

XII CONGRESSO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS

CONCURSO DE TESES

**“DEFENSORIA COMO METAGARANTIA: transformando promessas
constitucionais em efetividade”**

DA URGENTE NECESSIDADE DE DESENCARCERIZAÇÃO NO PLANO BRASILEIRO: E SE TODOS OS DEFENSORES PÚBLICOS FOSSEM AGNÓSTICOS DA PENA?

1. Introdução

A Emenda Constitucional nº 80/2014 elevou a Defensoria Pública a condição de instituição permanente, acentuando a sua essencialidade à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do art. 5º, inciso LXXIV, da CF. A Lei Complementar nº 80/94, com as reformas introduzidas pela Lei Complementar nº 132/09, já mencionava como objetivos da Defensoria Pública, entre outros, em seu artigo 3º-A: a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; a afirmação do Estado Democrático de Direito e a prevalência e efetividade dos direitos humanos.

Por outro lado, não se desconhece a realidade prisional brasileira, alvo, em diversos Estados, inclusive, de representações perante o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, dadas as inúmeras violações de direitos que residem nesse sistema, o qual mais se assemelha ao medievo. De acordo com o site

Prision Studies, ¹ inclusive, pode-se dizer que o Brasil é o quarto país do mundo com maior população carcerária, atingindo a marca de 607.730 pessoas reclusas, desconsideradas as medidas alternativas à prisão e as prisões domiciliares, perdendo apenas para os Estados Unidos, China e Rússia (essa última já vem reduzindo o número de encarcerados). Também, não se pode deixar de considerar que no ano de 2010, por meio da Lei nº 12.313, a Defensoria Pública passou a figurar como um dos órgãos da execução penal, conforme Lei das Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), a qual lhe atribuiu maiores incumbências do que ao próprio Ministério Público, devendo, nesse âmbito, zelar pela regular execução da pena e da medida de segurança. Outrossim, não se desconhece que a maioria da população carcerária depende da Defensoria Pública para acessar a justiça no interior da Execução Penal.

Em sendo assim, nos parece que a Defensoria Pública conta com um papel de extrema relevância nessa engrenagem, cumprindo-lhe, como forma de efetivar a promessa constitucional e humana da vedação de penas cruéis, desumanas e degradantes, insculpida no chamado princípio da humanidade das penas, nos termos do art. 5º, inciso XLVII, da CF, labutar pela desencarcerização em solo brasileiro, o que cremos possível, em parte, pela adoção dos propósitos da teoria agnóstica da pena.

Dessa forma, num primeiro momento, se analisará a inserção do Defensor Público como agente desencarcerizador, por meio da Constituição Federal e da Lei Complementar nº 80/94, para, após, proceder-se ao exame dos fundamentos da teoria agnóstica, demonstrando, assim, o porquê da sua adoção como medida de redução de danos, na busca da contenção das inúmeras e constantes violações de direitos humanos fundamentais existentes no cárcere.

¹ Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org>>. Acesso em: jul. 2015.

Ao final, será delineada conclusão acerca da exposição, incluindo-se as referências bibliográficas.

2. O Defensor Público como agente desencarcerizador: análise da Constituição Federal de 1988 e Lei Complementar nº 80/94

O protagonismo do Defensor Público como agente desencarcerizador e conseqüentemente redutor de danos e de violência, encontra amparo na Constituição Federal e na LC nº 80/94. Entretanto, vale pontuar por primeiro o porquê da importância desse protagonismo e o porquê da necessidade premente do seu devido manejo.

Os números de encarceramento no Brasil são assustadores, conforme já afirmamos, entretanto, mais aterrorizador ainda é o fato de que a prisão na forma posta é um dos principais fatores da criminalidade, pois conforme já em outra oportunidade citamos Leal²: 'a violência não é um desvio da prisão: é a própria prisão.'

