Fernando Oliveira Samuel

EXECUÇÃO PENAL

Entre o Dever Punitivo e a Liberdade

2022

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

1

LEGITIMIDADE, VIOLÊNCIA HUMANA E LIBERDADE

Ao cumpridor de pena quanto pior o tratamento, melhor para a sociedade. Eis o pensamento que permeia o imaginário de muitos. Pode realmente ser tentador enfrentar o problema do crime e de suas consequências sob uma perspectiva de uma pena aflitiva sem qualquer tipo de regramento. Nessa lógica, o direito se torna uma espécie de instrumento sujo invocado apenas por pessoas vocacionadas a praticar o mal aos outros. Apesar das dificuldades, parece que o esforço voltado a reconhecer que a pessoa condenada é tão cidadã quanto a outra que eventualmente não pratica crimes sempre produziu bons frutos para a sociedade.

Esse capítulo tratará de ideias que permeiam a legitimação do uso da força do Estado. Tentar entender como e por que surgiu a necessidade da intervenção estatal no campo do conflito humano. Já aviso que essa reflexão não é apenas uma cogitação filosófica sem utilidade. É desenvolver o pensamento que pode permitir a diferenciação da ação legítima do poder punitivo estatal com outro tipo de violência (que podem vir do próprio Estado, mas também de outras instituições ou pessoas). E também diferenciar o dever de punir com outras forças que não raro flertam com a tirania e dificultam sobremaneira a vida do indivíduo que, muita vez, apenas quer compreender com segurança e clareza qual é o espaço de liberdade ele possui na sociedade.

A imperfeição e a incompletude humanas criam dificuldades que até o momento foram superadas, ao menos para permitir a perpetuidade de uma convivência humana viável. A complexidade da realidade revela uma constante necessidade de buscar meios de viabilizar a sobrevivência. É surpreendente

perceber como essa busca foi possível mesmo diante de tanta insensatez que marcam tanto o poder estatal como o indivíduo na sociedade. Mesmo assim, em toda história da humanidade, sempre houve algum sentido para a punição, que acabou garantindo a presença da sanção penal em todas as sociedades minimamente organizadas. Só que esse sentido para impor o sofrimento a alguém – que poderia ser traduzido como legitimidade – varia de acordo com os valores considerados importantes para cada tipo de sociedade. Claro que muitos erros já foram cometidos no exercício desse poder, assim como houve consideráveis acertos. Então, parece lógico que toda essa experiência deva repercutir de alguma forma nas ideias atuais em uma dupla orientação: a) evitar a repetição de erros; b) incentivar aquilo que foi acertado.

Na civilização ocidental atual, a lei se tornou a ferramenta que estabelece as regras básicas de uma convivência humana, o que envolve a indicação de quais comportamentos são incompatíveis com a ordem e autorizam a imposição de sofrimento a um de seus membros. Vamos tentar fugir a ideias reducionistas de que essas conquistas históricas tenham surgido da cabeça de uma pessoa ou de momentos históricos condensados e idealizados por *slogans*. É abstrato demais pensar no ser humano fora de uma sociedade e desconsiderar sua natureza e necessidades comuns perceptíveis pela simples observação. Logo, será comum nesse texto a interlocução de reflexões que parecem comuns em áreas da sociologia, da psicologia e da filosofia. Tentar fugir da tentação de estabelecer premissas sem a necessária explicação, porque é muito comum desenvolver teorias ligadas à convivência humana partindo de uma espécie de pressentimento ou intuição[1]. Então, se verá aqui uma tentativa de compreender o poder punitivo que partirá de uma leitura a respeito das origens da convivência humana.

Não desconheço o lado desanimador da reflexão sobre a legitimidade da pena. Há razões para se perceber na história que o poder sempre será odiado e questionado da perspectiva de quem o experimenta. Em parte, isso se deve à

1. Thomas Sowell explica o seguinte: "Por trás de suas opiniões (dos intelectuais), geralmente se encontra alguma forma de concepção articulada sobre o mundo, uma visão social. (...) Todos os tipos de pensamentos dessa natureza, formais ou informais, têm como ponto de partida alguma espécie de pressentimento, uma suspeita ou algum tipo de intuição estruturante cuja aplicação gera uma visão e estabelece conexões causais. A análise sistemática de uma visão, em suas implicações, pode produzir uma teoria que poderá, por sua vez, ser refinada em hipóteses específicas, as quais serão testadas empiricamente. Todavia, a ideia preconcebida e supostamente *não científica* estará quase sempre lá, como afirma o historiador britânico Paul Johnson" (SOWELL, Thomas. Os intelectuais e a sociedade. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 126).

constatação de que a imposição da pena nem sempre estará sujeita exclusivamente a critérios racionais. Afinal, todo produto da reflexão humana está sujeito à incoerência. Porém, além de reconhecer esses limites humanos, a busca de (boas) razões que levam uma sociedade decidir punir alguns de seus membros, mesmo na complexidade da vida moderna, pode ser um bom ponto de partida para pensar a respeito de que tipo de convivência humana se pretende formar. É que se tornou muito comum os pensadores modernos não expressarem exatamente onde irão levar suas ideias – parece que hoje o esforço se volta apenas à identificação de um inimigo e à destruição das instituições.

Aqui se verá o esforço em destacar determinados pensamentos a respeito do poder punitivo que foram testados empiricamente. Ideias que efetivamente se comprovaram boas (e não perfeitas) e como elas são importantes para permitir o aperfeiçoamento de nossa convivência. Como se vê, não invoco nenhuma originalidade aqui. É que apenas tenho a impressão de que muitos pensadores parecem ter esquecido que nossa sociedade está ancorada em determinadas bases morais, políticas e filosóficas. É que o mundo não começou no século XVIII ou XIX. A simples constatação de que temos problemas graves de convivência não significa exatamente que o melhor será destruir tudo o que foi conquistado. É preciso tentar compreender como determinados modos de convivência efetivamente deram certo. O que realmente parece essencial é diferenciar aquilo que esteja dando certo do que vem dando errado. Isso é muito trabalhoso e demanda um pouco de humildade. Porque, se estamos vivendo muito melhor do que nossos antepassados, é preciso reconhecer que foram eles que nos legaram essa vida melhor. Sacrificaram-se muito para entregar uma sociedade melhor aos descendentes. Logo, guardo a expectativa de compartilhar reflexões que reconhecem esses avanços e que também tenha alguma lucidez que as ideias partem de determinado contexto histórico, social e intelectual[2]. Melhor, então, que se comece a pensar na perspectiva da própria natureza humana e como ela se relaciona com o poder.

---

2. Em outra obra, já afirmei a respeito do alcance de uma pesquisa e caráter da universalidade de qualquer reflexão: "Independentemente da perspectiva do pesquisador, após as reflexões de Thomas Kunh forçoso perceber que a pesquisa científica, conscientemente ou não, parte de determinadas premissas muitas vezes não muito claras, de modo a reafirmar uma tradição de pensamento que predomina a cada momento histórico. Identifica uma espécie de compromisso profissional dos pesquisadores em se submeterem aos paradigmas que o determinado contexto do mundo da pesquisa impõe, de modo que apenas em (raras) revoluções científicas se busca o questionamento dessas bases, mas que terminam por adotar outras premissas, incompatíveis com as que prevaleciam em determinada tradição científica" (Samuel, Fernando Oliveira. O problema carcerário brasileiro e o judiciário: juízes/as são agentes de segurança pública? reflexões sobre (in)coerência e alteridade. São Paulo: IBCCRIM, 2017, p. 16).

