

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

(IN) EFICÁCIA DA PENA DE PRISÃO

Keith Mitsue Watanabe

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

(IN) EFICÁCIA DA PENA DE PRISÃO

Keith Mitsue Watanabe

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Antenor Ferreira Pavarina.

Presidente Prudente/SP
2005

(IN) EFICÁCIA DA PENA DE PRISÃO

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

Antenor Ferreira Pavarina
Orientador

Gilberto Notário Ligerio
Examinador

Márcio Henrique Baraldo
Examinador

Presidente Prudente/SP, 25 de Novembro de 2005.

“Uma nação não pode ser julgada pela maneira como trata seus cidadãos mais ilustres e sim pelo tratamento dado aos mais marginalizados: seus presos”

Nelson Mandela

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por ter me ajudado a cumprir mais esta etapa de minha vida, além de ser o responsável por tudo o que consegui e tenho até hoje.

Agradeço em especial a meu pai, Mauro, pela lição de vida que sempre me deu, por acreditar em minha capacidade, além de sempre me dar o conforto de seu amor. À minha mãe, Ivonete, mulher batalhadora que com carinho, compreensão e amor esteve presente em todos os momentos importantes da minha vida e se dispôs a prestar uma dedicação incondicional à meu filho, Kayke, para me encorajar na busca desta conquista.

Agradeço à minha irmã, Karyn, pela ajuda e incentivo à realização desta pesquisa e por ser minha fonte inspiradora de garra e perseverança. E, ao meu marido, Marcio, que tenho no coração e que sempre procurou me amparar nos meus momentos de preocupações e angústias.

Presto meus agradecimentos ao Professor Antenor Ferreira Pavarina, que com seu brilhantismo, compreensão e paciência me orientou na conclusão deste trabalho, tornando-se um amigo a quem devo admiração tanto pelas lições que me deu durante a vida acadêmica como pelos ensinamentos que levarei por toda a vida.

Ao Professor Gilberto Notário Ligerio, pelo carisma e pela competência que tanto admiro.

Ao Dr. Márcio Henrique Baraldo, pelo incentivo e pela amizade conquistada.

E, agradeço à todos os meus amigos que muito me ensinaram com suas experiências de vida e que de qualquer forma me ajudaram e se mostraram extremamente companheiros na luta para a concretização deste meu sonho.

RESUMO

O presente trabalho se presta a esclarecer a atual problemática do sistema penitenciário brasileiro, ressaltando a evolução histórica das penas e prisões até à falência encontrada hoje. A autora busca analisar de forma clara e precisa as penas previstas legalmente no ordenamento jurídico, bem como destaca as modalidades e a eficiência dos substitutivos penais colocados à disposição do Poder Judiciário para viabilizar o alcance às finalidades primordiais da pena, quais sejam a reeducação e a ressocialização dos presidiários. Mostra a situação encontrada dentro dos estabelecimentos de custódia e explicita que os mesmos desencadeiam um processo inverso, ou seja, de aculturação, que consiste na assimilação, pelo detento, dos valores, métodos criminais dos demais reclusos, fazendo-se com que se perca a capacidade de viver diversamente. Trata-se de tema de suma importância haja vista estar inserido no Direito Penal, Direito Processual Penal, além de claro evidenciar direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente e cuja violação produzem reflexos sociológicos extremamente significativos. A análise desta pesquisa se deu de forma fundamentalmente teórica utilizando-se os métodos hipotético-dedutivo e indutivo, assim como também foram usadas as pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, obras de referência, artigos periódicos e a internet para melhor fundamentação da matéria tratada.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema penitenciário brasileiro; falência do sistema prisional; penas alternativas; ineficácia da pena de prisão.

ABSTRACT

The present work if gives to clarify current the problematic one of the Brazilian penitentiary system, standing out the historical evolution of the penalties and arrests until the a joined bankruptcy today. The author searches to analyze of clear form and legally needs the foreseen penalties in the legal system, as well as detaches the modalities and the efficiency of the criminal substitutes placed to the disposal of the Judiciary Power to make possible the reach to the primordial purposes of the penalty, which are the re-education and the ressocialização of the prisoners. It inside shows to the joined situation of the establishments of safekeeping and demonstrate that the same ones unchain an inverse process, or either, of aculturation, that consists of the assimilation, for the prisoner, of the values, criminal methods of the too much inmates, becoming with that if it loses the capacity of living diversely. One is about subject of utmost importance has seen to be inserted in the Criminal law, Criminal Procedural law, beyond clearly evidencing foreseen rights and basic guarantees constitutionally and whose breaking produces significant consequences extremely sociological. The analysis of this research if gave of form theoretician basically using itself the methods hypothetical-deductive and inductive, as well as had also been used the bibliographical and jurisprudential research, periodic workmanships of reference, articles and the InterNet for better recital of the treated substance.

KEYWORDS: Brazilian penitentiary system; bankruptcy of the prisional system; alternative penalties; inefficacy of the punishment by confinement.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA	12
1.1 Breve histórico das penas e prisões	12
2. DIREITOS HUMANOS	22
2.1 Direitos e Garantias dos detentos frente à Constituição Federal	22
3. DA PENA	25
3.1 Conceito	25
3.2 Fundamentos e utilidades.....	26
3.3 Finalidades	27
3.3.1 <i>Teorias absolutas ou retributivas</i>	27
3.3.2 <i>Teorias relativas ou preventivas</i>	28
3.3.3 <i>Teorias mistas ou unificadoras</i>	30
3.4 Características	30
3.4.1 <i>Legalidade</i>	31
3.4.2 <i>Personalidade</i>	33
3.4.3 <i>Proporcionalidade</i>	33
3.4.4 <i>Inderrogabilidade</i>	34
3.5 Espécies	34
3.5.1 <i>Penas Privativas de Liberdade</i>	35
3.5.2 <i>Penas Restritivas de Direito</i>	38
3.5.2.1 Espécies	40
3.5.3 <i>Pena de Multa</i>	43
4. Aplicabilidade das penas restritivas de direitos	46
4.1 Vantagens da aplicação das penas alternativas.....	51
4.2 Desvantagens da aplicação das penas alternativas.....	52
5. Outras normas que visam evitar o encarceramento	54
5.1 Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84).....	54
5.1.1 <i>Suspensão Condicional da Pena</i>	58
5.1.2 <i>Livramento Condicional</i>	62
5.2 Juizados Especiais Criminais Estaduais (Lei n.º 9.099/95)	66
5.2.1 <i>Composição civil</i>	68

5.2.2	<i>Transação</i>	69
5.2.3	<i>Suspensão Condicional do Processo</i>	71
5.3	Juizados Especiais Criminais Federais (Lei n.º 10.259/01)	74
6.	DA PRISÃO	78
6.1	Crise da Pena de Prisão	80
6.2	A prisão como fator criminógeno	83
6.2.1	<i>Fatores materiais</i>	83
6.2.2	<i>Fatores psicológicos</i>	84
6.2.3	<i>Fatores sociais</i>	85
6.3	Do Processo de Prisionalização	86
7.	A FALÊNCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO	89
7.1	A realidade carcerária	89
7.1.1	<i>A Ociosidade nos presídios como óbice à ressocialização do preso</i>	96
7.1.2	<i>O problema da reincidência</i>	99
7.2	Estabelecimento penitenciário feminino	100
7.3	A reintegração do detento ao convívio social e o papel do Estado e da comunidade na ressocialização do preso	102
7.4	Sistema Penitenciário e sua reforma	106
8.	Privatização	109
8.1	A proposta de Privatização das penitenciárias brasileiras	109
8.2	Terceirização	112
9.	Conclusão	114
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	117

INTRODUÇÃO

Atualmente, muito se tem discutido acerca da eficácia da pena de prisão e seus reflexos na sociedade de um modo geral.

Como se sabe, uma das funções buscadas pelo sistema penitenciário é promover a reeducação e reinserção do condenado ao convívio social, entretanto, o aprisionamento tem se mostrado um fenômeno que se torna cada vez mais distante de ter seu objetivo alcançado.