Por outro lado, a doutrina tem a prisão como um fator criminógeno, já que em vez de frear a delinquência, conforme salienta Bitencourt,³ parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade, eis que a maioria dos fatores que dominam a vida carcerária imprime a esta um caráter criminógeno, tais como os fatores materiais (deficiências de alojamento, higiene, alimentação, saúde); psicológicos (o estudo dos sistemas penitenciários já nos dá conta da imensidão de psicoses geradas pelo regime celular, por exemplo, não se desconhecendo a aprendizagem do crime que proporciona); sociais (a prisão origina um sistema social anômalo intramuros, com reflexo de uma subcultura carcerária, muito bem exemplificada nas facções formadas no interior do cárcere) e sexuais (já que de

² CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. **Os Direitos Humanos na Execução Penal e o Papel da Organização dos Estados Americanos (OEA). Presídio Central de Porto Alegre, Masmorra do Século XXI.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão. Causas e Alternativas.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

acordo com Bitencourt, a repressão do instinto sexual propicia a perversão da esfera sexual e da personalidade do indivíduo).

Sendo correto nesse contexto afirmar da inviabilidade de conciliação da promessa constitucional e humanitária da proibição de penas cruéis, desumanas e degradantes, com a execução criminal da pena privativa de liberdade, senão por meio do desencarceramento, pois acreditamos com Carvalho,⁴ que a pena ainda é um fenômeno incancelável nas sociedades atuais, motivo pelo qual requer ser contido, em razão de sua pulsão violenta.

Aí se inserindo o Defensor Público, na medida em que a Constituição Federal, em seu artigo 134, conceitua a Defensoria Pública como expressão e instrumento do regime democrático, ou seja, alça à Defensoria Pública a parte da fórmula do Estado Democrático de Direito, sendo que, conforme Rocha,⁵ nesse contexto, a sua atuação repercute na solução dos graves problemas sociais contemporâneos, tal qual a segurança pública.

A LC nº 80/94 com as alterações promovidas pela LC nº 132/09, também acentua o caráter de permanência da Instituição, reafirmando a sua essencialidade à função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe, veja bem, como expressão e instrumento do regime democrático,⁶ entre outros, a promoção dos direitos humanos.⁷ E nem se

⁴ CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵ ROCHA, Amélia Soares da. **Defensoria Pública. Fundamentos, Organização e Funcionamento**. São Paulo: Atlas, 2013.

⁶ DE SOUSA, José Augusto Garcia (Coord.). **Uma Nova Defensoria Pública Pede Passagem. Reflexões sobre a Lei Complementar 132/09**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. Nas palavras de Adriana Fagundes Burger e de Christine Balbinot in A nova dimensão da Defensoria Pública a partir das alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 132 na Lei Complementar nº 80/94: "(...) a partir da publicação da Lei Complementar nº 132, a Defensoria Pública recebe adensamento nas suas atribuições, passando a ser considerada "expressão e instrumento do regime democrático", caracterizando um salto evolutivo da Instituição. A presença da Defensoria Pública melhor qualifica a democracia e promove a inclusão das classes sociais que historicamente restavam distantes do acesso à Justiça. A complexização das relações sociais exige do Estado novas e mais versáteis Instituições que possam atender aos anseios da população. A Instituição viabiliza, quando necessário, a postulação, seja judicial ou extrajudicial, com a utilização dos meios e recursos adequados à efetividade dos direitos, tornando-se, portanto, instrumento do Estado Democrático de Direito, na medida em que busca a realização dos direitos assegurados aos cidadãos. Ou seja, a Defensoria Pública transmuta-se mais uma vez, daquela Instituição destinada a prestar atendimento jurídico integral e gratuito, para a expressão e instrumento de realização do regime democrático. A definição elucida a vinculação, realizada pelo legislador constituinte, de que a democracia somente vinga em um Estado que respeita a dignidade da pessoa humana, e a Defensoria

diga que a vedação de penas cruéis, desumanas e degradantes, para além de uma efetiva promessa constitucional, encontra assento no artigo 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Por outro lado, o artigo 3º-A da LC nº 80/94, introduz os objetivos da Defensoria Pública⁸: primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; afirmação do Estado Democrático de Direito; a prevalência e a efetividade dos direitos humanos; e a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Quanto aos seus objetivos, vale destacar as palavras de ROCHA (2013, p. 122):