1.1. SERIA A VIOLÊNCIA HUMANA QUE LEGITIMA O PODER?

Como já dito no início desse livro, a punição nunca me pareceu algo natural. E agora acrescento: também não pensava seria normal que todas as pessoas seriam capazes de fazerem coisas terríveis às outras. Então, esse conjunto de situações aparentemente anormais poderia ser o ponto de partida para tentar equalizar o *escândalo da pena* com o *escândalo da impunidade*, para utilizar uma expressão de Antoine Garapon[3]. É que, deparando com a realidade da violência humana, foi possível construir uma ideia inicial de que haveria uma relação com a necessidade de punição, a ponto de construir um problema: será que a violência humana legitima o poder de punir estatal?

Thomas Hobbes (1588-1679) foi um pensador que estabeleceu um fundamento moral para construir a ideia de filosofia política, algo não muito óbvio para sua época. Realizou uma abordagem que pode ser interpretada da seguinte forma: "um conhecimento completo das paixões é a condição indispensável para responder à questão a respeito do ordenamento correto da vida social, e particularmente a respeito da melhor forma de Estado"[4]. A percepção hobbesiana parece ideal para o modo como foi colocado o problema, tendo em vista a suposição de que há graves problemas de convivência social por conta de emoções humanas menos nobres. Na obra Leviatã, de 1651, o autor tratou do comportamento humano e defendeu a importância do medo e da vaidade para a construção de uma convivência menos violenta. É certo que "originalmente ele (Hobbes) considerou o medo como motivo principal, mas não suficiente, do comportamento correto" [5]. Insuficiente porque o medo deveria auxiliar muito no planejamento de qualquer ação (ligada à prudência) mas também traria grandes dificuldades no momento da execução. Em relação à vaidade, ela estaria vinculada a uma espécie de *apetite natural*, que seria um tipo de instinto, comum a qualquer animal.

O que levaria o homem a uma violência superior do que dos demais animais seria a circunstância de ter a capacidade de antever suas necessidades de forma muito mais eficaz. Ou seja, as pessoas sentem agora a fome futura – e não apenas a do momento, o que leva a ser o mais perigoso de todos os seres vivos. Daí a percepção de Hobbes a respeito do equilíbrio pessoal para

3. GARAPON, Antoine. Punir em Democracia. Antoine Garapon, Frédéric Gros, Thierry Pech. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

4. STRAUSS, Leo. A filosofia política de Hobbes: suas bases e sua gênese. São Paulo: É Realizações Editora, 2016, p. 159.

5. *Idem*, p. 48.

nortear a conduta correta, na medida em que "a vaidade é a força que torna os homens cegos, e o medo é a força que leva os homens a ver"[6]. Mas também apresentaria o fundamento para reconhecer as origens da violência do ser humano e, como consequência, o autor passa a traçar as bases de uma forma de Estado adequada ao convívio social.

A partir de uma percepção da natureza humana, tornaria indispensável a criação do Estado para que se viabilizasse a convivência. O Leviatã teria o escopo de reduzir a violência entre as pessoas, de modo que estaria a serviço do bem comum. A condição natural do gênero humano – com suas aptidões e desejos muito mais semelhantes do que diferentes – inviabilizaria a convivência humana justamente porque iria imperar uma condição de violência interminável. Somente uma autoridade estatal seria capaz de gerenciar esses conflitos. A regulamentação estatal dependeria do conhecimento de que os conflitos humanos inevitáveis resultariam de apenas três causas: a competição, o medo e a reputação. A ideia de competição surge essencialmente do uso da violência pela necessidade do *ganho*, em que as disputas são naturais em um mundo marcado pela incompletude, pela insuficiência de recursos capaz de suportar o desejo de cada ser humano. Diz Hobbes que "a competição impulsiona os homens a se atacarem para lograr algum benefício"[7], utilizando a violência para qualquer tipo de necessidade humana: a comida, a água, a ocupação de território ou mesmo numa disputa por afeições.

Uma vez conquistado o recurso desejado pela competição, passa-se ao segundo aspecto: *difidência*, que significa medo. A desconfiança de que pode perder a conquista seria crucial para uma tendência de violência. Entretanto, importante chamar a atenção para uma segunda função que o medo pode operar: além de ser elemento de incremento de violência, o medo funciona como elemento de *dissuasão*. Trata-se de um conjunto de comportamentos que buscam evitar o primeiro ataque, mas que deve contar com a força suficiente para sobreviver ao possível ataque inicial do adversário e a consequente retaliação no mesmo grau.

A *reputação* seria outro aspecto inerente à violência humana, porque faz o homem "recorrer à força por motivos insignificantes"[8], como forma a construir um ambiente de credibilidade no meio que se vive. Veja que a reputação

6. *Idem*, p. 182.
7. HOBBES, Thomas. Leviatã. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 108.
8. *Ibidem*.

também se ligaria à dissuasão, porque o medo no outro somente surtiria efeito a partir de constantes ameaças de violência que tenham um mínimo de credibilidade (reputação violenta). São os elementos indispensáveis que autorizariam um ciclo interminável de retaliação. Daí se chega à conhecida conclusão de Hobbes: "quando não existe um poder comum capaz de manter os homens numa atitude de respeito, temos a condição do que denominamos guerra; uma guerra de todos contra todos"[9].

Ainda de acordo com o autor, o estado de guerra existe ainda que não haja a materialização do conflito. Um tipo de ambiente impediria que o ser humano pudesse se desenvolver em todas as searas do conhecimento. Logo, o Estado serviria para interromper o estado de guerra e também reduzir a violência nos conflitos humanos. Incorporaria a ideia de um *terceiro desinteressado* nos conflitos humanos (o interesse público), cuja principal característica seria o monopólio da força, ou seja, a única violência legítima na convivência humana deveria partir do Estado[10].

A violência estatal seria menor do que o conflito entre particulares, porque a inexistência do Estado levaria os intermináveis conflitos humanos obedecendo a lógica agressão-retaliação, ou seja, uma condição permanente de guerra em que os mais fortes sempre prevaleceriam. O monopólio da força estatal teria o escopo de minimizar os danos colaterais desses conflitos a partir de uma violência legitimada pela lei. Dito de outro modo, "a violência entre os combatentes pode ser chamada de guerra; violência pelo observador (Leviatã) contra os combatentes pode ser chamada de lei. A teoria do Leviatã, em resumo, diz que a lei é melhor que a guerra"[11].

A legitimação do Estado para punir alguém (fundada na lei) estaria centrada na hipótese de que *a violência é menor* do que se houvesse a permissão para que as pessoas vivessem em um estado de anarquia (ou da natureza).

---

9. *Ibidem*.

10. Diz o autor: "Se as ações de cada um dos homens que compõem a multidão forem determinadas pelo juízo e pelos apetites individuais, não é de esperar que tal multidão seja capaz de defender e proteger a ninguém, seja contra o inimigo comum, seja contra as injúrias mútuas. Ao divergirem de opinião quanto ao melhor uso e aplicação de sua força, os homens não de determinada multidão não se ajudam, pelo contrário, atrapalham-se uns aos outros e, em razão dessa oposição mútua, anulam sua força. Dessa forma, semelhante multidão seria subjugada facilmente por um grupo pequeno de homens em perfeito acordo; além disso, mesmo que não haja inimigo comum, os homens que compõem essa multidão guerrearão uns contra os outros para defender interesses particulares" (Hobbes, Thomas. Leviatã. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 139).

11. PINKER, Steven. Os anjos bons da nossa natureza: Por que a violência diminuiu. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 72.

Há uma convivência social melhor com o Leviatã cumprindo seus deveres institucionais consagrados na lei[12]. Aqui, portanto, fica evidenciada a ideia da absoluta impossibilidade de que não exista violência em uma sociedade composta por pessoas naturalmente violentas. Veja que não há possibilidade de uma sociedade sem nenhum tipo de violência, diante a natureza violenta que marca a humanidade. O Estado seria um mecanismo de *reduzir os danos*, impondo menos sofrimento para as pessoas que integram uma sociedade.

