

TRÊS TEMAS DE EXECUÇÃO PENAL

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira *

Introdução

O presente trabalho visa a ressaltar a orientação geral da lei de execução penal, visando a colaborar na busca de sua compreensão enquanto subsistema visceralmente ligado ao sistema penal como um todo. Para tanto, há que se ressaltar sua orientação valorativa, suas influências e instrumentos eleitos para a consecução de seus fins. Busca, enfim, apontar algumas contradições internas e pretensa inviabilidade de seus institutos. Apesar do enfoque predominantemente jurídico, não busca desprezar, mas pelo contrário, enfatizar o problema político que cerca o tema.

Apesar de razoável tempo de vigência, a lei de execução penal continua estigmatizada como tarefa impossível, e sua contínua violação vem provocando movimento no sentido de sua necessária reforma. Não seria mais razoável buscar sua compreensão global, assumir sua existência no campo normativo e sua irrenunciável eficácia, buscando imediatas formas de aplicação? Acreditamos na resposta positiva. Não temos, no entanto, pela dimensão do presente trabalho, a pretensão de esgotar ou analisar com minúcia cada ponto da referida lei, preferindo assim a escolha de três temas para análise, preferindo aqueles que realçam o problema levantado da falta inexplicável de eficácia da lei e a recusa em compreender seu importante papel no sistema penal brasileiro.

Serão tratados, sob o enfoque da necessidade de sistematização e compreensão global da lei de execução penal, os debatidos temas dos fins da pena, com especial enfoque de possível influência da opção legislativa da lei de execução penal frente à teoria do tipo; da necessária participação da comunidade na execução penal e da possibilidade de ocorrência de excesso na execução tanto na quantidade como na qualidade da pena imposta, ressaltando as incongruências normativas hoje presentes. Para o desenvolvimento, partiremos das seguintes premissas:

**Procurador do Estado - SP, Mestrando em Direito Penal pela PUC - SP, Pós-graduação em Direito Penal pela Universidade de Salamanca, Professor de Direito Penal da FADIPA - Jundiáí, UNIP - Campinas e do Curso Preparatório PRIMA.*

1) O Brasil é (ou busca ser) um Estado Democrático de Direito, e neste sentido há que se entender a liberdade do homem enquanto ser social¹, vindo a garantia de tal liberdade com a aplicação (não basta a formulação) da lei geral abstrata³ por órgãos de uma instituição independente. Não há que se afastar, assim, da necessidade do império da lei³, e da concepção de que tal lei seja fruto da vontade popular, por alguma de suas formas de expressão. Não é objetivo do presente trabalho desenvolver o tema das variações de tal conceito, mas tais idéias, ainda que resumidas, servirão como instrumento indispensável para as conclusões.

2) A execução penal tem como fundamento *efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*⁴. Neste sentido, há que se observar que, se é verdade que um dos principais problemas do atual direito penal brasileiro é insistir na ausência de definição de uma orientação político-criminal⁵ - sem definir para que serve o instrumento jurídico-penal em todas as suas acepções - ao menos na sua face de efetiva aplicação, ou seja, no momento da execução, a opção já foi feita: integração social. Embora tão esquecido, o art 1º da lei de execução penal se transforma com isso em um dos mais importantes de todo direito penal e processual penal, uma vez que traz expressa vertente valorativa que falta ao resto do sistema. Qualquer posição que dele se afaste, qualquer decisão que o contrarie, é ilegal e assistemática.

