

# Estado social e democrático de direito e jurisdição penitenciária: um novo paradigma da execução da pena privativa de liberdade

*Gustavo Barbosa de Mesquita Batista\**

RESUMO. O presente trabalho retrata a crise do sistema penitenciário através da análise do papel da jurisdição penitenciária enquanto parte integrante e reprodutora desta crise. Entretanto, o trabalho não se resume à denúncia do problema, mas sugere um modelo de jurisdição penitenciária, conforme o paradigma do Estado Social e Democrático do Direito, mais apto a promover uma constitucionalização da execução da pena privativa de liberdade no Brasil e, por conseguinte, a concretização do respeito aos direitos humanos.

*Palavras-chave:* Jurisdição penitenciária. Sistema Penitenciário. Execução Penal.

## 1 - Noções Introdutórias

Há tempos, tem-se discutido bastante acerca da falência da pena de prisão e não faltam trabalhos acadêmicos (BITENCOURT, 2001) e informações jornalísticas oferecendo-nos um panorama cinzento acerca da execução de pena privativa de liberdade. Esta crise determina um descrédito quanto aos efeitos da aplicação de uma pena de prisão (FOUCAULT, 2000, p. 131-132) e sugere um conjunto de motivos que comprovam a ineficácia desta: altas cifras de impunidade;

---

\* Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e professor do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB.

superpopulação carcerária; violações de direitos fundamentais do homem e evasões e motins. Entretanto, todo o momento de crise tem a possibilidade de determinar uma mudança paradigmática capaz de trazer soluções para os problemas apresentados por uma realidade anterior. Tais soluções encontram-se no nível das escolhas políticas e traduzem um compromisso com um projeto de sociedade que é mediado pelo Estado, tendo por base a ordem jurídica. Desta forma, em virtude dos objetivos previstos pela ordem jurídica constitucional brasileira, deve-se acreditar que este compromisso seja com uma sociedade mais justa e mais fraterna (CF, art. 3.º, incisos I ao IV), mediado por um Estado Social e Democrático de Direito, preservando-se a idéia de supremacia da constituição e, com ela, da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.º, inciso III), que é um dos princípios fundamentais de todo este projeto político.

O paradigma que ora vai ser apresentado exige uma interpretação do direito penal enquanto garantia (própria do direito penal mínimo) (FERRAJOLI, 2002). Nesse sentido, para este modelo, o direito penal trata-se de uma garantia contra o arbítrio estatal e sua função política (BRANDÃO, 2002, p. 43 e seg.) sobrepuja qualquer outro fim pretendido com o direito penal. A função política do direito penal guarda um intenso compromisso com a 1ª Geração de Direitos do Homem, as declarações de direitos individuais, referindo-se a idéia de limitar o poder de punir do Estado. Logo, o paradigma de jurisdição penitenciária, que iremos expor, tem por fundamento maior oferecer mecanismos que buscam limitar o poder de punir do Estado.

Comprendemos que o Estado possui também um compromisso com a segurança e a transformação da

sociedade (Estado Social). Porém, os compromissos assumidos através da 2ª Geração de Direitos do Homem, não podem ser utilizados como argumentos criminalizador e maximizador (PASCHOAL, 2003; ANDRADE, 2003) das intenções do direito penal (como foram nos Estados totalitários nazofascistas e socialista soviético). O Estado social e democrático de direito não importa, em nome do princípio social (LUIZI, 2003, p. 30-32), a eliminação da força jurídica dos direitos individuais do homem, mas, contrariamente, em nome do princípio democrático, reconhece os direitos das minorias (CANOTILHO, 2002, p. 327) e, entre elas, dos apenados, limitando a intervenção repressiva do Estado e garantindo o acesso das minorias, inclusive a minoria apenada, a todos os direitos fundamentais do homem, sobretudo o direito de limitar o poder punitivo do Estado de acordo com a legalidade penal (PALAZZO, 1989, p. 43 e seg.).

As transformações sociais que devem ser executadas pelo Estado Social e Democrático de Direito não podem buscar adaptar o indivíduo à sociedade, porém, em sentido contrário, buscam adaptar o espaço social para acolher o indivíduo, respeitando seu fundamental direito de ser diferente, ou seja, de ser minoria (SCHMIDT, 2002, p. 50). O sentido de minoria aqui tomado refere-se aos padrões políticos, culturais e de orientação moral encontrados numa sociedade, pois que, minoria no sentido econômico (que será tomado mais adiante) refere-se à classe social de maior concentração das riquezas diante de uma ampla maioria excluída do acesso aos benefícios destas riquezas. Esta ampla maioria excluída das riquezas, a multidão inquieta, pode muito bem ser classificada como minoria conforme os parâmetros políticos e sócio-culturais reveladores de sua

dependência (CHOMSKY, 1999). Por isso, o conceito de minoria alcança uma idéia qualitativa e não quantitativa fora do contexto econômico.

