

Legislação criminal no Brasil: normatização simbólica?¹

Alfredo Engelmann Filho ²

Fátima Ilanna Leite Aguiar Marinho³

Resumo

O presente trabalho tem como escopo a análise das políticas e normas criminais existentes no Brasil, com enfoque principal nos instrumentos garantidores de direitos aos(as) reeducandos(as). Objetiva-se, com base em pesquisa acadêmica, demonstrar a necessidade de reavaliação do sistema penitenciário e fazer a análise sobre a efetividade das normas penais concernentes à execução penal, resguardando, porém, a necessidade de aplicação do direito penal.

Palavras-chave: pena; normatização criminal; legislação simbólica; direitos fundamentais; eficácia normativa.

Abstract

The scope of this study is to analyze criminal policies and criminal standards existing in Brazil, with main focus on guarantee instruments for prisoners' rights. The text is based on academic research, aiming to demonstrate the need for reassessment of the penitentiary system and do the analysis of the effectiveness of criminal law, especially concerning criminal enforcement but safeguarding the need for criminal law enforcement.

Keywords: punishment; criminal rules; symbolic legislation; fundamental rights; normative efficacy.

¹O presente artigo é oriundo das atividades e análises realizadas pelo Projeto de Extensão: “Assistência jurídica aos reeducandos(as) dos estabelecimentos prisionais de Criciúma/SC”, financiado pela PROPEX/UNESC.

²Alfredo Engelmann Filho. Coordenador do Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC. Coordenador e Orientador do Projeto de Extensão “Assistência jurídica aos estabelecimentos prisionais de Criciúma/SC”, da Pró-Reitoria de Graduação, Pesquisa e Extensão PROPEX-UNESC. Professor do curso de Direito da UNESC. Endereço eletrônico: a.engel.tsq@terra.com.br

³Fátima Ilanna Leite Aguiar Marinho. Acadêmica da oitava fase do Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC. Extensionista bolsista da Pró-Reitoria de Graduação, Pesquisa e Extensão - PROPEX-UNESC: “Projeto de assistência jurídica aos reeducandos dos estabelecimentos prisionais de Criciúma/SC”. Endereço eletrônico: ilannaleite21@hotmail.com.

Introdução

Crime e castigo estão presentes na sociedade desde os primórdios. O que muda, vez ou outra, dadas as terríveis condições dos estabelecimentos penais no Brasil⁴, é a forma de justificação e cumprimento do castigo.

Indica Sigmund Freud que:

[...] a existência da inclinação para a agressão, que podemos detectar em nós mesmos e supor com justiça que ela está presente nos outros, constitui fator que perturba nossos relacionamentos com o próximo e força a civilização a um elevado dispêndio de energia.”(1997, p. 68)

Em outras palavras, sempre, durante toda a história civilizatória, por diferentes fatores (instintivos, psicológicos, sociais), o homem inclinou-se à conduta proibitiva. Destes, alguns não conseguem inibir o desejo e acabam por agir em contrariedade às normas morais e/ou legais.

Preconizam Conde e Hassemer que:

Poucas realidades sociais fazem-se tão presentes no tempo e no espaço como a criminalidade e as formas de reação social frente a mesma; é uma amarga realidade que qualquer um pode experimentar, em qualquer parte do mundo, em sua própria carne, bem como autor do delito, bem como vítima, bem como delinquente e vítima ao mesmo tempo, de desigualdades e injustiças sociais, e não somente como mero expectador. (2008, p. 03)

Isto posto, imagine-se enquanto “pessoa de bem”, aquela que respeita as leis jurídicas e morais, trabalha para conseguir o que quer, repassa valores salutares aos filhos, ou seja, vive em conformidade com o bem-estar social. Agora, imagine que alguém, em contraposição a tudo o que você é e prega, resolve, seja qual for o motivo pernicioso, tirar a vida de seu filho(a) ou de alguém que você muito ama. Esta perda tem preço? É possível retribuir? Que instrumentos seriam possíveis, não para eximir, mas para mitigar a dor?