Perceba-se que não se quer no presente trabalho fazer apologia de supervalorização do direito penitenciário, mas sim realçar a importância de tal expressão de valor dentro de um núcleo do sistema penal. A independência da ciência penitenciária, como tanto se repete a todos os ramos do direito, não é absoluta nem poderia ser. Influencia e recebe influência de outras ciências, jurídicas ou não, penais ou extrapenais. Ocorre que, na ausência de outra expressão acerca das finalidades da pena (além do lacônico reprovação e prevenção do crime⁶), a importância de tal especificação da prevenção especial positiva traz brilho que se comunica e ocupa espaços ainda não preenchidos por outras opções políticas expressas. O que não se pode é, ao contrário, fazer uma subvalorização do tema penitenciário, já tão defendido desde Concepción Arenal⁷ e que mesmo Von Liszt entendia ser o "campo incontestavelmente mais importante da cultura do direito penal", quando

¹ Dallari, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, Saraiva, 1991, p. 259.

² Bobbio, Norberto et alli. *Dicionário de Política*. UNB, 5a ed., p. 401.

³ Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros. 10a ed., 113 e ss.

⁴ *Lei de execução penal*, art. 1o, *in fine*.

⁵ *As dificuldades criadas pela não determinação são apontadas por Claus Roxin, em Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 3a ed., Vega, p. 44

⁶ Art. 59 CP, *in fine*

⁷ *Estúdios Penitenciários*, p.6 e 143

em seu Tratado de Direito Penal Alemão, lamenta que na época (1895) a legislação penitenciária ainda não havia avançado o suficiente .

Visão global da LEP no Direito e os problemas da tipicidade e da periculosidade

A influência de tal orientação na própria tipicidade penal pode ser sentida. Se a execução da pena não tem outra utilidade que não a integração social do condenado, não há razão para se condenar a atitude já integrada socialmente. É sabido que desde a ~~idéia de relevância social da ação de Welzel~~⁹ até a candente discussão no Direito brasileiro acerca da imputação objetiva¹⁰ a idéia em nada traz no que toca originalidade. Talvez sua única relevância seja atingir os operadores do direito que têm uma mentalidade bastante comum no Brasil - influenciada pelo tecnicismo jurídico com toda sua bagagem cultural e ideológica - de que a existência formal da lei é o centro do sistema, e que o mandamento abstrato tudo resolve, devendo buscar o filósofo (criminalista, político criminal, sociólogo...) alterar a legislação. Não seria mais necessário o esforço legislativo no que toca a necessidade de ausência de relevância social da ação, ou, modernamente, na necessidade de ser possível considerar a imputação objetiva do resultado, com suas novas peculiaridades. Desde 1984, o Brasil já conta com norma que deixa claro que a conduta integrada socialmente, ainda que formalmente constitua ilícito penal, não pode ser perseguida em âmbito criminal, uma vez que não teria sentido sua punição. E nem o mais técnico-formal dos operadores pode discordar que outro comportamento redundaria em antinomia.

Por outro lado, da mesma forma que influencia, a execução penal recebe influências dos outros ramos, e mesmo da realidade política, social e jurídica. Com forte influência positivista, a Lei de execução penal se pauta pela periculosidade do agente como critério para inúmeras medidas, como a classificação do reeducando, a possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena em alguns casos e na concessão de benefícios como o livramento condicional. E o que seria tal periculosidade? Tradicionalmente, a potencialidade criminosa do sujeito, a probabilidade de que venha a praticar novos crimes, de acordo com os traços de sua personalidade. Tal idéia é inspirada, e totalmente compatível, com o determinismo biológico de Lombroso¹¹, sendo apurada por Garófalo¹² no que tange a terminologia e realce jurídico. É uma reação ao sistema clássico¹³, com uma visão inicial, ainda que bastante acanhada, do que seria a defesa social. Já é afastada, no entanto,

⁹ Welzel, Hans. *Um novo sistema jurídico-penal*. RT. 2001. p. 59 e ss

¹⁰ cf. Camargo, Antônio Luís Chaves de. *Imputação objetiva e Direito Penal Brasileiro*. Cultural paulista. 2001. p.67, 69 e ss. Galvão, Fernando. *Imputação objetiva*. Mandamentos. 2000. p. 21 e ss.