Tais objetivos foram inseridos pela Lei Complementar nº 132 (que atualizou a LONDP) e explicitam de maneira expressa as razões de existência da instituição, dando concretude à determinação constitucional, e esses objetivos, como corolários diretos dos princípios institucionais, devem ser atingidos através de cada atendimento realizado pela instituição em todo o Brasil, em um contínuo e perene burilar, numa soma que se revela cada vez mais perceptível na construção de um Brasil justo e solidário: a partir do momento em que uma pessoa em situação de rua, uma pessoa privada de liberdade, uma mãe sem teto, uma pessoa discriminada, uma criança sem alimentos, dentre inúmeros e tantos exemplos, passa a ser reconhecida como pessoa em sua dignidade, sujeita de direitos e obrigações, está-se, automaticamente, contribuindo para a dignidade humana, para a redução das desigualdades sociais, para a afirmação do Estado democrático de Direito, para a

Pública, nesse contexto, deve ser considerada essencial ao processo de concretização dos direitos conferidos à pessoa humana. (...).” p. 2/3.

⁷ DE SOUSA, José Augusto Garcia (Coord.). **Uma Nova Defensoria Pública Pedir Passagem. Reflexões sobre a Lei Complementar 132/09**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. Nas palavras de Adriana Fagundes Burger e de Christine Balbinot in A nova dimensão da Defensoria Pública a partir das alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 132 na Lei Complementar nº 80/94: “(...) Integra este eixo o diálogo com a administração pública, com o objetivo de promover a revisão de condutas consideradas ilícitas e também o fomento de políticas públicas voltadas à efetividade dos direitos humanos. Neste sentido, torna-se necessária a interlocução com os demais agentes políticos, apontando o resultado da falta de observância de investimentos em determinadas áreas e, inclusive, propondo políticas públicas e ações para a tutela das conquistas legislativas. Reafirma-se como indispensável, portanto, que o Defensor Público, na tentativa de solução coletiva dos problemas, busque diálogo com as demais Instituições. E essa atuação deve ter como ponto de referência aquilo que se apreendeu com o trabalho de disseminação e conscientização dos direitos humanos, uma vez que somente por meio do diálogo com a comunidade o Defensor Público poderá identificar quais as políticas públicas imprescindíveis e urgentes para a concreção dos direitos.(...)” p. 8 e 10.

⁸ MAFFEZOLI, Antonio. **A atuação da Defensoria Pública na Promoção e Defesa dos Direitos Humanos e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br>>. Acesso em: 30 mai. 2013. Consoante afirma o autor no seu artigo: “(...) A cidadania e a dignidade da pessoa humana são fundamentos do Estado Democrático de Direito no qual se constitui a República Federativa do Brasil. Não por coincidência, também estão presentes nos primeiros artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A Constituição Federal também estabelece que os objetivos fundamentais dessa República são a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor e idade e quaisquer outras formas de discriminação. A Defensoria Pública, por sua vez, é uma instituição pública prevista na Seção III – da Advocacia e da Defensoria Pública, do Capítulo IV – das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV – da Organização dos Poderes, da Constituição Federal. Embora os artigos 134 e 135 não especifiquem, como órgão do Estado brasileiro, os fundamentos e objetivos da Defensoria Pública só podem ser aqueles previstos nos já citados artigos 1º e 3º da Constituição Federal. Portanto, reunindo as duas afirmações, a Defensoria Pública tem, como fundamento, a cidadania e a dignidade da pessoa humana e, como objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (...)” p. 01/02.

prevalência e a efetividade dos direitos humanos e para a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório; enfim, realizando os objetivos institucionais da Defensoria Pública.

