

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPEDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPEDES” DE MARÍLIA - UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

SIMONE DORETO CAMPANARI

**PENAS ALTERNATIVAS NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE DE SUAS BASES DE LEGITIMAÇÃO E DE
SEUS PRINCÍPIOS CONSTITUTIVOS EM FACE DAS
PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE**

MARÍLIA
2007

SIMONE DORETO CAMPANARI

PENAS ALTERNATIVAS NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE DE SUAS BASES DE LEGITIMAÇÃO E DE
SEUS PRINCÍPIOS CONSTITUTIVOS EM FACE DAS
PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em
Direito do Centro Universitário Eurípedes de Marília,
mantido pela Fundação de Ensino Eurípedes Soares da
Rocha, para obtenção do título de Mestre em Direito.
(Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Orientador: Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

MARÍLIA
2007

CAMPANARI, Simone Doreto

Penas alternativas no sistema penal brasileiro: uma análise de suas bases de legitimação e de seus princípios constitutivos em face das penas privativas de liberdade / Simone Doreto Campanari; orientador: Edinilson Donisete Machado. Marília, SP: [s.n.], 2007.

139 fls.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília - Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha.

1. Penas alternativas; 2. Penas privativas de liberdade; 3. Legitimação e princípios constitutivos..

CDD: 341.54

SIMONE DORETO CAMPANARI

**PENAS ALTERNATIVAS NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE DE SUAS BASES DE LEGITIMAÇÃO E DE
SEUS PRINCÍPIOS CONSTITUTIVOS EM FACE DAS
PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE**

Banca examinadora da Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da UNIVEM,/ F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

RESULTADO: 9,0 (nove)

ORIENTADOR: Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

1º EXAMINADOR: Profa. Dra. Norma Sueli Padilha

2º EXAMINADOR: Prof. Dr. José Geraldo Alberto Bertoncini Poker

Marília, 22 de março de 2007

Dedico este trabalho aos meus pais, pelas oportunidades que me proporcionaram durante toda a minha existência.

Agradeço a todos aqueles que me incentivaram, que me apoiaram e que acreditaram neste meu trabalho.

Marx afirmou que “a liberdade é a essência do homem” e não há incompatibilidade entre esta fase e outra, que ele escreveu mais tarde, mostrando que a “a essência do homem é o conjunto das relações sociais” isto é, as relações entre as pessoas, dentro dos grupos e classes e na forma que estes modelam. Porque este “ser real” este homem na sociedade – não é apenas um boneco sem vida que as forças sociais movimentam. (...)

Roberto Lyra Filho (1995, p. 81)

CAMPANARI, Simone Doreto. **Penas Alternativas no sistema penal brasileiro: uma análise de suas bases de legitimação e de seus princípios constitutivos em face das penas privativas de liberdade**. 139 fls. Dissertação (Mestrado Direito) - Centro Universitário “Eurípides” de Marília – UNIVEM, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, 2007.

RESUMO

Esta dissertação analisa as penas alternativas e as privativas de liberdade no Brasil, objetivando verificar se ambas são integrantes do mesmo sistema punitivo. Para se chegar à resposta pretendida, a justificação e legitimação do direito penal foram estudadas, a fim de esclarecer o limite de punir do Estado, sendo certo que este deve respeitar e proteger os bens jurídicos garantidos constitucionalmente, caso contrário as ações opressoras e desprovidas de critério de lesividade real se legitimam, surgindo como resultante a aplicação demasiada da pena privativa de liberdade, que, além de sua ineficácia quanto ao fim ressocializador declarado da pena, agride direitos fundamentais da pessoa humana, ocasionando males praticamente irreparáveis, como os declinados neste trabalho quanto a função retributiva da pena, alicerçada na prisão, no poder disciplinar nela exercido. Neste contexto o surgimento das penas alternativas no Brasil foi analisado por meio da legislação penal brasileira anterior e posterior à Reforma do Código Penal de 1984, como os instrumentos internacionais que a precederam, pesquisando-se também as políticas públicas dirigidas à implementação de tais penas. Por fim, com a análise da potencialidade das penas alternativas e seus próprios mecanismos verificou-se que, há mais de 20 anos de sua introdução, seu papel não se difere das penas privativas de liberdade, recaindo, também, sobre bens jurídicos, servindo-se da seletividade, incluindo no sistema punitivo uma nova clientela, diferenciada daquela levada ao aprisionamento.

Palavras Chave: Penas alternativas; Penas privativas de liberdade; Legitimação e princípios constitutivos.

CAMPANARI, Simone Doreto. **Penas Alternativas no sistema penal brasileiro: uma análise de suas bases de legitimação e de seus princípios constitutivos em face das penas privativas de liberdade**. 139 fls. Dissertação (Mestrado Direito) - Centro Universitário “Eurípides” de Marília – UNIVEM, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, 2007.

ABSTRACT

This dissertation analyzes the alternative penalty and the private of liberty in Brazil, planning verify itself both integral saints of the punitive same system. For it arrive to the answer intended, the justification and legitimation of the penal right were studied, in order to clear the limit of punish of the State, being correctly that this should respect and protect the legal property guaranteed constitutionally, otherwise the actions oppressors and without criterion powerful injurious real itself legitimize, arising like resultant the application exaggerated of hardly private of liberty, that, beyond its to reeducate declared of hardly, attack fundamental rights of the human person, causing males practically irreparable, as them declined in this work as regards function the rendition of hardly, consolidated in the prison, in the power discipline in him exercised. In this context the sprouting of the alternative penalty in Brazil was analyzed by means of the penal legislation previous Brazilian and after the Reform of the Penal Code of 1984, as the international instruments that it preceded, researching itself also the public politics driven to the implementation of such penalty. Finally, with the analysis of the potential of the alternative penalty and his own mechanisms verified itself that, there is more of 20 years of its introduction, its paper does not differ of the of the private penalty of liberty, relapsing, also, about legal property, serving itself of the selectivity, including in the punitive system a new clientele, differentiated of that caused to the imprisonment.

Keywords: Alternative penalty; Private penalty of liberty; Legitimation and beginnings constituents.

CAMPANARI, Simone Doreto. **Penas Alternativas no sistema penal brasileiro: uma análise de suas bases de legitimação e de seus princípios constitutivos em face das penas privativas de liberdade.** 139 fls. Dissertação (Mestrado Direito) - Centro Universitário “Eurípides” de Marília – UNIVEM, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, 2007.

RESUMEN

Esta disertación analiza la pena alternativa y el privados de la libertad en el Brasil, planeando se verifican ambos integrales del punitivo el mismo sistema. Para él llegan a respuesta previsto, justificación y legitimación de penal el derecha eran estudiado, para despejar límite de castigan de estado, siendo correctamente que esto debe respetar y proteger legal característica garantizado constitucional, si no acción opresor y sin criterio de gran alcance perjudicial verdadero sí mismo legitima, presentándose como resultado el uso exageró de apenas privado de la libertad, que, más allá de su a reeducar declaró de apenas, el derecho fundamental del ataque de la persona humana, causando a los varones prácticamente irremediables, como ellos disminuyó en este trabajo en lo que concierne a la función la interpretación de apenas, consolidada en la prisión, en la disciplina de la energía en él ejerció. En este contexto el brote de la pena alternativa en el Brasil era analizado por medio del brasileño anterior de la legislación penal y después de la reforma del código penal de 1984, como los instrumentos internacionales que precedió, investigando sí mismo también la política pública conducida a la puesta en práctica de tal pena. Finalmente, con el análisis del potencial de la pena alternativa y sus propios mecanismos se verificó eso, allí es más de 20 años de su introducción, su papel no diferencia del de la pena privada de la libertad, recayendo, también, sobre característica legal, sirviéndose de la selectividad, incluyendo en el sistema punitivo a una nueva clientela, distinguida de ésa causada al encarcelamiento.

Palabras-Clave: Sanzione penale alternativa; Sanzione penale privata della libertà; Legittimazione e costituente degli inizi.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| INTRODUÇÃO..... | 11 |
| | |
| CAPÍTULO I FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL | 16 |
| 1.1 Justificação do Direito Penal | 20 |
| 1.2 Limite de Punir e a Constituição Federal | 23 |
| 1.3 Reação Punitiva | 24 |
| 1.4 Teorias Reducionistas e Abolicionistas do Direito Penal..... | 27 |
| | |
| CAPÍTULO II FUNÇÃO RETRIBUTIVA DA PENA | 39 |
| 2.1 Prisão | 43 |
| 2.2 Poder Disciplinar | 46 |
| 2.3 Instituições Totais..... | 55 |
| 2.4 Vida do Apenado..... | 58 |
| | |
| CAPÍTULO III LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA | 69 |
| 3.1 Antecedentes à Reforma da Parte Geral do Código Penal | 70 |
| 3.2 A Reforma | 82 |
| 3.3 Penas na Reforma | 86 |
| 3.4 Efetivação dos Objetivos da Reforma | 96 |
| | |
| CAPÍTULO IV PENAS ALTERNATIVAS | 98 |
| 4.1 Base de Legitimação..... | 98 |
| 4.2 Implementação | 102 |
| 4.3 Princípios Constitutivos..... | 107 |
| 4.4 Potencialidade..... | 112 |
| | |
| CONCLUSÃO..... | 127 |
| | |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 133 |

INTRODUÇÃO

O crescimento da criminalidade e da violência é alarmante em face do caos em que se encontra o sistema prisional brasileiro, gerando imensurável insegurança ao cidadão, levando-o aprisionamento no mundo que se diz livre. A ineficácia dos aparatos punitivos estatais, bem como os da legislação penal não combatem o crime e, muito menos o previne.

Esta temática, frente à inquietude que proporciona, necessita de soluções efetivas, por isso a pretensão de analisar as denominadas penas alternativas.

Em face do questionamento sobre as soluções possíveis para ao menos amenizar este crítico problema que representa o sistema prisional, valeu-se, primeiramente, da pesquisa dos fundamentos e da legitimação do direito penal, na busca de vislumbrar os limites do poder de punir do Estado e, conseqüentemente, verificar se tais limites são respeitados, tendo em vista que a resposta, na grande maioria das vezes, às condutas tidas como delituosas é realizada por meio da pena privativa de liberdade, que se apresenta distanciada da prolatada finalidade da pena, a ressocialização do apenado.

Num segundo momento a presente pesquisa se ateve à instituição total mais contundente, a prisão, sendo seus males e sua ineficácia dissertados frente à criminalidade e à violência, cada vez mais potencializadas no Brasil.

Para subsidiar o estudo, a história da legislação penal brasileira foi delineada, com ênfase na legislação que introduziu as chamadas penas alternativas no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste ponto, após o estudo do direito penal e da pena privativa de liberdade, é que se partiu para as bases de legitimação e dos princípios constitutivos das penas alternativas, na perspectiva de se buscar a resposta, qual seja, se penas alternativas constituem-se como

verdadeiras alternativas à problemática do sistema penal brasileiro, ou se situam como integrantes do atual sistema penal brasileiro.

Sob tal perspectiva, a tarefa foi desenvolvida tendo por base a pesquisa bibliográfica e jornalística, com recortes de jornais e revistas nacionais, aliando-se também ao meio eletrônico, especificamente à *internet*. Procurou-se, sempre que possível, compor o texto com questões atuais e estatísticas nacionais, com a intenção de proporcionar maior compreensão e o despertar dos leitores para as questões apresentadas.

A abordagem do problema desenvolveu-se em quatro capítulos, a saber:

No primeiro capítulo foram abordados os fundamentos e a legitimação do Direito Penal, tratou-se da vida em sociedade e do papel do Estado em gerir as normas penais frente aos bens jurídicos valiosos a serem protegidos, procedendo-se à distinção entre direito e moral e à compreensão da racionalidade do Direito Penal.

Foram explanadas, também, as idéias centrais da Justiça Restaurativa, do Direito Penal Mínimo e do Abolicionismo Penal, acompanhadas por comentários conclusivos.

A função retributiva da pena foi abordada no capítulo segundo por meio da análise histórica da influência penitencial canônica da Idade Média, das transformações ocorridas fundadas em novas finalidades da pena no Iluminismo, no predomínio do pensamento positivista do final do século XIX e início do século XX e, por fim nos dias atuais, levantando-se a questão das causas da criminalidade e da exclusão, especialmente no Brasil; por conseguinte, foram estudadas as teorias da prevenção especial punitiva, da prevenção geral negativa, da prevenção geral positiva e as teorias unificadas da pena criminal, com o objetivo de averiguar a prolatada ressocialização do apenado na legislação penal brasileira.

Dentro desta temática do fim da pena, passou-se ao estudo da prisão a partir do século XVIII, período marcado pelas transformações punitivas. Neste contexto, o estudo passou a ser focado no poder disciplinar, com suas técnicas e sucessos e sobre modelo

arquitetônico panóptico estruturado na vigilância e na observação. Compendo-se tais temas, as instituições totais foram abordadas, notadamente a prisão e a vida dos encarcerados.

No terceiro capítulo deste trabalho, após os apontamentos sobre a fundamentação do direito penal, do fim da pena, da prisão e dos condenados à pena privativa de liberdade, foi realizada a análise histórica da legislação penal brasileira, enfatizando-se o antes e o depois da Reforma do Código Penal de 1984, tendo em vista a introdução das penas alternativas no ordenamento jurídico brasileiro. Com amplitude, cuidou-se das penas na legislação penal do Brasil, seu dicotomismo, seus regimes, duração, das modalidades de prisão distintas da pena, da pena de morte, da extinção das penas acessórias, fixando-se nas penas principais: privativas de liberdade (reclusão e detenção) e as restritivas de direito (prestação de serviços à comunidade, interdição temporárias de direitos, limitação de fim de semana e a multa); também, foram abordados a culpabilidade como critério individualizador da pena, e o papel dos estabelecimentos penais, inclusive os presídios federais, entre outros temas que demonstram as mudanças ocasionadas pela Reforma de 1984.

Compreendendo-se o novo paradigma proposto com a Reforma da Parte Geral do Código Penal, acompanhado no momento histórico da época, foi verificada a eficácia de seus objetivos, especialmente no que tange a restrição à pena privativa de liberdade, com as alternativas a ela previstas.

No quarto capítulo, o estudo partiu para a análise das penas alternativas e sua base de legitimação, com precedentes de instrumentos internacionais, históricos e legais nacionais, inclusive a Constituição Federal de 1988 com suas garantias no âmbito do direito penal, assim como seus desdobramentos. Tratou-se, também, do episódio catastrófico ocorrido no estado de São Paulo em maio de 2006, os ataques da organização criminosa denominada Primeiro Comando da Capital (PCC), que veio a impulsionar a criação da Coordenação Geral de Fomento ao Programa de Penas e Medidas Alternativas (CGPMA) no âmbito do

Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), sendo esta a mais recente estrutura criada pelo governo federal direcionada à implementação das penas alternativas no Brasil.

Como já referido, precedeu o estudo ao maior detalhamento da Lei das Penas Alternativas que veio a instituir novas modalidades de penas alternativas na legislação pátria.

Discutiu-se por fim a potencialidade das penas alternativas, com o estudo de seus propósitos quanto à diminuição da população carcerária, redução de custos, ressocialização do apenado pelas vias alternativas, redução da reincidência e preservação dos interesses da vítima. Discorreu-se, também, sobre questões problemáticas brasileiras, relativas a legislação penal, ao aparelhamento penal e aspectos culturais envolvidos; o caráter subsidiário das penas alternativas e os requisitos objetivos e subjetivos legais para a sua aplicabilidade; a ampliação dos poderes dos magistrados; a existência de política criminal una, entretanto composta de dois subsistemas penais diferenciados, propulsores da seletividade; a falta de integração entre os poderes constituídos e entre esses e a sociedade; a insegurança pública; dificuldades socioeconômicas da maioria da população; as causas da criminalidade e da não prevenção do crime; o isolamento das pessoas nas cidades proporcionando mercados direcionados à indústria do crime.

Observou-se os tipos de penas alternativas existentes no ordenamento jurídico brasileiro e a respeitabilidade dos bens jurídicos valiosos, conforme estudados no primeiro capítulo desta dissertação. Após tais análises que inevitavelmente refletem sobre o fim da pena, finalmente, buscou-se a verificação da finalidade ressocializadora da pena em substituição à retributista no intuito de questionar a ocorrência de mudança substancial nos mecanismos punitivos.

O conteúdo dos capítulos elaborados neste trabalho fez-se satisfatório para a obtenção da resposta pretendida à problemática pesquisada. Ou seja, diante da falência da finalidade da pena privativa de liberdade, são as penas alternativas eficazes para restringir a

aplicabilidade da pena de prisão, atendendo assim aos anseios da ressocialização do apenado, ou são ambas complementares, integrantes do mesmo sistema penal opressor?

CAPÍTULO I - FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL

Levando-se em conta que a vida em sociedade pressupõe a existência de normas capazes de ordenar as relações entre as pessoas e entre essas e o próprio Estado, o Direito Penal se apresenta como um importante e talvez o principal meio de regulação social e representa, num determinado momento histórico e num contextualizado modelo de Estado Democrático, os anseios de uma sociedade que valora determinados entes (vida, liberdade, etc.) e interessa-se na tutela de bens que, se objeto de proteção pela ordem jurídica, alcançam a condição de bens jurídicos.

O direito penal é legislado (ou deveria ser) para cumprir funções concretas dentro de e para uma sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira. Nesse sentido, é o Estado Moderno (que veio a limitar os poderes do Estado) que fez frente ao Estado Absolutista, garantindo os direitos essenciais do homem, de modo a tornar a relação homem e Estado, uma relação de meio e fim.

As principais características do Estado absolutista elencadas por Bitencourt (2002) eram as seguintes: 1) a identidade entre o Estado e o rei; 2) entre o rei e a divindade (religião); 3) entre o direito e a moral. O rei personificava a figura divina. Qualquer crime era considerado um ataque ao poder do soberano e, conseqüentemente, à vontade divina. A idéia que se tinha de pena era a de ser um castigo por meio do qual se expiava a culpa do mal cometido. Quem se rebelava contra o soberano ao mesmo tempo rebelava-se contra o próprio Deus. A sociedade medieval viveu sob um sistema de terror e insegurança. As torturas e as penas cruéis evidenciam a não caracterização dos princípios da dignidade da pessoa humana e da legalidade. Com o Estado moderno isso tudo mudou. As maiores reações ao “sistema penal do terror” vão se mostrar na segunda metade do século XVIII. O grande marco para o pensamento de um novo Direito Penal, não mais pautado pelo arbítrio e pela crueldade, se dá

em 1764 com a publicação da obra “Dos Delitos e das Penas” pelo Marquês de Beccaria, Cesare Bonesana. Pode-se afirmar três grandes eixos para o pensamento de Beccaria: a defesa da legalidade, da proporcionalidade e do utilitarismo.

A obra de Beccaria introduz uma dimensão reconstrutora visando passar do regime de arbitrariedade do príncipe a um processo de estrita legalidade onde se evite a incerteza da punição ao mesmo tempo em que se desejava transformar a pena num instrumento de humanização. Por isso a exigência de legalidade: *nullun crimen nulla poena sine lege*.

Ao Estado Moderno, portanto, cabe a obediência aos limites racionais, entendidos como o valor da pessoa humana, sobre os quais foi criado e que justificam todo o seu poder.

Dessa forma, tanto o Estado como o Direito só se justificam se suas funções de tutela se derem em face dos cidadãos. Em outras palavras, o Estado e o Direito não se autojustificam. Forma-se então a base utilitarista do Estado e do Direito.

Nesse paradigma, o Estado tem de limitar seu poder, não interferir nas esferas de liberdade da pessoa humana, muitas delas constitutivas do próprio ser, caso contrário poderá violar a dignidade humana, atentando contra bens que tem o dever de proteger. Não se deve admitir que o Estado imponha personalidades ao homem, prescrevendo valores morais a ponto de fazer incidir penas, considerando criminoso os que não os seguirem. Traçou-se, então, a distinção entre o direito e a moral.

Ferrojoli (1997, p.175) explana com propriedade sobre essa distinção:

Não possui a função de reproduzir os ditames da moral ou de qualquer outro sistema metajurídico – divino, natural ou racional- ou ainda de valores ético-políticos, sendo, somente, o produto de convenções legais não predeterminadas ontologicamente nem mesmo axiologicamente. Ainda no mesmo diapasão, tal doutrina, formulada em sentido inverso, exprime a autonomia da moral em relação ao direito positivo, bem como de qualquer outro tipo de prescrição heterônoma e de sua conseqüente concepção individualista e relativista. Os preceitos e os juízos morais, segundo tal convicção não se baseiam nem no direito e tampouco em qualquer outro sistema positivo de normas- religiosas, ou sociais, ou de qualquer outro modo objetivas, - mas, apenas e tão somente, na autonomia da consciência individual. Ambas as teses supra mencionas constituem uma aquisição

basilar da civilização liberal, além de refletirem o processo do meio do qual, no início da Idade Moderna, tornaram-se laicos tanto o direito como a moral, desvinculando-se, enquanto esferas distintas e separadas, de qualquer liame com supostas ontologias de valores.

Ainda, segundo esta concepção laica e liberal, o Estado e o Direito, não possui e nem representa valores enquanto tais, e tampouco deve ter fins morais desvincilhados dos interesses das pessoas ou construir fins em si próprios, justificando-se somente, por meio do intento da perseguição dos objetivos de utilidade concreta em favor dos cidadãos, e, especialmente, de garantir-lhes os direitos e a segurança. Transcorrendo sob esta segunda formulação, segue o seguinte trecho:

A autonomia do direito em relação à moral é uma conquista do *utilitarismo jurídico iluminista*, equivalente a um princípio metajurídico, que como tal, não é verdadeiro e nem falso, e que enuncia um “dever ser” do direito e do Estado, impondo-lhes o ônus da justificação das finalidades utilitaristas externas aos mesmos. Precisamente, tal princípio exige que a imoralidade seja considerada como uma condição necessária, mas jamais por si só suficiente, para justificar politicamente a intervenção coercitiva do estado na vida dos cidadãos (FERRAJOLI, 1997, p. 178).

A necessidade da separação entre o direito e a moral justifica-se porque: quanto à subordinação do direito à moral há grande discricionariedade entregue ao poder público, dessa maneira o homem estará entregue a subjetividade da autoridade, ficando em segundo plano as garantias penais; quanto à subordinação da moral ao direito, reflete a indiferença quanto ao conteúdo da lei penal, seja ela bastante aberta, indeterminada, pois ela será sempre legitimada frente à moral. Em ambas subordinações a vulnerabilidade das garantias se apresentará e a justificação de qualquer regime se firmará, inclusive nos mais autoritários, que ignoram a função de tutela da pessoa humana.

Certa é a separação entre o direito e a moral, entretanto, não há de se olvidar a comunicabilidade precisa entre eles. É a moral fonte de legitimação externa do direito. Caso não houvesse esse vínculo axiológico (externo) com a realidade social, ter-se-ia a lei valorada

por ela própria, independentemente de seu conteúdo, esta constatação, principalmente no que concerne ao direito penal, poderia levar a resultados flagelantes, pois tem o direito penal base ontológica que acaba por criar os criminosos como seres anormais, inimigos. Ao mesmo tempo, o Estado utilizando-se de todo aparelhamento penal, para combater esta “anormalidade”, não se subtrairia na inobservância dos limites à sua atuação.

Portanto, a moral e o direito devem ser encarados como entes autônomos, mas que são inter-recorrentes, pois, o direito parte do ordenamento jurídico, conseqüentemente, parte do sistema interno de justificação do poder, prescinde de uma justificação externa (a moral). Não significa, destarte, que o direito penal imponha a moral, mas, sim, que somente impeça o cometimento de ações danosas a terceiros.

Coaduna-se com essas reflexões Ferrajoli (2002, p. 208-209) ao salientar que:

(...) a legitimação externa da pena seja separada da sua legitimação interna, isto é, seja assegurada a separação entre direito e moral que impede a autolegitimação do primeiro prescindindo dos seus conteúdos; Seja possível responder, além da pergunta ‘por que punir?’ à pergunta que lhe é prejudicial ‘por que proibir?’, a qual, evidentemente, desloca tanto a pena como as proibições em si consideradas para finalidades externas.

Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 369) ao tratarem das condições de “efetividade do direito penal”, também asseguram a necessidade da distinção entre direito da moral, aduzindo:

Quando a consciência chama com angústia e o chamado não é ouvido, foge-se permanecendo no inautêntico, no impessoal, no “se” (do “se” diz, “se” faz, “ se” pensa, etc), foge-se da liberdade e isto é o oposto da moral, é o vício, é o existir inautêntico em forma pejorativa. A permanência do inautêntico não é imoral enquanto não se sinta o chamado da angústia. Nem tampouco todos os atos que não afetam bens jurídicos são atos autênticos. Daí que o âmbito do lícito e do imoral não coincidam. O direito penal ao tratar de facilitar a liberdade mediante a garantia externa de disponibilidade de certos entes, é possibilitador da moral, mas precisamente por isto é também possibilitador do imoral. Nesse sentido, é altamente esclarecedora a afirmação de Radbruch de que o direito é moral, por ser a possibilidade do imoral.

Há uma crença no Direito Penal de que toda a transgressão é praticada por desvio moral. O indivíduo transgredir a norma por não acreditar no valor da norma - ele será

penalizado para ser convencido da importância da norma - quando a desigualdade social obriga as pessoas à criminalidade.

A utilização do Direito penal deve se restringir à tutela de bens jurídicos, não estando, assim, legitimado a atuar quando se trata da tutela da moral, de funções estatais, de ideologia, de dada concepção religiosa, etc. Tal afirmação decorre do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos.

Como delineado, o poder estatal deve estar restringido, limitado, para que não haja arbitrariedade frente aos direitos essenciais do homem; porquanto, a moral deve estar dissociada do direito evitando, assim, que a subjetividade daqueles que detêm poder avilte tais direitos.

No âmbito penal, a limitação que se impõe ao Estado deve ser ainda mais restringida, pelas conseqüências de sua interferência. Na base do direito penal está a finalidade de tutelar uma série de bens e de direitos. No item seguinte, trataremos do “bem jurídico” com relação às questões fundamentais das funções e do limites do direito penal, tendo em vista que esta questão ocupa cada vez mais o centro da atenção na literatura penal.

1.1 Justificação do Direito Penal

A perspectiva social do bem jurídico está presente, com importância e destaque variados, ou ainda que de forma incipiente, em todas as suas formulações teóricas até hoje desenvolvidas.

Vê-se o conceito de bem jurídico como não estático, mas dinâmico, aberto às mudanças sociais e ao avanço científico. Por isso, o seu conceito é mutável de acordo com a evolução do homem, da sociedade e do Estado. Conseqüentemente, há modificação constante

na valoração dos bens jurídicos, de modo a incrementar o movimento de descriminalização e criminalização de condutas e a fixação de penas mais brandas ou mais rigorosas e, ainda, a determinar a utilização de regras processuais diferenciadas conforme a gravidade do delito praticado¹.

Para Zaffaroni (2002, p. 462) o bem jurídico tutelado é “a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegido pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”.

Assim, o Direito Penal define como crime à lesão a um bem jurídico tutelado. Essa proteção ocorre porque o legislador considerou a conduta delitiva não consoante com os interesses comunitários (pois houve uma supervalorização daquele bem jurídico), sendo importante que o bem jurídico fosse protegido de uma forma coercitiva, com o intuito de compelir o criminoso a não agredir o bem de outrem.

Encarando-se que a valoração do bem jurídico tutelado está nas mãos do legislador, o crime se configurará não concretamente pela lesão provocada a um bem, mas, pela afronta à norma valorada pelo legislador. Tal concepção tem assento na concepção formal do bem jurídico, formulada por Karl Binding.

Binding, com o seu acentuado positivismo legal, defendia que pode converter-se em bem jurídico tudo que aos olhos do legislador tem valor como condição para uma vida saudável dos cidadãos. O bem jurídico é sempre bem da coletividade, e somente como bens jurídicos sociais, os objetos dos juízos individuais de valor gozam de proteção jurídica (PASCHOAL, 2003, p. 30).

Já a concepção material do bem jurídico penal, que teve seu precursor Franz Von Lizst, distanciando-se do positivismo exacerbado e, portanto, contrária à concepção formal

¹ São exemplos recentes na legislação brasileira: a Lei dos Crimes Hediondos, a Lei dos Juizados Especiais Criminais e o Código de Trânsito.

acima aludida, localiza os bens dignos de proteção penal numa fase pré-jurídica. Ou seja, antes de o legislador dedicar proteção a certos bens, será o homem integrado à sociedade quem selecionará seus valores mais representativos.

A ênfase entre as duas concepções está com relação ao ilícito. Este, na concepção formal, é representado na transgressão da norma do Estado, ao passo que na concepção material a sua representação está na lesão a um interesse vital, garantido pela norma jurídica.

Ferrajoli (2002, p. 375) quanto à questão da conceituação de bem jurídico, assim se posiciona:

Assim, se para Jhering, Liszt ou Binding o conceito de bem jurídico encerra ainda uma entidade que é tal “aos olhos do legislador”, mas sempre externa ao direito e independente dele, após sucessivas orientações autoritárias. (...) esse conceito acaba por plasmarse sobre a norma jurídica, passando a designar “o fim” ou a *ratio* da lei penal, ou, inclusive, “o direito do Estado às ações ou omissões impostas sob ameaça da pena”, dilatando-se, indefinidamente, até compreender as situações mais vagas de “perigo abstrato” ou “presumido”. Esta concepção idealista de bem jurídico fornece a baseada classificação dos delitos no Código fascista de 1930.

Continua o mestre italiano dizendo que tais delitos elencados no citado Código, como o homicídio, lesões, coações, furtos e outros semelhantes, abriram a possibilidade da análise da apresentação do objeto jurídico tutelado, não a vida, não a integridade pessoal, não a liberdade individual, não a propriedade privada, senão que:

Dando um giro de cento e oitenta graus, identifica-o com o “interesse do Estado na segurança das pessoas físicas, especialmente, na vida humana”, ou na “integridade física” como “interesse do Estado em garantir a liberdade individual na sua forma concreta de liberdade psíquica”, ou com o “interesse público na inviolabilidade dos bens patrimoniais”, etc. Por outro lado, uma vez admitido que o Estado e direito são valores éticos e fins em si mesmos, os conceitos de bem e de dano acabam por identificar-se como o que agrada, ou não, ao soberano. “Todo” delito-escreve, p.ex., Maggiore – “é em definitivo, um delito de felonía, um *crimen laese majestatis*, de forma que a justificação externa identifica-se com a legitimação interna e aconselha a criminalização da ‘mera desobediência’, precisamente por ser desobediência”.

Oportuno ainda neste contexto citar Maggiore (*apud* FERRAJOLI, 1997, p. 411) que sustenta que o Estado ao punir o delinqüente, não o faz para defender-se dele, e, sim, porque o delinqüente, com sua conduta criminosa desobedeceu suas leis, ferindo sua dignidade e autoridade. Acrescenta, ainda, que o delinqüente é punido porque “é antes de tudo um rebelde”.

Da mesma maneira, a redução do delito a *crimen laese majestatis* e o réu como “inimigo” do Estado, adverte Rousseau (*apud* FERRAJOLI, 1997, p. 411):

Ademais, todo malfeitor ao atacar o direito social, transforma-se por seus delitos em rebelde e traidor da pátria; deixa de ser membro dela ao violar suas leis, e até faz-lhe guerra. Então, a conservação do estado é incompatível com a sua: é preciso que um dos dois pereça, e quando se dá morte ao culpado, é menos como cidadão que como inimigo. Os procedimentos, o julgamento, são as provas e a declaração de que rompeu o pacto social e, por conseguinte, de que já não é membro do Estado.

Para a delimitação de bens jurídicos, inicialmente, não se pode esquecer que há certos direitos e liberdades do indivíduo que não poderão estar à disposição do Estado, afastando deste o poder de possível punição. A Constituição Federal de um Estado Democrático encontra-se como basilar e garantidora das normas infraconstitucionais, de forma a dar validade às ações engendradas no sistema penal, tornando-as uniformes e, conseqüente marca a limitação estatal quanto à tutela dos bens jurídicos a serem protegidos.