¹¹ Bruno, Aníbal. *Direito Penal*. Forense. 1959. V1. p. 99 e ss

¹² Noronha, E. Magalhães. Saraiva. 1986. p. 39 e ss

¹³ Ancel, Marc. *A nova defesa social*. Forense. 1979. p. 85.

mesmo por Gramática e Ancel¹⁴, na pregação da nova defesa social e abandonada pela doutrina não no momento atual, mas já há algumas décadas. Assim, quer pelo avanço da criminologia¹⁵, quer pelo estágio da atual política criminal, não haveria como sustentar a referida idéia de avaliar a chamada periculosidade como critério para se devolver liberdade. Mas não bastariam tais argumentos de índole material não escritos a nossos operadores viciados no jogo puramente lógico das formas. Há também argumentos escritos. A Constituição Federal assegura ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, e traz como fundamentos deste estado a dignidade da pessoa humana, o pluralismo¹⁶, garantindo a todo cidadão liberdade de consciência, de crença política e de pensamento¹⁷, o que faz incompatível e inaceitável qualquer restrição de direito pela convicção ideológica, ou seja, que permita à pena buscar de forma forçosa (mediante sanção) a alteração da personalidade¹⁸. A menos que o técnico-jurista se confesse um ditador, e queira escolher as leis que prefere aplicar, ainda que ignorando aquela que mesmo tecnicamente é a maior, não há como fugir à conclusão que

" ao direito penal, no Estado de Direito, não é possível falar em periculosidade de imputável, pois, sendo a periculosidade status social, ligado ao modo de ser, a análise da periculosidade em substituição ou concomitantemente à da culpabilidade implica em julgamento pelo que se é. Ademais, além da dignidade humana não permitir qualquer espécie de ingerência na esfera íntima, os tratamentos até hoje tentados não lograram alcançar os esperados resultados de retorno social dos delinqüentes adaptados ou reeducados¹⁹ .

Entre outras relações da lei penitenciária, estas merecem apontamento pela urgência dos assuntos. É preciso, sem dúvida, compatibilizar os compartimentos do Direito, e de forma ainda mais urgente aqueles no mesmo ramo, qual seja, o direito penal, sem olvidar seu papel no Estado Brasileiro (democrático de direito). A ausência de método e unidade valorativa traz sempre, e nunca é demais repetir, a possibilidade de confusão, a incerteza, que serve a quem detém o poder, pois poderá escolher "no descontrolo" de forma arbitrária. Já passa o tempo de conceber que a ausência de segurança jurídica é fruto não do pouco desenvolvimento do Direito - ela é fruto de um desenvolvimento proposital do Direito que visa à manutenção do arbítrio.

¹⁴ Ancel, Marc. *A nova defesa social. Forense.* 1979. p. 85

¹⁵ García-Pablos de Molina, Antonio. *Criminologia. RT.* 3a ed. p. 153, sobre o papel da criminologia

¹⁶ Art. 1o, III e V CF, como fundamentos da República Federativa do Brasil

¹⁷ Art. 5o, VI CF

¹⁸ Roxin, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal.* Vega. 3a ed. p. 41

¹⁹ Barros, Carmem Silva de Moraes. *A individualização da pena na execução penal. Rt.* 2001. p. 59. Há referência na obra, no mesmo sentido, a Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán.

Duas contradições internas da Execução Penal - regime progressivo?

A execução penal no Brasil adota o sistema progressivo como regra²⁰, inclusive como decorrência natural dos princípios constitucionais, conforme Silva Franco:

" O sistema progressivo é, em verdade, o precipitado lógico, a decorrência natural, o resultado prático de alguns princípios inseridos na Constituição Federal. É o ponto de inserção em que se conectam os princípios da legalidade, da individualização e da humanidade da pena²¹" .

