

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE
TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A INEFICÁCIA DA PENA DE PRISÃO EM RELAÇÃO AOS SEUS OBJETIVOS

Autora: Carina Luchesi Morceli

Presidente Prudente / SP

Outubro/ 2.001

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE
TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A INEFICÁCIA DA PENA DE PRISÃO EM RELAÇÃO AOS SEUS OBJETIVOS

Autora: Carina Luchesi Morceli

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Nelsino Moura de Oliveira.

Presidente Prudente / SP

Outubro/ 2.001

A INEFICÁCIA DA PENA DE PRISÃO EM RELAÇÃO AOS SEUS OBJETIVOS

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Nelsino Moura de Oliveira
Orientador

Jurandir José dos Santos
Examinador

Eduardo Rodrigues Fiorillo
Examinador

Presidente Prudente, ____ de _____ de 2.001.

AGRADECIMENTOS

Agradeço:

À Deus por dar-me a oportunidade de cursar o nível superior;

À minha família, pela confiança que depositaram em mim e por estarem sempre ao meu lado;

Ao Dr. Nelsino, pela atenção e por dedicar parte de seu tempo a este trabalho;

Aos Examinadores, que deixando seus demais afazeres, aceitaram apreciar esta monografia;

A todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para a conclusão deste trabalho.

RESUMO

No presente trabalho, o autor procurou expor a falência das penas privativas de liberdade, buscando outras alternativas para sancionar os criminosos, que não isolá-los socialmente.

O sistema penitenciário brasileiro vive, atualmente, uma verdadeira falência gerencial, causando desdobramentos desastrosos, como a falta de condições básicas de higiene, instalações deterioradas, superlotação, alimentação precária, atendimento médico e serviço de assistência judiciária deficientes.

A falta de critérios com que os presos são lançados à prisão faz com que criminosos acidentais convivam com apenados de alta periculosidade e desenvolvam, na prisão, a atividade criminosa, anulando uma das principais finalidades da pena, qual seja a ressocialização do condenado.

A pena de prisão, sendo um mal necessário, deve ser reservada ao criminoso de alta periculosidade. Assim, o infrator que não ofereça risco ao convívio social pode e deve ser punido com uma pena não prisional, no intuito de possibilitar a sua recuperação, sem excluí-lo do convívio social, ainda que temporariamente, pois o seu retorno sempre se dá em piores condições que quando dele se afastou para cumprir a pena.

O sistema prisional e carcerário deve estar voltado para recuperação do sentenciado, através de instrumentos como a educação e o trabalho, visando a reintegração do indivíduo no convívio social, dando-lhe condições de levar uma vida digna após o término do cumprimento da pena.

O cumprimento da pena em cadeias ou penitenciárias, nas situações em que elas se encontram, fere o princípio da dignidade da pessoa humana e retira do condenado qualquer perspectiva de vida, levando-o a invocar o chavão “perdido por um, perdido por dez”. Ao contrário, a pena alternativa parece levar ao condenado a mensagem de que ele não está “perdido por um”, mas que, não obstante o seu erro, a sociedade ainda o quer bem e, mais que isso, o cumprimento de sua pena é, em si, muitas vezes, uma forma de integração na atividade comunitária, despertando, no condenado, o sentimento de sua própria utilidade no meio em que vive.

ABSTRACT

In this work, the author sought to explain the failure of the private penalties for liberty, seeking another alternatives to sanction the criminal, without isolating them from the society.

The brazilian penitentiary sistem is now suffering a management failure, causing desastrous unfolding like the lack of hygiene, basic conditions, deteriorated installation, overcrowded prisons, precarious food, deficient medicalcare and judiciary assistance.

The lack of criterion to launch them into jail, make accidental criminal live with other very dangerous criminal and so, they develop in prison the criminal activity, annulling one of the main penalty objectives, that must be the resocialization of the convict.

The jail penalty, being a necessary evil, must be reserved to very dangerous criminals. So the transgressors who doesn't show risk to sociability, can and must be punished not being in jail, intending to make possible his recuperation, without excluding them from the sociability, even if provisional, because his return happens always in worse conditions than when he moved away to do time.

The imprisonment and jail system must be directed to recuperation of the convict by instruments like education and work, aiming the reintegration of the person to sociability, giving them conditions to have a worthy life, after finishing doing time.

To do time in jails or penitentiaries, in their current situations, offends the principles of the human being and take out from the prisoners every life perspective, taking them to invoke that saying "lost by one, lost by tem". On the contrary, the alternative penalty seems to take to the convict the message that he isn'tlost by one, but that at any rate his mistake, the society still wants him well and more than this, to do time is itself several times, a way of his reintegration into the communitarian activity, awakening in the convict, the feeling of his own utility in the place where he lives.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
------------------------	-----------

CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE DIREITO E SOCIEDADE.....	12
--	-----------

CAPÍTULO 1- O PROCESSO EVOLUTIVO DO DIREITO PENAL

1.1. Direito Penal Antigo.....	15
1.2 Direito Penal da Idade Média.....	16
1.3 Direito Penal Moderno.....	17

CAPÍTULO 2- O DIREITO PENAL BRASILEIRO

2.1 Penas Privativas de Liberdade.....	20
2.2 Penas Restritivas de Direitos.....	28
2.3 Penas Pecuniárias.....	34

CAPÍTULO 3- A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

3.1 Princípio da Legalidade.....	38
3.2 Princípio da Reserva Legal.....	39
3.3 Princípio da Determinação Taxativa.....	40
3.4 Princípio da Irretroatividade.....	41
3.5 Princípio da Intervenção Mínima.....	42
3.6 Princípio da Humanidade.....	43
3.7 Princípio da Pessoalidade e da Individualização das Penas.....	44
3.8 Princípio da Fragmentariedade.....	45
3.9 Princípio da Culpabilidade.....	45
3.10 Princípio da Adequação Social.....	47

3.11	Princípio da Insignificância.....	47
------	-----------------------------------	----

CAPÍTULO 4- OBJETIVOS DA SANÇÃO PENAL

4.1	Reintegração do Indivíduo no Convívio Social.....	49
4.2	Reeducação das Condutas dos Infratores.....	52
4.3	Incentivo à Profissionalização.....	54

CAPÍTULO 5- SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

5.1	Deficiência da Carceragem no Brasil.....	57
5.2	Superlotação das Cadeias Públicas.....	60
5.3	Rebeliões e Atentados.....	61
5.4	Privilégios.....	61
5.5	Falta de Segurança.....	62

CAPÍTULO 6- DAS PENAS ALTERNATIVAS

6.1	Necessidade e Finalidade.....	65
6.2	Cominação e Aplicação.....	66
6.3	Requisitos ou Pressupostos Necessários à Substituição.....	68
6.4	Análise de Critérios Orientadores da Substituição.....	70

7-	CONCLUSÃO.....	72
-----------	-----------------------	-----------

8-	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	74
-----------	--	-----------

INTRODUÇÃO

A pena privativa de liberdade, que atingiu seu apogeu na segunda metade do século XIX, começou a enfrentar sua decadência antes mesmo que esse século terminasse.

Iniciava-se um grande questionamento em torno da pena privativa de liberdade, que não atingia as suas finalidades declaradas, já que ao invés de recuperar o delinqüente, estimulava a reincidência.

A realidade fática é que os apenados são lançados à prisão sem qualquer critério de classificação, sendo abandonados pelo Estado e mantidos na ociosidade e no ódio pela sociedade que ali os flagelou.

Então, como podem ser reintegrados ao meio social se são rejeitados por esta sociedade, se são confinados à força, privados de autonomia de vontade, de recursos, de bens de natureza pessoal, da família, da segurança, se são submetidos a um regime de controle quase total, tendo que se adequar às condições de vida que lhe são impostas?

É preciso a transformação do sistema para que a reforma do condenado seja propiciada por instrumentos como a educação e o trabalho, de modo a dar-lhe condições de levar uma vida digna quando sair do estabelecimento prisional.

A tendência, então, é buscar outras alternativas para sancionar os criminosos, que não isolá-los socialmente.

No intuito de demonstrar isso, o trabalho foi dividido em capítulos:

O capítulo 1 estuda o processo evolutivo do Direito Penal, seja Antigo, Medieval, Moderno e Contemporâneo.

No capítulo 2 são analisadas as penas adotadas pelo Direito Penal Brasileiro.

Já o capítulo 3 aborda uma série de considerações aos princípios constitucionais que norteiam o Direito Penal.

No capítulo 4 procura-se mostrar os objetivos da sanção penal e analisar se os mesmos estão sendo atingidos através da aplicação da pena privativa de liberdade.

O capítulo 5 traz uma análise da deficiência do Sistema Penitenciário Brasileiro, mostrando as condições a que os presos são submetidos.

O capítulo 6, por sua vez, trata das penas alternativas, sendo esta uma opção para sancionar os criminosos, que não isolá-los socialmente.

Para que o presente trabalho fosse levado a bom termo e a contento, buscou-se através da pesquisa bibliográfica, demonstrar que a pena privativa de liberdade não tem atingido o seu objetivo ressocializador e apontar a tendência atual de sua abolição para o cumprimento de penas de pequena duração.

Foi buscando uma resposta que essa pesquisa foi elaborada, não somente para tentar entender as causas de tanta violência, principalmente em indivíduos que são submetidos à prisão, mas também, para, tendo esses dados em mãos, pesquisar novas formas de puni-los.

CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE DIREITO E SOCIEDADE

Quando do surgimento da Sociedade Política, os indivíduos que integravam o grupamento social abdicaram de suas liberdades individuais e firmaram um pacto social, pelo qual todos ficariam protegidos por um ente político responsável pelo bem de toda a coletividade.

Segundo Rousseau, “o que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo quanto aventura e pode alcançar. O que com ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui”.¹

O Estado, ao receber o poder-dever de realizar o bem comum, apareceu como um poder de mando, como governo e dominação. Instituiu uma nova ordem, com normas rígidas a que todos estavam submetidos. O poder, então, é detido e centralizado pelo Estado. Isto em virtude do medo. O medo do indivíduo diante de outro, mais forte e mais violento; o medo da massa social frente ao guerreiro que quer impor a sua vontade aos demais. O medo do homem, não apenas como indivíduo, como família, mas como grupo social, e por isso, ele criou o poder e entregou-o à Sociedade Política.

Para a manutenção da harmonia na sociedade, o Estado impôs regras de conduta aos membros do grupo e previu sanções para aqueles que descumprissem as normas. O Direito normativo é o direito racional por determinar uma série de ações em relação a determinados fins. Portanto, as ações sociais determinadas pela legalidade são frutos de uma normatização social advinda de uma rede de poderes velados pelo Direito.

Della Torre acentua que “o homem é um ser social por natureza, pois só vivendo em sociedade torna-se humano”². Sendo assim, tornaram-se necessários normas de conduta para reger a vida social, surgindo, portanto, o Direito, o qual regula o convívio social, assegurando-lhe as condições mínimas de existência, de desenvolvimento e de paz. Tanto é assim que sociedade e Direito se pressupõem mutuamente (*ubi societas ibi jus et ibi jus ubi societas*).

Como ordem jurídica, é importante fator de estabilidade e de harmonia nas relações sociais, enquanto soluciona os conflitos individuais e sociais, impondo, por assim dizer, uma *ratio* à própria realidade humana.

¹ ROSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. 2ª edição. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 36

² DELLA TORRE, Maria Benedita Lima. O Homem e a Sociedade – Uma Introdução à Sociologia. 12ª edição. São Paulo: Editora Nacional, 1984, p. 41

O conjunto ou sistema de normas jurídicas vigentes em determinada sociedade dá lugar ao ordenamento jurídico. Por sistema jurídico se entende um complexo normativo dinâmico, portador de coerência e unidade. Portanto, ordenamento jurídico é uma forma de disciplinar a vida no seio do grupo social.

Durkheim (1978) *apud* Bitencourt (2000) afirma que o delito não ocorre somente na maioria das sociedades de uma ou outra espécie, mas sim em todas as sociedades constituídas pelo ser humano. Assim, o delito não é só um fenômeno social normal, com também cumpre outra função importante, qual seja, a de manter aberto o canal de transformações de que a sociedade precisa.

Quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e os demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o Direito Penal com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens.

Assim, o Direito Penal é o setor ou parcela do ordenamento jurídico público interno que estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas conseqüências jurídicas – penas ou medidas de segurança.

Esse conjunto de normas e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, observando rigorosos princípios de justiça.

Portanto, a função primordial desse ramo da ordem jurídica pública radica na proteção de bens jurídico-penais – bens do Direito – essenciais ao indivíduo e à comunidade. Para cumprir tal desiderato, em Estado de Direito democrático, o legislador seleciona os bens especialmente relevantes para a vida social e, por isso mesmo, merecedores de tutela penal.

O Direito Penal é visto como uma ordem de paz pública e de tutela das relações sociais, cuja missão é proteger a convivência humana, assegurando, por meio da coação estatal, a inquebrantabilidade da ordem jurídica.

CAPÍTULO 1
O PROCESSO EVOLUTIVO DO DIREITO PENAL

1.1 Direito Penal Antigo

Tudo indica que o homem sempre viveu em grupo. Portanto, desde as origens houve a necessidade de normas de conduta que representavam as tradições, as superstições e os costumes misticamente observados pelos membros do grupo, os quais, não podendo explicar os acontecimentos do cotidiano, como a chuva, o raio, os trovões, passaram a atribuí-los a seres sobrenaturais que premiavam ou castigavam a comunidade pelo seu comportamento, atribuindo à pena um caráter divino, pois o descumprimento às obrigações devidas aos seres sobrenaturais mereciam graves castigos, como a tortura e a morte. Era a repressão do crime como forma de satisfação aos deuses pela ofensa praticada pelo grupo.

