não houve nenhuma mudança no quadro. A enfermaria da CLC, apesar de não estar em condições de evidente precariedade, não tinha a mínima estrutura para acolher pacientes restabelecendo-se de cirurgias, por exemplo.

Se não podem ser emergenciais nem devem ser demasiado simples a ponto de serem concedidos na própria unidade, os tipos de tratamento de saúde a que

se destina a Saída Especial são todos aqueles suficientemente complexos, muitas vezes prolongados, e que não sejam imediatamente necessários à recuperação do estado de saúde do interno para que tenham eficácia. Não pode o juiz, entretanto, denegar o pedido sob o argumento de que o tratamento é “emergencial, e, por isso, não se presta à Saída Especial”. Essa é uma orientação evidentemente voltada ao dirigente do estabelecimento penal, que tem o dever de remover o interno, não podendo se restringir a pleitear a saída sem escolta e mantê-lo na enfermaria da unidade. Deve, sim, pleitear a saída, enquanto providencia a remoção sob escolta para, conseguindo a autorização, ordenar aos agentes penitenciários que retornem ao estabelecimento e permitir que o interno retorne sozinho ao final do prazo.

Quanto ao tipo de tratamento médico, cabe ao juiz avaliar apenas se a própria unidade penal não dispõe de condições adequadas para ministrá-lo. Se não as possuir, o magistrado deve, ao menos com relação ao tipo de tratamento, acolher o pedido.

## 6. ORIGENS HISTÓRICAS DO INSTITUTO

O regime semiaberto de privação de liberdade foi instituído, pela primeira vez, no Brasil, pelo Código Penal de 1940 e as saídas temporárias foram previstas pela Lei de Execução Penal, de 1984. Não foi possível identificar com precisão quando, como e por que as primeiras saídas especiais foram concedidas. Foi possível obter apenas as seguintes informações: já se concedia a Saída Especial desde 1996, de quando datam os registros mais antigos encontrados na CLC. Entre os funcionários da Colônia, a maioria conhece o instituto há pouco tempo (seis anos ou menos), a exceção de uma assistente social entrevistada, que trabalha no sistema prisional desde 1981 e afirmou conhecer a Saída Especial “desde sempre”. Como a Saída Temporária só foi institucionalizada com o início da vigência da LEP, em 1985, é bastante improvável que tenha havido saídas especiais antes dessa data. Dada a imprecisão do relato, ele não foi levado em consideração.

## CONCLUSÕES

Os estudos realizados permitem alcançar as seguintes conclusões:

Conceder apenas a Permissão de Saída aos internos que têm direito à Saída Temporária significa desconsiderar particularidades relevantes desta subcategoria de casos, que exigiriam regulamentação especial, levando ao seguinte paradoxo: o preso, acompanhando um parente adoentado, poderia se ausentar do cárcere sem escolta; no entanto, quando precisasse submeter-se, ele mesmo,

a tratamento médico, teria de fazê-lo mediante vigilância policial. A falta de regramento específico configura a chamada lacuna latente.

Diante disso, a falta de previsão da Saída Especial na Lei de Execução Penal é uma lacuna latente no ordenamento jurídico brasileiro e, como tal, deve ser colmatada, por meio da analogia, procedimento de autointegração do Direito consistente na aplicação dos preceitos de um caso previsto a um caso semelhante não previsto.

A analogia se justifica quando, entre o caso previsto e não previsto, há semelhança relevante a ponto de autorizar a imposição das mesmas consequências jurídicas do primeiro ao segundo. A Saída Especial se assemelha à Saída Temporária, posto que, em ambos os casos, a ausência do interno do estabelecimento penal se dá sem vigilância policial, diferindo apenas os fins para os quais elas são destinadas. Neste caso, o instituto não previsto (Saída Especial) se destina a um fim (tratamento médico) tão ou mais urgente quanto o do instituto previsto (Saída Temporária, cuja finalidade é a visita à família ou a frequência a curso profissionalizante ou superior).

Confirmada a hipótese inicial, será utilizada a analogia para delimitar teoricamente o instituto da **Saída Especial**, afastadas as disposições referentes à Saída Temporária que são contrárias à sua natureza, chegando-se à seguinte definição: **saída, para fins de tratamento médico, com as características (sem escolta, com retorno voluntário após um prazo determinado na decisão), o procedimento (pedido feito ao Juiz da Execução, que decidirá em ato motivado, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária) e parte dos requisitos da Saída Temporária (o comportamento carcerário adequado e o cumprimento de parte da pena pelo interno), sem a adoção, entretanto, das limitações quanto à duração máxima de cada saída ou quanto ao número de saídas por ano, que existem para a Saída Temporária, posto que inadequadas à finalidade do instituto, e, por isso, inaplicáveis por analogia.**

A assistência à saúde do interno deve ser a mais ampla possível, não compreendendo apenas os tratamentos médico, odontológico e farmacêutico previstos pela LEP, como também o acompanhamento psicológico, o tratamento fisioterápico e quaisquer outros que venham a ter sua importância reconhecida. O tipo de tratamento, para dar ensejo à Saída Especial, não pode ser: a) emergencial, uma vez que o tempo necessário para o trâmite do pedido junto à VEP é incompatível com a necessidade de saída imediata do interno, nem b) muito simples, uma vez que poderá ser concedido no interior da unidade.

A Saída Especial cumpre, dessa forma, um papel indispensável para que a execução da pena seja feita conforme os princípios e regras constitucionais,

assegurando ao preso o respeito que lhe é devido pelo Estado na preservação de sua saúde.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Cristiano José de. **O Problema dos Métodos de Interpretação Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- BRASIL. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del-2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del-2848compilado.htm)> Acesso em: 07. out. 2008.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 07 out. 2008.
- \_\_\_\_\_. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del4657.htm>> Acesso em: 07. out. 2008
- \_\_\_\_\_. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)> Acesso em: 07. out. 2008.
- \_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Resolução n.º 14, de 11 de Novembro de 1994. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/cnccp/services/Document-Management/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID= {3F19373B-3AD2-4381-A3AE-DE18FD7DD67D}&ServiceInstUID= {4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>>> Acesso em: 07. out. 2008.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- GOMES, Luis Flávio (org.) **Constituição Federal; Código Penal; Código de Processo Penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GOULART, José Eduardo. **Princípios Informadores do Direito de Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5. ed, Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- MACHADO, João Baptista. **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador**. Coimbra: Liv. Almedina, 1989.
- MIOTTO, Armida Bergamini. **Temas Penitenciários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução Penal**, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Pena e Constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual da Execução Penal**. Campinas: Bookseller, 2002.

**ANEXO I: SAÍDAS ESPECIAIS CONCEDIDAS: DADOS RELEVANTES**

	1999	2000	2001	2002	2003	Total
<b>NÚMERO DE SAÍDAS CONCEDIDAS</b>	20	14	27	24	11	<b>96</b>
<b>DELITO DO DESTINATÁRIO</b>						
Art. 121	7	4	4	5	2	<b>22</b>
Art. 129	4	0	0	0	0	<b>4</b>
Art. 155	0	1	2	3	0	<b>6</b>
Art. 157	12	9	19	23	6	<b>69</b>
Art. 157, § 3.º	0	0	1	0	0	<b>1</b>
Art. 171	1	0	1	0	1	<b>3</b>
Art. 180	3	1	1	0	1	<b>6</b>
Art. 213	0	0	1	3	0	<b>4</b>
Art. 214	0	0	0	3	2	<b>5</b>
<b>PENA DO DESTINATÁRIO</b>						
Menos de 5 Anos	3	1	1	2	2	<b>9</b>
5 a 10 Anos	9	7	15	16	7	<b>54</b>
10 a 15 Anos	4	4	4	0	1	<b>13</b>
15 a 20 Anos	0	2	2	3	0	<b>7</b>
20 a 25 Anos	4	0	4	0	0	<b>8</b>
25 a 30 Anos	0	0	1	0	1	<b>2</b>
30 Anos ou Mais	0	0	0	3	0	<b>3</b>
<b>IDADE DO DESTINATÁRIO</b>						
18 a 25 Anos	3	4	6	3	1	<b>17</b>
26 a 35 Anos	8	5	12	3	2	<b>30</b>
36 a 45 Anos	4	4	8	14	6	<b>36</b>
46 a 55 Anos	4	0	0	4	0	<b>8</b>
56 a 65 Anos	0	1	1	0	2	<b>4</b>
Mais de 65 Anos	1	0	0	0	0	<b>1</b>
<b>TIPO DE TRATAMENTO QUE A MOTIVOU</b>						
Cirurgias	6	4	9	3	3	<b>25</b>
Consultas	0	0	0	1	1	<b>2</b>
Exames	2	2	6	1	1	<b>12</b>
Fisioterapia	0	0	2	0	2	<b>4</b>
Gástrico	0	0	1	0	0	<b>1</b>
Odontológico	4	0	1	0	0	<b>5</b>
Oncológico	0	0	2	7	0	<b>9</b>
Ortopédico	0	0	0	0	1	<b>1</b>

À SAÍDA ESPECIAL NO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL NA BAHIA

	1999	2000	2001	2002	2003	Total
Não especificado	6	7	5	11	1	30
Pneumológico	0	1	0	0	0	1
Pós-Operatório	2	0	1	0	1	4
Psiquiátrico	0	0	0	1	1	2
<b>DURAÇÃO DA SAÍDA ESPECIAL</b>						
1 Dia	0	0	2	9	1	12
2 Dias	0	1	1	1	1	4
3 Dias	1	0	0	0	0	1
4 Dias	0	0	0	1	0	1
5 Dias	2	0	0	0	0	2
6 Dias	0	1	1	0	0	2
7 Dias	14	11	16	8	6	55
8 Dias	0	0	0	1	0	1
10 Dias	2	0	2	1	0	5
15 Dias	0	1	4	2	0	7
20 Dias	0	0	0	0	1	1
30 Dias	0	0	1	0	2	3
Indeterminada (até o recebimento de alta)	1	0	0	1	0	2
<b>SOLICITANTE DA SAÍDA ESPECIAL</b>						
Concedida de Ofício	0	0	0	0	2	2
Interno	4	7	16	17	4	48
Defensoria Pública	0	0	7	1	0	8
Diretoria da CLC	0	2	3	2	3	10
Não Informado	16	5	1	3	1	26
Patronato de Presos e Egressos	0	0	0	1	1	2
<b>RETORNO DO BENEFICIÁRIO</b>						
Pontual	16	12	22	20	8	78
Com Atraso	4	1	4	3	1	13
Sem Retorno	0	1	1	1	2	5
<b>MOTIVO DE SAÍDA DO INTERNO DA CLC</b>						
Cumprimento Integral da Pena	0	1	1	0	0	2
Indulto	1	0	0	0	0	1
Livramento Condicional	13	3	3	2	0	21
Progressão de Regime	2	2	13	4	1	22
Prisão Domiciliar	0	0	0	9	1	10
Não retorno do Trabalho Externo	0	2	7	2	1	12
Não retorno da Saída Temporária	4	3	1	1	1	10

DANIEL NICORY DO PRADO

	<b>1999</b>	<b>2000</b>	<b>2001</b>	<b>2002</b>	<b>2003</b>	<b>Total</b>
Não retorno da Saída Especial	0	1	1	1	2	<b>5</b>
Evasão	0	1	0	0	0	<b>1</b>
Permanece na CLC	0	1	1	5	5	<b>12</b>
<b>REQUISITO TEMPORAL DA SAÍDA TEMPORÁRIA</b>						
Preenchia	18	12	24	22	9	<b>86</b>
Não Preenchia	1	2	3	2	2	<b>10</b>

**CAPÍTULO VIII**  
**A REMIÇÃO DA PENA E A SUA EFETIVAÇÃO**  
**ANTE A OMISSÃO ESTATAL**

*Leonardo Alves de Toledo\**

**Sumário** • 1. Introdução – 2. Conceito e aplicação – 3. Da omissão estatal – 4. Remição automática. Solução ideal? – Referências bibliográficas.

## **1. INTRODUÇÃO**

A origem da remição, nos termos em que se apresenta atualmente, remete ao Direito Penal Militar da guerra civil espanhola, ano de 1937.

A Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal brasileira, item 133, esclarece de maneira bastante precisa a origem do instituto jurídico:

“133. O instituto da remição é consagrado pelo Código Penal Espanhol (art. 100). Tem origem no Direito Penal Militar da guerra civil e foi estabelecido por decreto de 28.05.1937 para os prisioneiros de guerra e os condenados por crimes especiais. Em 07.10.1938 foi criado um patronato central para tratar da “redención de penas por el trabajo” e a partir de 14.03.1939 o benefício foi estendido aos crimes comuns. Após mais alguns avanços, a prática foi incorporada ao Código Penal com a Reforma de 1944. Outras ampliações ao funcionamento da remição verificaram-se em 1956 e 1963 (cf. DEVESA, Rodríguez. Derecho Penal Español, parte geral. Madrid, 1971. p. 763 e ss.)”

Como se vê, não obstante a existência de relatos acerca de casos de diminuição de pena em razão do trabalho do condenado no Código Penal espanhol de 1822, bem como nas Ordenações Gerais dos Presídios da Espanha em 1834 e 1928, a “redención de penas por el trabajo”, como é conhecida nos dias de hoje, foi instituída naquele país pelo Decreto nº 281, de 28/05/1937.

À época, a remição era aplicada apenas aos prisioneiros de guerra e aos condenados por delitos políticos, sendo estendida aos crimes comuns somente a partir do ano de 1939.

Apesar das duras críticas que o trabalho prisional vem recebendo no Direito europeu, o instituto, ainda hoje, permanece vivo no artigo 100, do Código Penal da Espanha.

---

\* Defensor Público do Estado da Bahia.

Introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei de Execução Penal, a remição surge como uma “nova proposta ao sistema”, ostentando o grande mérito de abreviar, através do trabalho, parte do tempo da condenação, na proporção de três dias de trabalho para um dia de resgate.

Durante muito tempo, inúmeras foram as discussões a respeito da possibilidade de reconhecimento da remição pelo estudo. Apesar dos mais diversos posicionamentos sobre o tema, a Súmula nº 341, do Superior Tribunal de Justiça veio para por fim a tal controvérsia, fixando expressamente que a frequência a curso de ensino formal é causa de remição da pena.

A verdade é que, apesar das críticas, a incorporação da remição ao Direito brasileiro pode ser vista como uma das mais importantes vitórias do atual processo de execução penal, não só em razão da possibilidade de diminuição do tempo de encarceramento do condenado, mas principalmente pela sua incomensurável contribuição ao resgate da dignidade da pessoa humana.

## 2. CONCEITO E APLICAÇÃO

Etimologicamente, os conceitos de remissão e remição estão muito próximos, indicando, o primeiro, a indulgência ou o perdão de uma falta – o pecado, numa concepção religiosa, o delito, numa concepção jurídica – e o segundo, a indenização ou compensação por alguma atividade ou serviço realizado ou devido.

A remissão centra-se no Estado, juiz das condições e da oportunidade de ser concedida sob as formas jurídicas do indulto ou do perdão.

Já a remição centra-se no indivíduo, que se torna credor de um título, que por sua vez será abatido de um débito por ele contraído, em momento anterior, com a sociedade e por esta legalmente definido por meio de uma sentença judicial.

A remição da pena fundamenta-se, portanto, na ideia de uma contraprestação. Não se constitui em um prêmio ou um ato concessivo de perdão ao sentenciado. É, pois, a própria contraprestação legal previamente estipulada pelo Estado ao apenado pela demonstração de que este prestou objetivamente as condições estabelecidas por lei. Realizada uma atividade legalmente admitida como suscetível de indenização remiciva, o seu titular adquire o direito de ser compensado.

Essa contraprestação não possui, contudo, apenas caráter de retribuição como nas relações econômicas comuns, já que pressupõe características como a utilidade para a sociedade e um papel ressocializador para o indivíduo apenado.

Se o motivo que ensejou a condenação foi uma lesão a um bem jurídico tutelado pelo Estado, nada mais natural que, no âmbito da pena, presuma-se que a remição deva implicar, necessariamente, algum ato que reverta para a utilidade social. Trata-se, portanto, de uma forma de ressarcimento da sociedade pelo dano causado em um momento anterior.

Obriga-se, assim, o sentenciado – e faculta-se ao preso provisório<sup>1</sup> – a realização de determinadas tarefas cuja contraprestação precípua não é o salário ou a compensação financeira, mas a redução do tempo de pena a ser cumprido, na proporção de um dia de pena por três dias trabalhados e, repita-se, a sua preparação para ser devolvido ao convívio social, através da realização de atividades laborativas que levem em conta as suas aptidões, capacidade, condição pessoal e necessidades futuras, além, é claro, das oportunidades oferecidas pelo mercado.

E não poderia ser diferente. Em um Estado Democrático de Direito, não se poderia admitir a aplicação de qualquer sanção penal que não fosse voltada para o seu propósito primordial: a reintegração social do condenado.

Ademais, não se pode olvidar que é dever do Estado devolver à sociedade um indivíduo melhor do que aquele que recolheu ao seu sistema prisional.

