

## PENAS E PRISÕES\*

ARMIDA BERGAMINI MIOTTO

Professora da Academia de Polícia Civil do Distrito Federal

1. Diversas configurações da pena, a partir de fins do séc. XIX — 2. Experiências empíricas de prisões “não fechadas”; segurança das prisões e regimes de execução/cumprimento da pena — 3. Formas de pena não privativas da liberdade; o Direito Penitenciário e a ONU — 4. Nova arquitetura prisional — graus de segurança, regimes, trabalho, agenda diária — 5. O pessoal das prisões; direitos e deveres dos presos e do pessoal — 6. Formas de pena sem privação da liberdade (em estabelecimento prisional) — 7. Experiência de “mediação” — 8. O quadro atual — na teoria e na prática — 9. Palavras finais.

### 1. Diversas configurações da pena, a partir de fins do séc. XIX

A pena privativa da liberdade, com recolhimento a estabelecimento prisional — prisão — já teve seus dias de glória: seria ela a pena humanizada, substituindo as cruéis penas de mutilação, marcas com ferro em brasa, trabalhos forçados nas galés, minas e portos, mas principalmente a pena de morte.

Pouco a pouco, as desilusões, os desencantos culminaram com a conclusão de cientistas dedicados às questões do crime do criminoso e da pena, de fins do séc. XIX, de que a pena, retributiva do fato e punitiva do autor, é que era desumana. Conforme aqueles que foram os precursores da Criminologia e os primeiros criminólogos, tal pena devia ser substituída por tratamento — terapêutico, reeducador, ressocializador, recuperador... — ele sim “humano”.

Na mesma época, cresciam as preocupações com os “direitos humanos individuais” e, a seguir, com aqueles direitos sobre os quais o Papa Leão XIII, na Encíclica *Rerum Novarum* chamou atenção, e que vieram a ser denominados “direitos sociais”.

Foram, então, na última década do séc. XIX, reconhecidos dois direitos dos presos — direitos humanos sociais: um deles, ao trabalho remunerado;

\* O texto corresponde à exposição feita em termos mais sintéticos, no Painel do dia 5.12.94, incluído no programa do Seminário sobre *Perspectivas da Justiça Criminal*, realizado pela Fundação Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, em Brasília, de 5 a 9.12.94.

o outro, à indenização por acidentes do trabalho. Esse reconhecimento significava que o preso era pessoa, sujeito de direitos (e correspondentes deveres). Assim devia ser visto e tratado (do verbo “tratar” no sentido de lidar com ele, proceder para com ele).

Essa visão do preso estava em conflito com a substituição da pena retributiva do fato e punitiva do autor, por tratamento terapêutico, reeducador, ressocializador, recuperador... substituição essa que reduzia o preso (condenado) a simples indivíduo, sujeito passivo do tratamento; isso é que era desumano. Ademais, os poucos países que puderam fazer alguma experiência (caríssima!) desse tratamento (terapia), concluíram que não só era inócuo como contraproducente.

Ao mesmo tempo, as preocupações com os direitos dos presos continuavam a evoluir, distinguindo presos provisórios, presumidos inocentes, e presos condenados, que têm uma pena a cumprir, em condições que, possibilitando-lhes exercer direitos e cumprir deveres, lhes sirva para se prepararem a não reincidir.

A pena privativa da liberdade era a predominante, tendo sido senão inteiramente abolidas, reduzidas a um mínimo, aquelas penas cruéis que ela pretendia substituir. Entendia-se, pois, como “a pena”.

Percebeu-se que o que estava errado nela, não era ser ela, por seu conteúdo (ou caráter) ético-jurídico, retributiva do fato e punitiva do autor, mas que o que estava errado era o modo como era executada (pelo Estado) e cumprida (pelo condenado).

De tudo, resultou que, em 1930, já havia suficiente elaboração jurídica para ser reconhecido, como efetivamente foi, um novo ramo jurídico, o Direito Penitenciário (X Congresso Penitenciário Internacional — Praga).

Das mesmas elaborações de que, por um lado, resultou o Direito Penitenciário, por outro lado resultou, na década de 1920, a primeira redação das que vieram a ser as Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos (aprovadas pela ONU em 1955). Chamadas a “Carta Magna” dos presos, têm duas partes. Na primeira, as regras são de cunho geral, no sentido de servirem tanto para os presos provisórios como para os condenados ou de outras categorias; na segunda, em seções diversas, ocupam-se especificamente de cada uma das diversas categorias.

Nas suas linhas e entrelinhas, os presos, provisórios, condenados e outros, aparecem como pessoas, sujeitos de direitos de deveres e de responsabilidade, conforme o *status* jurídico genérico de cada categoria.

