

Ressocialização *versus* legalidade: em prol de uma possível comunicação na execução penal

Luís Carlos Valois

1. Introdução

Independentemente do fim que se atribua à pena de prisão, o preventivo ou o retributivo, com suas variantes, o certo é que qualquer um deles precisa comunicar algo. Mesmo que o fim adotado seja só o de vingança, a vítima (da vingança, no caso) precisa saber que o mal que lhe está sendo causado deriva de uma conduta anterior assim reconhecida.

Ocorre que a comunicação se faz por intermédio da linguagem e há muito que o direito se vê preso a termos, expressões e rituais que o afastam cada vez mais desse objetivo. E não é só em razão de termos desconhecidos por parte dos réus e condenados, objetos do Direito Penal, mas também, e principalmente, porque há palavras que confundem até os que se consideram técnicos do Direito.

Na execução penal, em que a própria expressão *Estado Democrático de Direito* soa meio desconstruída, o distúrbio é maior, vez que a realidade de nossos cárceres passa longe das higiênicas decisões judiciais.

Portanto, é nesse meio que o cuidado deve ser redobrado para não estarmos reproduzindo um exercício de poder cego e inaudível, mais próximo de um ato de violência do que de uma prática científica.

É chegada a hora de tentarmos abolir certos termos como *benefício*, por exemplo. Chamar direito do cidadão preso ou de quem quer que seja de *benefício* é diminuir, dificultar e não raramente obstaculizar esse direito. Os direitos inerentes à execução penal viram *permissão* para que não possam ser exigidos:

“Os que detêm o poder conhecem muito bem a diferença entre direito e permissão. [...] O direito, no sentido estrito da palavra, dá acesso ao exercício de um poder à custa de outro poder. A permissão não diminui o poder de quem a concede, não aumenta o poder de quem a recebe”.⁽¹⁾

Assim, a progressão de regime, o livramento condicional, o trabalho penitenciário são ideologicamente tidos como generosamente permitidos por juízes e demais agentes do sistema penitenciário, um benefício concedido, quando na verdade estão estabelecidos em lei como direitos e assim deveriam poder ser exigidos dentro das regras e parâmetros legais.

2. O argumento ressocializador como obstáculo de direitos

Torna mais nebuloso o diálogo na execução penal o uso dos termos integrantes do “leque de *ideologias re*: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação”,⁽²⁾

A progressão de regime, o livramento condicional, o trabalho penitenciário são tidos como generosamente permitidos por juízes e demais agentes do sistema, um benefício concedido, quando na verdade estão estabelecidos em lei como direitos e assim deveriam poder ser exigidos dentro das regras e parâmetros legais

porque o preso não se sente, e ninguém de fato acha que ele esteja, em uma instituição reeducadora.

A hipocrisia não faz sentido, a não ser para amenizar a consciência de alguns profissionais necessitados em fantasiar diferentes os calabouços de nossas prisões. O preso tem consciência de não ser um *reeducando* e não será a varinha mágica de algum acórdão ou sentença que mudará essa situação. Chamá-lo somente de condenado, réu, apenado, de acordo com as circunstâncias, ainda que omitindo os diversos direitos vilipendiados, já seria um avanço.

E o pior é que nessa seara, a da ressocialização, considerada algo bom por todos, o ruído na comunicação se agrava quando percebemos ser termo usado até para agravar as sanções. Em estudo recente,⁽³⁾ entre 500 acórdãos encontramos 257 decisões que usavam a palavra ressocialização e seus derivados para aumentar a pena ou negar direitos de execução penal.

O apenado só pode sentir como violência quando fica sabendo que estará mais distante da liberdade porque precisa passar mais um ou dois anos em uma penitenciária fétida, para fins de ressocialização, ou quando lhe dizem ser importante permanecer em regime fechado para uma suposta *terapia penal*.⁽⁴⁾

Constitui-se verdadeiro abandono de qualquer comunicação dizer em uma decisão judicial, para uma pessoa presa, que lhe será negada a progressão para o regime aberto porque a sua passagem pelo regime semiaberto é necessária para a ressocialização, como fazem muitos julgados que negam a assim pejorativamente denominada “progressão por salto”,⁽⁵⁾ apesar de reconhecerem que o sentenciado já cumpriu período superior de pena em regime fechado.

