

As medidas cautelares diversas da prisão e a inversão ideológica do discurso garantista

Raphael Boldt

"A história se repete, a primeira vez como tragédia e a segunda como farsa" – KARL MARX.

A Lei 12.403, de 04.05.2011, gerou grandes expectativas em boa parte da comunidade jurídica nacional, sobretudo em razão da pretensa (e frustrada) proposta de se reduzir, por meio das medidas cautelares diversas da prisão, o número de presos provisórios que, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), compõem atualmente cerca de 40% da população carcerária brasileira e continuaram a crescer⁽¹⁾ nos anos de 2011 e 2012, como aconteceu, por exemplo, no estado de São Paulo que, em 2011 experimentou um aumento de 3,6%, mais do que o triplo do percentual nacional, de 1%.

Embora fosse inegável a necessidade de se modificar a estrutura normativa concernente às medidas cautelares pessoais, o que se tem testemunhado após mais de um ano da entrada em vigor da lei em questão é um notório retrocesso para os direitos fundamentais e a ampliação e otimização dos mecanismos de controle no âmbito penal.

Inicialmente, a criação de uma polimorfologia cautelar, possivelmente uma das maiores inovações da Lei 12.403/2011, surgiu como alternativa ao binômio prisão-liberdade e se tornou objeto de críticas severas dos estratos mais conservadores da sociedade, arrancando, em contrapartida, aplausos de grupos mais inclinados à defesa dos direitos humanos e da oxigenação constitucional do processo penal. Aparentemente, os motivos para tais posturas pareciam óbvios: com o estabelecimento das medidas cautelares diversas da prisão, ter-se-ia a restrição dos direitos de indiciados ou acusados, porém, sem os danos decorrentes da violência engendrada pelo cárcere, ou seja, a prisão preventiva se tornaria a *ultima ratio*, priorizando-se, portanto, a aplicação das medidas alternativas.

De todas as vozes que se levantaram para criticar ou elogiar a Lei 12.403/2011, destacaram-se aquelas que defendiam a "reforma" do processo com base no discurso da humanização do aparato punitivo e na minimização dos efeitos deletérios do cárcere.

Sob o fundamento garantista de máxima felicidade possível aos não desviantes e mínimo sofrimento necessário aos desviantes, muitos sustentaram que as medidas cautelares diversas da prisão poderiam suavizar as práticas penais e mitigar os custos sociais e individuais provenientes da prisão cautelar.

Neste caso, em especial, longe de minimizar a violência do poder punitivo, a assunção do garantismo como base teórica para a construção do discurso legitimador das medidas cautelares alternativas apenas expõe a lógica perversa que orienta o funcionamento do sistema penal e reforça a (ir)racionalidade da intervenção punitiva.

Na prática, a aparente legitimidade conferida pelo garantismo às medidas cautelares diversas da prisão acaba por debilitar ainda mais o sistema de garantias e atua como elemento catalisador capaz de fazer com que magistrados se sintam à vontade para restringir direitos de indivíduos que, não obstante sua reduzida "periculosidade", veem-se impossibilitados de suprir as expectativas da sociedade de consumo.

Esse panorama demonstra o paradoxo vivenciado no plano do discurso e das práticas associadas ao humanismo. Em vez de serem aplicadas como alternativas à prisão preventiva, as medidas cautelares, quando utilizadas pelos Juizes – aprisionados à dinâmica das prisões cautelares, uma espécie de fetiche, e obcecados pela fiança, como se

esta fosse a única alternativa possível à prisão – tem substituído a liberdade, atuando, ademais, como mecanismos de potencialização e expansão do controle penal, não somente pela aplicação de tais medidas, mas em virtude da possibilidade (em determinadas situações, previsibilidade) de sua conversão em prisão.

Em sua etapa inicial, parece que o processo de reconfiguração das medidas cautelares de natureza pessoal gerou a maximização da repressão e não logrou êxito em seu projeto de limitar a ofensa concreta aos direitos fundamentais e efetivar os postulados garantistas que norteiam o texto constitucional.