## **2. Experiências empíricas de prisões “não fechadas”; segurança das prisões e regimes de execução/cumprimento da pena**

Durante os mesmos anos (ou decênios) que essas elaborações iam sendo processadas, mas independentemente delas, foram sendo feitas experiências empíricas de trabalho ao ar livre; as prisões onde essas experiências se faziam, foram denominadas “abertas”, em contraposição às outras, que de modo geral eram todas, onde os presos só podiam trabalhar em oficina ou na própria cela. Os resultados eram atentadores: diminuía a incidência de certas doenças, como tuberculose, doenças gástricas e de pele, perturbações psicológicas... Enfim, os presos que trabalhavam ao ar livre ficavam mais

bem dispostos física e psiquicamente, e aceitavam melhor a assistência religiosa — tudo concorrendo para se disporem a não reincidir. Tudo isso confirmava pela vivência, o que juridicamente já se percebera: o erro, o mal, não estava na pena de conteúdo ético-jurídico, mas no modo como era executada e cumprida.

Durante a II Grande Guerra, outra experiência, não só empírica, mas forçada pela situação bélica, propiciou outra importante lição.

Como se sabe, durante uma guerra, e prosseguindo algum tempo (anos talvez) após o término dela, o número de crimes e criminosos aumenta. Daí: por um lado, as prisões cada vez mais superlotadas; por outro lado, cresce o número de condenados em localidades distantes de prisões, sendo difícil transportá-los.

A solução entrada foi a de improvisar prisões, usando casas comuns, sem a segurança física apropriada. Os condenados a penas de menor duração seriam ali recolhidos, comprometendo-se a não fugir, para o que deviam ter suficiente senso de responsabilidade. Não havia dinheiro para manter a prisão e os presos; tinham de sair para trabalhar na cidade, observando certas condições e normas de conduta, retornando à tardinha para a prisão.

A experiência foi satisfatória. Essas prisões foram denominadas “abertas”, ou de “regime aberto”; aquelas anteriormente ditas “abertas”, em razão do trabalho ao ar livre, em gleba fora dos muros, mas adjacente, passaram a ser ditas “semi-abertas” ou de “regime semi-aberto”, aquelas outras, como se poderia dizer, até então tradicionais e únicas, foram ditas “fechadas” ou de “regime fechado”.

Logo se percebeu que não havia razão para que a arquitetura de todas as prisões fosse como a dos estabelecimentos prisionais até então únicos, isto é, de construção forte, com muito concreto, cimento armado, ferro, grades, portas fortificadas, pesadas fechaduras, muralhas, guaritas — prisões de segurança máxima, de construção e manutenção muito caras, destinando-se a regime fechado.

Os bons resultados daquelas experiências empíricas sugeriam outras duas categorias de prisões.

As que constituiriam a segunda categoria seriam de construção menos forte ou aparatosa, com não tanto cimento armado ou concreto ou ferro; nem tantas grades e portas fortificadas e fechaduras pesadas; com mais discreto muro de cinta, eventualmente substituído por alambrado — prisões de segurança média, de construção e manutenção menos caras, destinando-se a regime semi-aberto.

As que constituiriam a terceira categoria seriam de construção muito simples, com ainda menos precauções arquitetônicas que as de segunda, podendo não ter, a bem dizer, nenhuma dessas precauções que pudessem assinalá-las como tais — prisões de segurança mínima, de construção e manutenção baratas, destinando-se ao regime aberto.

### **3. Formas de pena não privativas da liberdade; o Direito Penitenciário e a ONU**

Enquanto assim se distinguiam os graus de segurança dos estabelecimentos prisionais e o regime de execução/cumprimento da pena próprio de

cada um, dava-se atenção ao livramento condicional (que vinha da primeira metade do séc. XIX) e à suspensão condicional (por sua vez datando de fins do mesmo séc. XIX), notando-se que, em realidade, os beneficiados cumpriam a sua pena, no todo ou na parte final, sem estarem presos, mas com restrições de direitos, condições, normas de conduta, na comunidade. Não mais, pois, haviam de ser vistos como simples benefícios, para serem considerados uma forma de pena, cumprida fora da prisão, na comunidade. A par disso, os presos em regime aberto, com trabalho externo, transcorriam parte do dia — as horas de trabalho — fora da prisão, na comunidade, também submetidos a condições e normas de conduta. Em qualquer dos casos, o resultado era satisfatório: para a Justiça, para os condenados, para a sociedade, o que, sem dúvida foi fator concorrente para pensar em formas de pena sem privação da liberdade, sem recolhimento a prisão, mas cumpridas na comunidade. E desde a década de 1970, a ONU passou a recomendar formas de pena não privativas da liberdade, a serem cumpridas na comunidade, falando em formas de pena substitutivas da pena privativa da liberdade. Nessa insistente recomendação, lembrava aos países-membros seus que excogitassem formas de semelhantes penas, condizentes com a índole do seu povo, e com as suas tradições culturais e jurídicas.