A remição da pena propriamente dita é de fundamental importância, mas também é necessário observar que somente através da sua atividade laboral o preso será submetido efetivamente ao verdadeiro processo de ressocialização, capaz de levá-lo à reflexão sobre o erro cometido, de prepará-lo e qualificá-lo para enfrentar o concorrido mercado de trabalho que o esperará quando alcançar a sua liberdade e, acima de tudo, para que seja apresentada àquele cidadão, muitas vezes descrente na existência de meios lícitos de subsistência, soluções possíveis, viáveis e dignas, no que tange à reestruturação completa de sua vida pós-cárcere<sup>2</sup>.

1. Com relação à possibilidade de os presos provisórios fazerem jus à remição de suas eventuais futuras penas, a doutrina não é pacífica. Os que admitem essa possibilidade defendem que o artigo 2º, da Lei de Execução Penal é bastante claro ao estabelecer que a aplicação daquela Lei deve ser feita de maneira igualitária tanto aos condenados quanto aos presos provisórios. Já aqueles que se posicionam contrariamente à possibilidade ventilada argumentam que a Lei 7.210/84 só faz referência ao condenado quando dispõe sobre a remição da pena. O Magistrado paulista Guilherme de Souza Nucci, em Manual de Direito Penal: Parte Geral: Parte Especial, 4ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 401, adverte que “Atualmente, diante da possibilidade de executar provisoriamente a pena, não mais tem cabimento a impossibilidade de aplicar a remição ao preso provisório que resolver trabalhar. Ora, se ele pode até mesmo progredir de regime, por que não poderia trabalhar e remir a sua eventual futura pena? Cremos admissível computar a remição ao cautelarmente preso, dando-se amplo cumprimento à execução provisória da pena.”
2. Merece destaque o estudo de Ana Margarete Lemos; Cláudio Mazzilli e Luís Roque Klering, *Análise do trabalho prisional: um estudo exploratório*, Revista de Administração Contemporânea, versão on-line – set./dez. de 1998, disponível em [www.scielo.br](http://www.scielo.br) : “De acordo com as entrevistas, não existe nenhum

Conforme salientado por Julio Fabbrini Mirabete, ao citar os ensinamentos do jurista Miguel Reale Júnior,

“O trabalho não vale tão-só por criar bens econômicos, pois tem maior relevo sua importância existencial e social, como meio que viabiliza tanto a auto-afirmação do homem como a estruturação da sociedade.”<sup>3</sup>

Para tanto, o sistema carcerário brasileiro precisa ser adaptado urgentemente às aspirações dos tempos modernos.

O país evolui, as cidades incham, os crimes aumentam, cada dia mais sofisticados, e os presídios superlotam.

São imprescindíveis ações com o fito de reduzir a ociosidade que grassa nos estabelecimentos penais brasileiros, com enfoque na consecução do bem comum.

Neste contexto, a remição da pena pelo trabalho ou estudo se apresenta como uma causa justa e mais benéfica à coletividade, seja pelo seu caráter humanizador daquele que cumpre pena, seja pela sua função de reduzir a população carcerária.

A ideia de que a manutenção de um condenado preso pelo maior tempo possível nos devolverá a tão almejada paz social não tem mais cabimento hodiernamente. A segurança da sociedade, como muitos pensam, não está diretamente vinculada à quantidade de sentenciados que vão cumprir pena atrás das grades.

Hoje, a sociedade clama por um sistema carcerário ressocializador, justo, humano, que apresente condições adequadas para receber seus presos com dignidade, respeitando sempre todos os seus direitos assegurados por lei e que não

---

critério de seleção dos apenados para o trabalho; prevalece apenas a preocupação com a disciplina. A instituição não empreende maiores esforços para tentar buscar um trabalho em que os apenados possam encontrar significado. E, quando possui um trabalho mais significativo, a instituição se desinteressa pela manutenção e preservação do material de trabalho. Portanto a forma como o trabalho prisional se operacionaliza atualmente deixa muito a desejar para atingir a ressocialização.” Mais adiante prosseguem: “Todo o ser humano e, principalmente, os apenados, deve encontrar no trabalho condições que permitam a busca de seu questionamento interior e traçar a sua história, para que encontrem o equilíbrio necessário ao seu real ajustamento social. Dessa forma, o trabalho prisional tem de ser organizado de maneira que as tarefas realizadas não representem apenas estímulos mecânicos, mas que, acima de tudo, os apenados encontrem nas condições de trabalho os fatores necessários para o seu desenvolvimento pessoal.” Em seguida concluem: “O trabalho prisional deveria funcionar como atenuante nesse processo de mortificação. A instituição penitenciária, embora apresente as características de instituição total, deveria preocupar-se mais com a possibilidade de fazer com que o indivíduo apenado encontre uma nova identidade, cujo reflexo provenha de um meio social ajustado, onde o trabalho passe a ser concebido como fator gerador de inúmeras possibilidades de desenvolvimento pessoal e, conseqüentemente, de uma identidade social.”

3. MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal 5. Ed. São Paulo: Atlas, 1990.

foram restringidos por meio de uma decisão judicial, dentre eles, o direito-dever de trabalhar.

O tempo em que os internos eram tratados com desrespeito absoluto aos seus direitos fundamentais só não deve ser totalmente esquecido porque tem o relevante papel de nos servir como referência, para que no futuro os mesmos equívocos não sejam repetidos.

### 3. DA OMISSÃO ESTATAL

Não obstante, apesar das infundáveis vantagens e grande importância do trabalho do preso dentro do sistema prisional, é certo que o Estado nem sempre cumpre o seu papel de oferecê-lo ou disponibilizá-lo aos detentos dentro dos estabelecimentos penais.

Discussão interessante, que vem ganhando força entre os estudiosos do Direito, versa sobre a possibilidade de concessão da chamada “remição automática” (ou ficta) nos casos em que o Estado não oferece ao preso opções de trabalho e/ou estudo, enquanto estiver custodiado.

A doutrina ainda se encontra tendente à inadmissão daquele instituto jurídico sem a comprovação do efetivo trabalho prisional. Entretanto, não se trata de questão pacífica. As correntes doutrinárias que versam sobre o tema serão apresentadas e analisadas a partir de agora.

Aqueles que se posicionam pela impossibilidade da concessão da remição sem a comprovação do efetivo trabalho ou estudo argumentam, em síntese, que se trata de uma exigência legal, não bastando à obtenção do direito eventual predisposição pessoal do detido para executar determinadas tarefas. Defendem, também, que a lei, quando se refere ao trabalho como direito do condenado, está apenas estabelecendo princípios programáticos. Alguns acrescentam, inclusive, que não seria lógico admitir-se o instituto da remição sem a comprovação do efetivo trabalho, face à omissão do Estado, posto que, caso assim fosse feito, o preso impedido de exercer atividade laborativa por aquela razão, pelo mesmo raciocínio, também deveria ter direito à percepção de remuneração. Concluem ressaltando que este fato caracterizaria um enriquecimento ilícito do preso em detrimento do Estado<sup>4</sup>.

4. Cezar Roberto Bitencourt, em Manual de Direito Penal: Parte Geral, 6ª edição, Ed. Saraiva, 2000, p. 436, assevera: “Quando a lei fala que o trabalho é direito do condenado está estabelecendo princípios programáticos, como faz a Constituição quando declara que todos têm direito ao trabalho, educação e saúde. No entanto, temos milhões de desempregados, de analfabetos, de enfermos e de cidadãos vivendo de forma indigna. Por outro lado, os que sustentam o direito à remição, independentemente de o condenado ter trabalhado, não defendem também o pagamento da remuneração igualmente prevista na lei, o que

Entretanto, uma análise pormenorizada do tema indica que os fundamentos desta corrente são frágeis e não podem prosperar.

Em primeiro lugar, insta salientar que o direito ao trabalho foi elencado pela Constituição da República, em seu artigo 6º, dentre os direitos sociais, ao lado do direito à educação, à saúde, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância.

Da mesma maneira, a Lei 7.210/84, em seu artigo 28, caput, erigiu o trabalho do condenado à categoria de dever social e, frise-se, condição de dignidade humana.

Tem-se, portanto, que o trabalho do preso, antes mesmo de ser um dever é um direito seu, de natureza constitucional, que pode e deve ser exigido do Estado a partir do momento do seu encarceramento.

Sendo assim, não se pode admitir que alguém seja privado de alguns dos seus direitos fundamentais – trabalho e liberdade – pelo fato de o Estado, independentemente do motivo, não lhe oferecer oportunidade de trabalho (ou estudo) quando recolhido a um de seus estabelecimentos penais, se não contribuiu, ao menos minimamente, para a mencionada omissão.

E mais do que isso. Analisando-se com enfoque na justiça, não parece aceitável que, além do direito ao trabalho em si, sejam subtraídas do apenado todas as consequências jurídicas dele advindas.

Ademais, também não se pode olvidar que o princípio constitucional da igualdade, previsto no artigo 5º, da Carta Magna, estabelece que todos são iguais perante a lei, vedando distinções de qualquer natureza.

Para o professor Alexandre de Moraes,

“A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direito, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça”<sup>5</sup>

---

seria lógico.”; Luiz Regis Prado, em Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 366, assim argumenta: “...uma vez que a própria lei exige, claramente, para o reconhecimento do direito à remição, o efetivo exercício de atividade laborativa pelo sentenciado, não bastando eventual predisposição pessoal para fazê-lo.”

5. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Neste particular, o que dizer de presos que se encontram em situação jurídica idêntica, encarcerados pelos mesmos motivos – co-autores de um delito, por exemplo –, com a única diferença de um deles ter acesso ao trabalho e o outro não?

Seria justo que apenas um fosse beneficiado pela remição da sua pena e por todos os demais efeitos do trabalho prisional, enquanto o outro permanecesse esquecido em sua cela, vivendo no ócio, sem a chance de ter acesso a alguns dos seus direitos fundamentais?

Sem dúvida, tal situação hipotética, além de injusta, violaria frontalmente o princípio constitucional em referência.

Não se pode admitir, em absoluto, que pessoas em situações idênticas sejam tratadas de maneira distinta, principalmente quando a preservação desta igualdade depender exclusivamente de uma ação do Estado, posto que este tem o dever de assegurar tratamento igualitário aos presos custodiados em seus estabelecimentos penais, permitindo, repita-se, que todos tenham acesso aos direitos que não lhe foram suprimidos através de uma decisão judicial.

Os Tribunais pátrios também não uniformizaram seus entendimentos sobre a possibilidade de concessão da remição automática<sup>6</sup>. Entretanto, é importante destacar que, em questões semelhantes, a jurisprudência vem se posicionando no sentido de inadmitir qualquer prejuízo ao preso em razão de uma omissão estatal.

Por inúmeras vezes, o egrégio Superior Tribunal de Justiça, já decidiu que o cumprimento da pena deve ser realizado em regime mais brando quando o Estado não apresentar as condições necessárias à execução daquela na forma mais gravosa determinada na sentença, sob pena de configuração de constrangimento ilegal<sup>7</sup>.

6. Interessante a seguinte decisão: “PENA – Remição – Presidiário que pleiteia desconto correspondente a número de dias trabalhados em artesanato – Admissibilidade – Inteligência: art. 126, caput da Lei das Execuções Penais, art. 126, § 1º da Lei das Execuções Penais<sup>8</sup> – Se o preso esteve disponível para o trabalho sem que o Estado lhe oferecesse condições para tal, vindo, por isso, a desenvolver atividade artesanal, esse tempo, não obstante o enunciado do art. 32, § 1º, da LEP, deve ser contado para efeito de remição.” (Agravamento em Execução nº 513.765/2, Julgado em 12/05/1.988, 4ª Câmara do TACRSP, Relator designado: – Barreto Fonseca, Declaração de voto vencido: – Alberto Marino, RJDTACRIM 5/32).
7. “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO EM REGIME SEMI-ABERTO. FALTA DE VAGA. CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME FECHADO. INADMISSIBILIDADE. Não pode o réu ser mantido em regime fechado enquanto aguarda vaga no regime semi-aberto, se este foi definido na condenação como o inicial para o cumprimento da pena. Ordem concedida, para que o paciente cumpra a pena no regime certo, ou, não sendo isto possível, para permitir que aguarde a abertura de vaga no regime semi-aberto em regime aberto, a ser cumprido em Casa de Albergado ou em regime domiciliar, se inexistente aquela.” (STJ – 6ª Turma; Habeas Corpus nº 30165/SP – Rel. Min. Paulo Medina; j. 28/09/2004, unânime); “CRIMINAL. HC. DUPLICATA SIMULADA. CONDENAÇÃO. REGIME

Sendo assim, aplicando-se a mesma lógica ao tema em apreciação, forçoso concluir que quando o Estado não cumprir o seu papel de oferecer trabalho ou estudo aos presos, estes poderão se beneficiar do instituto da remição desde que demonstrem a sua intenção de exercer atividade laborativa e reste evidenciada sua aptidão para tanto. Pensar diferente seria admitir a possibilidade de se prejudicar o custodiado, negando-lhe acesso a alguns de seus fundamentais direitos, por culpa exclusiva do Estado.

Sem dúvida, não se pode admitir que o Estado, seja por falta de verba, má administração, má-fé dos seus agentes ou por qualquer outro motivo, interfira negativamente na situação jurídica do seu condenado, postergando, através da sua inércia, o acesso dos detidos em seus estabelecimentos penais ao trabalho e, conseqüentemente, ao direito de liberdade e à dignidade humana.

Também não se deve fazer confusão entre a remição da pena, que se relaciona diretamente com a liberdade do cidadão, com a remuneração do preso sem o trabalho efetivo.

No tocante à remuneração decorrente do trabalho carcerário, esta sim só deve ser atribuída ao trabalho efetivamente realizado, sob pena de enriquecimento ilícito do detento.

Neste sentido, merece destaque o posicionamento do jurista Rogério Greco para quem "...uma coisa é a remição da pena, que diz respeito diretamente à liberdade do cidadão; outra é o pagamento sem trabalho. Na primeira hipótese, não pode-se esquecer de que o Estado não pode, por arbítrio, inércia ou péssima administração interferir, ainda mais sobre o direito de liberdade dos seus cidadãos; na segunda hipótese, estivesse o condenado recebendo por aquilo que não fez, estaria se enriquecendo ilicitamente."<sup>8</sup>

---

SEMI-ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA. INEXISTÊNCIA DE CASA DE ALBERGADO. DETERMINAÇÃO DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA EM PRESÍDIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. Hipótese em que o paciente, condenado ao cumprimento de pena restritiva de direitos concernente a limitação de fim de semana em Casa de Albergado, foi submetido a efetivar a sanção em presídio. Na falta de vagas em estabelecimento compatível ao regime fixado na condenação, configura constrangimento ilegal a submissão do réu ao cumprimento de pena em regime mais gravoso, admitindo-se, em tais situações, que o réu cumpra a reprimenda em regime aberto, ou em regime domiciliar, na hipótese de inexistência de Casa de Albergado. Precedentes. Se a pena de limitação de fim de semana deve ser efetivada em Casa de Albergado, não pode, o paciente, na falta do referido estabelecimento, ser submetido a cumprimento da reprimenda em Presídio, situação mais gravosa do que a estabelecida pelo decreto condenatório. Precedente da Turma. Deve ser cassado o acórdão recorrido, a fim de que o paciente cumpra a pena restritiva de direitos concernente à limitação de fim de semana em regime domiciliar, até que surja estabelecimento adequado. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator." (STJ – 5ª Turma; Habeas Corpus nº 60919/DF – Rel. Min. Gilson Dipp; j. 10/10/2006, unânime)

8. Rogério Greco, em Curso de Direito Penal: Parte Geral, Editora Impetus, 2003, p. 562.

Outro argumento de peso a favor da concessão da remição ao preso impossibilitado de trabalhar exclusivamente por omissão do Estado é a possibilidade de se aplicar neste caso, analogicamente, a ideia contida no parágrafo 2º, do artigo 126, da LEP<sup>9</sup>.

Ora, se o preso que não pode exercer atividade laboral em decorrência de acidente de trabalho tem o direito de continuar a ser favorecido com a remição, por que razão não haveria que se admitir que o mesmo acontecesse com aquele impossibilitado de trabalhar por omissão do Estado? O dispositivo legal mencionado encerra, de maneira indiscutível, qualquer discussão a respeito da necessidade do efetivo trabalho prisional para a aquisição do direito à remição da pena ao admitir, na hipótese em que prevê, a continuidade da aquisição do direito à remição. Em última análise, ao estabelecer que o preso impossibilitado de prosseguir no trabalho em razão de acidente não deixará de adquirir aquele direito, acaba por positivar em nosso ordenamento jurídico – de maneira exemplificativa e não taxativa – uma das hipóteses de cabimento da remição automática.

#### 4. REMIÇÃO AUTOMÁTICA. SOLUÇÃO IDEAL?

Apesar dos robustos argumentos que sustentam esta corrente doutrinária, a solução ora apresentada, sem embargo dos grandes méritos que possui, não parece ser o desfecho ideal a ser perquirido pelos operadores do direito, devendo, portanto, sua aplicação ser restringida apenas àqueles casos em que nenhuma outra medida puder ser adotada e, ainda assim, transitoriamente. Isto porque, nas hipóteses em que os presos realmente fizerem jus à remição pelos fundamentos acima, somente terá sido alcançado um dos objetivos do instituto jurídico: a liberdade antecipada.