## **2 - O Tempo Como Pena**

A pena de prisão trouxe a falsa idéia de dominar o tempo. No mundo moderno, a noção de tempo é crucial, especialmente para estrutura econômica da sociedade. Ao adquirir valor econômico, o tempo torna-se uma importante categoria da vida social moderna, daí servir muito bem para determinação da pena. Esta visão do tempo como pena, todavia, faz com que o tempo da pena distancie-se do tempo do apenado, bem como do tempo que se realiza no espaço social (MESSUTI, 2003, p. 19-50). Como o tempo da pena é pensado de forma abstrata, em nome da idéia de defesa da sociedade, e, sendo a sociedade um conceito perene (eterno), este tempo acaba desconhecendo as possibilidades da existência humana, incluindo a perspectiva da finitude do homem. Assim, quando um juiz condena alguém ao cumprimento de uma pena de vinte (20) anos, desconhece o magistrado se o apenado irá cumprir realmente esta pena, tendo em vista a possibilidade de fuga ou morte do preso. Também desconhece a possibilidade de mudanças no espaço social que desautorizem a aplicação da pena ou que impliquem a desnecessidade de aplicação da pena. Por último, a aplicação da pena não devolve a harmonia quebrada pela prática da infração, pois o crime é conhecido como o registro de uma ação passada e não há como voltar no tempo. Como disse Agostinho de Hipona: “Nossos anos vêm para ir-se, não vêm para ficar conosco; passam sobre

nós, nos pisam e nos fazem valer cada dia menos” (*Apud* MESSUTI, 2003, p. 50).

### **3 - Evolução Histórica da Pena Privativa de Liberdade**

A pena privativa de liberdade é uma forma punitiva recente na história das penas (FOUCAULT, 1999, p. 117 e seg.). Apesar da prisão ser conhecida, desde os primórdios da humanidade, esta não possuía caráter punitivo, tratando-se de um simples mecanismo de custódia dos presos, durante o julgamento, como forma de se garantir, ao final, a aplicação da verdadeira pena, quase invariavelmente de morte ou corpórea. A execução de pena privativa de liberdade é produto da ilustração que pôs fim aos espetáculos punitivos executados em praça pública denominados suplícios. Logo, o modelo punitivo centrado na pena de prisão data dos fins do século XVIII e início do século XIX, correspondendo a um período histórico que tem por volta de 200 anos (a contemporaneidade) c. Todavia, a idéia contemporânea da pena de prisão foi moldada, ainda no medievo, enquanto forma eclesiástica (BITENCOURT, 2001, p. 11-14) de se punir, daí a origem do termo penitenciária, cujo significado é o de local de penitência (OLIVEIRA, 2001, p. 5). Também podemos vislumbrar, como origem da pena de prisão, as famosas Casas de Correição holandesas e as Casas de Trabalho (Workhouses/Bridewells) britânicas, produtos da idade moderna.

Os primeiros sistemas de execução da pena privativa de liberdade (sistemas penitenciários) têm origem nos Estados Unidos da América (BITENCOURT, 2001, p. 57-80) e foram denominados de sistema filadélfico ou pensilvânico (sistema celular dos *Quackers*)

(FOUCAULT, 1999, p. 201) e sistema auburniano ou “*silent system*”. No primeiro, um rigoroso isolamento celular era mantido durante toda a pena de prisão e o indivíduo ficava a mercê de um tutor (*Quacker*), que o acompanhava promovendo estudos e leituras bíblicas e esperando alcançar o arrependimento e a purificação espiritual do apenado. O segundo propiciava o trabalho comum durante o dia, mantendo a regra do isolamento celular apenas para noite. A disciplina deste sistema penitenciário exigia que o trabalho comum fosse executado totalmente em silêncio (daí a denominação de *silent system*) e tinha por finalidade formar operários padrões para o nascente capitalismo industrial do norte dos Estados Unidos (daí a implantação deste sistema em Auburn no estado americano de Nova Iorque). (FOUCAULT, 1999, p. 200).

Tanto o sistema filadélfico como o *silent system* foram duramente criticados pelos cientistas penitenciários (RODRIGUES, 2001). O primeiro, sistema filadélfico, em virtude da promoção de um isolamento absoluto do homem, contrário a idéia do homem como ser social, e por determinar uma doutrinação moral do apenado o que importa em violação do princípio de liberdade de orientação moral, desdobramento indispensável da dignidade da pessoa humana. O segundo, sistema auburniano, por impedir o principal recurso do homem enquanto ser social, a comunicação, e, nesse sentido, transformar o seres humanos em simples coletividades amorfas, guiadas totalmente por um capataz que distribuía as tarefas e acompanhava a execução do trabalho, mediante ordens. Assim, o sistema auburniano deixa claro o seu compromisso com a disciplina da fábrica que, nos primórdios de sua organização, exigiu a constituição de uma multidão silenciosa de trabalhadores

submetida à ordem de um único gerente ou capataz. Legitima-se, portanto, através do *silent system* o domínio de um único homem sobre uma multidão, tão necessário para configuração de uma classe subalterna, conformista e, em virtude do bloqueio da comunicação, também individualista, ou seja, incapaz de lutar por direitos sociais e coletivos.

Na Europa, os modelos penitenciários sempre guardaram a ótica de que o criminoso era um ser anormal, anti-social e merecedor de um tratamento. A diferença entre estes modelos, basicamente, estava na qualidade e intensidade do tratamento, alguns sugerindo um modelo médico de tratamento [Lombroso] (MOLINA, 2000, p. 190; LOMBROSO, 2001) e outros um tratamento ressocializador composto por análise meritocrática, envolvendo um jogo de estímulos e contra-estímulos (LISZT, 1995, p. 80-91). Para tais modelos, a classificação dos criminosos em categorias diferentes era essencial em virtude da determinação de um tratamento específico a cada categoria de criminoso (Prevenção Especial). As propostas de tratamento excluíaam os indivíduos considerados incuráveis, para quem era sugerida a inocuidação: pena de morte, pena de prisão perpétua, ou medida por tempo indeterminado (LISZT, 1995, p. 85-87).

