

EXECUÇÃO PENAL: IDEAL NORMATIVO E REALIDADE PRÁTICA

Renato Marcão¹

1- Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestre em Direito. Professor convidado no curso de pós-graduação em Ciências Criminais da Rede Luiz Flávio Gomes e em cursos de pós-graduação em diversas Escolas Superiores do Ministério Público e da Magistratura. Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP. Membro da Association Internationale de Droit Pénal (AIDP). Membro Associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), do Instituto de Ciências Penais (ICP) e do Instituto Brasileiro de Execução Penal (IBEP).

E-mail: rmarcao@terra.com.br

Introdução

Passado mais de um quarto de século de vigência da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984), e mais de 20 anos da Constituição Federal, a proclamada “Constituição Cidadã” (5 de outubro de 1988), ainda nos encontramos às voltas com velhos dilemas relacionados com a prática da execução das penas criminais, o que nos remete às profundas inquietações de CESARE BONESANA, o Marquês de Beccaria, no tocante ao sistema de pena e execucional vigente a seu tempo (há mais de 200 anos), conforme levado a conhecimento público em sua admirada obra intitulada “*Dei delitti e delle Pene*”.

É inegável que “os tempos são outros” desde a insurgência de BECCARIA, tanto quanto é inegável que a sociedade atual conhece e reclama a vigência de um sistema penal cercado de garantias que interessam ao cidadão e à sobrevivência democrática da própria sociedade moderna.

Muito embora se possa dizer que a contar das ideias iluministas o ordenamento jurídico brasileiro tem avançado em direção ao ideal humanístico, a realidade prática é de todos conhecida, tanto quanto os efeitos deletérios que de tal estado de coisas decorre.

A prática execucional brasileira demonstra o recorrente e impune desrespeito às garantias constitucionais incidentes, bem como a constante afronta aos dispositivos da Lei de Execução Penal, sem que inúmeras autoridades incumbidas do dever constitucional de fiscalizar, buscar e dizer o direito adotem as providências que

também estão explícitas no ordenamento jurídico vigente e que, portanto, são de conhecimento presumido e exigência imperiosa.

A letargia de muitos tem contribuído para as estatísticas lamentáveis, e tudo isso impunemente.

Não é outra a pretensão das singelas observações que seguem, senão consignar algumas das situações inaceitáveis verificadas na realidade executiva brasileira.

2). Algumas regras que não devem/deveriam ser esquecidas

Nos precisos termos do art. 1º da LEP, a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internato.

Em síntese, a pretensão da lei é “punir” e “humanizar”, e na busca de tal desiderato, ao condenado e ao internado devem ser assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, conforme determina o art. 3º da LEP.

2.1). Juiz de Execução

Compete ao Juiz da Execução, dentre outras atribuições listadas no art. 66 da Lei de Execução Penal: “zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança (inc. VI); inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidades (inc. VII); interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta lei (inc. VIII)”.

Tais atividades de sua competência devem ser exercitadas *ex officio*, independentemente de provocação de quem quer que seja, especialmente com vistas à preservação dos direitos e garantias fundamentais alcançados com a execução de penas criminais.

A interdição de estabelecimento penal que não atende ao que determina a lei e configura ambiente de degradação da pessoa humana é obrigação jurisdicional expressa.

Que não argumente o juiz, justificando a ausência de providências de sua competência, com o mofado discurso no sentido de que não há local apropriado para a transferência dos presos que devem ser removidos em razão de interdição de estabelecimento penal. Esta preocupação não pertence ao Juiz de Execução, mas sim ao administrador público desidioso, e bem por isso não serve de fundamento para justificar a inércia jurisdicional como consequência e em homenagem à inércia do administrador.

Juiz decide; faz cumprir a lei “e ponto”. O administrador que resolva os problemas relacionados ao ofício que escolheu exercer.

A incapacidade e o descaso do Poder Executivo em relação ao tema não pode servir de fundamento para a inércia do Poder Judiciário, a quem cumpre precipuamente dizer o direito.

Não há fundamento jurídico válido que justifique qualquer omissão jurisdicional diante de flagrante descumprimento da lei, especialmente em relação às matérias em que se deve agir *ex officio*.

2.2). Ministério Público

Está disposto no art. 127 da Constituição Federal que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Na Lei de Execução Penal, diz o art. 67 que o Ministério Público fiscalizará a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução, e dentre outras, anota o art. 68 que constitui sua atribuição requerer todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo (negritei).

Como está expresso, é atribuição do Ministério Público zelar pelo correto cumprimento da Lei de Execução Penal, sob todos os aspectos, requerendo o que for de direito em busca deste ideal democrático.