De acordo com Souza (2011), o próprio enfoque do acesso à justiça deve ser modificado quando transportado para o Direito Penal e Processual Penal. Para além do acesso igualitário aos tribunais, independentemente da situação econômica das partes, no que tange a Defensoria Pública, deve se ultrapassar a visão de um serviço público eficiente e acessível a toda população, na medida em que, na seara do direito criminal, salvo exceções, os cidadãos pobres não pedem uma prestação jurisdicional, não acionam o Poder Judiciário, contrariamente, são acionados por este Poder, figurando ordinariamente no polo passivo da pretensão acusatória.⁹

Dessa forma, aponta Souza¹⁰ (2011), acompanhando a realidade atual do processo penal no Brasil, que não é a de resolução alternativa dos conflitos, mas, sim, de utilização maciça do direito penal e dos procedimentos criminais como forma de controle social, há necessidade de o acesso à justiça, nessa esfera, com âmbito ainda maior de restrição, em sede de execução criminal, dito por nós, alcançar o seu aspecto mais substancial e importante que é o acesso a uma ordem jurídica justa, a uma decisão judicial livre, imparcial e desinteressada e criteriosa, com atenção ao asseguramento de todos os direitos e garantias fundamentais ao imputado.¹¹

⁹ CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. **Os Direitos Humanos na Execução Penal e o Papel da Organização dos Estados Americanos – OEA. Presídio Central de Porto Alegre, Masmorra do Século XXI.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

¹⁰ Conforme aponta Souza (2011, p. 292): "(...) o acesso à justiça penal significa também, acesso a uma ordem jurídico-penal justa, ou seja, direito ao devido processo legal; direito a ser tratado como sujeito e não mero objeto da persecução penal; direito a ser tratado como inocente; direito à informação acerca da acusação e sobre todos os atos e formas processuais; direito a não auto-incriminação; direito ao contraditório e a ampla defesa; direito à Defensoria Pública devidamente estruturada; direito à assistência jurídica gratuita; direito de entrevistar-se reservadamente com o seu advogado (público ou privado); direito ao duplo grau de jurisdição; direito à preservação da imagem; direito de igualdade formal e material (paridade de armas); direito de respeito à dignidade humana; etc. Enfim: o acesso à Justiça penal, como demonstramos, se equivale ao direito a uma defesa criminal materialmente eficaz, e mais ainda, significa dar eficácia aos direitos fundamentais componentes do núcleo mínimo existencial na seara do direito penal e processual penal (...)"

¹¹ CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. **Os Direitos Humanos na Execução Penal e o Papel da Organização dos Estados Americanos – OEA. Presídio Central de Porto Alegre, Masmorra do Século XXI.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

Nesse diapasão, verifica-se que o direito de defesa é constitucionalmente previsto (CF, artigo 5º, inciso LV), sendo assegurada a assistência de advogado a todo o preso (CF, artigo 5º, inciso LXIII) (MESQUITA JÚNIOR, 2010). A Lei de Execução Penal, por sua vez, prevê em seus artigos 15 e 16, como direito do preso a assistência jurídica, aduzindo que as unidades da federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais. A lei, inclusive, determina que as unidades da federação deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública, no exercício das suas funções, dentro e fora dos estabelecimentos penais, com a implantação de núcleo especializado, destacando local apropriado para o atendimento a ser realizado pelo Defensor Público na casa prisional.¹²

Essas alterações legais restaram introduzidas na Lei de Execução Penal, apenas no ano de 2010, quando do advento da Lei nº 12.313, a qual, inclusive, passou a elencar a Defensoria Pública como um dos órgãos da execução penal, incluindo-a, também, obrigatoriamente, junto ao Conselho da Comunidade.¹³

Comungando do pensamento de Zaffaroni¹⁴ (1991), para quem se torna imperiosa uma emergente política de redução de danos, dado o exercício de violência esboçado pelo deslegitimado sistema penal, o qual opera através de evidente seleção, pode-se apontar para a quase totalidade de ausência de condições econômicas por parte dos presos componentes do sistema prisional, o que enseja a maciça atuação da Defensoria Pública. Mesquita Júnior (2010) aponta, inclusive, para conclusão do

¹² Ibidem, p. 6.

¹³ Ibidem, p. 6.

¹⁴ Nas palavras de Zaffaroni (1991, p. 130): "(...) Nas prisões encontramos os estereotipados. Na prática, é pela observação das características comuns à população prisional que descrevemos os estereótipos a serem selecionados pelo sistema penal, que sai então a procura-los. E, como a cada estereótipo deve corresponder um papel, as pessoas assim selecionadas terminam correspondendo e assumindo os papéis que lhes são propostos. (...)".

Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no sentido de que 95% dos presos são pobres. Tal conclusão decorreu, segundo ele, da constatação de que somente 5% do total dos presos, isso no que diz ao âmbito nacional, dispunha de advogados particulares, enquanto os demais seriam assistidos por defensores públicos e advogados dativos.¹⁵

Tal situação, outrossim, já teria sido objeto de constatação por parte da CPI do Sistema Carcerário,¹⁶ no ano de 2009, quando, então, restou verificado que os problemas jurídicos envolvendo os presos seriam, sem dúvida, os mais graves do sistema carcerário nacional, uma vez que deles decorreriam outros tantos, como a superlotação, motins, rebeliões, mortes e injustiças. A falta e a deficiência de assistência jurídica aos presos, segundo apontou a Comissão, iniciar-se-ia desde o momento da prisão, sendo que a quase totalidade dos presos é pobre, originários da periferia, com baixa escolaridade e sem ou com pouca renda. A Comissão também asseverou que no ato da prisão, o aparelho policial agiria sempre com prepotência, abuso de poder, sonegação de direitos e, não raro, com violência.¹⁷

Veja-se, portanto, que virada proporcionou a LEP, nesse ponto, com as alterações introduzidas no ano de 2010, através da Lei nº 12.313. À Defensoria Pública delegou-se a exclusividade na prestação da assistência jurídica integral e gratuita, dentro e fora dos estabelecimentos penais, para tanto lhe alçando à condição de órgão da execução, portanto, inserindo-lhe na organização penitenciária, para, ao lado do juízo da execução, velar pela regular execução da pena e da medida de segurança,

¹⁵ Ibidem, p. 6.

¹⁶ Cf. Relatório da CPI do Sistema Carcerário. Brasil. Câmara dos Deputados. 2009. Disponível em: <bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/.../2701/cpi_sistema_carcerario.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2013.

¹⁷ Ibidem, p. 6.

oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva.¹⁸

Sinale-se que a referida legislação, inclusive, atribui à Defensoria Pública maiores incumbências do que ao Ministério Público, aferindo-lhe rol muito mais ampliativo do que aquele destinado ao órgão de acusação, o qual, diga-se, não se considera como taxativo. A lei impõe à Defensoria Pública a obrigatoriedade de requerer a interdição do estabelecimento prisional, no todo, ou, em parte, se assim o demandar, diferentemente do que prevê em relação ao Ministério Público, determinando, ainda, a realização de visitas periódicas aos estabelecimentos prisionais, como forma, de evidente controle da regular (ou não) execução da pena.¹⁹

Com toda a evidência a inserção da Defensoria Pública na Lei de Execução Penal, acompanha a sua própria evolução enquanto instituição, o que se revela através da CF de 1988 e das Leis Complementares nºs 80/94 e 132/09.²⁰

Nesse interim, ousa-se dizer, portanto, que o Defensor Público é obrigatoriamente, por força constitucional, convencional e legal, agente desencarcerizador, pois cada vez que consegue evitar o encaminhamento de uma pessoa ao cárcere, ou, cada vez que possibilita a soltura de uma pessoa, cumpre e efetiva o mandamento constitucional que lhe foi confiado, rompendo com a lógica perversa desse sistema de imposição de dor.

3. O porquê da adoção da Teoria Agnóstica da Pena

Por primeiro, é bom que se diga, conforme aduz Carvalho,²¹ que as teorias de fundamentação das penas operam como discursos de racionalização do poder

¹⁸ Ibidem, p. 6.

¹⁹ Ibidem, p. 6.

²⁰ Ibidem, p. 6.

soberano, sobretudo porque o monopólio da coação legítima representa uma das principais conquistas da modernidade, se transformando, assim, o Estado na única fonte do 'direito' à violência, uma vez que a pena apresenta-se como um ato de violência programado pelo poder político e racionalizado pelo saber jurídico. E é dessa forma, portanto, que os discursos jurídicos de justificação da pena, sejam eles absolutos ou relativos, invariavelmente irão pretender naturalizar as consequências perversas e negativas da pena como realidade concreta.²²