Nesta seara, evidencia-se que a evolução histórica da pena fez com que a prisão propriamente dita desse ares à criação de uma subcultura carcerária bastante influente na mente dos delinqüentes o que torna quase inviável uma recuperação saudável e a possível reintegração do mesmo à sociedade.

Dentre as conseqüências maléficas produzidas por tal modelo prisional, ainda podem ser destacadas a superlotação dos presídios que evidencia de forma clara a deficiência com relação às políticas públicas na área penal e a falta de investimentos, que por sua vez, constitui fator extremamente preponderante na busca de uma melhor efetivação da Justiça, implicando na crescente ociosidade verificada nos presídios e contribuindo para que as prisões fiquem cada vez mais populosas o que acarreta, por conseguinte, a perda da individualidade dos sentenciados.

Neste contexto, é cediço que tudo isso decorre pura e simplesmente do descaso da Administração Pública que pecou quando instituiu a privação da liberdade como único meio de prevenção e repressão da criminalidade. Mas não só a isso deve ser atribuída a falência do sistema prisional, há também a agravante da falta de conscientização da própria sociedade que marginaliza e estigmatiza esses delinqüentes.

Assim, várias alternativas de penas tem se apresentado dentro do cenário punitivo procurando resolver a maioria desses problemas fazendo nascer dentro de um ordenamento jurídico altamente rígido a hipótese da viabilidade de aplicação destes substitutivos penais.

Surge também como forma de melhorar a situação do sistema penitenciário brasileiro a possibilidade de sua reforma quer seja por livre iniciativa do Poder Público em prover verbas suficientes para construção de novos estabelecimentos

prisionais, quer seja pela delegação a terceiros de algumas das funções de tal modelo carcerário através da privatização ou da terceirização.

Por fim, o que se vê é a degradação paulatina deste modelo, haja vista o flagrante desrespeito aos direitos humanos e aos princípios norteadores da pena o que deixa evidente o fracasso desse sistema na persecução da justiça penal.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1.1 Breve histórico das penas e prisões

A história da pena revela que sua existência foi concebida com contornos místicos, sendo o elemento religioso, de tão grande e essencial importância, que conferia aos conflitos misteriosa e excepcional força. Assim, atribuía-se à pena um caráter divino cujos castigos corporais e até mesmo a morte traduziam as expressões da defesa e da vingança.

É possível afirmar que a história da pena começa com a história de sua execução, ou seja, no instinto de conservação individual movimentado pela vingança (vingança privada).

Desse modo, a idéia da pena como instituição de garantia foi obtendo disciplina através da evolução política da comunidade e, com o advento da Lei do Talião, passou a haver uma idéia de proporcionalidade entre o delito e a pena e sua forma de execução. Nesta época fora reconhecida a figura de um chefe como autoridade responsável pelo arbitramento dos castigos aos infratores.

Tratava-se, pois, de pena pública, a qual passou a exercer grande influência nos costumes sociais sendo caracterizada por dupla natureza originária: ora se apresentava como exercício de vingança coletiva, ora como sacrifício expiatório¹.

Com o passar dos tempos fora introduzido pelo Direito Canônico o cárcere como instrumento espiritual de castigo, posto que, pelo sofrimento e na solidão, o infrator se redimiria de sua culpa. Entretanto, através de mudanças nas estruturas sociais e econômicas em meados do século XVI foi dada à essa prisão uma finalidade vantajosa ao Estado, ou seja, a exploração do trabalho presidiário.

Neste momento a privação da liberdade assumiu características de penitência. Estava em curso, então, um grande processo de revisão em torno da essência e dos fins perseguidos pela pena. Os juristas e estudiosos do direito

¹ Duas espécies de penas eram conhecidas: a perda da paz e a vingança do sangue. A primeira constituía-se em banimento e a segunda, utilizada mormente para estrangeiros, era o pagamento da dívida para com os deuses através da pena de morte. Não obstante serem os castigos aplicados de forma cruel, atingindo o corpo do condenado, e até, por vezes, os corpos de seus familiares, existia, na lei Mosaica (Talião), um indício do princípio da proporcionalidade entre a pena e o delito ao prescrever a máxima olho por olho, dente por dente.

passaram a reagir em face do vigente sistema repressivo, violento e cruel, dando origem ao chamado movimento “humanitário”, conforme ressalta João José Leal (*apud* MARTINS, 1999, p. 23).

A partir do Século XVIII, portanto, tem-se o nascimento da corrente iluminista de pensamento, um dos mais importantes movimentos da história da humanidade, conhecido como o “Século das Luzes”. O iluminismo, assim foi marcado pelo surgimento de filósofos que pregavam o domínio da razão tendo como principal objetivo o ataque às injustiças, aos privilégios e intolerância da Igreja, a consagração da liberdade de idéias, de igualdade de tratamento perante a lei, e de que existiam leis naturais do homem que deveriam ser observadas obrigatoriamente.

Tais idéias iluministas surgiram no apogeu da Revolução Francesa e tiveram reflexos importantes no Direito Penal através de vários pensamentos de filósofos que criaram uma política criminal racional, dando início ao período moderno do Direito Penal ².

O Iluminismo foi um movimento de idéias que exerceu considerável influência em uma série de pessoas com sentimento comum: a reforma do sistema punitivo. Dentre estes encontrava-se Cesare Beccaria.

Este filósofo teve grande importância para o sistema de penas, uma vez que foi ele quem apresentou as primeiras idéias sólidas de um sistema criminal que substituiria o sistema desumano, confuso e abusivo anteriormente instalado.

Defendeu, ainda, o argumento de que a pena deveria ser proporcional ao crime praticado e que deveria ser aplicada para que o delinqüente não voltasse a delinqüir, exigindo a prevalência do princípio da legalidade com a elaboração de leis penais claras, com a proibição dos juizes julgarem a seu arbítrio e devendo ser observado, o direito de defesa ao acusado.

Em 1764, Beccaria, com sua obra, *Dos Delitos e das Penas*, vem pregar o fim da desigualdade diante da sanção, da tortura, da pena infamante e da atrocidade do suplício ao dispor:

É, pois, necessário seleccionar quais penas e quais 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. (BECCARIA, 1999, p. 52)

² Os iluministas censuravam abertamente a legislação penal vigente e o sistema repressivo, enalteciam os princípios da dignidade do homem e primavam pela humanização da Justiça.

Tratava-se de uma política que, “antes de buscar evitar crueldades, tinha por escopo assegurar o poder do Estado, evitando se tornasse enfraquecido, ou visse contrariados seus interesses” (MARTINS, 1999, p.23).

Surge a preocupação com a execução individualizada da pena, que tem em Jeremias Bentham um precursor sobre a perspectiva do desenvolvimento de um modelo para a direção de um estabelecimento que permitia vigilância absoluta e completa disciplina.

Este filósofo e criminalista inglês teceu severas críticas aos castigos corporais desumanos, criando teorias a respeito do caráter preventivo geral e o fim correccional da pena. A pena seria um mal ao prisioneiro, mas protegeria a sociedade.

Uma das principais contribuições de Bentham foi com relação ao modelo arquitetônico de uma penitenciária, visto que idealizou um sistema penitenciário denominado “sistema panótico”³.

Segundo Michel Foucault (2002, p. 166) o efeito mais importante do Panótico seria “induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder”. É um sistema, pelo qual, de acordo com o mesmo autor, o detento “é visto, mas não vê; objeto de uma informação, nunca sujeito numa comunicação” (FOUCAULT, 2002, p. 166).

Nasce, nesta fase, a prisão propriamente dita que se torna forma essencial de execução de pena, isto é, a detenção torna-se a pena por excelência, desmistificando todas as outras formas de punição imaginadas pelos reformadores do século XVIII.