Ora, o Direito Penitenciário fora assim definido em 1933 (III Congresso Internacional de Direito Penal — Palermo, Itália):

“(...) consiste num conjunto de normas legislativas que regulam as relações entre o Estado e o condenado, desde que a sentença legitima a execução, até que dita execução se finde, no mais amplo sentido da palavra”.

Essa definição não restringe ditas relações — relações jurídicas — à pena privativa da liberdade, executada/cumprida em prisão. À luz dela, a pena pode ser privativa da liberdade ou não; pena é um sofrimento de conteúdo ético-jurídico, punitivo, e pode ter qualquer forma, desde que proporcional à natureza e gravidade do delito, e eficaz para o condenado se emendar e se reintegrar no convívio social, seja respeitada a condição de pessoa, sujeito de direitos, de deveres e de responsabilidade do mesmo condenado.

Desse modo, a execução da pena devia deixar de ter a tônica científica do tratamento substitutivo dela, a cargo de especialistas desta ou daquela ciência, conforme o tratamento indicado pelo diagnóstico, sendo a sentença condenatória tão-somente o ponto de partida para ditos diagnóstico e tratamento. Devia passar a ter tônica jurídica, respeitados os termos da sentença, e, à luz dela, o *status* jurídico do condenado, tudo o que demandava a presença atuante do juiz, com atribuições e poderes próprios, específicos de juiz, a ele competindo a execução formal, presidindo-a — configurando-se, portanto, a jurisdicionalização da execução penal. Deduzindo da definição de Direito Penitenciário: não execução da pena privativa da liberdade, cumprida em prisão-fortaleza, mas de qualquer forma de pena, quer privativa da liberdade, em qualquer tipo de prisão, quer não privativa da liberdade, cumprida na comunidade.

Segundo verificações da ONU, feitas a partir da década de 1970, podia-se estimar que de todos os condenados, somente de 15% a 20% precisavam,

por seu delito e sua personalidade, segurança máxima e seu regime fechado; 15%, segurança média e seu regime semi-aberto; 20% a 25%, segurança mínima, regime aberto, desde o início do cumprimento da pena. Essa graduação de segurança do estabelecimento, e abertura do regime não comporia um “regime progressivo”, pois poderia o condenado ser transferido de um para outro, e retornar, conforme, na vivência do regime, demonstrasse ter ou não “aptidão” para ele, ser “aquele” regime eficaz ou não, quanto às funções e finalidades da pena.

De qualquer modo, somadas essas porcentagens, seriam, precisando de algum dos três regimes em prisão, de 50% a 60% de todos os condenados; os demais, isto é, de 40% a 50% do total, poderiam cumprir pena, sem prisão, na comunidade: quarto regime (de execução/cumprimento da pena).

#### **4. Nova arquitetura prisional — graus de segurança, regimes, trabalho, agenda diária**

Para os que precisavam de prisão, era mister criar uma nova arquitetura prisional: estabelecimentos de porte pequeno — não mais que médio, em pavilhões fisicamente autônomos, com capacidade total para não mais de 500 presos. Isso permitiria ter estabelecimentos dos três graus de segurança, sem despesas desnecessárias com estabelecimentos superdimensionados, de segurança máxima (aos quais todos, anteriormente se assemelhavam) e com a economia (menor despesa) própria da construção e manutenção dos estabelecimentos de segurança média e mínima. Ademais: construídos inicialmente só os pavilhões conforme as necessidades de ocasião, podiam ir sendo construídos outros, conforme se apresentassem as necessidades, sem ultrapassar a capacidade de 500 presos, o que evitaria despesas injustificadamente antecipadas (como no caso de prisões de grande porte, cujas dependências vão sendo ocupadas no correr do tempo, consoante vai sendo necessário).

Todos os estabelecimentos, de qualquer dos três graus de segurança, com os respectivos regimes de execução/cumprimento da pena, devem ter possibilidade de trabalho, em oficinas e ao ar livre. Conforme prescrevem as Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos, todos os condenados são obrigados a trabalhar, tendo direito a uma remuneração equitativa;<sup>1</sup> o trabalho, nas prisões, deve servir para “manter ou aumentar a capacidade do preso de ganhar honradamente a vida, depois de posto em liberdade” (Regras 71.2, 76.1 a 71.4).

A experiência tem ensinado que é muito importante que haja atividades ao ar livre, em todas as prisões, dos três graus de segurança, com os respectivos regimes. Essas atividades — plantação, criação de animais — serão trabalho para os condenados provindos do campo, para onde provavelmente voltarão; serão lazer para os provindos de ambiente urbano. Nas prisões de segurança máxima e seu regime fechado, as atividades ao ar livre serão, naturalmente, restritas às áreas (que deve haver) entre os pavilhões, uns com os outros, e entre eles e a muralha.