Outrossim, cabe atentar para a falência dos discursos então dados a fundamentar a pena. É que as teorias absolutas da pena ou retributivistas sustentam-se no modelo iluminista do contrato social, sendo o delito, dessa forma, percebido como uma ruptura com a obrigação contratual, revelando-se a pena uma indenização pelo mal praticado.²³ Entretanto, a bem da verdade, verifica-se que as chamadas teorias absolutas ou retributivas da pena para além de não constituírem uma justificação da pena em si mesma, conforme Zaffaroni citado por Carvalho,²⁴ elas acabam por estabelecer a estruturação da pena na vingança (o que para Carvalho seria questionável, mormente se lançarmos a pergunta se estaria o Estado autorizado a se vingar da pessoa humana, através do castigo imposto pela pena, em nome de um delito que gerou agressão a outrem), estando, por isso mesmo, ainda nas palavras de Zaffaroni, a serviço apenas da defesa social, tornando-se empiricamente impossível a demonstração do seu êxito, carecendo, assim, de cientificidade, por certo.

No que diz respeito às chamadas teorias relativas, embora também tenham a pena por um mal necessário, distinguem-se das demais, haja vista

²¹ CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

²² CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

²³ CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

assentarem a necessidade da pena na inibição da prática de novos fatos delitivos, dividindo-se em prevenção geral e especial.²⁵ A chamada prevenção geral negativa estabelece-se na dissuasão, pretendendo a intimidação dos indivíduos através da pena, o que, também, empiricamente não consegue ser demonstrado, a não ser, conforme expõe Carvalho,²⁶ nos estados de terror, com penas cruéis e indiscriminadas.

Por outro lado, a prevenção especial positiva se centrará no indivíduo na tentativa de obtenção da sua reforma moral, revelando à pena um caráter de bondade, como se se tratasse de um remédio a curar todos os males criminosos. Daí então advindo às políticas (re): ressocialização, reinserção, reeducação e outras. E é dessa forma que Carvalho²⁷ vai fazer referência a um conjunto de abordagens críticas, no que tange à prevenção especial positiva, seja no âmbito jurídico-normativo, relacionado aos fundamentos da prevenção em si e à inadequação dos seus postulados na estrutura de um direito penal de garantias moldado pela Constituição Federal; seja no âmbito criminológico, acerca da incapacidade de o modelo correcionalista e de a instituição carcerária preservarem minimamente os direitos humanos dos condenados e cumprirem a finalidade ressocializadora.

Dessa feita, é que a tão propalada e harmônica integração social do condenado, estabelecida na nossa lei de execução penal, já de saída se contradiz com a sua própria segregação, haja vista não se visualizar uma possível integração social mediante o isolamento total do indivíduo, que se dá ao menos durante o regime fechado de cumprimento de pena (até por que não podemos considerar o convívio com os demais presos como forma de inserção social, haja vista os efeitos apontados pela

²⁴ CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão. Causas e Alternativas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

²⁶ CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

criminologia oriundos da prisionização,²⁸ sendo um deles a formação de um sistema social próprio e diverso daquele produzido ‘extramuros’).

Ainda assim, vale acentuar que o tratamento preventivo-especial imposto ao condenado, para além de fundar a execução penal numa lógica psiquiátrica, por não apresentar acordo sobre o conteúdo das metas de ressocialização, prolifera instrumentos de controle moral,²⁹ referendando um verdadeiro direito penal do autor, vedado pela ótica constitucionalista, no que tange a preservação dos direitos fundamentais.

Entretanto, os dados de encarceramento atuais, aliados às condições estruturais dos estabelecimentos prisionais, dão conta da total impossibilidade de concreção dos objetivos da execução criminal (no caso aqueles estabelecidos na Lei de Execução Penal, em seu artigo 1º), independentemente do fato de se aliar a qualquer das chamadas teorias da pena, ou, de se ter presente demonstração por parte da criminologia crítica, no sentido da incapacidade de as instituições punitivas preservarem minimamente os direitos das pessoas encarceradas,³⁰ até por que na ótica de Goffman,³¹ efeito da prisionização é a mortificação do eu.