3. A remição alcunhada de ficta pelo pensamento ressocializador

Outro apelido apreciado pela jurisprudência encarceradora é o de *remição ficta*. Ora, sendo o trabalho um direito do preso (art. 41, II, da LEP) e um dever do Estado (art. 28 da LEP), é consequência lógica que a remição também seja um direito e um direito material estritamente ligado à pena em curso.

Se com o trabalho ou o estudo o preso pode remir parte da pena (art. 126 da LEP), e o trabalho é um direito integrante dessa pena, caso o preso não possa trabalhar, por acidente (art. 126, § 4.º, da LEP) ou por falta de vagas, ao mesmo deve ser concedida a remição como um direito, mas a jurisprudência, mais uma vez, principalmente fazendo uso do desgastado discurso ressocializador, tem negado tal direito aos encarcerados.⁽⁶⁾

Por certo a legislação não previu a concessão de remição por ausência de vagas de trabalho, mas isso acontece obviamente porque uma legislação não é obrigada a prever o seu próprio descumprimento. Na situação em que era possível a previsão da impossibilidade de trabalhar, quando o preso estivesse doente, a lei foi expressa declarando a continuidade da remição.

O julgador acredita, ou alega acreditar, que a ressocialização se dá pelo trabalho e como não houve o efetivo exercício de atividade laboral, o preso não teria direito à remição, ou seja, para o Judiciário, o preso não tem direito à remição porque não se ressocializou. Uma interpretação que desconhece a realidade do trabalho penitenciário, o qual é somente uma ocupação muitas vezes até mesmo relacionada a atividades que poderiam ser consideradas o oposto dos valores ligados ao que se pretende seja a ressocialização.

Em verdade, os tribunais acabam se transformando em mais um braço militar do Estado, que nega permanentemente uma quantidade enorme de direitos à pessoa presa, assim como avaliza um sem-número de inquéritos policiais irregulares, compactua com invasões de residências em favelas, tudo em nome da segurança, não a segurança jurídica, mas a segurança social. Esta segurança não chegou nem perto de alcançar os ideais do positivismo lombrosiano, mas se contenta em ser apenas uma capenga segurança militar, voltada contra muitos e em favor de poucos.

Nenhum direito é ficto. O ganho salarial a mais e o dobro de dias que juízes e promotores têm a título de férias, além dos que são permitidos ao trabalhador comum, não se chamam ganhos fictícios; mas quando o preso tem expressamente o direito de trabalhar e de remir parte de sua pena e o próprio Estado não lhe permite usufruir desse direito, a pretensão de obtê-lo é chamada pejorativamente de remição ficta.

4. Uma substituição viável

Assim, acreditamos que a abolição de palavras, como benefício e ressocialização do vocabulário na execução penal, proporcionaria mais vantagens para uma interpretação que desprestigiasse o encarceramento do que desvantagens. Todo conteúdo humanitário que há na ideia ressocializadora pode ser substituído pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Por certo alguns agentes, movidos pelo ideal da ressocialização, conseguem melhoras aqui e acolá em alguns estabelecimentos penais, pintam-se celas, constroem-se escolas ou enfermarias que duram o tempo frágil que permite a vontade política do momento, mas o distante Judiciário tem usado o termo como subterfúgio, de aparência científica, para encarcerar cada vez mais.

O princípio da dignidade da pessoa humana não se presta tão facilmente para a finalidade de encarcerar, como tem servido a ressocialização. Não há como o juiz dizer: “– Aumento a sanção penal em dois anos em prol da dignidade da pessoa humana”; ou “– Indefiro a progressão de regime, mantendo o apenado em regime fechado, em penitenciária de segurança máxima, para fins de resguardo da dignidade da pessoa humana”. São afirmações que se expõem, revelam o ruído da comunicação, soam contraditórias.

Ainda que o termo *ressocialização* também não soe bem, pois ideal exhaustivamente refutado pela realidade, como ideal acaba se sustentando. Dignidade da pessoa humana, muito mais do que um ideal, é situação de fato e perfeitamente verificável, principalmente em circunstâncias de violação, como é o caso da pena privativa de liberdade.

“*Não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, algo vivenciado concretamente por cada ser humano, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade*”.⁽⁷⁾

O princípio da dignidade da pessoa humana é anteparo suficiente para que o Direito Penal não se torne uma cega retribuição, o que pareceria ser o caminho de um direito punitivo sem ideal ou, como queiram, sem uma finalidade científica. Não é necessário, portanto, fazer uso de ideais imprecisos que têm servido duplamente, em favor da dignidade do ser humano e como fundamento para a violação desta.