1. O preso provisório não tem obrigação de trabalhar, mas tem direito; se trabalhar, tem igualmente direito a remuneração (Regra 89).

O trabalho, em si, ainda que obrigatório, e desde que não tenha caráter aflitivo e seja produtivo (*Regras Mínimas*, 71.1, 71.2 e 71.3), é um bem para o condenado, para o preso; sendo uma obrigação, é também um direito, e atende a uma necessidade humana vital.

Na prisão de segurança máxima e todas as restrições de movimento e de ação que o próprio ambiente impõe, com todas as tensões próprias desse ambiente, o trabalho é tão ou mais necessário que nos outros graus de segurança e seus regimes respectivamente; uma atividade na terra e com animais, igualmente. Com efeito, essas atividades contribuem — e muito! para descarregar tensões próprias da condição vital e jurídica de preso (condenado ou provisório), da vivência no ambiente prisional e da convivência com os demais presos, das desconfianças que impregnam os contatos com o pessoal da prisão.

O trabalho, com essas atividades, na terra, contribuindo, como contribui, para descarregar tensões, não é o único fator. Em qualquer prisão deve haver uma agenda diária: mais rígida, em regime fechado, mais flexível em regime semi-aberto, e pouco mais que esquemática, em regime aberto. Dela constarão os respectivos horários, admitidas possíveis variações segundo os dias da semana, desde o levantar (asseio pessoal, arrumação da cela ou do alojamento, alguns minutos para os que desejarem fazer uma oração...), refeições, trabalho, escola, cursos profissionalizantes, lazeres dentro de casa e ao ar livre (futebol...), assistência religiosa, horas livres (que os presos podem aproveitar como queiram, por exemplo: escrevendo cartas, vendo televisão, lendo, buscando o serviço social, o serviço médico, o serviço jurídico... indo ao barbeiro...), visitas comuns de parentes e amigos, visitas reservadas da família...

Descarregadas as tensões, evitam-se muitos problemas nas prisões — problemas para os presos e para a administração; problemas de disciplina e de ordem interna; problemas de caráter prático, de caráter humano e de caráter jurídico. Os presos (condenados) têm melhores disposições para — principalmente com apoio da e na assistência religiosa — fazer o seu esforço a fim de se emendar e vir a se reintegrar no convívio social, vivendo honestamente, conforme as leis de Deus e dos homens. Cada condenado que se emenda e se reintegra no convívio social, vivendo honestamente, conforme as leis de Deus e dos homens, significa, pragmaticamente, uma reincidência (senão mais que uma) a menos... significa uma vítima (senão mais que uma) a menos...

Nas prisões de segurança média e de segurança mínima e respectivos regimes, haverá, sem dúvida, trabalho em oficinas, e serão mais amplas as possibilidades de trabalho ao ar livre, dentro do recinto da prisão ou fora dele, nas adjacências. Além disso, as Regras Mínimas admitem trabalho fora do estabelecimento prisional, inclusive em emprego privado, desde que tomadas certas precauções, tais como (para não desvirtuar o exercício do direito de punir, privativo do Estado), constante supervisão da administração penitenciária; (para garantir o direito do condenado a remuneração) pagamento do salário, à dita administração (*Regras Mínimas*, 73.2). O bom senso indica que esse trabalho, fora do estabelecimento — trabalho externo — só é compatível com o regime semi-aberto e com o regime aberto, embora naquele a concessão do trabalho externo seja, deve ser, mais precavida que

neste; fica claro que trabalho externo não se confunde com regime semi-aberto nem com regime aberto.<sup>2</sup>

Esses estabelecimentos de pequeno e médio porte, deveriam ser racionalmente distribuídos, para os presos poderem cumprir a pena, tanto quanto possível, no seu ambiente, perto da sua família. Esse é um importante fator para o preso (condenado) se manter vinculado à própria família, ao seu trabalho, à sua igreja... dispor-se a não reincidir (aspecto pragmático que supõe todos os outros aspectos), manter a sua integração no convívio social ou facilitar a sua reintegração, com melhor colaboração da comunidade.

## **5. O pessoal das prisões; direitos e deveres dos presos e do pessoal**

Naturalmente, esses estabelecimentos, com nova arquitetura adequada a melhor, mais humana execução/cumprimento da pena, segundo os ditames do Direito Penitenciário, exigem pessoal devidamente selecionado, bem formado — moral, intelectual e fisicamente, capaz de tratar o preso como gente, como pessoa, sujeito de direitos de deveres e de responsabilidade. As Regras Mínimas têm disposições nesse sentido, referindo-se a todos os integrantes do pessoal, desde o diretor e toda a administração, e funcionários técnicos e administrativos de todos os níveis (Regras 46 a 54). Sendo, como são, regras mínimas, à sua luz hão de se elaborar, conforme seja o caso, leis de normas gerais, leis orgânicas, estatutos, regulamentos...