Uma visão oposta das ideias de Hobbes é a teoria de Jean-Jacques Rousseau, firmada um século depois. Possível estabelecer uma síntese dessa oposição da seguinte forma: se com Hobbes a condição da natureza humana em seu estado primitivo seria uma guerra permanente, Rousseau sustenta que nada poderia ser mais dócil do que o ser humano em seu estado primitivo[13-14]. É dizer, o pensamento rosseauniano adotou as mesmas premissas metodológicas aqui expostas, a saber, como a natureza humana é capaz de determinar a filosofia política. Porém, diversamente de Hobbes, defende que a nossa

---

12. De todo modo, reconhece-se que não é possível estabelecer uma linha divisória que indique a cessação das guerras (e da violência) com a consagração da lei. Admite-se com Foucault que "a lei não nasce da natureza, junto aos mananciais que frequentavam os primeiros pastores: a lei nasce das batalhas reais, das vitórias, dos massacres, das conquistas, que tem sua data e seus heróis de horror" (Foucault, Michel. *El pensamento del afuera,* 2000, p. 55, *apud* Pegoraro, Juan S. A construção histórica do poder de punir e da política penal. *In* Jovens, violência e escola: um desafio contemporâneo. São Paulo; Editora Unesp, 2010, p. 78).

13. Essa posição não é unânime entre os estudiosos, porque, se o fundamento da violência for a vaidade, na obra de Hobbes destaca-se muito mais uma vaidade inocente (natural, irracional) que não levaria necessariamente ao estado belicoso: "Se a concepção de apetite natural está correta, se o homem por natureza encontra seu prazer em triunfar sobre os outros, então o homem é, por natureza, mau. Mas ele (Hobbes) não ousou sustentar essa consequência ou suposição de sua teoria. Por essa razão, na enumeração das causas que levam à guerra de todos contra todos, na apresentação final (no Leviatã) ele coloca a vaidade no fim. (...) Visto que o homem é por natureza um animal, ele não é mau por natureza; ele é tão inocente quanto os animais; logo, a vaidade não pode caracterizar o seu apetite natural" (Strauss, Leo. A filosofia política de Hobbes: suas bases e sua gênese. São Paulo: É Realizações Editora, 2016, p. 53).

14. A rigor, possível constatar no pensamento de Rousseau a afirmação de que Hobbes não teria sido capaz de perceber exatamente o que ele chamou de estado de natureza do homem, porque Hobbes sempre teria pensado o ser humano na condição de civilizado, que se distanciaria muito do selvagem: "O homem selvagem e o homem civilizado diferem de tal modo pelo fundo do coração e das inclinações, que o que faz a felicidade suprema de um reduziria o outro ao desespero. O primeiro aspira somente o repouso e à liberdade, só quer viver e permanecer desocupado, e a própria ataraxia do estoico não aproxima de sua profunda indiferença a qualquer objeto. Ao contrário, o cidadão sempre ativo agita-se e atormenta-se sem parar, buscando ocupações ainda mais laboriosas: trabalha até a morte, corre mesmo em direção a ela para ter condições de viver, ou renuncia à vida para adquirir a imortalidade. (...). Tal é, de fato, a verdadeira causa de todas essas diferenças: o selvagem vive nele mesmo, enquanto o homem sociável, sempre fora de si, só sabe viver na opinião dos outros, e é somente do julgamento deles, por assim dizer, que obtém o sentimento da própria existência. " (Rousseau, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Porto Alegre: L&PM, 2013, p. 113).

condição primitiva seria essencialmente voltada à paz, guardando a simplicidade de sentimentos e necessidades, adequados a esse estado primitivo.

Rousseau defende que abandonamos as virtudes do *bom selvagem* para constatar que há mais vícios do que virtudes nos *homens civilizados*. E que as diferenças e os conflitos existentes na convivência humana "são unicamente o resultado do hábito e dos diversos gêneros de vida que os homens adotam na sociedade"[15]. Com efeito, uma das consequências do pensamento rosseauniano estaria na premissa de que a culpa da *maldade* do ser humano é da sociedade.

Há profundas consequências na ideia de Rousseau. Talvez a mais importante delas seja o fato de que a violência do ser humano não seria propriamente decorrente de um aspecto da personalidade, mas algo que foi *contraído* da sociedade. Logo, o poder punitivo será visto como tirânico. O crime cometido por alguém não decorreria pelo uso da razão livre, o que deslegitima qualquer responsabilização. A rigor, haveria uma verdadeira *dupla punição*: primeira, por ter sido corrompido pela sociedade a ponto de realizar algo terrível a outra pessoa; segunda pena seria imposição de uma pena (injustificável, repita-se), já que se trata de uma pessoa que é vítima da sociedade. Daí que se parte da premissa de que o poder punitivo estatal jamais poderia ser legitimado ou justificado por força da natureza boa do ser humano.

Quando se analisa essas ideias com as lentes da atualidade, parece correto constatar que tanto Hobbes como Rousseau não sabiam muito do que falavam[16]. A psique humana revelou-se muito mais complexa do que esses pensadores poderiam imaginar. Logo, com o impacto das reflexões Freud, Jung e

15. Rousseau, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Porto Alegre: L&PM, 2013, p. 77.

16. Thomas Sowell defende que as formas diferentes de encarar os problemas da sociedade expostos entre Hobbes e Rousseau podem ser traduzidos da seguinte forma: visão do intelectual ungido e visão trágica da condição humana. Na primeira, existe a identificação de que "temos muitos 'problemas' que devem ser 'resolvidos' na adoção das ideias das elites intelectuais moralmente ungidas". Lado outro, "na visão trágica, os impedimentos sociais buscam frear comportamentos que geram infelicidade, muito embora os próprios impedimentos tenham seu custo e causa certa quantidade de infelicidade. É uma visão que comporta negociações, em vez de soluções, baseando-se na sabedoria que é destilada da experiência de muitos, em vez de se apoiar no brilhantismo de alguns. O conflito gerado entre essas duas visões contrastantes tem séculos de existência. Os participantes da visão trágica e os da visão do intelectual ungido não se diferenciam apenas em suas práticas e agendas políticas, mas diferem de modo radical, pois adotam concepções de mundo completamente distintas" (SOWELL, Thomas. Os intelectuais e a sociedade. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 130).

2

POR QUE A LEI DE EXECUÇÕES PENAIS É DESCUMPRIDA?

A reflexão a respeito da legitimidade da pena permitiu perceber algum nível de complexidade da relação Estado/indivíduo: um difícil equilíbrio entre dever de punir e liberdade. É certo que a lei define as fronteiras pelas quais caberá ao Estado obedecer na imposição de uma pena. Logo, as normas jurídicas desempenham o papel primordial de orientar condutas e estabilizar expectativas em uma sociedade ordenada. A lógica do dever/poder de punir serve tanto para estabelecer um critério de atuação dos agentes estatais que irão concretizar o poder punitivo, como para fortalecer na sociedade a ideia de segurança jurídica. Neste último caso, é importante para definir as condições pelas quais um indivíduo sofrerá as consequências da punição estatal, daí porque se fala em estabilizar expectativas. O caráter regulatório da lei indica a todos que uma boa convivência demanda o respeito do *comportamento conforme a regra*. Não obstante todas as dificuldades desse modelo ideal de ordenação social, pretendemos tratar aqui a respeito da *qualidade da regra*. Porque *o agir conforme a regra* deve pressupor que "o texto (da norma) deve carregar um conteúdo normativo mínimo, inteligível quando observado pelo corpo social nas relações cotidianas"[1]. Então, o primeiro aspecto seria o pressuposto da clareza normativa, que pode ser tratada de um tipo de coerência intrínseca, ou seja, da norma em si mesma. Mas é bom lembrar que uma sociedade é regulada não apenas por uma norma isoladamente considerada, e sim por um conjunto de normas. E se espera que toda regra seja minimamente

1. NASCIMENTO, Assis José Couto do. Constituição: o político, o jurídico e o discurso: a PEC 157/2003 e o debate sobre a obesidade da Constituição. Brasília: Trampolim, 2018, p. 110.

harmonizada com todas as outras – até porque um ordenamento pressupõe alguma lógica estrutural de organização.

