

# Execução Penal e PLS-236

## **Prof. Dr. Maurício Stegemann Dieter**

*Professor de Direito Penal e Criminologia (graduação e pós-graduação). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal. Pesquisador do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná com estágio de pesquisa doutoral na Hamburg Universität. Advogado Criminalista.*

Muito obrigado, Des. Nildson, pela tão gentil apresentação e pelo convite da Escola da Magistratura; neste auditório fiz a minha primeira exposição acadêmica, quando era nada além de um recém-ingresso na pós-graduação da Universidade Federal do Paraná. Estar aqui, novamente, só pode mesmo ser fruto da generosidade do Des. Paulo Baldez e do Prof. Juarez Tavares, que é o grande coordenador científico deste evento; é tudo por sua causa e por sua conta.

Muito obrigado, portanto, pelo convite, que muito me honra. E quero agradecer também a companhia na mesa do Prof. Alexandre Mendes, que me apresentou um inédito *Manifesto hackeracionista*; porque de manifestos eu gosto, e conheço. É por estes caminhos que descubro outros interessados em assuntos que também pesquiso, como a temática do terrorismo. Minha aproximação, entretanto, se deu por meio da intermediação de Noam Chomsky, que apresenta uma perspectiva *lexicológica* do tema, a denunciar a distinção entre quem é ou não é terrorista como uma questão de poder, ou seja, a partir da possibilidade de constituição de discursos punitivos. Seu exemplo, logo ao início de um de seus textos mais célebres, funda a distinção entre pirata e imperador como simples diferença na quantidade de barcos que cada um possui: você é imperador porque tem vários barcos, ao passo que eu sou pirata porque tenho um só. Evidentemente, há muito mais para pensar sobre o tema, mas desde já parece impossível seguir em questões tão densas sem observar, na base, estas contradições fundamentais, que desvelam de plano toda a ideologia subjacente.

Quero agradecer também a honra de poder compartilhar a mesa com a Professora Maria Lúcia Karam, a provar que estou aqui por pura liberalidade, tamanha a distância acadêmica que nos separa. Somente aumenta a admiração que lhe tenho, ao ouvi-la dizer com coragem certas *coisas óbvias* em favor da democracia material, *coisas óbvias* que precisam ser ditas até que sejam ouvidas. Aproveitando a linha de sua exposição, a verdade é que eu encerraria minha palestra tratando de medidas de segurança, mas antecipo para permanecer na mesma temática e assim tentar confundir minha exposição com sua erudição.

Primeiro, manifesto-me desde já solidário contra a própria ideia de *doença mental*, que não é algo que exista empiricamente, mas é antes uma brutal metáfora de medicalização de problemas reais de comportamento; chama-se de *doença* o que não é *patologia* de células, tecidos ou órgãos por falta de palavra melhor. Para piorar, quando se fala em *doença mental* isso sempre implica trazer para a odiosa área das *medidas de segurança* uma estranha perspectiva médica – sobretudo psiquiátrica, compromissada com a grande indústria farmacêutica – o que produz uma miséria humana inaceitável. Afinal, como o livro do Prof. Thomas Szasz nos ensina, *tratamento compulsório* não existe: da mesma forma que *sexo forçado* não é *sexo*, mas *estupro*; que *trabalho forçado* não é *trabalho*, mas *escravidão*, *tratamento forçado* não é *tratamento*, mas *pena*. Não há espaço para ética médica aqui; que médico vai se dispor a *tratar* alguém que não quer ser *tratado*? Isso é coisa de carcereiro, não de terapeuta. Afinal, como diria o Professor Agostinho Ramalho, quem me salva da bondade dos bons? Estamos no mesmo “Deus me salve dos meus amigos, porque dos inimigos cuido eu”. Tivemos já a pior experiência da civilização ocidental no que se refere ao *tratamento* de *doentes mentais* na Alemanha nazista, mas são estas obviedades que o poder se recusa a aprender; aprender; afinal, de uma vez por todas, que estas questões não são problema de Direito Penal, que no Estado Democrático de Direito é o regido pelo princípio da culpabilidade, absolutamente incompatível com a noção de *perigosidade*.