No Brasil, mesmo à época do descobrimento, em que os habitantes eram os índios, apesar de a realidade muitas vezes levar à precipitada conclusão de que o povo indígena não possuía qualquer cultura, ao contrário, não obstante a inexistência de diplomas legais, o direito, inclusive o penal, estava presente em seu cotidiano, orientando-o e dando suporte à convivência nas tribos. Neste sentido Rocha Pomba (apud PIERANGELI, 2001, p. 42) afirma:

³ O Sistema Panótico consistia em um estabelecimento circular ou radial, no qual uma só pessoa em uma torre, podia exercer o controle total dos presos, vigiando-os no interior de seus aposentos. Tal sistema não se limitava ao desenho arquitetônico, pois estava associado à estrutura da prisão, um regime carcerário caracterizado pela separação, higiene e alimentação adequadas.

É um equívoco sustentar-se, como fizeram alguns autores, a inexistência entre nossos indígenas de alguma noção de direito. Este, entre os índios, quer na tribo, quer na taba, quer na família, era um fenômeno tão real, pelo menos, como o é entre os povos mais cultos. Apenas não havia na sociedade rude das selvas o direito escrito.

Desta mesma forma, salienta Spencer de Almeida Ferreira (2002, p. 58) que “o Direito dos selvagens estava na consciência dos índios. Residia nas tradições, nos costumes das tabas e das tribos”.

Conforme ressalta José Henrique Pierangeli (2001), entre os silvícolas brasileiros a pena de morte era bastante utilizada como forma de repressão ao crime que, não raras as vezes, ocasionava sangrentas guerras tribais. Quanto às lesões, as penas eram executadas pela família do ofendido, a quem cabia infligir ao criminoso um mal proporcional ao causado por ele, na mesma região do corpo atingido.

Sem embargo da existência de um verdadeiro direito indígena, os portugueses, ao descobrirem o Brasil, estabeleceram aqui o direito vigente em seu país, consolidado nas Ordenações Manuelinas. Nesta época, a prisão existia, via de regra, somente como medida coercitiva até a prolação da decisão final e conseqüente condenação (MARTINS, 1999).

Em 11 de janeiro de 1603, de acordo com Pierangeli (2001), entrou em vigor o Código Filipino, promulgado pelo reinado de Felipe II, marco de um longo período de atrocidades, caracterizado pela desigualdade e crueldade, na aplicação e execução das penas.

Somente em 1824, com a promulgação da primeira Constituição Brasileira foi dado o primeiro passo a tão esperada alteração do Direito Repressivo pátrio. A Carta Magna previa a criação de um Código Criminal genuinamente brasileiro e estabelecia regras que posteriormente deveriam ser observadas pelo legislador ordinário.

Seguindo os preceitos contidos no Diploma, foi promulgado e publicado em 16 de dezembro de 1830, o Código Criminal do Império, que reduziu, de 70 para 03, os crimes apenados com morte ⁴.

Neste momento a prisão começou a ser utilizada em substituição às penas corporais, sendo certo que o cárcere com o trabalho também era cominado numa

⁴ Segundo o art.38 do Código Criminal somente eram apenados com a morte na força os crimes de homicídio com agravante, latrocínio e insurreição de escravos.

tentativa de aproveitamento de mão-de-obra gratuita. Outra inovação trazida pela Carta Magna, foi a criação do sistema dia-multa. Com efeito, o artigo 55 estatuiu:

A pena de multa obrigará os reos ao pagamento de uma quantia pecuniária, que será sempre regulada pelo que os condenados puderem haver em cada um dia pelos seus bens, empregos ou indústria, quando a lei especificamente não a designar de outro modo.

Após a Proclamação da República, foi editado, em 1890, o Código Penal dos Estados Unidos no Brasil, precedido pelo Decreto 774 de 20 de setembro de 1890 que dentre outras coisas, reduziu a 30 anos o prazo máximo de cumprimento de pena (art. 66, §4º), estabeleceu a prescrição como causa de extinção da ação penal (art. 71, §4º), permitiu o livramento condicional ao condenado por tempo excedente a seis anos desde que tivesse cumprido metade da pena e demonstrado bom comportamento, contanto que o restante do período não ultrapassasse dois anos (art. 50, §2º) e, mandou computar, na execução, o período de prisão preventiva (art. 60).

Consoante o artigo 43 deste mesmo *Codex* em análise, as penas por ele estabelecidas eram: prisão celular, banimento (minimizada, posto que a proibição de habitar o território nacional já não tinha caráter perpétuo, mas prevalecia apenas enquanto durassem os efeitos da pena), reclusão, prisão com trabalho obrigatório, prisão disciplinar (onde seriam recolhidos os menores de 21 anos), interdição, suspensão e perda do emprego público (com ou sem inabilitação para exercer outro) e multa.

Após 1 (um) ano, a Carta Constitucional de 1891, ao ser promulgada, proibia a aplicação de pena de galés, banimento judicial (art. 72, §20º) e de morte, ressalvadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra (art. 72, §21º).

Neste contexto, por tratar-se de estatuto penal elaborado às pressas, com pouca discussão legislativa, o Código Republicano sofreu várias alterações por legislações esparsas. No ano de 1924, por exemplo, foram editados dois decretos que flexibilizaram o sistema de penas, seja ampliando a possibilidade do livramento condicional, seja instituindo a suspensão condicional da pena (REALE JÚNIOR, apud DOTI, 1999).

Diante deste quadro, em 1932, foi aprovada e adotada pelo Decreto 22.213 de 14 de dezembro, a “Consolidação das Leis Penais”, que reuniu todos os Diplomas existentes, contudo sem apresentar nenhuma inovação (COSTA, 2000).

Com o advento da Segunda República, em 1934, foi promulgada a Carta Magna que, em seu artigo 113, § 29, dispunha que estava vedada a aplicação de pena de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo, salvo, quanto à pena de morte as disposições da legislação militar, em tempos de guerra.

Posteriormente, em 1937, o então Presidente da República Getúlio Vargas decidiu romper com a ordem constitucional e, assim, em 10 de novembro do mesmo ano, fora outorgada uma nova Carta Política, deixando de lado a tradição liberal até então existente concedendo plenos poderes ao governante. Tais mudanças, ocorridas sob a égide do autoritarismo do Estado Novo, refletiram de maneira significativa no Direito Penal, acarretando o retorno da pena capital.

Seguindo toda esta evolução histórica em sede de matéria penal, no dia 30 de dezembro de 1940, elaborado sobre o projeto de Alcântara Machado, foi publicado o novo Código Penal, caracterizado pelo tecnicismo jurídico e o desprezo à criminologia. Tal *Codex* estabeleceu como penas principais a reclusão, a detenção e a multa (art. 28) e como acessórias a perda de função pública, eletiva ou de nomeação, as interdições de direitos e a publicação de sentença (art. 67).

Neste conjunto de normas foi estabelecida a possibilidade de concessão de suspensão condicional da pena por dois a seis anos ou de reclusão sendo o apenado menor de vinte e um anos ou maior de setenta. Para tanto, o sentenciado não poderia ter sofrido, no Brasil ou no exterior, condenação por outro crime, nem ter sido condenado, no Brasil, por contravenção. Além, evidentemente, de ter analisados seus antecedentes e personalidade, bem como deveriam ser expostos os motivos e as circunstâncias do delito que traria a presunção de que não voltaria a delinquir.

Ainda neste Estatuto Repressivo, foi determinada autorização ao Juiz de conceder ao condenado à pena de reclusão ou detenção superior a três anos o benefício do livramento condicional desde que preenchidos alguns requisitos determinados pelo legislador.

Em 1946, foi promulgada no Brasil a mais democrática de suas constituições, que limitou o poder punitivo do Estado, instituindo a individualização

e a personalidade da pena, além de proibir a punição pela morte, o banimento, o confisco e a prisão perpétua (art. 141, §31º). Para o cumprimento da pena privativa de liberdade, foram criados os estabelecimentos penais aberto e semi-aberto.