1.2 Limite de Punir e a Constituição Federal

A Constituição Federal do Brasil elenca direitos e garantias individuais, sociais e políticas. Estão nela assegurados o direito à vida, a inúmeras liberdades, igualdade etc., com status de cláusulas pétreas, ou seja, nem mesmo o Poder Constituinte Derivado poderá suprir estes direitos. A proteção desses direitos é dever de todo sistema jurídico do país,

notadamente no tocante ao direito penal, devido aos bens jurídicos mais relevantes que o sustenta.

Não restam dúvidas de que a Constituição Federal exerce importante papel de limitação da perspectiva social do bem jurídico, estabelecendo os princípios normativos que deverão nortear o legislador penal na tipificação das condutas².

Como se observou neste estudo, o direito penal possui como função primeira, nos ditames de um Estado Democrático de Direito, a proteção de bens jurídicos relevantes, sendo tais emanados da Constituição Federal. Desta maneira não estará o legislador a incriminar condutas pelo fato de assim valorar subjetivamente bens jurídicos.

Se não houver limitação do direito de punir do Estado o direito penal, ao invés da proteção aos bens jurídicos que o legitima, se prestará a ser instrumento de manipulação do poder, distanciando-se de seu fim precípuo, ou melhor, contrapondo-se, ofendendo direitos fundamentais da pessoa humana, servindo-se à seletividade.

Esta constatação possui gravames imensuráveis numa sociedade, pois o aparato repressivo se consubstancia na força do Estado que ao se difundir na esfera individual, impõe sanções que privam a liberdade do homem de maneira tão desumana e cruel que não só a liberdade é aniquilada; aniquila-se também o próprio “eu”, a personalidade do indivíduo: este deixa de decidir e conseqüentemente de existir em sua essência. Mas, antes de adentrar a esta questão nefasta da prisão, como conseqüência da ofensa aos bens jurídicos penalmente tutelados, o estudo se desenrola nos modelos da reação penal de forma a tentar demonstrar qual possui mais racionalidade, se ela que ela existe.

² Veja-se o artigo 5º da Constituição Federal do Brasil nos seus seguintes incisos: XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais; XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

1.3 Reação Punitiva

Como exposto anteriormente, num Estado Democrático de Direito cabe ao direito penal proteger bens jurídicos fundamentais da pessoa humana, delineados na Constituição Federal, limitando a atuação do legislador para que tais bens jurídicos sejam dignos de tutela penal. Legitimado dessa maneira o direito penal vale ressaltar que não se trata de uma novidade, apesar da sua consagração no Iluminismo. A partir da Revolução Francesa, Luisi (1991, p. 310) adverte que “foi na segunda década do século XIX que as normas penais incriminadoras crescem desmedidamente, a ponto de alarmar os penalistas dos mais diferentes parâmetros culturais”.

Não é preciso muito esforço para entender que sem esta limitação a sociedade ficaria vulnerável à repressão penal estatal, o que, inevitavelmente, faria prevalecer o medo e não a segurança, conseqüentemente, o regime da opressão se instauraria.

A afirmativa acima demonstra a ferramenta de fácil utilização garantidora da força do Estado, que é o direito penal, pois, ao privar os direitos individuais serve-se de manobra para a manutenção do poder autoritário, sendo reprodutor da desigualdade social, preservando-a e sedimentando-a. Tanto que o direito penal em estados autoritários possui abrangência significativa, atrofiando em demasia as garantias individuais. Eis, então, a necessidade incontestável de limitar a atuação do direito penal.

Ao se firmar um direito penal repressivo e autoritário, a criminalidade se consubstanciará na ideologia da classe dominante, que intervém decisivamente no poder legislativo, alargando o rol das tutelas penais, com *pseudos bens jurídicos*, na tentativa de justificar e legitimar suas ações opressoras.

Neste modelo a criminalidade se reveste da idealização do Estado exteriorizada no tipo penal, dissociada da efetiva ofensa ao bem jurídico relevante, que poderia legitimar

sanções de natureza penal. Tal afronta arrebatada por completo o alvo, ou seja, “o criminoso”, excluindo-o do convívio social, além dos inúmeros males que a sanção penal desencadeia ao privar a liberdade do indivíduo, tema que será objeto deste estudo.

Mascarando as reais causas dos cometimentos dos crimes, indicando que o problema da criminalidade é todo do direito penal, como ocorre no Brasil, e sendo fato que a criminalidade não diminui, pelo contrário, aumenta a cada dia, a cobrança social recai simplesmente na lei penal, como se fosse esta complacente, quando deveria ser severa, austera. Dessa forma, o objetivo do Estado autoritário vem se perpetuando e a sociedade acaba por legitimá-lo, pois não há o discernimento de que o crime é, na maioria das vezes, efeito das causas das desigualdades sociais e econômicas.

Foucault (1997, p. 238) não se absteve dessa temática em sua obra “Vigiar e Punir” e, de forma contundente aduz sobre a repressão criminal que mascara outra criminalidade, a “de cima”, fonte da miséria e princípio de revolta para os pobres:

Enquanto a miséria cobre de cadáveres vossas ruas, de ladrões e assassinos vossas prisões, que vemos da parte dos escroques da fina sociedade?... os exemplos mais corruptores, o mais revoltante cinismo, o banditismo mais desavergonhado... Não receais que o pobre que é citado ao banco dos criminosos por ter arrancado o pedaço de pão pelas grades de uma padaria se indigne-se o bastante, algum dia, para demolir pedra por pedra a Bolsa, um antro selvagem onde se roubam impunemente os tesouros do Estado, a fortuna das famílias.

São, inevitavelmente, desastrosas as conseqüências da operabilidade de um sistema penal ilimitado, sem critério de lesividade real, mascarando-se como solução dos conflitos sociais, e é neste sentido que surge como resultante a pena privativa de liberdade.

Manifestações doutrinárias a respeito dos males e danos da prisão são expressivas mundialmente, acompanhadas de grande questionamento em torno da ineficácia da pena privativa de liberdade; deste modo, tendências e concepções têm surgido no sentido de reduzir a aplicação desta pena e, conseqüentemente, a autuação do direito de punir do Estado.

A análise a seguir versará sobre algumas dessas tendências da redução da aplicação da pena de prisão.

1.4 Teorias Reducionistas e Abolicionistas do Direito Penal

As teorias consideradas reducionistas e abolicionistas do direito penal demonstram a inquietude que causa a aplicação da pena privativa de liberdade e quanto ainda há que se pesquisar sobre a racionalidade da punição penal. Esclarece-se que não será apreciada a totalidade desses paradigmas, mas, sim, serão demonstradas as suas idéias fundamentais.

A solução do conflito criminal a partir do acordo entre a vítima e o ofensor, é o cerne da proposta da denominada “Justiça Restaurativa”. Não se trata de uma alternativa extralegal ao ordenamento jurídico, mas de uma forma padronizada de resolução de conflitos. Seu objetivo é restabelecer a confiança da sociedade nas suas instituições políticas e jurídicas. Contudo, representa também uma promessa de mudança no sistema de justiça.

O “fazer justiça” do ponto de vista restaurativo, de acordo com Scuro (2004, p. 277) significa resposta sistemática às infrações e a suas conseqüências:

(...) a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causados pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, de acordo com os seguintes princípios:³

³ Em 1990, por ocasião de uma conferência acerca dos processos penais nos países europeus, alguns participantes deram-se conta do surgimento de um novo modelo de justiça – restaurativa – cujo nome foi criado para diferenciá-la dos modos convencionais: a justiça retributiva, adequada à lógica do mercado, baseada na pena proporcional ao mal praticado (punitur quia peccatum), e a distributiva, centrada no tratamento do infrator. No decorrer da década, o modelo tornou-se um “novo paradigma”, principalmente quando a Nova Zelândia reformulou todo o seu sistema de justiça da infância e juventude segundo princípios restaurativos, com impacto favorável já no primeiro ano de implantação.

1. Fazer justiça significa acima de tudo trabalhar para restaurar, reconstituir, reconstruir;
2. Todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo;
3. O papel do poder público é preservar a ordem social, assim como à comunidade cabe a construção e manutenção de uma ordem social justa.

A Justiça Restaurativa visa uma mudança na percepção de delito, de modo a torná-lo nos dizeres de Ricci (2006, p. 64-65):

(...) não monopólio de jurisdição do Estado, mas como ofensa às vítimas, que querem para si o direito de tomar parte na pena a ser aplicada ao infrator. (...) quer fazer com que o infrator perceba, com o encontro com a vítima, proporcionado pela conferência restaurativa, o sofrimento que causou e como deve ser responsabilizado por ele. Acredita-se que provocar este encontro é benéfico, tanto à vítima, que terá seus anseios levados a cabo de forma obstinada por esse modelo de solução de conflitos, quanto ao infrator, como uma oportunidade de se deparar com o sofrimento concreto que causou e emendar-se moralmente: “Como observa Bottons (2003, p. 103) em um tiempo de relativismo moral, la naturaleza del daño puede verse más claramente cuando la persona se enfrenta a una víctima de carne y hueso”.

A ênfase no dano, típica da perspectiva restaurativa, implica em considerar as necessidades da vítima e a importância desta no processo legal. Quanto ao infrator, não o isenta de assumir responsabilidades, de modo a tornar para si um compromisso concreto muito além da pena imposta pela Justiça para “compensar” o dano.

Como referencial da Justiça Restaurativa, percebe-se o reconhecimento de que o sistema punitivo tradicional, como o brasileiro, concentra-se excessivamente nos representantes estatais (juiz, promotor, policiais) e na figura do acusado, o seu representante, o advogado, ao mesmo tempo em que remete a considerações abstratas a respeito da transgressão ou não da norma pelos fatos ocorrido no passado, que se ocupa de reconstituir para então punir.

Tal análise é o retrato da realidade jurídica do Brasil, onde a vítima, na realidade, “deixa de ser parte no processo”; conseqüentemente não são considerados os danos materiais e, sobretudo psicológicos produzidos pela infração à pessoa da vítima e aos seus pais.

Também à margem fica a comunidade afetiva do réu, que também sofre reflexos da infração. Desse modo, tem-se o desvio da atenção do dano ou do trauma social produzido pela infração. A Justiça retributiva tende a desresponsabilizar emocionalmente o infrator, visto que não abre espaços para a “verdade” do infrator, para a transparência da vida social e afetiva dele, entre outras perspectivas que realmente evidenciassem o porquê do cometimento do crime; conseqüentemente, a imposição da pena entendida restritivamente como castigo pelo mal causado afasta qualquer processo de pacificação, pelo contrário, tal sistema vem, ao longo dos séculos, produzindo como principal efeito a amplificação dos conflitos e a reverberação da violência.

No Brasil não há na legislação dispositivos com práticas totalmente restaurativas, mas existem determinados diplomas legais que podem ser utilizados para sua implementação, ainda que parcial⁴.

Entre tais diplomas legais pode-se destacar; Estatuto da Criança e do Adolescente, que em artigo 126 traz o instituto da remissão, mecanismo de exclusão, suspensão ou extinção do processo, referente a aplicação de medidas sócio-educativas a adolescentes; Lei dos Juizados Especiais Criminais (lei n. 9.099/95, com as alterações promovidas pela Lei n. 10.259/01) que, adotou, como princípio fundamental, a busca da aplicação de medidas alternativas, mediante consenso entre os principais envolvidos (vítima e autor do fato); Código Penal com a alteração ocorrida na parte geral que introduziu as penas restritivas de direitos (prestação de serviços a comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana) e em 1998, por meio da Lei n. 9.714, que ampliou consideravelmente o sistema das penas alternativas. Quanto à reparação do dano, seguem-se alguns dos institutos penais: arrependimento posterior (art. 16 do CP), progressão de regimes penitenciários nos

⁴ De acordo com Pedro Scuro Neto, um programa efetivo de Justiça Restaurativa requer que sejam estabelecidos por via legislativa”. Padrões e diretrizes legais para a implementação dos programas restaurativos, bem como para a qualificação, treinamento, avaliação e credenciamento de mediadores, administração dos programas, níveis de competência e padrões éticos, salvaguardas e garantias individuais.

crimes contra a Administração Pública⁵, atenuante genérica⁶, sursis especial, livramento condicional⁷, efeito genérico da condenação⁸, entre outros. No Brasil apesar de dispositivos legais com características restaurativas, a retribuição ainda se apresenta forte e contumaz.

O Direito Penal Mínimo, também conhecido como minimalismo penal e contração penal, apregoa a redução da aplicação da pena privativa de liberdade e conseqüentemente seus efeitos nocivos, como também a atuação do *jus puniendi*. Objetivando, assim, proteger o mais fraco contra o mais forte e defendendo a mínima intervenção estatal com as máximas garantias.

Baratta (1999 p. 206), dissertando sobre fundamento primeiro de uma política criminal alternativa, afirma ser ela dirigida: “para a perspectiva da máxima contração e, no limite da superação do sistema penal, que veio se configurando, *pari passu*, com o desenvolvimento da sociedade capitalista”.

Essa contração penal percorrida por Alessandro Baratta corresponde ao ideário do Direito Penal Mínimo.

Para os minimalistas, a área penal deve ser vista sob a última *ratio*, ou seja, a última solução para o problema jurídico apresentado para apreciação e enquadramento. Sustentam a necessidade do estabelecimento de uma legislação penal de conteúdo mínimo, destinada à preservação dos direitos humanos e liberdades individuais para garantir a defesa dos mais fracos e evitar reações injustas e indesejáveis, não só por parte do Estado, mas também de qualquer órgão de natureza pública ou privada e, até mesmo, da vítima.

⁵ Art. 33, § 4º, do CP, nos termos da Lei n. 10.763, de 12 de novembro de 2003: "O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada a reparação do dano que causou, ou a devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais."

⁶ "[...] procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano".

⁷ Art. 83, IV, do CP: "O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração".

⁸ Art. 91, I, do CP: "São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime".

Não obstante, também é fundamento Minimalista a concepção de que é preciso limitar o Direito Penal, que está a serviço de grupos minoritários, tornando-o mínimo, porque a pena, representada em sua manifestação mais drástica pelo Sistema Penitenciário, é uma violência institucional que limita direitos e reprime necessidades fundamentais das pessoas mediante a ação legal ou ilegal de servidores do poder, legítima ou ilegitimamente investidos na função.

Assim, o Estado deve-se valer das forças do direito penal quando ficar demonstrado claramente a insuficiência dos demais ramos do direito em punir com a veemência necessária a conduta e quando restar provado que o ilícito violou valores cuja alçada de atribuição para punir é do direito penal. Dessa sorte, tudo que afasta essas duas áreas de atuação escapa à aplicabilidade do direito penal.

Entre os criminólogos e sociólogos que defendem o minimalismo penal, encontramos entre outros: Hassiner, Alessandro Baratta, Figueiredo Dias, Zaffaroni, Cervini, Roxin e Ferrajoli.

Giacchia (2002, p. 308) ao dissertar sobre Luigi Ferrajoli aduz sobre a sua sustentação garantista, nos seguintes termos:

(...) que o fim da prisão – prevenção geral negativa – é de cumprir dupla função: a prisão preventiva dos delitos e a prisão preventiva geral das penas não arbitrarias nem desproporcionadas. A sanção não deve tutelar apenas o ofendido pelo crime, senão, do mesmo modo, proteger o delinqüente das reações punitivas ilegais e extralegais. Há, no mundo moderno, um consenso que de que a pena de prisão é perniciosa.

Andrade (1997, p. 185), enfatizando o direito penal mínimo, assegura que os grandes eixos de alternativas políticos - criminais estão em curso, cujo fundamento está na:

(...) necessidade da mínima – redefinida – intervenção penal ou na abolição do sistema penal e sua substituição por formas alternativas de resolução de conflitos como mediação e conciliação. De forma que se distribuem, centralmente, entre posturas minimalistas (Ferrajoli) e abolicionistas (Hulsman) ou posturas que, sem recusar a utopia abolicionista a longo prazo reivindicam um direito Penal mínimo baseado na reconstrução crítica e

fortalecimento das garantias liberais a curto e médio prazo (Zaffaroni e Baratta).

Nos dias atuais, vê-se o abuso da criminalização e da penalização, contradições com o princípio minimalista. Nos dizeres de Giacoia (2002), este abuso, dos legisladores contemporâneos, tanto no primeiro como no terceiro mundo, leva ao descrédito do direito penal e da sanção penal, que vem perdendo a força intimidativa diante da “inflação legislativa” reinantes no ordenamento positivo.

Por fim, situa-se o Direito Penal Mínimo como mediador entre o Direito Penal Máximo, refletido nos chamados movimentos de Lei e Ordem, e a tese abolicionista, capitaneada por Louk Hulsman, que será objeto da próxima consideração.

De maneira geral, é possível concluir que, em essência, a teoria do Minimalismo não difere da do Abolicionismo pelo fato de ambas reconhecerem que o Sistema Penal é fragmentário e seletivo, atuando incisivamente sobre as classes sociais mais débeis, indiferente à violência estrutural e favorecendo a impunidade dos que estão vinculados às relações de poder.

Andrade (1997, p.185), ao tratar da delimitação do marco teórico do controle dogmático, enfatiza o *impulso desestruturador*⁹ na dimensão propriamente desconstrutora, consubstanciada pela crítica historiográfica, sociológica e criminológica do moderno sistema penal, o abolicionismo penal está entre as cinco desconstruções fundamentais. Para a autora, tais desconstruções fundamentais “embora superpostas e convergentes, estruturam-se a partir de diferentes perspectivas analíticas : a desconstrução marxista, a desconstrução foucautiana,

⁹ Expressão criada por Cohen que designa “(...) o conjunto de ataques – críticas, demandas, visões, teorias, movimentos de reforma etc,- que constituíram, desde a década de 60, como que um assalto continuado às próprias fundações (ideológicas e institucionais) do sistema de controle penal da modernidade, cuja hegemonia perdurava a dois séculos”. (*apud* Andrade, 1996, p. 182).

a desconstrução de *labelling approach*¹⁰, a desconstrução abolicionista e a desconstrução feminista”.

Sucintamente, pretendem os abolicionistas acabar com o cárcere e com o direito penal para dar lugar às intervenções comunitárias e à uma justiça popular de micro-sociedade, para que haja uma estrutura social menos desigual e menos injusta.

Ensina Giacoia (2002, p. 311-314) que a proposta do abolicionismo penal surgiu no Norte da Europa, mais especificamente nos países escandinavos, como a Holanda, onde se destaca o Professor Louk Hulsmann, com sua obra “Penas Perdidas”, publicada em 1982. No entanto, assevera que:

Na verdade não se pode considerar contemporâneo o movimento abolicionista, como podem pensar alguns. Já por volta dos anos 30, Francesco Carnelutti declarava: “não sei se algum dia a humanidade chegará à perfeição que lhe permita abolir a pena”.

Uma das características mais comuns entre os líderes desta tese é de haverem levado adiante movimentos ou organismos com participação de técnicos, presos, libertados, familiares e simpatizantes, isto é, pessoas com alguma experiência prática no campo da marginalização penalizada.

A crítica maior dos abolicionistas com relação ao direito penal se baseia no fato deste se encontrar estruturado num conceito de crime e de periculosidade criado e manipulado pelas classes dominantes, que estigmatiza as condutas dos menos favorecidos economicamente. Sendo assim é inútil, uma vez que a sanção não tem caráter ressocializador ou reeducador mas, sim, produz a reincidência e não intimida o cometimento de crimes.

O abolicionismo penal é constituído nos dizeres de Ferrajoli (2002, p. 200), “(...) de um conjunto heterogêneo de doutrinas, teorias e posturas ético-culturais, cuja característica

¹⁰ *labelling approach*, matriz criminológica designada na literatura alternativa e sinonimicamente por enfoque, perspectiva ou teoria do interacionismo simbólico, etiquetamento, rotulação ou ainda por paradigma da “reação” social, do controle, ou da definição. (ANDRADE, 1997, p. 183)

comum é a negação de qualquer justificação ou legitimidade externa à intervenção punitiva do Estado sobre a deviança”.

Têm-se como as mais radicais doutrinas abolicionistas que não justificam as penas, as proibições em si e os julgamentos penais; dessa forma, seus defensores não vêem qualquer legitimação em qualquer tipo de constrição ou coerção, penal ou social. Já aquelas mais difundidas, não tão radicais, reivindicam a supressão da pena enquanto medida aflitiva e coercitiva, mas não a abolição de toda e qualquer forma de controle social.

Para Ferrajoli (2002, p. 201) o radicalismo absolutista se expressa pelo individualismo anárquico de Max Stirner, pois parte da desvalorização de quaisquer ordens ou regras, sejam jurídicas ou morais, chegando-se à valorização da transgressão e da rebelião enquanto livres e autênticas “manifestações do ‘egoísmo’ *a-moral* do ego, cujo julgamento, prevenção e punição constituem injustiças. Trata-se de uma posição limite que, a bem da verdade permaneceu isolada”.

O citado autor acrescenta que todas doutrinas abolicionistas possuem dois efeitos. O primeiro diz respeito aos modelos perseguidos de sociedade, sem qualquer ordem e abandonada à lei natural do mais forte, ou:

Alternativamente, de uma sociedade disciplinar, pacificada e totalizante, onde os conflitos sejam controlados e resolvidos, ou, ainda, prevenidos, por meio de mecanismos ético-pedagógicos de interiorização da ordem, ou de tratamentos médicos, ou de onisciência social e, talvez, policial. (2002, p. 203)

O segundo efeito tratado por Ferrajoli pelas referidas doutrinas (radicais ou holísticas) é que evitam todas as questões mais específicas da justificação e da deslegitimação do direito penal, sejam referentes à qualidade e quantidade das penas ou das proibições, das técnicas de controle processual, deixando à margem toda e qualquer orientação garantista, rejeitando os modelos penais, sejam autoritários ou liberais, assegurando o autor que não

oferecem nenhuma contribuição à solução dos difíceis problemas ligados à limitação e ao controle do poder punitivo, configurando, assim, “esterilidade de projetos” que define como:

Fruto da inconsistência lógica e axiológica de ambos projetos jusnaturalistas que se encontram na base das duas opostas versões do abolicionismo (...). Com efeito, nenhum dos dois princípios é suficientemente idôneo para fundar alguma coisa além de sistemas absolutamente autoritários, posto que confiados ao jogo livre e desenfreado dos poderes, pouco importando se individuais, sociais ou políticos (2002, p. 203).

Não obstante a tais críticas contundentes de Ferrajoli (2002, p. 203-204), o autor consagra méritos às doutrinas abolicionistas, a saber: quanto à crítica da sociedade atual orientam-se rumo a uma radical separação, ou até mesmo, contraposição, entre instâncias éticas de justiça e de direito positivo vigente, manifestando “(...) de um lado deslegitimação dos ordenamentos existentes ou de seus componentes individualmente considerados, e, de outro, na justificação não das penas, mas dos delitos”, dos quais as doutrinas em questão destacam as causas sociais, psicológicas, ou ainda, motivações políticas bem como a ilegitimidade moral dos interesses por eles lesados, favorecendo a autonomia da criminologia crítica e a constatação do “legitimismo” moral das doutrinas penais dominantes; também aponta como mérito o fato da deslegitimação do direito penal, que denunciando arbitrariedade, os custos e o sofrimento que este ocasiona: “despejam sobre os justificacionistas o *onus da justificação*”, traduzida no ponto de vista externo os destinatários das penas, assim, as justificações devem ser moralmente satisfatórias e logicamente pertinentes.

Com relação a solução dos conflitos em substituição ao sistema penal, os absolutistas apresentam a reparação de natureza civil, nas palavras de Giacoia (2002, p. 310-311) esse sistema penal alternativo:

Compõe-se de uma justiça popular comunitária, efetivada na troca da justiça pela civil, compensatória e conciliadora, uma justiça consensual por decisão da maioria, ou seja: coletiva, informal por não trabalhar sob os costumes forenses (trajes especiais, expressões, tratamentos e suntuosidades dos

edifícios) e não profissional, através de júzos colegiados com funções de orientadores em substituição aos ordenadores, passando os tribunais a uma missão educadora, de ajudar a vida.

Zafaronni (1996) lecionando sobre as variantes do absolutismo, assinala a preferência marxista de Mathiesen, a fenomenológica de Louk Hulsman e a estruturalista de Michel Foucault, acrescentando, ainda, a fenomenológica – historicista de Nils Christie.

Sustenta o citado autor (1996, p. 98) que, para Hulsman, o sistema penal é um problema em si mesmo e “(...) diante a sua crescente inutilidade na solução dos conflitos, torna-se preferível aboli-lo totalmente como sistema repressivo”. A substituição do sistema penal se daria por instâncias intermediárias ou individualizadas de solução de conflitos que atendam às necessidades reais das pessoas envolvidas, cujo lema sintetizável seria “*chegar ao próprio conflito*”.

A tática de Mathiesen (considerado o “estrategista do abolicionismo”) encontra-se vinculada ao marxismo, vinculando o sistema penal à estrutura capitalista; sua proposta, nos dizeres de Zaffaroni (1996, p. 99) “(...) parece aspirar não apenas à abolição do sistema penal, como também à abolição de todas as estruturas repressivas da sociedade”.

Nils Christie apresenta pontos em comum com Hulsman, mas é mais inclinado a fundamentar seus argumentos sobre a experiência histórica. Destaca a “destrutividade das relações comunitárias do sistema penal, seu caráter dissolvente das relações horizontais e os conseqüentes perigos e danos da verticalização”. (*apud* ZAFFARONI, 1996, p. XX)

Salienta Zaffaroni (1996, p. 101):

Para Christie – e concordamos com ele – o melhor exemplo de solidariedade orgânica é proporcionado pelas sociedades limitadas, cujos membros não podem ser substituídos. Ao contrário, nos grandes grupos as condições de solidariedade são limitadas e os papéis obrigatórios podem ser substituídos com facilidade, através do mercado de trabalho, de forma a tornar os excluídos deste mercado candidatos ideais para o sistema punitivo.

Para Zaffaroni (1996, p.103), Foucault não pode ser considerado um abolicionista, como os acima referidos, embora afirme que Michel Foucault foi, sem dúvida, um abolicionista, trazendo como pontos coincidentes de sua tese com o abolicionismo a forma pela qual o poder expropriou os conflitos do momento da formação dos estados nacionais e negado o modelo de uma parte sobreposta ao litigante como instância superior decisória, o que se evidencia em sua discussão ao criticar o conceito de “justiça popular”.

Abolir o direito penal nos dias atuais não parece uma alternativa viável (talvez, até, utópica), mas tal radicalização não deixa de trazer ao saber o tão quanto o direito penal é ineficaz; conseqüentemente a necessidade de, ao menos, transformá-lo é premente.

As análises apresentadas sobre a justiça restaurativa, sobre o minimalismo penal e sobre o absolutismo, apesar de não exaustivas, apontam para a noção de que muito há para ser racionalizado.

A justiça restaurativa, ao substituir o paradigma retribucionista, na prática acaba por abrir espaço para a vingança da vítima contra o ofensor. O abolicionismo penal, em última análise, não possui alicerces para a solução real dos conflitos, uma vez que poderia levar à legitimação da vingança privada. O minimalismo penal se apresenta como o mais possível a ser implantado a médio prazo, tendo em vista a necessidade de limitar o poder de punir do Estado, posto que a conseqüência do sistema penal deságua na privação da liberdade que, levada a efeito na conjuntura político-social-econômica brasileira, é um mal que necessita ser, urgentemente, se não aniquilado, pelo menos de ser enfraquecido radicalmente.

De toda maneira, sabe-se que, a curto prazo, poucas mudanças efetivas serão possíveis vislumbrar no campo da sistemática penal. Por isso que o minimalismo deve ser introduzido no corpo social brasileiro, mesmo que de forma paulatina, sendo, quiçá, o primeiro passo a ser dado, posto que, o triunfo de qualquer transformação humanitária e de respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana só se dará com a transformação da

sociedade.

Neste sentido Baratta (1997, p. 207) salienta com muita propriedade que a substituição do direito penal “por qualquer coisa melhor” só poderá acontecer quando a sociedade for substituída por uma sociedade melhor. Portanto, as alternativas de contratação e superação do sistema penal prescindem de uma transformação social, ou seja:

(...) numa sociedade livre e igualitária – e é o longo desenvolvimento que leva a ela – não só substitui uma gestão autoritária por uma gestão social do controle do desvio, mas e o próprio conceito de desvio que perde, progressivamente, a sua conotação estigmatizante, e recupera funções e significados mais diferenciados e não exclusivamente negativos.

Esta análise de Baratta, levada aos patamares da sociedade brasileira, fundamenta a resistência de transformação do paradigma do sistema penal, ainda mais de sua abolição. No Brasil a sociedade reclama por um direito penal ainda mais máximo, demonstração inequívoca do desenvolvimento pífio da sociedade brasileira.

CAPÍTULO II - FUNÇÃO RETRIBUTIVA DA PENA

Conforme as explanações do item anterior quanto ao direito penal mínimo, que se apresentaria dentro das teorias lançadas como o mais viável em médio prazo, torna-se necessário questionar as formas concretas pelas quais as pessoas condenadas às penas privativas de liberdade seriam tratadas.

Não há dúvida que restam críticas e inúmeras dúvidas quanto à praticidade das teorias apresentadas, mas é inegável que pelo simples fato de serem lançadas no campo do saber, de serem defendidas e, até mesmo, criticadas, alargam o debate sobre a problemática da prisão.

E tal problemática, ou seja, a substituição das penas privativas de liberdade, passou a ser, conforme Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 795), “(...) um dos problemas mais árduos da política penal de nossos dias, sendo considerada a chave para qualquer reforma penal”.

No Brasil, tradicionalmente, o cárcere é o lugar onde o ofensor é enviado como castigo, e não para ser castigado. O abandono da concepção a respeito das penas privativas de liberdade como “processos ressocializantes” é incontestável.

Por mais empírica que seja a análise sobre a prisão como pena, no decorrer da história não se vislumbrará qualquer política criminal que efetive a ressocialização do apenado.

Ferrajoli (2002, p. 310) dissertando sobre a hediondez da pena, em toda a sua história, aduz: “é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos”, tendo em vista que, explica o autor italiano, o delito costuma ser uma violência ocasional, impulsiva, podendo ser até necessária, mas a violência da pena é programada, consciente, organizada por muitos contra um.

A história do desenvolvimento do poder punitivo demonstra sua conexão com a religião. Na Idade Média, a prática de um crime era considerada uma afronta ao rei, mas principalmente uma afronta a Deus, vez que aquele representava a vontade divina na terra. E tendo como defensores teólogos representativos como os santos Agostinho e Tomaz de Aquino. Sobre este período, assevera Giacoia (2002, p. 28):

A retribuição pelo delito praticado era o mal da pena. Esta reação era divina, dizia Santo Agostinho na primeira parte da Idade Média. Para São Tomás de Aquino, a justiça era comutativa e intimidativa, mal pelo mal, já na segunda parte da Idade Média.

A influência penitencial canônica ainda marca os dias atuais: o arrependimento e a coerção do delinqüente, assim como outras idéias voltadas à reabilitação do recluso insistem no ordenamento jurídico brasileiro.

Já no Iluminismo, o fundamento para o Estado punir a pessoa que comete um crime não está na afronta da vontade divina, mas sim do contrato social, tendo a pena a finalidade de intimidar os demais membros da comunidade. Como defensores da função intimidativa da pena encontra-se Beccaria e Feuerbach. Neste contexto histórico é, então, transferido o fundamento divino para a razão humana. Ramirez (*apud*, BITENCOURT, 2002) sustenta que na concepção liberal de Estado a pena não possui mais a função de expiação do pecado (crime), típica de um Estado religioso, mas, sim, de retribuição à perturbação da ordem jurídica adotada pelos homens e consagrada nas leis. A pena é a necessidade de restabelecer a ordem jurídica abalada. Em vez de expiação, fala-se em retribuição pela quebra do contrato social; no lugar de razão divina, fala-se em razão de Estado.