Os sistemas progressivos, inglês e irlandês (BITENCOURT, 2001, p. 82-88), apesar de, historicamente, antecederem a consolidação do paradigma ressocializador (MOLINA, 2002, p. 467), foram, a partir da ideologia do tratamento de ressocialização, implementados com os parâmetros deste, permitindo um retorno gradual do apenado à sociedade de acordo com as avaliações meritocráticas exercidas pelos agentes da execução (diretores do estabelecimento prisional; conselhos

penitenciários; assistentes sociais e médicos). Estes modelos são criticados por se fundamentarem num direito penal de autor, consubstanciando um sistema de execução penal autoritário e, muitas vezes, arquitetado por ideologias que ferem frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente pela exclusão moral que é feita no momento em que se declara a anormalidade do apenado, impedindo-lhe a progressão do regime e desconsiderando a existência de um direito fundamental: o direito de divergir. Nesse sentido, frise-se que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, desdobra-se em duas grandes proteções concretas, a da integridade física da pessoa humana e a da sua integridade moral, ambas merecedoras de tratamento constitucional, no tocante aos apenados, pelo disposto no art. 5º, inciso XLIX da Constituição Federal de 1988.

#### **4 - Os Modelos de Ressocialização**

O paradigma da ressocialização permite observar dois modelos ressocializadores: máximo e mínimo (MOLINA, 2002, p. 474-475). Conforme o modelo máximo de ressocialização, o apenado deve ser submetido a um tratamento intenso para sua reinserção social, permeado de instrumentos meritocráticos de avaliação. Em geral, tais avaliações fundamentam-se em discursos da área médica, administrativa ou social, que orientam a disciplina interna dos estabelecimentos penitenciários e as técnicas utilizadas pelo tratamento ressocializador. O objetivo do tratamento ressocializador máximo é a reforma moral do apenado (CARVALHO, 2001, p. 202-207). Portanto, conforme o que aqui foi exposto, um modelo máximo de ressocialização não está de acordo com a ordem jurídico -

constitucional brasileira, pois a pena privativa de liberdade restringe, no Brasil, apenas a liberdade de locomoção, permanecendo válidos para os presos todos os demais direitos fundamentais previstos nesta Carta Magna. Assim, o apenado preserva todas as demais liberdades, inclusive a liberdade de orientação moral (CARVALHO, 2001, p. 195), daí o firme e iniludível direito, por exemplo, de não se arrepender do crime praticado, sendo e permanecendo ele mesmo. Este direito consigna o princípio de integridade moral do apenado (dignidade da pessoa humana), invalidando, constitucionalmente, no Brasil, qualquer modelo ressocializador máximo.

O presente trabalho propõe um modelo ressocializador especial, centrado na neutralização das causas do delito, visando apenas evitar a reincidência, porém não buscando qualquer reforma moral do indivíduo (programa vinculado a um modelo de ressocialização mínimo). Entende-se que o programa de ressocialização deve obter o consentimento do apenado (perfil democrático de adesão), não se vinculando a qualquer parâmetro ideológico ou meritocrático e não visando o arrependimento e a demonstração de reforma moral, mas oferecendo condições sociais, culturais e econômicas para que seja evitada a reincidência (proposta assistencial). Nesse sentido, age externamente ao sistema penitenciário buscando, na assistência aos familiares dos detentos e na desarticulação dos mecanismos criminógenos (melhoria das condições sociais; desmantelamento de quadrilhas, bandos e crime organizado), um meio de possibilitar a reinserção social definitiva do apenado. A pena não é vista com o caráter repressivo e de tratamento, mas como um período de

tempo que o Estado dá a si mesmo, vislumbrando um projeto de transformação social que garanta, mediante intervenção social externa, condições de acolhimento do réu no meio social, evitando-se a reincidência.

O aspecto positivo deste modelo ressocializador mínimo é que o apenado não é visto como um sujeito anormal, mas como produto de toda uma realidade social que o Estado se compromete a transformar. Daí, a ressocialização é voltada para sociedade, para acolhida do apenado, trata-se de uma garantia de retorno social num espaço amigo. O tempo da pena é um tempo que o Estado dá para si, em virtude da necessária desarticulação dos mecanismos criminógenos existentes no meio social (princípio de intervenção social externa ao estabelecimento penitenciário). Assim, não é um tempo voltado para reeducação do apenado, mas para criação de um novo espaço social que permita o retorno do apenado ao convívio com a sociedade. Não se tratando de tempo para avaliação da pena, mas de tempo para atuação social do Estado, os incidentes da execução (progressão de regime; livramento condicional; saídas temporárias) devem ser encarados como um direito público subjetivo do apenado e não guardam qualquer relação com a insegurança pública e a ineficiência das políticas sociais produzidas, reflexos da má atuação do Estado, incapaz de realizar as transformações necessárias às quais se encontra normativamente vinculado. Alcançado o término da pena, ou incidente de execução libertário (como p.ex. O livramento condicional que garante o retorno do apenado ao convívio social), este deve ser colocado em liberdade, independente da avaliação dos riscos de reincidência por parte dos órgãos administrativos, pois quem deve minimizar tais riscos é o próprio Estado.