Neste sentido, parece correto Carvalho³² identificar, assentado em David Sánchez Rubio, um processo de inversão ou reversão ideológica dos direitos humanos que consiste na implementação de técnicas de garantia dos direitos humanos que, em sua instrumentalização, viola direitos humanos.

²⁷ CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão. Causas e Alternativas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

²⁹ CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁰ CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

³¹ GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. 7ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

³² CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

Valendo, assim, transcrever as suas palavras, quando diz: *“Em relação ao poder punitivo, este procedimento de inversão do significado de tutela dos direitos humanos fica bastante nítido se for possível “reconhecer que a pena sempre possuiu o caráter de um mal, ainda que se queira impor a favor do condenado”.* ³³

A partir desse contexto, portanto, é que Zaffaroni irá propor uma leitura agnóstica da pena, pois toda vez que dou um fundamento à pena, o que acaba ocorrendo é a legitimação e a potencialização de componentes arbitrários, em detrimento do Estado de Direito, na medida em que essa fundamentação se traduz em mera racionalização do poder punitivo que sempre se tangencia a exacerbação, daí a visão do Direito Penal como um dique.³⁴

De acordo com Amaral e Gloeckner (2013), uma teoria agnóstica da pena surge, sobretudo, do fracasso retumbante de suas teorias positivas, razão pela qual aposta num conceito ampliado de pena, condizente ao princípio da limitação do poder punitivo, pelo caminho diverso das funções, na medida em que não lhe concede uma função positiva e, por outro, é agnóstico, pois confessa não conhecê-la.

Também, Carvalho (2013) aponta para o fato de que Zaffaroni entende ser absolutamente dispensável qualquer teoria da pena, visualizando a possibilidade de reconstruir o Direito Penal com a precípua finalidade de redução da violência do exercício do poder punitivo, pois, na medida em que enxerga a pena como mero ato de poder político, alicerçado em Tobias Barreto, credita ao Direito Penal a possibilidade de contenção do arbítrio do poder punitivo, eis que entendida a pena como realidade

³³ CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. **Criminologia e(m) crítica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.

política, ainda com Carvalho (2013), não encontra esta sustentação no direito, pelo contrário, simboliza a própria negação do jurídico.

Mais adiante, Carvalho (2013) vai revelar que a nossa Constituição Federal adota a perspectiva agnóstica, na medida em que não traz no seu bojo qualquer referência à justificativa da pena, apenas delimitando os seus meios e formas. Seria a teoria agnóstica da pena, então, mais uma promessa constitucional? E não estaria o Defensor Público, nesse âmbito, vinculado a sua adoção? Vejamos.

4. Teoria Agnóstica da Pena e Redução de Danos: Imposição à Defensoria Pública como agente desencarcerizador

Tendo em vista a posição constitucional conferida à Defensoria Pública no sistema de justiça criminal, bem como diante os objetivos travados pela LC nº 80/90, de primazia da dignidade da pessoa humana, redução das desigualdades sociais, afirmação do Estado Democrático de Direito, entre outros, e, levando-se em conta, ainda, os efeitos perversos produzidos pelo encarceramento, abundante e excessivo, em solo brasileiro, não temos nenhum receio em afirmar que se impõe à Defensoria Pública e aos seus órgãos de execução, os Defensores Públicos, um papel de agente de desencarcerização, o que, em parte, entendemos possível por meio da adoção dos propósitos da teoria agnóstica da pena, a qual já se anunciou acima.

Não só por essa teoria se traduzir em uma promessa constitucional, como bem acentua Carvalho (2013), na medida em que a Constituição Federal de 1988 não se alicerça em nenhuma teoria da pena, agnosticamente apenas instituindo os meios e as formas de pena, tendo por fundamento da República Federativa do Brasil, no entanto, em seu art. 1º, a dignidade da pessoa humana; mas, também, ainda com

Carvalho (2013), porque reduzir o sofrimento seria a única justificativa válida para a atuação dos operadores do direito, quanto mais dos Defensores Públicos (vide os objetivos da Defensoria Pública), nas atuais condições em que a punição é exercida, principalmente na realidade latino-americana.