Entretanto, com relação à consecução dos outros efeitos jurídicos do trabalho carcerário – habilitação para o exercício de atividade lícita e ressocialização do preso – pode-se dizer que a remição, naqueles moldes, não terá serventia alguma.

Sendo assim, as ações do Estado, com o apoio da iniciativa privada, devem ser direcionadas à busca de opções para que a oferta de trabalho aos presos seja realmente efetivada, tendo em vista que se trata da única saída verdadeiramente capaz de resolver a questão.

9. Art. 126, § 2º – O preso impossibilitado de prosseguir no trabalho, por acidente, continuará a beneficiar-se com a remição.

A propósito, sem intuito exaustivo, merecem destaque alguns fatores impeditivos à concessão da remição, bem como suas possíveis soluções, sob a perspectiva do sentenciado e do Estado.

No caso daquele, existe a incapacidade de realizar determinadas tarefas, na maioria das vezes, por falta de qualificação profissional, mas também pelo seu excesso.

A incapacidade por falta de qualificação pode ser sanada pela oferta de atividades de capacitação – daí a importância de o estudo ser considerado para fins de remição –, o que não só lhe permitiria o exercício da remição como o habilitaria permanentemente do ponto de vista do trabalho externo.

Por outro lado, o excesso de capacitação pode ser suprido pela identificação de atividades nas quais suas habilidades possam ser exercidas, ainda que isso envolvesse a quebra de rotinas e o emprego de procedimentos específicos.

A propósito, a Lei de Execução Penal, nos seus artigos 31 e 32, atribuiu especial relevância ao fato de cada preso desenvolver uma atividade a fim a suas aptidões intelectuais, condições físicas, ocupação anterior, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado.

Sob a perspectiva do Estado, há a possibilidade de insuficiência ou inexistência de meios para propiciar opções aos sentenciados.

Nessa hipótese, será preciso investigar à exaustão todas as possibilidades que se apresentam para o exercício da remição e identificar, caso a caso, quais são os verdadeiros obstáculos à sua efetivação.

Uma vez identificados esses obstáculos, será necessário definir como o Estado deverá atuar para superá-los.

Partindo-se da hipótese de que a atuação do Estado no assunto tende a ser precária e insuficiente, quando não inexistente, porque é realizada sob a forma de ações tópicas e espasmódicas, com o emprego de seus servidores, órgãos e procedimentos excessivamente atomizados e de ação intermitente, sem cooperação entre si, conclui-se que, em lugar da atomização e da intermitência, que revelam um caráter demasiado empírico da atuação estatal, deve ocorrer uma atuação sistêmica e sistemática, que se revele, portanto, coordenada, articulada e permanente.

Para cumprir tal objetivo, é preciso superar a falta de cooperação entre os entes estatais, definindo uma política ou um conjunto de políticas que atuem no sentido de propiciar as condições básicas para a exeqüibilidade da remição das penas.

O enfoque que aqui se propõe é o da necessidade de uma ação integrada do Estado nesse sentido, entendida como a otimização de todas as funções estatais para atingir o fim desejado.

A título de exemplificação, caberia ao Estado, na resposta a este desafio:

- a) articular os órgãos existentes na mesma esfera de atuação de modo que pudesse ocorrer uma efetiva, eficaz e rápida cooperação entre eles;
- b) acionar os órgãos existentes em diferentes esferas do poder público, seja federal, estadual ou municipal, de modo que atendessem eficaz e rapidamente às demandas desencadeadas pelo setor responsável;
- c) criar mecanismos para que as entidades privadas com ou sem fins lucrativos sejam, de fato, estimuladas a cooperar com iniciativas dessa natureza, desde estímulos fiscais até o reconhecimento de atividades de responsabilidade social;
- d) identificar áreas e projetos de caráter predominante ou exclusivamente social e/ou ambiental, em regiões geograficamente viáveis, nas quais pudessem atuar os sujeitos do direito da remição.

A fundamentação constitucional para essa ação não apenas integrada, mas integradora do Estado está na própria concepção da cooperação entre as funções ou poderes do Estado e de suas diferentes esferas.

No primeiro caso, convém recordar que o Estado, desde sua concepção no modelo constitucional de Montesquieu, é um só, não obstante a tripartição de suas funções.

Assim, seja na remição ou na operacionalização de qualquer outro instituto jurídico, a premissa que deve ser atendida é a de sua plena institucionalização, para isso devendo concorrer cada uma das diferentes funções ou cada um dos diferentes poderes do Estado de forma harmônica e complementar.

Se a remição da pena é um instituto basicamente jurídico, é óbvio, entretanto, que para sua plena operacionalização são necessários elementos que se encontram no Executivo e mesmo no Legislativo, que devem ser acionados com a necessária celeridade e leveza sempre que surgir o problema.

No segundo caso, o da cooperação entre as diferentes esferas do poder público, o raciocínio lógico e jurídico é idêntico.

Se o Estado é um só, então as esferas federal, estadual e municipal, apesar de sua autonomia uma em relação às outras, devem cooperar para que a remição ou qualquer outro instituto jurídico se torne plenamente institucionalizado, por meio de uma adequada operacionalização, atendendo-se ao mesmo princípio constitucional da harmonia – não obstante a separação – entre os poderes.

Por extensão de suas obrigações constitucionalmente definidas, o Estado, dentre outras finalidades, deve atender algumas delas na ordem econômica e social, no meio ambiente, na educação e na cultura, que incidem direta e indiretamente sobre a atuação de entidades e indivíduos particulares.

Também aí cabe a efetivação de sua ação integradora. Para atender aos objetivos da institucionalização de qualquer instituto jurídico – neste caso, da remição – o Estado, por meio de seus órgãos específicos, pode e deve lançar mão de mecanismos incentivadores e indutores para que essas entidades – empresas, ongs, organizações sociais e entes semelhantes – cooperem com o fim colimado.

O que, contudo, legitima essa ação integradora do Estado, impedindo que ela se torne um exercício antidemocrático de pressão e de coação sobre os diferentes agentes públicos e entes sociais privados?

A invocação da mera existência da lei seria insuficiente para tal fim, pois sempre poder-se-á lembrar que Estados pouco ou mesmo antidemocráticos a usaram e usam não apenas para a legalização, mas para a legitimação de seus atos.

Assim, o que caracteriza a fundamentação constitucional da atuação integradora do Estado brasileiro, neste particular, é justamente o fato de este se definir como um Estado Democrático de Direito. É uma adjetivação importante, mas não se trata de mera adjetivação.

O Estado Democrático de Direito pressupõe a realização de um bem comum de interesse da sociedade.

No caso da remição, ele obviamente não só implica a dimensão individual do apenado, mas também a dimensão coletiva do grupo social envolvido.

No caso daquele, realizar trabalhos que permitam a dedução da pena atende ao valor da liberdade, que se presume básico no indivíduo.

No caso da dimensão coletiva, os trabalhos correspondem não apenas a um produto econômico, mas a um efetivo capital de interesse social, que irá beneficiar a sociedade em conjunto. É a própria ressocialização do preso através do trabalho que trará os mais significativos benefícios à sociedade. Devolvê-lo ao convívio social plenamente recuperado, em condições de refazer a sua vida em conformidade com a lei, sem representar risco à coletividade, é, sem dúvida alguma, a maior das virtudes da remição.

Sem a existência de produtos nas duas dimensões, a individual e a coletiva, não se poderia vislumbrar o alcance do interesse social do instituto – o bem estar

individual conjugado ao produto social – nem, conseqüentemente, a realização do bem comum pressuposto pelo Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, Jason Albergaria assevera que

“o trabalho, como um dos elementos de tratamento reeducativo, atende às aspirações do condenado e às necessidades da sociedade. As atividades do trabalho são formativas, como ramo da pedagogia emendativa. O tratamento reeducativo pelo trabalho, como dever social”<sup>10</sup>

Inúmeras são as possibilidades concretas de efetivação do instituto da remição, bem como as dificuldades decorrentes dessa operacionalização. A chave para o encaminhamento do problema certamente se encontra em diferentes níveis de cooperação entre órgãos estatais e entre estes e entidades privadas.

A título de exemplificação, considere-se a cooperação entre a esfera estadual e a esfera municipal.

Admita-se que a esfera estadual, a quem se atribui a manutenção do sistema prisional estadual, demande a realização de trabalhos de caráter remicivo em escolas públicas de ensino médio e fundamental.

De início, trata-se de cooperação entre órgãos da mesma esfera – secretarias estaduais de segurança ou congêneres e secretarias estaduais de educação, sendo o ensino médio da alçada estadual – e de diferentes esferas – secretarias estaduais de segurança ou congêneres e secretarias municipais de educação, responsáveis pelo ensino fundamental.

Será preciso encontrar as diferentes formas do como será viabilizada a prestação de serviços desta natureza, cujo objetivo vai ser atender às dimensões individual e coletiva do problema.

Do ponto de vista jurídico, estará em jogo o princípio da responsabilidade solidária do Estado, de acordo com a premissa da sua unicidade, anteriormente definida.

Portanto, para a consecução do bem comum pressuposto na Constituição, o próprio Estado pode e deve ser acionado por um de seus órgãos – Defensoria Pública, por exemplo – em nome do princípio acima mencionado que, por sua vez, frise-se, flui da constatação de sua unicidade.

Tomada a decisão legítima, uma parcela do Estado não se pode omitir de seu cumprimento, se de sua ação depender, sob o risco de comprometer a fun-

10. ALBERGARIA, Jason. Manual de direito penitenciário. 1. Ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

ção integradora do Estado e sua própria finalidade social como agente do bem comum.

Também não é difícil se vislumbrar as hipóteses, previstas em lei, de cooperação entre o Poder Público e as entidades privadas.

Admite-se que o Poder Público demande a entidades privadas a realização de trabalhos de natureza remiciva. Isso pode se dar não só em serviços ou obras públicas realizados por entidades privadas, mas também através da celebração de convênios com a iniciativa privada.

O parágrafo 2º, do artigo 34, da Lei de Execução Penal, autoriza a possibilidade de celebração de convênios entre o Poder Público e a iniciativa privada para fins de implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios.

Apesar de louvável a inovação legal, esta deve ser considerada apenas como o começo ou somente como um dos caminhos a serem seguidos dentre a enorme gama de possibilidades de parceria público-privada.

A intensificação dos convênios com particulares, sem sombra de dúvida, constitui peça chave para a habilitação dos presos visando ao seu retorno ao convívio social, evitando-se ou, ao menos, minorando-se, com isso, a rejeição do seu reingresso ao mercado de trabalho.

Além disso, também entra em cena, nesta hipótese, o princípio da responsabilidade social do próprio poder público e das empresas privadas.

A ressocialização do apenado e o cumprimento de ações necessárias à sociedade, são formas importantes para ensejar o desenvolvimento de práticas de responsabilidade social tanto para o Poder Público, quanto para as empresas privadas envolvidas.

É mais uma oportunidade que ambos terão para atender às exigências legais neste aspecto, contribuindo para a consecução de mais um elemento que contribui para o bem comum da sociedade.

Portanto, tomar a responsabilidade solidária dos órgãos do Estado e a responsabilidade social de entidades públicas e privadas como embasamento jurídico para o desencadeamento de operações que permitam a efetiva implementação do instituto da remição, é dar oportunidade para que sejam cumpridos princípios fundamentais da Constituição, a fim de viabilizar entre nós o Estado Democrático de Direito e permitir a consecução do bem comum a toda a sociedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERGARIA, Jason. Manual de direito penitenciário. 1. Ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: Parte Geral, 6ª edição, Ed. Saraiva, 2000.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral, Editora Impetus, 2003.
- LE MOS, Ana Margarete; MAZZILLI, Cláudio e KLERING, Luís Roque. *Análise do trabalho prisional: um estudo exploratório*, Revista de Administração Contemporânea, versão on-line – set./dez. de 1998, disponível em [www.scielo.br](http://www.scielo.br)
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal 5. Ed. São Paulo: Atlas, 1990.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral, Editora Revista dos Tribunais, 2000



CAPÍTULO IX  
**PERDA DOS DIAS REMIDOS E O PRINCÍPIO  
DA PROPORCIONALIDADE<sup>1</sup>**

*Daniel Nicory do Prado\**

**Sumário** • 1. Introdução – 2. A lógica meritocrática da execução penal: 2.1. A remição de pena – 3. A proporcionalidade na teoria dos direitos fundamentais – 4. Interpretação da perda dos dias remidos a partir do princípio da proporcionalidade: 4.1. Critério da Adequação; 4.2. Critério da necessidade; 4.3. Critério da proporcionalidade em sentido estrito – 5. Conclusões – 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A edição da Súmula Vinculante nº 9, pelo Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup>, encerrou uma longa discussão, no ponto de vista da prática judiciária, acerca da constitucionalidade da perda dos dias remidos, como efeito da sanção judicial pela prática de falta disciplinar grave, pelo indivíduo em cumprimento de pena privativa de liberdade.

Se a pacificação de um tema, pela jurisprudência, não deve ser motivo para que o jurista teórico desista de sua tese, já que a passagem do tempo necessariamente alterará a composição de todos os tribunais, abrindo caminho para possíveis mudanças de entendimento, é mais estratégico refletir, enquanto o tempo não passa, a respeito dos possíveis desdobramentos da aceitação de uma posição que, apesar de odiosa, será, a partir de agora, invariavelmente aplicada.

O presente trabalho visa a propor uma interpretação do art. 127 da Lei de Execução Penal, que impõe a perda dos dias remidos, aos internos sancionados pela prática de falta disciplinar grave, a partir do princípio da proporcionalidade

---

\* Defensor Público, Professor da Faculdade Baiana de Direito, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, membro suplente do Conselho Penitenciário do Estado da Bahia.

1. Originalmente publicado em: **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. v.2. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010.
2. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas Vinculantes**. Disponível em: < [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula\\_001\\_016](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_016)> Acesso em: 07 set. 2009. “Súmula Vinculante nº 9: O disposto no artigo 127 da Lei Nº 7.210/1984 (Lei de execução penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58”.

em matéria penal, caminho sugerido pelo Ministro Carlos Ayres de Britto, nos debates que levaram à aprovação da Súmula<sup>3</sup>.

## 2. A LÓGICA MERITOCRÁTICA DA EXECUÇÃO PENAL

A execução da pena privativa de liberdade, no Brasil, segue o sistema progressivo, em que o condenado, desde que cumpra determinadas condições, retoma gradualmente a liberdade que lhe foi tolhida, até retornar ao convívio social, seja com o livramento condicional, seja com a conversão em pena restritiva de direitos, seja com a extinção da pena, por seu cumprimento integral, ou por outros institutos de inspiração político-criminal (como o indulto, a anistia, a *abolitio criminis*, a retroação de lei mais benéfica que diminui a pena, entre outros).

Para se valer dos diversos institutos que atenuam a privação de liberdade durante o cumprimento da pena (progressão para regimes mais brandos e, neles, as saídas temporárias, o trabalho externo, a participação em curso profissionalizante, a prisão domiciliar, entre outros), o sentenciado deve ter, basicamente, bom comportamento carcerário, ou seja, respeitar as regras disciplinares da instituição total, estar presente, nos horários adequados, nas instâncias de controle, ser assíduo no trabalho e na frequência a cursos dentro da unidade, evitar envolvimento em conflitos carcerários, em suma, respeitar a hierarquia e aceitar a condição de submissão que lhe é imposta<sup>4</sup>.

3. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Debates para a aprovação da Súmula Vinculante nº 9**. Diário Judicial Eletrônico nº 172/2008. Brasília, 2009. Disponível em: < [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJe\\_172\\_2008.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJe_172_2008.pdf)> Acesso em: 07 set. 2009: O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Senhor Presidente, vou aderir, insistindo nas duas observações. O conceito de falta grave está em aberto. Nós não estamos aqui fechando nenhum compromisso com o conceito de falta grave. Depois, a perda dos dias remidos pode se dar por forma proporcional à gravidade da falta. Então, com essas duas ponderações, eu acompanho.  
O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – De qualquer forma, submetida a controle judicial devido, claro. O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Perfeito. Não estamos dizendo que se perde tudo, que os dias remidos serão totalmente perdidos a partir da constatação de falta grave. O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Só está-se dizendo da previsão da perda dos dias. O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Apenas isso, que a previsão da perda dos dias remidos é constitucional. É o que nós estamos afirmando. Então, está certo. O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – E que, portanto, não haveria falar em direito adquirido, porque estaria submetido a regras específicas. É só isso. O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Perfeito.”
4. “Analisando-se tais deveres no plano normativo – até mesmo porque no plano fático dispensaria maiores comentários – resta patente, na LEP, a intenção do Estado em converter o preso num cidadão bom, disciplinado, obediente, urbano, respeitador, socializado, trabalhador, capaz de perceber seus erros, solidário, grato e, por fim, higiênico.” Cf. SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de (coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 207-267. p. 210.

Essa lógica, que premia os disciplinados com a atenuação e o encurtamento da privação de liberdade, e pune os indisciplinados com regimes disciplinares diferenciados, e com o cumprimento integral, sem concessões, da sentença penal condenatória, tem como objetivo declarado a chamada reeducação do preso – pois quem consegue, com sucesso, sendo posto continuamente à prova, cumprir as regras rígidas de uma instituição total estaria preparado para obedecer às regras mais flexíveis do convívio social –, mas cumpre, como função principal, o papel de docilizar a massa carcerária, inibindo a eclosão de rebeliões e motins, mesmo quando as precárias condições de custódia daquelas pessoas poderiam justificar insurreições<sup>5</sup>.