Surge, então, a idéia da proteção totêmica, materializada nas leis do tabu, onde as violações das regras totêmicas ou a desobediência ao tabu acarretavam aos infratores os castigos ditados pelo encarregado do culto, o chefe do grupo, e se apresentava basicamente sob duas formas: a perda da paz e a vingança do sangue.

A perda da paz consistia na expulsão do infrator do meio social em que vivia, pois se livrando daquele que havia provocado a ira divina, o grupo buscava a paz coletiva. Para o indivíduo, a expulsão significava praticamente a morte, pois era impossível sobreviver em meio à natureza hostil. Já a vingança de sangue era aplicada contra os infratores estranhos ao grupo, motivada por violações ao tabu.

Quando a vida coletiva se torna mais complexa e o grupo se decompõe em grupos ou clãs secundários, surge a vingança privada, reconhecida como a reação do indivíduo ou seu grupo contra membros de outros grupos.

O desdobramento da comunidade primitiva em grupos secundários, decorrente dos primeiros passos do processo de divisão social do trabalho aliado ao reconhecimento da necessidade de se preservar a reação grupal contra o agressor ou seus próximos, fez surgir a figura do poder central, que tem por função conciliar interesses divergentes e estabelecer o equilíbrio necessário à convivência desses grupos, consagrando outro tipo de resposta punitiva, a composição.

A composição é, assim, uma forma alternativa de repressão aplicável aos casos em que a morte do delinqüente fosse desaconselhável, seja em virtude da natureza da infração, seja porque o interesse do ofendido ou dos membros de seu grupo fosse favorável à reparação do dano causado pela ação delituosa.

No período antigo, surgiram as primeiras civilizações, as quais haviam alcançado um grau mínimo de organização sociopolítica e econômica e, já com o Estado forte, este centralizou para si o direito de punir os infratores das suas normas. Durante muito tempo o Estado tornou-se um severo repressor daqueles que desobedeciam ao ordenamento.

Surge, então, a concepção penal baseada no talião, ou seja, a Lei de Talião, a qual impunha um castigo na mesma medida da culpa, sendo que a reação contra o infrator deveria atingi-lo da mesma forma e mesma intensidade do mal por ele causado (“sangue por sangue, olho por olho, dente por dente”).

O direito penal do talião representou relativo progresso e, embora suas penas hoje possam parecer cruéis, a verdade é que, com ele, o sistema punitivo conheceu um abrandamento significativo em relação ao período anterior, no qual a repressão criminal era de forma completamente ilimitada.

1.2 Direito Penal da Idade Média

A Idade Média caracterizou-se por ser uma época de intolerância, de crueldade, de guerras e ódios, de perseguições e torturas, onde a pena de morte, aplicada com grande freqüência, era executada com requintes de crueldade, comumente precedidas por uma série de suplícios a que ficava submetido o condenado antes da morte: queimaduras com óleo e enxofre ferventes e com chumbo derretido; mutilações de membros, açoites e outras formas de impingir sofrimento ao ser humano que deveria ser morto minutos depois.

Além da crueldade do castigo aplicado ao condenado, todo esse ritual de terror e de insensatez visava também dar uma lição de exemplaridade aos demais componentes do grupo social e acentuar o caráter de retribuição absoluta da pena criminal, assentado na idéia de punir o infrator simplesmente pelo mal cometido.

1.3 Direito Penal Moderno

Na segunda metade do século XVIII, as idéias político-filosóficas e jurídicas emergentes já não admitiam que o Direito Penal pudesse utilizar-se com tanta freqüência e de forma tão abusiva dos castigos corporais, dos suplícios mais diversos, dos trabalhos forçados e da pena de morte.

A reação contra esse sistema repressivo desumano e sangrento deu origem ao movimento humanitário, no qual o sistema de repressão criminal veio a desenvolver-se e, embora trouxesse a idéia da retribuição pelo delito cometido, foi influenciado por pensadores como Cesare Beccaria, e, ao invés de adotar-se a severidade das penas, numa época em que a tortura era a forma mais comum de se obter a confissão do réu e a sua conseqüente punição, buscou-se defender os direitos fundamentais do acusado.

Em sua obra “Dos delitos e das penas”, Cesare Beccaria faz um protesto ardoso contra os horrores das leis penais de sua época, com o intuito de subordinar a justiça criminal a princípios humanitários.

Já no final do século XIX, o cientificismo predominante acabou invadindo a seara criminal, numa busca febril das causas da delinqüência, abarcando a medicina, a psiquiatria e as ciências sociais, onde estudos e investigações foram realizados para formular uma teoria científica do fenômeno criminal e do delinqüente, que deveria ser examinado como objeto de investigação e experiências acerca da causalidade criminal.

César Lombroso, criador da Antropologia Criminal, em sua conhecida obra “O homem delinqüente” (1876) procurou estabelecer certa relação entre constituição física e predisposição para a prática de delitos, onde entendia que o verdadeiro criminoso (o criminoso nato) seria uma espécie diferenciada do gênero humano, resultante de uma anomalia genética, apresentando uma anormalidade psíquica que o classificaria como um verdadeiro psicopata (louco moral). Em conseqüência, o Direito Penal deveria assumir uma função de defesa da sociedade contra o indivíduo perigoso, em decorrência de sua predisposição para

o delito e a pena deveria perder sua função retributiva, para se transformar num instrumento de defesa social e de terapêutica individual.

Porém, essa tentativa de transformar o Direito Penal numa disciplina médico-psiquiátrica, que poderia levá-lo a uma função exclusivamente clínica, não teve êxito, pois Lombroso ignorou que o crime é criação jurídica e que o criminoso age por influência de fatores socioeconômicos e culturais e só excepcionalmente de fatores biológicos. No entanto, as novas idéias não foram totalmente abandonadas e acabaram contribuindo para o surgimento de uma nova ciência: a Criminologia.

As principais idéias orientadoras do Direito Penal contemporâneo têm sua origem no período clássico: crime como entidade jurídica, culpabilidade moral; pena retributiva com funções de defesa social, de prevenção e de recuperação de delinqüente; princípio da legalidade; pena de prisão em substituição à de morte e aos castigos corporais.

A prisão, núcleo central do sistema punitivo da atualidade, tem fracassado em sua função de recuperação moral e social dos condenados que, em sua grande maioria, reincidem em suas infrações e retornam às prisões, num círculo vicioso que só termina com suas mortes atrás das grades ou em seus curtos períodos de liberdade.

Diante do fracasso ressocializador da prisão, defende-se, hoje, seu uso como o último recurso punitivo, só aplicável aos casos de extrema necessidade. Em seu lugar, surgem as novas alternativas penais: penas pecuniárias e restritivas de direitos, a suspensão da pena, da condenação e do processo criminal.

Com o movimento da Nova Defesa Social, encabeçado por Marc Ancel, foi que a política criminal, ciência na qual o Estado deve se basear para prevenir e reprimir a delinqüência, tomou um novo rumo, procurando-se cada vez mais a reinserção do criminoso de volta à sociedade e a prevenção do crime. Na preciosa lição do autor supracitado:

“... trata-se, de fato, segundo as novas concepções, de garantir uma proteção eficaz da comunidade graças à apreciação das condições em que o

*delito foi praticado, da situação pessoal do delinqüente, de suas possibilidades e probabilidades de recuperação e dos recursos morais e psicológicos com que se pode contar, com vistas a um verdadeiro tratamento de ressocialização”.*³

CAPÍTULO 2

O DIREITO PENAL BRASILEIRO

2.1 Penas Privativas de Liberdade

A pena privativa de liberdade retira do condenado, de uma forma mais rígida ou menos branda, o direito à liberdade. É a que restringe, com maior ou menor intensidade, a liberdade do condenado, consistente em permanecer em

³ ANCEL, Marc. A Nova Defesa Social, Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 41

algum estabelecimento prisional, por um determinado tempo, tudo na conformidade do regime imposto.

O Código Penal coloca a pena privativa de liberdade como a espinha dorsal de todo o sistema penal, quando estabelece que esta será a sanção prevista para todos os crimes e para a grande maioria das contravenções penais.

A pena privativa de liberdade é classificada em três espécies: reclusão e detenção para os crimes, conforme estabelece o artigo 33 do Código Penal e a prisão simples para as contravenções penais, conforme estabelece o artigo 5º da Lei das Contravenções Penais.

Porém, a distinção entre elas é meramente formal e quantitativa, visto que a pena de reclusão é cominada para os crimes mais graves, enquanto a pena de detenção é reservada aos crimes mais leves, já a pena de prisão simples é cominada apenas para as infrações contravencionais.

Segundo a lei, a reclusão pode ser cumprida, dependendo do caso, em regime fechado, semi-aberto ou aberto, e a detenção deve ter iniciada sua execução em regime semi-aberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

Conforme a maioria dos autores, com a Reforma Penal de 1984, o legislador perdeu a oportunidade de proceder à unificação, numa só espécie, da pena privativa de liberdade, que poderia ser denominada detenção ou simplesmente prisão, conforme entende a doutrina contemporânea e vem sendo adotado por legislações recentes. Com isto, o sistema estaria sendo simplificado, eliminando-se uma distinção apenas formal e completamente inútil.

Adotando o sistema progressivo, o Código Penal prevê três regimes para execução da pena privativa de liberdade: fechado, semi-aberto e aberto. Em princípio, esses três regimes são aplicados aos reclusos, aos detentos e também aos presos simples (condenados por contravenções), embora, para estas duas últimas categorias de condenados, o regime fechado somente possa ser aplicado em caráter excepcional.

O condenado que iniciar o cumprimento de sua pena em regime fechado poderá progredir para alcançar os regimes semi-aberto e aberto e, em seguida, obter o livramento condicional, até a liberdade completa. Tudo dependerá de seu

bom comportamento prisional, revelador de uma provável recuperação moral e social.

É preciso salientar que, em se tratando de crime hediondo, a pena privativa de liberdade deverá ser cumprida integralmente em regime fechado (art. 2, § 1º da Lei nº 8.072/90). Segundo a maioria dos autores, esse dispositivo representa indiscutível retrocesso por ter endurecido desnecessariamente o sistema punitivo e estabelecido uma exceção à regra de que o preso cumprirá a pena privativa de liberdade de forma progressiva até alcançar regime menos rigoroso, sempre que seu mérito indicar a progressão, além do que, o dispositivo constitucional que criou a figura do crime hediondo (art. 5º, inciso XLIII), somente o considera inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, deixando de prescrever qualquer outra medida repressiva mais severa a seu autor.

No regime fechado, o condenado fica completamente isolado do meio social e privado da liberdade física de locomoção, através de seu internamento em estabelecimento penal apropriado, no caso, a penitenciária de segurança máxima ou média (art. 33, § 1º, alínea a, e art. 87 da Lei de Execução Penal). Essa deve possuir dispositivos de segurança contra fuga e manter a disciplina mediante vigilância e fiscalização do pessoal penitenciário.

No interior do estabelecimento, o condenado será alojado em cela individual com área mínima de seis metros quadrados, contendo dormitório, aparelho sanitário e lavatório (art. 88 da LEP) e ficará sujeito a isolamento celular noturno. Entretanto, embora seja direito do preso permanecer em cela individual, tal exigência não é cumprida, pois na maioria das prisões, as celas são coletivas, mantendo em seu interior um amontoado de presos, que cumprem penas em condições terrivelmente desumanas.

Durante o dia, o condenado deverá trabalhar em comum com seus companheiros de prisão. Apesar de estar privado de sua liberdade física, a lei assegura ao preso o direito ao lazer, à assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa e à saúde, vista como dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade (art. 10 da LEP). Isto requer estabelecimentos penitenciários dotados de uma gama diversificada de equipamentos modernos e funcionais, administrados por funcionários com

especialização e capacitação adequadas, o que torna bastante oneroso o sistema.

Nem todos os condenados a uma pena privativa de liberdade são submetidos ao regime fechado. Além dos casos em que a pena aplicada pode ser convertida em restritiva de direitos ou substituída por multa, há os casos em que o condenado poderá cumpri-la em regime menos severo e, por isso, não passará pelo regime fechado.

O artigo 33, § 2º do Código Penal estabelece que o condenado a uma pena de reclusão superior a oito anos (reincidente ou não) deverá iniciar sua execução em regime fechado. O reincidente condenado a uma pena de reclusão, mesmo que a quantidade desta seja igual ou inferior a oito anos, também deve começar a cumpri-la em regime fechado, assim como o condenado que se tenha revelado incompatível com outro regime menos severo, poderá ser transferido ao regime fechado.

No início do cumprimento da pena, o condenado deve ser submetido ao exame criminológico de classificação (art. 34, *caput* do CP), visando proporcionar adequada individualização da execução da pena. Não se trata de simples e necessária classificação do condenado, para ser encaminhado ao estabelecimento penal adequado ao cumprimento de sua pena: o exame criminológico pretende ser um estudo profundo de todos os aspectos da personalidade e da vida social, profissional, familiar e cultural anterior, com vista à efetiva individualização da pena e à recuperação do condenado.