2.3). Ordem dos Advogados do Brasil

Na dicção do proclamado e tantas vezes sonoramente repetido art. 133 da Constituição Federal: “O advogado é indispensável à administração da justiça”.

No processo execucional a presença de advogado e a existência de defesa efetiva são imprescindíveis, antes e acima de tudo visando à preservação dos interesses do executado, requerendo não só a concessão de benefícios, tais como a progressão de regime (art. 112 da LEP) e o livramento condicional (art. 131 da LEP), mas também postulando que o juízo de execução e o Ministério Público adotem as providências que a lei determina, quando tais órgãos do Estado não agirem *ex officio*.

Questões relacionadas com a inadequação física do estabelecimento prisional, que não atende à finalidade da lei, e descumprimento de direitos e garantias vinculadas

à pessoa presa não estão fora da esfera de interesses que cabe ao advogado observar em defesa de seu cliente, e contra tal estado de coisas existem providências legais que podem e devem ser manejadas tecnicamente.

2.4.). Defensoria Pública.

Dispõe o art. 134 da Carta Magna que “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

Nos precisos termos do art. 1º da Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994 (Lei que Organiza a Defensoria Pública): “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal”.

São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras, “atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais” (art. 4º, XVII, da L.C n. 80/1994), e, para tanto, os estabelecimentos referidos “reservarão instalações adequadas ao atendimento jurídico dos presos e internos por parte dos Defensores Públicos, bem como a esses fornecerão apoio administrativo, prestarão as informações solicitadas e assegurarão acesso à

documentação dos presos e internos, aos quais é assegurado o direito de entrevista com os Defensores Públicos” (art. 4º, § 11º, da L.C. n. 80/1994).

Diz o art. 81-A da Lei de Execução Penal que a Defensoria Pública velará pela regular execução da pena e da medida de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva, incumbindo-lhe, nos termos do art. 81-B, dentre outras atividades, adotar todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo; representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo em caso de violação das normas referentes à execução penal; visitar os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento, e requerer, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; bem como requerer à autoridade competente a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal.

2.5). Realidade normativa

As regras acima indicadas são apenas algumas dentre tantas relacionadas com o tema aqui tratado e que se cumpridas fossem resolveria em boa parte o problema da execução penal.

Como se vê, regras não faltam a indicar o ideal normativo.

O que falta nos dias que correm é um melhor posicionamento de alguns profissionais frente ao tema e verdadeiro compromisso com a efetiva aplicação da Lei de Execução Penal, com respeito aos princípios constitucionais correlatos.

Tanto isso é exato que foi preciso o Conselho Nacional de Justiça deflagrar os conhecidos mutirões carcerários, que já colocaram em liberdade milhares de detentos, e que, verdade seja dita, vieram muito mais para dar um sonoro e retumbante alerta a respeito de tão grave problema, e com isso tentar inculcar na prática jurisdicional uma nova postura de enfrentamento dos problemas vivenciados do que efetivamente promover a liberdade de alguns alcançados com os benefícios concedidos, até porque não se trata de atividade constante do referido Conselho, mas episódica.

3). O sistema progressivo

Como se sabe, o sistema progressivo de cumprimento de pena privativa de liberdade adotado no Brasil determina que, iniciando o cumprimento da pena no regime fechado, após atender os requisitos objetivo e subjetivo (art. 112 da LEP e Lei n. 11.464/2007), o condenado poderá progredir para o regime semiaberto, e, nas mesmas condições, deste para o aberto.

Se iniciar o cumprimento da pena no regime semiaberto, poderá progredir para o aberto quando atendidos os requisitos que a lei reclama.

A efetividade da execução penal, nestes termos, pressupõe a eficiência dos regimes indicados e, portanto, a existência de estabelecimentos adequados ao cumprimento de pena nos regimes fechado, semiaberto e aberto, respectivamente.

A Constituição Federal assegura o princípio da individualização da pena, que também deve ser observado em sede de execução penal. Daí porque a Lei de Execução Penal disciplina e determina, conforme a norma de regência (art. 5º da LEP), que “os condenados serão classificados segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”, sendo certo que a classificação deve

ser feita por “Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório” (art. 6º da LEP).

4). Regime fechado

Tendo a população carcerária, no Brasil, alcançado a expressiva soma de 500.000 (quinhentos mil) presos (1/3 deles no Estado de São Paulo), encontramos em quarto lugar dentre os países que mais encarceram (1º. Estados Unidos da América do Norte; 2º. Rússia; 3º. China), porém, em primeiro lugar quando se tem em conta o percentual de crescimento da população carcerária nos últimos anos, conforme pesquisa levada a efeito pelo Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes (www.ipcluizflaviogomes.com.br).

