

Protesto de presos: a exculpação da reação em face da violação das garantias individuais

José Rafael Fonseca de Melo

Sendo o tratamento humano e o respeito à dignidade inerente à pessoa previstas no Pacto Interamericano de Direitos Civis e Políticos, bem como a vedação a torturas, tratamentos cruéis, desumanos e degradantes prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos, decorrem do *princípio da legalidade* as garantias que se estendem tanto aos presos que cumprem penas, como – e ainda mais – aos presos provisórios, no que tange às limitações advindas da privação da liberdade. O respeito ao homem em sua dignidade, de acordo com esta compreensão, também foi contemplado pela Constituição brasileira de 1988 quando esta o determina como um fundamento da República Federativa do Brasil.

A indicação feita a partir da psicanálise de que o processo punitivo realizado entre seres humanos humilha e degrada, porque se liga ao rebaixamento e é responsável por desencadear um ciclo retroalimentante entre vergonha e ira, contesta a obediência como virtude e utiliza a desobediência civil para escancarar a injustiça presente, por exemplo, nas condições desumanas do cárcere. No conflito entre o *ego* e o *superego*, este só poderá funcionar orientando a conduta conforme a norma penal e construindo motivações baseadas nessa expectativa se a força daquele for suficiente para controlar a sua influência, filtrar seus imperativos e relacionar os outros sistemas normativos com os impulsos instintivos e as paixões.

O argumento de exculpação aqui sustentado há de ser ressaltado ao lado de um ponto fulcral na análise da situação de desobediência civil: o protesto de preso consiste no exercício de um direito de resistência que não implica um direito de rebelião, devendo guardar proporcionalidade com as violações dos direitos humanos sofridas, bem como com as finalidades que se pretende alcançar – por exemplo, a satisfação de necessidades básicas e o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, e não a destruição ou a provocação de atos terroristas, devendo ainda respeitar outras leis não relacionadas diretamente ao problema contra o qual se reclama.⁽¹⁾

Interessante observar que a bela redação legislativa brasileira referente à execução penal não condiz com a realidade carcerária do País, sendo incoerente a partir da ilógica quantidade de vagas destinadas aos três regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade⁽²⁾ previstos em lei, que é inversamente proporcional ao que se entende por racional, sobretudo aos fins da pena, bem como pela razão entre as vagas disponíveis e o número de reclusos. No entanto, tal *situação de exculpação* consiste em um problema de (má) execução penal e de administração da segurança pública, não sendo propriamente uma proposta de deslegitimação direta do Direito Penal como ciência que não consegue atingir os seus objetivos declarados.⁽³⁾

Ao se manifestarem contrários às precárias condições existentes nos estabelecimentos prisionais, os presos, quando realizam ações descritas no tipo legal, tais como promoções de fugas ou motins, devem estar mais interessados em dar publicidade ao ato, a fim de usar a conduta desobediente para chamar a atenção da opinião pública, despertando-a da letargia sobre a realidade oculta dos fatos,⁽⁴⁾ do que promover a desordem. É certo que a renúncia à violência é requisito fundamental para a legitimidade e, pretendendo a reivindicação adquirir publicidade favorável, o propósito deve prescindir de seriedade para que, ao invés de ser um instrumento de coação, torne-se um utensílio de persuasão proveitoso e capaz de pressionar o Estado a empregar soluções ao problema apresentado.

A negação das condições mínimas de dignidade e dos direitos descritos na própria Lei de Execução Penal é o ponto fundante das práticas desobedientes, sendo, portanto, essa forma de violência a

fonte das demais. Sendo o Estado Democrático de Direito brasileiro o espaço da liberdade, esculpido na Constituição de 1988 pelo seu declarado espírito libertário, a depender da insignificância ou significância mínima das lesões a bens jurídicos que não sejam contra a pessoa humana, deve este Estado suportar a insatisfação dos *clientes* do sistema penal e prisional – visto que as condições degradantes alcançam indistintamente tanto os que cumprem pena quanto os que aguardam reclusos, por força de medida cautelar constritiva de liberdade, pronunciamento acerca da acusação que recai em seu desfavor. É a tolerância estatal, nesse sentido, a anuência de (ir)responsabilidade diante do descumprimento de direitos constitucionais e infraconstitucionais por vezes mínimos que deve, necessariamente, gerar medidas de correição e não de mais punição.