Entretanto, durante o período de ditadura militar, com a outorga do Código Penal de 1969, ressurgiram as penas de morte, prisão perpétua e reclusão de trinta anos para crimes políticos. Todavia, tamanhas foram as críticas recebidas que tal estatuto sequer entrou em vigor, visto que após um longo período de *vacatio legis*, foi revogado em 1978. Corroborando tais fatos, Pierangeli (2001, p. 83) ressalta:

Entre as críticas que recebeu, podemos mencionar a adoção da pena indeterminada, considerada uma inovação extremamente infeliz e a redução da idade de imputabilidade para 16 anos, fazendo-a depender de exame criminológico para a verificação de sua capacidade de entendimento e de autodeterminação, um dos pontos mais atacados [...] Também não se viu com bons olhos a possibilidade de aplicação da pena do crime consumado para a tentativa em que o resultado assumisse gravidade excepcional, tese que fora, anos antes, defendida entre nós por Costa e Silva. Também a adoção do vetusto critério de erro de fato e erro de direito, quando já nessa época sua concepção era atacada por toda a doutrina moderna, que já estabelecia o erro de tipo e erro de proibição, também recebeu contundentes críticas.

Passou-se, a partir de então, a sentir a necessidade de uma reforma na parte geral do Código Penal de 1940, em atenção a exigências históricas que conflitavam com a realidade da época, o que foi feito pela Lei n.º 7.209 de 11 de julho de 1984. Com esta alteração, o art. 32 do Estatuto Repressivo passou a elencar três espécies de pena: a privação de liberdade, a restrição de direitos e a pena pecuniária. Neste momento, foram criados também o benefício do *sursis* etário e o regime progressivo, cujo rigor era variável de acordo com o comportamento do detento.

Diante das premissas explanadas restou clarividente o nascimento de uma nova visão a respeito do delito, das penas e da eficácia da atividade punitiva do Estado, ou seja, a sociedade passou a perceber que o conceito de pena necessária envolve não só a questão do tipo de pena como também o modo de sua execução. Tal evolução no pensamento pode ser observada pela seguinte afirmação:

Quase sempre a culpa do delinqüente é resultado de uma forma conjunta de viver e das relações com o mundo que o rodeia; fracassos próprios e alheios se entrelaçam aí de maneira incrível. Por isso não se pode evitar que o delinqüente, quando é castigado, faça também penitência e reparação pela culpa dos outros. Quando se tem isso em conta, a obrigação da comunidade torna-se mais clara para se esforçar mais e mais pela reaceitação e reincorporação do delinqüente (e da sua parte por uma reparação). Por isso a comunidade não tem apenas o direito de castigar, mas até o dever de realizar o castigo de tal maneira que não impeça uma ressocialização. (PIRANGELI, 2001, p. 86)

Partindo desta nova concepção, a pena justa seria somente aquela pena necessária e, não mais, dentro de um retributivismo kantiano superado, a pena-compensação, tal como na Lei de Talião. Sendo assim, para o direito brasileiro, a pena criminal adquire, a partir de então, um novo sentido ao qual estará indissolúvelmente ligada a exigência da “necessidade de pena”, com as significativas conseqüências daí decorrentes.

Foi com base em toda esta evolução histórica que a Exposição dos Motivos do Código Penal de 1940 traz expressamente quanto as penas:

26. Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para os delinqüentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa de liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.

27. As críticas que em todos os países se têm feito à pena privativa de liberdade fundamentam-se em fatos de crescente importância social, tais como o tipo de tratamento penal frequentemente inadequado e quase sempre pernicioso, a inutilidade dos métodos até agora empregados no tratamento de delinqüentes habituais e multirreincidentes, os elevados custos da construção e manutenção dos estabelecimentos penais, as conseqüências malélicas para os infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação, sujeitos, na intimidade do cárcere, a sevícias, corrupção e perda paulatina da aptidão para o trabalho.

28. Esse questionamento da privação da liberdade tem levado penalistas de numerosos países e a própria Organização das Nações Unidas a uma ‘procura mundial’ de soluções alternativas para os infratores que não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade.

Em 05 de outubro de 1988, foi promulgada a nova Constituição da República Federativa do Brasil, que ainda hoje permanece em vigor. Esta, por sua vez, ao tratar dos direitos e garantias individuais e coletivos dos cidadãos, cuidou de especificar, ainda, as espécies de pena a serem aplicadas no ordenamento

jurídico pátrio, prevendo no inciso XLVI de seu artigo 5º: a privação ou restrição da liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos.

A Carta Magna, obedecendo a princípios gerais penais e em atenção aos direitos humanos, vedou expressamente no inciso XLVII do artigo suso mencionado a aplicação de penas de morte, ressalvada em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento e cruéis.

Com o objetivo puro e simples de organizar um Estado Social para atender os interesses de todos, em seu artigo 98, a *Lex Fundamentalis*, determinou a criação de Juizados Especiais Criminais Estaduais e Federais, para versarem no julgamento de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, sem ao menos descrevê-las.

Seguindo esta determinação constitucional, em 26 de setembro de 1995 foi editada a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n.º 9.099/95), criando novas medidas despenalizadoras⁵, definindo em seu artigo 61 os chamados delitos de menor potencial ofensivo⁶. Tal conceito foi estendido posteriormente, com a entrada em vigor da Lei 9.503 de 23 de setembro de 1997 aos crimes de lesão corporal culposa no trânsito, embriaguez ao volante e participação em competição não autorizadas, no que coubesse (art. 291 do Código de Trânsito Nacional).

Com o intuito de diminuir o custeio com o sistema penitenciário e da superlotação dos presídios, foi editada a Lei n.º 9.714 de 25 de novembro de 1998, como forma de consolidar a tendência de aplicação de penas não-privativas de liberdade. Ampliou-se desta forma, o rol das penas restritivas de direito até então aplicadas.

Prevendo já uma falibilidade em todo o sistema de penas, o legislador entendeu por bem ampliar também as hipóteses de conversão, até então destinadas apenas aos delitos apenados com, no máximo, um ano, permitindo-a nos casos em que a pena máxima *in concreto* não ultrapassasse quatro anos.

Nesta seara, acompanhando todo este desenvolvimento na aplicação e execução das penas surgiu, ao lado dos já existentes *sursis* simples e etário, a

⁵ São medidas despenalizadoras: a composição civil, a transação e a suspensão condicional do processo.

⁶ São consideradas infrações de menor potencial ofensivo, no âmbito estadual, aquelas cuja lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano (art. 61 da Lei 9.099/95).

suspensão condicional da pena por razões de saúde, denominada *sursis* humanitário ou profilático.

Todavia, apesar da adoção dos mencionados benefícios, a legislação mostrou-se em alguns aspectos prejudicial. Desta forma, salienta Alexandre Jorge do Amaral Nóbrega (2000, p. 08):

[...] sem pretender retirar a indiscutível benevolência trazida pela legislação em referência, ainda mais quando estendeu o benefício em epígrafe a todos os delitos culposos de um modo geral, de outro lado, vetou a sua conversão em relação aos ilícitos praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, fato esse não contemplado pela lei anterior que, sob esta ótica era mais benéfica.

Por fim, foram criados os Juizados Especiais Criminais, pela Lei n.º 10.259/01, gerando inúmeras críticas a respeito das medidas alternativas a serem aplicáveis. Esta lei trouxe uma nova definição acerca dos crimes de menor potencial ofensivo⁷ e, mais, deixou de excepcionar casos previstos em legislação especial.

A partir de então, evidencia-se toda a problemática envolvendo o Sistema Penitenciário, a Execução Penal e a real eficácia da aplicação da pena privativa de liberdade.

⁷ São consideradas infrações de menor potencial ofensivo aquelas cuja pena máxima cominada não ultrapasse dois anos ou multa (art. 2º, parágrafo único da Lei n.º 10.259/01).