No fim do século XIX e início do século XX, com o predomínio do pensamento positivista, era a função da pena a defesa do corpo social contra a ação do delinqüente, destacando-se Cesare Lombroso (1836-1909), Rafael Garofalo (1851-1934) e Enrico Ferri

(1856-1929). Na atualidade tenta-se fundamentar a pena criminal na necessidade de estabilização do sistema social, na tentativa vã de redução da criminalidade.

No Brasil, atual, um dos discursos mais freqüentes é pautado na redução da criminalidade para promoção de maior segurança à sociedade, mas a maioria deles não dá conta (ou não pontua propositalmente) das “causas primárias” da criminalidade, que se assentam na desigualdade social, mas, sim, indica como solução o enrijecimento¹¹ ainda maior do direito penal. Reina o “ideal retributista”: “o olho por olho, o dente por dente”.

Ao Estado cabe a realização de uma política social de base, com atenção às causas da criminalidade, garantindo direitos constitucionais, como a educação, saúde, alimentação, trabalho, o que implicaria em uma sociedade menos desigual. Por outro lado, percebe-se que a atuação do Estado nos dias atuais está voltada à aplicação das penas, como se prender, castigar e excluir “os foras da lei” fossem dar cabo à criminalidade.

Desta maneira, ou seja, afastando-se das causas primárias¹² da criminalidade, tem-se doutrinariamente as chamadas: teoria da *prevenção especial punitiva*, com o discurso da ressocialização do infrator que nos dizeres de Giacoia (2002, p. 58) “(...) procura evitar a prática do delito, dirigindo-se, ao contrário da prevenção geral, exclusivamente ao delinqüente em particular, objetivando que este não volte a delinqüir”; *teoria da prevenção geral negativa*, que coaduna com a intimidação dos demais membros da sociedade para que não ofendam os preceitos penais, pois serão severamente punidos; *teoria da prevenção geral positiva* que objetiva validar o ordenamento jurídico, tendo que aquele, o infrator, não via validade na lei, por isso a desrespeitou, neste caso a aplicação da lei é devida para

¹¹ A legislação penal brasileira mostra-se flagrante contradição. Por um lado orientações de política criminal apontam para o caminho da redução do direito penal e, ao mesmo tempo o direito penal máximo se impõe desprovido de qualquer rigor à observância dos bens jurídicos a serem tutelados.

¹² A função da pena no estado de direito deve atender, segundo Dotti (1998, p. 135) “(...) às exigências de proteção de todos os indivíduos evitando que a pena privativa de liberdade se transforme na expressão hodierna das antigas penas de expulsão do comunidade”.

reestabilizar a confiança social na ordem jurídica, já que a impunidade a uma conduta delituosa colocaria em cheque a validade do ordenamento jurídico.

Portanto, caí por terra o discurso ressocializador da pena. Nesse sentido, leciona Giacoia (2002, p. 384) “(...) que em quase todos os países do mundo os fins da pena privativa de liberdade é a ressocialização e a readaptação social do recluso, apontando a duplicidade ou distância entre o objeto legal e a realidade”.

As teorias apontadas se apresentam como um conjunto de argumentos servís a legitimar a intervenção estatal que extrapola os bens jurídicos fundamentais, que afrontam as garantias dos cidadãos que cometem condutas qualificadas pelo Estado como crimes. Tanto que tais teorias, camuflando as causas primárias da criminalidade, apontam como causa da criminalidade sempre o delinqüente, e nunca no Estado, mesmo quando este qualifica o delito por meio de leis opera seletivamente sobre os mais vulneráveis ao sistema penal.

Atualmente, apresentam-se como dominantes na literatura jurídico penal (com o objetivo de superar os problemas assinalados) *as teorias unificadas da pena criminal*, que se originam da junção das funções de retribuição, prevenção especial e prevenção geral, em que a pena apresenta, resumidamente as seguintes funções: 1) retribuição do injusto, por meio da compensação ou expiação da culpabilidade; 2) prevenção especial positiva, com o objetivo de emenda do autor do crime, pela ação correcional da execução da pena; 3) prevenção especial negativa, com a finalidade de atingir a segurança da sociedade por meio do mero isolamento do indivíduo; 4) prevenção geral negativa, através da intimidação de potenciais delinqüentes pela ameaça contida na ameaça de sanção contida na lei penal; 5) prevenção geral positiva como reforço da confiança da população no ordenamento jurídico.

Na legislação brasileira encontramos as teorias unificadas no artigo 59, do Código Penal: “Art. 59. O juiz, (...) estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para *reprovação e prevenção* do crime”.

Tratando sobre esse assunto Santos (1984, p. 77) se posiciona:

Assim, quando se trata de criminalizar, deve-se pensar na ideologia da pena, ou como se diz atualmente, no discurso penal, constituído pelo conjunto de idéias que fundamentam a pena criminal. O discurso penal não é ornamento ou adereço descartável, mas o próprio programa oficial que a pena deve cumprir: o juiz deve aplicar a pena necessária e suficiente para *prevenção* e *reprovação* do crime (art. 59, CP). Se propostas de criminalização contêm compromissos com a pena, então é preciso acertar as contas com a ideologia penal – e não se trata de escolher esta ou aquela função da pena criminal, por várias razões: primeiro, prevenção e retribuição são imposições legais; segundo, a presença das funções da pena não depende da vontade do juiz: a pena é sempre *retribuição* (como fundamento ou medida da culpabilidade), a pena é sempre *prevenção especial* (como neutralização do condenado) e a pena é sempre *prevenção geral* (como intimidação) – caso contrário, ninguém fugiria da polícia.

Conclui-se, sobre essa análise do artigo 59 do Código Penal brasileiro que o termo reprovação representa a idéia de retribuição; a expressão prevenção do crime representa as várias formas de prevenção (prevenção especial positiva, prevenção especial negativa, prevenção geral negativa e prevenção geral positiva). Mas, unidos ou separados, tais objetivos arcaicos, ultrapassados e comprovadamente ineficazes se perpetuam mascarados pelo “mito ressocializador”, camuflando o comprometimento “criminalizador”, por isso, parafraseando Juarez Cirino dos Santos em sua assertiva acima, parece claro que é “preciso acertar as contas com a ideologia penal”.

2.1 Prisão

A prisão como resposta real aos objetivos punitivos do Estado se apresenta, desde a sua origem, muito mais que retributiva. Seus objetivos, cada vez mais se apresentam voltados à exclusão. A falta de racionalidade de sua aplicação, tendo em vista que é ela propulsora da criminalidade, da violência e da afronta mais degradante aos direitos fundamentais da pessoa

humana, é incontestável. Neste sentido, está em questionamento o direito penal, que se apresenta dissociado quanto aos seus fundamentos e, portanto, carecedor de legitimidade.

O estudo a seguir versará sobre os males da prisão, com intuito de demonstrar que a pena mestra, a privativa de liberdade, no Brasil, como em outros países que a utilizam como o principal meio de punição, não é o caminho, não é a solução para o problema da criminalidade e da violência.

A prisão em sua origem não foi criada para encarcerar criminosos. As antigas casas correcionais se dispunham a abrigar ébrios, mendigos, menores desamparados, doentes mentais, prostitutas e toda classe de indivíduos que molestavam a sociedade, com o fim de segregá-los por um período. Os internos desses estabelecimentos não eram formalmente condenados judicialmente por prática de crimes, mas apenas tidos como de má conduta social.

A privação da liberdade como espécie de pena institucionalizada pelo Direito Penal brasileiro aparece no século XVIII. Não coincidentemente, ela serviu para delinear o mercado de trabalho, a produção, o consumo de bem e proteger a propriedade da classe poderosa sob a égide do chamado “apogeu industrial”.

Aparentemente, o corpo deixou de ser o objeto da punição para dar espaço à perda de um direito ou de um bem. Já não havia mais os espetáculos sangrentos da era dos suplícios em que o corpo era esquartejado e amputado. Apresenta-se uma nova teoria da lei e do crime.

Essa nova teoria da lei e do crime tem seu marco na história da repressão, quando se passou da punição à vigilância, segundo a economia do poder. Verificou-se ser mais eficaz e rentável vigiar do que punir. Michel Foucault debruçou atenção considerável sobre essa nova tática de poder e soube descrevê-la com meticulosa propriedade em suas obras.

Para Foucault (1996, p. 131) a mecânica desse novo poder é direcionada aos indivíduos, atinge seus corpos, sua alma, vem se inserir em seus gestos, suas atitudes, seus discursos, sua aprendizagem, sua vida cotidiana, asseverando o autor que:

Houve uma mudança estrutural do poder, aparece o novo poder microscópico que levou ao fim a corte e o personagem rei. A mitologia do soberano não era mais possível, pois, havia se firmado um poder que se exercia no corpo social.

Vale ressaltar que não se pode atribuir essa aparente “suavização da pena”, com o fim do suplício, à evolução das regras do direito, valorização dos direitos humanos, desenvolvimento da sensibilidade coletiva e das ciências humanas, e sim, relacioná-la à individualização que é, na verdade, o efeito das novas táticas de poder e dentre elas, dos novos mecanismos penais.

Foucault (1996) apresenta quatro regras gerais que acredita originarem esse novo paradigma de punir: nega a centralização dos mecanismos punitivos em seus efeitos repressivos da sanção, ele vê a punição como uma função social complexa; analisa os métodos punitivos não como simples conseqüências das regras de direito ou como indicadores de estruturas sociais, mas como técnicas que têm sua especificidade no campo mais geral dos outros processos de poder, com os castigos sendo adotados na perspectiva da tática política; não ser possível tratar a história do direito penal e das ciências humanas com antagonismo, mas é necessário verificar se não há ponto de congruência e se ambas não se originam de um processo de formação “epistemológico – jurídico”. Colocar, em outras palavras, que a tecnologia do poder deve estar a serviço do princípio simultâneo da humanização da penalidade e do conhecimento do homem; por fim, é necessário verificar se a entrada da alma na justiça penal, e, conseqüentemente, na prática judiciária, não é efeito de uma transformação na maneira como o próprio corpo é investido pelas relações de poder.

É importante esclarecer que não é só no fim do século XVII e início do XVIII que é possível verificar o regramento do corpo, mas é nesse período que se firma como forma de dominação¹³, e como estratégia de poder engenhosamente astuta:

Desde 1820 se constata que a prisão, longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los ainda mais na criminalidade. Foi então que houve, como sempre nos mecanismos de poder, uma utilização estratégica daquilo que era um inconveniente. A prisão fabrica delinqüentes, mas os delinqüentes são úteis tanto no domínio econômico como no político. Os delinqüentes servem para alguma coisa. Por exemplo, no proveito que se pode tirar da exploração do prazer sexual: a instauração, no século XIX, do grande edifício da prostituição, só foi possível graças aos delinqüentes que permitiram a articulação entre o prazer sexual quotidiano e custoso e a capitalização.

Foucault (1996, p.134), assegura, ainda, que é a partir do período de 1825-1840 que ficou explícita a não finalidade de reeducar os delinqüentes, mas sim de “agrupá-los num meio definido, rotulado, que pudesse ser uma arma com fins econômicos e políticos”. Proveitoso, então, era deixar o delinqüente na ignorância, para que quando saíssem da prisão não terem possibilidade qualquer no mundo exterior, a não ser o retorno a ela.

2.2 Poder Disciplinar

Como visto, por volta do século XVIII iniciou-se uma nova tática de poder. Ela adentrou de forma impetuosa aos hospitais, fábricas, conventos, escolas e prisões, aperfeiçoando-se gradativamente seu alcance, estendendo seus tentáculos até os indivíduos.

Esse novo poder é chamado de poder disciplinar, que objetiva disciplinar os corpos,

¹³ Santos (2006, p. 291) sobre o aspecto das leis desiguais focado por Foucault, diz: “(...) a ilegalidade dos bens das classes populares, julgada por tribunais ordinários, é punida com prisão – ao contrário da ilegalidade dos direitos da burguesia, estimuladas pelos silêncios, omissões, tolerâncias da legislação, imune à punição ou sancionada com multas-, legitimada pela ideologia do contrato social, em que a posição de membro da sociedade implica aceitação das normas e a prática de infrações determinada aceitação da punição. Neste ponto, o gênio FOUCAULT formula a primeira grande hipótese crítica do trabalho, que parece ser o fio condutor da pesquisa descrita no livro, além de vincular “Vigiar e Punir” à tradição principal da Criminologia Crítica: o sistema penal é definido como instrumento de gestão diferencial da criminalidade – e não de supressão da criminalidade

deixando-os dóceis e úteis, adestrados e, de maneira voraz, está sempre presente, não dando trégua – é sempre constante e crescente.

Sendo o corpo a meta a ser alcançada pelo poder disciplinar, busca-se sua utilidade, e este será útil se for ao mesmo tempo produtivo e submisso.

Sendo um poder, é fato sua relação com a política, que o utiliza economicamente. Esse “utilizar economicamente” recai inevitavelmente no sistema punitivo que está conexo a uma economia política do corpo, independentemente dos castigos violentos; é sempre do corpo que se trata, dele e de suas forças, utilidades e da docilidade, de sua repartição e submissão.

Objetivado o corpo pelo poder disciplinar a fim de torná-lo útil e dócil, é feita a distribuição dos indivíduos em espaços individualizados, classificatórios, combinatórios, isolados, hierarquizados, capazes de desempenhar funções diferentes segundo o objetivo específico que dele exige.

Essa distribuição é visível nos dias de hoje: basta a simples observação do que ocorre nas escolas com relação aos alunos, nas fábricas com os operários, nos conventos com os enclausurados, nos manicômios com os internados e nas prisões com os condenados.

A utilização econômica do corpo fica ainda mais clara ao impor sujeição do indivíduo ao tempo, com o objetivo de produzi-la com o máximo de rapidez e eficácia. Tudo isso com uma vigilância sem trégua, perpétua e permanente.

Não há dúvida que o corpo espionado, trancafiado e controlado facilita a manipulação do indivíduo, fazendo-o obedecer a toda engrenagem do poder disciplinar. É sombrio, e porque não dizer lastimável, uma “máquina – poder” contrapostas aos “indivíduos – peças” de toda sua engrenagem.

Além da competência desse controle disciplinar, é imperioso enfatizar a sua eficácia,

visto que os corpos a cada dia se tornam mais hábeis e suas forças mais potentes, fortificando através de seus métodos, mais ainda, as garras desse poder.

Sobre esse corpo objetivado pelo poder disciplinar vale trazer os dizeres de Michel Foucault (1998, p. 118) que demarca o momento histórico das disciplinas:

(...) o momento em que nasce uma arte do corpo humano, que visa não unicamente o aumento das suas habilidades, mas a formação de uma relação que no mesmo mecanismo o torna tanto mais obediente quanto mais útil é. Forma-se então, uma política de coerções que consiste num trabalho sobre o corpo, numa manipulação calculada dos seus elementos, dos seus gestos, dos seus comportamentos. O corpo humano entra numa maquinaria de poder que o esquadriha, o desarticula e o recompõe. A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, os chamados "corpos dóceis". A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças, ela dissocia o poder do corpo, faz dele por um lado uma "aptidão", uma "capacidade" que ela procura aumentar; e inverte por outro lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz dela uma relação de sujeição estrita.

A astúcia desse controle é tão arrojada que não deixa, sequer, que o indivíduo tenha noção do tanto que está sendo usado e explorado, e muito menos de que é reduzido à peça de um maquinário. As entranhas desse poder inviabilizam até o pensamento da própria condição humana, como se fosse perda de tempo pensar em algo que não esteja direcionado aos “supostos” objetivos por ele instituídos.

Tais métodos que vigiam e controlam detalhadamente as operações do corpo, que com sutileza impõe-lhes sujeição constante de suas forças e uma relação de docilidade e utilidade são nomeados, de acordo com Foucault, como “disciplinas”.

Santos (1984, p. 155-157) salienta ser a disciplina da prisão concebida:

Como uma micro-física do poder, que implementa uma política de coerção para obrigar o corpo alheio a ‘fazer o que queremos’ e a ‘operar como queremos’, precisamente através de uma coerção para obrigar o corpo, como capacidade útil, e a vontade pessoal do sujeito, como poder que dirige essa capacidade útil: o sujeito tornar-se dócil e útil somente na medida em que seu poder produtivo submete-se à vontade alheia.

É importante não confundir tais métodos de dominação com a escravidão. Esta é revestida de apropriação do corpo ao passo que a disciplina está no campo da vontade do patrão de domesticar. Diferencia-os também da vassalagem, que traz uma relação de submissão codificada, calcada sobre os produtos do trabalho e não tanto sobre o corpo. Se comparada com o suplício, vê-se que este sacrifica e destrói o corpo, enquanto que a disciplina apropria-se dele com a finalidade de o aproveitar ao máximo, apoderando-se da alma do indivíduo.

Também não deve ser confundido o poder disciplinar com o poder soberano ou com os aparelhamentos do Estado, estes bem maiores e suntuosos, em comparação àquele. Isso porque o poder disciplinar é tido como um poder modesto, de modalidades simples e procedimentos menores. Em outras palavras como um micro-poder.

Ele, o poder disciplinar, não é fruto do Estado. No entanto, seja a disciplina uma espécie de micro-física do poder, um poder de baixo para cima, aos poucos ela invade essas formas maiores e vai impondo suas formas, inclusive no Poder Judiciário.

Esse poder disciplinar, aflorado no século XVIII, deve ser entendido como uma multiplicidade de processos; seu funcionamento é encontrado em inúmeras instituições, cada qual com certo grau de diferenciação, mas portadoras de algumas técnicas essenciais que se generalizam corriqueiramente tendenciosas a tomar posse do corpo social inteiro.

Naquele século, chamado de época clássica, essa técnica de dominação revela novidades, entre elas, Foucault apresenta as três seguintes: a) A escala do controle – o corpo é detalhado e, sobre ele recai uma coerção ininterrupta como mecânica engenhosa que ministra seus movimentos, gestos e atitudes. b) Objeto do controle – a coação é direcionada mais sobre as forças do que sobre os sinais, e o que realmente importa é o exercício. c) A modalidade – a coação ininterrupta sobre os processos da atividade é mais importante do que o próprio

resultado e se exerce de acordo com uma codificação que esquadrija ao máximo o tempo, o espaço e os movimentos.

As distribuições e o controle da atividade são mecanismos que a disciplina utiliza para fazer valer o seu poder e autoridade. A distribuição dos indivíduos no espaço servindo-se da cela, da clausura, das localizações funcionais e da inter-relação dos elementos para que haja a definição do lugar que cada um ocupa na série e da distância que separa um indivíduo do outro. Assim, é mais fácil vigiar e mais difícil a comunicação entre as “peças” humanas utilizadas. No ao controle das atividades, a disciplina se alicerça no uso correto do tempo, estabelecendo horários rígidos de trabalho, sempre repetitivos e constantes. Com essa rigidez quanto ao horário, ela fixa censuras, determina as obrigações e regulamenta os ciclos de repetição. Ela chega à elaboração temporal do ato, decompondo-o, define a posição corporal, fazendo com que o tempo penetre no corpo e com ele todos os controles dos detalhes do poder. Além dessa imposição de posições corporais, impõe a relação entre um gesto e o todo do corpo, para torná-lo mais rápido e mais eficiente e ainda impõe relação entre o corpo e o objeto que manipula. Assim, é mais fácil vigiar, controlar, castigar e não deixar tempo para que as “peças humanas” pensem.

A disciplina a partir dos corpos que controla, produz quatro tipos de individualidade, ou antes, como alerta Foucault, uma individualidade com quatro características: É *celular* tendo em vista o jogo da repartição espacial; é *orgânica* pela codificação das atividades; é *genética* devido à acumulação do tempo e é *combinatória*, pelo fato da composição das forças. Atrelada a essas características está a utilização de quatro grandes técnicas, a saber: 1) constrói quadros; 2) prescreve manobras; 3) impõem exercícios; 4) organiza táticas.

Parece contraditório conter imaginar que se trate de um micro-poder. Pois, como é possível vislumbrar, o poder disciplinar possui uma engenharia de detalhes que faz forçar o pensar a não imaginá-lo grandioso.

Essa metamorfose do modo de punir trouxe novos saberes como a criminalística, a medicina hospitalar, a medicina social, a moderna pedagogia. Formou-se uma verdadeira rede de saberes/poderes que se estende a toda sociedade moderna. Os dispositivos do poder disciplinar, que compreendem saberes, poderes e instituições, recobrem todos os domínios da vida humana. Instaura-se, assim, uma nova tecnologia do poder que se torna cada vez mais complexa e abrangente.

Após a análise do “corpo” e das técnicas disciplinares a ele impostas, há ainda mais um elemento interligado ao poder disciplinar, o lugar propício para que esses mecanismos fluam milimétrica e perfeitamente para a obtenção de seus fins.

No século XIX, Bentham (1748-1832) criou o modelo arquitetônico panóptico (ótico= ver; pan = tudo), caracterizado pela forma radial, com uma torre no centro e um só vigilante, o qual, pelo efeito central da torre, percebia os movimentos dos condenados em suas celas. O panóptico constitui um aparelho arquitetural, onde os detentos são vistos e vigiados sem, no entanto, ver quem os vigia. O detento nunca deveria saber se estava sendo observado, mas deveria ter certeza de que sempre poderia sê-lo.

Garbelini (2005, p. 148), assevera que Bentham se maravilha da leveza do panóptico: “(...) peso das velhas casas de segurança com sua arquitetura de fortaleza é substituído pela geometria simples e econômica de uma casa de certeza”.

Em 1975, com a publicação de "Vigiar e Punir", a genealogia dos poderes aparece mais explicitamente na obra de Foucault, sempre ligada de modo subjacente à arqueologia dos saberes. Nesta obra, frisa o autor que a partir da invenção do "panóptico", por Bentham, a prisão-modelo (cuja arquitetura denota uma nova tecnologia do poder) é possível visualizar como o poder soberano do Antigo Regime dá lugar ao poder disciplinar, na modernidade. A vigilância e a observação são o ponto de partida do conceito de panóptico utilizado por Foucault.

Não resta dúvida de que é o sistema panóptico é um sistema paranóico, na medida em que leva a crer que o outro efetivamente pode ver tudo o que o sujeito realiza, sendo sistema repressivo, pois limita a liberdade mesmo quando ela poderia e deveria ser plena. Tem-se, assim, em prática, o “olho domiciliar” do Big Brother, presente na casa de todos na ficção de George Orwell, 1984. Infelizmente, a afirmação de Michel Foucault que o panóptico é o modelo da atual sociedade disciplinar, em que os indivíduos são tornados transparentes para um “olho invisível”, é a realidade¹⁴.

Interessante destacar que desde o modelo panóptico não há evolução significativa na arquitetura prisional, que permanece com aquela conotação corretiva e disciplinar dos séculos anteriores; sendo que até a conotação utilitária através do trabalho, como ocorre no Brasil, foi abandonada diante da falta de oferecimento de trabalho aos detentos em muitos estabelecimentos prisionais.

O principal traço arquitetônico da prisão é impedir a comunicação com o exterior de modo seguro e eficaz. Só que tal distanciamento, melhor dizendo, tal exclusão, em condições desumanas, só vem a estigmatizar o apenado, ocasionando a verdadeira despersonalização do “eu”, como se verá no transcórrer deste trabalho.

Pelo já exposto neste texto, desprezioso quanto à explanação de todos os aspectos que envolvem o poder disciplinar, é possível concluir que se trata de um poder com forças que a maioria da sociedade não conhece, e nem tão pouco enxerga, mas o fomenta diuturnamente sem saber; ao mesmo tempo, essas disciplinas são disseminadas pelos espaços das atividades humanas, com sucesso surpreendente.

¹⁴ Nos dias de hoje diuturnamente são registradas as atitudes humanas. São câmeras espalhadas por todos os cantos, muitas vezes imagináveis. Não se restringem a local fechado, como bancos, lojas etc. As vias públicas as trazem seja pelo poder público, como também nas residências particulares, em grande número, de modo imperceptível, registrando tudo, e aos poucos vão restringindo a espontaneidade da pessoa humana, descaracterizando-a, deixando-a apreensiva com o sentimento de sanções de ordem moral ou qualquer outra coisa que o valha, cerceando, assim, a liberdade individual.

O sucesso desse poder disciplinar se deve ao uso de seu instrumento simples: “(...) o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e sua combinação num procedimento que lhe é específico, o exame”. São esses três princípios que o bom adestramento obedece (FOUCAULT, 1997).

A vigilância hierárquica proporciona um “super-poder” difícil de ser superado por outro, pois com a vigilância ocorre um nítido processo de total submissão e domínio integral do comportamento. É a idealização de um aparelho disciplinar perfeito, onde todos estariam submetidos à mesma observação. Esse olhar hierárquico é facilmente detectável nas fábricas - corpo econômico – que exclui o ócio e o erro, onde, obviamente, ocorre o aumento do lucro.

Santos (1984) a sobre essa questão econômica ligada ao sistema punitivo sustenta que ela deva ser o ponto de partida para a análise de Foucault, ao considerá-lo como fenômeno social concreto ligado aos processos de produção em que as práticas penais aparecem como uma economia política do corpo, cuja finalidade consiste em estabelecer um domínio sobre as forças corporais (submissão ou docificação) para extrair dessas forças efeitos úteis (utilidade produtiva): são as relações de produção que condicionam essas práticas do corpo tendente à utilização como força produtiva (poder) submetida (poder sobre o poder), institucionalizadas nas regras do Direito e nas garantias do Estado enquanto força política organizada que impõe uma ideologia de dominação como estratégia das classes dominantes.

A sanção normalizadora é selada em todos os mecanismos do poder disciplinar através de um pequeno sistema penal. Esse microssistema é infrapenal e seu campo de atuação se faz sobre as lacunas deixadas pela lei. Foucault (1997) exemplifica bem essa micro-penalidade, citando a oficina, o escritório, a escola: quanto ao tempo, têm-se atrasos, ausências, interrupções das tarefas; quanto às atividades, a desatenção à negligência e a falta de zelo; quanto à maneira de ser, a grosseria, a desobediência; quanto ao discurso, tagarelice, insolência; quanto ao corpo, atitudes incorretas, gestos disformes, sujeira; quanto à

sexualidade, imodéstia, indecência. São atitudes sob vigilância constantes que são reprimidas sutilmente, chegando-se ao castigo físico leve, às privações ligeiras e às humilhações. A idéia é sempre punir. A mínima falha será vista e punida – assim o indivíduo ficará preso numa “universalidade punível - punidora”.

Em outras palavras, trata-se de uma micropenalidade repressiva que atua sobre os mais ínfimos comportamentos e detalhes de conduta. Todo um conjunto de processos sutis é organizado num plano que vai do castigo físico, passando por privações calculadas e indo até as pequenas humilhações. Aquele que se afasta ou não se submete à norma receberá a sanção que se destina a fazê-lo retornar ao interior da norma. Goffman (1996) apresenta os "processos de mortificação do eu" como processos padronizados que expressam e exemplificam o funcionamento da sanção normalizadora.

O exame é o produto final de todas as técnicas disciplinares, que segundo Foucault (1997), reúne a vigilância, a sanção, o controle de tempo, de espaço, enfim, uma forma de classificar, punir e corrigir. Está presente em praticamente todos os regimes disciplinares. Como referido anteriormente, o poder disciplinar é exercido com sutileza, mas encontra-se altamente presente nos corpos que disciplina. O exame corresponde a esta característica, é implícito, não atua diretamente no indivíduo, porém o sanciona da mesma forma. Ele está no centro dos processos que constituem o indivíduo, como efeito e objeto de poder, como efeito e objeto de saber; ele que realiza as grandes funções disciplinares de repartição e classificação, de extração máxima das forças e do tempo, de acumulação genética contínua de composição ótima das aptidões.

As técnicas disciplinares e o panóptico que vêem o corpo como um estrelado universo de cooptação, através de suas características opressoras, fazem do poder disciplinar um poder vitorioso que a cada dia se fortifica e alcança seu fim, à margem de qualquer racionalidade dirigida para o bem comum. Pelo contrário, a racionalidade do poder disciplinar

é dirigida para o bem de alguns, aqueles de sempre, aqueles que oprimem para se sentirem mais livres, que exploram para possuírem maiores riquezas, que humilham para sentir sua autoridade.

2.3 Instituições Totais

Após a ilustração do que vem a ser esse poder disciplinar, suas entranhas e seu espaço, torna-se imprescindível apresentar as conseqüências perniciosas e que o poder disciplinar realiza, que afetam inexoravelmente o ser humano, sua vida, sua dignidade, sua liberdade e sua segurança, mais precisamente quando ele é exercido nas prisões, pois é nela que ele se apresenta mais desnudo e, ao mesmo tempo, tão cruel.

Goffman (1996, p. 11) faz um apanhado de características comuns das chamadas instituições totais, onde inclui, entre outras instituições, a prisão. Dá início à sua obra com a seguinte definição de instituição total:

Um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada.

Vale nesse momento, fazer uma breve explanação sobre o trabalho de Goffman, visto que autor realizou, além de estudos de comportamentos, um trabalho de campo por um ano (1955-1956) no Hospital St. Elizabeths, em Washington, na tentativa de conhecer o mundo social do internado. Sua obra retrata as instituições com profundidade e sensibilidade de detalhes que fogem aos olhos do comum. Sua singularidade surpreende.

Goffman (1996) agrupa as instituições totais da nossa sociedade em cinco categorias, a saber: instituições para cuidar de pessoas consideradas incapazes e inofensivas, que são as casas para cegos, velhos, órfãos e indigentes; instituições para cuidar de pessoas consideradas

incapazes de cuidar de si mesmas e que ameaçam a comunidade não intencionalmente, que são os sanatórios para tuberculosos, hospitais para doentes mentais e leprosários; instituições que são organizadas para proteger a comunidade contra perigos intencionais e o bem-estar das pessoas isoladas, o que não constitui um problema imediato; são as cadeias, penitenciárias, campos de prisioneiros de guerra, campos de concentração; instituições que visam a realização mais adequada de alguma tarefa de trabalho e que se justificam apenas através de tais fundamentos instrumentais: são os quartéis, navios, escolas internas, campos de trabalho, colônias e grandes mansões (do ponto de vista dos empregados); instituições destinadas a servir de refúgio do mundo ou de instrução para religiosos, como as abadias, mosteiros, conventos e outros claustros.

Com definição e respectivas categorias acima trazidas da obra de Goffman, é possível verificar que as instituições totais têm tendência de “fechamento”, que é simbolizado pela barreira que há na relação social com o mundo externo e por proibições de saída, que muitas vezes são incluídas no esquema físico, como portas fechadas, paredes altas, arame farpado, fossos, água, floresta ou pântanos.

Sobre tal isolamento que provoca o distanciamento com o mundo exterior¹⁵, Goffman (1996) faz uma comparação muito perspicaz ao asseverar que as instituições totais na nossa sociedade são “estufas” destinadas a mudar pessoas, tornando-as, cada uma, individualmente, experimento natural sobre o que se pode fazer do “eu”.

Não é difícil encontrar nas concepções críticas ao sistema prisional a alusão de que as instituições totais funcionam como verdadeiros “depósitos de internados”. No Brasil, o estado do Espírito Santo tem se utilizado de contêiner, furgões e microônibus. Na Divisão de Homicídios da Grande Vitória os furgões são ocupados pelos presos até que apareçam vagas.

¹⁵ Como bem assinala Leal: “(...) não se pode ensinar no cativo a viver em liberdade, descabendo cogitar-se de ressocializar quem de regra nem sequer foi socializado”. (2001, p. 40)

Ficam sentados o tempo todo e são levados três vezes ao banheiro por dia. Antes da chegada dos furgões os presos eram algemados nas escadas da Divisão.