A questão da reeducação – que seria o caminho para realizar a chamada função redentora ou ressocializadora da pena – torna-se problemática quando se afirma que, sob a vigência de uma ordem jurídica democrática, o preso tem direito à integridade moral e o Estado, portanto, está proibido de intervir para reformá-lo em seu íntimo, em seus valores, em suas convicções<sup>6</sup>, limitando-se o exercício do *jus puniendi* à conduta, ou seja, à exteriorização de eventuais valores conflitantes com a norma<sup>7</sup>. Por isso, as correntes teóricas garantistas não veem a ressocialização como um fim legítimo da pena, mas como um direito do apenado<sup>8</sup>. A discussão sobre a legitimidade da ideia de prisão como correção ultrapassa, no entanto, os limites do presente trabalho.

5. CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 191-194.
6. (...) a prevenção especial penal (...) tampouco pode consistir em alguma “reeducação”, nem em um “tratamento” que pretenda visualizar o homem como um ser carente em sentido “moral” ou “médico” (sentidos que costumam confundir-se, porque o “tratamento” psiquiátrico costuma ter um conteúdo moralizante, ainda que encoberto pela terminologia técnica). O criminalizado é uma pessoa com plena capacidade jurídica, à qual não se pode olhar “de cima”, e sim em um plano de igualdade frente à dignidade da pessoa, que não pode ser afetada por conceito algum. O direito penal de um Estado que respeita os Direitos Humanos, de modo algum pode considerar o criminalizado como um ser em situação de inferioridade, o que sempre seria causa de uma ingerência desmedida em sua pessoa”. cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. v.1. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 99.
7. “(...) o direito penal não pode ter intenções pedagógicas, que, na realidade, não o acreditam nem lhe acrescentam dignidade, antes ampliam e agravam a ingerência na autonomia individual. Conhecem-se os abusos repressivos em que se incorre, quando a lei não se satisfaz com ‘bons cidadãos’, respeitadores das leis, designadamente penais, e exige ‘boas pessoas’. A ‘integração social’ que um correcto sentido de prevenção supõe não passa, pois, por qualquer imposição coactiva de valores, que o direito penal não pode pretender que cada um interiorize e que a concepção de Estado democrático contrariaria em absoluto”. Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. Fac-símile da edição portuguesa, da Coimbra Editora, de 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 56-57.
8. “Disso tudo decorre que a ressocialização não é finalidade da pena, não é um dever imposto aos condenados; a ressocialização é, quando muito, um direito do apenado, ou seja, trata-se de uma série de mecanismos oferecidos pelo Estado ao criminoso, que, se assim desejar, poderá aquiescer na submissão ao programa”. cf. SCHMIDT. Op. Cit. p. 216.

## 2.1. A remição de pena

Nesse contexto, o trabalho do preso durante a expiação da pena cumpre um papel decisivo: além da atribuição de responsabilidades e do estabelecimento de uma relação de confiança entre tomador do serviço e encarcerado (por exemplo, com a autorização do manuseio de materiais e instrumentos possivelmente danosos à integridade física de outrem), ele pode significar, no caso do trabalho externo, um considerável abrandamento da privação de liberdade, permitindo a saída da unidade prisional durante o dia. O “regime trabalhista” do preso impõe uma significativa redução das garantias<sup>9</sup>, quando comparado ao do trabalho assalariado exercido por pessoas livres<sup>10</sup>, mas, além da remuneração, prevê uma contraprestação<sup>11</sup> estatal de outra natureza: a remição da pena.

A remição consiste na ficção do cumprimento de um dia adicional de pena para cada três dias de trabalho<sup>12</sup>. Para fazer efeito, ela deve ser reconhecida judicialmente, e pode ser computada para o cálculo do requisito temporal para a concessão de todos os direitos que lhe cabem durante o cumprimento da pena<sup>13</sup>. A Lei de Execução Penal impõe às unidades prisionais a remessa mensal das listas de internos engajados em atividades laborativas, e a quantidade de dias trabalhados por cada um deles<sup>14</sup>.

9. “Art. 28. O trabalho do preso, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva. § 1º. Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene. § 2º. O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.” Cf. BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84>> Acesso em: 25 set. 2009.
10. “(...) ainda que a relação de trabalho penitenciário não se encontre tutelada pelas regras da CLT, nem por isso deixa de, como bem frisou o Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, em seu voto (...), estar protegida pelos comandos maiores extraídos do Direito Constitucional do Trabalho”. CHIES, Luiz Antônio Bogo. Prisão: tempo, trabalho e remição: reflexões motivadas pela inconstitucionalidade do artigo 127 da LEP e outros tópicos revisitados. In: CARVALHO, Salo de (coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 529-562. p. 546.
11. “(...) a parcela de pena a ser abatida, o tempo de privação de liberdade a ser descontado via direito à remição, não se constitui num ato concessivo de perdão do Estado ao apenado (aquele quando no exercício do seu jus puniendi), mas sim na contraprestação legal, previamente estipulada, do Estado ao apenado, originada pela demonstração de que este (inclusive realizando atos dependentes de sua vontade, e portanto ilegítimos de imposição Estatal) prestou objetivamente os requisitos da hipótese legal de previsão do instituto.” (GRIFOS NOSSOS). *Ibidem*. p. 538.
12. “Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena. § 1º A contagem do tempo para o fim deste artigo será feita à razão de 1 (um) dia de pena por 3 (três) de trabalho.” Cf. BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84>> Acesso em: 25 set. 2009.
13. “A nosso ver, não pode haver qualquer dúvida. O tempo de remição conta para todos os efeitos legais: livramento, indulto, progressão de regime. E se conta para conceder o maior e mais relevante, é lógico que conta também para o menor que é a comutação.” Cf. LEAL, João José. Algumas questões polêmicas acerca da remição penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Ano 93. v. 822. Abr. 2004. p. 457-472. p. 463.
14. “Art. 129. A autoridade administrativa encaminhará mensalmente ao Juízo da execução cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando e dos dias de trabalho de cada um deles.” cf. BRASIL.

Por outro lado, o preso punido pela prática de falta disciplinar grave perde o direito aos dias remidos até a data da infração<sup>15</sup>. Antes da edição da Súmula Vinculante nº 9, importantes correntes doutrinárias defendiam a não recepção do dispositivo pela atual Constituição<sup>16</sup>, ou, pelo menos, a restrição temporal de seus efeitos, quer por entender que a decisão que declara a remição faria coisa julgada, que a perda da remição feriria o direito adquirido, aperfeiçoado no próprio ato de trabalhar<sup>17</sup>, ou que a extensão da perda não poderia ser superior aos trinta dias previstos como limite máximo da restrição de direitos, no art. 58 da LEP.

A Súmula Vinculante nº 9, entretanto, no mesmo sentido da jurisprudência já então predominante, significou a rejeição de ambas as teses, dispondo que os dias remidos serão perdidos mesmo quando declarados judicialmente, e sem se sujeitar ao limite trintenário da Lei de Execução Penal. No entanto, o Supremo Tribunal Federal não abriu mão do controle constitucional da perda dos dias remidos, ao enfatizar, na publicação dos debates preparatórios para a aprovação da súmula, a necessidade de examinar cada caso concreto a partir do princípio da proporcionalidade. Para que se possa seguir a indicação do STF, antes é preciso ter em vista, com a brevidade que o espaço permite, as principais reflexões sobre a proporcionalidade, na teoria dos Direitos Fundamentais, e as suas repercussões na área penal.

Outras características do instituto, que, por não terem previsão legal expressa, geram certa controvérsia na dogmática, como a remição pelo estudo<sup>18</sup> e a remição ficta pelo descumprimento do dever estatal de oferecer trabalho a todos os apenados<sup>19</sup> não serão discutidas, por ultrapassarem os propósitos do presente estudo.

### 3. A PROPORCIONALIDADE NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Embora seja relevante para a teoria constitucional e para a teoria geral do Direito, a controvertida natureza da proporcionalidade – princípio, postulado,

---

Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84>> Acesso em: 25 set. 2009.

15. “Art. 127. O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.” Cf. *Ibidem*.

16. Cf. LEAL. *Op. Cit.* p. 469-470.

17. “(...) ora, o direito adquirido à remição não tem sua gênese na decisão judicial que reconhece e declara o abatimento temporal da pena; este é apenas o momento do ato jurídico que formaliza o abatimento temporal e viabiliza que se produzam os demais efeitos legais de alteração do título executivo, perfectibilizando a influência do instituto na totalidade dinâmica e jurídica dos casos concretos de execução penal.” CHIES. *Op. Cit.* p. 544.

18. LEAL. *Op. Cit.* p. 465-467.

19. CHIES. *Op. Cit.* p. 552-554; LEAL. *Op. Cit.* p. 467-468.

máxima, etc. – não será discutida no presente trabalho. O que importa é ressaltar a grande importância de seu estudo, na contemporaneidade, e de suas consequências na resolução de conflitos, é entender o seu modelo geral de aplicação, e identificar as suas repercussões em matéria penal, desde o princípio da individualização da pena, até uma aplicação específica da sua lógica às sanções por faltas disciplinares cometidas durante a execução penal.

Segundo Robert Alexy, a máxima da proporcionalidade decorre da própria natureza dos princípios jurídicos, por ele entendidos como mandamentos de otimização, diante das possibilidades fáticas e jurídicas, para o alcance de estados ideais que consistiriam em sua realização plena (sempre impossível). Para o autor, a verificação da proporcionalidade, com suas máximas parciais, é um percurso para a otimização, já que dela devem resultar as medidas eficazes para a realização de princípios, cujo peso, no caso concreto, indicou a sua precedência sobre princípios colidentes, porém com o dever de restringir somente o mínimo necessário a realização destes últimos<sup>20</sup>.

Humberto Ávila, em sua concepção sofisticada, embora controvertida, do postulado da proporcionalidade, sustenta que ele não se confunde com a ideia de proporção, encontrada em vários ramos do Direito, e que, para que seja o caso de sua aplicação, é preciso que se esteja diante de uma relação entre meios e fins<sup>21</sup>, fins esses entendidos como resultados extrajurídicos empiricamente controláveis que se pretende alcançar com uma determinada medida, prevista no ordenamento para ser adotada por uma autoridade<sup>22</sup>.

José Joaquim Gomes Canotilho, por outro lado, identifica o princípio da proporcionalidade com a proibição do excesso, e com o seu reverso, o princípio da “proibição por defeito” ou por insuficiência de proteção, reitera que também se trata da análise das relações entre meios e fins, e entende que o controle judicial da proporcionalidade deixa um espaço de conformação mais amplo para os atos do legislador, que seriam sindicáveis apenas no caso de erro manifesto<sup>23</sup>.

Acompanhando a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, a dogmática convencionou a existência de um método trifásico de verificação da proporcionalidade de uma determinada medida, que, embora haja alguma

20. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 116-120.

21. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed., amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 161.

22. *Ibidem*. p. 162-163.

23. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2004. P. 266-273.

divergência terminológica, pode ser assim resumido: o exame da proporcionalidade pressupõe a verificação da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito de um determinado meio, com relação ao fim que com ele se quer alcançar<sup>24</sup>.

No exame da adequação, procura-se avaliar a aptidão do meio para o alcance daquele fim – resultado extrajurídico empiricamente controlável –; no exame da necessidade, procura-se comparar os meios adequados ao alcance do fim, escolhendo-se o que restringe com menor intensidade os Direitos Fundamentais afetados por aquela medida; no exame da proporcionalidade em sentido estrito, procura-se comparar os prejuízos provocados pela adoção dos meios com os benefícios resultantes do alcance daqueles fins. Tal exame é sucessivo: se o meio for rejeitado por inadequação, nem sequer se passa à etapa seguinte da avaliação, e assim por diante.

Embora esse não seja o objetivo do presente trabalho, uma das principais fragilidades deste percurso tradicional de verificação da proporcionalidade está na passagem da adequação para a necessidade, resumida pelo seguinte problema: e se um determinado meio promove a realização de um fim com mais intensidade do que outro, mas também é muito mais oneroso para os Direitos Fundamentais afetados? Luciano Feldens ressalta que essa não é somente uma preocupação acadêmica, já que a tendência é que meios mais gravosos e radicais alcancem resultados mais intensos do que meios mais brandos<sup>25</sup>. Desta forma, embora seja comum encontrar na literatura a afirmação de que só se avalia a necessidade dos meios igualmente adequados<sup>26</sup>, não se pode deixar de

24. ALEXY. Op. Cit. p. 116-117; ÁVILA. Op. Cit. p. 165-173; CANOTILHO. Op. Cit. p. 269-271.

25. “Cabe anotar a consideração de Gonzalez-Cuellar Serrano, para quem a análise não deveria ter em mira o meio *mais eficaz*, mas o meio *suficientemente eficaz*. Isso porque normalmente a medida mais gravosa assegura com maior intensidade que a medida mais benigna a consecução do fim perseguido, de sorte que o juízo de *necessidade* simplesmente deixaria de existir, sendo substituído pelo critério da maior eficácia. Sem embargo, O Tribunal Constitucional, bem como a doutrina alemã, negam que o critério de *necessidade*, reclame, em qualquer hipótese, a substituição da medida mais prejudicial se a menos lesiva não apresenta não apresenta igual aptidão (eficácia) para a satisfação do fim; ou seja, a eficácia do meio menos lesivo deveria ser a mesma que a do mais gravoso, para que esta medida pudesse ser considerada excessiva. Devemos buscar conjugar as duas proposições. Se por um lado não podemos simplesmente promover uma procura cega, à revelia de qualquer critério valorativo, pelo meio mais eficaz, por outro, não há como anularmos a liberdade de configuração do legislador quando, operando sobre uma zona limítrofe, decida-se por uma sanção de tal ou qual natureza. Ou seja, em dada medida, o juízo de *suficiência da eficácia* está acometido exclusivamente ao legislador, sendo tal escolha jurisdicionalmente sindicável apenas quando se mostrar arbitrária ou manifestamente desproporcional” cf. FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P. 164-165.

26. “(...) o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados”. ÁVILA. Op. Cit. p. 170.

levar em conta que tal atitude representaria a aceitação de uma medida muito mais restritiva aos direitos afetados, em troca de um pequeno acréscimo na promoção do fim, quando comparada a outra medida, o que parece afrontar a própria lógica da proporcionalidade. No entanto, segue-se a regra geral segundo a qual, sempre que houver dúvida na comparação entre os meios, é preciso preservar a escolha legislativa<sup>27</sup>.

Em matéria penal, alguns autores identificam uma dupla face na proporcionalidade, que consistiria, por um lado, na proibição do excesso e, por outro, na proibição da escassez ou da proteção deficiente<sup>28</sup>. A proibição do excesso é mais facilmente perceptível, pois consiste no abrandamento das consequências impostas legislativamente, sempre que objetivamente excessivas; a proibição da escassez, no entanto, não pode ter o mesmo alcance, já que o agravamento das consequências impostas legislativamente violaria o mais importante princípio do Direito Penal – o da legalidade – embora possa ter algum efeito no controle de constitucionalidade de leis posteriores mais benéficas para o réu, consideradas, pelos tribunais, excessivamente brandas, preservando a normatividade anterior à alteração.

O presente trabalho, no entanto, adotará a concepção tradicional de proporcionalidade em matéria penal como proibição do excesso<sup>29</sup>, compreendendo os momentos da cominação, da aplicação e da execução da pena<sup>30</sup>, embora Ávila enxergue uma distinção conceitual entre proibição de excesso e proporcionalidade, que, para os objetivos do presente trabalho, não será discutida<sup>31</sup>.

#### **4. INTERPRETAÇÃO DA PERDA DOS DIAS REMIDOS A PARTIR DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

A preocupação do Ministro Carlos Ayres de Britto, nos debates que levaram à edição da Súmula Vinculante nº 9, pode ser resumida na seguinte afirmação: nem toda sanção por falta disciplinar deve ter, como efeito, a perda de todos os dias remidos. Além disso, o critério para a limitação dos efeitos da perda dos dias remidos seria a gravidade da falta: quanto mais grave a falta, maior a extensão da perda.

27. *Ibidem*, p. 169.

28. FELDENS. *Op. Cit.* p. 155; 191-210; 215.

29. NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. Tradução de Antônio Martins. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. v. 71. Mar-Abr. 2008. p. 205-232. p. 208.

30. *Ibidem*, p. 211.

31. ÁVILA. *Op. Cit.* p. 165.

Se o cerne da preocupação (impedir que a perda de todos os dias remidos seja um efeito automático de qualquer sanção por falta grave) é irretocável, o critério limitador sugerido (gravidade da falta) merece uma análise cuidadosa, visto que a Lei de Execução Penal já impõe uma restrição, dispondo que apenas a sanção por faltas graves poderá ter esse efeito. Segundo a regulação vigente, as faltas disciplinares podem ser graves, médias ou leves, sendo que essas duas últimas modalidades serão especificadas pela legislação local<sup>32</sup>.