Ao que se vê, a produção de uma norma é uma atividade altamente complexa. Não apenas em ser clara, como mencionado, mas também porque quase sempre uma lei terá consequências não abrangidas pela intenção do legislador. É impossível que o conhecimento humano seja capaz de vislumbrar todas as repercussões possíveis. Porém, não impede que se exija, pelo menos, alguma lucidez a respeito do desenho político-institucional brasileiro: um caminhar que se inicia como demanda social, a qual, por um conjunto de forças, passa a ser política e que termina traduzida para o plano jurídico. Parece natural que ocorra um tipo de juízo de valor para analisar se o sistema político brasileiro é capaz de produzir normas jurídicas aptas a orientar condutas e a gerar expectativa de cumprimento. É tentar investigar e compreender melhor a respeito da racionalidade pública na atuação do legislador que fabricou a Lei de Execuções Penais, teorizando sobre alguns dos motivos que levam a seu descumprimento crônico. Questionar o que levou o legislador a produzir essa lei, buscando entender um pouco do universo político e as relações entre os poderes Legislativo e Judiciário (ou seja, entre os sistemas político e jurídico) dentro da realidade cultural brasileira.

A intenção é compreender algumas razões que levaram a um tipo de anomalia sistêmica que se relaciona ao poder punitivo. Dito de outro modo, refletir sobre alguns dos possíveis motivos que levam a boa parte da Lei de Execuções Penais não ter capacidade de orientar condutas. E talvez entender que os problemas carcerários enfrentados há um bom tempo no Brasil pode ter como uma das explicações a falta de eficácia normativa da referida lei. Talvez com essas reflexões podemos compreender melhor a extensão do problema carcerário brasileiro. Tentar perceber se o legislador contribuiu para que tenhamos um sistema com gravíssimos problemas de superlotação carcerária, de domínio de facções criminosas em estabelecimentos penais e com o total descompromisso com direitos fundamentais de quem está encarcerado atualmente.

Vejam que a reflexão proposta não é exatamente a respeito do sistema jurídico propriamente considerado. E também não envolve diretamente o Judiciário, numa análise que poderia ser a respeito dos limites de atuação jurisdicional, como já realizei em outro texto[2]. Antes, é uma forma de

2. SAMUEL, Fernando Oliveira. O problema carcerário brasileiro e o judiciário: juízes/as são agentes de segurança pública? Reflexões sobre (in)coerência e alteridade. São Paulo: IBCCRIM, 2017.

analisar a política penitenciária adotada com a edição da Lei de Execuções Penais, no sentido de entender quais reflexos pretendidos pelo legislador e o que efetivamente ocorreu após a edição da citada lei. Porque parece haver uma tradição política que orienta a formação da norma e que parece transferir a discussão de temas importantes para o Judiciário. E isso pode ter consequências graves ao poder punitivo. Talvez entendendo os problemas ocorridos durante o processo legislativo que culminou na edição da lei seja possível constatar que desde sua criação ela não tenha sido feita para interferir na realidade. Suspeito que haja uma forma de fazer política que passa longe do debate público necessário para desaguar no Judiciário sem que tenha ocorrido um consenso real sobre o tema. Daí que as demandas sociais se deslocam desastrosamente do foro legislativo (que seria o legítimo) para o judicial. Normas que não orientam condutas das pessoas (sejam particulares, sejam agentes públicos), nem fundamentam decisões judiciais. São questões parecem alimentar um tipo de poder punitivo desorientado e imprevisível que talvez tenha, no momento da execução da pena, a maior evidência de sua disfuncionalidade.

Ao retomar o caminho percorrido da deflagração do projeto de lei até a promulgação da Lei de Execução Penal, já transparece muito evidente que sua ineficácia não foi uma obra do acaso. Talvez o debate político pretenda o caminho mais fácil de evitar o confronto necessário de ideias no foro adequado, como forma de não suportar os custos políticos de determinadas decisões públicas. Só que essa dificuldade de se formar um consenso no debate político tem graves consequências para o jurista: desde o excesso de palavras e de normas a um texto normativo voluntariamente vago e impreciso[3]. É certo que a regulamentação da execução penal está repleta desse tipo de norma. Neste capítulo, tentaremos expor algumas ideias que envolvem não apenas o processo de formação da norma, mas também a relação entre os poderes da república

3. O autor chama a atenção de como essa forma de atuação está presente no sistema político, a ponto de se encontrar o esclarecimento explícito de Nelson Jobim, então Ministro do STF e já participante do processo legislativo da constituinte de 1988: "Quando há um projeto qualquer, seja de texto constitucional, seja de lei infraconstitucional, para se fazer maioria, o preço que V. Excias. pagam ao aprovar o texto, mais possível de votação e de aprovação será: quanto mais nítido, claro, definido ele for, menos maioria forma. Então, o que acontece? Reúnem-se as lideranças partidárias e, na perspectiva de cada uma das bancadas, redige-se um texto que satisfaça o discurso de todos. Absolutamente ambíguo. (...) O nível de ambiguidade era examinado a partir de cálculo matemático. Nós íamos reduzindo ou aumentando a ambiguidade para conseguir aprovação. Foi essa a técnica de que se utilizou muito tempo" (NASCIMENTO, Assis José Couto do. Constituição: o político, o jurídico e o discurso: a PEC 157/2003 e o debate sobre a obesidade da Constituição. Brasília: Trampolim, 2018, p. 108).

na formação da norma e, ao final, tentar entender a existência de alguma influência da cultura existente na sociedade brasileira.

2.1. OS INTELECTUAIS E A LEI

Há descaso do Legislativo com o tema processual penal. Não propriamente pelo mérito do debate político ou pela qualidade das normas criadas – que será abordado adiante – mas sobretudo quando *não legisla*. Recorda-se que, no início da década de 1940, o ordenamento jurídico pátrio contava com as legislações processuais atualizadas (CPC de 1939 e CPP de 1941). Na década de 2020, depara-se com o mesmo Código de Processo Penal do século passado, porém na legislação processual civil foram editados dois novos códigos nesse período (1973 e 2015). Na execução penal, a situação se torna quase dramática porque no meio legislativo vigorou por décadas a superstição de que caberia à União editar apenas *normas gerais,* circunstância que impediria o exercício de alguma função normativa relevante em ordenar condutas. Então, havia o receio a respeito dos limites de regulamentar uma matéria que seria da alçada estadual, mas que, em verdade, revelou-se um pretexto para se omitir[4]. Atualmente, a omissão legislativa na disciplina do processo penal sequer se esforça para apresentar alguma justificativa. Parece que não temos problemas ligados à persecução penal. É como se os níveis de impunidade fossem baixos, o procedimento guardasse funcionalidade e os estabelecimentos penais estivessem em harmonia com a lei. E, claro, uma convivência social com poucos crimes. Como tudo isso se revela o contrário em nossa sociedade, parece possível entender que o imobilismo do legislador é mais um indício de indiferença e crueldade com quem lhe outorgou o mandato.