Impulsionando os elevados números temos, além da violência crescente, que a todos incomoda, e isso muitas vezes em razão da ausência de políticas públicas inteligentes e efetivas que ofereçam alternativas aos jovens (o maior contingente da população carcerária é composto por jovens entre 24 e 29 anos), temos o endurecimento das leis penais nas últimas décadas.

Destes fatores e de ainda outros é que decorre o déficit atual de cerca de 200.000 (duzentas mil) vagas no sistema penal; não sendo demais lembrar que no país existem mais de 500.000 (quinhentos mil) mandados de prisão aguardando cumprimento.

A superlotação no regime fechado decorre também da falta de investimentos nos Estados, não só visando a criação de vagas no regime fechado, mas também no regime semiaberto, pois é cediço que, mesmo recebendo progressão para o regime

semiaberto, em regra os condenados permanecem no regime fechado aguardando vaga para transferência, situação com a qual não compactuam as Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça, conforme evidenciam suas reiteradas decisões a respeito do tema, até porque, nos termos do art. 3º da Lei de Execução Penal, “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

Mas em regra é preciso ir até à referida Corte Federal para conseguir a aplicação do dispositivo acima transcrito.

Há mais.

A média nacional de presos cautelares alcança o inaceitável patamar de 44% (quarenta e quatro por cento), em verdadeiro paradoxo com o ideal constitucional, pois sabe-se que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CF).

A média mundial de presos cautelares gira em torno de 25% (vinte e cinco por cento) nos países democráticos.

No Brasil, no início da década de 1990 o percentual de presos cautelares era de 18% (dezoito por cento) e saltou, agora, de forma expressiva, para os astronômicos 44% (quarenta e quatro por cento) (conferir pesquisa publicada em: www.ipcluizflaviogomes.com.br).

É evidente que algo não vai bem neste tema.

É claro que estamos diante de flagrante distorção à regra constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade.

Pois bem. Este é o quadro: violência crescente; excesso na decretação de prisões cautelares; falta de investimentos suficientes e adequados com vistas à criação

de vagas nos regimes fechado e semiaberto; falta de vagas no regime semiaberto e permanência de condenados irregularmente no regime mais severo, quando já promovidos ou inicialmente condenados ao cumprimento de pena no regime intermediário são alguns dos principais motivos da superpopulação no regime fechado, cujas condições das instalações, em regra, são péssimas e violam todas as garantias elencadas na Constituição Federal; na Lei de Execução Penal; nas Regras Mínimas para o tratamento do preso no Brasil; nas Regras Mínimas da ONU para o tratamento de Reclusos, e em tantos outros diplomas normativos internacionais aos quais o Brasil se vinculou.

5). Regime semiaberto

A falta de estabelecimentos para cumprimento de pena no regime semiaberto é inaceitável, pois do descaso evidenciado resulta considerável contribuição para a falência do sistema progressivo adotado.

Faltam estabelecimentos e, portanto, vagas. Disso decorre, como acima anotado, superlotação do regime fechado.

Mas não é só. Alguns estabelecimentos funcionam em condições precárias, distantes do ideal normativo, deixando de contribuir, como poderia, como os ideais indicados no artigo 1º da Lei de Execução Penal: punir e humanizar.

A pouca eficiência do regime semiaberto não justifica, evidentemente, sua extinção.

Ao contrário, o que se deve buscar é seu fortalecimento, com a esperada adequação à Lei, revigorando o sistema progressivo.

6). Regime aberto

Na realidade prática nacional, salvo raríssimas exceções, não existem estabelecimentos para o cumprimento de pena no regime aberto, e nada se tem feito para que este quadro seja alterado para melhor.

Também aqui não se cumpre a lei.

7). Individualização executacional. Classificação dos condenados e presos provisórios

A individualização da pena no âmbito executacional *em regra* não ocorre, tanto quanto é ausente a classificação determinada por lei.

E tudo isso, não é demais lembrar, diante dos olhos inertes de muitos que, por dever de ofício, deveriam cuidar para que a lei fosse cumprida.

Não é demais reclamar que se cumpra a lei; não deve ser *dolorosamente insuportável* fazer cumprir a lei, especialmente quando esta é elogiável, como na hipótese.

8). Sistema progressivo?

Como vimos, *praticamos* um regime fechado superlotado e em condições desumanas; impera a insuficiência de vagas no regime semiaberto e o rotineiro descumprindo da lei; não há, em regra, estabelecimento para cumprimento de pena no regime aberto.

Que sistema progressivo é este praticado?