A resposta, na maioria das vezes, quando não incorre em vingança, recai em justiça retributiva, em penalização, fator este encontrado pela sociedade contemporânea para reparar os injustos sofridos por outrem.

A civilização utiliza esforços supremos a fim de estabelecer limites para os instintitos agressivos do homem e manter suas manifestações sob controle por formações psíquicas reativas. (FREUD, 1997, p. 68) Desta forma, privado alguém de um bem jurídico relevante, há que se analisar, em escala de reprovabilidade, quão importante é este bem e como retribuir a agressão. É a teoria do delito.

Leciona Claus Roxin:

⁴ Fonte: Dados provenientes do Relatório da CPI carcerária – 2010.

A evolução do sistema penal levou a que, na teoria do tipo, surgisse a interpretação em função do bem jurídico, e se desse suporte normativo às causas de justificação, com a teoria da antijuricidade material, e à culpabilidade, através de sua fundamentação pelo elemento da “reprovabilidade.” (2000, p. 24)

Ousaríamos pensar então, já que existem os delitos, que a pena é um mal necessário. Contudo, mister é definir um limite de penalização, sob o risco de também incorrer em crime.

Desta forma, existiria também, atrelada à penalização, a possibilidade de resguardar os direitos daqueles que sofrem a punição? Este é o objetivo precípua do presente trabalho, demonstrar que, apesar de necessária a penalização pela supressão da liberdade, deverá esta pautar-se em eficaz tutela estatal, que objetive a melhoria do sistema carcerário e o respeito aos direitos dos reeducandos(as), visando à ressocialização e propiciando o bem-estar social.

1. Pena: um mal necessário?

Michel Foucault, em sua belíssima obra “Vigiar e Punir”, já nos adiantava a inseparável relação entre a necessidade de penalização e a infelicidade causada pela prisão, salientando que: “Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E entretanto não “vemos” o que pôr em seu lugar. Ela é detestável solução, de que não se pode abrir mão.” (2002, p. 196)

O presente estudo não visa, aprioristicamente, discorrer sobre a ciência criminal e as diferentes escolas e correntes penais. A finalidade principal dá-se pela necessidade de justificação da pena e seus mecanismos de aplicabilidade, buscando demonstrar caminhos que possibilitem a real eficácia das normas penais brasileiras.

A pena, do latim *poena*, significa a efetivação de sanção negativa, promovida pelo Estado contra os indivíduos que infringiram normas legais e atentaram contra bens juridicamente relevantes: vida, propriedade, dignidade sexual e demais bens tutelados pelo ente estatal.

Interessante perceber que a história da pena se confunde com a história do desenvolvimento social, dado o caráter conflituoso das relações humanas.

Salienta-se que “nem sempre a lei penal teve o conteúdo e a forma que hoje atribuímos a ela[...] Contudo, todas as instituições pretéritas do direito penal e processual penal, mesmo as mais remotas, têm sempre uma finalidade consciente”.(ZAFFARONI e PIARENGENLI, 2004, p. 174)

A finalidade do direito penal é prevenir a prática de delitos através da cominação de tipos penais, que, uma vez cometidos, devem ser retribuídos através da pena.

Em observância ao supramencionado, tem-se que:

O meio pelo qual se pretende alcançar a prevenção geral é o exemplo e, seguindo a via exemplificativa, se chegará a repressão intimidatória, e, por último, a vingança. A prevenção geral se funda em mecanismos inconscientes: o homem respeitador do direito sente que reprimiu tendências que o outro não reprimiu; que privou-se do que outro não se privou, e experimente como inconscientemente como inútil o sacrifício de uma privação a que outro não se submeteu. Inconscientemente, quem se reprimiu clama por vingança[...] (ZAFFARONI E PIERANGELI, 2004, p. 102)

A necessidade de aplicação da pena como instrumento de modificação da conduta remonta as sociedades primitivas, com o intuito de promover adequação social.