O descaso do Legislativo também esteve presente quando criou a Lei 7.210/84. Conta Mirabete que, em 1981, houve a iniciativa por parte do Ministério da Justiça para estudo de uma nova lei de execução penal. Foram

4. É de destacar, porém, alguns lampejos de discussão sobre as normas de execução: 1) Projeto de Código Penitenciário da República de 1933, elaborado por Cândido Mendes, Lemos de Brito e Heitor Carrilho; 2) A edição da Lei 3.274/57 que foi um esboço de lei nacional de execução penal, aprovada a partir do projeto do Deputado Carvalho Neto (porém, lei com a mínima aptidão para produzir efeitos, já que não previa nenhum tipo de sanção); 3) Anteprojeto apresentado por Roberto Lyra em 1963 (perdeu força diante dos problemas políticos de 1964); 4) Anteprojeto de um Código de Execuções Penais elaborado por Benjamim Moraes Filho em 1970 (MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 6).

convidados juristas de renome para participarem[5]. Após debates e discussões – ocorridas no âmbito do Executivo Federal – o projeto de lei foi enviado ao legislativo federal. É curioso o papel homologador do Legislativo: uma aprovação da lei sem qualquer alteração importante. Logo, forçoso perceber que o debate público a respeito do poder punitivo ficou restrito a um grupo de juristas, ainda que se admitam as boas intenções. Não se pretende aqui a desmerecer o trabalho de inúmeros juristas da época que trabalharam em torno da legislação que culminou na edição da Lei de Execuções Penais (LEP). Todavia, pode ser um retrato de como se resolvem problemas graves sociais aqui no Brasil: a partir de um *argumento de autoridade*. É que nem sempre há uma sintonia fina entre as teses jurídicas e as realidades regionais, administrativas, orçamentárias etc. Parece não haver espaço no debate público para se questionar a viabilidade prática de algumas ideias, ou se pelo menos alguém perguntar se o pensamento exposto foi alguma vez testado dentro de uma realidade próxima a que se vigora em nosso país. Não sei se é correto pensar o conhecimento técnico como único conhecimento válido. Ou, se o conhecimento jurídico fosse o único a ser considerado para a criação de leis. Aparentemente não houve a necessária reflexão sobre as inúmeras consequências em outros sistemas, principalmente o econômico e o político. Não raras vezes parecem pensar a possibilidade de pensar a solução de grandes dificuldades de convivência humana como se fosse um cálculo matemático[6]. Sabe-se que a situação

5. "Em 1981, uma comissão instituída pelo Ministro da Justiça e composta pelos professores Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti, Miguel Reale Junior, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Benjamim Moraes Filho e Negi Calixto apresentou o anteprojeto da nova Lei de Execução Penal. Foi ele publicado pela Portaria nº 429, de 22-7-1981, para receber sugestões e entregue, com estas, à comissão revisora constituída por Francisco Assis Toledo, René Ariel Dotti, Jason Soares Albergaria e Ricardo Antunes Andreucci, que contaram com a colaboração dos professores Everardo da Cunha Luna e Sérgio Moares Pitombo. O trabalho da comissão revisora foi apresentado em 1982 ao Ministro da Justiça. Em 29-6-1983, pela mensagem nº 242, o Presidente da República João Figueiredo encaminhou o projeto ao Congresso Nacional. Sem qualquer alteração de vulto, foi aprovada a Lei de Execução Penal, que levou o nº 7.210, promulgada em 11-7-1984 e publicada no dia 13 seguinte, para entrar em vigor concomitantemente com a lei de reforma da Parte Geral do Código Penal, o que ocorreu em 13-1-1985" (MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 6).

6. É a percepção de João Pereira Coutinho ao tratar das questões políticas que parecem servir para o debate: "(Eis) o problema epistemológico central do racionalismo moderno, tal como denuncia Oakeshott: a defesa apaixonada de que o único tipo de conhecimento válido é o 'conhecimento técnico', ou o conhecimento de uma técnica, capaz de oferecer aos homens um grau de certeza (e de pureza) que o 'conhecimento prático' (ou tradicional) não comporta. Foi essa confiança cega na 'teoria', e apenas na 'teoria', que levou Alexis de Tocqueville (1805-1859) a denunciar nas páginas de O Antigo Regime e a Revolução (1856) a criminosa ambição dos revolucionários de fazerem uma Constituição de acordo com as regras da lógica – e não com a observação, a prudência e a experiência, que são virtudes insubstituíveis do exercício político. Aqui residia o problema fundacional da Revolução Francesa: confundir a política com cálculo matemático; e os

desastrosa da execução penal já existia antes da LEP e, em alguma medida, foi agravada após essa lei.

Na exposição de motivos da LEP, difícil encontrar algum argumento que se relacione com a realidade vivenciada nos presídios. Ao ler detidamente em cada um daqueles motivos, parece evidente que a preocupação dos autores da lei foi apenas com a lógica jurídica. Até porque, convenhamos, é muito mais trabalhoso tratar a respeito do mundo real. Ou, como diz Sowell, "ao pensar em termos de pessoas abstratas num mundo abstrato, os intelectuais se furtam à responsabilidade e ao trabalho árduo de apreender os fatos reais sobre pessoas reais vivendo num mundo real"[7]. É bom lembrar que o problema da superlotação carcerária – cremos que seja o problema principal – existe no Brasil desde a época de colônia. Veja a solução dada pelos autores da LEP: o item 101 da exposição de motivos diz que não haverá mais excesso de presos porque o art. 84 estabelece que o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade. E mais, o descumprimento dessa regra já teria a respectiva sanção: a interdição do estabelecimento penal (item 103)[8]. Portanto, a inovação da lei seria a ordem direta para adequação da capacidade de acomodar as pessoas, com a previsão de uma sanção, à moda de Kelsen. Não bastasse esse nível de idealismo, estabeleceu-se que "as Penitenciárias e as Cadeias Públicas terão, necessariamente, as celas individuais" (item 98)[9]. E o atendimento integral da lei demandaria a existência de seis estabelecimentos penais por cada comarca (item 94). Creio que houve equívoco no cálculo, porque o administrador público que lesse a LEP com a real intenção de cumpri-la teria que pensar em nove projetos arquitetônicos diferentes para dar conta aos mais diversos modos de cumprir uma sanção penal[10].

---

seres humanos de uma comunidade real com enunciados de uma mera equação. Tudo em nome de um estado perfeito que, obviamente, existia apenas na cabeça dos filósofos" (COUTNHO, João Pereira. As ideias conservadoras explicadas a revolucionários e reacionários. São Paulo: Três Estrelas, 2017, p. 36).

7. SOWELL, Thomas. Os intelectuais e a sociedade. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 188.

8. Só para constar o que ocorreu com a sanção prevista na LEP depois de mais de 30 anos: não faltam ordens das Corregedorias da Justiça determinando que juízes de execução evitem decisão de interdição de estabelecimentos penais, ainda que prevista na LEP. Porque efetivamente não resolve nada.

9. Regra que foi frontalmente negada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), dada a impossibilidade de sua execução por falta de dinheiro público. Nas "Diretrizes básicas para arquitetura penal" (2011) constam que as penitenciárias não precisam ter celas individuais como manda a LEP (art. 88), mas que pode haver celas coletivas com até 08 pessoas, entre outras questões muito mais adequadas a realidade social que existe.