Com isso, visa a possibilitar o reingresso do reeducando na vida social, uma vez que a brusca ruptura causada pelo afastamento da sociedade e pela estigmatização²² da condenação só poderiam ser compensados por um trabalho de gradual recomposição dos laços sociais. Para tanto, utiliza-se a lei de execução penal do instituto da progressão de regime de cumprimento de pena, trazendo o reeducando de um regime de maior vigilância, qual seja, o fechado, onde há total cerceamento de sua liberdade e pouca oportunidade de convívio comum para o semi-aberto, onde lhe é devolvida parcela de sua liberdade, com menor vigilância e maior possibilidade de contato com terceiros, culminando no regime aberto, baseado na livre responsabilidade do reeducando, momento em que é praticamente liberado de forma total ao convívio social, ainda que sob controle, ao menos em teoria, por parte do Estado. Há uma lógica de integração social no processo, embora na prática nada disso seja visto. O objeto de estudo inicial, no entanto, não é a crítica à realidade dos fatos, mas à legislação (que a rege).

Outra figura é o livramento condicional, baseado aqui na intenção de reintegração do sujeito, que tenha cumprido um lapso considerável de sua pena, e cujos dados subjetivos sejam reveladores de merecimento. Aqui, percebe-se a quebra da idéia progressiva, uma vez que o sujeito sairia diretamente de um regime de cumprimento de pena mais grave para a total liberdade, ainda com menor controle que o próprio regime aberto, havendo um novo choque: se houve uma brusca retirada do sujeito à sociedade, há uma brusca devolução do mesmo, sem o trabalho de adaptação gradual do agente à sua comunidade e vice-versa, uma vez que é desnecessário repetir a evidência do preconceito e do estigma que traz um egresso²³. Aliás,

²⁰ Kuehne., Maurício. *Doutrina e Prática da Execução Penal*. Juruá. 2a ed. P. 13 e ss.

²¹ Franco. Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. RT. 4a ed. p. 161

²² *Sobre a estigmatização: Aniyar de Castro, Lola. Criminologia da reação social. Forense. 1983. p 104 e ss.*

²³ Seguí, Elida. *O preso como vítima de um sistema perverso, in Temas de Vitimologia, Coord. de Ester Kosovski. Lumen Juris. 2000. p. 85*

pouco parece resolver, para determinada vertente da criminologia, a adaptação do egresso se a comunidade não está preparada para o aceitar²⁴, e o brusco processo certamente não é o melhor caminho. Percebe-se, assim, uma contradição nos objetivos e instrumentos da execução penal, embora para seus defensores não seja tão grave a inviabilizar a lógica do sistema. Importa ressaltar ainda que o prazo para o livramento condicional (ordinário, ou seja, para o agente primário não se tratando de infração hedionda) equivale a duas progressões.

Ocorre que há determinadas infrações que não aceitam progressão de regime de cumprimento de pena, classificadas conforme autorização constitucional de hediondas. Aqui, não há possibilidade de gradual reinserção social, o que por si só seria uma aberração aos fins declarados da execução²⁵, uma vez que, ao menos com o fim da pena, (que não é nem pode ser indeterminada no Brasil, face cláusula inalterável da Constituição), o agente é lançado bruscamente de volta na comunidade. A unidade do sistema já é quebrada. E o curioso é que, para tais crimes, embora se faça necessário lapso temporal maior, há a possibilidade de livramento condicional, com a brusca soltura do reeducando. Que sistema de execução é esse? Poderá ser realmente chamado de progressivo, como insiste a doutrina, e como manda a Constituição, uma vez que a progressão seria, como demonstra Silva Franco²⁶, a única forma de coadunar a legalidade com a individualização da pena e dignidade humana (humanização da pena x necessidade da pena)? Acreditamos que não.