Na dimensão dos inimputáveis, se a sociedade brasileira observou como o Estatuto da Criança e do Adolescente conseguiu melhorar em termos humanitários – ainda que, infelizmente, por vezes apenas na dimensão formal – a disciplina em relação à criança e ao adolescente em

conflito com a lei, por que em relação aos portadores de graves distúrbios psíquicos e comportamentais é tão difícil avançar no mesmo sentido? É urgente acabar com essa história de *perigosidade* que tanto faz mal ao Direito Penal, mas a Comissão que elaborou o PLS-236 desprezou qualquer avanço aqui: *loucos* devem ser eles, ao negar repercussão legislativa a tão evidente sofrimento social.

Mas não há nada que não possa piorar. De fato, a recente opção pela *burocratização* das tais *doenças mentais* consegue ser ainda pior. Hoje nos Estados Unidos, a Criminologia crítica observa assustada a *des-subjetivação* da *perigosidade*, agora convertida em infalível *perigosidade objetiva*, fundada a partir de mecânico cálculo do *risco atuarial* de *delinqüência* individual. Resgata-se, com isso, aquela possibilidade inaugurada no Direito Penal conforme o modelo neoclássico de imputação de responsabilidade penal, de conciliar a pena com a medida de segurança, propondo-se o confinamento civil daqueles que já cumpriram suas penas como forma de redução do risco individual de reincidência. Como se vê, sem saber, a Comissão encarregada de elaborar o Projeto de Lei que postula ser o novo Código Penal brasileiro logrou a façanha de importar – sem sabê-lo – a mais recente e grotesca tendência *gerencialista* no controle social ianque, firme em sua Política Criminal de erradicação da *underclass* e dos demais *parasitas sociais*, como são chamados os novos membros das atuais *classes perigosas*.

Mas, chega. A Professora Karam já havia dado conta desta realidade abjeta. Vou, portanto, dar conta da outra e mais genérica: vou tratar de execução penal.

Tema *maldito* este, e por isso não espanta que ninguém queira falar de execução penal, de envolver-se em seu lodo.

Por que lodo da execução penal? Porque a *engenharia do castigo* é e será sempre contrária à *ética do perdão*, que se estrutura sobre a alteridade, o reconhecimento do outro. Não, certamente não é disso que trata a Execução Penal, lugar preferencial para a *negação do outro*. Pensar como e quanto deve sofrer alguém, ora isso nunca vai dignificar o ser humano. Mas os penalistas precisam, por responsabilidade, envolver-se em questões como essa. Seria de se esperar, portanto, que o fizessem com a máxima responsabilidade, ao elaborar um programa *pós-moderno* para

o castigo. Que nada. O Projeto é, neste ponto – mas dizem meus colegas que também nos demais – pior do que o pior pesadelo da *modernidade*.

Antes de denunciar todos estes pontos, tão ruins, seria de especular os motivos desta insistência no anacronismo pedestre da pena. Talvez, um deles, tenha sido a composição bastante homogênea da Comissão, formada por pessoas que não têm uma história acadêmica de destaque ou mesmo algum contato transdisciplinar. A homogeneidade sempre é um risco, porque a falta de heterogeneidade imobiliza, castra diversas possibilidades de inovação, que não aparecem no marasmo das velhas ideias. Acompanhados de uma classe política que não deixa de surpreender por sua incompetência e imoralidade, os membros da Comissão mostraram-se também, como comprova a experiência de boa parte dos presentes, frequentemente arrogantes no momento de incorporar sugestões que salvariam a aposta carcerária do terrível senso de ridículo que agora lhes sobrevém.

Que o Projeto circule sob a alcunha de “Projeto Sarney” deveria ser um aviso suficiente. Por certo, ao ouvir este sobrenome, estaríamos legitimados a supor, desde já, que o Projeto seria conservador. Mas não, o Projeto consegue ser reacionário.