Cabe ao Centro de Observação ou, em sua falta, à Comissão Técnica de Classificação existente em cada estabelecimento penal (penitenciária), efetuar o exame criminológico, podendo entrevistar pessoas, requisitar informações a respeito do condenado e realizar diligências e exames necessários (arts. 5º a 9º e 98 da LEP). No Brasil, poucos Estados têm condições de realizar esse tipo de exame. Diante dessa realidade, a própria lei prevê que a Comissão Técnica de Classificação possa ser incumbida de realizá-lo.⁴

O trabalho prisional é obrigatório, sendo visto como um importante instrumento de recuperação moral e social do condenado e deve ser executado

⁴ Além de difícil efetivação, o exame criminológico não tem apresentado resultados práticos convincentes

no interior do estabelecimento, em comum com os demais presos e durante o período diurno. A aptidão profissional do preso, sempre que possível, deve ser aproveitada (art. 34, §§ 1º e 2º).

A lei admite, ainda, a possibilidade de o preso, em regime fechado, realizar trabalho externo, em serviços ou obras públicas, desde que tomadas as cautelas contra eventual fuga. Porém, por sua execução não ser fácil, tem sido pouco utilizado.

Determina a lei penal substantiva que o trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social (art. 39), dispositivo que é complementado pelo art. 39, *caput* da LEP e que assegura o direito a uma remuneração não inferior a três quartos do salário mínimo. Trata-se de direito dificilmente observado pelos estabelecimentos penais brasileiros, que pagam remuneração irrisória ao preso. De qualquer forma, se o salário do preso fosse significativo, o Estado estaria autorizado a ressarcir-se das despesas com a manutenção do condenado (art. 29, § 1º, alínea d, da LEP).

Além da obrigatoriedade do trabalho, o presidiário em regime fechado fica sujeito a um severo conjunto de deveres, expressão da disciplina carcerária contemporânea, que o submete a um absoluto e rígido controle de todos os seus demais atos quotidianos, desde a alvorada ao clarim da hora do silêncio.

Mas a vida penitenciária moderna não é feita só de obrigações para o preso. Este tem assegurado por lei todos os direitos não atingidos direta ou indiretamente pela pena privativa de liberdade e, conseqüentemente, cabe à Administração Penitenciária assegurar-lhe tais direitos. Alimentação e vestuário adequados; prática de esportes e jogos de salão; lazer (TV, rádio, cinema, leitura, correspondência com exterior); educação regular e profissionalizante; prática religiosa, etc, são atividades asseguradas pelo direito que integram (ou deveriam integrar) o quotidiano do presidiário, mesmo em regime fechado.

No regime semi-aberto, o condenado cumpre a pena sem ficar submetido às regras rigorosas do regime penitenciário (isolamento celular), já que neste regime não são utilizados mecanismos ou dispositivos ostensivos de segurança contra a fuga do condenado, o qual não encontrará obstáculo material para se evadir do local de cumprimento da pena, que é cumprida em colônia agrícola,

industrial ou estabelecimento similar (art. 33, § 1º, alínea b do CP), ou seja, é um estabelecimento que se caracteriza pela inexistência de grades, fossos, muros, cercas eletrificadas ou guardas armados para evitar a evasão do preso, que aí permanece por revelar personalidade merecedora dessa privação atenuada da liberdade de locomoção.

O condenado, seja primário ou reincidente, a uma pena de detenção superior a quatro anos deve iniciar seu cumprimento em regime semi-aberto, conforme preceitua o Código Penal, em seu art. 33, *caput*, 2ª parte.

Essa é a posição da doutrina e jurisprudência, apesar da contradição existente entre o dispositivo no *caput* do art. 33 e a disposição contida na alínea b de seu § 2º. O entendimento é o de que, diante do conflito entre as normas em referência, prevalece a regra contida no *caput* do referido artigo, estabelecendo que a pena de detenção deve ser cumprida em regime semi-aberto ou aberto, sem excluir de seu alcance o condenado reincidente.

Também iniciará o cumprimento da pena em regime semi-aberto o condenado primário à pena de reclusão acima de quatro e não superior a oito anos (art. 33, § 2º, alínea b).

O condenado que iniciar o cumprimento de sua pena em regime fechado poderá progredir para o regime semi-aberto e deste ao regime aberto, sempre que tiver cumprido um sexto de sua pena e desde que seu comportamento prisional o faça merecedor dessa progressão (art. 112, *caput*, da LEP).

Contrariamente, o condenado que revelar conduta incompatível com esse regime poderá ser transferido (regressão) ao regime fechado (art. 118, incisos I e II, da LEP).

O condenado que iniciar a execução de sua pena em regime semi-aberto deverá ser submetido a exame criminológico de classificação para individualização de execução (art. 35, *caput*). Para os que progrediam do regime fechado ao semi-aberto, o exame em tela já deve ter sido realizado no início da execução da pena.

Não obstante a obrigatoriedade imposta pelo CP, a LEP dispõe diferentemente, estipulando que o exame será facultativo, quando o cumprimento da pena começar em regime semi-aberto (art. 8º, parágrafo único). A antinomia é

evidente. A regra contida na LEP é a mais razoável e, por isso, é a que vem sendo observada (JTACrSP, 90/72; TJSP, RTJ 146/312), mesmo porque a realização do exame criminológico tem-se revelado difícil na prática.

Durante o dia, o condenado está obrigado a trabalhar em comum com os demais companheiros, no interior do estabelecimento (colônia agrícola ou industrial, art. 35, § 1º). O trabalho externo também é admissível, tanto no setor público quanto no privado, sem a obrigatoriedade de adoção de medidas de segurança contra fuga. Explica-se esta posição mais branda por se tratar de regime semi-aberto, no qual o condenado não está sujeito ao rigor penitenciário.

À noite, o preso recolhe-se à cela individual ou ao dormitório coletivo (art. 92 da LEP).

Se o condenado necessitar e seu mérito o recomendar, poderá ser autorizado a ausentar-se de estabelecimento a fim de freqüentar cursos de formação educacional profissional, com o objetivo de prepará-lo adequadamente para o retorno à vida em liberdade (art. 35, § 2º). A norma é válida, embora não seja de fácil execução na prática.

A saída temporária do estabelecimento também é admissível para que o condenado possa visitar, periodicamente e sem vigilância direta, sua família (art. 122, inciso I, da LEP). O benefício tem por finalidade preservar o elo de união entre o preso e seus parentes próximos, pois é evidente que a família ainda representa importante fator de condicionamento às regras de conduta estabelecidas pelo Estado e, principalmente, pelo grupo social.

Na acepção literal da lei positiva, o regime aberto é aquele cuja execução “baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado” (art. 36 do CP), que cumprirá sua pena privativa de liberdade exercendo, durante o dia, trabalho externo ao estabelecimento penal e neste permanecendo durante o repouso noturno e nos domingos e feriados (art. 36, § 1º).

O trabalho externo, em atividade pública ou privada desvinculada da administração penitenciária, constitui fundamento do regime aberto, também conhecido por prisão-albergue. Sem a prestação efetiva do trabalho externo, com liberdade e em condições de igualdade com os não condenados, desaparece o pressuposto do regime aberto.

Quando o condenado iniciar o cumprimento da pena em regime aberto, poderá continuar a exercer normalmente seu trabalho (se já o tiver) e esta é uma das grandes vantagens deste regime. Se vier transferido de outro regime mais severo, só poderá ingressar no regime aberto o condenado que comprovar a promessa de trabalho externo. É lógico que o regime aberto não poderá ser negado, quando presentes os pressupostos legais, durante o tempo necessário à procura e obtenção do emprego.

Nesse regime, a pena privativa de liberdade será cumprida em casa de albergado ou estabelecimento adequado (art. 33, § 1º, alínea c).

Em face da natureza desse regime, que exige autodisciplina e responsabilidade, a lei estabelece que somente pode iniciar cumprimento da pena em aberto o condenado não reincidente e desde que a pena não ultrapasse a quatro anos de duração (art. 33, § 2º, alínea c). No entanto, essa regra é válida somente para o caso em que a pena imposta na sentença for a de reclusão, pois em se tratando de detenção, mesmo o condenado reincidente poderá iniciar seu cumprimento em regime aberto. Prevalece aqui, mais uma vez, o disposto no *caput* do art. 33 do CP).

Pode ainda ser transferido para esse regime, mediante progressão, o condenado que tiver cumprido, pelo menos, um sexto de sua pena em regime semi-aberto (art. 112 da LEP).

Num caso ou no outro, o condenado somente poderá cumprir sua pena em regime aberto se revelar conduta compatível com a natureza desse regime. Significa que, ao condenado reincidente ou não à pena não superior a quatro anos, com maus antecedentes, péssima conduta social anterior e personalidade perigosa, poderá o juiz negar-lhe o direito de cumprimento da pena em regime aberto.

Nas ocasiões em que o condenado não estiver trabalhando, ficará recolhido em casa de albergado ou estabelecimento adequado (art. 36, § 1º). O condenado aí permanece sem estar submetido a qualquer tipo de vigilância direta, por demonstrar senso de autodisciplina e de responsabilidade. Por isso, a casa de albergado deve ficar separada dos demais estabelecimentos penais

(especialmente das cadeias e penitenciárias) e, assim, viabilizar a execução da pena nas condições preconizadas pela lei positiva.

A construção não deve possuir dispositivos característicos de um estabelecimento prisional. É suficiente um prédio de alojamento coletivo (com dormitórios individuais ou coletivos) e do qual a saída e entrada do condenado se faça livremente.

O condenado maior de 70 anos ou acometido de doença grave e a condenada gestante ou com filho menor ou deficiente físico ou mental poderão ser autorizados a cumprir o albergamento em residência particular (art. 117 da LEP).

O número de casas de albergado em nosso país ainda é insignificante, bastando como exemplo o caso de Santa Catarina, onde existem apenas dois estabelecimentos desse tipo, localizados em Florianópolis e em Joaçaba. A grande maioria dos condenados em regime aberto cumpre o albergamento em presídios e cadeias, junto com presos em regime fechado, e isto é prova inequívoca da precariedade de nosso sistema penal.

Diante desta triste e inadmissível situação contrária à norma penal, no caso de inexistência de casa de albergado, os tribunais têm admitido o albergamento no domicílio do condenado nas horas e dias de folga ou em sessão especial da cadeia pública.

As horas de folga poderão ser aproveitadas para o fim de freqüência a curso educacional regular ou especial, visando ao aprimoramento intelectual e moral do condenado. Também poderão ser autorizadas visitas periódicas à família.

A lei positiva prevê três hipóteses em que o condenado será transferido desse regime para um mais rigoroso (semi-aberto ou fechado). Estão previstas no art. 36, § 2º do CP. A primeira delas configura-se quando o condenado cometer fato definido como crime doloso. Não há necessidade de nova condenação, bastando a prática do fato típico, o que não deixa de ser criticável, pois este pode ter sido praticado sob a égide de uma excludente da ilicitude ou da culpabilidade. Esse dispositivo deve ser afastado por contrariar o princípio da presunção da inocência (art. 5º, inciso LVII, da CF).

Se o condenado frustrar os fins de execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta, também será transferido para regime mais rigoroso. Aqui, enquadram-se os casos de não-ressarcimento do dano causado pelo delito e os de não-cumprimento das condições impostas pelo juiz e/ou previstas em lei (art. 115 da LEP).

2.2 Penas Restritivas de Direitos

Após o advento da Lei nº 7.209/94, responsável pela reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940, acolheu-se o sistema de penas alternativas ou substitutivas.

Tais penas têm caráter geral, posto que podem substituir a pena privativa de liberdade abstratamente cominada na parte especial, independentemente do título em que esteja inserido o delito em questão, desde que presentes os requisitos autorizantes.

Embora se aceite a pena privativa de liberdade como um marco de humanização da sanção criminal, em seu tempo, a verdade é que fracassou em seus objetivos declarados.⁵

A imposição dessas penas tem como escopo contornar a duvidosa eficácia das penas privativas de liberdade de curta duração aplicadas a condutas delitivas de escassa repercussão, não raro perpetradas por delinqüentes ocasionais.⁶

Desse modo, as penas restritivas de direitos encontram-se elencadas no artigo 43 do Código Penal e abrangem as seguintes espécies: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de final de semana.

A prestação pecuniária, insculpida no art. 43, I do Código Penal, consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: Parte Geral, ob. cit., p. 438

⁶ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 381

privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos.

No entanto, a finalidade dessa sanção, segundo dicção do texto legal, é reparar o dano causado pela infração penal, posto que “o valor pago” deverá ser “deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários”.

A destinação secundária prende-se ao caráter indenizatório que esta sanção traz como finalidade. Por isso, primeiro deverá reparar o dano ou prejuízo causado à vítima ou seus dependentes, e somente na ausência destes, o produto resultante de condenação poderá destinar-se a entidade pública ou privada com destinação social.

Aplicada essa sanção penal e sobrevivendo sentença condenatória em ação de reparação civil, a dedução do valor pago do montante resultante da condenação civil será imperativa, já que o texto legal é taxativo.

Não obstante, segundo Bitencourt (2000), o legislador foi infeliz ao condicionar o direito de compensar a valor pago a título de prestação pecuniária somente no montante resultante de eventual “condenação” decorrente de ação reparatória civil.

Ainda, afirma o referido autor que não se pode negar que se trata de uma limitação equivocada, a qual recomenda interpretação extensiva, ante o caráter reparatório daquela sanção criminal, visto que em caso de eventual “composição” ou “conciliação cível” não seria possível a compensação do valor pago a título de prestação pecuniária.

Porém, é possível que a pena de prestação pecuniária seja substituída por prestação de outra natureza, desde que haja a concordância do beneficiário (art. 45, § 2º). Logo, a referida substituição tem caráter consensual.

A doutrina, no entanto, considera essa prestação de outra natureza, na verdade, uma pena inominada, sendo tal indeterminada, que viola o princípio da reserva legal, o qual exige que o preceito e a sanção sejam claros, precisos, certos e determinados.