10. Todos eles serão analisados na segunda parte da obra. Porém, apenas para numerá-los nesse momento: 1) penitenciária, voltada ao cumprimento de pena em regime fechado (LEP, art. 87); 2)

Acho difícil encontrar um exemplo mais expressivo do que a ordem legal de se construir nove estabelecimentos penais para demonstrar o nível de abstração que inspira a Lei de Execuções Penais. Parece que os criadores de semelhante regra não pensaram dos reflexos econômicos para se realizar essa medida. E também dos perigos de uma lei que não vincula a ninguém. Elaborar uma lei que trata do poder punitivo demanda uma complexa habilidade, que envolve administração das (sempre) reduzidas finanças públicas, bem como da natureza e necessidades humanas e distribuição de poder[11]. Formularam a solução do problema de superlotação carcerária no Brasil a partir da edição de alguns artigos em uma lei. Parece evidenciar um tipo comum de *onipotência dos juristas*, porque os autores do texto da lei acreditaram que o problema de superlotação existia por falta de uma sanção normativa. É absolutamente incrível constatar que ninguém (daquele grupo de notáveis juristas) desconfiou de que uma das grandes dificuldades em um sistema prisional seria a existência de vagas em presídios. E pensar como um comando normativo poderia organizar essa questão do ponto de vista prático, ignorando, por exemplo, que o administrador público sempre teve dificuldades orçamentárias. E que um bom administrador é justamente aquele que é capaz de usar de sua capacidade gerencial (discricionariedade) e fazer com que os recursos sejam gastos da maneira mais eficiente possível, dentro de determinadas prioridades. O nível de perfectibilidade pensado para a execução penal nos faz acreditar que o propósito de quem elaborou o texto seria criar a lei de execução penal mais moderna e técnica do mundo. Um motivo de orgulho nacional bem curioso, porque seria comemorado apenas por quem nunca esteve em um estabelecimento penal no Brasil. Nem mesmo a trabalho.

---

colônia agrícola, industrial ou similar, voltada ao cumprimento de pena em regime semiaberto (LEP, art. 91);3) casa do albergado, voltada ao cumprimento de pena em regime aberto (LEP, art. 93); 4) cadeia pública, voltando a quem está na condição de preso provisório; 5) a prisão comum, para aqueles condenados por prisão simples, conforme art. 6° da Lei de Contravenções Penais; 6) estabelecimento próprio para mulher (LEP, art. 82, §1°); 7) estabelecimento próprio para maior de 60 anos (LEP, art. 82, §1°); 8) Centro de Observação para realização de exames gerais e criminológicos (LEP, art. 96); 09) o estabelecimento penal Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (LEP, art. 99) voltado ao cumprimento de medidas de segurança aos inimputáveis e semi-imputáveis.

11. Burke sustenta algo semelhante quando trata da elaboração de uma Constituição de um Estado uma atividade altamente delicada e complexa: "requer um conhecimento profundo da natureza humana e das necessidades humanas, e das coisas que facilitam ou impedem as várias finalidades que serão perseguidas pelo mecanismo das instituições civis. O Estado deve ter recrutas para sua força, e remédios para seus males. Qual é a utilidade de discutir o direito abstrato de um homem a alimentos ou medicamentos? A questão é sobre o método de adquiri-los e administrá-los. Nessa deliberação, eu sempre aconselho a pedir a ajuda do agricultor e do médico em vez do professor de metafísica". (BURKE, Edmund. Reflexões sobre a Revolução da França. Campinas: Vide Editorial, 2017, p. 104).

Parece que os intelectuais apreciam inverter o processo racional lógico e dispensam evidências. Como sustenta Sowell, é importante considerar que todas as ações e mesmo omissões implicam em custos, os quais sempre devem ser considerados para se permita chegar a uma conclusão racional. E acrescenta: "racional é usado aqui no seu sentido mais básico – a habilidade de colocar as coisas em proporção, como nos números racionais da matemática – de forma que as decisões racionais sejam decisões que coloquem na balança uma coisa em relação à outra"[12]. Quando se afirma aqui que foi invertido o processo racional, é porque a conclusão é estabelecida em primeiro lugar para depois ir em busca das premissas (alguma evidência). No caso do sistema penitenciário, estabeleceram a conclusão prévia de um presídio perfeito, idealmente considerado. Algo inviável de ocorrer na prática, porque não consideraram em momento algum a real capacidade estatal em concretizar os comandos normativos. Ora, se a lei não é capaz de ordenar o poder de executar uma pena, a consequência natural é um cumprimento de pena aleatório, irracional e, sobretudo, desumano. Lógico que não se resume a um problema de deficiência da norma, mas é indispensável denunciar o fato de que a lei tem um papel fundamental no exercício do poder punitivo[13]. Uma lei que não ordena condutas e não vincula ninguém abre espaço para o permanente caos. O aumento da violência no exercício do poder é a decorrência natural da perda de legitimidade política daquele mesmo poder. Ou seja, quanto menos legitimidade do poder – ou mais aleatório e desordenado – maior a violência.

Mas é preciso recordar daquela citada omissão do legislador no debate sobre as idealizações dos notáveis juristas. Vamos admitir que nada impediria que integrantes do *mundo jurídico* estabelecessem um modelo ideal de normas. Trouxeram para a realidade normativa brasileira ideias de grandes pensadores e recordaram a necessidade de uma adequação às diretrizes da ONU, tal como consta na exposição de motivos da LEP. Pode ter sido essa a demanda do Executivo. Agora, nada justifica a omissão do legislador em relação ao debate legislativo sobre o tema. Talvez os gestores estaduais teriam oportunidade de se manifestar sobre a repercussão econômica dessa lei. Talvez algum parlamentar poderia lembrar da experiência de completa ineficácia

12. SOWELL, Thomas. Os intelectuais e a sociedade. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 49.

13. Convém recordar a advertência de Zaffaroni: "Se queremos diminuir os níveis de violência no sistema penal e na sociedade, não podemos ignorá-los e passar por cima dos conflitos envolvidos nos curiosos adornos de citações legais e princípios abstratos, como se vivêssemos numa dimensão diferente" (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 170).

de sete anos com regime aberto, semiaberto e fechado, introduzido no âmbito nacional pela Lei 6.416/77[14]. Talvez alguém poderia até concordar com todo o projeto, mas que seria uma conclusão provisória, ou seja, uma ideia a ser testada para retomar o debate em breve. O assunto era delicado demais para passar pela casa de leis sem um debate. Nada disso aconteceu. Do jeito que foi pensada pelos intelectuais, a LEP restou aprovada pelos legisladores.

Ao longo dos anos, a atuação do legislador é marcada por evitar alterações importantes no sistema processual penal como um todo. Muito pouco mudou em termos de investigação, processamento e execução da pena. É certo, porém, que há lições importantes para se pensar, sob os mais diversos aspectos, a respeito da postura dos parlamentares brasileiros desde a edição da LEP. Pode ser interessante observar, neste texto, o que ocorreu no processo legislativo referente ao Projeto da *Lei Anticrime*. Também gerado no âmbito do Ministério da Justiça, é sabido que esse projeto tinha três propósitos: tratar dos crimes violentos, das organizações criminosas e da corrupção. Só que durante o processo legislativo houve a recusa a qualquer alteração sobre a corrupção: nessa parte o projeto não passou. Decidiram que deve ficar como está desde 1940 (edição do Código Penal). Acredita-se que, depois da aprovação da Lei 12.850/13, que previu a *delação premiada*, os legisladores perceberam que teriam que prestar mais atenção em normas vinculadas ao poder punitivo.

O resultado final do *Projeto de Lei Anticrime* culminou na edição da Lei 13.964/19. Uma lei que trouxe, dentre outras coisas, inúmeras restrições à colaboração premiada, implementou a ideia de cadeia de custódia da prova (que mais parece uma conclusão de tese acadêmica) e estabeleceu o juiz de garantias (outra *grande teoria*). Em relação às duas últimas, é a incorporação de mais teorias no ordenamento com inúmeras dificuldades de ordem prática – a não ser para debates que só existem em instâncias superiores de nossos tribunais ou em processos de primeira instância com *réus diferenciados*. É claro que a *Lei Anticrime* também incrementou o poder punitivo em relação aos crimes que tenham violência ou grave ameaça contra pessoa. Nesse ponto, as alterações na LEP praticamente só alcançaram os condenados em crimes

14. Anotou-se na exposição de motivos que no Estado de São Paulo, no período de vigência desse então novo sistema, já tinham 59 Casas de Albergado construídas (item 110). Porém, isso é um dado suficiente para se concluir da efetiva possibilidade de a lei alterar a realidade dos presídios de todo o país? Será que não era possível desconfiar sobre o que poderia acontecer passados 30 anos: em 17 Estados da federação não existe regime aberto (tudo domiciliar, inclusive São Paulo que abandonou a imposição de regime aberto em algum momento da história) e 65 Casas de Albergado em todo o país. O semiaberto também é praticamente inexistente, ou seja, se resume a uma prisão domiciliar em boa parte de nossas unidades jurisdicionais.

violentos e organização criminosa. Parece que o Legislativo aprecia criar leis penais e processuais penais sem compromisso com a realidade apenas quando lhe convém. Dito de outro modo: nosso legislador sabe exatamente o que faz e também o que não faz.