Não há como se reacear perder o pouco alcançado pelos anos de reivindicação ressocializadora de reforma e melhoria no campo penitenciário, porque todos esses avanços podem perfeitamente ser mantidos com o argumento de assim se estar fazendo em nome da dignidade da pessoa humana. O instrumento “progressão de regime”, que também foi responsável pelo aumento das penas, pode ser preservado como ingrediente de esperança na pena de prisão e, portanto, com base na necessária dignidade do ser humano; o trabalho prisional também não precisa do ideal ressocializador e pode ser defendido com base no argumento de que o abandono em uma instituição do Estado é indigno

para qualquer um; e assim por diante. Estando a dignidade da pessoa humana como objetivo primeiro do projeto ressocializador, tudo o que foi alcançado por este de positivo pode ser mantido com o abandono do ideal e a assunção do verdadeiro propósito.

Oportuna a lição de **Karl Popper** de que a ciência se faz menos pelo acúmulo de verdades e mais, “*sobretudo por eliminação de erros na procura da verdade*”.⁽⁸⁾ E a hipótese aqui é justamente esta, a de que adotado o princípio da dignidade da pessoa humana como parâmetro do Direito Penal, este erre menos do que tem errado ao aceitar o volúvel ideal de ressocialização.

Por outro lado, sabe-se que a estrita legalidade pura e simples não é caminho certo para a Justiça. Todavia, em sede de execução penal ainda não estamos próximos nem mesmo da legalidade liberal iluminista de **Beccaria**. A barbárie que toma conta de cadeias e prisões cega o profissional da execução penal, técnico ou jurista, este também cada vez mais técnico do que jurista, fazendo do princípio da legalidade algo a ser alcançado.

Com todas as suas deficiências e mutilações, a Lei de Execução Penal, se cumprida no que se refere ao respeito do ser humano preso, serviria como ótimo instrumento para uma pena com menos violência. A segurança e a certeza do princípio da legalidade são *benefícios* que o condenado não conhece.

No dizer de **Eros Grau**, “*o nosso drama está em que a legalidade e o procedimento legal resultam, inúmeras vezes, perversos e violentos, funcionando como nossas derradeiras defesas, contudo, contra a perversidade e a violência*”.⁽⁹⁾ Em outras palavras, a legalidade é o mínimo (ou o mínimo de legalidade é o necessário) para se almejar qualquer progresso no caminho de uma execução penal menos desumana.

5. Considerações finais

Ressocialização, seja como ideal, seja como argumento dogmático ou sonho moral, reveste-se em algo que se percebe o oposto da legalidade, uma vez que a ambiguidade daquela abre espaços para fundamentar qualquer conduta do poder, em uma ação arbitrária da pior espécie, pois camuflada de boas intenções.

Um conteúdo normativo em si pode ser considerado arbitrário, mas o será menos se for “*obtido e justificado a partir do potencial racional imanente à práxis cotidiana*”.⁽¹⁰⁾ Portanto, a verdadeira legalidade é aquela que leva em consideração a realidade, constatação que expõe a oposição entre o princípio da legalidade e o ideal ressocializador, principalmente quando este vem como justificador da prisão.

Deveria ser suficiente dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, na letra da Constituição Federal, e que o princípio da legalidade é a base do Direito Penal desse Estado; assim estaria vedada qualquer consideração oriunda da intenção ressocializadora de quem quer que seja na atividade punitiva, mas a prática judicial tem demonstrado o contrário.

Os tribunais acabam se transformando em mais um braço militar do Estado, que nega permanentemente uma quantidade enorme de direitos à pessoa presa, assim como avaliza um sem-número de inquéritos policiais irregulares, compactua com invasões de residências em favelas, tudo em nome da segurança

Por isso não deve cessar a defesa da estrita legalidade, somada ao respeito à dignidade da pessoa humana do preso, para que depois, somente depois, possamos avançar dizendo que o direito cumpre seu papel como instrumento comunicativo.

Referências

- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*. n. 9, jan.-jun. 2007. p. 364-388.
- VALOIS, Luís Carlos. *Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade na execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo et. al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- ŽIŽEK, Slavoj. *Primeiro como tragédia, depois como farsa*. São Paulo: Boitempo, 2011.