Então, desde já, enfatizo que não há apologia ao projeto que contorne sua mediocridade ou que o torne viável no Estado Democrático de Direito. Até porque, o que dele poderia se salvar, dificilmente seria aprovado por um Congresso colonizado pelos mais fiéis adeptos do retrocesso civilizatório. Portanto, toda crítica aqui exposta é radical; o Projeto não deve passar, pelo bem da democracia que nos resta. Só digo isso porque pretendo evitar, tratando-se de um discurso oral, que por eventualmente avançar em aspectos mais técnicos, isto é, ao tratar das especificidades do Projeto, minhas palavras possam soar como alguma forma de colaboração indireta. Ou seja, se você critica pontos do projeto a impressão que pode passar é que ele tem conserto. Mas, que fique claro, não tem conserto. E também não quero parecer exagerado, não sou adepto da *escatologia*. É que o Projeto é mesmo muito, muito ruim. E em matéria de pena privativa de liberdade, medievalmente ruim.

Quando pensamos que a tarefa da Comissão era de compatibilizar o reformado Código de 40 com a Constituição de 1988, seria legítimo supor que isso redundaria na readequação da criminalização primária, in-

clusive – ou especialmente – a relativa à execução da pena, conformando o projeto penitenciário ao conjunto de garantias individuais que o texto constitucional prevê. Em suma, o resultado deveria ter sido o de um Direito Penal mínimo, com poucos crimes, penas mais brandas, formas de censura não encarceradoras etc.

Nada disso. Preferiram solenemente ignorar mais de cem anos de documentada pesquisa criminológica, e insistiram no *isomorfismo reformista* do cárcere. Sem querer saber das determinações do crime – isto é, dos processos de criminalização – não tinham mesmo como elaborar uma Política Criminal – no sentido de conjunto de estratégias para repressão, prevenção e tratamento das consequências da criminalidade – inteligente, racional e preferencialmente não-violenta. Resta-nos supor que o deliberado desprezo pela *jurisprudência superior* produzido pela ciência é antes fruto da ingenuidade, porque a alternativa seria o cinismo. Nada de espantar, já que não raro das melhores intenções se pavimentam as vias rápidas do inferno.

Estas vias nos levam aos artigos 45 a 70, no que se refere à Execução Penal. Vejamos o horizonte que projetam.

Primeiro, o PLS-236 acaba com a distinção entre reclusão e detenção alegando que a diferenciação é desnecessária. Ora, ao acabar com a distinção entre reclusão e detenção, eles estão afirmando o regime de execução de pena privativa de liberdade como o centro de gravidade da Política Penal brasileira; a distinção tem uma razão de ser, de afirmar a menor censurabilidade de certos fatos, que autorizam medidas desde já não absolutamente cruéis para fins de incapacitação pessoal. Este, todavia, é o menor dos problemas. A grande questão é a disciplina da pena, como exponho a seguir.

Segundo, a previsão de pena é, no mais, exatamente igual à que temos hoje com uma terrível exceção, que é a inclusão da perda de bens e valores, que, de certa maneira, restitui materialmente o confisco, que já não estava mais em uso, felizmente, embora previsto na Constituição – que não é de todo democrática.

De toda sorte, o modelo de execução de pena que eles privilegiam é uma combinação estranha à qual o Brasil adere entusiasticamente. É meio sistema de Auburn, meio sistema Filadélfia, mistura que não se digere

porque não há como combinar a aposta no isolamento celular com essa disciplina de ressocialização pelo trabalho, ou seja, mantemos o sistema de permanente vigilância e contenção individual e aposta no trabalho como salvação do sujeito, em nova tautologia destrutiva. Esta aposta no centenário fracasso da pena para reforma é tão revoltante para um criminólogo, que eles se recusam a responder, de bom grado, ao menos, à pergunta sobre os fins reais da pena criminal; bastaria, nada mais, apontar para aquela pilha de livros que, desde muito antes da década de 70, não cansa de repetir a falência da instituição carcerária e do discurso construído para encobrir suas contradições fundamentais. Daí porque, a todo instante, de maneira explícita ou implícita, a fundamentação do Projeto aposte em uma tradição cultural. É isso que permeia o texto, afirmando que o código tem por base uma tradição cultural, mas o Brasil não precisa disso em termos de pena. A nossa tradição cultural em termos de pena é culturalmente horrível, na nossa memória punitiva está a pena de açoite, galés e morte para os escravos, o degredo, o banimento, a pena de trabalhos forçados etc. Nossa tradição cultural é em matéria de Execução Penal uma porcaria, nossa cultura punitivista é muito forte. Não precisamos de tradição cultural aqui. Em matéria de pena, ainda reclamamos um processo civilizatório.