Outra curiosidade levantada pela doutrina diz respeito ao fato de somente a prestação pecuniária ser autorizada a converter-se em prestação de outra natureza, sendo que a pena de multa e perda de bens e valores, que também são sanções pecuniárias, não recebem essa mesma faculdade.

Nesse caso, o legislador explica-se pelo fato de a prestação pecuniária ser destinada, em tese, à vítima ou seus dependentes, enquanto as outras duas, destinam-se ao Fundo Penitenciário Nacional.

Prevista no artigo 43, II do Código Penal, a perda de bens e valores pertencentes ao condenado dar-se-á em favor do Fundo Penitenciário Nacional, considerando-se o prejuízo causado pela infração penal ou o proveito obtido pelo agente ou por terceiro (art. 45, § 3º).

Portanto, segundo doutrinadores, trata-se de pena de confisco sendo eivada de inconstitucionalidade, visto que transgride o princípio da personalidade e da individualização da pena.

O objeto desse confisco, no entanto, não serão os instrumentos ou produtos do crime, como ocorre no confisco efeito da condenação, mas é o próprio patrimônio do condenado, definido como bens e valores.

Tentando amenizar a inconstitucionalidade, o “novo confisco” apresenta dois limites: limitação do *quantum* a confiscar, estabelecendo um teto, sendo o maior valor entre o montante do prejuízo ou do proveito obtido com a prática do crime e a limitação em razão da quantidade de pena aplicada, só podendo ser aplicadas às condenações que não ultrapassem o limite de quatro anos de prisão.

Ainda, conforme previsão do artigo 45 e parágrafos, somente caberá essa pena de perda de bens e valores quando for possível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Nos termos do artigo 46, parágrafos 1º e 2º do Código Penal, “a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado”, devendo ser cumprida “em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais”.

O trabalho desenvolvido pelo réu não é remunerado (art. 30 LEP), posto que inexistente qualquer vínculo empregatício entre aquele e o Estado. Porém, tais tarefas serão atribuídas ao condenado, conforme suas aptidões, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho (cf. arts. 46, 3º, CP e 149, I, LEP).

É ainda esta pena aplicável às condenações superiores a seis meses de privação de liberdade, de forma que, imposta pena igual ou inferior àquele limite, a substituição é admitida (art. 43, I, II, V e VI).

Infere-se no art. 46, § 4º do Código Penal, que a prestação deverá ser efetuada diariamente, por uma hora, durante todo o período de duração da pena substituída – se superior a seis meses e igual ou inferior a um ano – ou em menor tempo – se superior a um ano – nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.

De acordo com Prado (2000), a vedação do cumprimento antecipado às penas iguais ou inferiores a um ano é insustentável, ilustrando com o exemplo de dois co-autores de um determinado delito, sendo um condenado a pena de prisão de um ano, e o outro, a pena de um ano e um dia, substituídas por prestação de serviço à comunidade, que segundo tal dispositivo, apenas este último poderia cumpri-la em menor tempo. Acrescenta ainda, que é de todo conveniente estender essa possibilidade também ao primeiro, posto que nada justifica sua exclusão.

O escopo primeiro de tal pena é a reinserção social do condenado, sem que este sofra os dissabores que o cumprimento de eventual pena privativa de liberdade poderia lhe trazer.

A aplicação da pena de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas é incumbência do juiz do processo, cabendo, porém, ao juiz da execução, de acordo com o art. 149, LEP, designar a entidade ou programa comunitário ou estatal onde o condenado deverá trabalhar, alterar a forma de execução e determinar a intimação do condenado, cientificando-o da entidade, dias e horários em que deverá cumprir a pena.

Caberá ao patronato público ou particular, nos termos do art. 79, I e II, da LEP, orientar os condenados a pena restritiva de direitos, bem como fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e de limitação de fim de semana.

Dispõe ainda, o art. 150, LEP, que a entidade beneficiada com a prestação de serviço deverá encaminhar mensalmente ao juiz da execução relatório circunstanciado das atividades do condenado, bem como, comunicação sobre ausência ou falta disciplinar.

As penas de interdição temporária de direitos, conforme artigo 47 do Código, Penal, abrangem:

a) a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

Nessa modalidade de sanção restritiva, o legislador procurou abranger toda e qualquer atividade desenvolvida por quem usufrua da condição de funcionário público, nos termos do art. 327 do Código Penal.

É indispensável que a infração penal tenha sido praticada com violação dos deveres inerentes ao cargo, função ou atividade.

Após cumprida a pena, o condenado poderá voltar a exercer suas funções normais, desde que não haja impedimento de ordem administrativa, já que se trata de suspensão temporário e não de incapacidade definitiva.

O exercício de mandato eletivo poderá ser um dos direitos políticos do indivíduo que será afetado pela condenação, visto que será uma espécie de suspensão parcial dos direitos políticos.

b) a proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

Assim, qualquer profissional que for condenado por crime praticado no exercício de seu mister, com infringência aos deveres que lhe são inerentes, poderá receber essa sanção, desde que, preencha os requisitos necessários e a substituição revele-se suficiente à reprovação e prevenção do crime.

Porém, a interdição não pode abranger todas as profissões ou atividades que o condenado eventualmente possa exercer, pois se restringe apenas à profissão, atividade ou ofício no exercício do qual ocorreu o abuso.

c) a suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo;

Essa modalidade de interdição é aplicável exclusivamente aos crimes culposos de trânsito (arts. 47, III e 57, ambos do Código Penal).

A “autorização” destina-se aos condutores de veículos de propulsão humana ou de tração animal e aos condutores estrangeiros de veículos automotores devidamente habilitados em seus países de origem, enquanto que a “habilitação” é a licença concedida para condução de veículo automotor a todo aquele que for aprovado nos exames de praxe.

O atual Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), em seu artigo 146, § 2º, além das modalidades de autorização e habilitação, já referidas, criou a “permissão” para dirigir.

Segundo Bitencourt (2000), o aumento da criminalidade no trânsito hoje é um fato incontroverso, tendo o veículo se transformado em instrumento de vazão da agressividade, da prepotência, do desequilíbrio emocional que se extravasam na direção perigosa de veículos.

d) proibição de freqüentar determinados lugares.

A proibição não pode abranger lugares indeterminados, ou escolher aleatoriamente locais que se sabe o beneficiário possa eventualmente ter, querer ou precisar freqüentar, restringindo-se àquele ou àqueles lugares do cometimento do crime.

Da mesma forma, não será qualquer infração penal que poderá sofrer essa espécie de sanção, mas somente aquela que, por alguma razão, possa ter alguma relação com o lugar em que acabou sendo praticada.

Finalmente, não será qualquer infrator que poderá receber essa indigitada sanção, como é o caso do criminoso ocasional, para o qual o lugar do crime será mais um detalhe meramente accidental.

Enfim, é indispensável que haja uma relação de integração entre lugar-infração-delinquente, para justificar a imposição dessa restrição de direito.

Tais interdições, além de apresentarem um caráter evidentemente preventivo, afetam sobremaneira os interesses econômicos-sociais do réu, sem, contudo, dar causa aos inconvenientes que acompanham uma pena privativa de liberdade de curta duração.

2.3 Penas Pecuniárias

Carrara (1986) *apud* Prado (2000) conceitua a pena pecuniária como ‘toda diminuição de nossas riquezas sancionada pela lei como punição de um delito’.⁷

No Direito Penal Brasileiro, figura como pena pecuniária apenas a multa (arts. 5º, XLVT, c, da CF; e 49, do CP). De acordo com a definição legal, “consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa” (art. 49, *caput*, CP).

Segundo esse sistema, o valor de um dia-multa deverá corresponder à renda média que o autor do crime auferir em um dia, considerando-se sua situação econômica e patrimonial.

De acordo com o art. 49 e seus parágrafos, o valor mínimo de um dia multa é de trinta avos do maior salário mínimo vigente à época do crime e o valor máximo é de cinco vezes esse salário. E o limite mínimo de dias-multa será de 10 e o máximo de 360.

Há, porém, um outro limite extraordinário, que acontecerá no caso de, em virtude da situação econômica do réu, o juiz verificar que, embora aplicada no máximo, essa pena é ineficaz, podendo elevá-la até o triplo (art. 60, § 1º, do CP), o que representará 5.400 salários mínimos.

Os doutrinadores afirmam ser a pena de multa mais afiliva que a privação da liberdade, asseverando-a menos degradante que a segregação e sem as nefastas conseqüências desta, e ainda preconizam-na como mais econômica para o Estado, que, ao invés de despender somas no sustento dos internos, recebe pagamento dos condenados.

⁷ PRADO, Luiz Regis. ob. cit., pg. 403

O Código Penal, ao cominar penas pecuniárias, considerou dois aspectos absolutamente distintos: a renda média que o condenado auferir em um dia, de um lado, e a gravidade do delito e a culpabilidade do agente, de outro.

Assim, para que se possa aplicar a pena pecuniária com equidade, o seu cálculo deve ser feito em duas operações e, excepcionalmente, em três:

1ª operação: estabelece-se o número de dias-multa dentro do limite estabelecido de 10 a 360, levando-se em conta a gravidade do delito, a culpabilidade, a conduta social, os antecedentes, a personalidade, os motivos, bem como todas as circunstâncias legais. Enfim, fixa-se a quantidade de dias-multa a ser aplicado na sentença.

2ª operação: fixa-se o valor de cada dia-multa, nos limites estabelecidos no art. 49 e seus parágrafos, levando-se em conta tão somente a situação econômica do réu.

3ª operação: pode ocorrer que se mesmo aplicada no máximo a pena de multa, o juiz constatar que, em virtude da situação econômica do acusado, ela será ineficaz, poderão elevá-la até o triplo.

Há três modalidades de pagamento da pena pecuniária, que são: a) pagamento integral; b) pagamento parcelado; c) desconto em folha.

A forma normal de cumprir a pena de multa é o pagamento integral, através de recolhimento ao Fundo Penitenciário. Porém, o legislador, sabendo que tal pena incidiria mais freqüentemente no menos privilegiado, previu a possibilidade desse pagamento ser parcelado, em prestações iguais e sucessivas ou então em descontos na remuneração mensal.

Quanto ao parcelamento, se houver atraso no pagamento ou melhorar a situação econômica por parte do condenado, este será revogado.

No que diz respeito ao desconto em folha, esse deverá ficar dentro do limite de um décimo e da quarta parte da remuneração do condenado, desde que não incida sobre os recursos indispensáveis ao seu sustento e ao de sua família (art. 50, § 2º).

O art. 164 da Lei de Execução Penal estabelece que o Ministério Público, de posse da certidão de sentença condenatória, com trânsito em julgado, deverá

proceder à citação do condenado para, no prazo de 10 dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

A citação, portanto, tem três finalidades alternativas: pagar a multa imposta, nomear bens à penhora ou depositar o valor correspondente para discutir.

Porém, se decorridos os 10 dias e o condenado não tomar nenhuma das três providências, ainda assim não lhe seria possível converter a multa em prisão, mas apenas ser-lhe-ão penhorados tantos bens quantos bastem para garantir a execução.

O processo executório é regulado pelos arts. 164 a 169 da LEP, sendo competência para a execução da pena de multa do Juiz das Execuções Criminais e a legitimidade para a sua promoção é do Ministério Público correspondente.

A prescrição da pena de multa, isoladamente aplicada, ocorre em dois anos, que começa a correr a partir do trânsito em julgado para a acusação. Portanto, a maioria das condenações a esta pena escapará pela porta da prescrição.

Não obstante, a pena de multa atende de forma mais adequada aos objetivos da pena, sem as nefastas conseqüências da falida pena privativa de liberdade, respondendo aos postulados de política-criminal com grande potencial em termos de resultados em relação à pequena criminalidade.⁸

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: Parte Geral, ob. cit., p. 511

CAPÍTULO 3

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

3.1 Princípio da Legalidade

Os princípios reguladores do controle penal são de garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e estão amparados pelo texto constitucional de 1988 (Art. 5º).

As idéias de igualdade e de liberdade, apanágios do Iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou

durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais.

A própria concepção do homem adquiriu uma nova conotação, no qual o “indivíduo” iluminista foi substituído pela “pessoa” que não é apenas titular de direito, mas, que por viver em sociedade tem deveres para os seus consorciados e para a sociedade como um todo, titular de seus próprios direitos, de natureza transindividual e coletiva.

Muitos desses princípios limitadores passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão.

Todos esses princípios, hoje insertos, explícita ou implicitamente, no artigo 5º da Constituição de 1988, têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista.

O princípio da legalidade, segundo a doutrina mais contemporânea, desdobra-se em três postulados: quanto às fontes das normas penais incriminadoras, o princípio da reserva legal; quanto à enunciação dessas normas, o princípio da determinação taxativa e; quanto à validade das disposições penais no tempo, o princípio da irretroatividade.

3.2 Princípio da Reserva Legal

O postulado da reserva legal está prescrito no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal vigente, e o seu teor é o seguinte: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Quanto à origem do princípio as opiniões são divergentes, todavia, é a partir da pregação dos teóricos do chamado iluminismo, que realmente surge como real apotegma político o princípio da reserva legal, tendo o seu fundamento histórico na teoria do contrato social do Iluminismo.

Pregando esta teoria a construção do Estado como se tivesse origem em um contrato social, faz do Estado um mero instrumento de garantia dos chamados direitos do homem. Nascido com a preocupação de reagir ao absolutismo monárquico, o iluminismo preconiza a limitação do poder do Estado, garantindo ao cidadão uma faixa de ação. Dentre esses direitos insere-se o da reserva legal, ou seja: somente a lei, e anteriormente ao fato, pode estabelecer que este constitui delito, e a pena a ele aplicável.