Por outro lado, o rol de faltas disciplinares graves é uniforme em todo o território nacional e está definido no art. 50 (para as penas privativas de liberdade)<sup>33</sup> e no art. 51 (para as penas restritivas de direitos) da Lei 7.210/84. Além disso, o art. 52 da mesma lei estabelece que a prática de crime doloso constitui falta grave e, quando a mesma ameaça subverter a ordem e a disciplina internas, sujeita o preso ao regime disciplinar diferenciado, no qual se impõem restrições severas ao contato com o mundo exterior e ao convívio com outros presos<sup>34</sup>. Uma discussão sobre a constitucionalidade do regime diferenciado, embora relevante, não é o propósito do presente trabalho.

Assim, entre as faltas disciplinares que podem ter como efeito a perda dos dias remidos – faltas graves – só há duas distinções, previstas em lei, que permitem a aferição do maior ou menor desvalor de cada uma para a ordem jurídica:

32. “Art. 49. As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções.” Cf. BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84>> Acesso em: 25 set. 2009.
33. “Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II – fugir; III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV – provocar acidente de trabalho; V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas; VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei. VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. (Incluído pela Lei nº 11.466, de 2007) Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório” cf. *Ibidem*.
34. “Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003) I – duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003) II – recolhimento em cela individual; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003) III – visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003) IV – o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003) § 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003) § 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003).” cf. *Ibidem*.

1) o fato de a falta constituir ou não um ilícito penal; 2) o fato de a falta, além de ser um ilícito penal, subverter a ordem ou a disciplina, e de as sanções correspondentes, além daquelas ordinariamente previstas para as faltas graves – perda dos dias remidos, das saídas temporárias, regressão de regime – incluírem a sujeição do preso ao regime disciplinar diferenciado.

Por isso, caso se queira seguir o critério enunciado pelo Ministro Carlos Ayres de Britto, a primeira consequência é sustentar que: a extensão da perda dos dias remidos será maior caso: 1) a falta disciplinar seja um ilícito penal; 2) a falta disciplinar em questão sujeite o preso ao regime disciplinar diferenciado.

No entanto, tal critério, além de parecer insuficiente, por persistir no tratamento indistinto entre faltas muito diferentes entre si (como fugir e possuir aparelho de telefone celular, ou, ainda, sob o mesmo manto da “fuga”, a conduta de quem cava um túnel partindo de sua cela para o mundo exterior, e a de quem apenas deixa de retornar da Saída Temporária), não é o mais apropriado, dentro da própria lógica meritocrática da Lei de Execução Penal, para dar conta de todas as dimensões do princípio da proporcionalidade.

No presente trabalho, a partir do percurso tradicional de avaliação da proporcionalidade de uma medida – exames parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – procurar-se-á identificar outros critérios de compatibilização da perda dos dias remidos com a Constituição.

#### **4.1. Critério da Adequação**

Se o exame da adequação é aquele que se faz para constatar a aptidão de um meio para o alcance de determinado fim, é preciso refletir acerca do fim que se deseja alcançar com a perda dos dias remidos. Mais amplamente, o fim de qualquer sanção cabível pela prática de falta grave é punir a indisciplina. Na lógica meritocrática da Execução Penal, pune-se o indisciplinado e premia-se o disciplinado, que, se continuar em sua trajetória de respeito à ordem na instituição total, terá o direito de ser progressivamente desinstitucionalizado, até recuperar a liberdade, antes do termo final da sentença condenatória.

Para punir o indisciplinado eficazmente e preservar a ordem, é preciso reconhecer, em primeiro lugar, que aquele indivíduo continua sendo uma pessoa complexa, que, em seus diferentes círculos e momentos de convivência, pode apresentar comportamentos diferentes e até contraditórios.

O interno da instituição total pode, perfeitamente, exercer o seu trabalho com correção, cumprindo o horário e dando bons resultados, e, no convívio com outros presos, ter maiores dificuldades de adaptação, praticando infrações disciplinares de vários graus.

Punir esse preso – disciplinado no trabalho, indisciplinado no pavilhão – com a perda dos dias remidos significa não reconhecer o seu mérito por ter respeitado as normas da instituição total num determinado espaço, pois o privará dos frutos da atividade exercida nesse espaço em que teve bom comportamento. O mesmo ocorre com a suspensão temporária do direito de visitas de familiares por infração disciplinar que, nem mesmo indiretamente, tenha relação com as modalidades de contato com o mundo exterior admitidas pela Lei de Execução Penal.

Numa das primeiras reflexões modernas sobre a proporcionalidade em matéria penal, Cesare de Beccaria sustenta que a sua principal função – para quem vê legitimidade no Direito Penal – é impedir que punições idênticas para crimes de diversa gravidade encorajem os homens à prática de crimes mais graves, especialmente quando forem mais proveitosos, já que o eventual prejuízo – pena – seria o mesmo imposto à prática de crimes menos ofensivos e menos proveitosos para o delinquente<sup>35</sup>.

A mesma lógica pode ser aplicada ao Direito Disciplinar, sobretudo no âmbito da Execução Penal. Uma punição que atinja determinados direitos do condenado sem que o mesmo tenha, em seu exercício, violado as normas disciplinares, não punirá um ato de indisciplina com o objetivo de preservar a ordem; ao contrário, punirá momentos de disciplina, com o risco de, por via oblíqua, gerar mais indisciplina<sup>36</sup>.

Diante disso, qual seria o critério mais apropriado para reconhecer a complexidade da trajetória prisional de cada sentenciado e não puni-lo com a perda dos frutos de uma atividade que ele exerceu respeitando as normas da instituição total? **A relação entre a falta disciplinar e o trabalho atribuído ao preso.**

35. “se dois crimes que atingem desigualmente a sociedade recebem o mesmo castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo que temer uma pena maior para o crime mais monstruoso, decidir-se-á mais facilmente pelo delicto que lhe seja mais vantajoso; e a distribuição desigual das penas produzirá a contradição, tão notória quando freqüente, de que as leis terão de punir os crimes que tiveram feito nascer. Se se estabelece um mesmo castigo, a pena de morte por exemplo, para quem mata um faisão e para quem mata um homem ou falsifica um escrito importante, em breve não se fará mais nenhuma diferença entre esses delitos; destruir-se-ão no coração do homem os sentimentos morais, obra de muitos séculos, cimentada por ondas de sangue, estabelecida com lentidão através mil obstáculos, edifício que só se pode elevar com o socorro dos mais sublimes motivos e o aparato das mais solenes formalidades.” Cf BECCARIA, Cesare de. **Dos Delitos e Das Penas**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>> Acesso em: 22 set. 2009. p. 44.

36. “Entendemos que a disposição contida no art. 127 da LEP é por demais severa. Não só não contribui para, como dificulta, o processo de ressocialização do condenado. Este, uma vez cometida a falta grave, que pode constituir-se numa simples recusa ao trabalho, ao perder os dias remidos, perde também a motivação para observar a disciplina prisional, tão necessária para viver com a esperança ou a confiança num futuro retorno à liberdade.” cf. LEAL. Op. Cit. p. 469.

Essa afirmação não é totalmente inovadora, visto que o referido critério já foi esboçado na literatura especializada<sup>37</sup>, embora ainda não tenha sido discutido com a profundidade necessária, nem avaliado a partir de seu enquadramento ao percurso tradicional de verificação da proporcionalidade.

Assim, se se entende o sistema progressivo como a recuperação gradual da liberdade, a partir do exercício de vários direitos pelo condenado, que consistem em verdadeiros “votos de confiança” dados pelo Estado repressor – como a saída sem vigilância direta, o trabalho externo, o trabalho interno com instrumentos capazes de ofender a integridade física de outrem –, a perda dos dias remidos só faz sentido se aquela falta grave, em particular, representar a quebra da relação de confiança estabelecida com a atribuição do trabalho. Por isso, a primeira consequência da adoção de tal critério é: as faltas disciplinares que não tenham nenhuma relação com o trabalho atribuído ao preso não podem ter, como efeito, a perda dos dias remidos.

Assim, o exemplo mais elementar seria o do preso que, exercendo trabalho interno, no regime semiaberto, deixa de voltar de uma Saída Temporária. Como a relação de confiança violada não foi a do exercício do trabalho, mas a da saída sem vigilância direta, os efeitos da sanção não podem alcançar a remição da pena.

Para a melhor concretização desse critério, alguns fatores devem ser levados em conta: a natureza e o local do trabalho (interno ou externo), a natureza e o local da falta. De logo, pode-se perceber que algumas faltas disciplinares, por sua própria natureza, sempre estarão adequadas a gerar, como efeito, a perda dos dias remidos, a saber: as condutas de provocar acidente de trabalho e de se recusar a executar o trabalho atribuído.

As demais faltas exigirão uma análise mais cuidadosa, caso a caso. Se a fuga, por exemplo, ocorrer durante o trabalho externo ou em razão de facilidade proporcionada pelo exercício de trabalho interno, será adequada a perda dos dias remidos, assim como em qualquer outra falta praticada durante o trabalho, como o cometimento de crime doloso ou a participação em movimento de subversão da ordem.

37. “Acrescente-se ainda que a razão de punir no art. 127 não tem o condão de vincular a sanção à infração cometida. Não há necessariamente um nexo causal entre as faltas graves e o trabalho realizado. Desta forma, não se pode admitir que a eficácia de uma atividade esteja subordinada a não ocorrência de condutas que nenhuma relação tem com a sua realização, pois, do contrário, estar-se-ia admitindo uma modalidade de responsabilidade objetiva ao arripio da Lei.” cf. ROCHA, Felipe Borring. Remição: reflexões acerca da interpretação jurisprudencial prevalente do art. 127 da Lei de Execuções Penais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 44, ago. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1094>>. Acesso em: 22 set. 2009.

Outras faltas disciplinares poderão ser cometidas não durante o trabalho, mas em razão dele, como a posse indevida de instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem (o preso, que trabalha na cozinha da unidade, leva consigo uma das facas de carne para a sua cela, no repouso noturno) ou de aparelho de comunicação (o preso retorna do trabalho externo portando um telefone celular e consegue omiti-lo na revista).

Uma vez identificadas as infrações disciplinares que podem sujeitar o sentenciado à perda dos dias remidos, ainda no âmbito da adequação, é preciso refletir sobre a extensão propriamente dita desses efeitos. Isto porque é possível, e até provável, que o mesmo interno venha a exercer modalidades diferentes de trabalho (interno e externo), em regimes diferentes (fechado, semiaberto e aberto) e em locais diferentes (no caso de transferência entre unidades prisionais).

Desta forma, várias questões se impõem: é adequada a extensão da perda dos dias remidos, no caso de falta cometida no exercício do trabalho externo, a todo o período de trabalho interno? É razoável que uma falta cometida em regime mais brando alcance os dias remidos pelo trabalho em regime mais gravoso? É razoável que os efeitos da sanção pela falta alcancem os dias de trabalho exercidos em outra unidade prisional, ainda que no mesmo regime de cumprimento de pena?

Nos casos extremos, não há dificuldade: é bastante evidente que o trabalho interno exercido em regime fechado numa determinada unidade prisional não pode ser alcançado pela perda dos dias remidos decorrente de falta disciplinar cometida, durante o trabalho externo, em regime semiaberto, em outra unidade, e que, por outro lado, é adequado que se perca a remição de todo o período, mesmo que muito prolongado, de exercício do mesmo trabalho, no mesmo regime, na mesma unidade, embora a extensão da perda deva ser analisada a partir dos outros critérios de verificação – necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No entanto, muitas situações intermediárias podem ocorrer, graças à obscura complexidade do cumprimento das penas no Brasil: o preso pode mudar de regime sem mudar de unidade (na Bahia, os chamados “Conjuntos Penais” abrigam presos de mais de um regime, separados em pavilhões ou alas diferentes<sup>38</sup>), pode mudar de unidade sem mudar de regime (para se aproximar da família, ou, entre unidades próximas, por interesse do interno – aproximar-se do local de trabalho externo – ou, lamentavelmente, por conveniência da administração); pode exercer o mesmo trabalho, apesar de ter mudado de regime (seja

38. BAHIA. Tribunal de Justiça. Corregedoria-Geral de Justiça. Provimento nº 14/2007. Disponível em: <[http://www.tjba.jus.br/corregedoria/arquivos/PROVIMENTO\\_2007-14.doc](http://www.tjba.jus.br/corregedoria/arquivos/PROVIMENTO_2007-14.doc)> Acesso em: 22 set. 2009.

o trabalho interno, quando ele permanecer na mesma unidade, seja o trabalho externo, exercido desde o regime fechado, em obra pública, e mantido depois da progressão); pode exercer a mesma modalidade de trabalho, no mesmo regime, em unidades diferentes (trabalho interno na cozinha); pode exercer a mesma modalidade de trabalho, em regimes diferentes, em unidades diferentes (vale o exemplo anterior); pode mudar a modalidade de trabalho, no mesmo regime, na mesma unidade (do trabalho interno na cozinha para o trabalho externo em indústria, em regime semiaberto).

Sempre que se deparar com situações-limite como as definidas no parágrafo acima, o mais prudente para o jurista é considerar, na dúvida, adequada a escolha legislativa<sup>39</sup> – perda dos dias remidos – e passar para a segunda etapa do exame da proporcionalidade.

#### 4.2. Critério da necessidade

Se o exame da necessidade de uma medida é, em verdade, a sua comparação com outras medidas adequadas à realização de determinado fim, para que se avalie qual delas viola com menor intensidade os direitos fundamentais por ela afetados, a perda dos dias remidos deve ser apreciada no contexto das demais sanções por falta disciplinar, que, para exemplificar com as principais, são: isolamento em local adequado, suspensão do direito de visitas, revogação de regalias administrativas, revogação das saídas temporárias, revogação da autorização de trabalho externo, regressão de regime, inclusão em regime disciplinar diferenciado.

Cabe lembrar que, embora a simples desvinculação do preso, do trabalho interno que lhe foi atribuído, não constitua propriamente uma sanção, pertencendo ao âmbito da discricionariedade da administração penitenciária, ela já representa um prejuízo considerável, em razão da perda da remuneração, da qualificação profissional e do auxílio para suportar a passagem do tempo. No entanto, por mais que isso pareça injusto, se, na normatividade vigente para o trabalho livre, é permitida ao empregador a despedida sem justa causa, não há motivo para que a administração carcerária não tenha a mesma prerrogativa na administração do trabalho interno dos presos.

No entanto, como o trabalho, durante a execução penal, é um direito do preso, a prerrogativa que a administração carcerária tem de dispensá-lo de uma determinada atividade vem acompanhada de deveres e consequências: dispensando-o, deve atribuir-lhe outra ocupação compatível com suas aptidões, ou,

39. ÁVILA Op. Cit. p. 169.

caso não haja oferta suficiente de atividade para todos os internos – o que normalmente acontece – a dispensa pura e simples do trabalho terá como consequência a remição ficta dos dias em que o preso não trabalhou porque o Estado não cumpriu o seu dever de empregá-lo<sup>40</sup>, exceto, é claro, quando for o caso, durante o período, necessariamente breve, de isolamento em lugar adequado.

Desta forma, a primeira resposta dada ao sentenciado que comete falta disciplinar relacionada ao trabalho poderá ser a sua dispensa daquela atividade, sem que isso constitua sanção e, por isso, tal providência prescinde de procedimento administrativo ou judicial em que se garantam a ampla defesa e o contraditório.

Avaliando as sanções propriamente ditas – e tendo em vista a providência sem natureza sancionatória descrita acima – sempre que alguma sanção menos gravosa se mostrar suficiente para a punição da indisciplina, a perda dos dias remidos será desnecessária.

Qual o fundamento para entender que a perda dos dias remidos é a mais grave dentre as sanções por falta disciplinar? Porque, enquanto as demais interferem na qualidade da pena privativa de liberdade, ela interfere em sua própria quantidade<sup>41</sup>.

Desta forma, partindo da premissa de que a perda dos dias remidos é sempre a mais gravosa das sanções por falta disciplinar, como ponderar a sua necessidade no caso concreto? Aqui é preciso invocar o posicionamento do Ministro Carlos Ayres de Britto: na falta de um critério específico, observa-se a gravidade da falta. Em regra, se a falta grave em questão, relacionada ao trabalho, não configurar ilícito penal, a perda dos dias remidos será desnecessária, visto que as demais sanções serão mais do que suficientes para a reprovação da indisciplina.

Rigorosamente, será desnecessária a imposição de qualquer sanção disciplinar, no caso do trabalho interno, bastando a dispensa do preso indisciplinado, que, como visto, embora não possua conteúdo sancionatório propriamente dito, e, por isso, prescinda de procedimento administrativo ou judicial para a sua efetivação, já produz efeitos desfavoráveis o suficiente para reprovar, nesse caso, a indisciplina.

40. Ver item 2.1. e nota 18.

41. “A punição do sentenciado que incide em falta grave no estabelecimento custódio em que se encontra recolhido não deve consistir no aumento do tempo de seu cárcere – nem que decorra esse acréscimo do restabelecimento de quantia anteriormente desconsiderada pela remição (...)” ROSSETTI, Janora Rocha. Remição de pena: adequação do art. 127 da Lei de Execução Penal ao texto constitucional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Ano 82. v. 697. Nov. 1993. p. 264-268. p. 265; CHIES. Op. Cit. p. 540.