Outro sintoma da burrice na aposta da pena – evidência de que ninguém na Comissão chegou perto daquela literatura fundamental que se espera de alguém alfabetizado em Ciências Criminais – está no condicionamento excessivo de etapas de passagem, afirmando novamente a ressocialização como um objetivo da prisão. Ora, é simplesmente muita ignorância querer ressocializar pela prisão: onde, exatamente, deu certo esse projeto, em qualquer lugar do mundo? Como se ressocializa uma pessoa tirando-a da sociedade? Como se ressocializa alguém mediante prisionalização?

O fato é que é tão óbvio que a prisão não ressocializa ninguém que até nos Estados Unidos, da década de 70 em diante, tanto a direita quanto a esquerda chegaram ao consenso de parar com essa bobagem, e pararam com esse discurso, cuja prática era absolutamente insustentável. Em todo caso, na América do Norte, eles trocaram a ideia de ressocialização pela ideia de pura neutralização e passaram – de procurar a culpabilidade – a procurar uma perigosidade objetiva definida pelo risco atuarial do sujeito. Não é, evidentemente, o que proporia qualquer ser humano com



consideração pela existência de outro. O que quero ressaltar, apenas, é que até os precursores dos sistemas de Auburn e Filadélfia já chegaram ao consenso de que a prisão não ressocializa ninguém, diversificando a prisão e usando punições menos demoradas para a disciplina gerencial desse risco individual.

O terrível exemplo americano, o que chamamos de *encarceramento em massa* leva o estandarte da pena, como se fosse uma procissão de fé, mas sob outro ritmo: o da incapacitação. Não se abre mão da prisão porque não se abre mão das contradições fundamentais do sistema de estrutura capitalista. Ela segue; mas para seguir, diante de uma realidade tão grave, foi preciso apostar em formas de reduzir o contingente carcerário, seja mediante solidariedade ou tecnologia. Assim é o percurso que agora caracteriza o sistema de justiça criminal estadunidense, independente da orientação ideológica dos que trabalham a partir de sua realidade.

Em cenário semelhante, de grande encarceramento – a quarta maior população carcerária do mundo, no Brasil – a única solução possível, enfim, já que seguimos a mesma via em outro passo, seria apostar em medidas desencarceradoras, que aliviem a miséria da superpopulação penitenciária, cuja composição expressa perfeitamente a seletividade do sistema de justiça criminal. Que oportunidade ímpar se perdeu, para pensar em novas formas de libertar, de aliviar o regime de execução, superar a estúpida linearidade vertical do regime fechado até o regime aberto, avançar em saídas temporárias, mais amplas formas de livramento condicional ou restaurativas de encerrar violações de bens jurídicos que não precisam passar pelo estigma da pena etc.

O Brasil fez tudo ao contrário do esperado em termos civilizatórios nessa reforma, ou seja, não conseguiu nem aderir ao avanço da direita nos Estados Unidos. Isso é uma grande frustração, não é? Quer dizer, pelo menos acompanhar os avanços da direita nos Estados Unidos. Mas não, conseguiram ficar atrás da direita nos Estados Unidos. Pois eles acabaram com o livramento condicional! Uma tremenda irresponsabilidade político-criminal, uma barbaridade sem tamanho. Acabar com o livramento condicional? O que eles pensam? Não é a vida deles, eles nunca se imaginam presos, ou seja, fazem um direito que não representam para eles, o que necessariamente expressa uma justiça vingativa. E para cúmulo dos cúmulos, dizem que o outro substitutivo penal introduzido pelo Código de

40, o *sursis*, é anacrônico, porque existiriam as restrições de direito desde a reforma de 84. Mas o *sursis* é garantia!