Intrínseca às “estufas” está a corrupção no sistema; entretanto, elas se apresentam como organizações racionais conscientemente planejadas, como máquinas eficientes para atingir determinadas finalidades oficialmente confessadas e aprovadas. Sobre essa forja diz Goffman (1996, p. 70):

Um freqüente objetivo oficial é a reforma dos internados na direção de algum padrão ideal. Esta contradição entre o que a instituição realmente faz e aquilo que oficialmente deve dizer que faz, constitui o contexto básico da atividade diária da equipe dirigente.

Tanto Goffman como Foucault salientam que a atividade principal da equipe dirigente dessas instituições é a vigilância, e não a orientação ou inspeções periódicas.

Sustenta Santos (1984) que os objetivos reais do aparelho carcerário e do sistema punitivo são: 1) o controle repressivo dos inimigos de classe do estado capitalista; 2) a garantia da divisão de classes, mediante a separação de força e trabalho/meios de produção, origem das desigualdades sociais, características das relações de produção capitalista; 3) a produção de um setor de marginalizados/criminalizados (reincidentes e rotulados como criminosos, em geral), marcados pela posição estrutural (fora do mercado de trabalho) e institucional (dentro do sistema de controle), como amostra do que acontece aos que recusam a socialização pelo trabalho assalariado.

A visão do autor é direcionada ao sistema capitalista¹⁶, e é interessante nesse contexto, sobre o par “capitalismo e prisão”, citar Marx sobre o fenômeno criminoso relativo ao elevado custo econômico e social, tendo em vista que com o crime ocorre a produção de

¹⁶ Capriglione (1996, p. C1) informa que o setor de automóveis blindados teve um aumento de demanda de até 200% por causa dos ataques do PCC no estado de São Paulo. Aumento também foi registrado nas imobiliárias o trabalho de especialistas em compra e venda de casas em condomínios fechados, para se ter uma idéia, no condomínio fechado de Alphaville, tais especialistas, visitavam, em média, uma vez ao dia, passando a noite. Registra também a jornalista sobre as câmeras de segurança espalhadas nesses condomínios e rondas internas freqüente dos seguranças particulares.

professores, livros de textos, leis e legisladores; sobressai o prazer do estudo; autores se enriquecem; traz contribuição para desenvolvimento de técnicas, como por exemplo, para tortura em tempos passados e para identificação; aperfeiçoa-se as indústrias legais como a fabricação de cheques e bilhetes que não possam ser facilmente falsificados e meios defensivos físicos e mecânicos, como fechaduras e cofres fortes, e tantos outros que a cada dia são inventados; abre fontes de trabalho em fábricas e exclui do mercado de trabalho a população excedente; interrompe a monotonia e a segurança da vida burguesa fazendo emergir as tensões sociais. Isso indica a funcionabilidade do delito no sistema de produção capitalista, e toda essa gama de produtos é absorvida pelo mercado de consumo com extrema naturalidade. (GIACOIA, 2001, p. 196)

De fato, é fingidor o propósito do sistema prisional, precursor de danos irreparáveis aos condenados e a sociedade, que finge tão completamente que se presta a retirar o indivíduo da sociedade, encarcerando-o, levando-o para um mundo totalmente desvencilhado do mundo livre, para que ele retorne nele a viver reeducado, ressocializado. Paradoxo que dificilmente alguma ciência poderá compreender.

Após o estudo sobre a prisão, do poder disciplinar e das Instituições Totais, segue a dissertação sobre a vida do apenado à pena privativa de liberdade, com o propósito de concluir a temática sobre os males e fracasso da utilização desta pena.

2.4 Vida do Apenado

O indivíduo ao deixar o mundo livre carrega consigo uma concepção de si mesmo, histórias de sua vida, sentimentos, entre outros valores nem sempre tão cruéis; mas ela se perde, descaracteriza-se, decompõe-se. Isso se dá pela série de rebaixamentos, degradações, humilhações e profanações do “eu”.

Há o enfrentamento de mudanças radicais em sua “carreira moral”, mudanças nas crenças de si mesmo e com relação aos outros que são significativos para ele. Como diz Goffman (1996, p. 24), “(...) o seu eu é sistematicamente, embora muitas vezes não intencional, mortificado”.

Essa “mortificação” traz conseqüências irreparáveis mesmo que o internado volte ao mundo externo e consiga recuperar atividades e valores – ela se apresenta desde o início, já na admissão.

Na admissão, quando das atitudes da equipe dirigente ao realizar um histórico da vida do internado: tira fotografia, pesa, tira impressões digitais, atribui números, procura e enumera bens pessoais para que sejam guardados; despem, dão banho, desinfetam, cortam o cabelo, distribuem roupas da instituição, dão instruções sobre as regras, designam local para o internado. Desta forma, inicia-se a “mortificação do eu”.

São descritos por Goffman (1996, p. 26) inúmeros fatores que contribuem para a verdadeira deformação pessoal do internado. Há incontestemente perda do seu conjunto de identidade, há a desfiguração pessoal decorrente de mutilações diretas e permanentes do corpo, pelas pancadas, terapia de choques e outros meios violentos e mais, a exposição contaminadora, que o autor assim descreve, como sendo a mais evidente, “(...) a de tipo diretamente físico - a sujeira e a mancha no corpo ou em outros objetos intimamente identificados com o eu”. Também os alimentos sujos, locais em desordem, toalhas sujas, sapatos e roupas impregnadas com o suor de quem as usaram antes, vasos sanitários (boi) sem assentos e instalações precárias para banho.

Além desses fatores de ordem direta, há outros indiretos que contribuem para a mortificação do apenado. Entre eles o fato das instituições totais atuarem em contraste, perturbando ou profanando as ações que na sociedade civil têm o papel de atestar, coibindo os internados de tomarem decisões “adultas”, autônomas e de liberdade de ação; são eles

obrigados a certas atitudes que enfraquecem por inteiro a sua autonomia como, por exemplo, questões até singelas, mas impotentes, de não expressar mau-humor, do silêncio à noite, da cama limpa e macia, das vestes, enfim, esse conjunto de negação de espontaneidade e comodidades que reflete a perda de escolha pessoal, da decisão de atos e até de palavras.

Quanto à cultura do internado, também se torna necessário salientar que, nesse contexto, a baixa e precária condição do internado, comparada com a que tinha no mundo livre, e estabelecida inicialmente através do processo de espoliação, cria um meio de fracasso pessoal permanente, uma verdadeira desgraça pessoal. Como resposta a essa inferioridade o internado tende a criar uma “história”, um conto triste e a conta constantemente a seus companheiros como uma forma de explicar a sua baixa posição. Conseqüentemente, o “eu” do internado pode tornar-se, mais do que no mundo externo, foco de sua conversa e de seu interesse o que o leva a um excesso de piedade por si mesmo. Na realidade, essa postura assumida é um meio de defesa dos internos. De grande significância, também, é o fato de que, entre os internados, existe a concepção de que o tempo passado no estabelecimento é tempo perdido, tirado de sua vida. Assim, é possível avaliar a influência destruidora de uma sentença indefinida ou muito longa.

Sobre esse aspecto, que nos remete ao tempo na prisão e à reincidência, seguem os dizeres de Foucault (1998, p. 205):

Do mesmo modo que o médico prudente pára a medicação ou continua com ela conforme o doente tenha ou não chegado à cura perfeita, assim também, na primeira dessas duas hipóteses, a expiação deveria cessar diante da regeneração completa do condenado; pois nesse caso, qualquer detenção se terá tornado inútil, e, portanto tão desumana para com o regenerado quanto inútil e onerosa para o Estado.

A partir desses dizeres, fica claro que, para Foucault, a variação da pena deve se firmar não só com o ato e suas circunstâncias, mas com a própria pena tal como ela se

desenrola concretamente, ou seja, a pena não deve partir do sujeito responsável pelo delito, mas, sim, a partir do indivíduo punido.

É a decisão judicial que marca a duração da pena. Entretanto, sua gestão, sua qualidade e seus rigores, deveriam pertencer a um mecanismo autônomo capaz de controlar os efeitos da punição no próprio interior do aparelho que produz. Isso, com certeza, contribuiria para alguns avanços à problemática. Não seria essa medida de difícil execução e nem mesmo radical.

É óbvio que o juiz, ao “bater o martelo” que impõe a duração da pena, não acompanha o seu desenvolvimento. É preciso que haja mecanismos atentos para essa questão, já que não teremos, em curto prazo, como tudo leva a crer, a minimização do direito penal e nem tão pouco sua abolição.

Os juízes não possuem capacidade de penetração no mundo do acusado, desfavorecendo, ainda, os indivíduos das classes subalternas. Isso se dá não só pelos estereótipos e preconceitos, mas, também, pelas “teorias de todos os dias”, que o juiz tende a aplicar na reconstrução da verdade judicial.

Tais colocações remetem, nesse momento, ao escritor Dostoievski, com sua obra "Crime e Castigo". Essa obra que proporciona a reflexão sobre uma filosofia que não se traduz diretamente em conceitos teóricos. É de exorbitante riqueza de detalhes, tanto quanto da complexidade da questão temática deste trabalho. De forma magistral, esse autor russo, singular, ao unir as palavras, transforma-as em cenas quase que vivenciadas pelo leitor. Dostoievski, ao narrar o antes, o durante e o depois do cometimento de um duplo homicídio, faz saltar aos olhos sensações humanas conflitantes e, conseqüentemente, inúmeras reflexões sobre o crime e o castigo. O retrato da angústia do estudante assassino dá mostra que o castigo vem dele mesmo, pois seu arrependimento é amargo e o remorso se torna um verdadeiro inferno em sua vida.

Voltando à duração do cumprimento da pena, é ela desvencilhada de qualquer outro referencial que não seja o permitido no texto legal, incidindo e agravando num grande problema, se não maior: a reincidência. E é a reincidência a certeza do maior fracasso do sistema prisional.

Os sentimentos do apenado, frente à “mortificação” que sofre na prisão, são de revolta, de ódio, de despersonalização, de vingança, entre outros. E é com tranquilidade que se pode afirmar que quanto mais tempo o indivíduo é privado da liberdade e obrigado a viver na prisão, mais “desculturado” dela sairá. Saindo, cometerá mais crimes e de proporções mais graves.

Isso pode ser verificado nas estatísticas que comprovam que aqueles condenados que são submetidos à privação da liberdade por um período curto ou então cumprem penas alternativas apresentam índice de reincidência ínfimo se comparado àqueles de encarcerados há mais tempo. Para o mestre (2001, p. 135), a baixa reincidência naqueles casos em que o apenado tem menor ou nenhum contato com o cárcere, ocorre “porque não exprimem as trágicas e más experiências carcerárias”.

O fracasso por excelência do sistema prisional, a reincidência, pode ainda ser constatado pelo fato de que os delitos definidos como atos cruéis, hediondos, bárbaros ou de maior gravidade são, em regra, praticados por ex-presidiários. Se tais crimes são cometidos por aqueles que deveriam estar ressocializados após a estada na prisão e se, pelo contrário, cometem crimes ainda mais graves do que aqueles que os fizeram encarcerado, não há receio algum na afirmação de que a prisão é na realidade uma fábrica-escola de delinqüentes. Assim, a reincidência é fruto de uma verdadeira e própria carreira criminosa alcançada na prisão.

Coaduna com esse pensamento Baratta (1999, p. 179) ao afirmar que:

A teoria das carreiras desviantes e do recrutamento dos “criminosos” nas zonas sociais mais deficitárias encontra uma confirmação inequívoca na análise da população carcerária, que demonstra a extração social da maioria dos delitos dos estratos sociais inferiores e o elevadíssimo percentual que, na

população carcerária, é representada pelos reincidentes.

Diante de tantos males e ineficiências que o sistema prisional, como um todo, representa e diante a falta de atitude política que se disponha a mudar esse quadro, vale analisar os questionamentos do mestre Giacoia (2001, p. 137-138):

Será possível mudar esse quadro? O sistema penitenciário viveria sem a reincidência? Este não é o principal produto, necessário à manutenção da administração e estrutura dos sistemas políticos econômicos, pressupostos dos países subdesenvolvidos? Elocubremos, imaginando a hipótese de réus condenados à pena privativa de liberdade reintegrados e ressocializados. Se essa utopia fosse realidade, o sistema de prisão fechada ofereceria um nível de vida melhor que o de muitos indivíduos em liberdade, provocando o aumento da criminalidade. As pessoas não passariam a cometer delitos para viver em penitenciárias e um dia retornar à vida livre em melhores condições, garantidos pelo Estado emprego estável e assistência social a toda a família do preso?

Continua o mestre:

Costuma-se dizer que não raro a sistemática penal funciona a serviço da criminalidade e não da sociedade, e é justamente por isso que grande parte dos egressos volta ao crime. E não voltam sozinhos, cada um deles carrega dois, três, cinco ou mais indivíduos, nos presídios de grande capacidade populacional, de características fechadas. Ao contrário dos egressos, que cumprem sanção privativa de liberdade em pequenos presídios, no sistema aberto, ou são beneficiados pela suspensão e livramento condicional, tendo contato com as respectivas comunidades e com suas famílias. Estes contribuem para a sensível redução da taxa de reincidência, pois tais medidas produzem efeitos positivos no condenado, possibilitando melhor evolução dos fins que são propostos para a pena.

Não se pode perder de vista que as altas taxas de reincidência não são produtos exclusivo do sistema penal como todo; a responsabilidade deve ser atribuída também às situações e condições sociais e econômicas injustas, que agravam o quadro da marginalidade e da exclusão, no qual aquele, o sistema prisional, desponta como instrumento de manutenção e reprodução da estrutura injusta de dominação.

Também, não se pode deixar de focar, neste contexto, a responsabilidade do poder disciplinar, tema já explanado neste trabalho.

Os ensinamentos de Foucault mostram que as críticas às práticas prisionais modernas são contemporâneas de sua própria ascensão, mas que nunca colocam em causa a própria existência da prisão como a pena por excelência. De acordo com Foucault, se a prisão permanece é porque apesar das críticas que lhe são dirigidas desde o início (não diminui a taxa de criminalidade, provoca a reincidência e fabrica delinqüente), ela desempenha funções importantes na manutenção das relações de poder na sociedade moderna.

A prisão no Brasil é essa realidade, totalmente ineficaz – quem dela sai tem mais chances de voltar; ela não proporciona ao condenado a reabilitação, a reeducação e muito menos a liberdade ao término da condenação; ela faz e espalha na sociedade uma população delinqüente e perigosa, e a própria sociedade sustenta todo esse sistema falacioso e, o que é pior, a grande maioria ainda insiste que se combaterá a criminalidade com penas mais severas.

A compreensão de Carnelutti (1995, p. 83) em seus dizeres abaixo transcrito, não faz parte dos discursos opressores que se propagam na sociedade, muito pelo contrário, mas merece reflexão, a saber:

Quando, através da compaixão, cheguei a reconhecer nos piores dos encarcerados um homem como eu; quando se diluiu aquela fumaça que me fazia crer ser melhor do que ele; quando senti pesar nos meus ombros a responsabilidade do seu delito; quando, anos faz, em uma meditação em uma sexta-feira santa, diante da cruz, senti gritar dentro de mim: ‘Judas é teu irmão’, então compreendi que os homens não se podem dividir em bons e maus, em livres e encarcerados, porque há fora do cárcere prisioneiros mais prisioneiros do que os que estão dentro e há dentro do cárcere mais libertos da prisão dos que estão fora. Encarcerados somos, mais ou menos, todos nós, entre os muros do nosso egoísmo; talvez, para se evadir, não há ajuda mais eficaz do que aquela que possam nos oferecer esses pobres que estão materialmente fechados entre os muros da penitenciária.

Arguições sobre o surgimento da prisão, das transformações da maneira de punir via poder disciplinar, dos mecanismos desse poder que é imposto, inclusive alguns aspectos do modo de atuar da equipe dirigente da instituição – na prisão, na vida e no sentimento do

apenado, da duração da pena e da reincidência – foram expostas. Como último tópico, sobre a função retributiva da pena, segue a análise da situação do preso ao retornar à vida livre.

Ao se examinar os efeitos negativos do encarceramento elencados por Goffman e apresentados nesta dissertação sobre a psique dos condenados e a correlação desses efeitos com a duração daquele, o que se verifica é que ocorre a transformação inversa do confessado – ou seja, uma vez delinqüente, sempre delinqüente, ou melhor, mais delinqüente.

A sensação de perda que sente o apenado desde a sua admissão na instituição total, do “eu mortificado”, do tempo perdido de permanência na prisão, das perdas de contatos sociais e até impossibilidade de adquirir coisas que possam ser transferidas para fora dos muros, enfim, toda essa dificuldade encontrada na vida de um condenado parece não ter fim, não cessa. A repressão sentida e vivida pelos prisioneiros alastra-se até mesmo quando chega a hora da tão sonhada “liberdade”.

Evidentemente, num primeiro momento, apesar de certa angústia e medo de regressar à sociedade, o ex-internado vive momentos de glória: caminhar para qualquer direção, sentir ar fresco, falar quando e com quem deseja, fazer um lanche solitário, não ter a determinação de horário etc. Depois, percebe que a vida que tinha antes da prisão não é mais a mesma, ela se perdeu. A vida do condenado passa a ser um nada, vazia, sem referencial positivo; apenas latentes são os sentimentos e experiências adquiridos na prisão em contraste enorme com o mundo livre, somados ao enorme preconceito da sociedade.

Goffman (1996, p. 68) apresenta, quanto à angústia da liberação, a seguinte explicação:

Que o indivíduo não está disposto ou está muito doente para reassumir as responsabilidades das quais se livrou através da instituição total (...). Um fator que tende a ser mais importante é a desculturação, a perda ou impossibilidade de adquirir os hábitos atualmente exigidos na sociedade mais ampla.

Outro fator apontado pelo autor é o “estigma”. De volta ao mundo exterior, o ex-condenado tem uma recepção fria e tende a sentir isso no momento em que procura um emprego ou um lugar para viver. Mesmo se encontrando em “liberdade”, ele pode se sentir aprisionado.

Giacoia (2001, p. 305) referindo-se aos males ocasionados pela prisão levando-se em conta o meio social, observa-se o seguinte:

Incapacidade de socializar-se e conviver com a família (choques de opiniões e dissoluções conjugais, falta de adaptação com os filhos). Ao sair da prisão, carrega consigo o rótulo de ex-presidiário, o que dificulta conseguir trabalhar honestamente. A segregação sofrida só o afasta do mundo livre, fazendo-o aproximar do mundo criminoso.

A estigmatização do ex-presidiário estende-se aos seus familiares e às pessoas do seu meio de modo geral. O seu retorno à sociedade é cercado de relações de prevenção: não consegue trabalho estável; sai da prisão, geralmente, menos hábil do que entrou; sem caminhos, acaba por aumentar a lista dos vagabundos e dos bandidos; pelo afastamento de seu meio social, o sentenciado, quase sempre, sofre uma desadaptação, não consegue conviver na sociedade. Contribui para esse fato, também, por ter tido no isolamento uma vida bem diferente, totalmente dissociada da que tinha.

Os danos que a prisão causa são totalmente incompatíveis com a ressocialização do apenado. Incompatíveis porquê, além dos fatos já elencados, a ociosidade, a superlotação, a convivência é promiscua e anormal no cárcere; os ataques sexuais sofridos são constantes,. Mesmo sendo o apenado homossexual a violência existe, e os que não são, além da violência, são coagidos a viverem esta experiência; as drogas estão presentes, como freqüentemente os meios de comunicação informam a partir de sua apreensão com os visitantes dos presídios, e o seu uso dentro dos presídios não é obstado pelos dirigentes, tendo em vista que há drogas que “acalmam” consideravelmente o encarcerado; os presos chegam até mesmo a fabricarem bebidas alcoólicas nos interior dos presídios e a usá-las; na maioria das vezes não há escolha e

o prisioneiro fica obrigado a se aliar aos grupos organizados; seu trabalho é escravo ou recebe irrisória remuneração; obedece à lei do silêncio; a fabricação de armas é rotineira, até mesmo os internados na FEBEM são constantemente flagrados com inúmeras armas, que as utilizam em fugas, motins e rebeliões, sendo muitos coagidos a participarem; a saúde do detento também é sacrificada, seja pelas perturbações mentais, psicoses carcerárias e outros males morais e físicos, como a aids. (GIACOIA, 2002)

No dias atuais soma-se à gama de problemas as organizações criminosas oriundas de dentro dos presídios, que Barros (2004, p. 185) comenta:

(...) São prova cabal de que quanto mais afastado se manter o condenado do convívio social, maior será seu envolvimento com a cultura do cárcere e sua dessocialização. Dessa maneira, atendendo aos fins que tem a pena no Estado de Direito, a permanência nos regimes mais rigorosos deverá ser mínima necessária.

É forçoso concluir que a pena privativa de liberdade não priva só a liberdade; seus males atingem o físico, o psicológico, a família, o meio social do apenado e mais, ela contribui para a corrupção, para as organizações criminosas, para a violência dentro e fora do cárcere. Somado a tudo isso está a legislação penal brasileira.

No Brasil, leis pátrias não faltam consoante os direitos dos presos. Inclusive é o país signatário de tratados supra-nacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)¹⁷; o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, entre outros.

¹⁷ Em 1966 veio a lume o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e logo após, em 22 de novembro de 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mundialmente conhecida como *Pacto de San José*. No preâmbulo desta convenção, já se podia depreender a preocupação com a universalização dos Direitos Humanos, bem como com o respeito ao princípio da não-intervenção e da auto-determinação dos povos, reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados Americanos;

Infraconstitucionalmente temos, principalmente, a Lei da Execução Penal (LEP), que contém várias disposições concernentes aos encarcerados, inclusive concedendo assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, visando sempre “prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”.¹⁸ Estabelece-se ainda, no art. 28¹⁹, o trabalho do condenado como dever social e condição de dignidade, tendo finalidade educativa e produtiva, servindo, ainda, como forma de remição da pena, ou seja, para cada três dias de trabalho um dia do tempo de execução da pena é subtraído²⁰.

Tais legislações, como também programas institucionais, são calcados nas reais necessidades dos condenados: contemplam seus direitos e garantias fundamentais, abrangem um programa de ocupação de seu tempo, através de atividades culturais, de trabalho e de educação, visando sempre a reinserção do mesmo na sociedade ao final do cumprimento de sua pena. Portanto, pode-se afirmar que o problema central não está na lei. Obviamente que não está, levando-se em conta que há garantias legais, infelizmente isso se verifica na prática.

A seguir será realizada a abordagem das leis penais brasileiras em matéria penal, verificando sua trajetória ao longo da história, com seus avanços e retrocessos.

¹⁸ A lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que Institui a Lei de Execução Penal, em seu artigo 10 preceitua: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único - A assistência estende-se ao egresso”. Continuando, em seu artigo 11: “A assistência será: I - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa”.

¹⁹ Quanto ao trabalho do preso o Art. 28 da LEP reza: “O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva. § 1º - Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene. § 2º - O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho”.

²⁰ Da remição também trata a LEP em seu artigo 126, a saber: “O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena. § 1º - A contagem do tempo para o fim deste artigo será feita à razão de 1 (um) dia de pena por 3 (três) de trabalho. § 2º - O preso impossibilitado de prosseguir no trabalho, por acidente, continuará a beneficiar-se com a remição. § 3º - A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvido o Ministério Público”.

CAPÍTULO III - LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

O direito penal tem suas raízes no poder mais antigo das civilizações, o de punir. Não se vislumbra outro ramo do direito que afete, que aflija, tanto a vida da pessoa humana quanto ele.

Doutrinariamente o direito penal é reconhecido como aquele que define, explica o crime e atribui a pena. Nele está contido o conjunto de normas que o Estado emprega para “prevenir ou reprimir” os fatos que atentem contra a segurança e a ordem social, definindo as infrações, estabelecendo e limitando as responsabilidades e relacionando as sanções punitivas correspondentes.

A conceituação do Direito Penal acima exposta deixa à margem a análise crítica necessária, pois como dogma afasta questionamentos e reflexões para a problemática que abarca o sistema penal.

De toda análise que se faça é importante não perder de vista a limitação do direito de punir do Estado e sempre se atentar às legislações penais, que devem se apresentar como basilares na valoração do indivíduo e, conseqüentemente de seus bens jurídicos caros. Caso contrário, servirá o direito penal como um dos meios mais eficientes para impor estrutura de privilégio para os economicamente mais fortes²¹.

O presente capítulo traz uma abordagem das leis penais no Brasil, não com a pretensão de detalhá-la historicamente, mas, sim, de demonstrar as dificuldades inerentes ao processo legislativo e à eficácia das leis penais.

²¹ O entendimento de tal relação - do direito penal com a desigualdade - é um dos objetivos principais da criminologia crítica, visto que é encarada como um dos maiores nós teóricos e práticos das relações sociais de desigualdades inerentes da sociedade capitalista. Baratta (1999, p. 208) conceitua a sociedade desigual, a saber: “A sociedade desigual é aquela que teme e reprime o diverso, porque a repressão do diverso, em todos os sistemas normativos particulares em que ocorre, do direito à religião, à escola, à família, é uma técnica essencial para a conservação da desigualdade e do poder alienado. Eis aqui porque quanto mais uma sociedade é desigual, maior é a inflação das definições negativas de desvio”.

De todo o exposto no capítulo anterior, percebe-se que não há como olvidar dos males proporcionado por este sistema penal opressor, que se utiliza excessivamente da pena privativa de liberdade urgindo, assim, a necessidade de substituí-la. Por isso pretende-se abordar as legislações penais brasileiras, tendo como marco a introdução no ordenamento jurídico pátrio das penas alternativas, ocorrida em 1984 com a Reforma da Parte Geral do Código Penal, e investigar se as penas alternativas são, na realidade, opções para restringir a aplicabilidade das penas que privam a liberdade, ou então fazem elas, também, parte integrante desse sistema penalizante e não legitimado.

3.1 Antecedentes à Reforma da Parte Geral do Código Penal

No Brasil pré-colonial os índios eram seus habitantes, possuidores de práticas bastante rudimentares, provindas de mitos e tabus. As regras consuetudinárias existiam, sendo que algumas de ordem proibitiva, como, por exemplo, a proibição de matar animais férteis ou em tempo de procriação. A tortura não era admitida. A prescrição de algum ato ilícito não existia. Admitia-se a vingança privada pela forma do talião, canibalismo e expulsão da tribo, com predominância das punições corporais.

Não é possível, assim, identificar qualquer organização jurídico-social no período pré-colonial brasileiro.

É no período colonial²² que a história da legislação penal no Brasil começa a surgir. Como ensina Fragoso (1995), por meio de um estudo histórico-comparativo da legislação

²² Enganam-se os que imaginam que a estirpe da nobreza portuguesa, com toda aquela “pompa e circunstância”, veio habitar a “Terra Brasilis”. Na época da colonização do Brasil as embarcações portuguesas que chegavam ao Brasil continham uma tripulação de delinquentes, que cumpriam suas condenações criminais de trabalho forçado no manejo dos remos. Como bem assevera Giacoia (2002, p. 104), essas embarcações “eram verdadeiros presídios flutuantes”. Portanto, a população brasileira inicia sua formação com habitantes criminosos. Tais condenados cumpriam uma espécie de pena de deportação, vigente no ordenamento jurídico português desde o século XV.

penal, as Ordenações do Reino passaram a ser aplicadas no Brasil a partir de seu descobrimento. Dada a condição de colônia do Brasil, não se permitia um sistema jurídico próprio e sim um sistema jurídico estabelecido por Portugal.

Nesse período, devido às peculiaridades da Colônia, com o sistema de capitanias, a aplicação desse direito oriundo de Portugal era praticamente nula, pois não havia um poder público estruturado juridicamente e nem um mínimo de organização repressiva. Mesmo, depois, com os Governos Gerais, tais leis elaboradas não possuíam eficácia. E não poderiam mesmo tê-la, tendo em vista que os contextos político, social e cultural do Brasil eram completamente diferentes dos de Portugal.

Com a presença do Ouvidor Geral, investido de competência em matéria criminal, inclusive para a aplicação da pena de morte, a legislação penal por ele aplicada estava contida no Livro V, das Ordenações Filipinas. Tais dispositivos confundiam o crime com o pecado e a pena era executada em forma de castigo e com requintes de crueldade. Isso dá mostra que a justiça penal nesse período refletia a dos tempos medievais. Ressalta-se que a pena de morte era a pena mais comum, sendo ela aplicada a um grande número de pessoas.

O sentido desta legislação era a intimidação feroz, sem qualquer tipo de proporção entre a pena e o delito, confundindo os interesses do Estado com os da Igreja. Neste sentido, Beccaria (1997, p. 37), ensina:

Impossível evitar todas as desordens, no universal combate das paixões humanas (...). A exatidão matemática deve ser substituída, na aritmética política, pelo cálculo das probabilidades. Se lançarmos um olhar para história, veremos crescerem as desordens com os limites dos impérios, diminuindo o sentimento nacional na mesma proporção e, assim, a tendência para o crime cresce na razão do interesse que cada um tem nas próprias desordens. Por esse motivo a necessidade de ampliar as penas vai sempre aumentando.

E mais, assevera Beccaria (1997, p. 39):

(...) o prêmio e o castigo, a distribuição inexata destes produzirá a contradição (...). Se a pena igual for cominada a dois delitos que

desigualmente ofendem a sociedade, os homens não encontrarão nenhum obstáculo mais forte para cometer o delito maior, se disso resultar mais vantagem.

Neste contexto histórico é imprescindível tecer uma breve consideração sobre a influência da igreja, que desde a antiguidade adotou e transmitiu sua organização hierárquica, centralizada e burocrática, impondo seu direito às estruturas de poder frágeis e fragmentada. No Brasil, como explana bem Bager, o Tribunal do Santo Ofício não foi instalado, nem os autos-de-fé, que eram espetáculos montados para que o povo presenciasse a queima dos condenados pela Inquisição, mas nem por isso ficamos livres da Inquisição, arrebatando a autora (2002, p. 16):

(...) por meio de enviados de Portugal e pela remessa de nossos processos para Lisboa. Bispos, aqui, tiveram função inquisitorial, embora não pertencentes aos quadros do Santo Ofício. Enquanto inquisidores chegados de Portugal realizavam os seus trabalhos, a eles se submetiam as autoridades civis.

As regras do direito canônico são correlatas à investigação criminal, tanto que muito do nosso sistema se baseia na forma como a Igreja apurava os atos que ofendiam os preceitos de fé.

Outra característica dessa época, que ainda parece teimar em resistir, é a formação de uma justiça seletiva, ou seja, os fidalgos, juízes, doutores em cânones, leis, e medicina não eram submetidos à tortura, só deixando de ter esse privilégio se o crime fosse para lesa-majestade (traição contra a pessoa do rei), falsidade, moeda falsa, feitiçaria, sodomia e furto. Portanto, o direito penal desigual não é fruto da atualidade.

Com a independência do Brasil em 1822, em 1824 foi outorgada a primeira Constituição e, posteriormente, foram editados os Códigos Penal e Processual Penal.

Porém, a Carta destinava-se aos poucos brancos e mestiços que votavam, escravos eram excluídos, pois não eram considerados cidadãos, como complementa Bajer (2002, p. 22):

Só descendentes de escravos libertos poderiam votar, se financeiramente preparados, já que a Constituição estabelecia renda mínima para o exercício do direito do voto. Nem mesmos os alforriados eram considerados cidadãos brasileiros. No Rio de Janeiro, em 1821, 46% das pessoas eram escravas.

Nesse período, após a “liberdade” tanto esperada, a consciência nacional estava voltada às dificuldades sociais e econômicas, e à propagação de ideais humanistas revolucionários da Europa e da América do Norte. O absolutismo já era contestado.