Neste modelo, o juiz não volta sua atenção para o controle do perfil pessoal do apenado (este programa vinculado a um paradigma mínimo nega a utilização de um direito penal de autor e a necessidade de reforma moral do apenado), mas sim procura fiscalizar as atividades estatais que se comprometem com a transformação social, possibilitando o retorno ao convívio da sociedade por parte de quem executa a pena. Portanto, o tempo da pena é examinado sem *prognoses* para o apenado, de maneira que todos os direitos e benefícios da execução devem ser oferecidos sem qualquer trauma pelo juiz, pois quem tem a tarefa de transformação social é o Estado – Administração, cuja ineficiência não pode violar os direitos do apenado. Contrariamente, compete ao poder judiciário, conjuntamente com o Ministério Público, tratando-se de guardiões do Estado democrático de direito (guardiões do respeito às minorias) e dos preceitos constitucionais, preservarem a segurança jurídica da execução penal, evitando o agravamento, ou modificação (no sentido de intensificar a repressão) do conteúdo da sanção penal por fato que é de responsabilidade do Estado. Assim, não se pode negar o gozo por parte do apenado de direitos públicos subjetivos (direito à progressão de regime, direito à substituição da pena privativa de liberdade por medida alternativa e direito ao livramento condicional) pelos seguintes e recorrentes motivos: falta da construção de estabelecimentos prisionais; ausência de julgamento de processos em andamento (flagrante violação do princípio constitucional da presunção de inocência); ausência de oferecimento da assistência jurídica; ausência da desarticulação externa do crime, especialmente os crimes que são cometidos em ação de quadrilha, bando ou crime organizado etc. Todas estas

são tarefas do Estado que não podem alterar ou limitar os direitos do apenado, pelo contrário, são os direitos do apenado que limitam o poder punitivo do Estado. A hermenêutica da lei penal não permite interpretação administrativa, porém, contrariamente, submete os interesses administrativos de segurança pública aos preceitos e limites da legalidade penal, enquanto garantia dos direitos individuais e fundamentais do homem. O princípio constitucional da proporcionalidade não pode ser utilizado, em matéria penal, para restringir direitos, mas tão somente para concretizá-los.

Infelizmente, a Lei de Execução Penal brasileira (LEP) de 1984 assumiu um paradigma de ressocialização máximo, proposto pela Escola da Nova Defesa Social de Marc Ancel, que redimensiona os princípios da prevenção especial, maximizando a importância dos atores administrativos, médicos e sociais na execução penal (CARVALHO, 2001, p. 193 e seg.). O resultado é que a LEP acaba possibilitando o vício do controle penal de autor através de verdadeiras práticas inquisitoriais, como, por exemplo, são os exames das comissões técnicas de classificação (triagem) para concessão dos direitos da execução e progressão de regime, ou a aplicação de sanções por faltas disciplinares, estas, no tocante às faltas médias e leves, muitas vezes em flagrante desrespeito ao princípio constitucional da legalidade penal (SCHMIDT, 2002, p. 68-69). Na verdade, a LEP, por ser uma legislação infraconstitucional e anterior a Constituição de 1988 merece ser completamente relida de acordo com o paradigma da supremacia da constituição e, portanto, não recepcionada naquilo que expressa ou tacitamente contraria os princípios constitucionais.

Compete aos juizes da execucao penal realizar uma hermenêutica constitucional da LEP e não, por exemplo, simplesmente indeferir um pedido de progressao de regime porque o parecer da comissao técnica de classificacao indica que o apenado declara não ter se arrependido do crime (quando, ao contrário, deve-se respeito ao direito de pensar diferente: integridade moral do apenado), bem como também não indeferir direitos da execucao, como o livramento condicional, porque o réu ainda responde a vários outros processos, caso, inclusive, em que o indeferimento retrata um flagrante desrespeito ao princípio constitucional da presuncao de inocencia<sup>1</sup> (pense no caso, se o réu acabasse não sendo condenado em nenhum outro processo e tivesse indeferido o livramento condicional por motivo da existencia destes processos em andamento o dano seria irreversível, pois o tempo indevido de pena executado não pode jamais ser devolvido ao apenado). Outrossim, não compete a um juiz penal ou de execucao penal exercitar futurologia (coisa própria de muitos diagnósticos médicos, administrativos, psicológicos e de assistentes sociais em sede de execucao penal). Assim, por exemplo, as lombrosianas *prognoses de que o delinqüente não voltará a delinqüir* (FREITAS, 2002, p. 173 e seg.), que continuam no receituário do Código Penal brasileiro e da LEP, não foram recepcionadas pela atual Constituicao, uma vez que não atendem ao critério do direito penal do fato, fundamento do processo acusatório, da ampla defesa e do contraditório, característica essencial do princípio constitucional do devido processo legal e da

---

<sup>1</sup> Sobre os efeitos do art. 118, I da LEP diante da nova ordem constitucional, observe julgamento nº 295.047.534 da 4ª Câmara Criminal do TJRS. In: *Crítica à Execucao Penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*, 2002. p. 698-699.

democrática instrução acusatória do processo que exige o fundamento do fato como pré-requisito do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, o juiz deve ainda agir sobre a máxima de *dê-me o fato, que eu lhe darei o direito*, se não há fato (fato futuro não é ainda fato), não existe fundamento para repressão penal, pelo contrário, prevalece o princípio da prevalência da liberdade individual que é constitucionalmente intangível na ausência do fundamento de fato. Para este modelo de análise exige-se, simplesmente, que o juiz da execução penal constitucionalize a LEP e não, como é feito na maioria dos casos, ordinarize a Constituição (SCHMIDT, 2002, p. 76), desrespeitando, abusivamente, o princípio da supremacia constitucional.