Então chegamos a isso: livramento condicional é desnecessário e a suspensão condicional da pena é anacrônica.... não, não, anacrônica é a prisão, anacrônico é se apostar na reclusão e na progressão de regime, na *ortopedia moral* do sujeito. Anacrônica é a Comissão, que não evoluiu. Ou retrocedeu, conforme o caso e a consciência de cada um.

Terceiro, e para arrematar, restituíram o *exame criminológico* para a progressão de regime. Ou seja, libertaram a criminologia etiológica de sua jaula, para *farsa* depois da *tragédia*. Que vergonha será ter que explicar, se tudo der errado e ninguém mais tiver siso no Congresso, sendo este abjeto Projeto aprovado, aos nossos colegas cientistas pelo mundo, que o Brasil decidiu, na criminalização do século XXI, retornar ao fim do século XIX. A progressão agora, para ser obstruída, conta com novos palpiteiros, formados nas ciências do escuro da alma alheia. Que bela porcaria.

Quarto e, por fim, em relação à reincidência, entendo que a fala do painel da manhã já esgotou o assunto porque é, claro, absolutamente contrária à idéia de culpabilidade porque o sujeito tem que ser punido pelo que ele *fez* agora, e não pelo que ele *fez* ou *foi* no passado, nem pelo que ele *é* – ou acham que *é*. O tipo de injusto é precisamente isso, limite da atribuição de responsabilidade penal, o que está amarrado pelos princípios da culpabilidade e da responsabilidade penal pessoal. Se não for assim, terei um direito penal da ideologia da defesa social. É por esse caminho que vai o Direito Penal Brasileiro? Vamos lutar para que não seja assim. Mas o poder político que está por detrás dele nos coloca essa possibilidade. É por isso que quando começamos a ler o projeto dá até vontade de rir, mas depois do riso vem a consternação. Aí depois vêm a preocupação, e o medo. A reincidência, no texto, determina início da pena em regime fechado, impossibilidade de restritivas de direito como regra, agravamento da pena, preponderância das circunstâncias desfavoráveis e interrupção da prescrição. Pensem como é lógico do ponto de vista da punição: punir uma vez e se não deu certo, vai punir mais? Isso não faz o menor sentido. Se o Estado tem o sujeito à sua disposição e não faz nada de melhor para ele; depois, ele acaba sendo novamente criminalizado, então o Estado deveria perceber que teve o “dedo” dele. Se a reincidência vai ser alguma coisa, deveria ser atenuante. O Estado teve a sua chance,



teve a pessoa sobre o seu poder e sobre o seu exame e não fez nada ou fez algo pior. O Estado tem que assumir a responsabilidade, ele construiu esse cara, agora com certeza deformando-o conforme critérios próprios de moralização individual. Se essa pessoa está há três anos na mão do Estado e volta a praticar um crime ou volta a ser acusado e criminalizado em função de algo definido como crime, pode ter certeza de que ele tem responsabilidade sobre isso. Ao contrário disso, se o Estado, cinicamente, volta para uma Política Penal que supõe que o crime é uma decisão individual livre e que o sujeito pratica um crime porque manifesta a vontade antijurídica. Enfim, mais um sintoma de que ninguém leu o que deveria e que o oportunismo falou mais alto.

Sendo assim, por onde começar, se não for apontando para aquela pilha de livros que ainda precisam ser lidos e que, nem, sequer, integram a maior parte dos currículos de Direito? Quantas faculdades hoje têm cadeira de Criminologia ou Política Criminal como matéria curricular ou optativa? Eu só conheço duas Universidades no Brasil que têm cadeira de Política Criminal no curso de Direito, precisamente o Curso de onde saem a maioria dos agentes da repressão. A Criminologia é mais frequente, mas nas faculdades privadas – absoluta maioria – vira uma matéria optativa e de pouco interesse, porque “não cai em concurso” ou “não tem aplicação prática”. Pois foram precisamente os que só pensam no concurso e vivem de prática que, por falta de Criminologia e Política Criminal na cabeça reproduziram a tragédia penal que reforça a prisionalização.