A liberdade nesse período correspondia ao estar a salvo do controle do Estado sobre as condutas individuais. Tanto que certos estatutos davam conta desse anseio nessa época: Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1791, com seus novos ideais de liberdade e igualdade, e no Brasil, em 1821 a promulgação da lei sobre a liberdade de imprensa. Em 1764, Cesare Beccaria já havia escrito o singular “Dos Delitos e da Penas”, que há mais de 200 anos consigna atualidade espantos. No intróito de sua obra, traz a seguinte explanação:

Olhemos a história e veremos que as leis, que são, ou deveriam ser, pactos entre homens livres, não passaram, geralmente, de instrumentos das paixões de uns poucos, ou nascem de fortuita e passageira necessidade, não já ditadas por um frio analista da natureza humana, capaz de concentrar num só ponto as ações de muitos homens e de considerá-las de um só ponto de vista: a máxima felicidade dividida pelo maior número (1997, p. 23).

Diante de toda a transformação ocasionada pela independência do Brasil, não tardou a elaboração do Código Criminal. Em 16 de dezembro de 1830, D. Pedro I sancionou o Código Criminal do Império, que foi o primeiro código autônomo da América Latina (Bajer, 2002). Tal estatuto é considerado de índole liberal pela influência que obteve do Código Francês de 1810 e do Napolitano de 1819 e fundou-se nas idéias de Bentham, Beccaria e Melo Freire.

Para complementar o sistema da legislação penal, em 1832 foi promulgado o Código de Processo Criminal, que também teve grande influência das idéias humanitárias do período iluminista, tanto que o *habeas corpus* nele já era previsto.

O descontentamento dos liberais era grande e, em 1845, começou a se firmar o movimento para uma nova reforma que só iria acontecer em 1871, com a edição da lei nº 2033.

Destaca Giacoia (2002, p. 109) que proclamada a República pelo Golpe de Estado de 15 de novembro de 1889, conseqüentemente, a instalação de um novo sistema político no Brasil se procedeu. Surgiram inovadoras tendências no campo da legislação penal. Depois pouco mais de um ano, foi promulgada a nova Constituição em 1891. A Constituição republicana não contemplava mais a pena de morte, com exceção da estabelecida nas leis militares para tempos de guerra. Abolida também foram às penas galés (o condenado esmolava em praça pública o seu sustento) e do banimento.

Por Decreto, em 11 de outubro de 1890 foi aprovado o novo Código Penal da República, antes mesmo da reforma constitucional, alvo de críticas pela rapidez de sua elaboração e por conter muitas falhas e lacunas, sendo até hoje referido como o pior de todos os códigos.

Após a elaboração do Código Penal Republicano foram construídos grandes presídios nas capitais, instituindo-se a chamada centralização penitenciária. Uma certa divisão no cumprimento das penas se iniciou, sendo que os estabelecimentos penitenciários das capitais eram priorizados para os condenados a penas longas e os dos municípios, para os condenados a penas mais curtas.

O primeiro Código Penal republicano passou por inúmeras alterações, devido às imperfeições acima referidas e que acabaram por dificultar a sua aplicação. Tais leis que modificaram o Código acabaram reunidas na denominada Consolidação das Leis Penais, Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932).

A promulgação do Código Penal de 1890, quase em concomitância com a Constituição de 1891 e depois, a Constituição de 1934, de caráter liberal e social, pareciam

seguir a um rumo sem muitas surpresas. Com a implantação do Estado Novo, a Constituição de 1937 amargurou-se verdadeiro um retrocesso.

Infelizmente, boa parte desse direito penal, com características fascistas, vigora até os dias atuais, apesar de suas inúmeras reformas subseqüentes.

A Carta Constitucional de 1937 foi extremamente fascista e autoritária, pois consagrava amplos poderes ao Presidente da República para coordenar, promover, orientar e ter superintendência da política administrativa do Brasil.

A supremacia era total do Poder Executivo sobre os outros poderes e dentro de novos rumos do país ocasionados pelo Golpe; foi neste contexto que o então Ministro da Justiça, Francisco Campos encarregou o Professor Alcântara Machado de elaborar uma nova legislação penal.

Em 1933, os juristas Candido Mendes de Almeida, José Gabriel de Lemos Brito e Heitor Carrilho elaboraram o Projeto de Código Penitenciário da República, mas devido às divergências nele contidas com relação à lei penal material, ou seja, o Código Penal de 1940, (que logo entraria em vigor) não foi aproveitado.

Depois de um ano Alcântara Machado apresentou seu anteprojeto de lei que foi encaminhado à chamada Comissão Revisora do Projeto Alcântara Machado, composta por Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio de Queirós e Roberto Lyra. A edição do novo Código se deu em 1940, por meio do Decreto-lei 2.848 de 7 de dezembro. Foi considerado um estatuto eclético pelo fato de superar diferentes teorias entre as escolas penais e tendências daquela época, baseadas principalmente nos códigos Suíço e Italiano.

É possível elencar algumas inovações trazidas pelo Código de 1940, dentre elas a adoção do princípio da reserva legal; a implantação do sistema *duplo binário* referente às penas privativas de liberdade e medidas de segurança; a adoção das penas principais, acessórias e a sanção pecuniária; a dualidade das penas privativas de liberdade, com distinção

no cumprimento entre detenção e reclusão (princípio da execução da pena e sua execução); a incorporação dos institutos da suspensão e do livramento condicional da pena. (Giaccoia, 2002)

O Código Penal foi publicado em 31 de dezembro de 1940, e entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 1942 – foram dois anos de *vacatio legis*. Neste ano entrou em vigor concomitantemente o novo Código de Processo Penal, este publicado em 13 de outubro de 1941, com apenas dois meses de *vacatio*. O novo Código de Processo Penal entrou em vigor por meio do Decreto-lei nº 3.689, legislação ainda vigente nos dias atuais. Suas características são de um direito punitivo com resquícios inquisitivos, influenciado pelo regime ditatorial, embora melhorado por modificações legais introduzidas.

Como exemplo de tais distorções e autoritarismo da época tem-se a restrição do princípio *in dubio pro reo* em nome do interesse público e da maior eficácia da ação repressiva, como consta no próprio texto da Exposição de Motivos do Código de 1941: “não se pode continuar a contemporizar com direitos individuais em prejuízo do bem comum”. (Giaccoia, 2002, p. 114)

Outro ponto interessante, nesse contexto, é que se atribuí ao juiz a faculdade de iniciativa e produção de provas no curso da ação penal, ofendendo o princípio da imparcialidade, pois o magistrado, de ofício ao intervir na marcha instrutória, produz provas que, inevitavelmente, pesarão a favor de uma parte e contra a outra.

Prescreve também esse diploma quanto à obrigatoriedade da prisão preventiva nos delitos cuja pena máxima cominada fosse igual ou superior a dez anos, dispensando qualquer outro requisito e ferindo, assim, o princípio da presunção de inocência e da não culpabilidade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em 1946 foi promulgada a nova Constituição brasileira, restaurando-se a democracia no país com a queda do Estado Novo. Considerada democrática, desde o ponto de vista dos

princípios fundamentais de justiça e política social, não teve força para provocar o movimento de reforma que importasse em completa substituição do Código de Processo Penal. No tocante à proteção penal e processual, garantiu-se a liberdade plena, excetuando-se os casos expressos da prisão em flagrante ou determinada por autoridade competente. Foram proibidos os foros privilegiados, os juízes e tribunais de exceção, a pena de morte (ressalvando a sua aplicação segundo a lei militar em caso de guerra com país estrangeiro), de banimento, de confisco e as sanções de caráter perpétuo. A individualização da pena e a personalidade da pena expressamente foram acolhidas.

Dessa maneira, a legislação do Brasil pós-guerra preocupou-se em tutelar a liberdade da pessoa humana e limitar o poder punitivo do Estado.

O Professor Oscar Stevenson, em 1955, apresentou um Projeto de Código de Execuções Penais, também sem sucesso, não chegando, nem mesmo, à fase de revisão legislativa. Entre outras legislações²³, uma de grande importância foi a de nº 274/57, que dispunha sobre as normas gerais do regime penitenciário, cujo texto expressamente declarava a necessidade de se garantir a individualização das penas, a classificação dos delinquentes, a separação dos presos provisórios e dos condenados, a concessão do trabalho e a percepção do salário, a educação moral, intelectual, física e profissional dos apenados, a assistência social aos condenados, aos egressos, às suas famílias e às famílias das vítimas.

A citada Lei nº 3.274 de 02 de outubro de 1957 foi aprovada, mesmo sem o apoio dos setores conservadores e principalmente do Poder Judiciário, devido à necessidade de regular a matéria de execução penal. De acordo com Dotti (1999, p. 70) o autor dessa lei foi o

²³ Destaca-se dessa época outras leis: Lei 1.079/50, que define crimes de responsabilidade; Lei 1.390/51, que inclui entre as contravenções penais a prática resultante de preconceitos de raça ou de cor; Lei 1.431/51, que tratou dos delitos contra a economia popular; Lei 1.579/52, sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito; Lei 2.889/56, que define e pune o crime de genocídio; Lei 1.802/53, dos crimes políticos, prevê reclusão até trinta anos, em estabelecimentos ou divisões distintos daqueles reservados aos infratores comuns; Lei 2.083/53, garantia à liberdade de imprensa, que garante esta já expressa na Constituição Federal de 1946.

Deputado Carvalho Neto, no entanto, seus princípios e regras básicas como, por exemplo, a exigência de separação dos sentenciados em estabelecimentos apropriados de acordo com a gravidade e as espécies de penas, as regras de trabalho, a necessidade de preparo técnico do pessoal especializado e o livramento condicional jamais foram aplicados.

A explicação da não aplicabilidade dessa lei foi conferida por se tratar de um texto estritamente programático e que não ia ao encontro dos mandamentos vigentes do Código Penal e do Processual Penal. Na realidade, ignorou-se esse diploma; apesar de sua existência por mais de vinte anos, não chegou sequer a influenciar a doutrina e nem ao menos a sensibilizar os juízes, os tribunais e a própria administração pública pelo fato de prevalecer, desde aquela época, o desprezo quanto à problemática do encarcerado.

Avanços ocorreram neste período, mas as penas privativas de liberdade foram conservadas como “espinha dorsal do sistema”, como assevera Dotti (1998, p. 71). Assim, persistem até os dias atuais.

Nélson Hungria, em 1961, foi incumbido de elaborar um anteprojeto que refletisse as modificações operadas na década passada. As penas principais eram as mesmas do Código de 1940, ou seja, reclusão, detenção e multa; seus avanços e inovações foram reconhecidos, entre esses novas concepções sobre o erro e sobre o estado de necessidade exculpante, a reclusão com regime mais rigoroso, a separação dos condenados e a execução programada objetivando uma ação individualizada educacional para a efetiva recuperação social do condenado.

Dotti (1998, p. 73) não deixa de reconhecer os avanços acima citados; entretanto, critica a fixação máxima de 40 anos de reclusão e a de 20 anos de detenção, pois enfraquece a tese do momento, a da prevenção especial.

No período do autoritarismo brasileiro, em 1963, Roberto Lyra elaborou um anteprojeto intitulado Código de Execuções Criminais, o qual também não prosperou. Em

1964, com a destituição do Governo civil no Brasil, iniciou-se um processo milhares de prisões e de acusações por motivos políticos.

A Junta Diretiva Militar do governo provisório (constituída com a instalação do regime militar de 1964 no Brasil) nomeou em 1965 uma Comissão Revisora do anteprojeto de Hungria (1961), composta por Néelson Hungria, Hélio Tornaghi, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso. Muitas revisões foram realizadas até que a nova lei penal fosse outorgada em 1969, época que o país estava sendo governado por militares e através de Emendas à Constituição de 1967.

Interrompida a revisão do anteprojeto de Néelson Hungria, só em 1969 o então Ministro da Justiça, Gama e Silva demonstrou interesse na edição de um novo Código Penal, aproveitando-se do anteprojeto.

O Código de 1969 era para começar a vigorar em 1 de outubro de 1970, mas as dificuldades de natureza político-institucional impediram o reconhecimento dos trabalhos prestados pelos juristas Néelson Hungria, Roberto Lyra, Helio Tornaghi, Aníbal Bruno, Heleno Fragoso e Benjamim Moraes.

Pode-se afirmar que a sociedade brasileira viveu a *vacatio legis* mais longa de sua história, que perdurou por quase toda a década de 70.

Sem a entrada do Código de 1969, o Poder Judiciário do Estado de São Paulo pôs em prática o instituto da prisão albergue. Dotti (1998, p. 83) assevera que este foi um momento importante para romper o imobilismo que existia.

Este diploma acabou sendo revogado em 1978 pela Lei nº 6.578, pois não respondia às exigências de repressão do governo militar.

Apesar da ideologia autoritária reinante, o anteprojeto de Hungria dispunha em seu artigo 37 que “a pena de reclusão e a de detenção deviam ser executadas de modo a exercer sobre o condenado uma individualizada ação educativa, no sentido de sua recuperação

social”. Inegável, assim, a base de um direito penal mais liberal e contrário à ideologia da época.

Não obstante, segue a alusão a Nelson Hungria feita por Giacoia (2002, p. 113):

(...) acreditava em um direito penal com forças para prevenir a delinquência, através de seus próprios mecanismos sistemáticos, por confiar no poder intimidativo da pena. Critério, como, aliás, já se tratou, que hoje se encontra relativizado pelas mais modernas teorias e investigações criminológicas, posto que não existem provas científicas concretas de possuírem as sanções severas suficientes meios de dissuasão do cometimento de atos proibidos. De qualquer forma, foi a filosofia dominante da reforma.

A instalação definitiva do regime político autoritário trouxe grande insegurança e incerteza para a sociedade civil. Foi o Decreto-lei nº 898 de 29 de setembro de 1969, conhecido como a Lei de Segurança Nacional, que introduziu graves sanções para crimes políticos como a prisão perpétua, reclusão de trinta anos e a pena de morte, marco das gritantes violações de direitos individuais, da arbitrariedade, do desprezo e do esquecimento total dos direitos dos presos.

No governo militar de Ernesto Geisel, em 1978 entrou em vigor a Lei nº 6.620 de 17 de dezembro na mesma linha arbitrária da Lei de Segurança Nacional, que definia os crimes contra a segurança nacional, estabelecendo a sistemática para o processo e julgamento.

Neste contexto é esclarecedor o dizer de Santos (1984, p. 77), a saber:

O golpe militar de 64 (democracia liberal atrasada), instituindo uma ditadura fascista para adequar as superestruturas políticas e jurídicas às necessidades das novas formas de desenvolvimento. Para isso, ao lado das intervenções dos sindicatos, cassou e interditou direitos políticos, etc.

É possível, ainda, a afirmação de que não só no Brasil, mas também na Argentina e no Chile, a doutrina da segurança nacional produziu efeitos diretos nos sistemas penais, como salienta o Professor Giacoia (2002, p. 113):

Ela impõe sacrifícios e restrições principalmente de liberdades fundamentais, desrespeitando os limites legais de tutela das garantias individuais, avalizando o princípio de poderes ilimitados do Estado, em que

o poder militar assumia a centralização da administração pública em nome da soberania e segurança do território nacional, contra o inimigo político interno e externo, com a criação das Justiças Militares, que julgavam e acusavam civis sempre de realizarem fatos que atentavam contra a suposta ordem pública.

Essa doutrina da segurança nacional deu vazão ao Executivo legislar por meio de Decreto – Lei, delimitando assim o Poder Legislativo em sua autonomia e independência.

Voltando aos idos de 1970, o Professor Benjamim Moraes Filho apresentou ao governo um Anteprojeto de Código Penitenciário, revisado por uma comissão composta pelos Professores José Frederico Marques, José Salgado Martins e José Carlos Moreira Alves. A preocupação com a ressocialização do apenado se destacava no texto, tanto que seu artigo 49 estabelecia: “o tratamento penal tem por objeto a preocupação do sentenciado preso para a vida em liberdade”. Mas, como os anteriores, também não prosperou.

Pretendendo o aprimoramento do Código Penal de 1969, o governo encaminhou ao Congresso Nacional o projeto de Lei 1457/73, tendo como uma das propostas disciplinar a prisão albergue, a fim de que o condenado pudesse trabalhar durante o dia fora do estabelecimento penal, só retornando a noite para o cárcere – posteriormente a Lei nº 6.016 de 31.12.1973, que disciplinou a prisão albergue.

Precedida de longa discussão doutrinária na década de 70 foi promulgada a Lei 6.416 de 24 de maio de 1977, que alterou dispositivos relativos à execução da pena privativa de liberdade e regimes de seu cumprimento do Código Penal de 1940, do Código de Processo Penal de 1941 e da Lei das Contravenções Penais.²⁴

Dentro de uma visão de ordem prática, o que se pretendeu foi a diminuição da população carcerária, estabelecendo que as condenações à pena de prisão poderiam ser cumpridas sob certos requisitos e controle judicial, conforme recomendasse o comportamento pessoal e social do réu, em regime semi-aberto.

²⁴ Decreto-Lei nº 3.688 de 3 de outubro de 1941.

Na década de 70 a execução arbitrária das penas privativas de liberdade foi intensamente discutida pelos penalistas brasileiros, devido às edições de leis extravagantes deficientes desde em sua técnica de redação e de sistematização, iniciada no período do Golpe de 1964.

Já foi observada neste texto a dificuldade na implantação da reforma do Código Penal, senão veja-se: decidida em 1961, tendo como autor do anteprojeto Nelson Hungria, entrando em vigor o novo diploma apenas em 1970, seu prazo de vacância foi prorrogado sucessivamente, com a introdução de numerosas emendas, e finalmente foi revogado em 1978 pela Lei nº 6.578; somente em 1981, uma Comissão instituída pelo Ministério da Justiça, integrada por juristas de renome, direcionou-se a elaborar um novo projeto do Código Penal e de Execução Penal. Essa Comissão tinha como seu presidente Francisco de Assis Toledo, que decidiu realizar a reforma por etapas, primeiro a parte geral e depois a parte especial; o Código Penal entrou em vigência em 1985, mas só contendo a reforma da parte geral; a parte especial ainda não sofreu as alterações devidas.

3.2 A Reforma

Foi Ibrain Abi-Akel, então Ministro da Justiça do Governo do Presidente João Batista Figueiredo, que instituiu uma Comissão composta por Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti, Miguel Reale Júnior, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci, Sergio Marcos de Moraes Pitombo, Benjamin Moraes Filho e Negi Calixto para a elaboração de um Anteprojeto da Lei de Execução Penal, sendo esse publicado em 22 de julho de 1981 pelo Decreto nº 429, o qual foi entregue a uma nova Comissão para revisão, formada por Francisco Assis Toledo, René Ariel Dotti, Jason Soares Albergaria e Ricardo Antunes Andreucci, com a colaboração de Everardo da Cunha Luna e de Sérgio Marcos de Moares

Pitombo. O Presidente da República o encaminhou em 1983 ao Congresso Nacional e a lei foi promulgada em 11 de julho de 1984.

Em 1975 e 1976 foi instaurada uma comissão Parlamentar de Inquérito na Câmara dos Deputados com o fim de diagnosticar a situação penitenciária nacional. Após vastos depoimentos e informações, concluíram a existência de graves violações aos direitos humanos dos apenados.

Os estabelecimentos penais não podiam mais atender ao grande volume de internados. Inicia-se, no Brasil, a busca de solução a essa problemática, no intuito de reservar as penas privativas de liberdade somente para os autores de delitos mais graves e para aqueles condenados com traços de personalidade que assim exigissem.

O projeto de Lei nº 2, encaminhando ao Congresso Nacional em 1977 pelo Presidente da República, buscava ajustar algumas normas dos Códigos Penal, de Processo Penal e das Contravenções Penais. Foram propostas mudanças em diversos artigos: as penas permaneceram em principais e acessórias, mas com maiores possibilidades ao sursis e ao livramento condicional.

Jesus (1999, p. 2), fazendo uma análise dos antecedentes históricos da Reforma diz que em 1977 o descrédito popular nas instituições penais estava consolidado, pois, a criminalidade crescia assustadoramente. Parafraseando Zaffaroni, acrescenta: “O legislador penal brasileiro estava sem rumo”, Jescheck, em 1979, apreciando o direito penal do Brasil, dizia que “era tão incerto quanto seu destino político”.

Afirma Dotti (1989, p. 87-88) que as alterações quanto à execução das penas foram importantes porque:

A instituição dos regimes (fechado, semi-aberto e aberto), para individualizar a execução em correspondência com a culpa e a periculosidade do condenado; a indicação concreta dos requisitos para o ingresso, a transferência ou o retorno nos regimes, a consagração formal da prisão albergue como alternativa às penas de privação de liberdade até quatro anos; a instituição dos critérios iniciais para as permissões de saída e

saídas temporárias. A exigência do procedimento de observação e classificação do condenado; maior expansão do trabalho externo, permitido também às mulheres e a regra da justa remuneração do trabalho com a especificação de seus frutos e a revitalização da multa, procurando atualizar os seus valores que foram corroídos pela inflação.

Desta maneira é correto afirmar que foi propulsor da Reforma penal e penitenciária o Projeto de Lei nº 2/77, o que, pelo menos aparentemente, evidencia que naquela época o Governo já reconhecia a necessidade de reservar a prisão para os autores de crime mais graves e para determinados tipos de apenados cuja prisão devido às suas personalidades, apresentava-se imprescindível.

Em 1978 foram revogados os atos institucionais e complementares que cerceavam as liberdades públicas, o exercício de direitos e as garantias individuais e coletivas. A emenda constitucional nº 11 de 13 de outubro de 1978 também, positivamente, veio a proibir as penas de mortes (excetuando-as em casos de guerra externa) a prisão perpétua e a pena de banimento.

No ano posterior, a denominada Lei da Anistia de nº 6.683 de 28 de agosto de 1978²⁵ permitiu o retorno dos brasileiros que se encontravam asilados em outros países ou na clandestinidade. Os acusados por delitos políticos ou de opinião foram libertados dos cárceres.

O clima do Brasil nesta época era de liberdade; a democracia se apresentava possível, sendo permitida a participação da sociedade em debates de questões sociais.

O Ministro da Justiça do Governo de João Baptista de Figueiredo, Petrônio Portella, instituiu equipes de trabalhos para que fossem investigadas as questões da violência e da

²⁵ Lei da Anistia de nº 6.683/78 apresenta em seu artigo 1º a seguinte redação: “É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares”.

criminalidade para que apresentassem sugestões concretas para a reformulação do sistema legislativo. Sobre essas equipes de trabalho, salienta Dotti (1998, p. 92-93):

Os trabalhos foram divididos em dois grupos e se processaram em ambiente de liberdade sem que os seus integrantes sofressem qualquer tipo de interferência do poder Público visando conduzir a pesquisa e os seus resultados. Amplamente e durante sete meses foram procedidas pesquisas junto aos especialistas e toda a comunidade de juristas e cientistas sociais com debates públicos e o reconhecimento de contribuições e críticas. No momento em que resumiu as conclusões de investigação se encarece a necessidade de reformular a legislação penal, processual e penitenciária.

Sobre o texto da parte geral do Código Penal, afirma Zaffaroni:

(...) que constitui uma verdadeira reforma penal e supera amplamente o conteúdo tecnocrático da frustrada tentativa de reforma de 1.969, posto que apresenta uma nova linha de política criminal, muito mais de conformidade com os Direitos Humanos.

Toledo (1985, p. 16) escreveu sobre a reforma da Parte Geral do Código e sobre a Lei da Execução Penal, indicando que seus textos deram respostas às exigências da época de maneira cautelosa, dentro do possível de uma realidade brasileira. Sucintamente comenta:

Elaborou-se um rol de pena que vão desde a multa e a simples restrição de direitos até a privação da liberdade em regime fechado. Estabeleceu-se a escala de aplicação dessas penas, reservando-se as não privativas de liberdade para as infrações de menor importância, as privativas de liberdade para os crimes mais graves e para os delinquentes perigosos ou que não se adaptem, por rebeldia, às outras modalidades da pena (...). Penso, portanto, que nos textos legais recentemente editados, a pena criminal adquire, para o direito brasileiro, um novo sentido, ao qual estará indissoluvelmente ligada a mencionada exigência da “necessidade de pena”, ou de “necessidade de uma certa pena”, com as significativas conseqüências daí decorrentes.

Analisado o período histórico brasileiro da Reforma, prossegue-se com o estudo direcionado à pena neste novo paradigma implantado no Brasil, tendo em vista, conforme já aludido, que foi com a Reforma que se instituiu as penas alternativas com o propósito declarado de restringir o aprisionamento.

3.3 Penas na Reforma

Cabe ao Estado dar resposta às condutas daqueles que praticam o fato típico, antijurídico e culpável. Essa resposta é dada por meio da pena e da medida de segurança – são essas as duas maiores conseqüências jurídicas do delito.

A pena, conforme conceitua Bruno (1982, p. 22): “é a sanção consistente na privação de determinados bens jurídicos que o Estado impõe contra a prática de um fato definido na lei como crime”.

A medida de segurança²⁶ se aplica àqueles indivíduos que não são capazes de serem responsabilizados por seus atos, em virtude de não serem dotados da capacidade de entendimento.

Noronha (2000, p. 172), com relação à responsabilização penal, leciona:

(...) responsabilidade é a obrigação que alguém tem de arcar com as conseqüências jurídicas do crime. É o dever que tem a pessoa de prestar contas de seu ato. Ela depende da imputabilidade do indivíduo, pois não pode sofrer as conseqüências do fato criminoso (ser responsabilizado) senão o que tem a consciência de sua antijuridicidade e quer executá-lo (ser imputável).

De acordo com o atual sistema do Código Penal, as penas restritivas de direitos são autônomas e não acessórias, possuindo natureza substitutivas em relação à pena privativa de liberdade. Portanto, as penas restritivas de direitos não podem ser aplicadas de forma cumulativa, mas apenas de forma substitutiva, ou seja, não podem ser aplicadas cumulativamente com a privativa de liberdade, salvo em caso de previsão legal expressa em

²⁶ O artigo 96 do Código Penal nos apresenta as seguintes modalidades de medida de segurança: internação em manicômio judiciário e a internação em estabelecimento psiquiátrico, anexo ao manicômio judiciário ou a estabelecimento penal ou em seções especiais de um ou de outro. Não há mais presunção normativa de periculosidade. A duração mínima do internamento, fixada entre um e três anos, não depende da natureza do delito praticado, nos termos do artigo 97, § 1º, CP) e do maior cuidado ao exame do estado pessoal do internado, que é repetido anualmente ou a qualquer tempo, por ordem do juiz da execução, consideradas providências de grande alcance científico. Sobre este aspecto, leciona Doti (1998, p. 100): “As medidas de segurança têm caráter aflitivo e, segundo autoriza a doutrina, caminha o direito penal da atualidade para exigir uma relação às medidas de segurança as mesmas garantias que o princípio da legalidade estabelece para a pena”.

sentido contrário.

Segundo o disposto no art. 55 do Código Penal²⁷, as penas restritivas de direitos devem ter a mesma duração que a pena de prisão substituída, ressalvada a hipótese da prestação de serviços à comunidade; se a pena aplicada for superior a um ano, o réu pode cumpri-la em menos tempo.

O sistema dicotômico presente em nossa legislação penal quanto às formas da pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção) reside na natureza do crime, nos meios e nos modos de execução, nos motivos, nas conseqüências, ou seja, nas situações que reclamam tratamentos diversos, atentando-se ao dogma do fato e do autor, considerados no momento da cominação.

A execução da pena foi tratada no Anteprojeto de 1981 tendo por base os regimes fechado, semi-aberto e aberto, possibilitando, dessa maneira, a obediência aos Princípios da Individualização da Pena, sua classificação e sua progressão. Nota-se diferentemente do Código Penal de 1940, em que o Magistrado não possuía a oportunidade para, desde o início da execução ou no curso dela, dispor a esse respeito.

Dotti (1998, p. 95) ressalta o dinamismo da execução da pena, apontando a passagem do regime mais rigoroso para o mais brando que demonstra o progresso da atuação jurisdicional em “zona juridicamente neutra”. Esse dinamismo penal seja na cominação, na aplicação e na execução, possibilita ao juiz dar a cada delinqüente a pena que merece.

Na legislação vigente o juiz, ao aplicar a pena, elege entre as cominadas, impõe a quantidade e também determina o regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade²⁸.

²⁷ Art. 55 do CP preceitua: “As penas restritivas de direitos terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída”.

²⁸ Neste sentido o Artigo 59 do Código Penal dispõe: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do

Encontramos na Lei das Contravenções Penais a cominação da prisão simples e da multa como sendo sanções principais.

Vê-se sobre esse tema que o que está escrito na lei não ocorre na realidade, visto que o Código Penal de 1940 preconizou que a prisão simples deveria ser cumprida não com o rigor penitenciário, mas sim em estabelecimento especial ou em secção de prisão comum, podendo ser dispensado o isolamento noturno, e mais, a separação dos condenados às penas de reclusão e detenção e a possibilidade de optar pela natureza do trabalho, conforme art 6º da Lei das Contravenções Penais, em seus parágrafos 1º e 2º²⁹. Mas, até hoje não se vislumbra a separação dos apenados pretendida desde 1940.

São de Dotti (1998, p. 366) as seguintes palavras quanto à prisão simples:

Prevista com a duração máxima de cinco anos, a chamada prisão simples se mostrou ao longo dos anos um dos instrumentos deficientes do sistema. Incapaz de atender convenientemente aos fins sociais e de resguardar os direitos humanos que não podem ser mantidos à sombra do processo da execução.

Afora a prisão simples, está prevista na Constituição Federal de 1998 a prisão decorrente de transgressões disciplinares, de acordo com os regulamentos militares, sem a possibilidade do *habeas corpus*. No tocante às prisões de natureza civil, admite expressamente nos casos de depositário fiel e do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar³⁰.

crime”. A pena é fixada em três fases. Fixa-se inicialmente a pena-base, obedecido o disposto no artigo 59 do Código Penal (circunstâncias judiciais); consideram-se em seguida as circunstâncias atenuantes e agravantes (circunstâncias legais); incorporam-se no cálculo, finalmente, as causas de diminuição ou aumento de pena.

²⁹ Lei das Contravenções Penais, parágrafos 1º e 2º Art. 6º: “§ 1º - O condenado à pena de prisão simples fica sempre separado dos condenados à pena de reclusão ou de detenção. § 2º - O trabalho é facultativo, se a pena aplicada não excede a 15 (quinze) dias”.

³⁰ Fazem parte da categoria das prisões extrapenais (é assim denominada por não possuir natureza de pena imposta em consequência de prática de ilícito penal): a) prisão administrativa, atualmente prevista no artigo 329, incisos I e II, do Código de Processo Penal e leis especiais, como a Lei nº. 6.815/80 (artigos 61, 69 e 81) que, com o advento da Constituição Federal de 1988, somente é permitida quando determinada por autoridade judiciária competente; b) prisão civil, nos casos previstos expressamente pela lei civil e que atualmente são restritos ao alimentante inadimplente injustificado e ao depositário infiel (artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal); c) prisão disciplinar, aplicável excepcionalmente aos casos de transgressões militares, cujo permissivo legal está no artigo 5º, inciso LXI e 142, § 2º, da Constituição Federal e artigo 18 da Lei nº

Com a alteração do art. 219 do Código de Processo Penal, pela Lei 6.416/77, não pode mais o juiz impor à testemunha desobediente a prisão de quinze dias³¹, permanecendo a prisão da testemunha rebelde que sem motivo justificado descumpra a intimação regular³².

Ainda, no ordenamento jurídico em vigor no Brasil, verificam-se modalidades de prisão distinta da pena, a prisão administrativa e a prisão provisória, compreendendo a prisão em flagrante, à prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão de pronúncia e a prisão por condenação recorrível.

Pode-se ainda apontar a prisão especial, reservada a certos agentes pelas condições de dignidade funcional ou intelectual ou por relevantes serviços já prestados que gozam de prerrogativas em relação às demais pessoas, objetivando resguardá-las do convívio com outros acusados. A prisão especial pode se converter em prisão domiciliar quando não houver estabelecimento adequado ao recolhimento nos termos da Lei 5.256/67.

Quanto à pena de morte³³, os integrantes da Comissão Elaboradora do Código Penal em vigor, de maneira unânime, entenderam que a pena capital não é admissível num Estado social e democrático.