Preconiza Malinowski:

No estudo da lei primitiva, percebemos essa tendência sadia no reconhecimento gradual, mas definido, de que a selvageria não é regida por caprichos, por emoções incontroláveis e pelo acaso, mas pela tradição e pela ordem[...] Descobrimos que a atitude do nativo em relação ao dever e ao privilégio é quase a mesma vigente em uma comunidade civilizada – a ponto de que ele não somente interpreta, mas às vezes também infringe a lei. (2008, p. 60)

Uma vez superados os estágios de barbárie, sem contudo se evitar as práticas de ações atentatórias a outrem, o que hodiernamente denominamos crime, coube ao Estado a tutela dos mecanismos de retribuição, com intuito de evitar a vingança privada e conseqüente retrocesso social.

Discorre Nucci:

O Estado, monopolizando a aplicação da punição em matéria penal, busca a paz social acima de tudo, pois, do contrário, vítimas e seus familiares sentir-se-iam levados a fazer “justiça coma as próprias mãos”, retornando-se à época da barbárie, com nítido descontrole social e exageros de toda ordem.(2009, p. 74)

Nesta senda, a legislação criminal é instrumento de regulamentação do sistema penal e existe porque se exigiu do homem moderno adequação às normas legais e sociais e amadurecimento moral, outorgando ao Estado o *jus puniendi*, ou seja, o direito de punir.

Destarte, o direito estatal de aplicar a sanção deve ser cotejado com as garantias do indivíduo penalizado, através de mecanismos legais e efetivos de proteção, evitando-se assim um sistema penal ineficiente e pautado em legislações simbólicas, promovendo uma judicialização excessiva das questões penais.

2. Instrumentos normativos garantidores e a eficácia dos direitos fundamentais: é a legislação criminal simbólica?

Discorrer sobre as políticas criminais brasileiras é tarefa que não se faz sem se considerar o aspecto constitucional, vez que é a Constituição norma suprema e basilar aos demais regramentos jurídicos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elencou em seu art. 5º um rol de direitos e garantias dos administrados, oponíveis contra o Estado e demais indivíduos. São estes os direitos fundamentais individuais, núcleo máximo de proteção e detentor, também, de garantias penais.

Os direitos fundamentais, visto o caráter assecuratório que possuem, permeiam, hodiernamente, as discussões jurídicas e os debates doutrinários, que visam à perquirição da real eficácia destes direitos.

Preceituam Mendes, Coelho e Branco:

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos. (2010, p. 309)

Entende-se, ainda, por direitos fundamentais, na compreensão de Ingo Sarlet:

Todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal. (2009, p. 77)

Partindo da premissa que a penalização deve, em regra, privar o indivíduo apenas de um dos seus direitos fundamentais, que é a liberdade, valor este essencial, mister é garantir a eficácia dos demais direitos atinentes aos(as) condenados(as), que, por vezes, são negados ou mitigados durante a execução penal.

Justificando, ainda, a perda da liberdade em prol do bem comum, salientam Conde e Hassemer:

A liberdade é um elemento tão indispensável para o desenvolvimento dos indivíduos que integram a sociedade como o é a segurança que devem ter os mesmos indivíduos(e, em consequência, a sociedade também) de que não serão expostos continuamente a perigos e ataques provenientes de outros indivíduos. Porém, do mesmo modo que não há liberdade absoluta, tampouco pode-se pretender uma segurança absoluta e a qualquer preço que, apesar de certamente acabar com a criminalidade, converteria a paz social na paz dos cemitérios e terminaria por eliminar todo o vestígio de liberdade do ser humano. Por isso, sob o tema de toda liberdade que seja possível, repressão só a que seja estritamente necessária, as modernas sociedades, inspiradas em princípios democráticos e entre eles por regras do Estado do Direito[...](2008, p. 165)

Existem no Brasil diversos instrumentos normativos garantidores dos direitos dos reeducandos (as), como a própria Constituição brasileira de 1988, bem como a Lei nº 7210/84, que versa sobre a Execução Penal. Existem ainda, tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), que também elenca normas voltadas ao direito penal.