Posteriormente, isto é, em 1979, a ONU editou um Código de Conduta para os Funcionários encarregados de fazer cumprir a lei. Chamado “código”, é um conjunto de oito princípios fundamentais; em sentido estrito, destina-se aos integrantes da Polícia, mas em sentido lato é extensivo, como o seu título diz, aos funcionários encarregados de fazer cumprir a lei, entre eles se encontrando os integrantes do pessoal das prisões. São princípios deontológicos que nobilitam as funções dos funcionários a quem se destinam, tendo como contrapartida e sem prejuízo da justa severidade que se faça necessária, o respeito à dignidade e aos direitos humanos das pessoas para com quem tais funções são exercidas.

Mais recentemente, isto é, em 1988, a mesma ONU aprovou um Conjunto de Princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão. Esse Conjunto de Princípios define nos justos limites os direitos humanos de quem está em situação (jurídica) de detido ou de preso. Essa definição nos justos limites constitui uma garantia para o detido ou preso, mas também para a administração das prisões e as autoridades judiciárias ou outras, intervenientes; para o detido ou preso,

2. Ambos os regimes admitem trabalho externo; as maiores precauções quanto aos condenados que estão em regime semi-aberto consistem em maiores exigências com referência aos requisitos que o condenado deve ter para obtê-lo, e maior rigor nas condições, normas de conduta e obrigações que ele deve observar nas horas que, cada dia por causa do trabalho, esteja fora da prisão; para os que estão em regime aberto, os quais, para estar e por estar nesse regime, terão comprovado (suficiente) senso de responsabilidade (maior que o que hão de ter os que estão em regime semi-aberto), as exigências são menores e a confiança neles depositada é maior.

dando-lhe certeza de que seus direitos são reconhecidos e assegurados; para a administração e ditas autoridades, indicando-lhes o limite de deveres delas exigidos, e a certeza de que os detidos ou presos não poderão invocar contra elas direitos (ou supostos direitos) que não se encontrem definidos nesse Conjunto de Princípios.

O VIII Congresso da ONU sobre Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes (Havana, 1990) adotou uma Declaração de Princípios Básicos para o Tratamento dos Presos. São onze princípios, de modo geral sintetizando o que consta em um ou outro ou em todos os três recém-mencionados instrumentos. No princípio n. 5, alude ao que consta em instrumentos diversos da ONU, além desses, mencionando alguns nominalmente.

Haverá quem pense que todas essas preocupações com semelhante arquitetura (e aparelhagem) e semelhante pessoal, sai muito caro... Não sai. Experiências feitas têm demonstrado que não sai.

Mas ainda que saísse, é de se considerar o fato de, em semelhantes estabelecimentos, com semelhante pessoal, o modo de executar/cumprir a pena tem como efeito uma diminuição da taxa de reincidência dos “usuais” 70%, 80%, para 60%... 50%... para 30%... 20%... Quanto se economiza com cada reincidência a menos? — Sem falar que, cada reincidência a menos, é uma vítima a menos, senão mais que uma...

## **6. Formas de pena sem privação da liberdade (em estabelecimento prisional)**

A evolução das prisões e a evolução das penas foi, de algum modo, paralela. Verificou-se nessa evolução que para aproximadamente metade dos delinquentes que chegam à Justiça, a pena privativa da liberdade não serve: para eles, com seu delito e sua personalidade, é contraproducente, é maléfica; para eles será mais justa e mais eficaz outra forma de pena.

Não falta quem preconize a abolição total da pena privativa da liberdade. Seria o ideal que não se precisasse mais de nenhuma prisão. Entretanto, pelo que se pode entender no atual estágio da evolução humana, sempre haverá necessidade de prisões para certos delinquentes, para certo número de delinquentes; sempre haverá certos delinquentes, certo número de delinquentes, que é forçoso privar da sua liberdade, recolhê-los a uma prisão.

A ONU, tendo-se preocupado com a privação da liberdade, com os presos — provisórios e condenados, e tendo-se preocupado com formas de pena sem privação da liberdade em estabelecimento prisional, adotou, em 1990, um Conjunto de Regras Mínimas sobre Medidas não privativas da Liberdade (*Regras de Tóquio*). Pode-se dizer que elas “fazem par” com as Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos.

Prevêem penas sem privação da liberdade, e prevêem “medidas posteriores à sentença”.