Foi mantido o limite máximo de 30 anos para a perda da liberdade. Quanto a esse limite, muitos são os países que operaram redução. Nota-se que o legislador se mostrou moderado na imposição da pena.

1.002/69. Em relação à prisão administrativa alguns discutem a legitimidade dessa modalidade de custódia em face da atual Constituição Federal, entendendo que após o seu advento somente pode haver a restrição da liberdade em decorrência da prática de infração penal, transgressão ou crime militar, e, tratando-se do descumprimento de obrigações civis, somente nos casos de devedor voluntário e inescusável de alimentos e do depositário infiel (artigo 5º, incisos LXI e LXVII, da CF).

³¹ Reza o artigo 219 do CPP: “O juiz poderá aplicar à testemunha que faltar injustificadamente, a qualquer tempo até a sentença, multa que variará entre um e cinco salários mínimos, sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência, e da condenação ao pagamento das custas da diligência”.

³² Assegura o art 218 do CPP: “Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar que seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio de força pública”.

³³ Sobre esta questão da pena de morte o Instituto Data Folha realizou uma pesquisa recomendada pela TV Globo e pelo Jornal Folha de São Paulo, divulgada em 8 de agosto de 2006, que demonstra que 51% dos brasileiros querem a instituição da pena de morte no país, dado que vai ao encontro do discurso da maior repressão prolatada pela sociedade (<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2006/08/12/285245294.asp>)

Para Souza (1985, p. 43) o teto estabelecido na imposição das penas, como é mantido até os dias atuais, é “um pouco exagerado”, e em termos de direito comparado, cita o Professor Eduardo Correia que propôs para o Projeto do Código Penal Português o teto de dez anos, sendo consagrado o máximo de vinte, teto fixado na Espanha e no Panamá; na Polônia, no código penal datado de 1969, a pena máxima não pode ser superior a quinze anos, mesmo limite utilizado na Alemanha.

Após os ataques da facção criminosa do Primeiro Comando da Capital (PCC), em maio de 2006, no estado de São Paulo, 11 projetos foram aprovados às pressas no Senado Federal. Mendonça (2006, p. 28) teceu os seguintes comentários sobre estas medidas: “Outras medidas do pacote do senado são puramente cênicas, como a que eleva a pena máxima de prisão para 40 anos”, e estadeando Luís Eduardo Soares: “nenhum bandido leva isso em conta na hora de cometer crime”.

Freqüentemente se vê leis penais editadas no afogadilho de dar respostas à mídia, geralmente após um crime que vitima “celebridade” nacional ou cometido com extrema crueldade e violência; no intuito de acalmar a opinião pública, esquece-se do retrocesso que ocasionam e de discussões intermináveis sobre a constitucionalidade dessas leis elaboradas às pressas, que acabam por ofender princípios fundamentais da pessoa humana e que jamais poderiam ser postos em planos inferiores³⁴, distanciando-se dos fundamentos do direito penal e alargando em demasia os limites de punir do Estado em detrimento de bens jurídicos que efetivamente deveriam estar protegidos.

³⁴ Não há como negar que a política criminal brasileira ainda não encontrou seu caminho, ora produzindo Leis condizentes com a realidade social – como as Medidas Alternativas introduzidas pelas Leis 9.099/95, 9714/98 e 10.259/01 – ora produzindo Leis com conteúdo e sentido sócio-político oposto à nova política criminal à qual o Brasil (teoricamente) se filiou com a adoção dos mecanismos internacionais de controle da produção normativa, como por exemplo, as Regras de Tóquio. Para tal afirmação basta, à guisa de exemplo, elencar algumas Leis tipicamente casuísticas, como a Lei nº 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos, a Lei nº 8.930/94, que transformou o homicídio qualificado e o simples praticado em atividade típica de grupo de extermínio igualmente crime hediondo, bem como a Lei nº 9.455/97, editada sob o impacto das imagens dos acontecimentos da Favela Naval.

Com a Reforma de 1984 o Código Penal extinguiu as penas acessórias³⁵. As penas principais passaram a ser:

a) As privativas de liberdade (reclusão e detenção), conforme artigo 33³⁶.

b) As restritivas de direito:

1) Prestação de serviços à comunidade (artigo 46);

2) Interdição temporárias de direitos (artigo 47);

3) Limitação de fim de semana (artigo 49);

b) A multa.

O Código de 1984 rompeu com as concepções do Código anterior, afirmando que o Direito Penal normativo se revestiu de uma concepção de Direito Penal liberal, fundando-se na culpabilidade.

A culpabilidade se fixou como critério individualizador da pena. Assim, uma conduta só passou a ser punível quando o agente pode, pelo menos, prever a possibilidade da ofensa a um bem juridicamente tutelado, e, ainda, quando for possível fazer-se recair um juízo de reprovabilidade em face de suas características pessoais e das circunstâncias em que o agente agiu.

Quanto aos Estabelecimentos Penais, temos no sistema penitenciário brasileiro:

a) Estabelecimentos Penais: todos aqueles utilizados pela Justiça com a finalidade de alojar pessoas presas, quer provisórios quer condenados, ou ainda aqueles que estejam submetidos à medida de segurança;

³⁵ São espécies de penas: as privativas de liberdade, as restritivas de direito e multa. Todas são penas principais, estando abolida a categoria das penas acessórias. Nos termos da Constituição Federal, não haverá penas de morte (salvo em caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis (art. 5º, XLVII da CF). Sendo o agente pessoa jurídica, são penas a multa, a restrição de direitos, a prestação de serviços à comunidade ou a liquidação forçada.

³⁶ Penas Privativas de Liberdade – Art. 33 a 42 CP: As penas privativas de liberdade são a reclusão e a detenção. A reclusão destina-se aos crimes considerados mais graves. A detenção, tanto aos mais graves quanto aos menos graves. Não existe hoje diferença essencial entre reclusão e detenção. A lei usa esses termos mais como índices ou critérios, para a determinação dos regimes de cumprimento de pena. A reclusão é cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A detenção é cumprida só nos regimes semi-abertos ou abertos (salvo posterior transferência para regime fechado, por incidente na execução).

b) Estabelecimentos para Idosos: estabelecimentos penais próprios, ou seções ou módulos autônomos, incorporados ou anexos a estabelecimentos para adultos, destinados a abrigar pessoas presas que tenham no mínimo 60 anos de idade ao ingressarem ou os que completem essa idade durante o tempo de privação de liberdade;

c) Cadeias Públicas: estabelecimentos penais destinados ao recolhimento de pessoas presas em caráter provisório, sempre de segurança máxima;

d) Penitenciárias: estabelecimentos penais destinados ao recolhimento de pessoas presas com condenação à pena privativa de liberdade em regime fechado;

d.1) Penitenciárias de Segurança Máxima Especial: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas com condenação em regime fechado, dotados exclusivamente de celas individuais;

d.2) Penitenciárias de Segurança Média ou Máxima: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas com condenação em regime fechado, dotados de celas individuais e coletivas;

e) Colônias Agrícolas, Industriais ou Similares: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas que cumprem pena em regime semi-aberto;

f) Casas do Albergado: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas que cumprem pena privativa de liberdade em regime aberto, ou pena de limitação de fins de semana;

g) Centros de Observação Criminológica: estabelecimentos penais de regime fechado e de segurança máxima onde devem ser realizados os exames gerais e criminológico, cujos resultados serão encaminhados às Comissões Técnicas de Classificação, as quais indicarão o tipo de estabelecimento e o tratamento adequado para cada pessoa presa;

h) Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas submetidas à medida de segurança.

As penitenciárias federais destinam-se a abrigar criminosos de alta periculosidade, que comprometam a segurança do presídio ou possam ser vítimas de atentados dentro dos mesmos. O objetivo do Estado é, ao mesmo tempo, garantir um isolamento maior dos chefes do crime organizado e aliviar a tensão no sistema carcerário estadual. Livres dos indivíduos mais perigosos, o poder local poderá dar maior atenção à recuperação do restante da população carcerária, bem como da reinserção social do preso depois do cumprimento da pena.

O Ministério da Justiça ao tratar de tais penitenciárias afirma que possuem um modelo inédito nacional; a primeira penitenciária federal inaugurada, localizada em Catanduvas, tem 12,6 mil metros quadrados de área construída e capacidade para 208 presos em celas individuais, divididas em quatro módulos, dotada de infra-estrutura e de equipamentos de segurança de última geração, como aparelhos de Raio-X e de coleta de impressões digitais, detectores de metais e espectômetros – equipamentos que identificam vestígios de drogas, armas e explosivos. Advogados, visitantes e funcionários passam a ser submetidos a todos os procedimentos de segurança antes de entrarem na unidade, com a utilização de credenciais personalizadas para o acesso às áreas restritas e que serão destruídas quando saírem. É proibido o contato físico entre detentos e advogados – separados por um vidro e a comunicação realizada por meio de interfones. Os espaços específicos para as visitas são monitorados por câmeras de vídeo e pelos agentes penitenciários. Ao todo, 17 portas de ferro separam cada cela do portão de entrada da penitenciária, com monitoramento 24 horas por dia por cerca de duzentas câmeras de vídeo, parte delas instalada em locais secretos. A segurança é realizada por 250 agentes penitenciários federais, que se revezam nas guardas interna e externa do presídio. Dentro da unidade são utilizadas armas não-letais, normalmente adotadas em contenção de distúrbios. Na parte externa, é empregado armamento pesado, com armas de grosso calibre para reação imediata. Para a segurança dos agentes, a comunicação

com os presos só é permitida em casos de extrema necessidade. Nessas situações, os funcionários terão as conversas gravadas por microfones de lapela. (<http://www.mj.gov.br/noticias/especiais/2006/junho/mtesp230606-penitenciaria.htm>).

A rotina do presídio federal também é diferente dos demais estabelecimentos penais do País, mas garante o Ministério da Justiça o cumprimento das regras previstas na Lei de Execuções Penais³⁷. As celas ficam distribuídas em quatro módulos. Cada um deles tem espaço próprio para o banho de sol, para impedir que os detentos se reúnam todos de uma só vez. A direção da unidade faz ainda um sistema de rodízio em cada módulo para liberar os presos em pequenos grupos. Além disso, o contato entre eles será é monitorado por câmeras de vídeo e por agentes penitenciários.

As celas têm aproximadamente 7m², com cama, mesinha, banco e prateleiras, lavatório e vaso sanitário feitos de concreto. Já as destinadas aos detentos do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)³⁸ têm o dobro do tamanho por causa do solário, espaço onde

³⁷ Preceitua os artigos da LEP: Artigo 45 – “Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar. § 1º - As sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado. § 2º - É vedado o emprego de cela escura”; Artigo 88 – “O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único - São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6 m² (seis metros quadrados)”.

³⁸ Preceitua o art 1º da Constituição Federal que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana. Não distante do significado do princípio da dignidade humana, temos o princípio da humanidade, que Luisi (1991, p. 31,32) diz ser: Segundo o magistério de Hans Heinrich Jescheck o postulado “reitor do cumprimento da pena privativa de liberdade” consiste no reconhecimento do condenado como pessoa humana, e como tal deve ser tratado. É no não reconhecimento que o réu é pessoa humana, conforme escreve Eugênio Zaffaroni, que repousa o princípio da causa”. Consagrado está também o princípio da humanidade na Constituição de 1988, no artigo 5º, XLVI, “a lei regulará a individualização da pena (...)”, no inciso XLVII, não haverá penas: (...) e) cruéis (...)”, no inciso XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”, no inciso XLIX, “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.” (1997, p. 23). São princípios que foram afrontados pela lei da RDD, pois esta lei dispõe de três hipóteses para a inclusão no RDD, a saber: a) quando o preso provisório ou condenado praticar fato previsto como crime doloso, conturbando a ordem e a disciplina interna do presídio onde se encontre; b) quando o preso provisório ou condenado representar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; c) quando o preso provisório ou condenado estiver envolvido com organização criminosa, quadrilha ou bando, bastando fundada suspeita. Em outras palavras o RDD poderá “abrigar presos provisórios”, ou seja, inocentes até que se prove o contrário, segundo a nossa Carta Magna, como definir “alto risco para a ordem e à segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”? As penalidades são cruéis, ou então, como não ser de horrenda crueldade manter uma pessoa solitariamente em uma cela durante 360 ou 720 dias, ou mesmo por até um sexto da pena? Eis a advertência de Nilo Batista (2003, p. 2), comentando sobre o RDD: “Quando os condenados começarem a se matar, saberemos muito bem, sem ‘sentimentalismos feminis’, de quem é a culpa”

o preso tomará banho de sol sem sair da cela. Para o monitoramento foi desenvolvida uma tecnologia pioneira, chamada de “Plataforma de Inteligência Integrada para as Penitenciárias Federais”. O sistema está localizado em Brasília e concentrará todas as informações (dados, voz e imagem) recebidas dos estabelecimentos. A plataforma permite que imagens em tempo real sejam transmitidas, ao mesmo tempo, no próprio presídio, na delegacia da Polícia Federal mais próxima e na central de inteligência do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), no Ministério da Justiça. O sistema também terá controle sobre a vigilância, telefonia, som e até alarme de incêndio.

São inúmeras críticas referentes a esse tipo de “instituição total”, o que com certeza daria margem a uma outra dissertação. Fato é que estabelecimentos dessa natureza demonstram a face opressora do Estado brasileiro, a despeito de ações políticas que deveriam ser direcionadas às reais necessidades dos cidadãos de maneira a prevenir a criminalidade.

Retomando a época da reforma pode-se afirmar que a década de 80 do século passado provocou novas reivindicações referentes à intervenção penal. Não obstante, nesse período surgiram movimentos progressistas como os ecológicos, feministas e alternativos que vieram corroborar a tentativa de implementação do novo paradigma penal brasileiro. O Direito Penal liberal e as garantias, que lhe eram próprias, tornaram a ressurgir, indicando que o controle social penal deveria ser cercado de garantias para que a liberdade do cidadão não fosse concurpada.

Entre as inúmeras mudanças na sistemática do Direito Penal ocasionadas pela reforma da Parte Geral do Código Penal, é considerada a mais significativa e criativa, por grande parte dos operadores do Direito, a restrição à pena privativa de liberdade, com as alternativas a ela previstas. Essa temática que será abordada nos próximo capítulo.

3.4 Efetivação dos Objetivos da Reforma

No início da década de 1980, depois de quase 20 anos de regime militar, avanços ocorreram no Brasil, que culminaram na promulgação da Constituição de 1988. Movimentos sociais diversos, partidos políticos, organizações não-governamentais, sindicatos e grupos religiosos diversificaram a pauta das demandas políticas, ganhando posições nos foros tradicionais, como as casas parlamentares, criando novos espaços de debate político e de diálogo com o poder público. Portanto, houve o fortalecimento da democracia no país e, conseqüentemente, o sistema político foi paulatinamente alterado e afastado dos principais marcos do regime autoritário. O país passou por um reajuste jurídico, demonstrando disposição em se afinar aos principais instrumentos de regulação da ordem internacional, especialmente àqueles voltados para o respeito e a promoção aos direitos humanos.

Entretanto, não acompanharam esse processo certas esferas institucionais. Os aparatos policial e prisional, desde a década de 1980, apresentam forte oposição ao processo democrático do país, em boa parte em razão das práticas de arbitrariedade e de violência cultivadas durante o regime militar e que subsistiram e subsistem, apesar do esfacelamento das formas autoritárias de governo.

Os principais problemas apresentados ao longo da década de 1990 até os dias atuais dão conta de que as políticas públicas adotadas demonstram-se incapazes de solucioná-los e até mesmo, de minimizá-los³⁹. Vê-se uma acomodação ao longo desse período, além de medidas paliativas e opressoras sendo priorizadas: estudos para a reforma do código penal, do código de processo penal e da lei de execução penal; mutirões de execução penal, para

³⁹ O surgimento de novos e graves problemas no sistema penitenciário, como a atuação do crime organizado, a eclosão freqüente de rebeliões e o elevado número de mortes entre os presos, ao lado da manutenção dos problemas mais tradicionais como a superlotação, as precárias condições de habitabilidade, a deficiência dos programas de reinserção social do preso, a existência de inúmeros casos de tortura e maus tratos, a não superação de antigos déficits no sistema prisional do país e a emergência de novos problemas são indicadores de que as políticas públicas para o setor têm sido ineficazes.

agilização da apreciação dos benefícios garantidos pela lei aos presos; construção de presídios para reduzir o déficit de vagas; construção de presídios federais. Enfim, aquelas “causas primárias”, várias vezes dissertadas neste trabalho, continuam esquecidas, ou seja, a prevenção da criminalidade não se verifica. Neste contexto o quadro catastrófico do sistema penal brasileiro não apresentará evolução e, pior, a tendência, devido aos novos problemas que se apresentam, é crescer o intervencionismo penal, com a criação de novos delitos, principalmente na área socioeconômica e ambiental, ampliando-se o conteúdo dos tipos já existentes, alargando-se de maneira ilegítima a atuação punitiva estatal.

Portanto, no Brasil são evidentes as medidas antagônicas aos objetivos da reforma, principalmente levando-se em conta que um dos objetivos maiores da reforma foi à implantação da pena alternativa no Brasil e, conseqüentemente, a restrição da aplicação da pena privativa de liberdade. Nestes 23 anos, é inegável o aumento do número de indivíduos levados à prisão e os índices de criminalidade e de violência são alarmantes.

Como exposto, desde a época da reforma até os dias atuais o “novo paradigma” proposto encontra-se em crise e se agrava com os novos problemas a serem enfrentados, a exemplo das organizações criminosas que agem dentro e fora dos presídios.

O capítulo seguinte se pautará sobre os fundamentos das penas alternativas, com a pretensão de se verificar sua bases de legitimação, seus princípios constitutivos e, por fim, a suas potencialidades, de modo a compreendê-las como reais alternativas (ou não) à crise do sistema penal brasileiro.

CAPÍTULO IV - PENAS ALTERNATIVAS

A reforma do Código Penal brasileiro de 1984, seguindo os ditames do Direito Penal contemporâneo (conforme já aludido), trouxe a novidade da substituição da pena privativa de liberdade, de modo a introduzir em nossa legislação as chamadas penas alternativas⁴⁰.

Pode-se dizer que as penas alternativas introduzidas na legislação penal brasileira nos idos de 1984 não representaram novidade, muito menos uma ousadia, conforme leciona Souza (1985, p. 61-62):

As medidas alternativas, por muitos temidas, não têm, como lembra Tartaglione, realmente nada de revolucionária. Desenvolve-se sobre a influência do filão ideológico que partindo do iluminismo, do positivismo tornam-se expressão de defesa social.

Portanto, a introdução das penas alternativa no Brasil não possuiu caráter revolucionário, na realidade foi tratada como necessidade. Necessidade de fácil aferição, levando-se em conta que antes da reforma de 1984 a pena privativa de liberdade no Brasil já se apresentava ineficaz e seus resultados secundários indesejáveis, almejando-se alternativas.

4.1 Base de Legitimação

Data do final do século XIX a proposta do paradigma ressocializador em substituição ao retributivismo quanto à função da pena. O propósito declarado da pena não é mais o de retribuir o mal causado e, sim, o de reabilitar o indivíduo que cometeu o crime. Entretanto, não se constata uma mudança substancial nos mecanismos punitivos até os dias atuais.

⁴⁰ Enquanto a tendência no Direito Penal moderno é a da atenuação das penas, da descriminalização de condutas e da redução dos prazos prescricionais (o que, aliás, tem assinalado seu curso histórico desde o século do Iluminismo) a Constituição de 1988 – fato que não se pode deixar de frisar, apesar das legislações nacionais que visam a implementação das alternativas à prisão – marchou, inegavelmente, em sentido contrário, introduzindo a figura dos crimes imprescritíveis (que nunca existiram no nosso País) e inafiançáveis. Outras leis extravagantes, não obstante, depois da reforma, entraram em vigor no país representando um retrocesso ao penalizar em demasia, inclusive afrontando direitos fundamentais da pessoa humana.

Paulatinamente, adotaram-se modalidades de sanção penal que estivessem em harmonia com essa tendência mundial. Azevedo (2005, p. 138-139) retrata esse processo, oferecendo como exemplo a adoção, em 1948, da prisão de fim de semana e, em 1972, do trabalho comunitário na Inglaterra, tendo sido essa medida seguida por outros países europeus como Portugal, França, Alemanha e Espanha.

Por conseguinte, conforme aduz Dotti (1998, p. 96) “(...) a flexibilidade da pena de prisão em todo o itinerário da execução, constitui uma providencial alternativa”.

Essa providencial alternativa aludida por Dotti remonta ao importante precedente no contexto internacional sobre a recomendação das penas alternativas, a Assembléia Geral das Nações Unidas, que adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 com o propósito de reconhecer a dignidade como fundamento da liberdade, da justiça e da paz. Tanto que faz parte do texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que:

Cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Outro precedente histórico internacional foi à edição das Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos em 1955, que reconheceu os males da prisão, preceituando, em seu artigo 57:

A prisão e outras medidas cujo efeito é separar um delinqüente do mundo exterior são dolorosas pelo próprio fato de retirarem do indivíduo o direito à autodeterminação, privando-o da sua liberdade. Logo, o sistema prisional não deverá, exceto por razões justificáveis de segregação ou para a manutenção da disciplina, agravar o sofrimento inerente a tal situação.

Vale ainda citar o Pacto Internacional dos Direitos Políticos e Civis em 1966 como importante instrumento que trata com restrição a utilização da pena privativa de liberdade, na

tentativa de por termo aos tratamentos cruéis efetivados nos cárceres devido à nítida afronta ao direito da dignidade da pessoa humana.

Coube ao Instituto Regional das Nações Unidas da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, em 1986, formular os primeiros estudos relacionados ao tema. Foram então redigidas as Regras Mínimas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade, conhecidas como Regras de Tóquio⁴¹, com princípios gerais, nos quais advoga-se a favor da promoção das medidas não-privativas de liberdade e por uma participação maior da comunidade, além de destacar a importância da racionalização das políticas de Justiça Penal. Fornece o citado instrumento uma lista não exaustiva de medidas não-privativas de liberdade, dentre as medidas apresentadas, destaca-se a liberdade condicional, as penalidades pecuniárias, o confisco, a restituição à vítima, a “*probation*”, a prestação de serviços à comunidade, a restrição de direitos, entre outras, além de ressaltar a observância imprescindível das garantias da pessoa condenada.

Tais instrumentos internacionais (há aproximadamente meio século) vêm demonstrando grande preocupação quanto à aplicação das penas privativas de liberdade, de tal modo a lançar à comunidade internacional o dever de cada Estado em respeitar a dignidade da pessoa humana, em afastar medidas desumanas como forma de castigo pelo cometimento de infrações penais, apresentando, igualmente, medidas alternativas à pena privativa de liberdade

⁴¹ O Congresso de Havana, ocorrido em 1990, foi o responsável pela edição das Regras de Tóquio, que ficaram conhecidas como a Constituição Mundial das Medidas Não-Privativas de Liberdade, apesar de não constituírem tratado ou lei internacional. Essas Regras emanaram de um projeto realizado pelo Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para prevenção do delito e tratamento do delinqüente, em estreita cooperação com especialistas do mundo inteiro. Entre as premissas norteadas pelas Regras de Tóquio estão, também, os incentivos aos princípios da doutrina penal moderna, estimulando o intervencionismo Estatal mínimo no direito penal e a busca pela gradativa descriminalização, despenalização e descarceirização de determinadas condutas. Desta forma, os seus ideais têm como pretensão frear a tendência punitiva tirânica do Estado, estabelecendo o equilíbrio entre os interesses da vítima (reparação do dano), da sociedade (segurança e prevenção do delito) e do condenado (ressocialização, processo legal e respeito a sua dignidade). Objetiva também a participação de toda sociedade na execução penal e na recuperação do condenado, rompendo com o ideal conservador de que o delito é uma situação anômala. Foi apresentado ao Comitê do 8º Congresso, na data de 27/08/90, que recomendou denominá-lo como Regras de Tóquio. As Regras de Tóquio foram aprovadas pela Resolução nº 45/110 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 14 de dezembro de 1990.

que, inexoravelmente, são ineficazes – como já delineado neste trabalho, seus males são arrebatadores e de difícil reparação.

No Brasil, ainda segundo Azevedo (2005, p. 148), uma reforma penal condizente com o panorama mundial de busca de alternativas à prisão passou a ser tecida a partir do governo de Jânio Quadros, em 1961. Entretanto, os acontecimentos posteriores, que desencadearam na ditadura militar, atrasaram a consecução dos planos inicialmente traçados por Nelson Hungria, conforme ilustrado neste trabalho.

A partir da década de 80, em decorrência de um conjunto de crenças que culminaram no populismo punitivo, ou seja, mesma situação em que os interesses eleitorais prevaleceram sobre medidas eficazes, resultando em soluções simplistas de uma opinião pública desinformada, tem-se a derrocada do modelo ideal de ressocialização e o predomínio do ideal reabilitador. Enquanto nos anos 60 e 70 as alternativas à prisão mais freqüentemente previstas pela legislação dos diferentes países eram de suspensão da pena e de multa, nos anos 80 o leque de penas alternativas continha a liberdade vigiada, o trabalho comunitário, a reparação do dano (oriunda do movimento das vítimas) e a restrição de direitos, entre outras, indicando o potencial controlador que as penas não privativas de liberdade podem ter.

Na transição do modelo autoritário de Estado para a democracia no Brasil, consoante já exposto, transcorreram a reforma da Parte Geral do Código Penal, a edição da Lei de Execução Penal, ambas de 1984, e a promulgação da Constituição Federal de 1988; conseqüentemente, impôs-se transformações legislativas direcionadas para a formação de um ordenamento harmônico; no que toca às penas alternativas, para que se consolidassem, necessário seria um alicerce jurídico sobre o qual o sistema de aplicação e de execução passasse a se desenvolver.

A Carta Constitucional de 1988 reafirmou os dispositivos consagrados pela reforma da Parte Geral do Código Penal e pelo texto da Lei da Execução Penal, especialmente no que

tange às garantias penais e aos tipos de sanção, previstos no inciso XLVI do artigo 5º da CF⁴², avançando em muitos outros aspectos.

Leis e políticas públicas voltadas para a implementação das penas alternativas vêm sendo inseridas no ordenamento jurídico e nos programas governamentais brasileiros, como se verá no estudo cronológico a seguir.

4.2 Implementação

Como foi visto, a reforma do Código Penal em 1984, trazida pela lei 7.209, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro, de modo sistemático, as modalidades de penas restritivas de direitos, ao prever as modalidades de prestação de serviços à comunidade, de interdição temporária de direitos e de limitação de final de semana, assim como as dinâmicas de sua aplicação. A lei 7.210/84, a Lei de Execução Penal, dispôs sobre a execução de suas espécies.

Considerada uma das principais iniciativas adotadas pelo Governo Federal foi a criação do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), criado pela lei complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994. Seus recursos são geridos pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional). Sua criação diversificou as fontes de captação de recursos financeiros dotando, assim, a política para o setor de recursos constantes e mais substantivos.

Em 1995, através da lei 9.099, foram criados os Juizados Especiais Criminais (JECrims) para a aplicação de medidas alternativas anteriores ao processo e à pena, representados nas modalidades já previstas no Código Penal pela reforma de 1984, estabelecendo novos procedimentos: transação penal, composição civil e suspensão

⁴² O art. 5º, XLVI dispõe: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

condicional do processo. A citada lei instituiu o conceito de crime de menor potencial ofensivo, qual seja, aquele com pena igual ou inferior a um ano, e permitiu para os acusados de cometerem crimes dessa categoria e delitos culposos, o procedimento “descriminalizante” dos JECrims⁴³.

Impulsionado pela Lei 9.099/95 e buscando sanar as deficiências da pena de prisão, em 24 de dezembro de 1996, o Presidente da República encaminhou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 2.684/96, que visava alterar o artigo 43 e seguintes do Código Penal, incrementando a aplicação das penas não-privativas de liberdade. Em 27 de outubro de 1998 o projeto foi definitivamente aprovado, originando a denominada Lei das Penas Alternativas nº 9.714/98. A sua publicação e vigência se deram em 26 de novembro de 1998, com o objetivo de incentivar e disciplinar a aplicação de penas alternativas à prisão, a partir de quatro novas modalidades de sanções restritivas: prestação pecuniária em favor da vítima, perda de bens e valores, proibição de frequentar determinados lugares e prestação de outras naturezas, além de modificar as condições de aplicabilidade.

Em 1996, o governo lançou o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH) que trazia um conjunto de propostas de ações governamentais para o sistema prisional. Entre as propostas que apontavam para a necessidade de adoção de medidas voltadas para a modernização do sistema penitenciário destacam-se: aumento da participação da comunidade, as penas alternativas, a melhoria da formação dos agentes penitenciários e do tratamento ao

⁴³ A Lei 9.099/95 elencou alternativas para evitar o cárcere e até mesmo inibir o prosseguimento do processo para delitos com menor potencial ofensivo, desde que os delinquentes fossem primários e de bons antecedentes. Com a nova legislação, o ideal de punir, sem necessariamente, privar a liberdade do condenado, começou a amadurecer e ganhar fundamentos jurídicos na legislação brasileira. Ressalte-se que as punições previstas por este Instituto Penal, por serem aplicadas de forma sumária, vinculam-se ao consentimento do acusado, que constitucionalmente teria direito ao devido processo legal para, posteriormente, ter proferido a possível sentença condenatória. A Lei 9.099/95 trouxe também a suspensão condicional do processo, subordinando o encerramento do processo ao cumprimento de determinadas condições que são impostas ao réu, em geral, exigindo que ele tenha uma vida reta e idônea para reintegrar-se à sociedade.

preso. Uma proposta era específica: a necessidade de desativação da Casa de detenção de São Paulo⁴⁴.

Conseqüentemente, inaugurou-se, em 2000, junto ao Ministério da Justiça, a Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas (CENAPA)⁴⁵, fruto do Programa Nacional de Apoio e Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas, cujo objetivo era a criação de uma política de fomento com vistas à aplicação e fiscalização das penas e das medidas alternativas. Através da capacitação de operadores do direito nos Estados, da produção de dados sobre os resultados, da permanente interligação com a Central Nacional e do desenvolvimento de uma metodologia eficaz de execução das penas e das medidas alternativas, objetivava-se aumentar as taxas de aplicação. Para cumprir o intento, houve a realização de seminários de sensibilização dos operadores do direito, em todo o país. Ampliou-se de dois para quatro anos de reclusão o tempo de pena de prisão passível de ser substituída por restritiva de direitos, desde que os delitos tenham sido cometidos sem violência ou grave ameaça, que o agente seja primário e que estejam presentes os demais requisitos de caráter subjetivo.

Foram criadas Centrais de Penas Alternativas em todos os Estados em 2000 e 2001 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2006, p. 82), vinculadas às Secretarias Estaduais, e contratadas equipes técnicas compostas por profissionais de psicologia e de serviço social. A criação de varas especializadas na execução de penas alternativas foi uma prioridade para o Ministério da Justiça. Contudo, hoje apenas as cidades de Fortaleza (1998), Recife (2001), Porto Alegre

⁴⁴ A Casa de detenção de São Paulo somente foi desativada em dezembro do ano de 2002, apesar de o governo brasileiro ter assumido o compromisso de sua desativação perante a Comissão interamericana de direitos humanos, da OEA, desde 1996.

⁴⁵ A Cenapa foi criada pelo Governo Federal em 2000 e é o órgão responsável pela implantação de Centrais de Apoio às penas e medidas alternativas em todos os Estados brasileiros. Esse trabalho é feito em parceria com o Judiciário, o Ministério Público e a sociedade civil. Existem hoje, instaladas no país, 40 Centrais de Penas e Medidas Alternativas. A Cenapa repassa dinheiro aos Estados para a manutenção do corpo técnico dessas centrais, compostas por psicólogos, assistentes sociais e advogados responsáveis pelo acompanhamento da execução dos beneficiários de penas e medidas alternativas. Outra atribuição do órgão é divulgar a importância das penas alternativas. A verba é proveniente do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen).