Negar os fins meramente racionalizadores dados à pena, é apenas um início na assunção de uma tomada de posição que vê e percebe os nefastos efeitos que o cárcere produz na pessoa humana e a falência declarada dos objetivos então ditos de 'ressocialização', buscando, assim, reduzir violência e dor, através da busca de outros meios de punição que não a privação de liberdade e também de alternativas que possibilitem o menor contato possível da pessoa humana com esse meio.

Por isso que a teoria agnóstica remonta a construção de um novo conceito de culpabilidade; ao abandono do recurso à ficção jurídica do livre-arbítrio; às funções da pena; à relação entre a função negativa da pena e o minimalismo penal (não se quer eliminar a pena, mas fazer com que produza o mínimo de sofrimento); ao deslocamento do centro de discussão da teoria da pena dos fins aos meios; bem como ao filtro dos institutos jurídico-penais existentes no ordenamento jurídico, que encontram legitimidade amparada em algumas funções da pena, como a possibilidade de fixar pena-base tendo como sustentáculo a personalidade e a conduta social, entre outros (GLOECKNER e AMARAL, 2013).

Aderir aos seus propósitos, portanto, impõe ao Defensor Público um novo olhar no controle da aplicação da pena, dos bens jurídicos tutelados, do decreto de prisão provisória, da condução da execução penal, da audiência de custódia, já

instaurada em alguns estados, entre outros tantos institutos do direito penal, processo penal e execução penal.

5. Conclusão

A adoção da teoria agnóstica da pena por parte dos Defensores Públicos encontra amparo na Constituição Federal e na LC nº 80/94. Documentos estes que impõe à Defensoria Pública, por meio dos seus órgãos de execução, um papel de agentes desencarcerizadores, quanto mais se na busca pela efetivação da dignidade da pessoa humana e da redução das desigualdades sociais.

Se se vê a Defensoria Pública como metagarantia, impõe-se a efetivação de uma promessa constitucional que é a preservação da vida, da dignidade da pessoa humana, por meio da vedação de penas cruéis, desumanas e degradantes.

Se Zaffaroni tem razão que o sistema penal latino-americano constitui-se em um genocídio em andamento, cumpre ao Defensor Público mais do que a ninguém, ser agente redutor de sofrimento e não revalidador de violência. Devemos romper com a lógica do sistema punitivo e não ser apenas mais um instrumento na sua engrenagem, abandonar os fundamentos clássicos da pena é um início, agora, imaginemos se todos os Defensores Públicos fossem agnósticos da pena?

6. Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão. Causas e Alternativas.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. [Constituição, 1988]. **Constituição Federal de 1988.** São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Código de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Código Penal.** São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Lei Complementar n. 80/94.**

_____. **Lei Complementar n. 132/09.**

_____. **Lei nº 7.210/84.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 ago. e 23 set. 2013.

_____. Câmara dos Deputados. 2009. Relatório da CPI do Sistema Carcerário. Disponível em: <bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/.../2701/cpi_sistema_carcerario.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2013.

_____. Ministério da Justiça. **3º Diagnóstico Defensoria Pública do Brasil.** Brasília, 2009.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.090/2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 05 set. 2013.

CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. **Os Direitos Humanos na Execução Penal e o Papel da Organização dos Estados Americanos (OEA). Presídio Central de Porto Alegre, Masmorra do Século XXI.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

DE SOUSA, José Augusto Garcia (Coord.). **Uma Nova Defensoria Pública Pede Passagem. Reflexões sobre a Lei Complementar 132/09.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Antimanual de Criminologia.** São Paulo: Saraiva, 2013.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. **Criminologia e(m) crítica.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos.** 7ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

LEAL, César Barros. **Prisão Crepúsculo de uma era.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

MAFFEZOLI, Antonio. **A atuação da Defensoria Pública na Promoção e Defesa dos Direitos Humanos e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Execução Criminal Teoria e Prática.** 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PRISION STUDIES. Disponível em: <<http://www.prisionstudies.org>>. Acesso em: 18 jul. 2015.

ROCHA, Amélia Soares da. **Defensoria Pública. Fundamentos, Organização e Funcionamento.** São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Fábio Luís Mariani de. **A Defensoria Pública e o Acesso à Justiça Penal.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas.** Rio de Janeiro: Revan, 1991.