Quais as conseqüências de tais contradições? As soluções arbitrárias e violações aos direitos do cidadão. Pela falta de lógica na compreensão do sistema, o aplicador escolhe se adotará o rigor retributivo aferido do conjunto da lei de crimes hediondos ou a perspectiva humana e social da lei de execução que rege, de forma expressa, ser fim da pena a ressocialização. Faz assim ainda mais rigorosa e restrita concessão dos benefícios do que permite a lei, e tal cultura se propaga aos delitos não hediondos. Por outro lado, se escolhe a outra vertente, na dissonância de sistemas, escolhe como mais apropriada a brusca liberação, nos moldes da liberdade condicional, e rompe com a idéia progressiva. Mesmo o Estado, ciente de tais caminhos alternativos em face da inexistência de coerência interna na execução, não se empenha em tornar possível o regime progressivo, uma vez que a (ilegal) não liberação, ou a liberação direta, são opções que a substituem, ainda que custe o preço de tornar o ambiente jurídico instável, inseguro.

²⁴ *Importância da rotulação no processo de criminalização, que pode ser encontrada em Anyar de Castro, Lola. Criminologia da reação social. Forense. 1983, p. 102*

²⁵ *Franco. Alberto Silva. Crimes Hediondos. RT. 4a ed. p. 161-170*

²⁶ *op. cit.*

Da participação da comunidade na execução penal

É curioso notar a que ponto chega o equívoco do hoje chamado simbolismo penal, a partir do qual um movimento rotulado de lei e de ordem (que *lei e que ordem*²⁷?) insiste em separar a sociedade, de forma maniqueísta, em bons e maus. São bons aqueles que não cometem delitos, e maus os que o fazem. Parece ser totalmente ignorada a face totalmente desconhecida de delitos praticados por todos²⁸ (ou quase todos), como pequenos equívocos fiscais, a contribuição na sonegação de imposto quando se paga menos sem nota fiscal, quando se pratica ou se compra algo advindo de conhecido descaminho²⁹. É fácil não atentar aos outros fatores que condicionam a persecução penal, como a maior criminalização de comportamentos de determinada classe social³⁰, os delitos também escolhidos e praticados por agentes dos órgãos da persecução estatal, a preferência pela busca da criminalidade em determinadas classes sociais (como se nossos filhos, os da classe abastada, não consumissem drogas - eles são rebeldes, doentes ou imaturos, e os pobres são bandidos e traficantes). A confortável ignorância destes e tantos outros fatores causa a absoluta falta de cooperação por parte da comunidade no aperfeiçoamento da execução penal. Chega a ser entendido politicamente incorreto o auxílio aos excluídos em razão do sistema penitenciário. Por outro lado, é motivo para granjear apoio popular a certeza de crueldade com os selecionados (entre os criminosos já referidos, de todas as classes e espécies criminosas) para repressão penal, e a promessa de uma vida absolutamente desprovida de recursos no cárcere³¹.

O que parece se esquecer o referido movimento e esta mesma comunidade é que o sujeito vai voltar. Não há pena de morte ou prisão perpétua, e ele vai voltar. Como ele vai voltar? Depende do que viveu e das possibilidades de desenvolvimento de sua personalidade que teve durante o cárcere. Quanto maiores forem tais possi-

²⁷ *Atual abordagem em Faria, José Eduardo. O combate ao terror e o novo direito penal. Espaço aberto do jornal O Estado de São Paulo, 29 de outubro de 2001.*

²⁸ *García-Pablos de Molina, Antônio e Gomes, Luiz Flávio. Criminologia. RT. 3a ed. p. 70*

²⁹ *"A dicotomia homens de bem e foras da lei parece um abismo abissal, quando, na verdade, qualquer pessoa pode cometer um ilícito (...)"*. Kosóvski, Ester e Séguin, Élide. *O preso como vítima de um sistema perverso. Temas de Vitimologia, coord. de Kosóvski. Lúmen iuris. 2000. p. 64*

³⁰ *Aniyar de Castro, Lola. Criminologia da reação social. Forense. 1983. p104 e ss.*