Neste sentido, Beccaria (1999) *apud* Luisi (1991) esclarece que “só as leis podem decretar as penas para os delitos. Esta autoridade não pode residir se não no legislador, que representa toda a sociedade organizada por um contrato social”⁹.

Em alguns Códigos em vigor, a reserva legal continua não prevista, porém segundo Luisi (1991), pode-se dizer que o postulado da Reserva Legal é um patrimônio comum da legislação penal dos povos civilizados, estando, inclusive, presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo II, 2, aprovada em 1948, o qual dispõe que: “ninguém será condenado por atos ou omissões que no momento em que se cometerem não forem crimes segundo o direito nacional ou internacional. Tão pouco se imporá pena mais grave que a aplicável no momento da comissão do delito”.

Um problema relevante é o relativo à incidência do postulado da Reserva Legal nas normas disciplinadoras da execução da pena. Trata-se de definir se, no concernente às penas, a obrigatoriedade da lei prévia para a sua disciplina se limita à sua previsão nas normas incriminadoras, ou se, também, diz respeito às prescrições relativas a sua execução.

Na Constituição de 1988 existem algumas normas concernentes ao cumprimento da pena. É o caso dos incisos XLVIII, XLIX e L do artigo 5º. O primeiro ordena que a pena será “cumprida em estabelecimento de acordo com a natureza dos delitos, a idade e o sexo do apenado”. O inciso XLIX assegura “aos presos o respeito à integridade física e moral”. E no inciso L determina-se que às presidiárias se devem garantir “condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

⁹ LUISI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabril Editor, 1991, p. 15

Também está previsto no texto constitucional vigente que a lei regulará a individualização da pena (inciso XLVI do artigo 5º), e esta não se limita à previsão e à aplicação da pena, mas terá que se estender obrigatoriamente à forma da sua execução.

Todas essas indicações constitucionais estão a evidenciar que, por força de imperativos constitucionais, o postulado da Reserva Legal também atinge a execução das penas.

3.3 Princípio da Determinação Taxativa

O postulado da determinação taxativa ou da taxatividade expressa exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas. Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vedando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos.

Sem esse corolário, o princípio da legalidade não alcançaria seu objetivo, pois de nada vale a anterioridade da lei, se esta não estiver dotada da clareza e da certeza necessária, e indispensáveis para evitar formas diferenciadas, e, pois, arbitrárias na sua aplicação, ou seja, para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei.

Dentre outros, o principal fundamento do postulado da taxatividade é de índole política, pois a exigência de normas penais de teor preciso e unívoco decorre do propósito de proteger o cidadão do arbítrio judiciário, posto que, fixado com a certeza necessária, a esfera do ilícito penal fica restrita à discricionariedade do aplicador da lei.

3.4 Princípio da Irretroatividade

É um postulado decorrente da legalidade dos delitos e das penas, constituindo um complemento lógico da Reserva Legal, expressando a exigência da atualidade da lei, impondo que a mesma, só alcança os fatos cometidos depois do início de sua vigência, não incidindo sobre os fatos anteriores.

Sem tal postulado não haveria segurança e nem liberdade na sociedade, em flagrante desrespeito ao princípio da legalidade e da anterioridade da lei, consagrado no artigo 1º do Código Penal e no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal.

Portanto, desde que uma lei entra em vigor até que cesse a sua vigência rege todos os atos abrangidos pela sua destinação. Entre estes dois limites – entrada em vigor e cessação de sua vigência – situa-se a sua eficácia. Não alcança, assim, os fatos ocorridos antes ou depois dos dois limites extremos: não retroage e nem tem ultra-atividade. É o princípio *tempus regit actum*.

Contudo, o corolário da irretroatividade vige somente em relação à lei mais severa. Admite-se, no Direito intertemporal, a aplicação retroativa da lei mais favorável (artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal de 1988).

Não obstante, o artigo 3º do Código Penal prevê que tanto as leis excepcionais como as temporárias se aplicam aos fatos ocorridos durante o tempo que estiveram eficazes, embora já decorrido esse período.

No concernente às leis excepcionais, por vigente, pode-se afirmar ter havido, com sua aplicação após decorrido o prazo de sua eficácia, retroatividade da mesma. Trata-se de aplicação de lei existente, formalmente vigente, aplicada a um fato ocorrido quando a mesma tinha eficácia.

Todavia, em relação à lei temporária, por se tratar de norma que não mais existe, uma vez decorrido o prazo de sua vigência, a sua aplicação, após encerrado o prazo para a sua existência, implica em dar à lei uma ultra-atividade em desfavor do réu.

3.5 Princípio da Intervenção Mínima

A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 8º, determinou que “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”. Surgiu o princípio da necessidade ou da intervenção mínima, preconizando que só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico.

Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é inadequada. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima.

Portanto, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Roxim (1989) *apud* Bitencourt (2000) afirma que a razão desse princípio radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social.

Assim, antes de se recorrer ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, porém, os legisladores têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da “inflação legislativa” reinante nos ordenamentos positivos.¹⁰

3.6 Princípio da Humanidade

A consagração do princípio da humanidade no direito penal moderno deve-se ao grande movimento de ideais que dominou o século XVII e XVIII, conhecido como Iluminismo.

Os arautos do pensamento iluminista advogavam a transformação do Estado, partindo de duas idéias fundamentais: de um lado, a afirmação da existência de direitos inerentes à condição humana, e de outro, a elaboração

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: Parte Geral. Vol. 1, 6ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 12

jurídica do Estado como se tivesse origem em um contrato, no qual, ao constituir-se o Estado, os direitos humanos seriam respeitados e assegurados. Daí um direito penal vinculado a leis prévias e certas, limitadas ao mínimo estritamente necessário, e sem penas degradantes.

A Constituição Federal de 1988 consagrou em diversos dispositivos o princípio da humanidade. No artigo 5º, inciso XLIX está disposto que é “assegurado aos presos o respeito, a integridade física e moral” e no inciso seguinte está previsto que “às presidiárias serão asseguradas às condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período da amamentação”.

Porém, este princípio assume relevância no inciso XLVII do mencionado artigo 5º, onde se ordena que não haverá penas: a) de morte salvo em caso de guerra declarada nos termos do artigo 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

Sendo assim, este princípio é o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua, pois sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados.

A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infra-estrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio de humanidade.

No entanto, não se pode esquecer que o Direito Penal não é necessariamente assistencial e visa primeiramente à Justiça distributiva, responsabilizando o delinqüente pela violação da ordem jurídica.

Assim, através da pena, a sociedade responde às agressões que sofre com o cometimento de um delito. E, como decorrência, não se pode deixar de enfatizar que o respeito ao princípio da humanidade não deve obscurecer a natureza aflitiva da sanção penal, visto que estaria subvertendo a hierarquia de valores morais e utilizando a prática delituosa como oportunidade para premiar, o que conduziria a sociedade ao reino da utopia.

Nesse sentido, nenhuma pena privativa de liberdade pode ter uma finalidade que atende contra a incolumidade da pessoa como ser social.

3.7 Princípios da Pessoalidade e da individualização das penas

O princípio da Pessoalidade está previsto na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, inciso XLV, o qual dispõe que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado...”. Portanto, ao contrário do ocorrido no direito pré-beccariano, a pena não pode se estender a pessoas estranhas ao delito, ainda que vinculadas ao condenado por laços de parentesco ou de sangue.

Assim, impede-se a punição por fato alheio, ou seja, só o autor da infração penal pode ser apenado.

Já o princípio da Individualização, está previsto na Carta Magna de 1988 no inciso XLVI, do artigo 5º, o qual prevê que 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”.

Portanto, este princípio obriga o julgador a fixar pena, conforme cominação legal (espécie e quantidade) e a determinar a forma de sua execução, pois o juiz, nos limites que a lei impõe, realiza uma tarefa de ajustamento da resposta penal em função não só das circunstâncias objetivas, mas principalmente da pessoa do denunciado, e, também, do comportamento da vítima.

3.8 Princípio da Fragmentariedade

A fragmentariedade do Direito Penal é corolário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal.

Por este postulado, tem-se que a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta, o que faz com que só devem eles ser defendidos penalmente frente a certas formas de agressão, consideradas socialmente intoleráveis.

Isso quer dizer que apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização. Desse modo, opera-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa.

Porém, a fragmentariedade não quer dizer deliberada lacunosidade na tutela de certos bens e valores e na busca de certos fins, mas limite necessário a um totalitarismo de tutela, de modo pernicioso para a liberdade, ou seja, o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes.

3.9 Princípio da Culpabilidade

A culpabilidade deve ser entendida como fundamento e limite de toda pena. Esse princípio diz respeito ao caráter inviolável do respeito à dignidade do ser humano, no qual não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*) e de que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade.

Na Constituição Federal de 1988, encontra-se implicitamente previsto no artigo 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana), corroborado pelos artigos 4º, II (prevalência dos direitos humanos) e 5º, *caput* (inviolabilidade do direito à liberdade).

Portanto, a culpabilidade não é um fenômeno isolado, individual, afetando somente o autor do delito, mas é um fenômeno social. Assim, será a correlação de forças sociais existentes em um determinado momento que irá determinar os limites do culpável e do não culpável, da liberdade e da não liberdade.

Dessa forma, não há uma culpabilidade em si, individualmente concebida, mas uma culpabilidade em relação aos demais membros da sociedade, propugnando-se, atualmente, por um fundamento social, em vez de psicológico.¹¹

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: Parte Geral, ob. cit., p. 14

Em Direito Penal, atribui-se um triplo sentido ao conceito de culpabilidade. Em primeiro lugar, a culpabilidade como fundamento da pena, referindo-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico. Para tanto, exige-se a presença simultânea dos requisitos – capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta – que constituem os elementos positivos específicos de culpabilidade e, que se ausente um desses, será suficiente para impedir a aplicação da sanção penal.

Em segundo lugar, a culpabilidade como elemento da determinação ou medida da pena, no qual funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta aquém ou além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade.

E, em terceiro lugar, a culpabilidade como conceito contrário à responsabilidade objetiva, no qual impede a atribuição desta. Então, ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível, se não houver obrado com dolo ou culpa.

Portanto, não há pena sem culpabilidade, decorrendo três conseqüências materiais: a) não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor; c) a culpabilidade é a medida da pena.

3.10 Princípio da Adequação Social

Segundo Welzel (1987) *apud* Bitencourt (2000), “o Direito Penal tipifica somente condutas que tenham uma certa relevância social; caso contrário, não poderiam ser delitos. Deduz-se, conseqüentemente, que há condutas que por sua ‘adequação social’ não podem ser consideradas criminosas”.¹²

Significa que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada. Porém, as condutas socialmente adequadas não são necessariamente

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: Parte Geral, ob.cit., p. 17

exemplares, senão condutas que se mantêm dentro dos marcos da liberdade de ação social.

A tipicidade de um comportamento proibido é enriquecida pelo desvalor da ação e pelo desvalor do resultado lesando efetivamente o bem juridicamente protegido, constituindo o que se chama de tipicidade material, donde se conclui que o comportamento que se amolda à determinada descrição típica formal, porém materialmente irrelevante, adequando-se ao socialmente permitido ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica.

3.11 Princípio da Insignificância

De acordo com tal princípio, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal.

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico.

Os limites do desvalor da ação, do desvalor do resultado e as sanções correspondentes já foram valorados pelo legislador, assim, a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida.

Concluindo, a insignificância da ofensa afasta a tipicidade, mas só pode ser valorada através da consideração global da ordem jurídica.

CAPÍTULO 4

OBJETIVOS DA SANÇÃO PENAL

4.1 Reintegração do indivíduo no convívio social

A pena criminal tem sido um permanente e severo mecanismo de controle das condutas individuais e coletivas, utilizado pelo Estado com o objetivo de manter a convivência social e de proteger valores morais e interesses das classes sociais.

Vista como uma reprimenda pela prática de uma conduta proibida, deve ela ser considerada como um mal ainda necessário, enquanto perdurar uma sociedade constituída de homens moral e politicamente imperfeitos.

A sanção moderna objetiva, além da intimidação ou prevenção, a recuperação moral e social do condenado. Porém, na prática, a ressocialização dificilmente é alcançada.

Existe a prevenção geral, que consiste no poder intimidativo que a pena pode exercer sobre os indivíduos em geral, evitando que muitos indivíduos venham a praticar crimes, pelo medo de sofrer a respectiva reprimenda.

De outro lado, existe a prevenção especial, que visa o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinqüir, procurando corrigi-lo, para que se sinta desestimulado a praticar outros crimes.

Não obstante, essa eficácia preventiva somente funciona em relação aos indivíduos que se encontrem integrados na sociedade, para os quais a prática de um crime representaria apenas um episódio ocasional, enquanto que para os marginalizados e infratores habituais, a função preventiva da sanção criminal seria praticamente inócua.

É, pois, segundo Beccaria (1999), necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu.¹³

Com a condenação de um indivíduo a uma pena privativa de liberdade, com cumprimento em regime fechado, será feito o isolamento do preso do meio social, sujeitando-o ao exercício de uma atividade laboral e a uma reflexão contínua no interior de uma cela.

Conforme preceitua Della Torre (1984), “os grupos isolados muito tempo vão assumindo forma própria, caracterizada pelas suas condições naturais e, ao mesmo tempo, pela ação do meio que os obriga a determinadas atividades”.¹⁴

Assim, é este isolamento espacial que consiste a privação de contatos, como acontece quando alguém é aprisionado.