A maneira violenta como se estabelece o diálogo entre presos e autoridades responsáveis pelo sistema prisional acaba produzindo furor e elevado grau de insatisfação naqueles pelo modo indigno e desumano como são tratados e, a depender da forma (meios), poderá desvirtuar os pleitos (fins), acabando por trazer mais reprovação social e antipatia do que propriamente atrair a opinião e mobilização pública em seu apoio, sobretudo pelo (pre)conceito existente em relação à situação temporária de condenado/acusado. Isso se dá pela falência do sistema carcerário que reproduz o colapso existente fora dos seus muros, com reflexos diretos nos altos índices de reincidência e no quadro crescente da violência, transferindo para o recrudescimento das penas uma falsa e equivocada impressão de solução desse problema.

Do maior rigor dos regimes de cumprimento da pena surgem as maiores violações às principais garantias e direitos humanos de dignidade: sendo o Estado desinteressado em assegurar o cumprimento legal da forma de execução das penas, seja pelo seu alto custo, seja pela não popularidade gerada pelos investimentos destinados a esse fim, não restam alternativas às vítimas dessa indiferença que não se insurgirem contra tal inadimplemento, fazendo-o por meio de movimentos desobedientes.

Nos casos em que castigos físicos são legalizados e estão institucionalizados – exemplo do Regime Disciplinar Diferenciado – em uma equivalência às atrocidades cometidas primitivamente e que também consistiam em reação penal legitimada, existe um agravante: o fomento da arbitrariedade pelas permissões legais de quem institui tais recrudescimentos, abrindo caminho aos abusos de autoridade e excessos violentos e cruéis que ferem o próprio princípio da legalidade, responsável por limitar o Estado na imposição da pena para que essa não se sobreponha à dignidade da pessoa humana.⁽⁵⁾

A exculpação do *protesto de presos* baseada na luta por direitos humanos fundamentais constitui uma particular forma de, incluindo-a oficialmente no discurso jurídico-penal, ampliar a cidadania que em nada pode ser diminuída com a privação da liberdade.

A relação de dependência entre o capital e o trabalho assalariado é reproduzida pelo sistema jurídico-penal na concepção da pena como retribuição equivalente instituída sob a forma de privação da liberdade, sendo tal relação também estabelecida sob as mesmas bases que, de maneira análoga, compara cárcere e fábrica, em uma demonstração da *disciplina* do sistema penal como forma de controle social. Esse conceito é trazido pela teoria materialista/dialética da pena e tem como fundamento a diferença entre as funções reais e as funções ilusórias da ideologia penal existente nas sociedades capitalistas.⁽⁶⁾

A posição autoritária adotada por autores defensores da teoria da prevenção geral positiva se revela incoerente com os próprios fins do

Direito Penal, porque cede o lugar de protetor de bens jurídicos ao papel de garantidor da fidelidade do cidadão à vontade do poder, no instante em que define a pena como reação contra a violação da norma penal, reafirmando na punição o sentimento coletivo de confiança no direito que, em resposta, atende aos reclamos dos *impulsos punitivos da população*.⁽⁷⁾ Essa expressão revela o simbolismo presente na tentativa de desestimular a prática de condutas que reivindicam direitos, e que resulta na criminalização de condutas desobedientes – caso das reações impulsivas contra o tratamento desumano e cruel aos quais os presos são submetidos.

O descaso em matéria de execução penal se inicia quando, na intenção de racionalizar a punição, argumenta-se favoravelmente com base na teoria mais conveniente à casuística e nas supostas e pretensas funções que a pena cumpre – o que leva a uma diversidade de conjecturas que pretendem se legitimar, sendo estas, por vezes, *contraditórias* e até *reciprocamente excludentes*.⁽⁸⁾

A partir do vazio provocado pela ausência de sentido oriunda dos objetivos antitéticos das teorias da pena, o que corresponde ao limiar da crise, os efeitos são a amplificação das debilidades de um sistema que não consegue se operacionalizar atendendo aos princípios fundamentais e garantias constitucionais aos quais se submete, bem como a estigmatização de inutilidade e marginalização social dos sujeitos que, por não constituírem proveitosa força de trabalho e ocuparem a condição desfavorável na “*hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico*”,⁽⁹⁾ também acabam sem merecer o reconhecimento de quaisquer direitos – inclusive o de reivindicar suas ausências.

Das injustiças e precariedade das condições dos estabelecimentos prisionais decorrem as maiores insatisfações e conflitos que, não raramente, resultam em desvios criminosos em forma de rebeliões e motins. Superlotação e desarmonia da convivência com agentes e secretarias responsáveis pela ordem são a fonte da frustração de manutenção da disciplina e obediência às determinações, desencadeando um desrespeito mútuo: presos não acatam a autoridade das instituições e estas vilipendiam os direitos dos reclusos.