Não obstante, o que se observa em relação aos instrumentos normativos garantidores é que há, em fato, um descompasso entre a previsão normativa de um plexo entrelaçamento de direitos e a dificuldade concreta que enfrentam os reeducandos(as) na busca da concretização destes direitos.

Desta forma, como se conceitua a eficácia dos direitos atinentes ao ordenamento criminal? Ocorre a real concretude e fruição dos mesmos pelos reeducandos?

Partindo da premissa da eficácia dos direitos, alguns inclusive fundamentais, subentende-se que, independentemente do pretense caráter programático da(s) norma(s) que o(s) estabelece(m), exige-se, seja por meio de políticas públicas ou da tutela jurisdicional, a efetividade dos mesmos.

Constatando-se que a execução penal é tarefa avocada pelo Estado e de competência do poder executivo, o ideal seria a efetivação de políticas públicas eficazes, sem a constante necessidade de judicializar todas as questões atinentes a concretude dos direitos dos(as) reeducandos(as).

A Constituição brasileira de 1988 preconiza em seu art. 5º, § 1º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (BRASIL, CRFB/1988, 2012). Atente-se que, dentre estas normas, existem valores que resguardam direitos daqueles que cumprem pena e que, por consequência, devem também ser passivos de imediata aplicabilidade.

O significado essencial da aplicação imediata dos direitos fundamentais é ressaltar que as normas que definem estes direitos são normas de caráter perceptivo, e não meramente programático. (MENDES, COELHO e BRANCO, 2010, p. 328)

O risco de visualizar o sistema penal como algo efetivamente retributivo, não demonstrando maiores preocupações com a prevenção e a ressocialização dos(as) reeducandos(as), incentiva a propagação de normas programáticas, sem real eficácia ou meramente simbólicas.

Leciona Marcelo Neves:

Considerando-se que a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre os sistemas político e jurídico, pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é

normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico.[...] A referência deôntico-jurídica de ação e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa ou “político-ideológica”. (2007, p. 30 e 31)

Complementa ainda o douto constitucionalista:

Evidentemente, quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tomar nenhuma providência no sentido de criar os pressupostos para a eficácia, apesar de estar em condições de criá-los, há indícios de legislação simbólica.(2007, p. 31)

Compreende-se então que, em verdade, não faltam mecanismos de defesa de direitos para vítima, tampouco, aos reeducandos(as). O que falta é a efetivação de direitos e a renovação da política criminal:

Se por política se entende a ciência ou arte de governo, por política criminal pode-se entender a política relativa ao fenômeno criminal, o que não seria mais que um capítulo de política geral. Política criminal seria a arte ou a ciência de governo, com respeito ao fenômeno criminal(ZAFFARONI E PIERANGELI, 2004, p. 129)

Passemos agora à análise da legislação de execução penal, com o intuito de demonstrar a violação dos direitos da população carcerária e conseqüente defasagem do sistema carcerário.

2.1. Execução penal e a Constituição

O sistema prisional brasileiro é o quarto do mundo em número de pessoas, ficando atrás apenas dos Estados Unidos (2,2 milhões de presos), China (1,5 milhão de presos) e Rússia (870 mil presos)⁵.

O último censo do IBGE, realizado em 2010, estimou que a população total do Brasil é de 185.712.713 milhões de habitantes. Destes indivíduos, 473.626 mil são reeducandos(as), provisórios ou permanentes.