Que não se argumente a falta de recursos nos cofres do administrador público, a ensejar dificuldade insuperável na solução das questões aqui tratadas, que interessam a toda a sociedade e não apenas aos condenados e seus familiares.

Há dificuldade, sim, mas não estamos diante de realidade invencível; de dificuldade intransponível. Claro que não!

Falta mesmo é boa vontade, de muitos, e por isso o sistema progressivo adotado permanece sem aplicação na prática executacional, sobrevivendo, em regra, *fora da lei* e à margem da Constituição Federal.

9). Penas e medidas alternativas

A execução das penas e medidas alternativas está lançada, em regra, à *boa vontade do executado*, especialmente no que tange à prestação de serviços à comunidade, a mais largamente aplicada na realidade forense.

Como se sabe, e por força do disposto no art. 44 do Código Penal, aplicada pena privativa de liberdade e, presentes os requisitos legais, o juiz deverá substituí-la por penas alternativas.

Ocorre, entretanto, que a prática forense tem demonstrado que *na esmagadora maioria dos casos* a pena privativa de liberdade aplicada deve ser cumprida no regime inicial aberto e, sendo assim, caso o condenado não cumpra a pena alternativa, ocorrendo a conversão deverá submeter-se ao cumprimento da privativa de liberdade aplicada, no regime fixado na sentença, qual seja, o aberto.

Nestes termos, o condenado não cumpre a pena alternativa e, não havendo estabelecimento adequado para o cumprimento da pena no regime aberto, como é a regra nacional, receberá o benefício do albergue domiciliar, que somente deveria ser concedido a quem se encontre nas condições do art. 117 da LEP.

Em outras palavras, não cumpre a pena alternativa e, como consequência, passará a cumprir pena “em casa”, sem qualquer fiscalização efetiva, como vem ocorrendo.

A limitação de fim de semana deve ser cumprida em estabelecimento destinado ao cumprimento de pena no regime aberto, sabidamente inexistente na maioria das comarcas, mas é sempre bom ressaltar a existência de valiosas e elogiosas exceções.

Qual a eficiência do sistema punitivo e execucional praticado?

Como se vê, a ausência de estabelecimento destinado ao cumprimento de pena no regime aberto fulmina não só o sistema progressivo, mas também enfraquece *opção* pelo cumprimento de penas e medidas alternativas.

10). Drogas

A esmagadora maioria da clientela penal e da população carcerária está ligada ao consumo e dependência de drogas ilícitas, especialmente o *crack*.

Dos 500.000 (quinhentos mil) condenados, quantitativamente, temos como mais frequentes incidências penais as que seguem, na ordem indicada: 1º). roubo qualificado; 2º) tráfico de drogas; 3º). roubo simples; 4º). furto qualificado, e, 5º). furto simples (www.ipcluizflaviogomes.com.br).

Quem pratica roubo – simples ou qualificado - e está cumprindo pena, em regra roubou para comprar drogas para o consumo pessoal.

Quem trafica e está preso, na maioria dos casos, estava traficando para obter meios visando adquirir droga para seu consumo pessoal.

Quem pratica furto, simples ou qualificado, furta visando obter algum bem ou valor que em regra irá destinar à aquisição de droga para seu consumo pessoal.

O § 7º do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), diz que nos casos de condenação por crime de porte de entorpecente para consumo pessoal o juiz “determinará ao poder público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado”.

Também como regra, tal dispositivo não tem sido aplicado nos processos criminais a que se refere.

De igual maneira, também não se tem aplicado o disposto no art. 26 da Lei de Drogas, que assim dispõe: “O usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos a medida de segurança, têm garantidos os serviços de atenção à sua saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário”.

Sem o enfrentamento adequado do problema das drogas, a Justiça Criminal continuará a “enxugar gelo”, já que o motivo determinante da prática do crime – dependência de drogas -, persistirá mesmo após a condenação e o cumprimento da pena nas péssimas condições acima indicadas. A mesma realidade que determinou a inicial condenação por certo ensejará outras mais, contribuindo para a elevação das estatísticas de reincidência, hoje por volta de alarmantes 80% (oitenta por cento).

Falta a concretização de políticas públicas.

Falta o cumprimento da lei.

11). Conclusão

Não faltam no ordenamento jurídico boas regras de direito ligadas à execução penal.

Paradoxalmente, também não faltam omissões e desrespeito a quase totalidade dessas mesmas valiosas regras.

Faltam, ainda, ...

Bem..., melhor parar por aqui; continuar fazendo minha parte na medida das minhas limitações e esperar para ver onde o descumprimento impune da lei e da *Constituição Cidadã* vai arremessar a sociedade brasileira.

Que Deus nos guarde e proteja.