O quadro exposto parece confirmar o pensamento de Sowell quando compara as decisões individuais de uma pessoa na comunidade e as decisões sem rosto do chamado *governo*. É que os indivíduos sofrem as consequências de seus atos constantemente, de modo a estarem sempre forçados a constantes ajustes que lhe permita a sobrevivência. Lado outro, "na política, pouco importa quão desastrosa uma política possa se tornar, desde que as causas do desastre não sejam compreendidas pelo público eleitor"[15]. Aliás, essa conclusão serve para os intelectuais: dificilmente existe algum tipo de repercussão negativa (como a perda de prestígio) quando defendem proposições desastrosas, irreais ou precipitadas. É que muitos deles cometem o grave equívoco em "supor que uma habilidade intelectual ímpar, dentro de um segmento em particular, deriva de sabedoria e moralidade universal superiores"[16]. Deve ser muito difícil para alguns intelectuais ter algum tipo de percepção de que suas *ideias maravilhosas e perfeitas* repercutiram de modo ruim na sociedade, até porque tal percepção demandaria uma autocrítica que parece completamente estranha aos chamados *teóricos críticos*. A maioria irá dizer a si mesmo e convencer os outros que não deu certo por causas alheias. A culpa é do outro, ou do *sistema*, ou do governante. Fato é que os reflexos danosos estão presentes. Ao que parece, na experiência da execução penal brasileira, o desestímulo provocado pela disfuncionalidade das leis ainda não foi suficiente para que se elabore uma legislação capaz de interferir positivamente na realidade. Mas parece haver outras causas que se referem à relação de poderes que podem interferir na (in)eficácia de uma lei a partir da relação entre a política e o jurídico.

2.2. A POLÍTICA E O JURÍDICO

O estabelecimento de um rol extenso de direitos na LEP consagrou uma espécie de "poder simbólico às avessas"[17]. Ou seja, o objetivo da legislação jamais foi efetivamente refletir seriamente sobre a questão carcerária, mas antes

15. SOWELL, Thomas. Os intelectuais e a sociedade. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 104.
16. *Idem*, p. 32.
17. NASCIMENTO, Assis José Couto do. Constituição: o político, o jurídico e o discurso: a PEC 157/2003 e o debate sobre a obesidade da Constituição. Brasília: Trampolim, 2018, p. 143.

tentar descobrir alguma coerência para as demandas da sociedade moderna a respeito do poder punitivo. Não há problema em permanecer em aberto (no sentido de não haver resposta definitiva) questões sobre a importância do rigor das punições ou sobre os motivos de altas taxas de reincidência em todo o mundo. Porém, é difícil conceber ideias que efetivamente não parecem dispostas a tratar desses assuntos, como se fossem descoladas da realidade. Logo, a ideia de descrever esses pensadores busca trazer a tona alguns pressupostos não tão evidentes a respeito dos mais diversos tipos de convivência e, com isso, ficará quase natural identificar as consequências desses pensamentos. É permitir ao leitor se situar nessas perspectivas referentes ao fundamento ou à justificação do poder punitivo.

4.1. A PENA SEGUNDO C. BECCARIA

Invoco o pensamento de Beccaria (1738-1794) para expressar o movimento iluminista e, com isso, destacar os quatro elementos que se expressam como fundamentais ao iluminismo: razão, ciência, humanismo e progresso[8]. Do ponto de vista da relação Estado/indivíduo, esses elementos se concretizam na lei, enquanto instrumento adequado para garantir que o máximo de pessoas de uma sociedade possa usufruir da liberdade e de outros atributos que lhe permitam a felicidade. Fará da lei o fundamento da aplicação de uma pena, ideia que guardou profunda aliança com o pensamento liberal da época: "o crime é a violação do direito como exigência racional e não como norma do direito positivo, em uma clara alusão ao pensamento contratualista"[9]. É dizer: a pena está justificada pela negação do direito, uma verdadeira retribuição jurídica pertinente ao descumprimento do contrato social (ou seja, a prática do crime).

A grande preocupação presente na obra de Beccaria está no rompimento com o ideal absolutista. E atribuir à razão e ao humanismo como elementos fundamentais do progresso de uma sociedade. Daí que o sentido da aplicação de uma pena será alcançado se ela tiver o propósito de proporcionar o máximo

---

este ponto, o pensamento ocidental não deixou de se inquietar e de propor versões contraditórias" (GROS, Fréderic. Os quatro sentidos da pena. In Punir em Democracia. Antoine Garapon, Frédéric Gros, Thierry Pech. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 64).

8. PINKER, Steven. O novo Iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 26.

9. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 90.

de felicidade e de liberdade para o maior número de pessoas. É o caminho para qualificar como inúteis as penas desproporcionais, as torturas, as penas corpóreas ou mesmo a forma espetaculosa da execução das penas, enquanto práticas estatais comuns daquele período. Aquele que pratica crimes é visto como um *déspota*, porque no fundo não respeita a liberdade do outro[10]. A defesa da liberdade é vista como um propósito importante na convivência social, ao tempo em que, naquele tempo, era necessário negar a ideia de pena como forma de implementar uma *justiça cósmica*. É por isso que se vê a construção da justificativa da pena para desestimular delitos futuros, ou seja, a ideia de prevenção geral da pena, muito conhecida ainda nos tempos de hoje. A ideia de estabelecer uma "estrutura de incentivo que dissuade de atos antissociais sem causar um sofrimento maior do que aquele que desencoraja"[11].

A necessidade de punição está centrada na potencialidade de causar algum desequilíbrio social das liberdades dos outros. Veja que a exposição de Beccaria não se ocupa exatamente em buscar a legitimidade da pena, mas é evidente a vinculação à base filosófica de Hobbes a respeito da necessidade do Estado a partir das limitações humanas. De todo modo, o pensador milanês propõe uma estrutura que parte da ideia de legalidade dos crimes e das penas. E também, de um modo bem simplificado, oferece argumentos a respeito da necessidade de punir muito ou punir pouco. Nessa medida, ao expor a liberdade em porções que devem ser ajustadas para a felicidade da maioria, a visão beccariana parece enxergar a sociedade como *espaço de trocas*. Um tipo de vínculo na pena em que levará a uma clara "posição por penas menos gravosas, as quais deveriam incidir o mínimo possível – na exata medida de sua necessidade – no cotidiano social"[12]. Por esses mesmos motivos, defende a ideia de que as penas corpóreas deveriam ser substituídas pela prevalência da pena de prisão.