Diante da constatação que aproximadamente meio milhão de pessoas estão encarceradas no Brasil e que há um déficit de aproximadamente 139.226 mil vagas nos estabelecimentos penais, instituiu-se a CPI do sistema carcerário, com o intuito de averiguar as denúncias de rebeliões, motins frequentes com destruição de unidades prisionais, violência entre encarcerados, com corpos mutilados e cenas exibidas pela mídia, óbitos não explicados no interior dos estabelecimentos, denúncias de torturas e maus-tratos, presas vítimas de abusos sexuais, crianças encarceradas, corrupção de agentes públicos, superlotação, reincidência elevada, organizações criminosas controlando a massa carcerária, custos elevados de

⁵ Dados inseridos no relatório da CPI do sistema carcerário, realizada em 2009.

manutenção de presos, falta de assistência jurídica e descumprimento da Lei n. 7210/84, a Lei de Execução Penal⁶.

Diante do quadro de intensa violação de direitos dos(as) reeducandos(as), tem-se a necessidade de aproximar a relação do direito penal com o direito constitucional, pois o estatuto político da Nação – que é a Constituição Federal – constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro do âmbito que deve se enquadrar a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da soberania constitucional.(ZAFFARONI E PIERANGELI, 2004, p. 132).

Compreende-se do supracitado que a constitucionalização propicia um processo pelo qual as normas constitucionais permeiam os demais ramos do ordenamento jurídico, já que este é unitário e pautado na supremacia da Constituição.

Desta análise, tem-se que estão inseridas na Lei Fundamental normas que versam sobre proteção aos direitos dos encarcerados, *verbi gratia*, o princípio da humanização ou humanidade das penas, ressaltado nos ensinamentos de Guilherme Nucci:

Adotou a Constituição Federal o princípio da humanidade das penas, significando deva o Estado, através da utilização das regras de Direito Penal, pautar-se pela benevolência na aplicação da sanção penal, buscando o bem-estar de todos na comunidade, inclusive dos condenados, que não merecem ser excluídos somente porque delinquiram, observando-se constituir uma das finalidades da pena a sua ressocialização. (2009, p. 44)

Dentre outros valores resguardados no art. 5º, da Carta Constitucional, devemos citar os seguintes incisos pertinentes à temática em comento:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Senado Federal: 1988)

Atinente a individualização da pena, complementa ainda Guilherme Nucci:

A individualização da pena encontra vínculo com o princípio da humanidade, especialmente no que concerne à individualização executória da sanção penal, pois não é segredo as condições carcerárias no Brasil, em grande parte, deixadas ao abandono, gerando estabelecimentos infectos e lotados, sem qualquer salubridade, o que, na prática, não deixa de se configurar em autêntica crueldade. (2009, p. 45)

⁶ Dados provenientes do relatório da CPI do sistema carcerário, realizada em 2009.

Importante também ressaltar a necessidade de aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, inc. III, da CRFB/88 e que se estende à execução penal.

2.2. Lei de Execução Penal e busca da eficácia

Buscando efetivar os direitos inseridos na Lei de Execução Penal, mais especificamente a assistência jurídica gratuita, foi implementado Projeto de Extensão, pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, nos estabelecimentos prisionais da cidade de Criciúma/SC.⁷

A Universidade, através do Curso de Direito, em parceria com o Departamento Penitenciário do Estado de Santa Catarina, com a Vara de Execuções Criminais de Criciúma/SC e com o Presídio Santa Augusta, efetivou projeto com a finalidade concretizar o direito à assistência jurídica aos reeducandos(as) daquele estabelecimento penal, em conformidade com a previsão dos art.11, inc. III, 15 e 16 da Lei n.7210/84, a Lei de Execução Penal.

A relevância do estudo surgiu da problemática na disparidade entre o número de advogados criminalistas atuantes no Município (advogados dativos, uma vez que ainda não há Defensoria Pública instalada no Estado de Santa Catarina), a quantidade insuficiente de agentes jurídicos atuando no Presídio e o crescente quantitativo de apenados no Presídio Santa Augusta, objetivando, ainda, suprir a necessidade de preparação do discente à futura carreira jurídica e benefícios à população carcerária e a sociedade em geral.