Notas

- (1) Jean-Claude Milner *apud* ŽIŽEK, Slavoj. *Primeiro como tragédia, depois como farsa*. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 58.
- (2) ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo et. al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 126.
- (3) VALOIS, Luís Carlos. *Conflito entre ressocialização e o princípio da*

legalidade na execução penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. O presente artigo é uma reflexão oriunda do trabalho citado, resultado de dissertação de mestrado junto à Universidade de São Paulo.

- (4) “[...] somente o regime inicial fechado revela-se adequado à perfeita individualização da pena e no próprio aproveitamento da terapêutica penal pelo condenado, voltada à ressocialização a fim de que possa após refletir sobre sua conduta buscar o alto e a retidão” (TJSP, 3.ª Cam. Crim.. São Vicente. rel. Gustavo Alexandre Belluzzo, j. 17.12.2009).
- (5) STJ, 5.ª T., HC 118.128/SC, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 20.10.2009, DJe 16.11.2009.
- (6) TJRS, Ag 70034335752, 8.ª Cam. Crim., rel. Dálvio Leite Dias Teixeira, j. 17.03.2010; TJSP, 5.ª Cam. Crim., Ag 9185890-15.2007.8.26.0000, rel. Des. Pinheiro Franco, j. 27.09.2007; TJRJ, 2.ª Cam. Crim., Ag 0036998-55.2006.8.19.0000 (2006.076.00037), rel. Des. J.C. Murta Ribeiro, j. 11.07.2006.
- (7) SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*. n. 9, jan.-jun. 2007. p. 364.
- (8) *Apud* MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p. 148.
- (9) GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 169.
- (10) HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 473.

Luís Carlos Valois

Mestre e Doutorando em Direito Penal
e Criminologia pela USP.

Membro da Associação de Juizes para Democracia.
Juiz Titular da Vara de Execuções Penais.

Os crimes contra o consumo e os princípios fundamentais do direito penal

12

Sergio Chastinet Duarte Guimarães

A transformação da sociedade capitalista em sociedade de consumo exigiu a instauração de ordem jurídica que a regulamente e legitime. Surgem os movimentos consumeristas e a necessidade de proteger a “galinha dos ovos de ouro do capitalismo pós-industrial”.⁽¹⁾

Novas necessidades... novas leis. Não por acaso uma das primeiras manifestações públicas clamando pela proteção do consumidor foi feita por **Henry Ford**, um dos idealizadores da produção industrial massificada, que é um dos pilares da sociedade de consumo. Dizia ele que “o consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do que o seu elo mais fraco”.⁽²⁾

Assim, o direito do consumo veio substituir o Direito do Trabalho como um direito tutelar da reprodução das relações econômicas fundamentais na sociedade capitalista; as funções que antes eram exercidas por este na sociedade em que prevaleciam as relações econômicas de capital e trabalho agora passam a ser exercidas por aquele em uma sociedade em que o consumo passou a ser o fator econômico fundamental. Primo pobre, primo rico...

O direito do consumo aparece como um sistema de normas multidisciplinares e não dispensa a utilização das normas penais como instrumento mais contundente do qual o Estado dispõe para impor seu poder de império. Aparece, então, o direito penal do consumo, como ramo do moderno direito penal econômico, situado dentro do leque de estratégias adotadas pelo capitalismo reformado para a intervenção e regulamentação da economia.

A larga utilização de normas penais em branco, elementos normativos do tipo, recurso à técnica de tipificação de crimes de perigo abstrato e a ideia de prevenção geral positiva, entre outros, contribuem para mudança de paradigma do chamado bom e velho direito penal liberal.

Em contraposição ao chamado direito penal clássico, ou de garantias, surge um direito penal dito secundário,⁽³⁾ pragmático e simbólico, que flexibiliza as garantias individuais em favor de uma maior eficiência no cumprimento das funções que lhe são atribuídas.

O fenômeno vem sendo destacado pela doutrina. **Hassemer e Muñoz Conde** tratam desta nova realidade, advertindo sobre o surgimento de um “novo direito penal”, que está sendo convertido, “a pesar de la contundencia de sus instrumentos, en una soft law, en un medio de dirección social”.⁽⁴⁾ Já **Jesús-María Silva Sánchez** demonstrou em seu primoroso estudo os motivos e as consequências disso que chama de “expansão do Direito Penal”, lembrando não ser “infrequente que se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva)”.⁽⁵⁾

A legitimidade desta opção político-criminal pela construção de um direito penal secundário, com garantias flexibilizadas, é objeto de celeuma na doutrina. Enquanto alguns autores a rejeitam, sustentando