Este cenário de perversão das normas constitucionais e de apropriação do discurso garantista tem conduzido à reversibilidade do direito, ou seja, *"a condição do direito de ser interpretado e aplicado em um ou outro sentido, inclusive contraditórios entre si"*⁽²⁾

No campo das práticas punitivas e, sobretudo, das medidas cautelares alternativas, a inversão ideológica do discurso garantista tem propiciado a inversão de sua própria missão, viabilizando a ampliação e sofisticação do aparato jurídico-penal. Consagra-se, com isso, um paradigma de controle ainda mais eficiente e pernicioso para os direitos humanos.

Nesse quadro, as medidas cautelares não se revestem da "alternatividade" que lhe atribui o discurso oficial, mas se projetam como extensão de efetivação das funções reais (e ocultas) do Direito Penal nas sociedades capitalistas. Nas palavras de Bizzoto,⁽³⁾ o que se vê na realidade é a produção de *"uma sociedade disciplinar com o discurso da humanização da pena"*.

Em tempos de aguda (e questionável!) crise dos meios de confinamento, a antecipação da tutela penal, especialmente por intermédio de medidas alternativas "mais humanas" para indivíduos considerados "menos perigosos", passa a ser vista como uma alternativa razoável e digna na tentativa de se por um fim à alardeada impunidade. Com isso, infelizmente o que se tem é mais do mesmo.

Dessarte, paralelamente ao contínuo aumento do número de presos provisórios no Brasil, observa-se hodiernamente a ampliação dos tentáculos da malha punitiva mediante a imposição das medidas cautelares diversas da prisão, responsáveis por elevar a quantidade de pessoas que irão sofrer algum tipo de restrição (ou seria sanção?) na seara da justiça criminal, pessoas que *"no puedan subirse al tren del progreso económico, se convierten en seres humanos sobrantes"*⁽⁴⁾

Talvez ainda seja demasiadamente cedo para afirmar o fracasso da Lei 12.403/2011 e de todas as promessas que lhe são subjacentes, porém, diante do atual cenário de reformas penais e processuais penais, torna-se essencial compreender o verdadeiro sentido dos discursos legitimadores, autênticos *"dispositivos de saber"*⁽⁵⁾ das práticas punitivas permeadas por relações de poder extremamente desiguais que encontram no próprio sistema penal um poderoso mecanismo de preservação.

(Re)pensar as medidas cautelares alternativas à prisão constitui, portanto, uma parte ínfima, mas relevante, de uma árdua e premente tarefa que não se limita aos operadores do direito, pois, invariavelmente, passa também pela necessidade de se refletir acerca do humano hoje e de levar a sério as razões que determinaram a falência de tantos modelos de humanismo, fracasso

que, segundo **Timm de Souza**,⁽⁶⁾ está exatamente no fato de “não serem suficientemente humanos”.

Notas

- (1) D'AGOSTINO, Rosane. Lei nova não reduz lotação de cadeias. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-02/leicautelares-completa-ano-nao-reduz-lotacao-cadeias>>. Acesso em: 2 jul 2012.
- (2) SANCHEZ RUBIO, David. Reversibilidade do direito: os direitos humanos na tensão entre o mercado, os seres humanos e a natureza. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: Notadez/PPGCrim PUCRS/ITEC, n. 22, abr.-jun., 2006, p. 23.
- (3) BIZZOTO, Alexandre. *A inversão ideológica do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 126.
- (4) SANCHEZ RUBIO, David. Sobre la racionalidad económica eficiente y sacrificial, la barbarie mercantil y la exclusión de los seres humanos

concretos. *Revista Sistema Penal e Violência*, Porto Alegre: PPGCrim/PUCRS, n. 1, jul.-dez., 2009, p. 13.

- (5) FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 34.
- (6) SOUZA, Ricardo Timm de. “Só há uma expressão para a verdade: o pensamento que nega a injustiça” – Levinas e Adorno. In: SOUZA, Ricardo Timm de et al. (Org.) *Alteridade e ética: obra comemorativa dos 100 anos de nascimento de Emmanuel Levinas*. Porto Alegre: Edipucrs, 2008, p. 24.

Raphael Boldt

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV)
Professor da Graduação e da Pós-Graduação em Ciências Criminais da FDV
Advogado

O reflexo da Lei de acesso à informação no sistema penitenciário brasileiro

Marcos Aurélio Sloniak

Introdução

A Lei 12.527, denominada Lei de Acesso à Informação, trouxe um importante instrumento de acompanhamento em prol da sociedade ao permitir o acesso às infinitas informações do Estado que visa acima de tudo o estímulo ao princípio da transparência das atividades públicas, tornando a divulgação uma regra para a Administração Pública nas esferas Federal, Estadual e Municipal.