## **5 - Proposta de Solução para a Crise**

A LEP tentou empreender um modelo misto de gestão penitenciária: jurisdicional e administrativo. Entretanto, com o advento da Constituição de 1988, o modelo preponderante deve ser o jurisdicional (até porque, conforme o art. 5º, XXXV da CF/88, a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito). Desta forma, o terreno está aberto para que a LEP seja reconstruída a partir da interpretação constitucional a ser dada pelos magistrados. Lembrando sempre que o juiz não aplica a lei, mas cria a lei para o caso concreto, por meio do exercício da hermenêutica jurídica.

Torna-se desnecessário retratar também a importância de ampliar, ainda mais, o rol das infrações submetidas ao modelo penal alternativo como uma das soluções da crise do sistema penitenciário nacional. Os crimes patrimoniais cometidos sem violência e grave

ameaça à pessoa deveriam permitir, em todas as hipóteses, um controle penal alternativo, através de medidas que não impliquem a execução de pena privativa de liberdade. Assim, evitaríamos ainda mais ter que submeter alguém a todas as mazelas do cárcere que são por demais ofensivas a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, voltando particularmente para o problema da execução de pena privativa de liberdade, deve-se tentar promover uma mudança na forma de se processar os incidentes de Execução Penal, ou seja, o processo de execução criminal, especialmente quando se trate da apuração de falta grave. Na realidade, a constituição ao prevê o modelo acusatório para o processo penal, abre espaço para que ele também seja aplicado em sede de execução. Portanto, somos favoráveis a uma drástica redução dos atores da execução penal àqueles presentes no processo penal clássico: defesa; acusação e juiz<sup>2</sup>. Sendo assim, fica retirado o poder disciplinar (exceto na tomada de medidas preventivas) dos diretores de estabelecimentos penitenciários, cuja função seria meramente informativa quanto aos incidentes, deixando a cargo eminentemente judicial a análise das faltas disciplinares. Por sua vez, também nestes casos, o juiz de execução não pode agir de ofício, devendo, em virtude do recebimento das informações por parte da autoridade

---

<sup>2</sup> Esta drástica redução somente deve operar-se em sede de apuração de falta disciplinar. No tocante ao requerimento de direito público subjetivo do réu, a ampliação dos atores faz-se necessária, podendo qualquer dos atores administrativos, familiares e até mesmo qualquer do povo, intervir e reivindicar direitos para os apenados, sem restrições para legitimidade destes requerimentos em virtude da condição peculiar do preso que permite a criação de um microsistema jurídico de defesa do seu direito bastante amplo e favorável.

administrativa intimar o Ministério Público que continua sendo o *dominus litis* da ação penal em sede de execução<sup>3</sup> (v. art. 129, I da CF/88). Trata-se de uma ação penal de execução da pena e, logo, competência do Ministério Público que pode, após a análise do incidente que o administrador informa a existência de falta disciplinar, pedir arquivamento, propor a não aplicação da sanção, ou, por fim requerer a aplicação da sanção administrativa. Ao juiz compete apenas aguardar a manifestação do órgão ministerial não podendo aplicar a sanção por falta disciplinar de ofício, ou mediante a simples intimação das partes para oferecerem pareceres, de acordo com o que atualmente ocorre. Esta forma de processar a falta disciplinar garantiria uma maior imparcialidade do juiz (princípio da não contaminação) em sede de execução penal e um melhor controle e fiscalização dos atores deste processo, tendo em vista sua redução aos atores clássicos do modelo acusatório (acusação; defesa e juiz). Por sua vez, este modelo processual determinaria o afastamento

---

<sup>3</sup> Muitos contestam a existência de um Processo de Execução Criminal autônomo, em virtude da oficialidade do ato pelo qual o juiz determina o lugar de cumprimento da pena. Entretanto, hoje em dia, até mesmo este início de forma oficial vem sendo contestado, além de que, especialmente nas faltas disciplinares, persevera o princípio da presunção de inocência, pois se trata de um fato completamente novo, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório. Obviamente, diante das repercussões trazidas pelas faltas graves, algumas redundando em modificação substancial da pena por uma mais intensa do que a que está originariamente prevista no Código Penal, ou até mesmo um acréscimo na quantidade de pena a ser cumprida superior a de alguns delitos, não há como se negar, sob um parâmetro garantista, a necessidade de reinterpretação constitucional do processo de execução penal que passa a seguir os trâmites normais previstos para o devido processo legal em matéria penal, ou seja, o modelo acusatório, impedindo-se a oficialidade do juiz, necessitando da apreciação do órgão ministerial para o processamento.

do discurso abstrato de segurança, por parte da administração penitenciária, encerrando a discussão da matéria de execução penal na análise de um fato concreto que é a suposta falta disciplinar, o que traria muitas vantagens para defesa e uma melhoria sensível das condições de execução dos apenados.

Também é vedada a utilização de sanções que não estejam expressamente previstas na LEP, do contrário há séria violação do princípio da legalidade penal. Assim, os administradores penitenciários não podem, nem mesmo a título preventivo, se servirem de mecanismos repressivos que não estejam dentre os previstos no art. 53 da LEP (advertência verbal; repreensão; suspensão ou restrição de direitos; isolamento celular; inclusão em regime disciplinar diferenciado). Por exemplo, algemar detentos nas grades das celas, torturas físicas e morais, recolhimento celular despido e impedimento coletivo das visitas<sup>4</sup>, são hipóteses não expressamente previstas em lei, logo não encontrando guarida no ordenamento jurídico constitucional e, inclusive, tipificando crimes na Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 4.898/65) e na Lei de Tortura (Lei n. 9.455/97).