Entre as faltas disciplinares penalmente atípicas, a mais grave e mais difícil de delimitar em seus efeitos é a fuga (art. 50, II, da Lei de Execução Penal). Se a evasão do sentenciado é relacionada com o trabalho (quer interno, quer externo), a imposição de alguma das sanções cabíveis, ou até de todas elas, não é, *a priori*, desnecessária, e, na dúvida quanto à escolha legislativa, deve-se considerá-la, nesse segundo aspecto, proporcional, sem prejuízo da terceira etapa de verificação – a proporcionalidade em sentido estrito.

#### 4.3. Critério da proporcionalidade em sentido estrito

Se o exame da proporcionalidade em sentido estrito pressupõe que a medida em análise é adequada e necessária à realização do fim, cabe verificar, nessa última etapa, a relação de custo-benefício propriamente dita, ou seja, se os benefícios do alcance daquele fim são superiores ou inferiores aos malefícios que necessariamente serão causados aos direitos fundamentais afetados por aquela medida.

No caso da perda dos dias remidos, o que se cotejará, nessa última etapa, não é o seu cabimento, mas a sua extensão. Assim, quando a perda dos dias remidos for adequada e necessária para reprovar a indisciplina, o mais importante será avaliar se ela poderá alcançar todo o período de trabalho relacionado com a falta, ou se deverá ter, em função de sua gravidade ou de outras circunstâncias, alguma limitação temporal.

A perda ilimitada dos dias remidos pode representar não só a aplicação desproporcional da mesma sanção a faltas de diferente gravidade, mas também a aplicação desproporcional de sanções diferentes a faltas de idêntica gravidade, ou até à mesma falta, quando praticada por mais de um interno, pois o sentenciado que tiver trabalhado por mais tempo até praticar a conduta indisciplinada perderá maior número de dias de remição<sup>42</sup>. Além disso, a sujeição dos dias remidos a uma “eterna” condição resolutive pode representar um considerável desestímulo ao trabalho da pessoa condenada à privação de liberdade<sup>43</sup>, sobretudo quando se sabe que, na prática, em muitos casos, a principal contraprestação do trabalho interno é a remição da pena<sup>44</sup>.

Esse desestímulo ao trabalho penitenciário é justamente o que se pretende evitar com a verificação da proporcionalidade em sentido estrito da perda dos dias

42. “Trocando em miúdos: quanto mais se trabalha, mais se perde. Quando não se trabalha, nada se perde.” Cf. ROSSETTI. Op. Cit. p. 266.

43. ROSSETTI. Op. Cit. p. 267; CHIES. Op. Cit. p. 547.

44. CHIES. Op. Cit. p. 546.

remidos, visto que os benefícios dela (preservação da ordem pela reprovação da indisciplina) podem ser superados por seus malefícios (desestímulo do trabalho).

Mais complexa, no entanto, é a determinação desses limites temporais. De início, é preciso observar que a Súmula Vinculante nº 9 exclui expressamente a limitação temporal do art. 58 da Lei de Execução Penal<sup>45</sup> – trinta dias –, dando a entender que a perda dos dias remidos pode abranger um período mais longo.

Uma alternativa é a aplicação analógica do prazo de cessação dos efeitos da falta grave, para a concessão do indulto, que, tradicionalmente, é de doze meses, compreendidos entre a data da conduta indisciplinada e o dia 25 de dezembro do ano a que se refere o decreto<sup>46</sup>.

Embora, nesse caso, a falta grave prejudique o requisito subjetivo para a concessão de um direito a ser reconhecido em momento posterior à sua prática, enquanto a perda dos dias remidos afeta um período anterior à falta, esse é o melhor critério disponível no ordenamento, porque consiste na limitação dos efeitos da falta grave numa hipótese de extinção da punibilidade (indulto) e num caso de redução da pena imposta (comutação), ambos resultantes do perdão estatal (total ou parcial) ao condenado. Por isso, com maior razão, também deve haver uma limitação temporal dos efeitos da falta grave, no caso em que o condenado, por seu mérito, remiu (resgatou) parte do tempo de privação de liberdade.

Fixado o limite máximo para a perda dos dias remidos – dias trabalhados compreendidos nos doze meses anteriores ao cometimento da falta –, é preciso ponderar a existência de outros critérios que definam sua exata medida, de acordo com a gravidade da infração disciplinar.

Começando a análise pela fuga (art. 50, II, da Lei de Execução Penal) que, nos termos propostos no presente trabalho, é a única falta grave penalmente atípica, quando relacionada com o trabalho, em face da qual a perda dos dias remidos é uma sanção necessária, pode-se encontrar, como critério, a duração da

45. “Art. 58. O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)”. cf. BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84>> Acesso em: 25 set. 2009.

46. Com algumas alterações na redação, referentes à apuração da falta, que são irrelevantes para os propósitos do presente trabalho, a mesma previsão pode ser encontrada no art. 4º de cada um dos últimos quatro decretos de indulto. Cf. BRASIL. Decreto nº 6.706, de 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/92636/decreto-6706-08>> Acesso em: 25. Set. 2009; Idem. Decreto nº 6.294, de 11 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/94230/decreto-6294-07>> Acesso em: 25 set. 2009; Idem. Decreto nº 5.993, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/95100/decreto-5993-06>> Acesso em: 25 set. 2009; Idem. Decreto nº 5.620, de 15 de dezembro de 2005. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/96192/decreto-5620-05>> Acesso em 25 set. 2009.

evasão. Assim, por exemplo, se o preso permanecer evadido por três meses até a recaptura ou a reapresentação espontânea, poderá perder os dias remidos pelo trabalho nos três meses anteriores à evasão, e assim por diante, até o limite máximo de doze meses.

Quando as faltas disciplinares também constituírem ilícitos penais, um parâmetro pode ser o da perda dos dias remidos na proporção da pena mínima cominada abstratamente no tipo. Embora tal critério pareça violar a presunção de inocência, além de desconsiderar o fato de que o enquadramento jurídico da conduta pode ser modificado pelo juiz, do processo de conhecimento, na sentença condenatória – se for o caso de oferecimento da ação penal –, ele tem uma inegável vantagem: impedir punições desproporcionais em razão de delitos de menor potencial ofensivo.

Como, lamentavelmente, o entendimento jurisprudencial predominante desconsidera a presunção de inocência e sustenta que a punição, pelo juiz da execução, em razão da prática de falta disciplinar penalmente típica, independente da apuração da responsabilidade do agente pelo juiz criminal competente<sup>47</sup>, o critério da pena mínima em abstrato, pelo menos, evita que se puna com o mesmo rigor, no que diz respeito aos dias remidos, a lesão corporal leve contra um companheiro de cela e o homicídio contra a mesma pessoa, respeitado, em qualquer caso, o limite máximo dos doze meses anteriores à prática da conduta indisciplinada.

## 5. CONCLUSÕES

Os estudos realizados permitem as seguintes conclusões:

A afirmação da constitucionalidade do art. 127 da Lei de Execução Penal, pela Súmula Vinculante nº 9 do Supremo Tribunal Federal, não impede o controle material da constitucionalidade da perda dos dias remidos a partir de critérios como o da proporcionalidade.

47. “(...) a LEP também prevê como falta grave, no que tange às penas privativas de liberdade, a prática de fato previsto como crime doloso (art. 52). Tal previsão legal é frequentemente utilizada em processos de execução penal – em que sobrevém notícia de o apenado ter sido preso em flagrante, ter sido indiciado ou estar sendo processado por outro delito –, para o fim de regressão de regime, revogação de livramento condicional, perda de dias remidos, indeferimento de comutação e indulto, etc., além, por óbvio, da própria sanção disciplinar. (...) Da mesma forma, também é muito comum que os demais operadores da execução penal (juizes, promotores de justiça, administradores de estabelecimentos prisionais, etc.) embora tenham conhecimento da garantia constitucional da presunção de inocência, simplesmente silenciem acerca de sua confrontação com o enunciado previsto no art. 52 da LEP, produzindo um discurso jurídico que, em suma, sobrepõe uma lei ordinária (LEP) à própria Constituição.” Cf. SCHMIDT. Op. Cit. p. 257.

A preocupação manifestada pelo Ministro Carlos Ayres de Britto, nos debates que levaram à aprovação da referida súmula, pode ser resumida na seguinte afirmação: nem toda falta disciplinar grave, judicialmente reconhecida como tal, deve ter como efeito automático a perda de todos os dias remidos pelo apenado.

Para controlar a proporcionalidade da perda dos dias remidos, é preciso seguir o percurso tradicional de verificação do princípio, estabelecido pela dogmática jurídica: exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito do meio (perda dos dias remidos) com relação ao fim desejado (reprovação da indisciplina e preservação da ordem).

No exame da adequação, concluiu-se que só as faltas graves relacionadas com o trabalho atribuído ao preso (cometidas durante a atividade laborativa ou em razão dela) são adequadas para gerar a perda dos dias remidos, visto que a imposição dessa perda a um interno que descumpriu as normas da instituição total em outro contexto, não reprovará a indisciplina, mas a conduta de alguém que, durante o trabalho, agiu disciplinadamente, trazendo o risco de, por via oblíqua, gerar mais desestímulo ao respeito das normas disciplinares.

No exame da necessidade, concluiu-se que só as faltas graves que também constituem ilícitos penais devem ter como sanção a perda dos dias remidos, visto que, para as penalmente atípicas, outras sanções menos gravosas (que interferem na qualidade, e não na quantidade da pena de prisão) são suficientes para reprovar a indisciplina, exceto no caso de fuga, visto que, diante de uma situação-limite, deve-se respeitar a opção legislativa e seguir para a etapa seguinte de avaliação.

No exame da proporcionalidade em sentido estrito, trata-se não tanto de definir o cabimento da perda dos dias remidos, mas de mensurar a sua extensão. Concluiu-se que deve haver uma limitação temporal para a perda, visto que nem mesmo diante de uma causa de extinção da punibilidade que depende do bom comportamento do apenado (indulto), a falta disciplinar grave tem efeitos perpétuos.

O melhor critério disponível no ordenamento é justamente o prazo de doze meses, para além do qual a falta grave praticada por um interno não pode prejudicar a concessão do indulto ou da comutação. Transportando-o para a perda dos dias remidos, tem-se que, no máximo, ela pode alcançar os dias trabalhados nos doze meses anteriores à prática da falta.

Definida a extensão máxima da perda dos dias remidos, cabe estabelecer a sua exata medida. No caso de fuga, concluiu-se que o alcance da perda deve ser idêntico à duração da evasão. Por exemplo, se o apenado ficar evadido durante três meses, a perda dos dias remidos atingirá os três meses anteriores à data da

fuga, respeitada a extensão máxima mencionada no parágrafo anterior. No caso de infração disciplinar penalmente típica, concluiu-se que o alcance da perda deve ser idêntico ao tempo da pena mínima abstratamente cominada ao fato, respeitado o limite temporal descrito no parágrafo anterior.

## 6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARAÚJO, Fábio Roque Souza de. O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Ano 98. v. 882. Abr. 2009. p. 339-377.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed., amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BAHIA. Tribunal de Justiça. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento nº 14/2007**. Disponível em: <[http://www.tjba.jus.br/corregedoria/arquivos/PROVIMENTO\\_2007-14.doc](http://www.tjba.jus.br/corregedoria/arquivos/PROVIMENTO_2007-14.doc)> Acesso em: 22 set. 2009.
- BECCARIA, Cesare de. **Dos Delitos e Das Penas**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>> Acesso em: 22 set. 2009.
- BRASIL. Decreto nº 5.620, de 15 de dezembro de 2005. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/96192/decreto-5620-05>> Acesso em 25 set. 2009.
- \_\_\_\_\_. Decreto nº 5.993, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/95100/decreto-5993-06>> Acesso em: 25 set. 2009.
- \_\_\_\_\_. Decreto nº 6.294, de 11 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/94230/decreto-6294-07>> Acesso em: 25 set. 2009.
- \_\_\_\_\_. Decreto nº 6.706, de 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/92636/decreto-6706-08>> Acesso em: 25. Set. 2009.
- \_\_\_\_\_. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84>> Acesso em: 25 set. 2009.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Debates para a aprovação da Súmula Vinculante nº 9**. Diário Judicial Eletrônico nº 172/2008. Brasília, 2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJe\\_172\\_2008.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJe_172_2008.pdf)> Acesso em: 07 set. 2009.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas Vinculantes**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula\\_001\\_016](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_016)> Acesso em: 07 set. 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CHIES, Luiz Antônio Bogo. Prisão: tempo, trabalho e remição: reflexões motivadas pela inconstitucionalidade do artigo 127 da LEP e outros tópicos revisitados. In: CARVALHO, Salo de (coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 529-562.

- FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- LEAL, João José. Algumas questões polêmicas acerca da remição penal. **Revista dos Tribunais.** São Paulo. Ano 93. v. 822. Abr. 2004. p. 457-472.
- NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. Tradução de Antônio Martins. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo. v. 71. Mar-Abr. 2008. p. 205-232.
- ROCHA, Felipe Borring. Remição: reflexões acerca da interpretação jurisprudencial prevalente do art. 127 da Lei de Execuções Penais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 44, ago. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1094>>. Acesso em: 22 set. 2009.
- ROCHA, Luis Otávio de Oliveira. O princípio de proporcionalidade como instrumento de controle constitucional das normas penais. **Revista dos Tribunais.** São Paulo. Ano 89. v. 772. Fev. 2000. p. 463-479.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária:** estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. Fac-símile da edição portuguesa, da Coimbra Editora, de 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ROSSETTI, Janora Rocha. Remição de pena: adequação do art. 127 da Lei de Execução Penal ao texto constitucional. **Revista dos Tribunais.** São Paulo. Ano 82. v. 697. Nov. 1993. p. 264-268.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de (coord.). **Crítica à Execução Penal.** 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 207-267.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral.** v.1. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.



**CAPÍTULO X**  
**PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS.**  
**REDUÇÃO DO APRISIONAMENTO**  
**OU EXPANSÃO PUNITIVA**

*Bethânia Ferreira de Souza\**

**Sumário** • 1. Introdução – 2. A ideia das penas alternativas à prisão – 3. As regras de Tóquio e a aplicação prática das penas e medidas alternativas no Brasil – 4. Criminologia do medo e produção legislativa penal – 5. A responsabilização das penas e medidas alternativas como forma de prevenção da criminalidade – Referências bibliográficas.

## **1. INTRODUÇÃO**

Apesar do cárcere ser um fenômeno que remonta à Antiguidade, a prisão como método penal, como punição tendo um fim em si mesma é recente. No Egito Antigo, os cativos datam de 1700 a.C. a 1280 a.C. para manutenção dos escravos. Como no Egito, na Grécia, na Pérsia e na Babilônia a privação da liberdade não consistia em uma pena independente, mas sim numa forma de conter, manter sob custódia e torturar os que cometiam faltas, estavam endividados, não cumprissem com o pagamento dos impostos, fossem desobedientes ou prisioneiros de guerra.

Na Idade Média, ainda não se conhecia o cárcere, a custódia como pena autônoma, a prisão serve para custodiar aqueles que seriam submetidos à pena de morte, à mutilação, ao incêndio, à forca, tratando-se, assim, de prisão preventiva ou desempenhando a função de adimplemento de dívidas contraídas.

O objetivo precípua do aprisionamento era garantir a aplicação dessas sanções penais, e, portanto, não existiam locais estruturados para funcionarem como prisão, os possíveis criminosos eram mantidos nas masmorras, vestibulos dos pelourinhos, depósitos das câmaras de suplícios. Em razão de não existir uma arquitetura penitenciária qualquer cômodo desativado poderia ser utilizado como prisão.

As penas eram cruéis e travestidas de um ritual macabro, sendo considerado um espetáculo, e serviam basicamente para reafirmar o poder do soberano, como

---

\* Defensora Pública do Estado da Bahia.

de forma precisa descreve Michel Foucault em livro *Vigiar e Punir*: “O suplício não restabelecia a justiça, reativava o poder. No século XVII, e ainda no começo do XVIII, ele não era, com todo o seu teatro de terror, o resíduo ainda não extinto de uma outra época. Suas crueldades, sua ostentação, a violência corporal, o jogo desmesurado de forças, o cerimonial cuidadoso, enfim todo o seu aparato se engrenava no funcionamento político da penalidade”.<sup>1</sup>

A pena como sanção penal teve seu nascedouro com o advento da sociedade capitalista. Isto ocorreu Século XVIII, quando se enaltecia e se ampliava o conceito de Liberdade com a Revolução Francesa e a Independência dos Estados Unidos, positivando em suas Declarações o princípio da Liberdade e tendo este como seu principal fundamento.

A Liberdade, como princípio e fundamento ideológico, à época trazia profunda conotação econômica, sendo um dos alicerces da nova ordem econômica que se impunha: o Capitalismo. Com o início de um modelo econômico onde o tempo era contabilizado como possibilidade de aquisição de riqueza, o cárcere, como pena, revelava a impossibilidade de obtenção de riqueza.