A título de sugestão, a ONU oferece uma lista de possíveis formas de “medidas” ou penas sem privação da liberdade:

“a) Sanções orais (ou verbais), como admoestação, reprimenda, advertência.

- b) Suspensão condicional (da aplicação) da pena.
- c) Privação de direitos.
- d) Penas econômicas e pecuniárias, como multa e dias-multa.
- e) Confisco ou expropriação.
- f) Indenização à vítima, ou compensação do dano causado.
- g) Suspensão ou adiamento (do proferimento) da sentença.
- h) Suspensão condicional da pena e supervisão judicial.
- i) Serviço em favor da comunidade.
- j) Obrigação de comparecer regularmente a determinado centro assistencial.
- k) Prisão domiciliar.
- l) Qualquer outra forma (de pena) que não seja privativa da liberdade (recolhimento a prisão).<sup>3</sup>
- m) Alguma combinação dessas formas de pena” (Regras de Tóquio, III, 8.2).

A título de sugestão também, a mesma ONU oferece uma lista de “medidas posteriores à sentença”, que são concessões, ora para possibilitar ao condenado a pena privativa da liberdade transcorrer, com finalidade específica, determinados lapsos de tempo fora da prisão, na comunidade, ora para diminuir a duração da pena aplicada:

- “a) Licença para saídas e centros de transição (para reintegração no convívio social).
- b) Licença para trabalho ou estudo fora da prisão.
- c) Modalidades diversas de livramento condicional.
- d) Remissão de pena.
- e) Indulto” (*Regras de Tóquio*, IV, 9.2).

A decisão sobre as medidas posteriores, exceto o indulto, deve ser da competência de autoridade judiciária ou outra autoridade competente e independente, mediante requerimento do condenado (*Regras de Tóquio*, IV, 9.3).<sup>4</sup>

Os condenados a medidas punitivas não privativas da liberdade, e aqueles a quem tenham sido feitas concessões após a sentença, e aos quais, de acordo com a natureza da medida punitiva ou da concessão, são impostas condições, normas de conduta, obrigações, são submetidos a supervisão de autoridade judiciária ou outra, competente e independente (conforme a orientação e a legislação de cada país). Essa supervisão bem como o tratamento especial que pode ser necessário para o condenado manter os vínculos com a sua família, e facilitar a sua reintegração no convívio social, devem ser feitos por funcionários públicos devidamente selecionados e capacitados (subordinados, obviamente, àquela autoridade).

A sociedade (a opinião pública) há de ser bem informada, inclusive pelos meios de comunicação, quanto à significação e eficácia (punitiva, emendativa, de reintegração no convívio social, prevenção da reincidência...) dessas formas de pena, sem prisão.

3. Dadas as recomendações anteriores, subentende-se que, nesse caso, devem ser atendidas a índole do povo e as tradições culturais e jurídicas do país.

4. Nem todos os países já têm Juiz de Execução Penal.

Bem esclarecida a sociedade, a comunidade atenderá ao apelo derivado das próprias Regras de Tóquio, de dar a sua colaboração — sempre acessória mas imprescindível — aos órgãos e funcionários encarregados da supervisão e do tratamento. Para isso, os voluntários hão de ser bem selecionados e capacitados e, eles também, ficarão subordinados à autoridade competente.<sup>5</sup>

Essas Regras, porém não se limitam a valorizar a participação da comunidade nacional; elas pretendem, ademais, que, entre os países — Estados-membros da ONU — haja cooperação de caráter científico, intercâmbio de informações, por intermédio dos órgãos competentes da mesma ONU, bem como outras providências “em concordância com o Tratado Modelo sobre transferência da vigilância dos delinquentes condenados condicionalmente ou em livramento condicional” (Regras de Tóquio, VIII, 23.2).<sup>6</sup>

## 7. Experiência de “mediação”

Uma experiência de um ou outro país, feita a partir de duas décadas (ou pouco mais), e que tem dado resultados animadores, é a da solução de certos casos, extrajudicialmente, consoante o método da “mediação”. Consiste esse método em uma terceira pessoa, neutra, habilmente estimular, encorajar, provocar as partes a, argumentando, discutindo, esclarecendo... chegarem a se entender, harmonizar... “fazer as pazes”... (reciprocamente oferecendo e recebendo o perdão). Difere da arbitragem, pois nesta, a terceira pessoa, neutra, decide, enquanto que na mediação, ela somente estimula as partes a, elas mesmas, chegarem à sua própria decisão. Tem-se manifestado eficaz e aconselhável particularmente quando as partes em conflito têm