2. DIREITOS HUMANOS

2.1 Direitos e Garantias dos detentos frente à Constituição Federal

Por Direitos Humanos entendem-se os direitos fundamentais do cidadão sem distinção de qualquer natureza, com garantia de vida digna. Neste cerne, o direito à integridade física do ser humano constitui um direito absoluto dentro do contexto social, reclamando atenção, obediência e respeito.

Dessa forma os direitos não nascem quando querem, mas quando podem ou quando devem.

Assim, os mais importantes instrumentos internacionais e regionais envolvendo o Brasil afirmam que os direitos humanos se estendem àqueles que se encontram encarcerados.

No plano histórico, desde as primeiras declarações dos direitos humanos – a Carta Magna Inglesa de 1215 e a também inglesa Bill of Rights de 1689; a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, após a revolução de 1789 – a sociedade vem se evoluindo na perspectiva de uma maior efetividade na observância dos direitos humanos.

Os primeiros direitos humanos surgiram com a Revolução Francesa, no ano de 1789, onde nasceu a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Tal Declaração ao longo dos anos sofreu várias modificações sendo somente ratificada pelo Brasil em 1948.

Vários documentos internacionais adicionais detalham os direitos humanos dos presidiários, fornecendo normas básicas de como os governos devem cumprir com suas obrigações perante o Direito Internacional.

Assim, no ano de 1955, no I Congresso das Nações Unidas sobre prevenção de Delitos e Tratamento de Reclusos, instituem-se as Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas (ONU) para Elaboração de Medidas Não-Privativas de Liberdade⁸, onde estas passariam a ser adotadas por todos os países signatários, entre eles o Brasil.

⁸ Que passaram a ser denominadas como 'As Regras de Tóquio'. A cidade de Tóquio, localizada no Japão, sediou as primeiras reuniões sobre o tema através do instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente.

As recomendações previstas nas Regras Mínimas, têm por escopo estabelecer conceitos e adaptá-los às condições jurídicas de cada país. A Lei de Execução Penal brasileira (LEP), a lei n.º 7.210 de 1984 foi inspirada nessas Regras Mínimas.

No que diz respeito ao tratamento do recluso, as Regras Mínimas da ONU baseiam-se nos seguintes pontos:

1 – o fim e a justificativa das penas são proteger a sociedade contra o crime. Só se alcançará este objetivo se aproveitando o período de privação de liberdade, o recluso queira, uma vez libertado, reintegrar-se à sociedade;

2 – o tratamento aos condenados deve ter por objetivo, inculcar-lhes a vontade de viver conforme a lei, e manter-se com o produto do seu trabalho, ensejando-lhes a aptidão correspondente. Este tratamento destina-se a fomentar o respeito de si mesmo, devolvendo-lhes o sentido de responsabilidade;

3 – para lograr esse propósito, o regime penitenciário deve empregar todos os meios curativos, educativos, morais, espirituais e todas as formas de assistências de que possa dispor;

4 – os estabelecimentos penitenciários não devem adotar as mesmas medidas de segurança com respeito a todos os grupos de preso, estes princípios exigem classificação e a individualização do tratamento. Portanto, convém que esses grupos de maior ou menor periculosidade sejam distribuídos por estabelecimentos distintos, recomenda-se que nos estabelecimentos fechados o número não deve passar dos 500 (quinhentos); nos estabelecimentos semi-abertos, nos quais não existam meios de segurança física contra a evasão, e nem que se confia na autodisciplina dos reclusos, o número destes deverá ser o mais reduzido possível;

5 – os detentos colocados em regime semi-aberto deverão ter sido cuidadosamente escolhidos, pois esse regime auxilia a sua readaptação social.

Através da ação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), entra em vigor no dia 02 de dezembro de 1994 a Resolução n.º 14, de 11 de novembro, que fixa as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. A partir desta Resolução, o CNPCP se propõe a adotar as providências para o seu pleno cumprimento.

Outros documentos relevantes incluem o Corpo de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas sob qualquer forma de Detenção ou

Aprisionamento, adotado pela Assembléia Geral, em 1988, e os Princípios Básicos para o Tratamento dos Presos, adotado pela Assembléia Geral, em 1990. Esses documentos reafirmam o princípio de que os presos conservam seus direitos fundamentais.

E, em seu primeiro capítulo, sobre os Princípios Fundamentais, o Conselho deixa claro que as Regras Mínimas seguem os mesmos princípios constantes da Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como aos Tratados, Convenções e regras internacionais. Desta forma, a obrigação de se tratar as pessoas encarceradas com dignidade e humanidade é norma fundamental aplicada universalmente independente dos recursos materiais do Estado em questão.

Entretanto, as Regras Mínimas somente produzirão a eficácia pretendida se o governo, os agentes penitenciários, os demais funcionários do sistema penitenciário e a sociedade civil organizada se conscientizarem do real significado de uma reestruturação do Sistema, buscando, em conjunto, a construção de uma instituição segura, disciplinada e humanizada.

3. DA PENA

3.1 Conceito

A pena é um dos alicerces que escoram o Direito Penal, tendo, porém, o condão de designar outros fenômenos no plano do Direito. Verificada a pena como em sendo a sanção específica do Direito Penal, é contemplada em doutrina, tanto do ponto de vista formal quanto do substancial.

Considerada no aspecto formal, a pena revela-se como consequência jurídica que a lei estabelece expressamente para fatos previstos como delito. Assim considerando, a pena fica fora do delito, porém, deve ser expressamente prevista na norma, ante o princípio da reserva legal. Nesse sentido, é a segunda parte do artigo 1º do Código Penal, no qual se vê que “não há pena sem prévia cominação legal”.

No aspecto substancial, a pena revela-se como meio aflitivo que o Estado impõe ao agente ou omitente, em virtude do delito.

Consoante salienta Damásio Evangelista de Jesus (1998, p. 517), apoiado nos ensinamentos do doutrinador argentino Soler:

Pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos.

Fernando Capez (2000, p. 313) a seu turno define a pena como sendo:

Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou provação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinqüente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

Destinada a pena ao autor da infração penal, vê-se na destinação o princípio da personalidade determinada ou da pessoalidade a impedir que se estenda a terceiros a sua imposição. Nesse sentido, o art. 5º, inciso XLV da Constituição Federal dispõe que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”.

Assim, inúmeras são as conceituações existentes sobre a pena, tornando quase que impossível a transcrição de todas elas no presente trabalho, o que importa, no entanto, extrair desses conceitos é a sua essência, o seu caráter de retribuição e de prevenção na medida que constitui um ultimato contra o criminoso, o que demonstra a sua real finalidade, estudada posteriormente em momento oportuno.

3.2 Fundamentos e utilidades

Teoricamente a utilidade da pena dá-se pelo fato de que a partir de sua imposição, o indivíduo desista de praticar determinado delito. Entretanto, a melhor maneira de evitar que delitos sejam praticados é a prevenção e não a punição.

Analisando a pena e suas espécies, Delmanto (1991, p. 60) discorre:

Pena é a imposição da perda ou a diminuição de um bem jurídico, prevista em lei e aplicada, pelo órgão judiciário, a quem praticou ilícito penal. Ela tem a finalidade retributiva e preventiva. Retributiva, pois impõe um mal (privação da liberdade) ao violador da norma penal. E preventiva, porque visa a evitar a prática de crimes, seja intimidando a todos em geral, com o exemplo de sua aplicação, seja, em especial, privando da liberdade o autor do crime e obstando que ele volte a delinquir.

A investigação em torno do desenvolvimento das relações internas entre culpa e prevenção conta com expressivos registros que remontam ao século XVI. Assim, a exigência de culpa como fundamento central para a imposição da pena criminal é uma das conquistas mais importantes dos tempos modernos.

Segundo René Ariel Dotti ⁹:

Toda e qualquer sustentação válida do sistema penal em vigor e do direito a constituir deve ter como referência elementar o pressuposto de que a pena sem culpa é uma das maiores violências morais aos Direitos do Homem. Porém, não somente a culpa em sua visão de causa, mas ainda como medida e limite de pena.