Porém, conforme Vergara (1980), a maior parte da sugestão para o crime se dá nas prisões, onde o delinqüente primário se encontra com os velhos campeões da delinqüência e preparam-se para os crimes futuros, e é aí que os débeis de caráter, os fracos de inteligência e os energúmenos da vontade,

¹³ BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos Delitos e das Penas*. 2ª edição, revista. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 52

¹⁴ DELLA TORRE, Maria Benedita Lima. *ob. cit.*, p. 51

recebem os estímulos e as lições que depois os precipitam na criminalidade habitual.¹⁵

Portanto, o sistema de penas privativas de liberdade e o seu fim constituem verdadeira contradição, já que é praticamente impossível a ressocialização do homem que se encontra preso, quando vive em uma comunidade cujos valores são totalmente distintos daqueles que, em liberdade, deverá obedecer.

Entretanto, pela falta de estrutura do Estado, a pena de prisão tem servido para retirar o indivíduo infrator do âmbito social e garantir segurança aos demais.

Contudo, a pena privativa de liberdade não é apenas um meio de afastar aquele que cometeu um crime do seio da sociedade e mantê-lo à margem do convívio social, em virtude de sua culpabilidade e periculosidade, deve ser também uma forma de dar-lhe condições para que se recupere e volte à vida em sociedade.

São estas, inclusive, as propostas oficiais de finalidade da pena, quais sejam: antes de tudo, a punição retributiva do mal causado pelo criminoso; a prevenção da prática de novos delitos, de modo a intimidar o delinqüente para não mais cometê-los, bem como os demais integrantes da sociedade; e por fim, transformar o preso de criminoso em não-criminoso, ou seja, ressocializá-lo.

O encarceramento provoca no preso, dentre outros males, as dificuldades de um retorno à vida social, pois o preso se torna incapaz de viver em sociedade com outros indivíduos, por se compenetrar tão profundamente na cultura carcerária, o que ocorre com o preso de longa duração.

Sendo assim, a prisonização constitui grave problema que aprofunda as tendências criminais e anti-sociais, pois o isolamento social é um fator irreversível para o homem, que é um animal, por sua própria natureza, social.

Della Torre (1984) aponta as conseqüências trazidas para o homem nestes casos:

“... depois que o indivíduo está socializado, integrado à sociedade, se sofrer isolamento durante longo período, poderá ocorrer: diminuição das

¹⁵ VERGARA, Pedro. Dos Motivos Determinantes no Direito Penal. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 333

*funções mentais (torna-se imbecil ou melancólico) ou mesmo loucura (está sujeito a delírios, alucinações e até desintegração mental). Há inúmeros casos de prisioneiros que enlouqueceram nas prisões ou que quando de lá saíram já não eram os mesmos”.*¹⁶

Portanto, como podem, então, ser reintegrados ao meio social se são rejeitados por esta sociedade, se são confinados à força, privados de autonomia de vontade, de recursos, de bens de natureza pessoal, de relações heterossexuais, de família, da segurança, se são submetidos a um regime de controle quase total, tendo de se adequar às condições de vida que lhe são impostas?

Deve-se ter em mente que a pena de prisão é incapaz de trazer o condenado de volta ao convívio social considerado normal, sob o manto da lei e da moral. Por isso, a finalidade ressocializadora de tal pena é utópica.

Embora do ponto de vista educativo e recuperatório a pena de prisão apresente tais aspectos negativos, continua ela a ser o único recurso aplicável para os delinqüentes de alta periculosidade. Mesmo Foucault, acerbo crítico do sistema prisional, reconhece que nessa hipótese não há possibilidade de mudança, sendo a prisão detestável solução de que não se pode abrir mão.

4.2 Reeducação das condutas dos infratores

Para fazer da prisão uma possibilidade de egresso da vida delituosa, os presídios têm que oferecer certas condições. Daí a necessidade de classificação dos detentos.

Sendo assim, faz-se imperioso a individualização do cumprimento das penas, significando a aplicação justa do tratamento dado ao preso, de acordo com o que ele realmente é.

¹⁶ DELLA TORRE, Maria Benedita Lima. ob. cit., p. 54

Dever-se-ia, de fato, o exame criminológico para a obtenção do conhecimento da personalidade do delinqüente, de forma a diagnosticá-lo, objetivando a prognose de sua conduta futura e o programa de tratamento ou plano de readaptação social a lhe ser aplicado, para a sua individualização penitenciária e judiciária.

A ausência de critérios acomete, por exemplo, o preso acidental, que, por uma circunstância adversa, ingressa na prática delituosa e, ao adentrar na estrutura prisional, enterra lá suas esperanças de liberdade, isso motivado pelo acúmulo irregular de encarcerados das mais diversas origens e apenados de acordo com os mais diferentes crimes.

A realidade fática, no entanto, é bem distinta. Os apenados são lançados à prisão sem qualquer critério de classificação, sendo abandonados pelo Estado e mantidos na ociosidade e no ódio pela sociedade que ali os flagelou. Fica a passar pelas suas mentes uma forma de vingança por tudo a que são submetidos.

Clemmer (1958) *apud* Thompson (1991) aponta a estrutura da sociedade prisional, uma sociedade dentro da sociedade:

*“O mundo prisional é um mundo atomizado. Seus membros são como átomos a agir reciprocamente em confusão... Não há definidos objetivos comunais. Não há um consenso comum para um fim comum. O conflito dos internos com a administração e a oposição à sociedade livre estão em degrau apenas ligeiramente superior ao conflito e oposição entre eles mesmos... É um mundo de ‘Eu’, ‘mim’, e ‘meu’ antes de ‘nosso’, ‘seus’, ‘seu’”.*¹⁷

É preciso a transformação do sistema para que a reforma do condenado seja propiciada por instrumentos como a educação e o trabalho, de modo a dar-lhe condições de levar uma vida digna quando sair do estabelecimento prisional, e evitar que o cárcere seja mais penoso do que deve ser.

¹⁷ THOMPSON, Augusto. A Questão Penitenciária. 3ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 69

Isso até mesmo para que a pena de prisão entre em consonância com os princípios do direito penitenciário, quais sejam: a proteção dos direitos humanos do preso; o preso como membro da sociedade; a participação ativa do sentenciado na questão da reeducação e na sua reinserção social; a efetiva colaboração da comunidade no tratamento penitenciário; e a formação dos encarcerados de modo que reaprendam o exercício da cidadania e o respeito ao ordenamento legal.

Tendo a pena privativa de liberdade o objetivo não apenas de afastar o criminoso da sociedade, mas, sobretudo, de excluí-lo com a finalidade de ressocializá-lo, note-se que a pena de prisão atinge o objetivo exatamente inverso: ao adentrar no presídio, o apenado assume o seu papel social de um ser marginalizado, adquirindo as atitudes de um preso habitual e desenvolvendo cada vez mais a tendência criminosa, ao invés de anulá-la.

4.3 Incentivo à Profissionalização

A Lei de Execução Penal estabelece que o trabalho do condenado, “como o dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva” (art. 29), sendo aplicáveis à organização e aos métodos de trabalho das precauções relativas à segurança e à higiene (art. 28).

O trabalho prisional é a melhor forma de ocupar o tempo ocioso do condenado e diminuir os efeitos criminógenos da prisão e, a despeito de ser obrigatório, hoje é um *direito-dever* do apenado e será sempre remunerado.

A jornada de trabalho não pode ser inferior a 6 e nem superior a 8 horas diárias, com repouso aos domingos e feriados (art, 33 da LEP). Não poderá ter remuneração inferior a três quartos do salário mínimo e estão assegurados ao detento as garantias e todos os benefícios da previdência social, inclusive a aposentadoria, apesar de não ser regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho (art. 28, § 2º, da LEP).

A remuneração obtida com o trabalho prisional tem destinação prevista na própria Lei de Execução Penal (art. 29, §§ 1º e 2º), a saber: a) indenização dos

danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; b) assistência à família; c) pequenas despesas pessoais; d) ressarcimento do Estado pelas despesas realizadas com a manutenção do condenado, proporcionalmente; e) o saldo restante, se houver, deve ser depositado em caderneta de poupança para formação de pecúlio, que será entregue ao condenado quando sair da prisão.

No regime fechado, o trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena (art. 34, § 3º, CP).

O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em obras ou serviços públicos realizados por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas (mediante consentimento do preso), desde que tomadas as cautelas contra fuga e em favor da disciplina (art. 36, LEP).

Além de autorizada pela direção do estabelecimento e dependente da aptidão, disciplina e responsabilidade do condenado, a prestação de trabalho externo estará condicionada, nesse caso, ao cumprimento mínimo de um sexto da pena (art. 37, LEP).

Tratando-se de regime semi-aberto, o trabalho será realizado em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 35, § 1º, CP), admitindo-se o trabalho externo, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (§ 2º).

Existe o instituto da remição, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico através da Lei 7.210/84, buscando abreviar, através do trabalho, parte do tempo da condenação. Desse modo, o sentenciado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena (art. 26, *caput*, LEP).

Prescreve o § 1º do citado dispositivo que a contagem do tempo, para esse fim, será feita à razão de um dia de pena por três dias de trabalho. Assim, se o réu foi condenado a dois anos e oito meses de detenção, por exemplo, e trabalhou por cento e vinte dias durante a execução, deverá cumprir dois anos e sete meses da pena privativa de liberdade aplicada. Não se trata aqui de mero

abatimento dos dias de trabalho no total da pena imposta, posto que o tempo remido deve ser computado como sanção penal efetivamente cumprida pelo sentenciado.

Em ocorrendo acidente de trabalho que impossibilite o preso de prosseguir suas atividades laborativas, continuará ele a se beneficiar com a remição (art. 126, § 2º, LEP).

Sustentam alguns doutrinadores que o condenado poderá obter a remição ainda que não tenha trabalhado durante o período de execução da pena aplicada, em virtude da deficiente infra-estrutura do estabelecimento prisional em que se encontrava confinado.

E isso porque incumbe ao Estado o cumprimento do dever de proporcionar ao preso a possibilidade de desenvolvimento de atividade laborativa no decurso da pena, sendo de conseguinte inadmissível que aquele se veja privado do benefício da remição por desídia da administração.

Todavia, tal argumentação carece de qualquer fundamento razoável, já que a própria Lei de Execução Penal condiciona a concessão da remição à comprovação documental da jornada de trabalho realizada pelo condenado, bem como à declaração judicial, ouvido o Ministério Público.

Assim, exige claramente, para o reconhecimento do direito à remição, o efetivo exercício de atividade laborativa pelo sentenciado, não bastando eventual predisposição pessoal para fazê-lo.

CAPÍTULO 5

SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

5.1 Deficiência da Carceragem no Brasil

A questão carcerária em nosso país tem despertado o interesse e preocupação de pessoas, entidades e autoridades, ante o tratamento que se tem dispensado aos encarcerados e aos problemas estruturais do sistema penitenciário.

Tornou-se comum a ocorrência de fatos relacionados à superpopulação de presídios, violência e morte nas celas, tráfico e controle de entorpecentes nos corredores das prisões, corrupção dos agentes penitenciários, descaso no acompanhamento dos direitos dos apenados, a extrapolação ilegal de penas dos condenados.

Conseqüentemente, as cadeias públicas transformaram-se em “escolas de crimes”, desviando-se do objetivo precípua de reeducar e recuperar o condenado.

Para fazer da prisão uma possibilidade de egresso da vida delituosa, os presídios têm que oferecer certas condições, daí porque a necessidade de classificação dos detentos, significando a aplicação justa do tratamento dado ao preso.

Dever-se-ia realizar, de fato, o exame criminológico para a obtenção do conhecimento da personalidade do delinqüente, de forma a diagnosticá-lo, objetivando o programa de tratamento a ser-lhe aplicado, para sua individualização penitenciária e judiciária.

A ausência de critérios acomete, por exemplo, o preso accidental, que, por uma circunstância adversa, ingressa na prática delituosa, em contato com encarcerados das mais diversas origens e apenados de acordo com os mais diferentes crimes.

Assim, a falta de policiamento, o despreparo dos policiais, a jornada extensa e mal remunerada e a corrupção vêm a formar o quadro que torna a prisão um sistema deficiente que não atende os seus objetivos.

Outro fato espantoso mostrado pelo Jornal do Advogado (julho/2001) refere-se à tortura que ainda existe na prisão, pois, de acordo com o capitão do Centro de Formação de Soldados da Polícia Militar, em Pirituba, ao referir-se aos policiais, diz que “é impossível imprimir no jeito de ser de um homem feito conceitos como ética, cidadania, respeito ao próximo”.

Continua ainda dizendo que basta uma situação de tensão, somada a uma jornada extensa e mal remunerada, para as lições serem colocadas de lado, passando a violência a gritar como um leão enjaulado no peito, explodindo com um tapa, um chute ou um tiro.

A Revista Veja, publicada em 28 de fevereiro de 2001, referindo-se ao sistema falido e perigoso que é o cárcere, diz que não existe receita infalível, mas os especialistas apontam medidas que podem amenizar o problema:

“1- Liberar recursos: o ano passado, o governo deveria ter aplicado 140 milhões de reais nos presídios brasileiros. Só 100 milhões foram de fato liberados.

2- Desmantelar cidades-presídios: cadeias superlotadas como o Carandiru, que tem 7.200 detentos ocupando 3.300 vagas, são ambientes que estimulam os motins. Devem ser substituídos por presídios menores, com até 500 presos.

3- Desmontar as organizações criminosas: as autoridades imaginavam que negociando com os líderes dos bandos controlariam as tensões nos presídios. A estratégia só reforçou o poder das facções. A saída é identificá-los e destruir sua estrutura de poder.