A própria Constituição brasileira de 1988⁽¹⁾ já dispunha sobre o acesso aos dados por parte dos cidadãos como um direito fundamental, assim, a nova lei efetiva tal direito, bem como atende outro preceito constitucional, qual seja, o dever do Estado de se manifestar e prestar informações requeridas, agindo com transparência.

O Brasil inova ao criar tal legislação, mais abrangente que outras similares, ao atingir todas as esferas governamentais, uma vez que normalmente a legislação de outros países permite tal acesso somente a um núcleo central do Governo, sendo a lei brasileira classificada como inovadora e uma das 30 melhores leis desse tema no mundo.⁽²⁾

Ressalte-se que em 1990, apenas 13 países contavam com uma lei de informação e hoje são cerca de 90, o que demonstra a importância do assunto no âmbito social.

Todavia, a abrangência da nova lei é um obstáculo que deve ser conquistado, uma vez que exigirá adequação ampla na cultura atual da Administração Pública, requerendo dos gestores uma postura ativa no trato com as informações e também da própria Administração, que passa a ser obrigada a se organizar e disponibilizar de forma clara e confiável a informação requerida. **Fabiano Angélico**⁽³⁾ explica que esse é um processo demorado por caracterizar uma mudança de cultura, de paradigma e, portanto, não acontecerá do dia para a noite, afinal informação é poder.

Este artigo se propõe a analisar os impactos da nova lei no sistema penitenciário brasileiro, em especial suas aplicações no campo administrativo e estratégico, com base na legislação que regula a execução penal brasileira em face da Lei de Acesso à Informação.

O Sistema Penitenciário – Aspectos administrativo e estratégico

O Sistema Penitenciário brasileiro está estruturado em duas frentes distintas, quais sejam, o Sistema Penitenciário Federal, cuja organização

e administração é competência do Ministério da Justiça por meio do Departamento Penitenciário Nacional, e os Sistemas Estaduais, subordinados às secretarias distintas em cada Unidade da Federação.

No que diz respeito ao aspecto administrativo, a formatação das Unidades Prisionais no Brasil conta com um aparato que provê logisticamente a sua manutenção, normalmente coordenado por órgãos gestores em cada Estado, dentro da estrutura da Administração direta.

Outro lado existente e talvez o que mais seja interessante no campo da informação é o aspecto estratégico de um sistema penitenciário, por deter fontes sobre os custodiados de cada Unidade Prisional que envolve inclusive a segurança coletiva.

No âmbito administrativo, a nova Lei permitirá que sejam identificados alguns motivos da falência atual do modelo prisional brasileiro com a interpretação de dados sobre a logística existente, tais como investimentos, custeio, valores contratuais e ainda sobre as medidas que afetam diretamente o cumprimento de pena dentro dos padrões estabelecidos.

Em tese, qualquer cidadão poderá requisitar informações primárias contidas em documentos, bem como informações sobre atividades, administração de patrimônio, utilização de recursos entre outros. Ademais, os resultados obtidos em auditorias e inspeções que tenham sido realizadas nesta área deverão ser divulgados de forma irrestrita.⁽⁴⁾

Há que se considerar que o despreparo de tal área certamente gerará desconforto para os que procurarem tais informações, uma vez que os poucos dados existentes e divulgados pelos órgãos oficiais demonstram a ineficácia do modelo atual, que não é gerido de forma a prover minimamente o que dispõe a legislação pátria como a Constituição e a própria Lei de Execuções Penais.

Dentro das novas possibilidades legais, poderia, por exemplo, questionar-se o custo efetivo de cada preso custodiado por determinado Estado. Embora se divulgue vagamente tal dado, não há, como regra, disponibilidade de documento contendo os custos que compõe o gasto, com cada item individualizado, o que torna a credibilidade do valor divulgado questionável e flutuante.

Do mesmo modo, a diferença de condução de cada modelo prisional dentro dos Estados permitirá a análise comparativa de custos contratuais e