⁹ DOTTI, René Ariel. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 207.

Desta forma, conclui-se que a pena deve retribuir juridicamente a culpabilidade do agente. Sendo assim, em última instância ela é o efeito de uma causa e deve guardar relação de proporcionalidade entre o mal do ilícito e o mal devido ao infrator.

A pena, para Carrara apud Oswaldo Henrique Duek Marques (2000, p. 65), é consequência do desejo de reação face à violação do direito. Ela não se destina à emenda do condenado, mas a desempenhar seu papel de tutela jurídica.

3.3 Finalidades

O fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer o delito cometido, isto é, além do aspecto de retribuição ou castigo pelo mal praticado, existe também o aspecto de prevenção, ou seja, o fim de impedir que o condenado cause novos danos à sociedade e despersuadir os outros indivíduos de agir desta forma ¹⁰.

Para falar da finalidade da pena, faz-se necessário tecer breve análise acerca das teorias existentes sobre o assunto.

3.3.1 Teorias absolutas ou retributivas

As teorias absolutas consideram que a pena tem finalidade absoluta de realização da Justiça.

Tal teoria baseia-se na expressão “*quia peccatur est*” (porque delinqüiu), ou seja, esta defende que a punição é consequência lógica do cometimento da infração, isto é, deve-se punir o agente porque ele delinqüiu.

Neste cerne, explica o doutrinador José M. Rico (1978, p. 04):

[...] são as que buscam o fundamento e o fim da pena tão-só na natureza íntima da mesma e, não, em um objetivo transcendente. Castiga-se *quia peccatur est*, porque se delinqüiu. A pena é justa em si, com

¹⁰ A *prevenção geral* visa ao desestímulo de todos da prática de crime. A *prevenção especial* dirige-se à recuperação do condenado, procurando fazer com que não volte a delinqüir.

independência da utilidade que dela possa derivar. A sanção é pura e simplesmente a consequência jurídica do delito. Segundo estas teorias, o fim da pena é a retribuição, a expiação do delito cometido.

No sistema da absoluta determinação, o processo de individualização se esgota em um único momento – o legislativo – não havendo qualquer preocupação com a pessoa do delinqüente, o juiz fica adstrito à aplicação do dispositivo penal.

Assim, segundo esta teoria ao mal do crime impõe-se o mal da pena, não vislumbrando a ressocialização do condenado não importando se este voltará à prática de novos delitos, ou seja, sem qualquer preocupação no caráter preventivo para beneficiar a sociedade.

Conforme ensinamento de Flávio Augusto Monteiro de Barros (2003, p. 433), para a teoria absoluta:

A pena é a retribuição justa do mal injusto cometido pelo criminoso. Apega-se no raciocínio de que a justiça consiste em retribuir ao criminoso um mal proporcional ao fato por ele praticado. De acordo com essa teoria, a pena não tem qualquer finalidade prática. Não visa a recuperação social do criminoso, que é punido simplesmente porque cometeu o crime.

De acordo com a reflexão kantiana, baseada no império da Justiça, a pena existe para restabelecer ou realizar a Justiça – teoria da retribuição moral. Neste contexto, Kant (apud MIRABETE, 2000, p. 245) já afirmava que a pena era “um imperativo categórico, consequência natural do delito, uma retribuição jurídica, pois ao mal do crime, impõe-se o mal da pena”.

A tese de Hegel, por outro lado, considerava a pena como necessária para restabelecer a ordem jurídica violada.

Apesar das muitas críticas recebidas em torno dessa teoria, Shecaira e Corrêa Jr. apud Orandyr Teixeira Luz (2000, p. 52) mostram que “importante contribuição foi deixada pela teoria retribucionista: somente dentro dos limites da justa retribuição é que se justifica a sanção penal”.

3.3.2 *Teorias relativas ou preventivas*

A teoria retributiva, também chamada de utilitária ou utilitarista, difere da anterior porque por essa a pena não é considerada consequência do crime, mas tem como função primordial a sua prevenção. Nesta a pena se impõe “*ut ne peccetur*” (para não voltar a delinquir).

Nesta seara leciona Aníbal Bruno (1967, p. 34):

Para as teorias relativas ou finalistas, a razão de ser da pena está na necessidade de segurança social, a que ela serve, como instrumento de prevenção do crime. Nela está presente a justiça como critério regulador, a limitar as exigências da segurança em relação ao criminoso. Mas o que a justifica e lhe dá a sua orientação é o fim da defesa da sociedade.

Assim, a pena tinha um fim exclusivamente prático e útil, e logicamente de prevenção. Classificavam-se em dois grupos: as teorias preventivas e as teorias reparadoras. Neste momento, a pena passou a ser vista como uma oportunidade de ressocialização do condenado e não mais como um castigo somente.

Conforme ensina o doutrinador Mirabete (1990, p. 246), “o fim da pena é a prevenção geral, quando intimida todos os componentes da sociedade, e de prevenção particular, ao impedir que o delinqüente pratique novos crimes, intimidando-o e corrigindo-o”.

Desta forma, a proximidade do delito e da pena é de suma importância para a utilidade da pena, isto porque, quanto mais curto o tempo decorrente entre este e aquela, mais estreita e durável será a associação dessas duas idéias no espírito humano.

De acordo com Eduardo Reale Ferrari apud Ferreira (2002, p. 26):

A prevenção geral negativa assenta-se na concepção de que toda sanção tinha um fim pedagógico, que visaria evitar a prática do delito. Credo que a pena cominada e executada possuía um espírito público vivo, elegia-se, no efeito inibitório, o motivo justificador da pena, a demonstrar não ser ela exclusivamente retributiva; a sanção era imposta não mais por mero castigo, mas para demonstrar aos outros delinqüentes que as pessoas eram punidas, adquirindo efeito inibitório à reiteração delituosa, objetivando a coletividade como destinatário.

Por outro lado, a teoria da prevenção especial¹¹, considera que a pena visa evitar que o infrator volte a delinquir funcionando assim, como meio de correção.

¹¹ Segundo René Ariel Dotti (1998, p. 227/228) “a Prevenção Especial é também um dos fins da pena consistente na função assinalada à pena visando evitar ou atenuar a probabilidade de reincidência demonstrada pelo autor em face do delito cometido”.

Enfim, teoricamente, a utilidade da pena dá-se pelo fato de que a partir de sua imposição, o indivíduo desista de praticar determinado delito. Entretanto, a melhor maneira de evitar que delitos sejam praticados é a prevenção e não a punição.

3.3.3 *Teorias mistas ou unificadoras*

Para esta teoria, a pena teria caráter tanto retributivo como preventivo simultaneamente, ou seja, a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção.

Seguindo esta linha de raciocínio leciona René Ariel Dotti (1999, p. 65):

A pena deve prevenir e reprimir condutas ilícitas e culpáveis. Essa dupla finalidade é expressamente consagrada pelo Código Penal ao dispor que a pena concretizada, a substituição por outra espécie, se cabível, e o regime inicial de execução serão fixados com base nas diretivas do art. 59, 'conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime'. Por outro lado, o art. 1º da Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/84), dispõe que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e 'proporcionar condições' para a harmônica integração social do condenado e do internado. A exposição dos motivos do referido diploma declara que, 'sem questionar profundamente a grande temática das finalidades da pena, curva-se o projeto na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que as penas e as medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a incorporação do autor à comunidade'.

3.4 Características

O direito surgiu inspirado pelo ideal de preservação dos valores humanos e, destina-se a disciplinar uma vida comunitária, orientada para a finalidade do bem comum, sendo o homem o personagem principal.

Entretanto, uma vez quebrada essa harmonia não se pode abstrair a atuação das normas pertinentes, que devem incidir diretamente sobre a pessoa do delinqüente.

Neste contexto, as características essenciais da pena são: legalidade; personalidade; proporcionalidade e inderrogabilidade.