5. Esse não é o único caso em que a ONU recomenda a participação da comunidade na execução penal. Em diversos instrumentos seus, e desde há muito, vem recomendando, ora em termos genéricos, ora especificamente (v.g., empregador privado admitindo preso em gozo de trabalho externo — Regras Mínimas 73.2, como atrás citado). É particularmente valiosa a participação da comunidade, como colaboração e assistência prestadas não só “da porta para fora” da prisão, mas “da porta para dentro, e continuando lá fora”, por meio de entidades credenciadas, cujos membros hão de ser bem selecionados e capacitados; será ela tanto mais eficaz se incluir assistência religiosa. As próprias recomendações da ONU a consideram valiosa, imprescindível. Contudo, esses adjetivos podem induzir em erro, levando a admitir que a execução penal pode ser entregue à comunidade... a entidades privadas... a empresas. Ora, o direito de punir é privativo do Estado, nas suas três fases — cominação, aplicação e execução da pena; não pode ser transferido nem delegado. A participação da comunidade, por mais valiosa e imprescindível, dever ser à luz das recomendações da ONU, somente acessória, isto é, subordinada aos órgãos e autoridades competentes, dependente deles (ou existência deles), unindo-se a eles e fazendo parte deles. “O acessório segue o principal”.

6. Esse “Tratado Modelo” é análogo ao “Tratado Modelo” para transferência de presos, isto é, sobre a possibilidade de delinquentes condenados num país que não seja o seu, irem cumprir a pena no seu país, no seu ambiente a pena aplicada no país da condenação. Muitas dezenas de países, dos diversos Continentes, têm entre si, semelhantes tratados, que não obrigam a transferência, mas a possibilitam, nos termos das cláusulas de cada tratado.

alguma forma de convivência entre si, como seja, família, vizinhança, local de trabalho, igreja, clube...

## 8. O quadro atual — na teoria e na prática

O quadro atual das penas e das prisões é, sem dúvida, muito diferente daquele do fim do séc. XIX, quando “se metia todo mundo na cadeia”, e a “cadeia” — penitenciária ou casa de correção — era uma fortaleza senão masmorra... igual para todos os presos...

Teoricamente, doutrinariamente, o quadro é assim, havendo-se operado extraordinária evolução quanto às penas e quanto às prisões (estabelecimentos prisionais). A ONU e outros organismos e entidades internacionais têm recomendado, insistentemente, de diversos modos, que se ponha em prática esse quadro. Por muito motivos, tem sido difícil, não só em países atrasados, mas também em países adiantados, muito adiantados.

Que motivos serão esses? Sejam quais forem, de modo geral, um deles certamente consiste na fixação na privação da liberdade em estabelecimento prisional, como a única forma de pena, como a pena por antonomásia.

Com essa fixação na opinião pública, e na opinião de doutos também, mantida e vivificada por certos órgãos dos meios de comunicação, os esforços feitos para pôr em prática esse quadro, se não são baldados, são enormemente prejudicados.

Outro motivo pode ser visto nas expressões “medidas não privativas da liberdade”, e “substitutivas da prisão” (e semelhantes).

O título da seção III, 8, das Regras de Tóquio, em que é apresentada uma lista exemplificativa dessas “medidas” é, em inglês, *Sentencing dispositions*; na versão espanhola, é *Imposición de sanciones*; na francesa, é *Peines*. A palavra inglesa “sentence” pode significar *sentença*, e suas conatas se relacionarem com sentença; pode também significar *pena*, e suas conatas se relacionarem com pena, que é o que se verifica no caso, pela versão espanhola e, principalmente, a francesa. A redação destas Regras, suas entrelinhas e eventualmente linhas, induzem a entender que a expressão “non-custodial measures”, do texto (original) inglês, isto é, medidas não privativas da liberdade, significa, realmente “penas não privativas da liberdade”. O adjetivo “substitutivas” (do texto espanhol), *alternatives* (do texto inglês) e a locução *de substitution* (do texto francês), a seu turno contribuem para manter a idéia de que pena, propriamente dita, é só a privação da liberdade, recolhimento a prisão; e que só se pune um delinqüente com a privação da liberdade, com seu recolhimento a um estabelecimento prisional... de outro modo, haverá impunidade, por mais que o delinqüente seja submetido a “medida não privativa da liberdade”, a “medida substitutiva”, a “pena substitutiva”, e que tal “medida substitutiva” ou mesmo “pena substitutiva” constitua sofrimento proporcional à gravidade do delito, e seja eficazmente punitiva do delinqüente. As palavras “medida” e “substitutiva” confundem.

Para que a opinião pública, e a de doutos também, tome consciência delas e as aceite, é preciso que se diga e escreva “formas de pena não privativas da liberdade”. A privação da liberdade, em prisão, é uma forma de pena; existem formas de pena sem privação da liberdade, sem prisão, ou formas de penas não privativas da liberdade. Todas são penas — formas de pena.