³¹ *Sobre o inegável caráter de castigo da pena atual a conclusão de Marques. Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena Juarez de Oliveira: " Os estudos realizados, com base na pesquisa do material utilizado, confirmam a idéia norteadora da investigação: de que o sentimento de castigo inserido nas penalidades permanece inalterado, enquanto estrutura arquetípica de origem primitiva, não obstante as correntes mais progressistas da atualidade, no âmbito da política criminal."*

bilidades, menores as chances de reincidência³². Não adianta confiar que o agente restará preso para sempre: ele voltará! E aqui cabe até mesmo a reflexão: a quem interessaria a sua volta sem qualquer chance de reinserção social, certamente mais violento e adaptado à brutalidade? Quem ganha com o clamor social pela ordem e pelo Estado policesco, com absoluta vigilância, ainda que com o sacrifício de liberdades? Que modelo cultural é esse, e como poderia ser mais distante mesmo dos ideais democráticos burgueses³³?

Olvida-se também o membro desta mesma comunidade que um dia poderá ser réu em processo criminal. Que a idéia da divisão entre bons e maus é falsa. Que um dia poderá ter seus delitos descobertos e perseguidos, na dependência dos mais diversos fatores políticos; que muitos de seus filhos usam e cedem substância entorpecente a terceiros e que seus parentes podem matar, ainda que por honra ou outro motivo que lhes pareça justificável. E o argumento de que *só ocorre para os outros* falecerá. Apenas com o início de tal reflexão é possível voltar a exigir, enquanto obrigação social, que a comunidade venha a efetivamente participar da execução penal, quer enquanto possibilidade de emprego ou consumo de produtos em face de reclusos e egressos, quer com os patronatos ou outras formas de colaboração previstas na lei de execução penal. Mas se é verdade que cabe à comunidade tal atitude, é dever do Estado orientá-la, libertando-se da retórica fácil da *lei e da ordem* e instigar a desenvolver tais movimentos, não simplesmente porque é o bem, uma vez que o presente trabalho não tem índole de análise puramente ética, mas porque é o que manda a lei. Aliás, não se entende porque os órgãos incumbidos da aplicação da lei nada fazem para tornar efetivos os arts. 78-81 da LEP.

Do Excesso ou Desvio na Execução - Qualidade da Pena

Reza art. 5o, XLIX da CF que "É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral". Ressalva o art. 3o da Lei de execução penal que "Ao condenado e ao internado são assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença e

³² (...) digo que a principal razão de ser da progressividade da progressividade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou o benefício indevido, por que contrário ao que inicialmente sentenciado, daquele eu acabou perdendo seu bem maior que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social da sociedade, que, dia menos dia, receberá de volta aquele que inobservou a norma penal, e, com isso, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Estado. A ela não interessa receber de volta um cidadão que enclausurou embrutecido, muito embora o tenha mandado para detrás das grades com o fito, entre outros, de recupera-lo, objetivando uma vida em comum em seu próprio meio, o que o tempo vem demonstrando, a mais não poder, ser quase utopia" - voto do Min. Marco Aurélio no HC 76.617-9, apud Franco, op. cit.

³³ Faz referência expressa à relação entre o totalitarismo e a hipertrofia do Direito Penal, entre outros, Nilo Batista, op. cit.

pela lei". Traz o art. 183 da LEP, por fim, que "Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares."

Continua candente o debate sobre qual a opção a ser tomada pelo aplicador da lei no momento em que, tendo direito o condenado a determinado regime penitenciário (fechado, semi-aberto e aberto), não há vagas, ou seja, não há preparo por parte do Estado-Administração para desincumbir-se das obrigações impostas pelas Lei. Os argumentos mais comuns no sentido de solucionar o embate são:

1) Não é possível modificar a situação do reeducando, ou seja, deve permanecer no estabelecimento inadequado, ainda que mais gravoso, uma vez que não pode deixar de pagar pelo mal que fez, o que ocorreria se lhe fosse concedida situação mais benéfica do que permite a lei - sentido retributivo da pena. Por outro lado, surge o argumento de que a sociedade não pode sucumbir, com a volta do condenado, pela ineficácia do aparelho estatal (fortalecendo a cultura da comunidade irresponsável pelos rumos do Estado), uma vez que estaria sujeita a seu potencial criminoso - aspecto de prevenção especial negativa da pena, no aspecto de inocuização.