Antes de discorrer acerca dessas características principais da pena, é de salutar importância tecer alguns comentários a respeito do Princípio da Intervenção Mínima e da Dignidade da Pessoa Humana.

Pelo primeiro, ressalta-se o fato de que ao Estado é dado o direito de criar, modificar e até extinguir tipos penais, o que pode resultar, em muitos dos casos, em ações desmedidas, desnecessárias e cruéis.

Neste cerne, tal princípio tem grande relevância no sentido de restringir a aplicação da pena privativa de liberdade ao máximo possível, o que demonstra íntima relação com a aplicação das penas alternativas.

Assim, conclui-se que o Estado gozando da liberalidade de criar leis, possa equivocar-se e dar origem a medidas inadequadas, e para que isso seja evitado faz-se mister o fim do princípio aludido direcionado ao abolicionismo moderado, isto é, não implica dizer que o Direito Penal será eliminado, mas sim que seu objetivo é o de minimizar sua utilização para a solução dos conflitos penais, não só reduzindo o âmbito de sua aplicação, senão também a intensidade ou do grau da resposta estatal.

Por conseguinte, tem-se aplicabilidade plena o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, expressamente previsto na Magna Carta, em seu art. 1º inciso III.

Cuida-se de um respeito absoluto que nunca sequer foi ameaçado por qualquer relativização da pessoa, isto é, qualquer pessoa, em qualquer tempo ou lugar em que se encontre merece um tratamento justo e digno e, desta forma, deve ser tratada.

Neste contexto, até mesmo àquele presidiário, o qual está recluso em um sistema penitenciário em condições precárias de infra-estrutura, é assegurado o respeito à integridade física e moral, conforme dispõe o próprio diploma legal em seu art. 5º inciso XLIX.

3.4.1 *Legalidade*

Tal característica (*nulla poena sine lege*) vem estampada no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal¹², dentro do rol dos direitos fundamentais. De igual maneira, a expressão do Direito Penal¹³ repousa, em larga medida, no princípio *nulla poena sine culpa*. A sanção penal é uma conseqüência jurídica do delito e este não se pode reconhecer como fato punível quando falte a reprovabilidade sobre a conduta humana que, embora preenchendo o tipo legal, está coberta por uma causa de exclusão de ilicitude.

Assim, a culpabilidade deve ser tratada como um pressuposto da pena “merecendo, por isso, ser analisada dentro deste quadro e não mais em um setor da teoria geral do delito”.¹⁴

Segundo este princípio, um crime e qualquer pena só poderão ser criados por uma lei. Ainda, exige que uma lei penal preceda ao fato criminoso, em outras palavras, a conduta deve ser típica.

Nesta esteira, leciona com brilhantismo Mirabete (1990, p. 59):

O postulado básico inclui também, aliás, o princípio da anterioridade da lei penal no relativo ao crime e à pena. Somente poderá ser aplicada ao criminoso, pena que esteja prevista anteriormente na lei como aplicável ao autor do crime praticado. Trata-se, pois, de dupla garantia, de ordem criminal (*nullum crimen sine praevia lege*) e penal (*nulla poena sine praevia lege*).

Tanto é assim que o mesmo doutrinador dizia que “o indivíduo só pode ser punido se praticar um dos fatos descritos como crime, diante do consagrado princípio da legalidade do artigo 1º do Código Penal” (Mirabete, 1995).

Tal princípio tem por escopo evitar o livre arbítrio do legislador em matéria penal. Há, pois, segundo a boa doutrina, uma dupla garantia, vez que:

[...] pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina conduta proibida. (Bitencourt, C. R. 1999, p. 111)

¹² A Constituição Federal, no artigo citado diz que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

¹³ O Código Penal esclarece o Princípio da Legalidade repetindo, com as mesmas palavras, o texto da Constituição Federal.

¹⁴ DOTTI, R. A. O Incesto (1976, p. 173)

3.4.2 *Personalidade*

Tal princípio está previsto na primeira parte do art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal e, sendo a pena o efeito de uma causa determinada e consistente no delito censurável na pessoa de seu autor, somente contra este deve recair a sanção.

Esta característica também é chamada de princípio da individualização da pena e obriga o julgador a fixar a pena, conforme a cominação legal (espécie e quantidade) e a determinar a forma de execução (PRADO,2002, p. 120).

Neste contexto, portanto, é vedada a extensão das conseqüências do ilícito penal a quem não o tenha praticado, ou seja, somente ao autor da conduta criminosa aplica-se a punição.

Reforçando esse caráter pessoal da pena, René Ariel Dotti (1999, p. 71) afirma:

Não existe nenhum fundamento humano, social e ético para que o sacrifício da pena seja também imposto a outras pessoas além do responsável pelo fato punível. A malsinada sentença lavrada pelo tribunal que condenou à morte Joaquim José da Silva Xavier, o *Tiradentes*, declarando infames os seus filhos e netos, constitui um dos modelos mais repugnantes da violação do *princípio da personalidade* que antes de uma garantia constitucional (art. 5º XLV) e legal (CP, art. 29 c/c o art. 13), é uma imposição do Direito Natural, assentada no antigo brocardo *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu).

3.4.3 *Proporcionalidade*

Chamado também de “princípio da proibição em excesso”, determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato. Significa que a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor. Daí dizer-se que a culpabilidade é a medida da pena.

Para tanto, tem-se que levar em conta dois aspectos: o real interesse da sociedade em impor uma medida penal que se mostre necessária e que seja, além disso, suficiente para demonstrar a reprovabilidade da conduta criminosa e que seja eficaz na prevenção do crime, conforme consta do texto do artigo 59 do Código Penal; e, por outro lado, deve-se garantir ao condenado o direito de não

sofrer punição demasiadamente severa, que vá além do mal causado por sua conduta ilícita.

O mencionado princípio tem relevante importância no que se refere à Lei de Execuções Penais, a qual cuida dos regramentos atinentes às penas alternativas no ordenamento jurídico ora vigente. Esta lei, salienta-se, foi editada obedecendo alguns imperativos das Regras de Tóquio, a qual assegura, em seu Enunciado n.º 2.3 que: “a quantidade e as espécies das medidas não-privativas de liberdade disponíveis devem ser determinadas de modo que seja possível a fixação coerente das penas”.

René Ariel Dotti (1999, p. 80), com apoio nos ensinamentos de Zaffaroni, assinala que “a exigência de segurança jurídica impõe um limite para a reação penal, limite esse que deve ser procurado pela racional proporção entre a quantidade do injusto e da culpabilidade com a quantidade da pena”.

3.4.4 *Inderrogabilidade*

Conforme salienta Damásio (1998, p. 518), a pena deve ser “inderrogável, no sentido da certeza de sua aplicação”. Assim, diante do cometimento de um ilícito penal, a punição imposta ao autor deverá ser certa e devidamente cumprida. Essa característica, contudo, não é absoluta, restando abrandada em diversas hipóteses.

Nesse sentido, Mirabete (1990, p. 248) ressalva que “tal caráter também é suavizado em várias situações, conforme a lei penal. São os casos da suspensão condicional, do livramento condicional, do perdão judicial, da extinção da punibilidade etc.”.

3.5 Espécies

Conforme dispõe o atual Código Penal as penas podem ser classificadas em privativa de liberdade, restritivas de direito e multa. Neste contexto, a Constituição Federal veda expressamente, no art. 5º inciso XLVII, a adoção de

penas de morte (salvo nos casos de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e as cruéis.

A Constituição Federal ainda trouxe no rol do art. 5º inciso XLVI, que a lei regulará a individualização das penas e adotará, dentre outras, privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa, suspensão e interdição de direitos.

3.5.1 *Penas Privativas de Liberdade*

Pena privativa de liberdade é a pena executada através do afastamento do delinqüente do meio social em que ele vive, através do isolamento carcerário durante um determinado tempo por uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Segundo dispõe a regra inscrita no art. 5º inciso XLVI da Constituição Federal tal privação da liberdade refere-se apenas à liberdade de locomoção do condenado.