4- Aplicar penas alternativas para crimes leves: as cadeias poderiam ficar livres de 25% de sua população.

5- Rever a situação penal dos presos: estima-se que 20% dos detidos nos presídios mais populosos já tenham cumprido a pena e poderiam ser colocados na rua.

6- Melhorar as condições desumanas do cárcere: prisões imundas, superlotadas, promíscuas e violentas são o caldo de cultura perfeito para a corrupção dos funcionários, a formação de gangues de presos e a erupção de revoltas.

7- Reformar o sistema legal penal: os procedimentos judiciais são obsoletos. Em média, o acusado fica preso quatro anos antes de receber a sentença.

8- Estimular o trabalho dos presos: o trabalho afasta os detentos das organizações criminosas e facilita sua reinserção social.

9- Apertar a vigilância: funcionários bem treinados, e devidamente equipados, têm plena condição de monitorar o que planeja dentro da cadeia para alertar as autoridades”.

A nossa realidade penitenciária é arcaica e os estabelecimentos penitenciários, em sua grande maioria, representam para os reclusos um verdadeiro inferno em vida, onde os presos se amontoam em celas sujas, úmidas, sem higiene e superlotadas, de tal forma que, não raros exemplos, o apenado deve dormir sentado, enquanto que outros se revezam em pé.

A promiscuidade é outro problema crucial, porque com o passar do tempo, o preso perde o sentido de dignidade e honra.

Thompson (1991) deixa claro que qualquer providência no sentido de reverter o quadro crítico do sistema penitenciário brasileiro, só terá êxito se alcançados dois objetivos:

a) propiciar à penitenciária condições de realizar a regeneração dos presos,

b) dotar o conjunto prisional de suficiente número de vagas, de sorte a habilitá-lo a recolher toda clientela que, oficialmente, lhe é destinada.

Ocorre que para alcançar tais objetivos, seria necessário que o Estado destinasse, periodicamente, verba para construção de novas penitenciárias, recuperação das já existentes, mantendo um grande quadro de servidores e fornecimento aos presos de programas destinados à sua recuperação, reeducação e reintegração social.

Diante de tal realidade do sistema penitenciário brasileiro, poder-se-ia afirmar que a pena privativa de liberdade deve ser evitada ao máximo, sendo recomendável, sempre que possível, substituir a sua aplicação por uma pena alternativa.

5.2 Superlotação das Cadeias Públicas

A maioria das rebeliões e atentados ocorridos ultimamente são motivados por um dos maiores problemas do Brasil, que demonstra a explosão da criminalidade e a falência do sistema carcerário do país: as prisões superlotadas.

Uma estatística mostrada pela Revista Veja, de 28 de fevereiro de 2001, revela que existem 230.000 encarcerados em 170.000 vagas nas penitenciárias brasileiras, existindo ainda, uma outra grande quantidade de presidiários vivendo em condições ainda piores nos distritos policiais, pois só em São Paulo são 30.000 presos ocupando 15.000 vagas nos xadrezes das delegacias.

A taxa de superlotação é de 25% acima do limite. A taxa de crescimento da população carcerária, no ritmo atual, dobra a cada cinco anos. A taxa de presos no Brasil é de 135 por 100.000 habitantes.

Em algumas celas o espaço é de apenas 30 centímetros quadrados por detento, os quais chegam a se amarrar num lençol preso às grades para dormir em pé, por falta de espaço no chão. Na maior parte dos recintos, o Estado não fornece papel higiênico, sabonete, nem uniformes. O banho é frio e apenas 70% dos presos têm um colchão.

Até mesmo a cidade de Presidente Prudente presenciou a rebelião na Cadeia Pública em junho de 2001, na qual um total de 110 presos reclamaram da superlotação da unidade que tem capacidade para 45 pessoas.

A promiscuidade vem sendo uma cruel consequência da superlotação, já que se reúnem numa mesma cela pessoas das mais variadas espécies, que ficam isoladas da família e de qualquer tipo de relação heterossexual.

Portanto, este é o triste cenário das prisões brasileiras que encontram-se superlotadas, colocando os encarcerados em situação de profunda humilhação e revolta, o que agrava cada vez mais o seu rancor pela sociedade e Estado que ali os colocaram.

5.3 Rebeliões e Atentados

O Brasil vem freqüentemente sendo surpreendido por rebeliões em presídios, por parte de facções do crime organizado existente no interior das prisões.

A Revista Veja, de 28 de fevereiro de 2001 mostrou a megarrebelião de presos em São Paulo, onde, em sua primeira exibição pública, o bando de presidiários que se autodenomina PCC (Primeiro Comando da Capital) deu uma apavorante demonstração de força e organização.

Nesta rebelião, os presos não estavam pedindo melhorias no sistema carcerário, mas protestavam contra a remoção, do Carandiru, de cinco criminosos tidos como líderes do PCC.

Simultaneamente, foram 29 presídios localizados em 19 cidades do Estado de São Paulo, que se rebelaram, conectados por uma rede de telefones celulares, precisando de apenas trinta minutos para assumir total controle da situação, envolvendo 28.000 presidiários e mais de 10.000 familiares que estavam em visita.

Tamanha organização e ousadia por parte dos criminosos desorientaram completamente as autoridades, pois nunca se vira uma rebelião em série e, pela primeira vez, foi quebrada uma regra entre os bandidos, que é a de nunca colocar em risco parentes dos próprios presos.

Também, nunca se vira antes um grupo de rebelados assumir o comando sobre tantos presos, em tantos lugares diferentes e com tamanho poder.

5.4 Privilégios

As facções criminosas, como é o caso do PCC, exercem o seu poder sobre os outros presos controlando a entrada de facilidades (como drogas e telefones) na cadeia e oferecendo proteção para as famílias por meio de um esquema tipicamente mafioso.

Assim, os chefões do crime sempre mantiveram ligação constante com o mundo exterior por meio de comparsas e advogados. A introdução de celulares nos presídios permitiu ações muito mais rápidas e coordenadas, uma vez que dispensa a presença dos intermediários na cadeia.

As autoridades acreditam que o uso desses aparelhos foi um dos fatores de sucesso da rebelião deflagrada em São Paulo. Estima-se que entre 7.200 detentos do Carandiru, mais de 2.000 tenham acesso a telefones celulares.

Em cada revista que se faz nos presídios, em média, são apreendidos quarenta aparelhos. Segundo as investigações da polícia e do Ministério Público, são os próprios agentes penitenciários que abastecem os presos.

Pelos relatos obtidos nas apurações sobre uso de celulares, descobriu-se que os agentes cobram uma taxa que chega a 600 reais para permitir sua entrada. O valor equivale a quase 75% de seu salário médio.

Contudo, esse aparato ilegal só entra na cadeia com a conivência de funcionários, que ganham dinheiro para fechar os olhos.

Aparelhados, os bandidos controlam muito facilmente seus negócios de dentro da cadeia, não precisando de intermediários. Portanto, a penitenciária cumpre um papel inverso, pois se transformou em uma central criminosa.

Portanto, há no interior das penitenciárias, a formação de grupos organizados que são comandados por líderes que exercem poder de dominação

sobre os demais presos, com o objetivo de conseguir armas, drogas, cigarro, cobrar por proteção e violentar sexualmente outros presos.

5.5 Falta de Segurança

Um indício da sensação de conforto vivida pelos marginais é a recente ousadia com que eles passaram a atacar até mesmo os prédios da polícia.

No Rio de Janeiro, gangues de traficantes já assaltaram com granadas e metralhadoras um quartel da Polícia Militar. Em São Paulo, uma quadrilha seqüestrou em fevereiro/2001, sete familiares do diretor da penitenciária de Araraquara, exigindo a liberação de cinco colegas que estavam presos.

Em outubro do ano passado, um bando de quinze homens armados com metralhadoras, fuzis e pistolas invadiu o 45º Distrito Policial da cidade para resgatar alguns companheiros.

Além de matarem um sargento e balearem um soldado, que mais tarde teve uma perna amputada, os invasores libertaram 94 pessoas.

Assim, a impunidade que parecia ser direito exclusivo dos criminosos de colarinho branco, parece livrar-se das condenações também os marginais que estupram, matam para roubar, assaltam, etc.

O clima de impunidade faz com que as pessoas se sintam deixadas à própria sorte, como se a vida fosse uma eterna roleta-russa.

E, um exemplo desta falta de segurança, foi mostrada pela Revista Veja (07/02/01), na qual contou a história de "Z", que depois de ter sua farmácia assaltada nada menos que quatorze vezes, organizou os farmacêuticos da região e entregou à polícia o nome do bandido que julgavam responsável pelas ocorrências.

O suspeito foi detido, mas acabou solto alguns dias depois. Logo em seguida, a farmácia foi assaltada outra vez por um homem encapuzado de arma na mão. Indignado, Z pulou em cima do assaltante e conseguiu arrancar-lhe a máscara antes de morrer alvejado por um tiro.

Era o mesmo fulano de antes, aquele que os farmacêuticos denunciaram e o Estado soltou.

Em São Paulo, apenas 10% das 10.000 pessoas capturadas por mês permanecem detidas por mais de trinta dias. Se não são liberadas por meio de brechas existentes na lei, acabam escapando das celas, pulando muros, furando túneis ou simplesmente corrompendo funcionários dos presídios. E, é a partir dessa incapacidade de prender, processar, julgar e punir que se desenvolve a impunidade dos bandidos.

Em outra reportagem, a Revista Veja, de 31 de janeiro de 2001, mostrou a organização e ousadia dos bandidos do Rio de Janeiro que construíram um túnel, com 86 metros de extensão, 1,70 metro de altura e 90 centímetros de largura, totalmente revestido de placas de concreto pré-moldado a 6 metros de profundidade.

Até esta descoberta pela polícia, o complexo penitenciário de Bangu, na Zona Oeste do Rio de Janeiro, tinha fama de ser o mais seguro do Brasil, a qual foi quebrada devido a ousadia do líder do tráfico no Complexo do Alemão, que divide a cela do Bangu I com 47 dos maiores bandidos do Estado, entre eles, os líderes do tráfico e fundadores das principais facções criminosas.

Porém, esta obra criminosa precisou de vários profissionais para o trabalho, além de materiais para construção, fiação elétrica e vergalhões usados para o reforço da estrutura, e isso, só foi obtido, devido ao prestígio dos grandes bandidos que facilita em muito a vida na prisão.

Concluindo, a velocidade e a competência dos bandidos são espantosas, mas o que impressiona de fato é a displicência do Estado e a inoperância das autoridades.

CAPÍTULO 6

DAS PENAS ALTERNATIVAS

6.1 Necessidade e Finalidade

Embora se aceite a pena privativa de liberdade como um marco da humanização da sanção criminal, em seu tempo, a verdade é que fracassou em seus objetivos declarados.

A reformulação do sistema surge como uma necessidade inadiável e teve seu início com a luta de Von Liszt contra as penas curtas privativas de liberdade e a proposta de substituição por recursos mais adequados.

Segundo a nova ordem jurídica, constituem penas alternativas a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana.

Dentre os benefícios elencados em face da utilização e aplicação prática das sanções alternativas, em primeiro lugar, tem-se a redução normal e social do

condenado, o que a realidade nacional já demonstrou ser, pela via do encarceramento, inviável.

Por outro lado, permite oportunidade para que o condenado exerça ocupação lícita, aprendizado, lazer e, ao mesmo tempo, esteja em contato com pessoas estranhas à marginalidade, afeita às condutas e normas de cidadania, o que protege o apenado do contínuo e isolada convivência com marginais de toda espécie, fato que por si só, desvaloriza sua personalidade.

Tal convivência, faz campo fértil para o surgimento, nas prisões, de organizações criminosas altamente perigosas para a ordem pública.

Induvidoso que as sanções alternativas, quando empregadas para prevenção e repressão dos crimes de potencial ofensivo de baixa gravidade, têm maior utilidade como meio de recuperação do criminoso, na medida em que conserva o delinqüente no meio social, ao mesmo tempo que expiando seu erro, através da pena imposta, dá-se-lhe o valor de membro útil à comunidade em que está inserido, como agente de transformação social.

As penas alternativas, de outra feita, não deixam no condenado, o estigma de ex-presidiário, talvez o maior mal que o Estado possa causar à pessoa, pela marca indelével que essa qualidade deixa, cerrando-lhe as oportunidades em todos os setores sociais.

A prestação de serviços à comunidade foi, por exemplo, uma grande evolução do direito penal moderno, porque, ao mesmo tempo que pune a transgressão praticada, valoriza o condenado, dando-lhe a oportunidade de, por meio de trabalho, demonstrar suas aptidões profissionais e artísticas, as quais serão, certamente, aproveitadas após o cumprimento da sanção, retirando da senda do crime o infrator, levando-o ao exercício consciente da cidadania.

As penas alternativas demonstram que as reclusivas faliram enquanto instrumento reeducativo, de conformidade com os objetivos propostos pela política criminal moderna.

Já se demonstrou que delinqüentes apenados com sanções restritivas de direitos tiveram percentagem menor de reincidência, quando comparados com criminosos punidos com reclusão. Daí a necessidade de se aperfeiçoarem os sistemas alternativos de penas, dentro da realidade penal brasileira.

Entendendo que as penas de reclusão devem ser reservadas a criminosos de reconhecida e indiscutível periculosidade, tem-se que a aplicação sistemática das penas alternativas aliviará o problema da superprodução carcerária do País, reduzindo, ao mesmo tempo, o número de rebeliões nos grandes presídios e penitenciárias.