Os dois argumentos não dão conta do contido no art. 1º da Lei de Execução Penal, ou seja, que tais funções da pena (retributiva e de prevenção especial negativa) não regem os institutos da execução penal no Brasil. Quer em âmbito teleológico, quer para os mais apegados ao tecnicismo, não há como deixar de rechaçar tais argumentos³⁴.

2) Não pode o reeducando ser liberado de forma não progressiva, ou seja, não pode ter devolvida maior parcela de sua liberdade do que admitido pelo ordenamento sob pena de rompimento com o processo de ressocialização. Se, por falta de vagas - em penitenciárias com regime fechado, é levado ao regime semi-aberto, ou como é mais comum, por falta de vagas em regime semi-aberto, é levado ao aberto, e neste, pela inexistência absoluta de infraestrutura, para o excepcional regime domiciliar - o agente é beneficiado, deixa de ser cumprido o objetivo da sentença, que é a ressocialização, por meio do instrumental eleito pelo ordenamento, que é a graduada reinserção social.

O argumento vem lastreado pela idéia apregoada no art. 1º da LEP, o que lhe dá muita força. Daí a necessidade de seu estudo em consonância com as regras

³⁴ *Sobre as chamadas antinomias dos fins da pena: Hassemer, Winfried e Muñoz Conde, Francisco. Introducción a Criminología y al Derecho Penal. Tirant. Valência, 1989. p. 134 e ss. Mir Puig, Santiago. El Derecho Penal em el Estado Social y democrático de Derecho. Ariel.*

legais acima enumeradas.

A pena baseada no tempo (de privação de direitos e, no caso, a liberdade) não pode ser mensurada apenas com base em sua duração. Também deve ser percebida no que toca sua qualidade. Nos diplomas civis parece mais palpável a percepção: se um sujeito é obrigado a pagar 10 sacos de arroz de qualidade média, não pode ser obrigado a quitar suas dívidas com 10 sacos de qualidade alta. Se o agente é privado de determinada quantidade e qualidade de sua liberdade, é tão abusivo priva-lo a mais em um critério como em outro. É incompreensível o motivo pelo qual todos se escandalizam com aquele que passa um dia a mais do que o imposto pela lei e pela sentença sob custódia estatal ainda que o tempo desta tenha escoado, com brados por indenizações, mas entendam comum que, qualitativamente, o agente tenha parcela muito maior de sua liberdade privada do que o permitido pela lei ou pela sentença. A liberdade tem diversos graus de restrição, e se alguns são legais na normalidade e outros ilegais, também há, para o condenado, limites a tal restrição, impostos pelo mesmo ordenamento.

O tema foi escolhido pela aparente dificuldade de resposta ao segundo argumento, que parece se preocupar com agente criminoso. Trata-se aqui de tema de mais alta relevância, uma vez que o fim da pena é utilizado como justificativa para o descumprimento das razões não da simples fase de execução penal, mas de todo Direito Penal, e, por que não confessar, da própria estrutura dorsal do Estado de Direito. Se é verdade que o Direito Penal tem um fim, ele não pode se utilizar de todos os meios para tanto, mormente quando estes tangenciam a dignidade humana, e os fins primordiais do Estado. Há outras normas protegendo tal dignidade, e de aplicação inarredável. É a comprovação de que o Direito Penal é indispensável, enquanto limite ao poder estatal. Diversas fórmulas poderiam ser pensadas para a ressocialização dos que praticam comportamentos desviados rotulados como ilícitos penais, mas apenas o Direito Penal, com sua função garantidora, é capaz de fazê-lo de forma a não permitir preço demasiado para o fim proposto.