Os trabalhos foram prestados por acadêmicos de Direito no próprio Presídio Santa Augusta, através da manipulação de relatórios carcerários e demais instrumentos necessários à averiguação de direitos e deveres dos(as) reeducandos(as), contando com o apoio dos agentes jurídicos do estabelecimento e coordenadores do Projeto.

Utilizou-se como critério de análise apenas os reeducandos(as) sem advogado(a) ou defensor constituído, constatando-se que cerca de 50% (cinquenta por cento) dos encarcerados não possuíam acesso à assistência jurídica.

Atente-se ao disposto nos artigos 15 e 16 da Lei n. 7210/84:

Art. 15. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado.

Art. 16. As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais

⁷ Dados do Projeto de Extensão: "Assistência jurídica aos reeducandos(as) dos estabelecimentos prisionais de Criciúma/SC" – Fonte financiadora: PROPEX/UNESC.

§ 1º As Unidades da Federação deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública, no exercício de suas funções, dentro e fora dos estabelecimentos penais.

§ 2º Em todos os estabelecimentos penais, haverá local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público.

§ 3º Fora dos estabelecimentos penais, serão implementados Núcleos Especializados da Defensoria Pública para a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos réus, sentenciados em liberdade, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado

Sabedores que a assistência jurídica é um dos direitos do(a) reeducando(a), este não deve restar mitigado, sob pena de promover grave afronta à dignidade do encarcerado, visto que prejudica a apreciação dos incidentes da execução em tempo hábil (remição, progressão de regime, livramento condicional, etc.) afrontando, por vezes, o direito à liberdade.

Desta forma, propiciar à população carcerária o conhecimento de seus processos, efetiva a cidadania e visa a melhoria do Sistema Penitenciário, em virtude da celeridade, igualdade e economia viabilizados pela assistência jurídica.

Ademais, são propiciadas aos reeducandos(as) outras formas de assistência, previstas nos artigos 10 e 11 da Lei de Execução Penal:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I - material;

II - à saúde;

III - jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa.

Em que pese a Lei de Execução Penal garantir os direitos acima elencados aos reeducandos(as), o que ocorre, na prática, é o total descaso e a omissão do Poder Público, fato este descrito no relatório da CPI do Sistema Carcerário:

Após realizar diligências em 62 estabelecimentos penais em 17 Estados e o Distrito Federal, a CPI que investiga o Sistema Carcerário Brasileiro constatou total descumprimento e desrespeito às normas internacionais que tratam dos direitos dos presos e mais ainda das disposições constantes no ordenamento constitucional e legal interno referentes ao sistema carcerário, em especial a Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal.

Em todos os Estados diligenciados, o desrespeito e o descumprimento da legislação nacional se expressa na falta ou deficiência de assistência jurídica; superlotação; inexistência de políticas de ressocialização; deficiência da assistência médica, farmacêutica, psicológica, odontológica e social; prática generalizada de maus-tratos; desvios de conduta dos agentes públicos; omissão do Poder Judiciário e do Ministério Público; arquitetura antiga e inadequada dos estabelecimentos prisionais; irregularidades nos contratos de prestação de obras, serviços e fornecimento de alimentação; deficiência humana e material do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública; insuficiência de recursos e falta de política de

apoio aos egressos; e inexistência de controle social sobre a gestão do sistema penitenciário.(2009, p. 490)

Diante das constatações supracitadas, a CPI decidiu responsabilizar os Estados pela omissão no cumprimento da legislação aplicável à espécie, pelas históricas e continuadas violações aos direitos humanos dos encarcerados e pela precariedade do sistema prisional brasileiro.

Destarte, compreende-se que não há eficácia da legislação de execução penal brasileira, transmutando-se a mesma em mero simbolismo do processo legiferante.

Preceitua Marcelo Neves sobre a legislação-álibi:

O legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. A essa atitude referiu-se Kindermann com a expressão “legislação-álibi”.(2007, p. 36)

Ressalta-se ainda que a CPI do sistema carcerário constatou, além das violações sofridas pelos encarcerados, a ausência de Defensoria Pública em alguns Estados, instrumento essencial à efetivação de direitos daqueles que não possuem advogado e recursos financeiros.