Por fim, vale lembrar que o princípio do Estado Social é limitado pelo princípio democrático do Estado de Direito. Assim, o argumento de segurança, que é próprio do Estado Social (presente nos relatórios das comissões de

---

<sup>4</sup> É vedado pelo art. 45, § 3º da LEP qualquer sanção de natureza coletiva. As medidas que assumam o caráter de uma sanção coletiva, restringindo coletivamente um direito indicado pela LEP, também estariam, por analogia, proibidas, como, por exemplo, vedações indiscriminadas e coletivas ao direito de visitas sob o fundamento da segurança. Na verdade, o que se deve assegurar é o direito atual, presente num artigo da lei, e não uma presunção de risco futurologicamente fundada pelo administrador.

classificação e nas avaliações médicas e sociais da execução), nunca poderá determinar a supressão ou a não concretização de um direito individual, previsto na constituição de forma declarada e concreta. Nem mesmo a título do juízo de proporcionalidade, tendo em vista que o valor administrativo de segurança não é um juízo presente e concreto, mas uma prognose abstrata (médica, sociológica ou administrativa), pode-se afastar o gozo de um direito individual elucidado de forma clara e objetiva na Constituição da República Federativa do Brasil. Vale sempre lembrar, que o discurso de segurança é um exercício de futurologia e o discurso dos direitos fundamentais é embasado numa clara declaração de direitos presente no texto da atual Constituição. A verdadeira segurança que devemos preservar, não é a segurança do juízo do administrador, mas é a segurança jurídica do respeito ao texto constitucional, evitando que qualquer pessoa sofra restrições em virtude de uma prognose administrativa ou judicial cujo tempo futuro demonstre sua completa irrealização, bem como a completa impropriedade da medida restritiva tomada, só aí se percebendo a injustiça das restrições impostas a um indivíduo submetido de forma antecipada às conseqüências da malha penal.

A dicotomia *direito penal mínimo versus direito social máximo*, não se resolve pela exclusão do indivíduo, mas, contrariamente, pela sua inclusão no tópico de defesa da sociedade através do impedimento da ação repressiva do Estado (SCHMIDT, 2002, p. 90). Defender a sociedade é defender as pessoas que a compõem de forma concreta e visível e não defender uma abstração intangível da sociedade: a sociedade criada pelo discurso do juiz, do médico, do assistente social ou do administrador

penitenciário. Assim, a defesa do apenado contra os desmandos e o autoritarismo do Estado, retrata a verdadeira defesa da sociedade e não um discurso falacioso (de saber poder) em prol de uma entidade social desconhecida e abstrata elaborada para benefício de alguns poucos e o sofrimento de muitos. Nesse sentido, vale repetir que a verdadeira e única função possível ao Direito Penal é a de limitar o poder de punir do Estado.

## **6 - Reflexão Acerca do Modelo Garantista na Execução da Pena**

É bastante esclarecedor o pronunciamento de Salo de Carvalho, concordando com Luigi Ferrajoli acerca da violência da pena:

A história das penas tornou-se, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade, de que a própria história dos delitos, porque as violências produzidas pelos delitos são menores que as produzidas pelas penas. Enquanto o delito tende a ser uma violência ocasional, impulsiva e em alguns casos, obrigatória, a violência da pena é sempre programada, consciente e organizada por muitos contra um. Logo, contrariamente a idéia de defesa social, não é exagerado afirmar que o conjunto de penas cominadas na história produziu para o gênero humano um custo de sangue, de vidas e de humilhações incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos (CARVALHO 2001, p. 207).

O significado da pena de prisão seja como local de isolamento e penitência, ou, seja como lugar de tratamento

e trabalho, guardou sempre um fundamento preponderante esclarecido pelo princípio do *less eligibility* (NEDER, 2004, p. 14), ou seja, a idéia de que o ambiente prisional deve garantir ao apenado uma existência inferior àquela que é propiciada para as classes mais subalternas de uma sociedade. Segundo os estudiosos deste princípio, caso o sistema punitivo oferecesse condições para o apenado superiores às condições em que vivem as classes mais pobres de uma sociedade, o efeito de intimidação da pena restaria comprometido. Assim, por exemplo, as Casas de Trabalho surgiram num momento em que a escassez da mão de obra determinava a prática de altos salários e um instante de prosperidade da classe trabalhadora, tudo isto nos primeiros séculos da modernidade (XVI e XVII) (RUSCHE, 2004, p. 43-58). Portanto, um modelo punitivo que forçasse ao trabalho não remunerado e garantisse mão de obra barata para capitalistas em ascensão parecia adequado e guardava em si o princípio do *less eligibility*: o tratamento dado ao apenado, em virtude da exploração gratuita de seu trabalho, era inferior ao das classes trabalhadoras assalariadas.

Logicamente, o princípio do *less eligibility* permite também analisar as razões da atual crise do sistema penitenciário brasileiro, basta fixar o olhar sobre a questão social no Brasil para que possamos perceber os reais motivos da degradação dos estabelecimentos penitenciários. Trata-se de mais uma forma sutil e cruel de legitimação do controle social exercido por uma minoria (aqui no sentido econômico) próspera sobre uma multidão inquieta e faminta, os excluídos dos benefícios da prosperidade econômica, avisando que a situação deles pode vir a ficar bem pior dentro de um fétido cárcere

brasileiro, por motivo da, muitas vezes, necessária prática de um crime como meio de inovação<sup>5</sup> (uso de recurso ilegítimo pela ordem social e jurídica): a prática de um delito para atingir as condições mínimas de sobrevivência (crimes famélicos) ou a prática de um crime na perspectiva de inclusão social e prosperidade (crimes funcionais de inovação). Sendo assim, talvez não precisássemos de tantos cárceres se desenvolvêssemos políticas sociais sérias, pois nosso povo demonstra-se conservador e não rebelde, ou seja, age no sentido dos valores sociais impostos pela identidade social assumida e não no sentido de rebelião e desconstrução dos valores sociais inerentes a uma sociedade capitalista ocidental como é a nossa.