Tem importância destacar a pena canônica por ser um importante antecedente do que se conhece hoje como prisão moderna, pois é nesse tipo de pena que se encontra a raiz, a origem da pena com a função de educar, de expiar os pecados e de repensar o ato cometido.

No final do Século XVI, surgiram os embriões das prisões modernas, os chamados *workhouses* ingleses e *rasp-huis* holandeses para homens e *spinhis* holandeses para mulheres. Apresentavam, além da função de aprisionar, a de fornecer mão de obra trabalhadora forte e disciplinada como muito bem explicita Julita Lemgruber: “Aliás, diversos autores sustentam que os *bridewells*, *workhouses* e *rasp-huis*, todos caracterizados por uma disciplina férrea e pelo trabalho forçado, objetivavam justamente dobrar a resistência da força de trabalho e domesticá-la, submetendo-a à disciplina da produção capitalista.”<sup>2</sup>

No Século XIX, a pena de prisão começou a ser aplicada como pena principal, substituindo gradativamente as demais. Tornou-se a solução de cunho mais humano para o sistema penal, que tinha sua base calcada nas penas cruéis, de flagelo e de morte.

Entretanto, admiravelmente, já no final do mesmo Século XIX em que começou a ser implantada de forma abrangente, começa a receber críticas. As

1. Michel Foucault, *Vigiar e Punir*, trad. Lúcia M. Pondé Vassalo, Petrópolis Ed. Vozes, 1984, p. 46.

2. Julita Lemgruber, Artigo 2053 Uma população atrás das grades, *Jornal O Globo*, 22 de maio de 1997.

críticas baseavam-se no fato de que as penas privativas de liberdade não tinham o condão de modificar os prisioneiros, não conseguiam transformar os delinquentes em cidadãos ordeiros, que se determinassem pelas regras comuns de convivência social.

Na mesma época, Von Liszt<sup>3</sup> já enfrentava a questão da aplicação das penas de prisão aos condenados a penas de curta duração, se preocupando com a primariedade e a possibilidade de reincidência, numa clara visão relacional entre cárcere e o incentivo a prática de novos crimes, defendendo a necessidade do surgimento da implementação de substitutivos penais.

Muitos o sucederam e chega a ser alarmante como uma ideia defendida no Século XIX carece da mesma defesa nos dias de hoje. Pior, esta advocacia se fundamenta em idênticas bases justificadoras, o que demonstra uma demora na implementação de alternativas mais humanas para o sistema penal e a certeza de que o que é visto hoje como atual e contemporâneo é na verdade a modernidade e a “audácia” jurídica de séculos passados.

## 2. A IDEIA DAS PENAS ALTERNATIVAS À PRISÃO

A ideia dos Substitutos Penais ganha entusiasmo quando passa a se compreender a incapacidade da pena de prisão de cumprir a missão da ressocialização, verificando-se que a inocuidade do condenado não leva ao êxito, no que se refere a prevenção da criminalidade, pelo tratamento correto do criminoso individual e sua reinserção, o que certamente gera uma imensidão de críticas à teoria da *prevenção especial*.

A política penal ao se ver diante da realidade da não concretização de seus intentos pela pena de prisão e em especial no caso de prisão por condenação de curta duração, descobriu-se com o desafio de buscar novas formas de punir que não fosse a inocuidade do condenado.

E apesar de se viver em um paradoxo, quanto mais se observa pelos estudiosos do sistema penal a incompetência da pena de prisão por não atingir suas funções, tanto de retribuir quanto de prevenir, seja no aspecto geral ou especial, encontramos uma crescente de leis, baseadas na oportunidade, que buscam na intimidação através do aumento da pena e no endurecimento da forma de executá-las uma saída para a criminalidade. Isso vem demonstrando que não se busca a garantia da ressocialização implementando tão somente uma política de exclusão e inocuidade,.

3. VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal. Madrid: Ed. Reus, 1927

Por outro lado, a política penal no decorrer do século XX começou a se render aos já anunciados males da pena de prisão no século anterior por Von Liszt, Von Hammel e Garofalo. A Rússia foi o primeiro país a adotar o que se denomina de penas alternativas, em 1926, qual a seja a prestação de serviços à comunidade. Posteriormente, a Inglaterra, em 1948, a Alemanha em 1953, neste país somente para infratores jovens, e a Bélgica em 1963, o que hoje se conhece como a limitação de fim de semana.

No Brasil, somente em 1984, com a reforma do Código Penal, é que surgem as primeiras disposições de alternativas à prisão em no ordenamento jurídico nacional. A grande questão, que ainda é argumento dos que deixam de aplicar ou acreditar nas penas alternativas, é que o Estado produziu uma lei, à época, sem estruturar condições para que ela fosse introduzida na prática, não contemplando formas de fiscalização e estruturas no Poder Judiciário para tal.

Somente em 1990, no Brasil, após o implemento das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não-Privativas de Liberdade, as chamadas Regras de Tóquio, recomendadas pela ONU, que se começou uma mobilização política em torno da efetiva aplicação das penas alternativas.

A Lei nº 9.099, de 1995 e a Lei nº 10.259, de 2001 que criaram os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Estadual e Federal, respectivamente, a Lei nº 9.714, de 1998 que tratou de ampliar o âmbito de aplicação das penas alternativas, possibilitando sua substituição para os condenados até quatro anos de prisão, foram incentivos importante na disseminação da aplicação de penas e medidas alternativas, em especial as duas primeiras como será demonstrado neste trabalho.

O Ministério da Justiça, seguindo a recomendação das Regras de Tóquio, encetou uma política de incentivo à aplicação a essas penas e medidas não privativas de liberdade. A estrutura em torno da aplicação de penas e medidas alternativas comporta os Núcleos de Monitoramento de Penas e Medidas Alternativas que hoje já somam 389 e 20 Varas Especializadas na Execução de penas e medidas alternativas.<sup>4</sup>

Em 2009, segundo dados do Ministério da Justiça, 671.043 pessoas estavam cumprindo Penas ou Medidas Alternativas, sendo que 544.795 estavam cumprindo medidas alternativas e 126.273 estavam cumprindo penas alternativas, o que leva a crer que os Juizados Especiais Estaduais e Federais, representam a grande

4. Dados apresentados no sítio do Ministério da Justiça podendo ser acessado pelo endereço indicado: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ47E6462CITEMID38622B1FFD6142648AD402215F6598F2PTBRIE.htm>

mola propulsora desse sistema de aplicação de penas e medidas alternativas, uma vez que por esses dados existiam um contingente quatro vezes maior de pessoas cumprindo medidas alternativas do que penas alternativas.

Cabe aqui fazer uma distinção entre medidas e penas alternativas. Uma medida alternativa à prisão corresponde a qualquer instituto que busque evitar o encarceramento, podendo ser aplicada após a condenação, como no de suspensão condicional da pena, antes do início da instrução criminal, como a suspensão condicional do processo ou ainda antes mesmo do oferecimento da denúncia como nos casos de transação penal e da composição civil. As penas alternativas por sua vez remetem a uma condenação, tendo o caráter de sanção e gerando os efeitos legais de uma sentença condenatória.

Essa distinção é de extrema importância para questionarmos: o fomento à aplicação de penas e medidas alternativas é capaz de diminuir a superpopulação carcerária ou na verdade ela representa a expansão do poder punitivo do Estado?

A análise dos dados do Ministério da Justiça<sup>5</sup> sobre a população carcerária demonstra claramente que no ano 2000 existiam 232.755 presos e no ano de 2009 se encontravam no sistema penitenciário ou em delegacias um total de 473.626 pessoas.

Da simples análise estatística, já se verifica que o incentivo e o esforço despendidos pelo Ministério da Justiça não trouxeram para o sistema prisional o esvaziamento desejado. Ao contrário, em dez anos o número de pessoas presas dobrou.

Por outro lado, analisando os dados das pessoas que estão submetidos ao cumprimento de medidas e penas alternativas do ano de 2002 até 2009, assim por um período de menos de oito anos o número de cumpridores a essas medidas e penas alternativas aumentou mais de seis vezes. Em 2002, existiam 102.403 submetidos a esse cumprimento e em 2009 já existiam 671.078 cumpridores de penas e medidas alternativas.

Verifica-se com os dados apontados que por uma simplória análise numérica conclui-se que o controle social do Estado no que tange ao seu poder punitivo aumentou consideravelmente. Enquanto que em 2002, estavam subordinadas ao controle do Estado 351.088 pessoas, entre presos e cumpridores de penas e medidas alternativas, em 2009, encontravam-se subordinadas a esse controle um total

5. <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPT-BRIE.htm>

de 1.144.704 pessoas, o que demonstra que esse controle aumentou mais de três vezes no período de oito anos.

Stanley Cohen brilhantemente descreve a possibilidade de aumento do controle social sem que se verifique a diminuição da população carcerária. Ele conclui afirmando que afirmando que o sistema de controle social com a aplicação de substitutos penais se torna mais abrangente e difuso, podendo gerar uma ampliação dos dispositivos penais.<sup>6</sup>

O importante é questionar em que direção se está caminhando. Estamos caminhando na direção apontada pelas regras de Tóquio?

Positivou-se, no sistema penal brasileiro, a possibilidade da aplicação de penas e medidas alternativas sempre com a sombra da privação da liberdade. Tem-se uma visão atinente às penas e às medidas alternativas como componentes de um sistema que apresenta a pena de prisão como principal mecanismo sancionador, devendo tudo que for alternativo vir maculado pelo “benefício” da não-prisão ou pela ameaça da prisão.

Não se constrói um sistema alternativo, elaboram-se penas e medidas alternativas que não se desvinculam da prisão. Ao contrário, gravitam em torno dela e a revigoram, legitimam o sistema do cárcere.

Juarez Cirino dos Santos, citado por Salo de Carvalho, no Livro *Críticas à Execução Penal*, p. 12, ao comentar a ampliação do controle social apresenta a seguinte conclusão “os substitutos penais não enfraquecem a prisão, mas revigoram; não diminuem a sua necessidade, mas a reforçam; não anulam sua legitimidade, mas ratificam; são instituições tentaculares cuja eficácia depende da existência revigorada da prisão, o centro nevrálgico que estende seu poder de controle, com a possibilidade de reencarceramento se a expectativa comportamental dos controlados não confirmar o prognóstico dos controladores.”<sup>7</sup>

A lei n. 9.714/98 traduz essa condição submissa e acessória que subordinam penas e medidas alternativas à pena de prisão. O centro do sistema proposto pelo citado diploma legal é a substituição a uma pena de prisão, apresentando uma série de critérios objetivos e subjetivos que demonstram uma verdadeira saga que o acusado deve vencer passo a passo com o preenchimento de cada um dos requisitos, sempre cercado da sensação de impotência e de que qualquer “des-

6. Cohen, Stanley. “The punitive city: notes on the dispersal of social control”, in *Contemporary crisis*, v. 3, pp. 339-363, 1979.

7. CARVALHO, Salo de, 2008 apud SANTOS, Juarez Cirino dos, 1985, *Crítica à Execução Penal*.

lize” dele pode levar o magistrado a não considerar a aplicação de uma pena ou medida alternativa.

Somando-se a isso a vedação para aplicação nos casos de crimes violentos ou cometidos com grave ameaça e de reincidência específica e a limitação da aplicação nos casos de reincidência não específica, faz que a lei deixe de abarcar outros tantos, demonstrando para toda sociedade que não pode e não se deve deixar de infligir sofrimento aos delinquentes considerados perigosos, que ganham esse rótulo muitas vezes por serem acusados e condenados em um processo penal com ideologia inquisitória e não garantista como prevê sistema constitucional.

Assim não é difícil concluir que a lei 9.714/98 não conseguiu ampliar e fortalecer da maneira devida a aplicação de penas alternativas, por outro lado fortaleceu a pena de prisão como forma principal de sanção penal e revigorando sua necessidade de aplicação irrestrita aos “delinquentes perigosos”.

Diante de tudo isso se conclui que a política penal de aplicação de penas e medidas alternativas por ser baseada e estruturada como parte de uma política focada na pena de prisão como forma de resposta penal, não consegue de maneira satisfatória introduzir uma nova ordem alternativa que conviva concomitantemente com a ideologia do cárcere já arraigada.

### **3. AS REGRAS DE TÓQUIO E A APLICAÇÃO PRÁTICA DAS PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS NO BRASIL**

As Regras de Tóquio determinam que o recurso das medidas não privativas de liberdade deve inscrever-se no quadro dos esforços de despenalização e de descriminalização, e não prejudicá-los ou retardá-los, o que dentro do sistema penal brasileiro por sua ambiguidade representa um paradoxo, por um lado o fomento à aplicação das penas alternativas, que vem sendo realizado em um trabalho árduo do Ministério da Justiça e outras Instituições, além da sociedade civil, e por outro a intensa produção legislativa que cria hodiernamente novos tipos penais, inclusive, prevendo como pena a aplicação de penas e medidas alternativas.

Outra questão a ser destacada é a importância que as prisões cautelares possuem no cotidiano dos juízos criminais. A prisão cautelar que deveria ser aplicada somente de forma extraordinária e excepcional tornou-se lugar comum no sistema penal brasileiro.

Já em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama que “todos os seres humanos nascem livre e iguais em dignidade e direitos” e igualmente prevê em seu art. 11 “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se

presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.”

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos ( Pacto de São José da Costa Rica), que teve determinação para seu integral cumprimento pelo Decreto 678, de 06/11/1992, prevê que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. A Constituição da República de 1988 da mesma forma em seu art. 5º, inciso LVII também elenca a presunção da inocência como direito Fundamental.

Importante ainda destacar que o princípio da presunção da inocência além de ser abonação para muitas outras garantias no processo penal, como a inversão do ônus da prova e a garantia de tratamento de cidadão ao acusado, em que devem ser considerados todos seus direitos civis e políticos, faz parte do núcleo intangível da Constituição da República de 1988.

As Regras de Tóquio por sua vez determinam que “a prisão preventiva deve ser uma medida de último recurso nos procedimentos penais, tendo devidamente em conta o inquérito sobre a presumível infração e a proteção da sociedade e da vítima” Entretanto, apesar dos esforços dispensados pelo Ministério da Justiça e por vários operadores do direito a prisão preventiva continua sendo praxe no sistema penal brasileiro e com duração bem mais dilatada do que o aceitável, inclusive para acusados que ao final do processo podem ter sua pena privativa de liberdade substituída por uma pena restritiva de direito.

Da mesma forma é comum encontrar encarcerados indivíduos que terão direito à suspensão condicional do processo ou à suspensão condicional da pena.

Mais comum, ainda, é encontrar presos provisórios acusados de tráfico de drogas encarcerados por um longo período que após a desclassificação do tipo penal na sentença, passam a ser considerados como usuários, maculando todo o tempo de prisão preventiva com a pecha da ilegalidade.

O magistrado tem a sua atuação legitimada na instrução criminal pela presunção da inocência, devendo não modificar o *status* do indivíduo de cidadão livre para pessoa encarcerada pelo simples fato de ter sido denunciado.

Infelizmente não é o que se pode perceber no cotidiano das prisões brasileiras. Em 2009, o Brasil contava com aproximadamente 152.612 presos provisórios, nos sistema penitenciário, e 260.500 presos condenados, cumprindo pena nos regimes fechados, semiaberto e aberto.

A demonstração de um dado ainda mais grave é quando se compara o número de presos no regime fechado (174.372, em 2009) e o número de presos

preventivamente (152.612, em 2009, no sistema penitenciário) o número de presos condenados no regime mais grave só é 15% maior que o número de presos provisoriamente, considerando-se somente os presos provisórios que se encontram em estabelecimento prisional, e a importância de tal relação reside no fato dos presos provisórios receberem tratamento semelhante aos dos presos de regime fechado, não se submetendo ao regime progressivo.

Ressalte-se que o número de 152.612 refere-se a presos provisórios custodiados do sistema prisional, em 2009, assim, pode-se considerar que a possibilidade desse número ser ainda maior é grande, uma vez que existiam 56.614 presos custodiados em delegacia, onde os dados do Ministério da Justiça, não fazem distinção entre condenados e provisórios.

Assim, há presos provisórios cumprindo uma pena antecipada em condições idênticas ao do regime mais rígido concebido no sistema penal pátrio, sem sequer saber se serão condenados ou absolvidos, e pior podendo ao final, caso sejam condenados, serem submetidos ao cumprimento de penas e medidas alternativas.

Fica a questão: observa-se no que tange ao uso da prisão preventiva o que determina as Regras de Tóquio e outros diplomas internacionais de Direitos Humanos e a própria Constituição Brasileira?

#### **4. CRIMINOLOGIA DO MEDO E PRODUÇÃO LEGISLATIVA PENAL**

Como já explicitado nesse artigo, a política penal brasileira é uma política de paradoxos. Apesar dos diversos estudos demonstrando que a prisão não alcança o efeito esperado não se consegue estancar a produção legislativa de criminalização.

Raúl Cervini ao escrever sobre o assunto afirmou de maneira precisa que existe uma crise dentro a justiça criminal que é provocada, entre outras coisas, pela “dicotomia congênita existente entre o discurso e a realidade de nossos sistemas penais”<sup>8</sup>

Essa dicotomia, essa ambigüidade tem sua contradição acentuada principalmente quando se confronta o chamado direito penal mínimo e a intensa produção legislativa criminalizadora.