3- Exatamente pelos limites impostos pelo Direito Penal, enquanto limite ao Poder Estatal, resta, no que toca o problema da ausência de vagas em estabelecimentos adequados, posição segundo a qual a lei penal serve como limite, que não por ser ultrapassado. Assim, se é impossível o regular cumprimento (lembre-se: por ineficácia estatal), a pena não deve transbordar seu limite: deve conformar-se dentro das possibilidades impostas pelo limite da legalidade, respeitando-se então, ao máximo, obediência aos fins da pena socializador e seu instrumental progressivo. Destarte, se não há vagas em regime fechado, que seja enviado para o regime semi-aberto. Se não há vagas no regime semi-aberto, que seja enviado para o aberto. Se não há vagas no aberto, que lhe seja permitida a prisão albergue domiciliar. Absurdo é quebrar a legalidade penal, na defesa de uma desordem prática, e

de uma Administração que se recusa a cumprir a lei, confortada pela insegurança jurídica e respaldo da lei e da ordem de que o sistema deveria ser, afinal, não progressivo, mas eliminatório.

Conclusão

São três temas de execução penal, cuja identidade reside exatamente na desobediência às premissas citadas. O Estado não consegue cumprir suas leis. O Direito Penal ainda é visto como justificativa para a sanção, como um Direito de punição, e não como instrumento de liberdade, como se a violência estatal necessitasse de leis para atingir o cidadão. A legalidade penal é garantia individual, disposta inclusive na Constituição Federal, contra a referida violência. Por outro lado, o Estado se divorcia do fim da execução previsto na lei para se lançar a uma posição política fácil, mormente o Poder Judiciário, sob o argumento de que o julgador não pode ficar alheio aos anseios do povo, como se tivesse legitimidade para representá-lo e reconhecida capacidade de compreendê-lo (função que nos parece ser do Poder Legislativo). Distante da legalidade, que conta com o art. 1º na orientação das ações dentro dos limites permitidos de ingerência na liberdade individual, a insegurança jurídica predomina, a ânsia pelo totalitarismo expresso ou camuflado aumenta, e o país deixa de dar os primeiros passos na construção de uma sociedade voltada ao desenvolvimento digno do ser humano.

BIBLIOGRAFIA

ANCEL, Marc. A nova defesa social. Forense. 1979

ANIYAR DE CASTRO, Lola. Criminologia da reação social. Forense. 1983.

BARROS, Carmem Silva de Moraes. A individualização da pena na execução penal. Rt. 2001

BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Revan. 4ª ed

BOBBIO, Norberto et alli. Dicionário de Política. UNB, 5ª ed.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Campus, 11 ed.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Forense. 1959. V1. p. 99 e ss

CAMARGO, Antônio Luís Chaves de. Imputação objetiva e Direito Penal Brasileiro. Cultural paulista. 2001.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, Saraiva, 1991
- FARIA, José Eduardo. O combate ao terror e o novo direito penal. Espaço aberto do jornal O Estado de São Paulo, 29 de outubro de 2001
- FRANCO. Alberto Silva. Crimes Hediondos. RT. 4a ed.
- GALVÃO, Fernando. Imputação objetiva. Mandamentos. 2000
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Criminología. RT
- HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. Tirant. Valência, 1989.
- KUEHNE., Maurício. Doutrina e Prática da Execução Penal. Juruá. 2a ed
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da legalidade penal, RT, 1994
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena. Juarez de Oliveira. 2000
- MIR PUIG, Santiago. El Derecho Penal em el Estado Social y democrático de Derecho. Ariel.
- NORONHA, E. Magalhães. Saraiva. 1986
- ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais de Direito Penal, 3a ed., Veja.
- SEGUI, Elida. O preso como vítima de um sistema perverso, in Temas de Vitimologia, Coord. de KOSOVSKI, Ester. Lúmen Iuris. 2000
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros. 10a ed.
- VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal alemão, Brighiet Editores.
- WELZEL, Hans. Um novo sistema jurídico-penal. RT. 2001.