---

<sup>5</sup> Na perspectiva sociológica de MERTON, o comportamento de inovação não busca uma mudança dos valores sociais, mas, pelo contrário, termina afirmando estes valores, pois compreende a escassez dos recursos legítimos para alcançar os fins culturais socialmente almejados, valendo-se de meios alternativos inidôneos. Assim sendo, numa sociedade capitalista, onde vigora os valores do cidadão consumidor e da propriedade, ou seja, o valor do ser para ter e do ter em essência, é completamente normal, diante da escassez de meios legítimos para alcançar tais *virtudes sociais*, que sejam praticados comportamentos de inovação, fazendo com que diversos indivíduos se sirvam de meios alternativos ilegítimos para chegarem aos fins sociais pretendidos. Não há na inovação uma discordância com os fins sociais, mas uma busca destes fins por meios ilegítimos (roubos; furtos; tráfico etc...). Desta forma, os comportamentos de inovação não são rebeldes, mas são conservadores quanto aos fins culturais de uma sociedade. Daí também as críticas ao paradigma da pena enquanto instrumento de ressocialização, pois quem pratica crimes por meio de inovação não precisa ser ressocializado, apenas necessita que sejam ampliados os canais de acesso para servir-se dos meios legítimos no sentido de alcançar os valores sociais que são comuns a todos. Aqui, o erro está na incapacidade do sistema social e econômico fornecer os meios legítimos para integração dos valores sociais.

Não se pode separar pessoa e sociedade como se fossem conceitos completamente autônomos (ELIAS, 1994). Somente existe sociedade, porque existem as pessoas que a integram. Logo, não é válido um discurso de defesa social que negue os direitos fundamentais da pessoa humana, pois estaria negando a razão da própria sociedade e, portanto, tratar-se-ia não de um discurso em defesa da sociedade, mas do interesse de alguns. Sobre o modelo de um Estado Social e Democrático de Direito as possibilidades serão sempre de ampliação de direitos e cidadania, reconhecendo uma grande variedade de direitos (individuais e coletivos) e de sujeitos de direitos. Portanto, o discurso de segurança, embasado numa equivocada noção do Estado Social, restringindo direitos individuais fundamentais, trata-se, não de um discurso em defesa da sociedade, mas do interesse de alguns que dominam o cenário político, sejam: os capitalistas neoliberais contemporâneos, os militares soviéticos de outrora, ou atuais autoridades de execução penal brasileiras, comprometidas, ainda que inconscientemente, com o *status quo* de um sistema penitenciário desumano que se esconde por traz de um sofisma muito bem elaborado: a ilusão da segurança pública. O problema é que a abstração do discurso da segurança acaba neutralizando a consciência de nossa humanidade e finitude e passamos a agir de forma quase que inconsciente e inseqüente, banalizando, burocraticamente o mal, acreditando que, em nome da segurança pública, temos o poder absoluto para destruir as vidas humanas dos apenados condenando-os *a um tempo definido apenas em um pedaço de papel*, mas capaz de causar, no tempo real da condenação, a degradação de seu suporte físico e moral. Na realidade, quando observamos

as taxas de impunidade<sup>6</sup>, somadas aos erros judiciais capazes de gerar a condenação de inocentes, percebemos que não alteramos quase nada do cenário social dentro desta nossa ânsia punitiva. Resta-nos, portanto, convencer-se de que a função do direito penal não é punir, mas, pelo contrário, limitar o poder de punir do Estado, ou seja, a perspectiva que é sugerida pelo modelo penal garantista. Somente dentro desta perspectiva encontraremos legitimidade para o discurso da dogmática jurídico penal.

A banalidade do mal foi um tema discutido por Hanna Arendt em seu livro *Eichmann em Jerusalém* (ARENDDT, 1999). Infelizmente, as autoridades brasileiras não se deram ainda conta da banalização do mal que está reproduzida nos cárceres do Brasil. Na obra *Eichmann em Jerusalém*, Hannah Arendt revela o quanto a incapacidade de reflexão, ou seja a incapacidade de construir fora dos parâmetros legais e burocráticos desenvolvidos por um Estado, no caso tratado pelo livro o Estado totalitário Nazista, pode abstrair a humanidade das pessoas e provocar imensas tragédias em nome de discursos abstratos. Eichmann, comandante nazista que executou e organizou planos de deportação e extermínio dos judeus, acabou condenado à morte, porém é aterrador observar que, mesmo diante de um tribunal formado por judeus,

---

<sup>6</sup> No Brasil, no tocante ao crime de homicídio, a taxa de impunidade beira os 80 %, ou seja, nunca conseguimos punir todos os assassinos que continuam circulando livremente em nosso meio social. É bom percebermos que mesmo países como os Estados Unidos, onde as cifras da impunidade sofreram uma queda nos últimos anos, as cifras da impunidade beiram os 60%, daí questionar-se muito os custos do encarceramento em massa que vem sendo efetivado pela adoção da política de tolerância zero.

em Jerusalém, ele demonstrava não compreender os motivos pelos quais estava sendo julgado, ainda que estivesse diante dos relatos de sofrimento e terror das vítimas de ações por ele comandadas. Estas imagens e documentos deste seu terrível passado eram insuficientes para fazê-lo comover-se do mal que havia causado. Para Eichmann, tudo o que havia feito durante a guerra era legal e legítimo, pois estava cumprindo ordens válidas e, tratando-se de um funcionário exemplar do Estado Alemão, exerceu seu papel de servidor do Estado, cumpridor fiel da lei e da ordem legitimada pelo regime político vigente, restando, portanto, tudo o que fez durante a guerra perfeitamente legal e justificado.