Agora que a coisa foi toda exposta, a maioria dos membros da Comissão que são minimamente próximos do mundo acadêmico está com vergonha. Porque parece que eles não estudaram, ao menos se o pensamento deles de alguma maneira está expresso no texto do Projeto de Lei do Senado 236. Entendo, perfeitamente, essa vergonha; quem quer ter por legado este tal “Código”, ou seja, quem quer levar consigo essa herança terrível, maldita, contaminada com essa engenharia de pena do século XIX? Ninguém em bom senso negaria o fato de que teria sido melhor ressuscitar o Código de 69, sem tirar nem por, do que tentar avançar com esse *quasi*-Projeto, para homenagear o Prof. Juarez Cirino dos Santos, que se referiu a ele como *Quasimodo*, embora isso pareça insulto ao nosso bom *Quasimodo*, que era marginalizado sem ter feito mal a ninguém, ao contrário do que pretende o Projeto. Afinal, o Código de 69 era, tecnicamente, muito melhor.

Para terminar, vou falar um pouco das penas restritivas de direito e da execução da pena de multa. O projeto é tão ruim que prevê que a execução da pena de multa vai voltar a ser tema de Execução Penal, não mais constituindo dívida de valor. É como se os promotores não tivessem mais nada para fazer, e agora vão pagar de coletores e cobrar multa. Restituímos assim, o xerife medieval: ou você me paga ou eu te prendo. Sabe qual o nome disso? Extorsão praticada pelo Estado. Estado que já tem essa prática nos crimes de sonegação fiscal: se a pessoa pagar, acaba a ameaça de pena. Paga ou vai preso. Sabem qual é o argumento? É que os procuradores da Fazenda acham o valor muito baixo para cobrar. Então tem uma pena de multa para cobrar, resultado de uma condenação, mas o apetite do leão da Receita é tanto que está com obesidade mórbida e doença coronariana, de modo que esse leão gordo, opulento e cardíaco não consegue mais correr atrás das pequenas refeições.

Se você usa uma ameaça de pena para cobrar uma dívida, isso não só viola a Constituição mas também viola o Pacto de São José da Costa Rica. Mas, afinal e à luz da nossa *prática forense*, o que importa isso, se ninguém dá mesmo muita atenção para a Constituição ou Tratados Internacionais de Direitos Humanos, especialmente estes últimos, que são algo que a classe política brasileira assina lá fora com alguma pompa, mas que ninguém respeita ou leva a sério na volta. Seja como for, em termos puramente formais, o certo é que, no ordenamento jurídico brasileiro não pode haver prisão por dívida, civil ou penal, pública ou privada. Juristas, ao menos, deveriam saber disso. Mas o Brasil consegue a proeza de montar uma Comissão, que apresenta um Projeto de lei e o submete ao Senado Federal, no qual se defende a ideia de que você pode cobrar multa mediante ameaça de pena pelo Ministério Público. A mensagem é clara: pague; caso contrário, vai preso ou sofre confisco. Se tiver sorte, na melhor das hipóteses, recebe uma pena restritiva de direitos, e vai fazer prestação de serviços à comunidade. Terrível, triste, reacionário.

Essas eram as considerações que eu tinha para fazer; retorno agora do *lodo*, sujo e triste por ter que tratar disso. Mas a própria possibilidade de estar aqui, discutir e apresentar essas considerações com e para vocês, é importante demais como para que eu me preocupe com estética ou humor. Assim foi que tive que ir até a pior parte da Execução Penal – exceto

a própria execução – para pinçar como se projeta o sofrimento dos outros; e voltar, com más notícias.

Este Seminário começou em onze de setembro. Essa data, embora coincida com o ataque às torres gêmeas em Nova Iorque, pode ser lembrada por um evento ainda mais importante para a história da América Latina. É que no onze de setembro o cínico general Pinochet derrubou o governo democrático de Salvador Allende, restituindo a mais radical lógica punitivista. Então se um Seminário que enfrenta temas como a miséria da institucionalização da violência parte desta data, que ao menos sirva para exigir que nós não sejamos, hoje, tão cínicos em relação ao sofrimento alheio, escondendo-nos atrás de palavras.

Para que, jamais, a gente chame de *Revolução* o que é *golpe*, de *terrorismo* o que é *Resistência democrática* e de *Código* esse projeto.

Muito obrigado. ❖