Preconizam Zaffaroni e Pierangeli:

A pena segue sendo pena, porque para ressocializar é necessária a privação de alguns bens jurídicos, o que sempre terá um conteúdo penoso para quem o sofre.[...] O erro de todos os autoritarismos é querer valer-se deste fenômeno, tomando a prevenção geral como efeito principal da pena, o que leva a aumento desmesurado da mesma.(ZAFFARONI E PIERANGELI, 2004, p. 103)

Conclui Nucci:

Enquanto forem indispensáveis as penas privativas de liberdade, realidade incontestada atualmente, deve-se buscar, ao menos, garantir condições dignas de sobrevivência no cárcere, não significando isso a manutenção, ao condenado, de um padrão de vida superior ao cidadão honesto, fora do presídio, mas, em verdade, que possa deter seu *status* de pessoa humana, o que não ocorrerá se o princípio da humanidade ficar apenas na letra fria do papel das leis e da própria Constituição (2009, p. 45)

Desarrazoada é a convicção daqueles que vislumbram a punição como mera retribuição e castigo. Este é um pensar inconsequente, que não se pauta no futuro, futuro este que melhor será aproveitado se houver a possibilidade de reintegração social do apenado, e não a amargura e revolta atualmente sofrida durante a prisão.

2.3. Execução penal e os direitos humanos

Os direitos referentes à esfera penal também estão protegidos em instrumentos normativos internacionais, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), de 1969. Esta última foi ratificada pelo Brasil, em 1992.

Importante ressaltar os direitos salvaguardados pelo artigo 5º, do Pacto de San Jose da Costa Rica:

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
[...]
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
[...]
6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados. (BRASIL. Convenção Americana de Direitos Humanos. Senado Federal:1992)

A ratificação da Convenção supracitada pelo Brasil propicia a sua inserção no ordenamento pátrio como norma supralegal, possuidora de aplicabilidade, devendo, portanto, ser respeitada.

Em relações aos direitos humanos, preconiza Sarlet:

Em que pese sejam os termos “direitos humanos” e direitos fundamentais” comumente utilizados como sinônimos, a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas proposições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal[...]. A consideração de que o termo “direitos humanos” pode ser equiparado ao de “direitos naturais” não nos parece correta uma vez que a própria positivação em normas de direito internacional já se desprende do direito natural. (2009, p. 29)

Percebe-se que a violação constante dos direitos humanos é passiva inclusive de condenação dos Estados signatários pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como divulgação de informativos pela Anistia Internacional.

A Anistia Internacional é um movimento mundial que conta com mais de 3 milhões de apoiadores, membros e ativistas que realizam campanhas para que os direitos humanos reconhecidos internacionalmente sejam respeitados e protegidos.⁸

O Informe 2011 da Anistia Internacional publicou dados sobre a prática de tortura e outros maus-tratos nos estabelecimentos prisionais brasileiros:

A tortura foi amplamente praticada no momento da prisão, nas celas policiais, nas penitenciárias e no sistema de detenção juvenil.
Em abril, um motoboy foi torturado até a morte dentro de um prédio da Polícia Militar em São Paulo. Ele foi chutado repetidamente no rosto e espancado com cassetetes e correntes por um grupo de policiais, tendo morrido em decorrência da agressão. Doze policiais foram indiciados por tortura e homicídio.
As prisões continuaram extremamente superlotadas, com os internos mantidos em condições que configuravam tratamento cruel, desumano ou degradante. As

⁸ Dados provenientes do Informe 2011 – Anistia Internacional.

autoridades perderam o controle efetivo de muitas unidades, situação que provocou uma série de rebeliões e de homicídios.