(2001), Salvador (2001), Belém (2002), Curitiba (2004) e Aracajú (2005) contam com varas especializadas na execução de penas e de medidas alternativas; além dessas varas, existem 39 centrais e 56 núcleos em outras localidades. São Paulo, que concentra mais de 30% das penas alternativas em execução, de acordo com o levantamento feito pela pesquisa realizada pela Coordenação Geral do Programa de Fomento às Penas e Medidas Alternativas em 2006, não conta com uma vara especializada para sua execução, que fica a cargo da Vara de Execuções Criminais da Capital.

Em 2001, a promulgação da lei 10.259 estendeu a previsão das medidas alternativas através da criação dos Juizados Especiais Criminais Federais, com competência para processar e julgar os feitos no âmbito da Justiça Federal, relativos às infrações de menor potencial ofensivo. Vale dizer que esta lei modificou a definição de infração de menor potencial ofensivo, que passou a corresponder aos crimes cuja pena seja igual ou inferior a dois anos.

Pelo relevo do tema das alternativas penais frente à crescente crise do sistema penal enfrentado pelo país, notoriamente pelo ocorrido no estado de São Paulo no primeiro semestre de 2006, o Ministério da Justiça⁴⁶, em julho de 2006, criou a Coordenação Geral de Fomento ao Programa de Penas e Medidas Alternativas (CGPMA) no âmbito do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Sua missão é fomentar soluções para a melhoria das atividades desenvolvidas nos estados da Federação, no âmbito das alternativas penais, através da normatização, suporte, orientação, acompanhamento, monitoramento e disseminação de

⁴⁶ Para o então ministro da justiça, Márcio Thomaz Bastos (1996, p. 11) em entrevista à revista Veja, “o problema de São Paulo é de um colapso na gestão penitenciária, da falta de investigação. Não se pode pensar apenas em lotar as prisões, despreocupando-se do que acontece lá dentro. Estamos pagando o preço do equívoco de imaginar que, se o sujeito está preso e não foge, então está tudo bem. Não está. O Estado também precisa controlar o que acontece dentro das prisões. Não é simples, mas é possível”. Barros (2006, p. 9) trazendo as seguintes palavras de um assaltante de bancos, excluído da facção (PCC) e jurado de morte, que vêm a crescer quanto ao controle interno citado Ministro: “Embora as ordens do comando venham de dentro da cadeia, é fora do sistema que ele mais cresce, com a colaboração de vários segmentos da sociedade – polícia civil e militar, funcionários de alto escalão do sistema prisional, autoridades judiciárias, municipais e políticas”.

experiências de sucesso, resultantes da implementação de políticas públicas sustentáveis de prevenção criminal e de inclusão social, através de uma ação integrada do Estado.

Em 08 de dezembro de 2006, visando detalhar as atividades desenvolvidas pela CGPMA, foi apresentado um relatório que descreve as ações até então implementadas, assim como as proposições iniciadas que dão sustentação ao desenvolvimento dos planos de ações e atividades para o ano de 2007⁴⁷.

Recentemente ocorreu o II Congresso Nacional de Execução de Penas e Medidas Alternativas, II CONEPA⁴⁸ em Recife, no período de 22 a 24 de novembro de 2006, tendo como objetivo debater temas centrais sobre a realidade nacional da execução penal alternativa, visando produzir as bases estratégicas e as diretrizes fundamentais de uma política sustentável de fomento às penas e medidas alternativas no Brasil, articulada com o Estado, através das instituições que compõem o sistema de justiça - Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Poder Executivo, além da Sociedade Civil e da Mídia.

O público alvo do II CONEPA foram os juízes, promotores, defensores públicos, advogados, delegados, policiais, agentes penitenciários, assistentes sociais, psicólogos, psiquiatras, pedagogos, sociólogos, jornalistas, além de estudantes das respectivas áreas.

Conclui-se que na atualidade há uma tendência dos instrumentos internacionais e das leis e políticas públicas brasileiras estarem direcionadas à aplicação das penas alternativas. No entanto, antes da abordagem sobre a potencialidade desses instrumentos pautados na restrição da utilização das penas privativas de liberdade, torna-se salutar, ainda, a abordagem dos princípios constitutivos da Lei de nº 9.714/98, conhecida como Lei das Penas Alternativas.

⁴⁷ Relatório disponível no site: <http://www.mj.gov.br/Depen>.

⁴⁸ CONEPA: O Congresso Nacional de Execução de Penas e Medidas Alternativas. Realização do Ministério da Justiça através do DEPEN, operacionalizado pela CGPMA e pelo CONAPA, realizado anualmente em uma unidade da federação. O referido Congresso estará sob a coordenação executiva da Diretoria de Políticas Penitenciárias e da CGPMA.

4.3 Princípios Constitutivos

Conforme acima delineado, a publicação e vigência da Lei das Penas Alternativas de nº 9.714/98, deram-se em 26 de novembro de 1998, com o objetivo de incentivar e disciplinar a aplicação de penas alternativas à prisão, com suas quatro novas modalidades de sanções restritivas: prestação pecuniária em favor da vítima, perda de bens e valores, proibição de freqüentar determinados lugares e prestação de outra natureza, além de modificar as condições de aplicabilidade. Houve o veto a quatro outras penas alternativas constantes do projeto: recolhimento domiciliar, advertência, submissão a tratamento e freqüência a cursos.

Com o advento da Lei de nº 9.714 de 1998, portanto, ampliou-se a possibilidade de aplicação de penas alternativas à prisão. Além de novas oportunidades substitutivas à prisão, estendeu-se também a hipótese quantitativa de substituição à pena privativa de liberdade não superior a quatro anos nos crimes dolosos, sendo que anteriormente era de até um ano.

O Código Penal brasileiro, após a Lei 9.714/98, contempla as seguintes penas alternativas: Prestação pecuniária (art. 43, I, do CP), que consiste no pagamento à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 e nem superior a 360 salários mínimos; perda de bens e valores (art. 43, II, do CP), onde bens de propriedade do condenado, frutos de atividade ilícita ou empregados para tal são revertidos ao Fundo Penitenciário Nacional, o valor terá como teto o montante do prejuízo causado ou o provento obtido pelo agente ou terceiro com a prática do crime, o que for maior (art. 45, § 3º do CP); prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas⁴⁹ (art. 43, IV, e art. 46, do CP), que designa a atribuição do condenado em

⁴⁹ A modalidade de pena alternativa prestação de serviços à comunidade é a que apresenta maior incidência de aplicação no Brasil, de acordo com dados do Ministério da Justiça, com percentuais bastante superiores à segunda espécie mais aplicada, a prestação pecuniária. Esse é sem dúvida um importante e positivo dado, uma vez que é a prestação de serviços à comunidade a espécie mais adequada às finalidades pretendidas pelas alternativas penais, sobretudo pelo aspecto da aproximação e participação da comunidade no processo reintegrador do indivíduo apenado.

tarefas gratuitas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres ou em programa comunitário, mas, mesmo sendo encarada essa medida como uma preventiva, ela não deixa de possuir um caráter aflitivo, posto que restringe a liberdade do condenado em favor de notórios objetivos sociais; proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo (art. 47, I, do CP); proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público (art. 47, II do CP); suspensão de autorização ou de permissão para dirigir veículos (art. 47, III, do CP); proibição de freqüentar determinados lugares (art. 47, IV, do CP); limitação de final de semana (art. 43, III, e art. 45, § 1º, do CP) que consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado, ou em outro estabelecimento adequado, com a participação do sentenciado em cursos e palestras ou outras atividades educativas; multa (art. 44, § 2º, do CP) que se reveste de dignidade quando se detém à gravidade do delito e à condição econômica do delinqüente, embora muitos afirmam ser ela inócua, tendo em vista que os criminosos são na sua grande maioria, frutos da miséria, sem condições de arcar com o seu preço – nesse caso, somente os abastados seriam beneficiados, mas, se levarmos em conta que a cobrança da multa será revertida ao fundo penitenciário⁵⁰, não há como não conferir o sentido social que

⁵⁰ O anteprojeto da parte geral do Código Penal vigente previa duas espécies de sanção patrimonial. Uma direcionada ao interesse social – multa penitenciária – e a outra ao interesse da vítima – multa – reparatória. (Arts. 49 e 53), que, entretanto, não vingou. O atual Código Penal contempla apenas a multa consistente no pagamento do fundo penitenciário de quantia fixada na sentença. Dotti (1998, p. 96-97) assevera que: *Penitenciária* se diz a multa porque o valor de sua cobrança deve reverter para o fundo penitenciário como instituição de grande alcance no quadro das infra-estruturas humanas e materiais, imprescindíveis a um procedimento executivo cientificamente idôneo e humanamente exigível. Trata-se, assim, de restaurar a dignidade inicialmente prometida para o selo penitenciário. E *Reparatória* se afirma à multa posto que, no espírito da Reforma, a vítima não pode permanecer como objeto estático sobre o qual se analisam as causas e as condições para a classificação típica e a medição concreta da pena. As tendências de criminalização, neocriminalização e descriminalização levam necessariamente, ao exame do papel desempenhado pela vítima em todos os ilícitos em que ela é abstrata ou concretamente percebida, aludindo ao fenômeno que chama de vitimidade em correlação com o oposto, ou seja, a criminalidade. Costa Andrade refere que a primeira impressão que fica de um contato sumário com a literatura e as propostas legislativas sobre a matéria é a de “um retorno aos períodos em que as idéias de reparação e punição tinham uma raiz comum (Schafer), a ponto de se consumirem reciprocamente. Durante muito tempo, não era fácil distinguir uma e outra das idéias, uma vez que a reparação financeira funcionava como *one of the fertilizers os state criminal law* (Schafer). Foi assim até o momento em

deve estar enraizado em toda as penas, essa a opinião de Dotti (1998,); prestação inominada (art. 45, § 2º, do CP) que estabelece que, em havendo concordância por parte do condenado o juiz poderá substituir a prestação pecuniária em favor da vítima por qualquer prestação de outra natureza.

As penas alternativas não vêm cominadas abstratamente nos preceitos incriminadores do Código Penal, mas na sua Parte Geral, que traça os critérios e requisitos para sua aplicabilidade.

Os critérios assim estão dispostos: a) são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade (art. 44 do Código Penal); b) são substitutivas, ou seja, primeiro o Juiz fixa a pena privativa de liberdade e, na mesma sentença penal condenatória, substitui por uma das penas restritivas de direitos, cuja duração não pode ser superior à pena privativa de liberdade substituída, salvo em relação às penas de prestação pecuniária e de perda de bens e valores, inovações da Lei n. 9.714/98.

A lei impõe os seguintes requisitos objetivos: a) réu condenado à pena privativa de liberdade não superior a 4 anos e crime não cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; b) réu condenado pela prática de crime culposos, qualquer que seja a pena aplicada (art. 44, I do Código Penal), e subjetivos: a) que o réu não seja reincidente em crime doloso – no caso de reincidência genérica, pode o Juiz aplicar a substituição (art. 44, II e III, § 3.º do Código Penal); b) que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do condenado e os motivos e as circunstâncias indiquem que essa substituição seja suficiente (art. 44, III do Código Penal).

Focado sobre o art. 43 e seguintes do Código Penal, o conteúdo das penas restritivas de direito vêm disciplinadas, conforme exposição de motivos deste diploma legal: “aos delitos dolosos cuja pena, concretamente aplicada, seja inferior a um ano e aos delitos culposos de

que se consumou o monopólio do Estado sobre o direito de punir e se abandonou a vítima às contingências, insuficiências e ônus do processo civil”.

modo geral, resguardando-se, em ambas as hipóteses, o prudente arbítrio do juiz. A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias do crime, é que darão a medida de conveniência da substituição”.

O sistema das penas alternativas instituído afasta as possibilidades para os que cometem os chamados delitos violentos, para os reincidentes e também estabelece a subjetividade, o que não deixa de ser um juízo de periculosidade.

A análise dos requisitos objetivos antecede a análise dos requisitos subjetivos – portanto se um condenado não preencher os requisitos objetivos não será analisado os requisitos subjetivos, pois certo já restará a proibição da substituição da pena privativa de liberdade pela alternativa. Por conseguinte, sendo satisfatórios os requisitos objetivos, será então analisados os requisitos subjetivos, que poderão (ou não), recomendar a substituição.

O artigo 180 da Lei de Execução Penal, que trata das conversões, compreende que a pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, poderá ser convertida em restritiva de direitos, desde que: I – o condenado a esteja cumprindo em regime aberto; II – tenha sido cumprido pelo menos $\frac{1}{4}$ (um quarto) da pena; III – os antecedentes e a personalidade do condenado indiquem ser a conversão recomendável. Todavia, é importante ressaltar que, com a introdução da Lei 9.714/98, o prazo de dois anos foi ampliado tacitamente para quatro anos, prevalecendo, de todas as formas, à vontade do legislador.

Desse modo, respeitando os dispositivos instaurados pela Lei 9.714/98, o condenado que, no exercício da pena, restar cumprir um quantum igual ou inferior a quatro anos, respeitadas as circunstâncias estabelecidas no artigo 180 da Lei de Execução Penal, terá o direito em converter a pena de prisão ainda a ser cumprida em pena restritiva de direitos.

O Código Penal abrange duas circunstâncias em que haverá a conversão de pena restritiva em privativa de liberdade. A primeira está prevista no parágrafo 4º de seu artigo 44, dispondo que a pena restritiva de direito, quando descumprida injustificadamente, terá sua

pena transformada em pena privativa de liberdade. No entanto, também é imprescindível ressaltar que, o indivíduo, caso não cumpra a pena substituída a ele determinada, terá direito ao contraditório e à ampla defesa para demonstrar qualquer justificativa sobre o ato que impossibilitou o cumprimento efetivo da pena imposta anteriormente. A segunda circunstância está prevista no parágrafo 5º do mesmo artigo, que estabelece que sobrevindo condenação à pena privativa de liberdade, por outro crime, cabe ao juiz da execução penal decidir sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

Expostos os princípios constitutivos das penas alternativas na legislação penal brasileira, pode-se concluir que a denominada Lei das Penas Alternativas alargou as possibilidades de medidas descarceirizadoras. Nesse sentido leciona Giacoia (2001, p. 128):

Se a reforma da parte geral do Código penal de 1984 introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, ampla reformulação no elenco tradicional de penas, com enfoque para as substitutivas, originariamente compreendidas na prestação de serviços à comunidade, nas interdições de direitos e na limitação de fim de semana, cuidou a lei nova de, em boa hora, potencializar este quadro, não apenas aumentando a possibilidade de sua aplicação substitutiva, como criando novas e recomendáveis penas alternativas, orientada na mais moderna recomendação penológica de se evitar quanto mais possível a segregação.

Da mesma maneira, inúmeros penalistas pátrios entendem que Lei das Penas Alternativas veio ao encontro do anseio da modernidade, de modo a restringir a aplicação nefasta da pena privativa de liberdade.

Dotti (1998, p. 266) lembrando Ferri, afirma que "(...) a luta contra os excessos do poder punitivo não é recente. Ela é apenas reafirmada em atenção às novas perspectivas de causas antigas".

Entretanto, restam críticas aos princípios constitutivos das penas alternativas e que serão analisadas a seguir, juntamente com a potencialidade de tais penas, para que se possa chegar ao pretense objetivo deste trabalho, qual seja, se as penas alternativas estão dispostas

na legislação penal brasileira para restringir a aplicação das penas privativas de liberdade, ou se fazem parte do mesmo sistema penal opressor que as sustentam.

4.4 Potencialidade

Os propósitos dos programas governamentais brasileiros e as legislações, especialmente a Lei das Penas Alternativas, estudados nos itens anteriores deste capítulo, são sintetizados, entre outros, com muita propriedade por Gomes (1999), a saber: diminuir a superlotação dos presídios; reduzir os custos do sistema penitenciário; favorecer a ressocialização do autor do fato pelas vias alternativas, evitando-se o pernicioso contato carcerário, bem como a decorrente estigmatização; reduzir a reincidência; preservar, sempre que possível, os interesses da vítima.

O propósito primeiro, elencado, não só pelo citado autor, mas também pela maioria dos estudiosos das penas alternativas, refere-se à diminuição da superlotação dos presídios. Entretanto, tal propósito merece reservas quanto ao seu alcance, mesmo afirmando-se que: se não houvesse a possibilidade das penas alternativas em substituição às privativas de liberdade, os presídios, hoje, estariam ainda mais superlotados.

A análise da população carcerária na atualidade não deixa dúvida de que as penas alternativas não foram eficazes quanto à diminuição da população carcerária.

Levantamentos da pesquisa ao Sistema Único de Segurança Pública (SUSP) indicam que entre 1995 e 2003 o número de vagas em unidades prisionais do país passou de 68.597 para 180.726, um aumento de 163,4%. No cálculo de presos por 100.000 habitantes, (necessário para se dimensionar o tamanho da população presa, comparando-se com o da população livre), os índices revelam-se impressionantes: de 95,5 para 184,4 presos por

100.000 habitantes, ou seja, um crescimento de 93% (Ministério da Justiça, 2003).

O Sistema Prisional em 2003, conforme pesquisa supracitada, apresenta déficit de 100 mil vagas, sem contar os mais de 300 mil mandados de prisão a serem cumpridos à época.

Sobre tais dados, D'Urso (2003, p. 48) faz a seguinte análise:

Só para dimensionar o que representa esse desafio, uma unidade prisional, do regime fechado, para 500 presos, custa em média US\$ 15 milhões (...) revelou que a população prisional era de 260 mil presos acomodados em 160 mil vagas, de que o Estado não dispõe de recursos para fazer frente à necessidade apresentada no censo. Verifica-se que a população prisional é crescente e, em especial, fora do sistema penitenciário, pois somente nos distritos policiais da capital paulista, observamos uma população segregada de mais de 8 mil pessoas, entre condenados e presos provisórios, inflando esse total em mais 140 presos por semana, o que representa uma situação que reclama atenção especial.

Ainda sobre a problemática da superpopulação carcerária, Piccinin (2006, p. 44) em reportagem à Revista Veja que traz em sua capa a foto de Marcos Camacho (conhecido como Marcola)⁵¹, líder da organização criminosa, Primeiro Comando da Capital) e a manchete: “O bandido que parou São Paulo”⁵², apresenta os seguintes dados do estado de São Paulo de acordo com a Secretaria de Administração Penitenciária: superpopulação : 139.187 presos no estado, número que representa quase metade (40%) da população carcerária do país; crescimento acelerado: o estado recebe em média 652 presos por mês; superlotação : em 80% das penitenciárias de São Paulo há mais presos do que vagas; rebeliões: em 2005 foram 13, em maio de 2006 este número já era de 86.

Nesse contexto caótico pode-se dizer que a implementação da penas alternativas no ordenamento jurídico brasileiro obstou que certos apenados não fossem levados ao cárcere,

⁵¹ Sobre a vida e personalidade de Marcos Camacho e como se iniciou o Primeiro Comando da Capital: Edição especial da revista Caros Amigos de maio de 2006.

⁵² Adorno (2006, p. 4) diz que a sociedade se surpreendeu com os ataques do PCC, “porque eles foram, de fato, ímpares”. No entanto, Adorno já imaginava que eles pudessem mobilizar o sistema penitenciário e provocar levantes simultâneos, mas “a capacidade de se organizar para fora das grades e de coordenar um processo de queima de ônibus, ataque a prédios e bancos e de desorganizar a vida na cidade para mim foi uma grande surpresa”. Da mesma maneira, diz ter se surpreendido Silva (2006, p. 12) que foi Secretário da Segurança do estado de São Paulo nos anos de 1995 até 1999, tendo como a maior crise de segurança que já houve em São Paulo os ataques do PCC, concluindo: “houve outras no passado, mas em proporções muito menores”.

mas certo é que não houve diminuição e sim aumento dos apenados à pena privativa de liberdade, como se observa nos dados acima demonstrados.

Quanto ao outro propósito, ou seja, quanto à redução dos custos do sistema penitenciário, apresenta-se produtora, pois se há menos presos, menos custos são devidos. Mas, de toda maneira, não se observa grande redução dos custos devido à tímida utilização das penas alternativas.

Da mesma maneira “tímida”, mas que se pode vislumbrar positividade, é com relação ao propósito do favorecimento da ressocialização do autor do fato pelas vias alternativas. Pois, certo é que evita o pernicioso contato carcerário, o que é salutar, entretanto, a problemática da estigmatização do condenado à pena alternativa não se verifica totalmente eficaz, devido a certas penas que, apesar de alternativas à prisão (e, portanto, menos traumáticas), impõem intimidações, restrições vexatórias e inibitórias aos apenados, de modo a estigmatizá-los.

Quanto à redução da reincidência, de acordo com as pesquisas realizadas e conforme já dissertado neste estudo é verificável nos apenados às penas alternativas.

Por tais análises, pode-se afirmar que é demasiadamente tímido o alcance dos propósitos da implementação das penas alternativas no Brasil, tendo-se em vista, principalmente, o número de condenados a tais penas.

Tal diagnóstico, nada animador, apresenta-se nitidamente ligado ao contexto social, econômico e cultural do Brasil, que ocasionam inúmeros empecilhos para a efetividade das penas alternativas, como por exemplo, o conservadorismo, a idéia de se combater a criminalidade pela opressão, pelo castigo, a mídia sensacionalista, as desigualdades sociais etc.

Mas, não é só a questão da sociedade brasileira de uma maneira geral que contribui para o aumento da pena privativa de liberdade, há inúmeras críticas consubstanciadas nos

princípios constitutivos da própria pena alternativa. Iniciam-se pela própria designação das penas alternativas no ordenamento jurídico brasileiro, pois são elas “substitutivas” das penas privativas de liberdade e legitimam-se, por consequência de seu caráter subsidiário, como filtro daquelas, em outras palavras, como “soldados de reserva” do aprisionamento.

Não obstante, os critérios objetivos da lei pátria que impossibilitam a aplicabilidade das penas alternativas apresentam-se de certa maneira dissociados da realidade brasileira, de modo a restar interpretações críticas sobre a real disposição de efetividade dos propósitos dessas penas. Exemplificando, o critério objetivo referente aos delitos cometidos com ameaça e violência acaba por afastar em demasia a aplicação das penas alternativas, posto que os condenados, por exemplo, pelo delito de roubo, mesmo quando for compatível o tempo de pena, terão como pena a privativa de liberdade, independentemente da análise do fato concreto.

Esse contingente de infratores fadado para ficar à margem de qualquer substituição à pena de prisão há de ser considerado, pois a grande maioria dos aprisionados é levada ao encarceramento pelo cometimento do crime de roubo. Boa mostra dessa constatação é trazida pelos dados do Ministério da Justiça (2006), que assegura que o Estado de São Paulo em 2006 apresentou as seguintes os crimes que mais aprisionam: Roubo Qualificado⁵³ (Art 157 § 2º, CP): 31.953; Receptação (Art 180, CP): 4.240; Latrocínio (Art 157 § 3º, CP): 4.299; Quadrilha ou Bando (Art 288, CP); 2.233; Roubo Simples (Art 157, CP) 1.392. Logo, o crime de roubo qualificado representa praticamente 80% de incidência em relação aos quatro mais cometidos.

⁵³ Reza o Art. 157 – “Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa. § 1º - Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro. § 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade: I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma; II - se há o concurso de duas ou mais pessoas; III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância. § 3º - Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, sem prejuízo da multa.

Como se observa tais critérios objetivos elencados na lei penal levados em consideração à imensa proporção de indivíduos condenados no sistema carcerário brasileiro, especialmente os condenados pelo crime de roubo, onde a descrição do tipo exige a ameaça ou violência, reduz, inexoravelmente, o impacto dos propósitos já elencados das penas alternativas, ou seja, não se verificará a diminuição do contingente prisional, a diminuição da reincidência, dos custos, da estigmatização, etc, em outras palavras, a pena privativa de liberdade segue arrebatando a todos, afrontando os direitos humanos e ainda servindo-se de mais insegurança social.

Outro ponto que merece crítica é que a lei penal brasileira exige primeiramente a análise dos requisitos objetivos, como pré-requisito, e se a contento, então, segue-se a análise dos requisitos subjetivos (fundados nas condições pessoais do condenado – que já foram aludidos). Assim, se um condenado não preencher os requisitos objetivos não terá sua pena substituída, porém, se os preenche, ainda terá que passar pelo crivo do juízo de suficiência baseado nos elementos subjetivos, que poderá não recomendar a substituição.

Portanto, os requisitos subjetivos também são alvos de críticas. Miguel Reale Júnior (2004, p. 85) assevera que “(...) a periculosidade adentra no sistema pela porta de trás (...) ao permitir que poderá haver a substituição da pena privativa por restritiva de direitos se a medida for socialmente recomendável”.

Constata-se que reforma penal de 1984, nos incisos I, III e IV do art. 59 do Código, ampliou consideravelmente os poderes do juiz criminal, permitindo-lhe, em certos casos, regime inicial de cumprimento escolher a pena dentre as cominadas, substituí-la por pena alternativa, bem como fixar o regime inicial de cumprimento. Entretanto, a experiência brasileira tem revelado que os juízes criminais, salvo raras exceções, pouco ou quase nada se têm valido dessa faculdade, prevalecendo a permanência do automatismo de preceitos

contidos no Código de 1940, consistentes em "crime tal, pena tal e ponto final". As alternativas são raramente utilizadas.

A lei 9.714/98 ao prever o aumento para quatro anos do *quantum* de pena passível de substituição mostrou-se absolutamente ineficiente para essa finalidade. Na realidade os juízes, na maior parte dos casos, decidem pela substituição de penas com duração de até um ano, alcançando percentuais significativos tão-somente até dois anos, tempo de pena que não se enquadra nas modalidades penais de maior incidência no sistema penal.

Nesse sentido, os resultados da pesquisa "Substitutivos Penais: Um Estudo Sobre a Aplicação das Penas Alternativas", realizada de julho a novembro de 1997 pelos Institutos Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (ILANUD)) – embora não tenha sido realizada em todo o País – certificou-se do crescimento da aplicação das penas alternativas. Entretanto, as resistências demonstram significativas, indicando entre outras a resistência por parte dos juízes⁵⁴ na implementação das penas alternativas (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2006).

Outra questão a ser destacada é o caráter patrimonialista e, conseqüentemente seletista, das leis penais. Nesse sentido, de modo a vislumbrar que as penas alternativas fazem parte da formalização legal das penas modernas, destaca-se os seguintes preceitos de Ferrajoli (2002, p. 314):

“Privações de direitos”, segundo a fórmula de Filangieri e de Pagano, e precisamente dos três específicos direitos para cuja tutela, como escreveu Locke, se constitui e se justifica o Estado moderno: a vida, a liberdade e a propriedade. Os três tipos de pena consistentes na privação destes três tipos de bens ou de direitos – a pena de morte, que priva a vida, as penas privativas de liberdade, que privam a liberdade e as penas patrimoniais, que

⁵⁴ Dentre as vantagens apontadas pelos juízes que aplicam as penas alternativas, ressaltou a pesquisa a possibilidade de maior envolvimento dos mesmos com a comunidade. O empenho na ampliação do número de instituições beneficiárias e do estabelecimento das parcerias, por exemplo, contribui para a diminuição da distância entre os operadores jurídicos e a comunidade, uma vez ser necessário um constante diálogo entre eles. Nesse processo, todos os envolvidos se beneficiam. Amplia a possibilidade da comunidade se conscientizar do seu papel na construção do coletivo

privam de bens ou de poderes econômicos – aparecem, todas, como formalmente *iguais* castigando na mesma medida e com o idêntico tipo de sofrimento, à margem das condições pessoais do réu e apenas sobre a base do tipo do delito. Desde este ponto de vista, são fruto da revolução política burguesa, que marca o nascimento da figura do “cidadão” é do correspondente princípio de abstrata igualdade perante a lei.

Vai ao encontro da análise citada de Ferrajoli o sistema penal brasileiro, posto que é composto de uma única política criminal e esta se apresenta bifurcada em subsistemas penais diferenciados, com regras e procedimentos próprios e distintos, que ao final estão a oprimir duas clientelas de estratos sociais distintos, tanto assim que estatísticas afirmam que a maior diferença entre os apenados por penas alternativas e o dos encarcerados é a socioeconômica (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2006).

A potencialidade das penas alternativas quanto à estigmatização dos condenados e a seletividade não se verifica positiva. Consta-se que também – como as penas privativas de liberdade – as penas alternativas recaem sobre bens jurídicos valiosos, por exemplo, as penas alternativas patrimoniais, consistentes no pagamento de somas em dinheiro (pecuniárias), além de atingirem o direito de propriedade, são seletistas, tendo em vista que um infrator com posses em nada irá lhe “castigar” o dinheiro dispensado, diferente do infrator pobre; as consistentes na perda temporal ou permanente de alguma capacitação para o trabalho, dirigir veículos, mudar de endereço etc (privativas de direitos), também interferem em garantias fundamentais da pessoa humana, a liberdade de ir e vir, o direito ao trabalho etc, e são seletista, pois acabam por penalizar mais os menos favorecidos, podendo só restar a estes a certeza futura do aprisionamento. Esta conclusão pode ser respaldada por pesquisas que indicam ser a maior diferença entre os apenados às penas alternativas, a situação socioeconômica.

Ressalta-se que esta questão da seletividade, conforme várias vezes explanada no desenvolvimento desta dissertação, é um dos grandes problemas enraizados no sistema penal

brasileiro como um todo, e as penas alternativas, não conseguiram se implementarem com a igualdade pretendida e com justiça.

Esta temática sobre a seletividade entranhada no sistema penal brasileiro merece maiores considerações. Para se ter uma idéia real de sua presença nas condenações que levam cidadãos à prisão Cacho (2004, p. 283) aduz que a maioria dos presos no Brasil provém da exclusão social, são negros, pobres, semi-analfabetos e possuidores de uma tosca mão-de-obra que, bem antes de ingressarem no sistema “já se encontravam presos à miséria e à falta de perspectiva”.

Neste contexto, a seletividade racial é a mais desprezível. As pesquisas nacionais que visam diagnosticar os estereótipos do aprisionado atestam que os negros encontram-se numa proporção maior do que a sua representação na população, enquanto ocorre o inverso em relação aos brancos.

A pesquisa realizada por Adorno (1995, p. 45) em São Paulo ajuda a ilustrar mais claramente as dificuldades enfrentadas pelos negros quando se encontram como réus no âmbito da justiça criminal. O objetivo desse seu estudo foi identificar, caracterizar e explicar as causas do acesso diferencial de brancos e negros à justiça, através da análise das sentenças judiciais para crimes da mesma natureza praticados por negros e brancos. O estudo fez Adorno concluir que:

Branco e negro cometem crimes violentos em iguais proporções, mas os réus negros tendem a ser mais perseguidos pela vigilância policial, enfrentam maiores obstáculos de acesso à justiça criminal e revelam maiores dificuldades de usufruir do direito de ampla defesa assegurado pelas normas constitucionais.

Portanto, apesar de não se verificar que negros cometem mais crimes violentos que os brancos, aqueles são a maioria no cárcere, carecendo dos mecanismos de defesa, inclusive daqueles elencados na Constituição Federal. Obviamente que apesar da perseguição policial que os negros enfrentam em relação aos brancos, não são possuidores de posses para

contratação de advogados e, conseqüentemente, são vulneráveis seus argumentos em face da sentença que os levam à prisão.

Kahn (1999) demonstra dados estatísticos do estado de São Paulo e apresenta o seguinte registro sobre taxa de encarceramento entre brancos e negros:

É de 76,8 por 100 mil habitantes para os brancos e de 140 por 100 mil para pardos, elevando-se para 421 por 100 mil para negros. A probabilidade de um negro estar na prisão é, portanto, de 5,4 vezes maior do que a de um branco e 3 vezes maior que a de um pardo. (*apud* Kahn, Túlio. "Justiça e discriminação racial", in Boletim Conjuntura Criminal, nº 11, 1999.)