Em um desdobramento do *utilitarismo iluminista*, destaca-se na contemporaneidade a visão de Luigi Ferrajoli. A construção da teoria do *garantismo penal* está ancorada na ideia de um *utilitarismo penal reformado* para dizer

10. GROS, Frédéric. Punir em democracia. Antoine Garapon, Frédéric Gros, Thierry Pech. Instituto Piaget: Lisboa, 2001.

11. Pinker, Steven. O novo Iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 31.

12. SANTOS, Hugo Leonardo. Futuro pretérito da prisão e a razão cínica do grande encarceramento: três momentos de emergência de discursos, expectativas e experiências acumuladas em torno do conceito de prisão. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol 131. Ano 25. P. 145-185. São Paulo: Ed. RT, maio de 2017, p. 159.

da necessidade de existir um "segundo parâmetro utilitário, ou seja, além do máximo bem-estar possível dos não desviantes também o mínimo mal-estar necessário dos desviantes"[13]. Logo, a lei penal assumiria duas justificações: para prevenir a ocorrência de novos delitos (prevenção geral – já presente no pensamento de Beccaria) e para prevenir a imposição de penas arbitrárias e desmedidas. A visão do monopólio da força estatal estaria limitada não apenas pela legitimidade hobbesiana, mas sobretudo quando demonstra a imposição de sofrimentos mínimos em desfavor do indivíduo desviante.

Não há dúvida de que as bases filosóficas que inspiram o pensamento utilitarista da pena se alinham, em alguma medida, com o que foi exposto no primeiro capítulo deste livro a respeito da teoria de poder de Hobbes e também aos preceitos do liberalismo de John Stuart Mill. Há, porém, um enfoque que parece exagerado e incoerente com o utilitarismo reformado de Ferrajoli quando anuncia uma teoria do garantismo penal vocacionada a conceber "o poder de punir e de julgar seguramente o mais terrível e odioso dos poderes", como consta na introdução de sua mais conhecida obra, *Direito e Razão*. Tenho a impressão que Ferrajoli sente algum tipo de constrangimento em aderir a um pensamento utilitarista, tanto que o qualifica como *reformado*. Não é por acaso que muitos fazem uma leitura das ideias do pensador italiano como se fossem próximas às teorias marxistas. Creio que o equívoco pode se justificar apenas no sentido de estabelecer um tipo de abstração ou de perfeição humana que é muito comum aos adeptos da escola crítica.

Lado outro, tanto Beccaria como Ferrajoli representam expoentes do movimento iluminista. São entusiastas da razão, como se a sabedoria prática não fosse fonte legítima de conhecimento. Dito de outro modo, encarnam a crença de que o modo de convivência que existiu no passado nada acrescenta para a modernidade, simplesmente porque não estão amparados no conhecimento científico. Um tipo de suposição de que o iluminismo fundou uma nova moralidade, um novo modo de coesão social e, de consequência, um novo fundamento de punir. Ora, é indissociável de qualquer pensamento utilitarista identificar a necessidade da eficiência de punir – coerente com cada sociedade – como forma de desestimular a ocorrência de condutas consideradas ruins. É frisar que existe um dever de punir do Estado, dentro dos limites da legalidade. Aí, sim, recordar a necessidade de coerência sistêmica, que está muito bem

13. FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 3 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 308.

articulado nos dez axiomas de Ferrajoli[14]. Concentrar esforços em estabelecer algum equilíbrio entre o dever de punir e a liberdade do indivíduo. É certo que os ideais utilitários têm muito a contribuir nessa reflexão.

4.2. A PENA SEGUNDO I. KANT

Ao falar de punição, Kant parte do pressuposto de que a razão é uma faculdade que irá influenciar nossa vontade. A faculdade está fundamentada numa lei, aqui entendida em um sentido puramente abstrato. Um princípio que irá reger sua conduta independentemente de qualquer situação concreta. Uma *máxima própria*. É a base para compreender que o imperativo categórico vincula o meu agir fundamentada numa máxima que desejo se torne universal. Em *A Metafísica dos Costumes*, Kant deixa evidenciado que as regras do direito constituem imperativo categórico[15], de tal modo que a violação de uma norma penal é suficiente para imposição da pena. A punição como simples consequência da conduta livre e racional da pessoa que transgrediu a lei, afastando por completo qualquer ideal voltado a instrumentalizar o ser humano.

O ser humano pensado por Kant leva em conta que "punir um homem para o tornar melhor ou fazê-lo servir de exemplo aos outros é negar a sua humanidade pura, é degradá-lo, é reduzi-lo ao nível de bestialidade, à animalidade sensível"[16]. Não pode existir nenhum fundamento estranho ao próprio crime cometido para aplicação da pena; não cabe a pergunta *para que punir*, portanto. A única pergunta cabível seria *por que punir,* da qual admite só uma resposta: *porque usou de sua liberdade para cometer um crime*. Não se discute

14. "Denomino garantista, cognitivo ou de legalidade estrita o sistema penal, que inclui todos os termos de nossa série. Trata-se de um modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfatível. Sua axiomatização resulta da adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, não deriváveis entre si, que expressarei, segundo uma tradição escolástica, com outras tantas máximas latinas: 1) Nulla poena sine crimine; 2) Nullum crimen sine lege; 3) Nulla lex (poenalis) sine necessitate; 4) Nulla necessitas sine injuria; 5) Nulla injuria sine actione; 6) Nulla actio sine culpa; 7) Nulla culpa sine judicio; 8) Nullum judicio sine accusatione; 9) Nulla accusatio sine probatione; 10) Nulla probatio sine defensione" (FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 3 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 91).

15. Diz Kant: "Há assim três poderes distintos (*potestas legislatoris, executoria, iudiciaria*) pelos quais um Estado (*civitas*) tem sua autonomia, isto é, pelos quais configura e preserva a si mesmo de acordo com as leis de liberdade. A felicidade do Estado consiste na sua união. (...) Por felicidade do Estado entende-se a condição na qual sua constituição se conforma o mais plenamente aos princípios do direito; é por esta condição que a razão, mediante um imperativo categórico, nos obriga a lutar" (KANT, 2003, p. 160).

16. GROS, Frédéric. Punir em democracia. Antoine Garapon, Frédéric Gros, Thierry Pech. Instituto Piaget: Lisboa, 2001, p. 39.

SEGUNDA PARTE

A LEI DE EXECUÇÕES PENAIS

5

A EXECUÇÃO DA PENA NO BRASIL

5.1. HISTÓRICO DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

Logo após a independência do Brasil, foi promulgada a Constituição do Império em 1824 e, na última parte do texto, que tratava dos direitos fundamentais, dispunha o art. 179 a proibição de penas cruéis (açoites, torturas e marca de ferro quente) e a garantia de que as cadeias serão "seguras, limpas e bem arejadas", além da determinação de separação dos réus conforme as circunstâncias e natureza do crime (incisos XIX e XXI). Conforme informa Roberto Lyra, já naquela época, predominava a imposição do encarceramento como penalidade (muito embora ainda estava permitida a imposição de pena de morte em crimes comuns) e o ambiente carcerário não era muito diferente do atual, com graves problemas de higiene, disciplina e distribuição de presos.

O Código Criminal em 1830 foi inspirado no ideal iluminista. Tinha ares de modernidade e previa os seguintes tipos de pena: morte[1], galés, prisão (com ou sem trabalho), banimento[2], degredo[3], desterro, multa e suspensão ou perda do emprego. Não havia outra lei específica tratando da execução penal. As penas de galés, prisão com trabalho e prisão simples exigiam a existência de um

---

1. O método da pena de morte era a forca, que se realizaria no dia seguinte ao da intimação de uma sentença irrevogável. Não se admitia a pena de morte para mulher grávida, cuja execução somente poderia ocorrer depois de 40 dias do parto.
2. A pena de banimento consistia em privar para sempre os direitos de ser cidadão brasileiro, nunca mais podendo ingressar em território nacional. Caso fosse descumprida, seria imposta a pena de prisão perpétua.
3. A pena de degredo impunha ao condenado ficar apenas em determinado lugar, fora dos limites da comarca, ao passo que o desterro determinava ao cumpridor de pena que não mais voltasse ao local do delito, de sua residência e do ofendido por determinado tempo determinado em sentença.