Em outubro, facções rivais mataram 18 prisioneiros em duas penitenciárias do Maranhão. Quatro foram decapitados. Os distúrbios começaram quando os presos reclamaram da superlotação, da péssima qualidade da comida e da falta de água.

Em novembro, depois das críticas recebidas da Comissão Estadual de Direitos Humanos e de ONGs locais, as autoridades estaduais do Espírito Santo resolveram fechar o Departamento de Polícia Judiciária de Vila Velha. O local abrigava uma quantidade de presos oito vezes maior que sua capacidade máxima e vinha sendo objeto de diversas denúncias de tortura. O polêmico uso de contêineres de navio para encarcerar prisioneiros, verificado em diversas penitenciárias, também foi suspenso.

Ainda assim, as inspeções realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça apontaram a persistência de vários problemas, como superlotação e condições insalubres, principalmente no Presídio Feminino de Tucum.

No fim do ano, projetos para uma lei federal que introduziria mecanismos preventivos em conformidade com o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura – ratificado pelo Brasil em 2007 – permaneciam parados na Casa Civil.

Enquanto isso, dois estados, Alagoas e Rio de Janeiro, aprovaram legislações, respectivamente em maio e junho, com vistas a implementar o Protocolo Facultativo.⁹

Relacionando todos os instrumentos normativos pertinentes à seara penal, percebe-se que há proteção aos encarcerados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/84) e em instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Em que pese a constatação de tantos mecanismos de proteção legal, estes per si não são garantias imediatas de respeito aos direitos dos(as) reeducandos (as), por faltarlhes aplicabilidade real.

Considerações finais

Diante da constatação pelo presente estudo da ineficácia de certos diplomas garantidores de direito na esfera criminal e da utilização pelo legislador brasileiro de mecanismos simbólicos, sem possibilidade de real concretude, há que se reanalisar a pena de prisão, partindo da premissa que a penalização justa propicia a ressocialização e a pacificação social.

A legislação brasileira deve ser condizente à real capacidade do Estado de satisfazer as condições previstas na norma de execução penal, sob pena de repetição de legislação-álibi, simbólica.

Percebe-se que o problema brasileiro não é fruto da carência de um diagnóstico mais realista sobre o sistema carcerário, visto que dados concretos existem e são publicizados

⁹ Informe 2011 – Anistia Internacional – O estado dos direitos humanos no mundo, p.114.

constantemente, tampouco há que se falar em ausência de legislação protetiva, que, conforme demonstrado, existe com garantias suficientes. Desta forma, o que se pode promover, dada a ausência dos Poderes estatais, é a abertura participativa da sociedade para a discussão de mecanismos efetivos de concretização de direitos, com vistas à ressocialização, recuperação e reinserção do preso à sociedade, quando possível.

Compreende-se então, ante o estudo realizado, que enquanto não atingir a sociedade um grau de pacificação social que permita *per si* a harmonização do conflito entre vítima e agressor, caberá ao Estado a tarefa punitiva. Contudo, imprescindível que os Poderes Públicos, baseados nos princípios da dignidade da pessoa humana e da humanização das penas, repensem os mecanismos de penalização e implementem instrumentos eficazes para salvaguardar os direitos daqueles que sofrem a privação da liberdade como forma de sanção.

Referências

ANISTIA INTERNACIONAL. **Informe 2011 – Anistia Internacional: O estado dos direitos humanos no mundo.** Disponível em: <http://www.amnesty.org/en/library/info/POL10/001/2011/pt>. Acesso em: 14 nov.2012

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 do outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 nov.2012

_____. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 15 nov.2012

_____. **Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 15 nov. 2012

CONDE, Francisco Muñoz. HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir. Nascimento da prisão.** 25. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar da Civilização.** Rio de Janeiro: Imago, 1997.
<http://www.amnesty.org/en/library/info/POL10/001/2011/pt>. Acesso em: 16 nov. 2012D

MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem.** 2. ed. Brasília: Editora UnB, 2008.

MENDES, Gilmar. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.