6.2 Cominação e Aplicação

A possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade está estabelecida no Código Penal brasileiro e à disposição do juiz para ser executada no momento da determinação da pena na sentença (art. 59, IV, CP), já que por sua própria natureza, requer a prévia determinação da quantidade de pena a impor.

Como na dosagem da pena o juiz deve escolher a sanção mais adequada, levando em consideração a personalidade do agente e demais elementos do artigo citado e, particularmente, a finalidade preventiva, é natural que nesse momento processual se examine a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade.

Ao determinar a quantidade final da pena de prisão, se esta for superior a quatro anos ou se o delito for culposos, o juiz, imediatamente, deverá considerar a possibilidade de substituição. Somente se esta não for possível, é que o juiz passará a examinar a possibilidade de suspensão condicional da pena (arts. 77, III, CP e 157, LEP).

Em relação às penas alternativas, foi adotado um outro sistema de cominação de penas, mais flexível, sem alterar a estrutura geral do Código Penal, evitando-se a dificuldade em escolher os crimes que poderiam ou não ser apenados com essa sanção.

Assim, se a pena efetivamente aplicada não for superior a quatro anos de prisão ou se o delito for culposos, estando presentes os demais pressupostos, será possível, teoricamente, aplicar uma pena restritiva de direitos, que, apesar de ser uma sanção autônoma, é substitutiva.

Desse modo, é possibilitado ao juiz eleger, com margem de liberdade, a pena mais adequada, assim como a substituição de uma pena de sérios efeitos negativos por outra menos dessocializadora, não havendo nenhum exagero na ampliação da discricionariedade judicial, já que o Direito brasileiro mantém os limites mínimos e máximos da pena para cada delito, sendo a discricionariedade concedida apenas para escolher a espécie de alternativa mais adequada ao delinqüente.¹⁸

O limite de duração das penas restritivas será o mesmo que teria a pena privativa de liberdade substituída (art. 55, CP). Enfim, sempre deve haver espaço para uma ampla discricção em relação a punições mais benévolas, embora uma discricção similar em sentido contrário não seja aceita.

6.3 Requisitos ou Pressupostos Necessários à Substituição

A aplicação de pena restritiva de direitos em substituição à pena privativa de liberdade está condicionada a determinados pressupostos, uns objetivos, outros subjetivos, que devem estar presentes simultaneamente.

1º) Requisitos objetivos

a) *quantidade de pena aplicada*: pena não superior a quatro anos de reclusão ou detenção, independentemente da natureza do crime, doloso ou culposos, pode ser substituída por pena restritiva de direitos.

Essas penas restritivas de direitos, apesar de autônomas, não perdem seu caráter de substitutivas ou alternativas, pois, além de não serem contempladas nos tipos penais da parte especial, como as demais, limitam-se àqueles crimes dolosos que receberem *in concreto* pena privativa de liberdade não superior a quatro anos ou aos crimes culposos, independentemente da pena aplicada.

b) *natureza do crime cometido*: é fundamental a natureza do crime, se doloso ou culposos, pois para o crime culposos permite-se a substituição, independentemente da quantidade de pena aplicada.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto, Manual de Direito Penal: Parte Geral, ob. cit., p. 444

Com a Lei nº 9.714/98, pena superior a um ano de prisão, a substituição deverá ser por *uma* pena restritiva de direitos e multa, ou então, por *duas* penas restritivas de direitos, desde que possam ser executadas simultaneamente.

A possibilidade de substituir por uma pena restritiva de direitos e multa pena superior a um ano não impede que seja possível a aplicação cumulativa de pena restritiva de direitos e multa em infrações penais com penas de até um ano, inclusive. Com efeito, substitui-se a pena privativa de liberdade por uma restritiva e mantém-se a pena de multa.

Enfim, quando a condenação não for superior a um ano de prisão, esta poderá ser substituída por pena de multa. Antes da Lei 9.714/98, a multa substitutiva era admitida somente para pena de até seis meses de prisão (art. 60, § 2º).

Assim, a pena privativa de liberdade não superior a um ano pode ser substituída ou por pena de multa ou por pena restritiva de direitos, ou uma ou outra, nunca pelas duas cumulativamente e, serão as circunstâncias gerais que determinarão qual das duas substituições será a mais recomendável.

A conduta culposa, objeto de menor reprovabilidade, normalmente decorre da ausência dos cuidados devidos na realização de um comportamento normalmente lícito. Os autores desses comportamentos descuidados, de regra, não precisam ser ressocializados, e a imposição de uma pena privativa de liberdade revela-se desnecessária.

c) *modalidade de execução*: sem violência ou grave ameaça. O cabimento das penas alternativas para pena não superior a quatro anos, recomendou que se ampliasse o elenco de requisitos, passando-se a considerar não só o desvalor do resultado, mas, fundamentalmente o desvalor da ação, que, nos crimes violentos, seu autor não merece o benefício da substituição.

Por isso, afasta a possibilidade de substituição de penas para aquelas infrações que forem praticadas com violência ou grave ameaça à pessoa.

Contudo, essa limitação não se aplica a crimes que se incluem na definição de “infrações de menor potencial ofensivo” (art. 61 da Lei nº 9.099/95), e, por conseguinte, deverão continuar recebendo o mesmo tratamento disciplinado pela Lei dos Juizados Especiais.

2º) Requisitos subjetivos

a) *réu não reincidente em crime doloso*: as penas restritivas de direitos são, em tese, inaplicáveis em casos de reincidência (art. 44, II, CP).

A própria reincidência em crime doloso não é fator de impedimento absoluto, pois, em face de condenação anterior, a substituição poderá ser socialmente recomendável.

Somente a reincidência específica (art. 44, § 3º, *in fine*) constitui impedimento absoluto para a aplicação de pena restritiva de direitos em substituição à pena privativa de liberdade aplicada.

b) *prognose de suficiência da substituição*: os critérios para a avaliação da suficiência da substituição são representados pela culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do fato, todos previstos no art. 44, III, do Código Penal. Dos elementos do art. 59 somente “as conseqüências do crime” e o “comportamento da vítima” foram desconsiderados para a formação do juízo de suficiência.

6.4 Análise de critérios orientadores da substituição

Com a vigência da Lei nº 9.714/98, a substituição é possível, inclusive, nos crimes dolosos, cuja pena aplicada não seja superior a quatro anos. Portanto, o critério para efetuar essa substituição é igual tanto para os crimes dolosos quanto para os culposos.

Assim, a substituição para pena superior a um ano – independentemente da natureza do crime – será sempre por duas penas alternativas: uma restritiva de direitos e multa ou duas restritivas de direitos, exeqüíveis simultaneamente (art. 44, §2º).

Deve-se sempre ter presente que existem penas restritivas, genéricas e específicas, e, existem determinadas infrações penais que, na hipótese de

substituição de pena privativa de liberdade aplicada, necessitam receber pena específica, como determinam os artigos 56 e 57 do Código Penal.¹⁹

A multa substitutiva, isoladamente, como regra geral, destina-se a condenações não superiores a um ano. Embora não esteja elencada juntamente com as demais sanções denominadas penas restritivas, ela assume, em definitivo, a função e natureza de pena alternativa à pena privativa de liberdade, com caráter de substitutiva (art. 44, §2º).

A segunda hipótese de multa substitutiva será para condenações superiores a um ano de pena e, nesta hipótese, sempre cumulada com uma pena restritiva de direitos, nunca isoladamente.

Para esta quantidade de pena há duas inovações e uma identidade em relação à legislação revogada. As duas inovações são: 1º) antes, a substituição destinava-se a pena igual ou superior a um ano; agora, destina-se somente à pena superior da um ano; 2º) antes, a substituição destinava-se somente aos crimes culposos, posto que para os crimes dolosos a substituição só era permitida para condenações inferiores a um ano; agora, destina-se tanto aos crimes dolosos quanto aos culposos.

A igualdade de previsão mantida, por sua vez, consiste no fato de que, a multa substitutiva, para essa quantidade de pena (superior a um ano), será sempre cumulativa.

Pelo texto legal revogado, seis meses era o limite máximo permitido para aplicar a multa substitutiva, isoladamente, e hoje, estendeu-se para pena de até um ano de prisão, inclusive.

O limite de seis meses de pena, no entanto, não poderá ser substituída por prestação de serviços à comunidade, pois só poderá ser aplicável a penas superiores a seis meses (art. 46, *caput*), sendo a única que não pode substituir pena de prisão de até seis meses.

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas Penas Alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 89

7- CONCLUSÃO

As finalidades da pena são, basicamente: a retribuição do mal causado pelo criminoso à sociedade – natureza retributiva; prevenção da prática de novos delitos, de modo a intimidar o delinqüente para não mais cometer crimes – prevenção especial; evitar que outros integrantes da sociedade também pratiquem crimes – prevenção geral; e, por fim, transformar o preso de criminoso em não criminoso, ou seja, ressocializá-lo.

Assim, a pena privativa de liberdade não é apenas um meio de afastar aquele que cometeu um crime do seio da sociedade e mantê-lo a margem do convívio social. Ao contrário, deve ser também uma forma de dar-lhe condições para que se recupere e volte à vida em sociedade.

No entanto, o encarceramento provoca no preso, dentre outros males, as dificuldades de um retorno à vida social, pois o infrator se torna incapaz de viver em sociedade com outros indivíduos, por se compenetrar tão profundamente na cultura carcerária.

Assim, a prisonização constitui grave problema que aprofunda as tendências criminais e anti-sociais, estimulando a reincidência, já que as cadeias públicas transformaram-se em “escolas de crime”, desviando-se do objetivo precípua de reeducar e recuperar o condenado.

O sucateamento da máquina penitenciária, somado ao despreparo dos que lidam no universo carcerário e a omissão do Estado e da própria sociedade compõem o quadro da realidade penal brasileira, qual seja: a ineficácia da pena de prisão em relação aos seus objetivos.

Diante, portanto, da ocorrência de fatos relacionados à superpopulação de presídios, violência e morte nas celas, tráfico e controle de entorpecentes nos corredores das prisões, corrupção dos agentes penitenciários, descaso no acompanhamento dos direitos dos apenados, extrapolação ilegal da pena que tem a cumprir, têm-se, atualmente, uma tendência mundial para a adoção de penas alternativas.

Dentre os benefícios elencados em face da utilização e aplicação prática das sanções alternativas, tem-se a oportunidade de que o condenado exerça ocupação lícita, aprendizado, lazer e, ao mesmo tempo, esteja em contato com pessoas estranhas à marginalidade, evitando a sua contaminação.

Assim, a manutenção da prisão deve ser reservada apenas para a punição de crimes de alto poder ofensivo, nos quais o infrator oferece risco à sociedade, já que a pena de prisão é cara, torna as pessoas piores e é absolutamente ineficaz como instrumento de controle da criminalidade.

Portanto, para as infrações de médio e pequeno potencial ofensivo, não se justifica mais o encarceramento, devendo estas ser punidas com penas alternativas, o que atenuaria o problema da superpopulação carcerária do país, reduzindo, ao mesmo tempo o número de rebeliões nos grandes presídios e penitenciárias.

Sendo assim, a justiça só estará presente no sistema penal brasileiro quando houver proporcionalidade entre a infração penal e a pena a ser aplicada, de modo que esta possa cumprir o seu objetivo que é a reparação do mal causado e a ressocialização do infrator.

Dessa forma, podemos concluir que a aplicação das penas alternativas está diretamente ligada à ineficácia das penas privativas de liberdade enquanto instrumento reeducativo.

8- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANCEL, Marc. **A Nova Defesa Social**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. 2ª ed. rev., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Novas Penas Alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**, vol. 1, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAMPO, Eduardo Roberto A. Del. **Penas Restritivas de Direitos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

COSTA, Tailson Pires. **Penas Alternativas – Reeducação Adequada ou Estímulo a Impunidade?** 2ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.

DELLA TORRE, Maria Benedita Lima. **O Homem e a Sociedade: Uma Introdução à Sociologia**. 12ª ed. São Paulo: Editora Nacional, 1984.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. 22ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

FRANÇA, Ronaldo. De profissional: bandidos cariocas se superam e constroem um túnel espetacular para fugir da cadeia. **Revista Veja**. São Paulo, 31 de janeiro de 2001, p. 44-45.

IAN TAYLOR, Paul Walton; YOUNG, Jock. **Criminologia Crítica**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1978.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte Geral**. vol.1, 23ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Penas Alternativas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

KAMINSKI, Kristhian; SQUEFF, Larissa. Eles tomaram o poder: megarrebelião de presos em São Paulo é mais um sinal de alerta emitido por um sistema falido e perigoso. **Revista Veja**. São Paulo, 28 de fevereiro de 2001, p. 26-31.

LEAL, João José. **Direito Penal Geral**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

LUIZ, Mário. Detentos fazem rebelião no cadeião de Presidente Prudente. **O Imparcial**. Presidente Prudente, 15 de junho de 2001, Caderno A, p. 12.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Penas Alternativas**. Curitiba: Juruá, 1999.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. vol. 1, 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1996.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal: Lei nº 7.210/84**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1993.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ROCHA, Diana América. Por que a tortura não acaba? **Jornal do Advogado**. São Paulo, julho de 2001, p. 12-14.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SECCO, Alexandre; SQUEFF, Larissa. A explosão da periferia. **Revista Veja**. São Paulo, 24 de janeiro de 2001, p. 86-93.

SECCO, Alexandre; LUZ, Sérgio Ruiz. Somos todos reféns. **Revista Veja**. São Paulo, 07 de fevereiro de 2001, p. 86-93.

THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária**. 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

VERGARA, Pedro. **Dos Motivos Determinantes no Direito Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.