Em outra excelente obra, intitulada a Lei dos Juízes, François Rigaux pondera que a magistratura alemã concedeu ao regime nazista toda a legitimidade de que ele precisava para realizar as atrocidades que foram perpetradas. Nesse sentido, Rigaux revela com detalhes as jurisprudências que legitimaram desde os atentados da Noite dos Cristais, passando pelas leis de Nuremberg e, por fim, as soluções de deportação e extermínio do povo judeu (RIGAUX, 2000, p. 107-147). O relato é contundente e demonstra que tudo foi feito sem parcimônias, não se tratando de decisões a que foram forçados a tomar os magistrados, mas de uma completa adesão ao regime nazista. O princípio contido na Lei dos Juízes é aterrador e denuncia o Poder Judiciário enquanto um rincão aristocrático incapaz de conter os avanços de um Estado Autoritário, antes servindo de escudo e dando suporte a expansão do autoritarismo estatal. Nesse sentido, as decisões judiciais tomavam por base a equivalência das forças no momento histórico do Nazismo e não os ditames constitucionais da democrática constituição de Weimar,

que ainda estava em vigor. Na verdade, teria consubstanciado uma posição válida de resistência por parte da magistratura alemã, a adesão aos pressupostos formais da Teoria Pura do Direito kelseniano, ou seja, o respeito judicial ao ápice da pirâmide normativa de Kelsen: a Constituição. A simples observância da Constituição de Weimar nas decisões judiciais teria evitado, ou, ao menos, tornado imediatamente públicos e questionáveis os males mais horrendos causados pelo nazismo. Os juízes do Nazismo não eram kelsenianos, como querem afirmar alguns estudiosos superficiais do fenômeno do totalitarismo alemão, mas schmittianos, ou porque não dizer, propriamente nazistas, autoridades que aderiram ao discurso severo da segurança e conservação do Estado em detrimento das garantias individuais da pessoa humana.

## **7 - Considerações Finais**

No Brasil atual, é exatamente o desvirtuamento da proposta de interpretação do direito com base nos preceitos constitucionais, proposta que tem base no modelo garantista, que agrava a crise do Sistema Penitenciário, tendo em vista que, fundamentando-se numa interpretação da lei ordinária (a LEP), sem observar a preservação dos valores constitucionais inalienáveis e as convenções internacionais de direitos humanos, elevados ao patamar de normas constitucionais, as autoridades responsáveis pela administração penitenciária mantêm pessoas detidas em péssimas condições e dão ordens que violam a dignidade da pessoa humana, argumentando estas decisões com base numa abstrata e intangível idéia de segurança da sociedade. A incapacidade para pensar pode transformar homens comuns e aparentemente

inofensivos em cruéis personagens da história. Ocorreu com Eichmann, que por ausência de uma reflexão crítica e ética não se comoveu diante da tragédia de suas vítimas. Ocorre ainda hoje na crise pela qual passa o Sistema Penitenciário brasileiro e mundial: juízes, promotores e diretores de estabelecimentos penitenciários não se comovem diante da tragédia a que submetem os presos, porque não conseguem pensar suas decisões conforme o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e continuam utilizando-se do hobbesiano e autoritário modelo do Estado Segurança. Na crise do sistema penitenciário, nos encontramos, mais uma vez, diante da banalidade do mal e da expansão do autoritarismo estatal. Esperemos que uma atitude crítica das autoridades envolvidas nesta crise, especialmente da magistratura, barre a expansão da política repressiva do Estado e dirija os esforços do Poder Público para políticas sociais verdadeiramente democráticas e inclusivas e não para o desenvolvimento de um Estado Penitência.

**Social and democratic state of law and penitentiary jurisdiction: a new paradigm of execution of liberty private penalty.**

ABSTRACT. The present work deals with the crisis of the penitentiary system through the analysis of the role of penitentiary jurisdiction as an integral part and reproducer of this crisis. However, the work is not limited to revealing the problem, but also to suggest a model of penitentiary jurisdiction, according to the paradigm of the Social and Democratic State of Law, more capable of promoting a constitutionalization of the execution of liberty private penalty in Brazil and, consequently, the realization of the respect towards human rights.

*Keywords:* Penitentiary jurisdiction. Penitentiary system. Penal Execution.

## 8 - Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema penal a luz do princípio da legalidade*. Forense: Rio de Janeiro, 2002.

CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura de Luigi Ferajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

CHOMSKY, Noam. *A minoria próspera e a multidão inquieta*. Trad. Mary Grace Fighiera Perpétuo. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 15. ed. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2000.

\_\_\_\_\_. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 21 ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1999.

FREITAS, Ricardo Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LISZT, Franz von. *La Idea del Fin en el Derecho Penal*. Granada: Comares, 1995. p. 80-91.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 2003.

MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

NEDER, Gizlener. Nota Introdutória. In: RUSCHE Georg; KIRCHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

OLIVEIRA, Edmundo. *Política criminal e alternativas à prisão*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: SAFE, 1989.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RODRIGUES, Anabela de Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Crise da Legalidade na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal: doutrina; jurisprudência e Projetos Legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.