No seio deste problema há uma reprodução pelo cárcere da relação de subordinação estabelecida na sociedade que, historicamente, assimilou e assumiu o modelo de *fábrica*, em que disciplina e obediência absolutas são virtudes imprescindíveis ao mérito da retribuição que constitui a contraprestação do salário como correspondente da força de trabalho. Prova disso é a gênese da instituição do cárcere, que nasce com a sociedade capitalista e se desenvolve paralelamente à sua história.⁽¹⁰⁾

A revelação da natureza da retribuição penal como equivalente, explicada como fenômeno socioestrutural específico das sociedades capitalistas, relaciona os fundamentos materiais e ideológicos da pena criminal com o *capital/trabalho assalariado*, e a correlação *sistema penal/mercado de trabalho* denuncia que a disciplinarização do sistema punitivo se equipara às políticas de reconhecimento do empregado que se adéqua às necessidades do capital e se subordina aos interesses do mercado capitalista – constituindo um coagido instrumento produtor de sujeitos *dóceis*, *inteligíveis* e *úteis* às submissões, utilizações, transformações e aperfeiçoamentos,⁽¹¹⁾ sendo conseqüentemente de fácil controle e manipulação.

Os atos de protesto de presos que se voltam contra a domesticidade que impõe aceitação de condições subumanas de existência dentro dos limites do cárcere adquirem contornos dissociativos idênticos aos existentes na luta contra a escravidão: assim como a exploração econômica afasta a força e o produto do trabalho, o não reconhecimento da dignidade humana é igualmente suficiente para a não aceitação da coerção disciplinar estabelecida ao preso.⁽¹²⁾

Os caminhos inversos trilhados pela difusão do terror e a disposição para a obediência e disciplina conduzem à conclusão de que não se encontra confirmação em qualquer ciência empírica de relação entre punição e comportamento futuro, o que rechaça o entendimento da relação empírica das teorias preventivas dos fins da pena.⁽¹³⁾ O processo complementar de aculturação ao qual são os presos submetidos impõe a absorção de valores próprios do cárcere a partir de modelos próprios de comportamento daquela subcultura, impondo ao encarcerado uma

encruzilhada: assumir o papel de *bom preso* e se conformar e se amoldar ao sistema; ou assumir o rótulo de criminoso a ele imposto e integrar a minoria dominante na comunidade prisional.⁽¹⁴⁾

Bibliografia

- AGUIAR, Fernando. Derecho general a la resistencia y derecho a la rebelión. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). *El derecho a resistir el derecho*. Buenos Aires (Argentina): Miño y Dávila Editores, 2005.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2002.
- BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Anatomia de uma criminologia crítica. In: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2002.
- _____. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2007.
- COSTA, Nelson Nery. *Teoria e realidade da desobediência civil: de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*. Trad. Juarez Tavares e Frederico Figueiredo. Curitiba: Juruá, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 34. ed. Trad. Raquel Ramalheite. Petrópolis: Ed. Vozes, 2007.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general – Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid (Espanha): Thomson Civitas, 2008.
- RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro e ALAGIA, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Notas

- (1) AGUIAR, Fernando. *Derecho general a la resistencia y derecho a la rebelión*, p. 52.
- (2) BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*, p. 41.
- (3) BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal*, p. 1-2.
- (4) COSTA, Nelson Nery. *Teoria e realidade da desobediência civil*, p. 54.
- (5) BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal*, p. 151.
- (6) O desenvolvimento dessa teoria foi promovido pela criminologia crítica e tem em autores como Alessandro Baratta, Massimo Pavarini, E. B. Pasukanis, George Rusche, Otto Kirchheimer e Juarez Cirino dos Santos seus principais referenciais, cada um a seu tempo, mas com relevantes e notórias contribuições.
- (7) A crítica aos autores que adotam posições autoritárias e que são representados por Jakobs é feita por diversos motivos, entre os quais está, para além dessa citada “*contradição contra a contradição da norma, que afirma e estabiliza a validade da norma violada às custas do competente/responsável*”, a redução do crime como lesão da vontade do poder quando definido como *violação da norma* (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*, p. 482-483).
- (8) ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro e ALAGIA, Alejandro. *Direito penal brasileiro*, p. 114; ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general – Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, § 3, n. 35, p. 95; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*, p. 486.
- (9) BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 161.
- (10) *Idem, ibidem*, p. 166-167; RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*, p. 43-82.
- (11) FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 117-118.
- (12) *Idem, ibidem*, p. 119.
- (13) FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*, p. 38-39.
- (14) CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Anatomia de uma criminologia crítica*, p. 17.

José Rafael Fonseca de Melo

Mestre em Direito – UFPE.

Professor da Faculdade Estácio Recife e da Faculdade do Recife.

Advogado.