O Direito Penal Mínimo serve de base para a construção de teorias de diversos juristas que utilizam as premissas desenvolvidas por Luigi Ferrajoli e Alessandro Baratta e que apresentam como ponto de convergência o fato de que

8. CERVINI, Raúl. Os Processos de Descriminalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 68.

o Direito Penal só deve intervir quando o bem tutelado for de grande valor social. A justificativa de intervenção na liberdade individual só tem cabimento quando for de grande importância o bem tutelado e sua proteção seja imprescindível para a sociedade.

Outro ponto a ser levado em conta é a ofensividade das condutas aos bens tutelados, em que se deve tentar medir a que o grau de lesividade o bem foi submetido, bem como qual foi o impacto social daquela ofensa. Pequenos dissabores ou condutas que podem ser absorvidas e resolvidas por outras formas de intervenção não devem constituir crimes. O Direito Penal não tutela o pouco, o ordinário, sua função é tutelar o extraordinário e somente quando outra sanção, administrativa ou civil, não se mostrar hábil para contemplar a satisfação de determinada lesão.

Atualmente, a proposta de contração do sistema penal comporta fenômenos como a despenalização, a desjudicialização e a descriminalização, para Heleno Cláudio Fragoso, “uma política criminal moderna orienta-se no sentido da descriminalização e da desjudicialização, ou seja, no sentido de contrair ao máximo o sistema punitivo do Estado, dele retirando todas as condutas antissociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais”.<sup>9</sup>

Por outro lado, sofre-se uma avalanche de informações midiáticas, o “movimento de vítimas” e defesas meramente de cunho eleitoral conservador cultivam a Criminologia do Terror. Uma criminologia que não se baseia em estudos metodológicos, mas sim, em pura observação empírica e que cria um clima de medo, de fragilidade da sociedade frente aos delinquentes que devem ser penalizados e excluídos do convívio comum.

Da década de 80 até os dias de hoje, tendo seu ápice na década de 90, e respaldado pelo que denomina-se de Movimento de Lei e Ordem, construiu-se uma política pública de segurança pública na qual o enfrentamento é baseado na guerra contra..., no combate contra... que gera uma inflação legislativa de normas penais, que só se preocuparam em aumentar o tempo de pena, manter o indivíduo maior tempo excluído no cárcere e criminalizar determinadas condutas que apresentam indisposição social, mas que não chegam a merecer a intervenção do sistema penal.

E ainda quando procuraram se direcionar pelo aspecto da despenalização, continuaram a utilizar a máxima intervenção penal do Estado, uma vez que a

9. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: a nova parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991, p. 17

comemorada Lei dos Juizados Especiais, Lei n. 9.099/95 garante a despenalização, todavia, continua punindo, precipuamente, com os fundamentos do sistema penal as condutas tipificadas como crime, mas consideradas de menor potencial ofensivo. Dessa forma, a busca por amenizar o mal que causa a pena despenaliza determinadas condutas, porém continua mantendo o controle social do Estado sobre os indivíduos.

Além disso, a opinião pública e a ressonância de seus gritos no meio político geraram nas últimas décadas uma política de segurança pública de oportunismos e uma legislação penal que se baseia nos desejos da vítima.

Atualmente o que se determina a tipificação de determinadas condutas são fatores estranhos à ciência penal. O movimento organizado de vítimas, a informação midiática e a visão míope de inimigo do delinquente são fatores determinantes na tipificação de condutas.

Os movimentos sociais a favor das vítimas (especialmente de mulheres) gera uma pressão por uma intervenção agressiva de coerção dos delitos que lhes afetam. A problemática é que essa ampliação de proteção à vítima vem sendo custeada pela restrição dos direitos e garantias do seu agressor, como por exemplo nos delitos em que a mulher é vítima se dá todo o crédito de valor probatório às suas declarações em detrimento das declarações do homem.

Aliado a esse processo de movimento das vítimas, verifica-se que os meios de informação buscam cultivar a marginalização do delinquente e sua consequente exclusão da sociedade, por sua vez o Estado responde com uma política criminal baseada na Teoria do Direito Penal do Inimigo. O criminoso passa a ser tratado como algo perigoso, uma coisa que deve ser extirpada do seio da sociedade, e apesar de ter alguns direitos garantidos (para muitos era melhor que nem os tivesse) perde-se a condição de pessoa de direitos e deveres.

Sustenta-se que a dignidade da pessoa humana como princípio maior do indivíduo não cabe ao inimigo, ao criminoso. Ele não é merecedor! E quando se chega a esse ponto de reflexão se torna a importante a indagação: a maior violência é aquela que é programada, dirigida e esperada parte do Estado ou do indivíduo criminoso?

Interessante também é destacar o papel de outros setores da sociedade na criminalização de novas condutas. A partir da Constituição de 1988 setores ligados aos consumidores, ao meio ambiente, aos Direitos Humanos, às crianças e adolescentes, aos esportes, ao combate ao racismo e a homofobia, tiveram sua área de atuação protegidas, ou protegidas de forma mais clara, o que conduziu a uma mobilização, realizada por movimentos organizados ou organizações não

governamentais, para a criminalização de várias condutas, que inicialmente deveriam ser tratadas no campo civil ou administrativo.

Ademais se impôs um verdadeiro Sistema Penal de Emergência, no qual não importam os estudos da ciência penal, e sim, a resposta rápida e momentânea de determinadas situações anormais e casuísticas. Essa emergência em resolver os problemas de criminalidade propõe primordialmente a restrição da liberdade para garantia da segurança, tratando-se de um grave retrocesso no campo dos direitos fundamentais e na limitação do poder do Estado frente aos direitos humanos.

Tratando do tema liberdade *versus* segurança pública Fauzi Hassan Choukr leciona que “essa dicotomia não pode continuar a ser vista como reciprocamente excludente, mas necessita ser encarada como uma complementar”.<sup>10</sup>

O autor ao mesmo tempo alerta que a legislação de exceção produzida não pode ter o mesmo respaldo da normas constitucionais de exceção do Estado Democrático de Direito. Essas normas, como previsto pela Constituição, possuem limitações materiais, constitucionais e geográficas, enquanto aquelas por não possuírem as limitação elencadas se incorporam ao uso cotidiano, causando danos ao Estado Democrático de Direito.<sup>11</sup>

Importante destacar a relação de intervenção máxima do direito penal nas relações sociais com a criação de tipos penais que cominam penas restritivas de direito ou que cominam penas de prisão que por seu *quantum* podem ser substituídas por penas e medidas alternativas.

Quando não há uma seleção do que deve ser punido pelo sistema penal, havendo uma supervalorização deste tipo de sanção, e, portanto a tutela penal de bens que não são de extraordinária importância, verifica-se a criminalização de condutas nas quais não cabe a pena de prisão, pois essas seriam muito rígidas para casos que, na verdade, só geram incômodos sociais.

A criminalização do cambista pelo Estatuto do Torcedor, recentemente, exemplifica impecavelmente a intervenção máxima do sistema penal em questões que não são afetas ao seu necessário campo de atuação. Assim, deve-se aplicar alternativas à prisão, por serem essa muito cruel para proteger a sociedade de males menores, aumentando controle social punitivo sobre os indivíduos.

10. CHOUKR, Fauzi Hassan, Processo Penal de Emergência, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, pp.10-11

11. CHOUKR, Fauzi Hassan, Processo Penal de Emergência, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, pp.3-4.

## **5. A RESPONSABILIZAÇÃO DAS PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS COMO FORMA DE PREVENÇÃO DA CRIMINALIDADE**

As Penas e Medidas Alternativas atualmente são alardeadas como a solução para o problema da superpopulação carcerária, para resolver os altos custos do cárcere, como a melhor forma de recuperação do delinquente, meio para se evitar e reincidência e conseqüente prevenção da criminalidade.

Diante de tantas expectativas grandiosas cabe a interrogação: as penas e medidas alternativas conseguirão desempenhar esse papel?

Como foi trazido nesse trabalho as penas e medidas alternativas não geraram nos últimos anos uma diminuição da população carcerária, inclusive em razão de todos os elementos já discorridos: como a criminologia do terror, a ingerência da opinião pública e vítimas na produção legislativa, a intervenção máxima do sistema penal nas relações sociais, o sistema penal emergencial e de um sistema penal visto pela ótica do direito penal do inimigo, bem como as políticas públicas de segurança pública e o fato do sistema de aplicação de penas e medidas alternativas se comportar meramente como um braço do sistema de prisão, que o reforça e o legitima.

Certo é que ao invés de termos a esperada redução da população carcerária o que se verifica é o aumento do controle social do estado sobre os indivíduos, não existindo forma de se garantir que o fomento á aplicação de penas e medidas alternativas concorrerão para o esvaziamento das prisões.

Outro argumento comum para que se enalteça a aplicação das penas e medidas alternativas resulta na informação veiculada que os índices de reincidência ficariam num patamar muito baixo, principalmente se comparados aos índices de reincidência nas condenações à prisão, que girariam em torno de 70% a 80% dependendo do Estado da Federação.

O Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas realizado pelo ILANUD ao tratar da possibilidade da aplicação das penas e medidas alternativas contribuir para um menor índice reincidência concluiu que: “A questão dos menores índices de reincidência entre os condenados a penas alternativas, também bastante propagada, merece uma reflexão mais aprofundada com fulcro em elementos concretos. Como já mencionado, somente a partir de 2000 foi possível dar contornos a uma política nacional de execução de penas alternativas, o que equivale a dizer que, antes desse momento, as penas alternativas, quando executadas, eram-no sem que houvesse um sistema propriamente dito<sup>1</sup>, registrando-se nesse período resistências à aplicação em razão da carência de

mecanismos de fiscalização. É certo que, mesmo com a criação da CENAPA, a instalação de varas e serviços não se deu de modo instantâneo, existindo até hoje varas em processo de implementação e Estados que não contam com serviços específicos para a execução de penas alternativas.”

E continua discorrer sobre o tema: “Logo, uma avaliação que dimensionasse os índices de reincidência entre os condenados a penas alternativas em nível nacional só poderia ser atualmente realizada com fundamento em universos muito restritos e através de séries históricas demasiadamente reduzidas, atingindo-se, dessa forma, dados de pouca confiabilidade. Uma avaliação dessa espécie poderia ser realizada, no contexto atual, em duas ou três Capitais apenas, a depender da data de instalação das varas e da existência de um sistema de controle de processos arquivados que possibilitassem o acesso daqueles que se referem ao cumprimento de pena alternativa, assumindo-se, de todo modo, um risco quanto à produção desses resultados.”

Assim, verifica-se da mesma forma que não se pode afirmar que haverá uma diminuição da pena de prisão com a aplicação de penas e medidas alternativas, não se pode afirmar que haverá índices de reincidência tão baixos como são propagados pelos defensores da aplicação das penas e medidas alternativas como forma de prevenção da criminalidade.

Da mesma forma o argumento de que a aplicação de penas e medidas alternativas seria a melhor forma de recuperar o criminoso é baseada a no fracasso da pena de prisão como prevenção especial.

A teoria da prevenção especial considera que a melhor solução para o problema de criminalidade é o tratamento correto do delinquente individual e sua reinserção social. Assim, acredita-se que se descartando os motivos que levaram a pena de prisão na missão de ressocialização ao fracasso, como a exclusão da convivência em sociedade e a convivência com o submundo das prisões, poderia se recuperar o delinquente.

Além da falta de dados concretos que embasem esse fato, questiona-se o fato da ressocialização do criminoso ser tratada como um tratamento e seu grau de ingerência sobre a vida do indivíduo, sem contar que não é possível saber se houve uma mudança interna ou somente externa no criminoso.

Assim, apesar da busca pela estruturação de uma equipe de apoio interdisciplinar e de ter um foco com características bem mais humanas, impossível se afirmar que a aplicação de penas e medidas alternativas corresponde a melhor forma de recuperar o delinquente, diminuir a reincidência e por consequência prevenir a criminalidade.

Outra crítica a se fazer é que a prevenção da criminalidade é colocada por uma lógica simplista que pode levar a crer que a recuperação do delinquente causará menor índice de reincidência e conseqüente prevenção da criminalidade. Lógica simplista esta que está alheia à Criminologia e ao sistema penal.

Da mesma forma não existem estudos comprovando que o custo do aparato para se incentivar, manter a regularidade e ampliar da prestação do acompanhamento interdisciplinar e fiscalizar o cumprimento das penas e medidas alternativas será menos custoso que o custo da prisão. Ademais esse sistema, apesar do avanço nos últimos anos, ainda não é satisfatório para garantir o incentivo à aplicação de penas e medidas alternativas e seu regular cumprimento pelo indivíduo.

O Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas realizado pelo ILANUD ao tratar desse tema afirma que “Com relação à difundida idéia de que a pena alternativa se apresenta como uma opção mais barata se comparada à pena de prisão, vale dizer que, se de um lado não se conhecem os reais valores despendidos pelo poder público na manutenção do aparato prisional, de outro não são sabidas as quantias necessárias ao funcionamento do sistema de execução de penas alternativas. Não há, no momento atual, levantamento confiável cuja intenção seja aferir quais são as despesas envolvidas em cada uma das modalidades de sanção penal. Embora aparentemente a pena alternativa se mostre como menos onerosa, não é possível fazer essa afirmação sem que haja dados confirmando essa impressão.”

Diante do exposto, conclui-se que apesar da responsabilização que carrega a aplicação das penas e medidas alternativas não existem dados comprobatórios que esses fins serão alcançados.

Da mesma forma, que as Instituições de Estado e a sociedade civil devem despende esforços para que haja uma efetiva implementação da aplicação das penas e medidas alternativas para que existam dados concretos colhidos em estudos realizados com base científica, nos quais possa ser e verificado o quanto dessa responsabilização pode ser depositado sobre os ombros das penas e medidas alternativas.

Interessante também seria buscar um afastamento da sombra do instituto da prisão que macula a aplicação das penas e medidas alternativas, em que sua aplicação ou é baseada na intimidação de responder a um processo criminal, ou no agradecimento eterno ao magistrado que ao invés de lhe colocar nas masmorras de hoje lhe concede o benefício de não instruir o seu processo ou de lhe conceder penas mais brandas.

Ainda seria adequado buscar um menor controle social do Estado sobre o indivíduo, fundamentada em uma intervenção minimalista do sistema penal, procurando alcançar uma deflação legislativa penal, uma vez que a prevenção geral realizada pela lei intimidatória só quantifica mais criminosos na sociedade em razão do número de condutas que se criminalizam.

Buscar ampliar a garantia da liberdade do indivíduo em detrimento do ideal de exclusão, aliados ao cumprimento fiel das Regras de Tóquio e procurando avançar, inclusive, em relação a elas buscando a descriminalização de condutas menos importantes para o direito penal poderão garantir um avanço na construção de um sistema alternativo e não somente na aplicação de penas e medidas alternativas à prisão.

Avançar em sistema alternativo à prisão, afastando-a do ponto central do sistema penal é a forma de procurar consolidar novas formas de composição de conflitos sociais. Ter em mente que romper em definitivo com o paradigma da prisão como forma de retribuição a um mal, é o meio mais seguro na tentativa de descontinuar uma história que se iniciou com a aplicação de penas cruéis, avançou para a pena de prisão e avança como ícone de modernidade e salvação, para a aplicação de penas e medidas alternativas à prisão.

Romper com esses paradigmas pode ter como resultado um sistema de resolução de conflitos sociais que, enfim, representem a concretização do novo e do aceitável em termos de dignidade da pessoa humana, iniciando uma nova ordem penal e social.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**- Causas e alternativas, 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CARVALHO, Salo (Coord.). **Crítica à Execução Penal**, 2ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- FOCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 36ª ed. Tradução Raquel Ramalhete. Petrópolis: Editora Vozes. 2009.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. I e II 5.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, vol. 1. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009
- SILVA, Haroldo Caetano da, **Ensaio Sobre a Pena de Prisão**, Curitiba; Juruá.2009
- GOMES, Marcos Alan de Melo, **Princípio da Proporcionalidade e Extinção Antecipada da Pena**, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

- SOUZA, Marcelo Ferreira de, **Segurança Pública e Prisão Preventiva no Estado Democrático de Direito**, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- CARVALHO, Salo de, **Pena e Garantias**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- CONDE, Francisco Muñoz e HASSEMER, Winfried, **Introdução à Criminologia**, Tradução Cintia Toledo Miranda Chaves, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- CHOUKR, Fauzi Hassan, **Processo Penal de Emergência**, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, pp.10-11
- Relatório Final do Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas realizado pelo ILANUD, sítio do Ministério da Justiça, acessado em 20/08/2010 <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ47E6462CITEMID38622B1FFD6142648AD402215F6598F2PTBRIE.htm>
- VON LISZT, Franz. **Tratado de Derecho Penal**. Madrid: Ed. Reus, 1927.
- Sítio do Ministério da Justiça, acessado em 20 de agosto de 2010, <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ87675D02ITEMIDF2A839578ED546609E22E2060BA1D7A0PTBRIE.htm>
- COHEN, Stanley. **The punitive city: notes on the dispersal of social control**, in *Contemporary crisis*, v. 3, 1979.
- LEMGRUBER, Julita, **Artigo 2053 Uma população atrás das grades**, Jornal O Globo, 22 de maio de 1997.