Desprezível também no Brasil é a discriminação socioeconômica. Oportuno explicar neste contexto o caso que ganhou notoriedade na mídia brasileira de Yolanda Figueiral, 79 anos, pobre, semi-analfabeta, ex-bóia-fria, doente terminal de câncer no ovário e no intestino, pesando menos de 40 quilos, que em 2005 foi condenada, junto com seu filho Roberto de Almeida, de 40 anos, à pena privativa de liberdade por 4 (quatro) anos, em regime fechado, acusados de tráfico de drogas. Presa provisoriamente lhe foi negado: relaxamento da prisão por falta de provas, liberdade provisória em caráter excepcional, indulto humanitário e prisão albergue domiciliar, mesmo sem ter antecedentes criminais, ter residência fixa e viver com a aposentadoria de R\$ 300,00 (trezentos reais). O juiz da 1ª instância negou tais pedidos, pautado nos ditames da Lei dos Crimes Hediondos, apesar de dois pareceres favoráveis do Ministério Público. O Tribunal de Justiça de São Paulo também negou o *habeas corpus*.

Penteado (2005, p. 1), sobre esse caso, com propriedade, paradoxalmente o remete aos casos dos irmãos Cravinhos, Suzane Richithofen, e ao Paulo Maluf que se encontrava “adoentado”, que conseguiram a liberdade provisória à época da permanência de Yolanda na prisão, e, cuja saúde deste último não pode ser considerada pior do que a de Yolanda.

Fatos como de Yolanda ilustram a tradição de tratamento desigual daqueles que atravessam o sistema penal e enfrentam sua seletividade.

Outra questão que se apresenta fundamental para mudar o quadro caótico do sistema

prisional brasileiro é a integração, seja ela com relação aos poderes constituídos, seja ela entre esses e a sociedade.

Já há muito que a relação entre a sociedade brasileira e suas instituições é conturbada e o seu engajamento à procura de soluções para a problemática do cárcere no Brasil com verdade e determinação seria de grande importância para a obtenção de resultados efetivos, abrindo caminhos para uma nova era e para um novo entendimento sobre o binômio (ou par, ou melhor, quase uno) “crime-castigo”, alterando-se gradativamente, para uma outra expressão que esteja ligada à consciência social da necessidade de tornar a pena um instrumento de retorno do indivíduo à sua essência de ser responsável pelo bem conviver.

Entretanto, a pretensão de integração da sociedade acima delineada encontra um grande obstáculo, a questão da segurança pública. Vivendo a sociedade em um estado de insegurança social, unido à mídia sensacionalista, além das dificuldades socioeconômicas que enfrenta, fazem com que esta se afaste de qualquer programa institucional que fomente alternativas à prisão e, indubitavelmente, o que se apresenta, na maioria de seu discurso, é a opressão, o aprisionamento, como solução.

Para Wacquant (2006, p. 15) o “estado penal”, ou seja, a polícia, os tribunais e o sistema judiciário, vem sendo nas últimas décadas o único instrumento, não só de controle da criminalidade, como de distribuição de renda e de fim da pobreza humana que as elites brasileiras têm se utilizado, asseverando que “expandir esse estado não fará nada para acabar com as causas do crime”, tendo em vista, especialmente, que o próprio governo não respeita as leis, arrebatando sociólogo:

A polícia de São Paulo mata mais gente que as polícias de todos os países da Europa juntos, e o faz com uma quase-impunidade. Os tribunais agem sabidamente com preconceito de classe e raça. O sistema prisional é um “campo de concentração” dos mais pobres. Como você pode esperar que esse trio calamitoso ajude a estabelecer a “justiça”?

Wacquant destaca as causas dos crimes com propriedade, posto que a prevenção não é levada a efeito no Brasil, esquecem-se os governantes das causas primárias que devem ser combatidas em primeiro plano para solucionar o problema da criminalidade, da violência e, por conseguinte da insegurança pública.

Ceccato (2006, p. 6) questionada sobre o que há mais de errado na prevenção à violência no Brasil em relação aos países desenvolvidos, diz:

É considerar a violência (ou falta de segurança) algo separado das outras políticas sociais. A prevenção deveria ser feita, como em muitos países europeus, por meio de mecanismos existentes na sociedade, como políticas de trabalho a todos, saúde, escolas, moradia. No Brasil, muitos não consideram o contexto em que a violência é gerada, como se surgisse do nada, e é assim que ela é considerada pelas políticas de segurança brasileiras.

Política direcionada à prevenção no Brasil, obviamente, não trará aos governantes resultados imediatos, tendo em vista a complexidade que abarca e a deficiência dos setores da saúde, da educação, do trabalho, do saneamento básico etc, não obstante, não agradará a classe dominante, que não se interessa pela igualdade e justiça social. Mas, é preciso iniciar o combate à criminalidade sob esta ótica, e não, falaciosamente, elaborar leis mais severas e construir presídios, como se de alguma maneira viessem a solucionar a problemática.

A perda da segurança pública no Brasil chegou a extrema gravidade, Jaguaribe (2006, p. 2) frente a esta constatação enfoca uma outra questão, as ações dissociadas dos entes da Federação e apresenta a seguinte exigência:

Por um lado - rompendo a espantosa inércia das autoridades -, um sério estudo do que está ocorrendo e requer, por outro, ampla e pronta ação conjugada da União, dos Estados e dos municípios, sob a direção do governo federal.

Esta conjugação de forças foi amplamente discutida por especialistas em face das ações criminosas do Primeiro Comando da Capital em São Paulo, conforme já referidas neste

trabalho, o que demonstraram claros e evidentes, a vulnerabilidade da segurança pública e o real despreparo de seus agentes.

Vieira (2006, p. 5) com relação às atitudes dos policiais em São Paulo no episódio dos ataques do Primeiro Comando da Capital, assim se posicionou:⁵⁵

A polícia está exagerando. O comando da polícia deve exigir o máximo de compensação de suas tropas. Mas, no momento de exacerbação, esse exercício indiscriminado da violência só vai acabar por gerar ainda mais violência.

Ceccato⁵⁶ (2006, p. 6) faz também uma análise merecedora de reflexão sobre a crise da segurança pública, indicando, também como responsável: “a tolerância cultural do Brasil à violência e isolamento dos ricos em “bolhas de segurança, estão no cerne dos caos”.
Assegurando ainda:

As classes mais abastadas no Brasil vivem em “bolhas de segurança”, o que é sinal de status. Carros saem de manhã dos condomínios (bolha 1) em direção às escolas privadas, com guardas no portão (bolha 2) e, mais tarde, seguem a áreas de diversão ou áreas privadas de lazer (bolha 3). O conceito básico de cidade, “urbis”, “lugar de convívio coletivo”, tem desaparecido.

Esta visão cultural do Brasil aduzida por Ceccato é também analisada por Souza (2005, p. 6), sobre outro prisma, denominado “militarização da questão urbana”, referindo-se ao próspero “mercado da segurança”, com sua “ palheta de produtos indo de condomínios fechados e blindagem de carros a serviços de segurança privada e venda de armas”.

Neste contexto, com facilidade se vislumbra a “indústria do crime”, que vem fazendo crescer no país, de modo surpreendente, o comércio da segurança privada, veja-se os números

⁵⁵ Muito bem colocada a questão por Vieira no sentido de que a violência gera violência, ilustra-a também Piovesam (2006, p. 8) com os acontecimentos de 11 de setembro nos Estados Unidos, a saber: Atestam o equívoco de compreender o aparato civilizatório de direitos e liberdades em nome da segurança máxima e do uso arbitrário da força. Não se pode combater o terror, fomentando o jogo da mera retaliação, sob pena de instauração de um temerário terrorismo de Estado.

⁵⁶ Vânia Ceccato é especialista em geografia do crime que divide sua pesquisa entre o Instituto de Criminologia de Cambridge (Inglaterra), onde concluiu pós-doutorado, e o Departamento de Estudos Urbanos do Instituto Real de Tecnologia de Estocolmo (Suécia), onde fez Doutorado.

apresentados por Albuquerque (2004, p. 197-198), reforçando a tese da importância econômica cada vez mais significativa que a violência assume:

(...) gastos de R\$ 105 bilhões no Brasil, cerca de 10,5% do Produto Interno Bruto (PIB), mais do que a riqueza produzida num país como o Chile. Apenas a segurança particular custa cerca de R\$ 18 bilhões anuais, em comparação com R\$ 21 bilhões das Forças Armadas. A segurança privada já emprega cerca de 700 mil homens oficialmente, enquanto outros 800 mil trabalham clandestinamente. No total cinco vezes o efetivo das Forças Armadas, que juntas, somam 323 militares.

Portanto, parece inegável que o delito possui sua função na sociedade capitalista, fazendo uma das principais (senão a principal) resistências às mudanças de paradigmas penais, para que se perpetue a seletividade e a distância entre as classes sociais.

A história da legislação penal brasileira (conforme foi visto neste trabalho), não se apresenta retilínea, pelo contrário, avança-se e retroage-se, em outras palavras, a resistência às transformações é demasiadamente aguda e inúmeras vezes ultrapassam os limites legais, apresentando-se, dissimuladamente, “respostas à sociedade”, quando na verdade, o que se objetiva é permanência do *status quo*, preservando assim os interesses da classe dominante.

Leciona Faria (1993, p. 122), que as normas são eficazes quando as condições socioeconômicas, políticas, culturais e ideológicas favorecem seu reconhecimento e aceitação por seus destinatários. Essa dimensão substantiva possibilita uma dupla análise: a visão crítica dos objetivos previstos pelas normas e seu resultado em determinado contexto sociopolítico, e a avaliação histórica da efetiva aplicação material das normas diante de valores culturais enraizados entre os diferentes destinatários das leis em um determinado sistema social.

Essa exigência – condições socioeconômicas, políticas, culturais e ideológicas – é que deve nortear o legislador, obviamente levando em consideração as reais necessidades e os interesses da maioria, e não da minoria dominante em detrimento daquela, sendo sempre limitado em face dos bens jurídicos valiosos da pessoa humana.

Como foi explanado, o Direito Penal só se fundamenta quanto à garantia de bens jurídicos caros, entretanto, quando alcança outras esferas de atuação, tem-se, bem posicionada, a visão crítica de Baratta (1999, p. 166), a saber:

As normas de direito penal se formam e se aplicam de modo seletivo e refletem as relações de desigualdade. Também, o direito penal exerce função ativa de reprodução e produção com respeito às relações de desigualdade. Isso se dá na aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, e, especialmente o cárcere, é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade, incidindo negativamente, sobretudo nos *status* social dos indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos, ele age de modo a impedir sua ascensão social. É essa a função simbólica da pena, a punição de certos comportamentos ilegais serve para cobrir um número mais amplo de comportamentos ilegais, que permanecem imunes ao processo de criminalização. Desse modo, a aplicação seletiva do direito penal tem como resultado colateral a cobertura ideológica desta mesma seletividade.⁵⁷

Com tal compreensão o direito penal se encontra no Brasil dissociado de seus fundamentos, diante da não observância da tutela dos bens jurídicos verdadeiramente relevantes, contrários à finalidade da pena prolatada na legislação, a ressocialização do apenado, mas forte e atrelado à aplicação da pena privativa de liberdade sob o prisma teórico de suas funções e os males que ela representa.

Por isso a hipótese da ampliação da rede de controle social ou, ainda, de ampliação dos dispositivos punitivos do Estado, devem ser cuidadosamente consideradas na implantação de política dos substitutivos penais.

Do exposto, retomando as críticas quanto à não efetividade das penas alternativas no sistema penal brasileiro, tendo em vistas os seus próprios princípios constitutivos – seu caráter

⁵⁷ Com a mesma propriedade seguem os dizeres de Baratta (1999, p. 166) sobre a prisão: “É no cárcere que se reproduz não só a relação de desigualdade, mas, os próprios sujeitos passivos dessa relação. Isto parece claro se se considera a relação capitalista de desigualdade, a relação de subordinação, ligada estruturalmente à separação entre a propriedade da força de trabalho e dos meios de produção e, por outro lado, à *disciplina*, ao controle total do indivíduo, requerido pelo regime de trabalho na fábrica e, mais em geral, pela estrutura de poder em uma sociedade que assumiu o modelo de fábrica”. E continua o citado autor: “O entendimento da instituição carcerária passa, necessariamente pelo nexo histórico entre cárcere e fábrica, entre introdução do sistema carcerário e transformação de uma massa indisciplinada de camponeses expulsos do campo, e separados dos próprios meios de produção, em indivíduos adaptados à disciplina da fábrica moderna. A prisão nasce em conjunto com a sociedade capitalista e acompanha a sua história”.

substitutivo (de modo a não ser constituída de independência, sendo subsidiária e não autônoma) seus elementos subjetivos exigidos pela lei (após a análise dos objetivos, acabam por obstar a aplicação das penas alternativas, pois, não se verifica na realidade a postura dos magistrados em substituir a pena privativa de liberdade) ademais, é forçoso concluir que, se um dos maiores propósitos das penas alternativas à prisão é a diminuição da população carcerária, a restrição que a lei preceitua com relação aos crimes cometidos com violência ou ameaça, sendo estes os propulsores da superlotação dos presídios, seus elementos objetivos estão na contramão do seu maior propósito prolatado.

Diante do estudo realizado apresenta-se o posicionamento que as penas alternativas, como estão instituídas no Brasil, fazem parte da mesma política criminal opressora das penas privativas de liberdade, objetivando, da mesma maneira estigmatizar e excluir, mas uma parte nova da população, uma nova clientela diferenciada daquela levada à prisão.

CONCLUSÃO

As penas alternativas foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro como sendo instrumento redutor da aplicação da pena de privativa de liberdade. A presente dissertação ao analisar as bases de legitimação e princípios constitutivos das penas alternativas em face das penas privativas de liberdade procurou demonstrar se realmente tais institutos são diferenciados ou fazem parte do mesmo sistema penal opressor do Brasil.

O primeiro estudo proposto foi quanto aos fundamentos do Direito Penal. Viu-se que foi a partir do Estado Moderno que garantias relativas aos direitos essenciais do homem se tornaram limitadoras do direito de punir estatal, com a exigência da certeza da punição e da legalidade. Sendo assim, a atuação punitiva do Estado só se justifica se suas funções de tutela se derem em face dos cidadãos para garantir-lhes a proteção de bens jurídicos, não havendo justificção para pretensas proteções morais, é esta a base utilitarista do Estado e do Direito.

No Brasil os bens jurídicos que cabe ao Estado proteger estão elencados na Constituição Federal, traduzidos nos direitos e garantias individuais, sociais e políticas, assegurando o direito à vida, às inúmeras liberdades, à igualdade etc. Portanto, é a Constituição Federal brasileira que traça os princípios normativos que deverão nortear o legislador penal na tipificação das condutas, afastando qualquer subjetividade deste.

Por isso, quando se trata de criminalizar não se pode afastar as idéias que fundamentam o direito penal. Este comprometimento deve sempre nortear o legislador, caso contrário o direito penal se torna um dos instrumentos mais importantes de manipulação do poder, pois se não limitado, afasta a garantia dos bens jurídicos caros dos cidadãos, passando a servir à seletividade, à opressão e à exclusão.

As teorias reducionistas e abolicionistas do direito penal, que foram analisadas neste trabalho, especificamente da Justiça Restaurativa, do Minimalismo Penal e do Abolicionismo

Penal, mesmo que críticas sejam oportunas, valem-se por si só, pois trazem o questionamento e o alerta das nefastas conseqüências da não limitação da atuação penalizante do Estado, especialmente na aplicação da pena privativa de liberdade.

Partindo do pressuposto da função e da legitimação do direito penal o estudo foi direcionado à função da pena, seus males e a sua ineficácia. Quanto às teorias dos fins das penas explanadas pôde-se concluir que nenhuma delas representa a real finalidade da utilização da pena: não se vislumbra o objetivo da compensação da culpabilidade pela expiação aflitiva do crime (Teoria da Retribuição), não condiz com a realidade a pretensa ressocialização do condenado pela aplicação de técnicas terapêuticas determinadas (Teoria da Prevenção Especial) e nem tão pouco a intimidação geral pela ameaça penal (Teoria da Prevenção Geral). Os objetivos traçados por essas teorias não são reais e disfarçam a ideologia da repressão.

Com o estudo da prisão apresentado (diferentemente do daqueles que advogam que seu surgimento suavizou e humanizou a pena, que banuiu os espetáculos sangrentos e que consagrou direitos humanos, etc) viu-se que ela serviu ao mercado de trabalho, à produção, ao consumo de bens e para proteger a propriedade da classe poderosa sob a égide do chamado apogeu industrial. Como discorrido, seu surgimento refletiu uma nova teoria da lei e do crime e desde então até os dias atuais não há finalidade de ressocializar o condenado e sim de agrupá-los num meio definido, excluindo-o definitivamente do meio social. O marcante poder disciplinar instituído no cárcere, os seus métodos e o seu sucesso, bem como o local ideal para sua implantação (o modelo arquitetônico panóptico), indubitavelmente está a manipular o indivíduo, espionando o seu corpo, trancafiando-o, controlando-o, transformando-o em peças de uma poderosa máquina de poder.

Traçados os males que a prisão acarreta desde a admissão do apenado até o seu retorno ao meio social, ficou clara a ofensa drástica aos bens jurídicos caros, de forma a

deslegitimar a atuação punitiva do Estado, pois a prisão não só priva a liberdade, aniquila a dignidade e chega até a retirar personalidade do indivíduo.

Demonstrada a falência do sistema prisional ficou evidente a necessidade de substituí-lo, neste contexto foi realizada a análise das penas alternativas à prisão.

Para melhor compreensão sobre as penas alternativas foi discorrido sobre legislação penal brasileira. Observou-se que a história da legislação penal no Brasil sempre foi marcada pela dificuldade de avanços, pelas incoerências e pelos retrocessos.

Para a proposta deste trabalho, foi enfatizada a Reforma do Código Penal de 1984, quando foram introduzidas na legislação penal as penas alternativas. Verificou-se certa euforia nesta época, contando-se com um novo paradigma penal, mais comprometido com os direitos humanos, atendendo aos anseios contemporâneos e à modernidade, ainda mais se comparada com a legislação até então vigente datada de 1940.

Na década de 1980 além da reforma ocorreu a promulgação da Constituição Federal de 1988, e os movimentos sociais apresentaram-se melhor organizados, articulados e reivindicativos, levando Brasil a um reajuste jurídico, demonstrando comprometimento com os principais instrumentos de regulação da ordem internacional, especialmente aqueles voltados para o respeito e a promoção aos direitos humanos. Entretanto, esferas institucionais ficaram à margem do processo democrático, entre elas, os aparatos policial e prisional, tendo em vista as práticas arbitrárias e violentas que foram cultivadas durante o regime militar. Aliás, sem tanta visibilidade, tais práticas são verificadas até nos dias atuais.

Portanto, há 23 anos foram introduzidas as penas alternativas no ordenamento jurídico brasileiro e neste período ampliou-se o número de indivíduos levados à prisão, da criminalidade e da violência.

Frente a tais constatações, o objetivo deste trabalho se tornou ainda mais significativo, sendo inevitável o questionamento sobre a potencialidade das penas alternativas no Brasil.

O estudo avançou no sentido de examinar as bases de legitimação e princípios constitutivos das penas alternativas. Explanado-se sobre institutos internacionais, legislações brasileiras, políticas públicas e, especialmente, lei denominada Das Penas Alternativas, de nº Lei 9.714/98, a análise de seus propósitos declarados sob a perspectiva de restringir a aplicação das penas prisão passou a ser focada.

O primeiro propósito analisado foi referente à diminuição da superlotação dos presídios, merecedor de consideradas reservas quanto a sua potencialidade. Conclui-se ser evidente que as penas alternativas não alcançaram seu objetivo de diminuição da população carcerária, mesmo que se argumente que estas obstaram que certos apenados não fossem levados ao cárcere. Fato é que não houve diminuição da aplicação da pena privativa de liberdade, pelo contrário.

Os propósitos de redução dos custos, da ressocialização do apenado por evitar o pernicioso contato carcerário, do menor índice da reincidência, prosperam, mas insignificantes frente à permanência e o crescente aumento da aplicação da pena privativa.

A potencialidade das penas alternativas quanto a estigmatização dos condenados e a seletividade, não se verificaram positiva, levando à constatação que também, como as penas privativas de liberdade, recaem sobre bens jurídicos valiosos. Exemplos discorridos foram sobre as penas alternativas patrimoniais, consistentes no pagamento de somas em dinheiro (pecuniárias), além de atingirem o direito de propriedade, são seletistas, tendo em vista que um infrator pertencente à classe alta da sociedade “pagará” sua pena sem se sentir “castigado”, diferente do infrator sem posses; as penas consistentes na perda temporal ou permanente de alguma capacitação para o trabalho, dirigir veículos, mudar de endereço, etc,

(privativas de direitos) também interferem em garantias fundamentais da pessoa humana, a liberdade de ir e vir, o direito ao trabalho, etc, também são seletista, pois acabam por penalizar mais os menos favorecidos, podendo só restar a estes a certeza futura do aprisionamento.

Tais conclusões é respaldada por pesquisas que indicam ser a maior diferença entre os apenados às penas alternativas, a situação socioeconômica. Ressalta-se que, esta questão da seletividade, conforme várias vezes explanada no desenvolvimento desta dissertação, é um dos grandes problemas enraizados no sistema penal brasileiro como um todo, e as penas alternativas não conseguiram se implementarem com a igualdade pretendida e justa.

Esta falta de potencialidade das penas alternativas, existe razão de existir. Primeiramente, o próprio texto da lei 9.714/98, ao designar que as penas alternativas são “substitutivas” das penas privativas de liberdade, legitimam-nas subsidiárias, ainda mais levando-se em conta os critérios objetivos e subjetivos para a sua aplicabilidade, imposto pela lei, conforme bem detalhado no texto deste trabalho, acaba por restringir em demasia a sua aplicação, com a prevalência do automatismo de ditames legais e do conservadorismo, inclusive na atuação dos magistrados.

Não se mostra eficaz as penas alternativas, também, quanto ao engajamento das instituições públicas e a sociedade, o que poderia trazer grande avanço para a obtenção dos resultados efetivos, questão que propiciou a análise da segurança pública, da mídia e das dificuldades socioeconômicas da população brasileira, que proporcionam o distanciamento da sociedade dos programas institucionais que fomentam as alternativas à prisão, prevalecendo o discurso da opressão, do aprisionamento, até da pena de morte como solução.

Neste contexto a prevenção da criminalidade continua sendo deixada de lado, ao passo que a desigualdade social está cada vez mais aparente e separatista, pois a classe dominante se reveste dos mais diferenciados aparatos de seguranças, fomentando a indústria

do crime, e os menos favorecidos cada vez mais vitimados pela violência, quando não presas fáceis para incorrerem na criminalidade.

A história, a cultura e a realidade brasileira trazem embasamento da necessidade premente de substitutos penais à pena privativa de liberdade. Entretanto, restou compreender que as penas alternativas se apresentam como mais uma medida penalizadora, mas de outra parcela social, diferenciada daquela levada ao cárcere, fazendo-se precursoras de um sistema de controle social formal mais difuso e, em última instância, insidioso, ao aumentar o alcance dos dispositivos penais ilegítimos e ao tornar maior os filtros do sistema.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Claro enigma. **Folha de São Paulo**: São Paulo, 21 de mai. 2006, Caderno Mais, p. 4. Entrevista concedida a Sylvia Colombo.

_____. Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. In: **Novos Estudos**. n. 43. São Paulo: 1995.

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon. As penas alternativas na Inglaterra e nos Estados Unidos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais, IBCCRIM**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005, n.49, p.164-198.

ASSIS, Olney Queiroz. **O Estoicismo e o Direito**: Justiça, Liberdade e Poder. São Paulo: Editora Lúmen, 2002.

AZEVEDO, Jackson C. de. **Reforma e contra-reforma penal no Brasil**. Florianópolis: OAB/SC, 1999.

AZEVEDO, Mônica Louise de. **Penas alternativas à prisão**: os substitutivos penais no sistema brasileiro. Curitiba: Juruá, 2005.

BAJER, Paula. **Processo penal e cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

BARATTA, Alessandro; **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

BARROS, Carmem Silvia de Moraes. As modificações introduzidas nos arts. 6º e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais, IBCCRIM**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.001, n.48, p.179-193.

BARROS, João de. O preso e o estado. In: **Revista Caros Amigos**. São Paulo: Edição Extra, maio/ 2006, p. 1-31.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Celso Editor, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

_____. Melhor Impossível. In: **Revista de Estudos Criminais**. Rio Grande do Sul, 2006, n. 21, p. 69-72.

_____. A RDD. In: **Boletim do IBCCrim**. n. 135, outubro/2003, disponível em: http://www.ajd.org.br/pubpdf/Janeiro_2005.pdf. Acesso em 06 de dezembro de 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BERLIN, Isaiah; **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Brasília/DF: Editora Universidade de Brasília, 1969.

BRASIL. **Código Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Código de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982.

BUZATO, Paulo César. O direito penal e o paradigma da revolução tecnológica. In: **Revista dos Estudos Criminais**. Rio Grande do Sul: 2.004, n.21, p.73-92.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Igualdade e Liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

CAPRIGLIONE, Laura. PCC eleva busca por condomínios. **Folha de São Paulo**: São Paulo, 29 de mai. 2006, Caderno Cotidiano, p. 1.

CACHO, Emanuel Messias de Oliveira. Sistema Penitenciário Brasileiro: O caos está instalado. In: **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília, DF, jan-jun/2005.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Trad. José Antonio Cardinali. São Paulo: CONAN, 1995.

CECCATO, Vânia. A indústria do medo. **Folha de São Paulo**: São Paulo, 21 de mai. 2006, Caderno Mais, p. 6. Entrevista concedida a Fábio Victor.

CORACINI, Celso Eduardo Faria. Os movimentos de descriminalização. In: **Revista dos Estudos Criminais**. Rio Grande do Sul, n.21, p. 237-279, 2006.

DOSTOIÉVSK, Fiodor. **Crime e Castigo**. Rio de Janeiro: Irmãos Pingetti Editores, 1968.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Penas alternativas. In: **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. n. 18. p. 43. fev-mar/2003.

FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Globalização econômica e reforma constitucional**. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev09_jfaria.html>1996. Acesso em: 20 out. 2006.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 12. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1996.

_____. **Vigiar e Punir**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1998.

GARBELINI, Sandra Mara. Arquitetura prisional, a Construção de penitenciárias e a devida Execução da Pena. In: **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília. v.1, n.18, p.145-159, 2006.

GARCEZ, Aroldo. **A saga da lei: o julgador, o crime e o castigo**. Rio Grande do Sul: Editora Universidade de Caxias do Sul, 1990.

GIOACOIA, Gilberto. **Histórico Luso – Brasileiro e Perspectivas Criminológicas da Reação Penal**. Pesquisa (Pós-doutorado) - Universidade de Coimbra – Faculdade de Direito, 2001.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.006.

JAGUARIBE, Helio. Os bandidos no comando. **Jornal Estado de São Paulo**, São Paulo, 20 de mai. 2006, Caderno 1, p. 2.

JESUS, Damásio Evangelista. **As penas alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999.

KAHN, Túlio. Justiça e discriminação racial. In: **Boletim Conjuntura Criminal**. n. 11, 1999. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2006/08/12/285245294.asp>> Acesso em: 20 abr. 2006.

LEAL, César Barros. **Prisão: Crepúsculo de uma era**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LUIZI, Luis. **Os Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é o direito**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

LUZ, Orandyr Teixeira. **Aplicação de Penas Alternativas**. Goiás: Editora Cultura e Qualidade, 2000.

MACFARLANE, L. J. **Teoria Política Moderna**. Brasília/DF: Universidade de Brasília, 1981.

MARTINS, Sérgio Mazina. **Execução Penal, Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. (Org) Alberto Silva Franco e Rui Stocco. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, Jose Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MENDONÇA, Martha, et al. Terror em São Paulo. Até quando? In: **Revista Época**. São Paulo, n. 418, p.24-34, mai. 2006.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Relatório de gestão da CGPMA**. Brasília/DF, dez.2006. Disponível em: [http:// www.mj.gov.br/Depen/reintegração/penas/relatório /Penas2006.pdf](http://www.mj.gov.br/Depen/reintegração/penas/relatório/Penas2006.pdf). Acesso em: 15 dez. 2006.

_____. **Projeto Arquitetura Institucional do SUSP**. Brasília/DF, 2003. Disponível em: [http:// www.mj.gov.br/senasp/SUSP/SUSP.pdf](http://www.mj.gov.br/senasp/SUSP/SUSP.pdf). Acesso em: 13 jul. 2005.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; **Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1992.

NOBREGA, Alexandre Jorge do Amaral; et al. **Penas Alternativas**. São Paulo: APMP, 2000.

NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**. v. 1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ORWELL, George. **1984**. 23. ed. São Paulo: Nacional, 1996.

PAIVA, Mário Antonio Lobato. **Temas atuais em direito e processo penal**. São Paulo: Editora de Direito Ltda, 2001.

PIETÁ, Elói. Porque a violência cresceu. In: **Boletim Informativo PT**: Propostas, Resistência, Fiscalização, Críticas. São Paulo: março/2000.

PAIXÃO, Antônio L. A organização policial numa área metropolitana. In: **Dados – Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: 25 (1), p.63-85, 2.005.

PENTEADO, Gilmar. Sem julgamento idosa agoniza na cadeia. **Folha de São Paulo**, São Paulo, Caderno Cotidiano, 28 de nov. 2005, p.1.

PICCIN, Renato. Terror em São Paulo. In: **Revista Veja**. São Paulo: ano 30, n. 20, p. 42-48, mai/2006.

PIOSEVAN, Flávia. Combate ao crime exige ações articuladas. **Folha de São Paulo**, SP, Caderno Cotidiano, 19 de mai. 2006, p. 8.

REALI JÚNIOR, Miguel. Tentativa de eliminação do critério da periculosidade. In: **Boletim do IBCCrim**, ano 12, nº 140, jul/2004.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**. São Paulo: IBCCrim, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino. **As Raízes do Crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **30 anos de vigiar e punir (Foucault)**. Rio Grande do Sul: Editora Universidade de Caxias do Sul, 1990.

SALLA, F. A. **O encarceramento em São Paulo: das enxovias à Penitenciária do Estado**. Tese de Doutorado em Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP, 1997.

SILVA, José Afonso: **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

_____. População fica sem saber do que ter medo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 21 de mai. 2006, Caderno Cotidiano, p. 12. Entrevista concedida a Fábio Schivartche.

SOUZA, Marcelo Lopes de. Um país de som e fúria. **Folha de São Paulo**, 26 de fev. 2006, Caderno Mais, p. 5-6. Entrevista concedida a Daniel Buarque.

SOARES, Orlando. **Extinção das prisões e dos hospitais psiquiátricos**. Rio de Janeiro: Científica Ltda, 1979.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Direitos Fundamentais: Uma leitura da Jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos**. São Paulo: Curso do Professor Damásio; Paloma Comércio de Apostilas, 1997.

_____. O que você acha da reação policia? **Folha de São Paulo**, São Paulo, Caderno Cotidiano, 19 de mai. 2006, p. 5.

WACQUANT, Loïc. Para especialista francês, vai acontecer de novo. **Folha de São Paulo**: São Paulo, 15 de mai. 2006, Caderno Cotidiano, p. 15. Entrevista concedida a Sérgio Dávila.

ZAKABI, Rosana, et al. Acabar com a corrupção policial para evitar que as armas apreendidas cheguem aos bandidos. In: **Revista Veja**. São Paulo, ano 38, n.43, p.70.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan,1996.

ZAFFARONI, E. Raúl; Batista, Nilo; Slokar, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZANINI, Fábio; SOUZA, Leonardo. Polícia diz que SP errou com o PCC e ajudou facção a crescer. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 19 de mai. 2006, caderno Cotidiano, p. 1.