No Brasil, há um acréscimo dificultando a aceitar como penas, aquelas formas sem privação da liberdade, sem recolhimento a prisão. Isto é: graves erros da atual legislação, entre eles os que se referem a definição e classificação das prisões (estabelecimentos prisionais), dos graus de segurança e respectivos regimes de execução da pena; o excesso de benefícios, que avilta a pena, desmoraliza a sua execução/cumprimento, compromete a seriedade e a dignidade das sentenças condenatórias. A ditos erros, entre os quais esses, se deve uma realidade de verdadeira impunidade. Nos meios de comunicação, com certa freqüência, repórteres e comentaristas, não só de escassa qualidade profissional, mas inclusive alguns que, pela sua excelente qualidade profissional, são, merecem ser, altamente prestigiados, se referem à “impunidade que há no país”, a “tantos delinquentes soltos”, e afirmam que “essa impunidade é a causa do aumento da violência e da criminalidade”, e clamam por “penas mais severas” e por “mais prisões, mais presídios”. Essas referências e esses comentários, por um lado, concorrem, com muita força persuasiva, para manter na opinião pública, e na de doutos também, que “pena é somente privação da liberdade, em prisão”, o que repele, não só inconsciente ou subconscientemente, mas consciente e deliberadamente qualquer outra forma de pena que não seja essa. Por outro lado, quando clamam por maior severidade das penas, aludem ou dão a entender “maior severidade na cominação”; às vezes, dizem com todas as letras que “é preciso que o Código Penal preveja penas mais severas”. Quer dizer: não deixam de ter razão falando de impunidade, só que, parece, ainda não se deram conta de que ela não é devida à pouca severidade da cominação, mas à falta de severidade e de seriedade na execução. Por mais que seja severa a cominação da pena, e igualmente a sua aplicação, e seja ela privativa da liberdade ou de outra forma, sem privação da liberdade, a falta de severidade e seriedade na execução (como está acontecendo) põe tudo a perder. A severidade e a seriedade na execução/cumprimento da pena, de modo algum prejudicam o “tratamento humano” devido ao condenado, mas hão de estimular o seu senso de responsabilidade (Regras Mínimas, 60.1 e 65), a fim de que ele, como pessoa que é, saiba exercer os direitos próprios do seu *status* jurídico (de condenado), e cumprir os respectivos deveres e obrigações, dispendo-se a se emendar (não reincidir) e se reintegrar no convívio social.

## 9. Palavras finais

No correr deste último século, houve não só modificações ainda que profundas; tem havido surpreendentes transformações no mundo, na vida, na cultura de cada povo e na cultura, genericamente, de toda a humanidade. Como não nos apercebermos disso?

Um das dessas transformações são daquelas a respeito das quais Alexandre Herculano perguntaria: “Orgulho humano, que és tu mais: feroz, estúpido ou ridículo?”; ou com as quais, segundo a lenda, o ser humano estaria brincando de aprendiz-feiticeiro. Outras, porém, contribuem para a maior dignificação do ser humano, para seu aperfeiçoamento físico; psíquico, moral, espiritual. É preciso distinguir. E então, quanto a estas, saber

reconhecê-las, ter coragem de admiti-las e de agir de acordo com elas, por mais que pareçam estranhas, surpreendentes.

A área da Justiça Penal não podia deixar de ser atingida por essas transformações; foi. Foi, e um dos setores dessa área, setor de convergência dos demais, é o da punição dos delinquentes. Não se há de rejeitar a novidade, efeito das transformações, sem examiná-la, sem pensar, sem distinguir... Assim como não se há de aceitá-la (quicá sofregamente) só porque é novidade, é “moderno”... não se há de rejeitá-la só porque se está aferrado àquilo que era...

Encerrando, dirijo-me à Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, na pessoa do seu Diretor-Geral, Promotor de Justiça Dr. Rogério Schietti Machado Cruz, que, por suas belas qualidades pessoais e profissionais, muito estimo — e agradeço a presente oportunidade de participar deste painel na companhia ilustre dos expositores que me precederam:

— o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, amigo desde há mais de um quarto de século, cuja admirável e serena trajetória, no magistério superior e atividades correlatas, e no Poder Judiciário, tenho acompanhado com alegria e apreço;

— o Promotor de Justiça Dr. Cláudio Brito, meu conterrâneo, que só agora tenho o prazer de conhecer pessoalmente, mas a cujo respeito já ouvi as melhores referências, como pessoa, como membro do Ministério Público do Rio Grande do Sul, como professor universitário da Escola Superior do Ministério Público e como jornalista, naquele Estado sulino.

Dirijo-me ao qualificado auditório, agradecendo a atenção com que me ouviu.

Por tudo isso, seja Deus louvado! Amém.