Assim, tendo em vista todos os princípios norteadores do Processo Penal, para que um indivíduo seja privado de sua liberdade necessário se faz ser a pena considerada legal e justa, devendo ser decretada por meio de uma autorização legal pela autoridade policial em casos correccionais, ou de um processo regular pela autoridade judicial em casos de condenação.

Neste contexto, somente com o devido trânsito em julgado é que o indivíduo terá seu direito à liberdade restrito, nos termos do dispositivo constitucional supra. Entretanto, há exceções em que a privação ocorre antes do trânsito em julgado, e tal situação ocorre através do devido processo legal quando o juiz achar conveniente a decretação de uma das formas de prisão processual, sendo que nesta não ocorrerá as funções da pena de reeducar e ressocializar o indivíduo.

Insta salientar que o conjunto de regras e princípios que disciplinam o cumprimento dessa pena, tem por objetivo a humanização dessas penas, a recuperação e reintegração do delinqüente como membro útil à sociedade, de que se afastou.

Como se trata de instituto penal de extrema relevância, tal restrição à liberdade ganhou contornos também no Código Penal, nos arts. 33 a 42 e na Lei de Execução Penal, nos arts. 105 a 170. Frisa-se neste momento, que a Constituição federal e a legislação penal atendem à legislação positiva da ONU e ao direito comparado no que concerne a esta espécie de pena.

As Regras Mínimas da ONU estabelecem nos n.º 56 a 83 os princípios do sistema penitenciário, tratamento, classificação, individualização e elementos do tratamento na fase da execução da sentença condenatória.

Por meio de tais Regras Mínimas são estabelecidos dois objetivos à pena privativa de liberdade: a proteção da sociedade e a preparação da reinserção do condenado, durante o período da prisão.

Consoante a este assunto, Albergaria (1996, p. 19) expressou:

Mas a exclusão do preso da sociedade tem precisamente o objetivo de ressocializá-lo, sem suprimir-lhe, de forma absoluta, o contato com a comunidade, da qual continua fazendo parte pela posse dos direitos inerentes da pessoa humana, não afetados pela sentença condenatória.

Segundo a legislação penal pátria, o gênero punitivo em estudo divide-se em: reclusão, detenção e prisão simples. Enquanto as duas primeiras espécies são reservadas para os crimes, de acordo com a gravidade, a última somente é aplicável em se tratando de contravenções penais previstas no Decreto-Lei 3.688 de 03 de outubro de 1941.

Atualmente, poucas diferenças subsistem entre as penas de reclusão e detenção, podendo ser assim elencadas¹⁵:

- a) Quanto ao regime de cumprimento: o art. 33, caput, do Código Penal traz a regra geral de que a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto e a de detenção, em regime semi-aberto ou aberto, apenas excetuada a necessidade de transferência para o regime aberto.¹⁶

¹⁵ No mesmo sentido: Damásio (1998, p. 521 a 522); Celso Delmanto e outros (1998, p. 64 a 65).

¹⁶ A ressalva deixa bem claro que a pena de detenção não se inicia em regime fechado. Por outro lado, também a Lei de Execuções Penais, em seu art. 87, registra que a penitenciária só se destina aos condenados a pena de reclusão. Mas, lendo-se os critérios do §2º do art. 33 do Código Penal, chega-se à contraditória conclusão de que o condenado a pena de detenção (por menor que fosse a quantidade dela), desde que se tratasse de reincidente teria que iniciar a execução em regime fechado. O absurdo seria tão enorme e gritante, que não se pode aceitar. Imagine, condenado por roubo, mas sendo primário e recebendo a pena mínima que a lei prevê,

Observa Ney Moura Teles (1998, p. 46):

Na prática do sistema punitivo brasileiro, todavia, não há diferenças entre as duas penas, uma vez que tanto as penas reclusivas quanto as detentivas são, em sua maioria, executadas nos mesmos estabelecimentos e sob as mesmas condições e regras.

A diferença entre estes dois sistemas não está na natureza da pena, mas no rigor com o qual estas são executadas. Assim, a pena de reclusão é mais rígida, cumprida em estabelecimento penal de segurança máxima ou média e a pena de detenção é cumprida em estabelecimento de segurança mínima, ou em colônia agrícola, industrial ou similar.

Destarte, suas diferenças são meramente formais na execução, porém, comporta uma exceção única que é a de não possibilitar, na pena de detenção, o regime inicial fechado, permitindo, no entanto, sua progressão.

- b) Quanto à ordem de execução, em se tratando de concurso material: consoante o disposto no art. 69, caput do Código Penal, aplicar-se-á cumulativamente as penas referentes a cada caso que se configurar. E em havendo a execução de pena de reclusão e de detenção, cumpre-se primeiramente a de reclusão.
- c) Quanto à incapacidade para o exercício do pátrio poder: trata-se de um dos efeitos da condenação, verificável somente nos crimes dolosos, punidos com reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado (art. 92, inciso II, do Código Penal).
- d) Quanto à possibilidade de substituição da internação por tratamento ambulatorial, sendo o agente inimputável: dispõe o art. 97, caput, do Código Penal que no que tange à medida de segurança e o fato ser punível com detenção o juiz observando o

de quatro anos de reclusão, pode cumpri-la desde o início em regime aberto. No entanto, se outra pessoa, já condenada por simples lesão corporal (a pena de três meses de detenção), quatro anos depois praticasse simples injúria e fosse condenada a dois meses de detenção, teria de cumpri-los em regime fechado (penitenciária), sem direito à substituição por pena restritiva de direito (art. 44, inciso II, do Código Penal) nem a *sursis* (art. 77, inciso I, do Código Penal). Obviamente não se pode aplicar tamanha iniquidade, como esta que resultaria da observância dos critérios do §2º do art. 33 do Código Penal. Por isso, recomenda-se obediência à regra geral do caput deste artigo, permitindo que o reincidente em pena detentiva a cumpra no regime aberto.

sujeito ser inimputável, poderá submetê-lo a tratamento ambulatorial, enquanto nos crimes puníveis com reclusão o juiz determinará a internação.

- e) Quanto à limitação para fiança: não será concedida fiança nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a dois anos (art. 323, inciso I, do CPP). Outrossim, por se tratar de crimes punidos de forma mais severa, e quando forem cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça, neste caso não gozará do benefício da fiança. Mister salientar que nas infrações puníveis com detenção estas objeções não serão aplicadas, sendo possível a fiança (art. 322 e 323 do CPP).
- f) Quanto aos pressupostos para a prisão preventiva: presentes as circunstâncias elencadas no art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada nos crimes dolosos punidos com reclusão (indistintamente) (art. 313, inciso I). Quanto aos apenados com detenção, somente será possível a decretação, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre sua identidade, não fornecer ou indicar elementos para esclarecê-la (art. 313, inciso II).

3.5.2 *Penas Restritivas de Direito*

As penas restritivas de direito estão elencadas no art. 43 do Código Penal que tem hoje a redação determinada pela Lei n.º 9.714/98 que institui outras espécies de penas restritivas, menos severas, no ordenamento pátrio e são taxativas.

Cabe assinalar que tais penas são autônomas e não acessórias, como estabelecia o Código Penal de 1940. Sendo assim, é inadmissível a cumulação das penas restritivas de direitos com as penas privativas de liberdade.

Destacando suas diferenças, José M. Rico salienta que:

A diferença fundamental entre essas medidas e a pena de prisão consiste em que não pressupõem privação completa da liberdade, mas, sim, certas restrições a esta última, conservando apesar de tudo, um evidente caráter punitivo, que permite distingui-las das medidas de segurança.

Para aplicação de tais penas, exige-se, em uma etapa preliminar, a fixação pelo juiz do *quantum* correspondente à privação da liberdade, para ao depois proceder-se à sua conversão em pena restritiva de direitos, quando possível. Estas são, na verdade, meras substitutas das penas privativas de liberdade.

Segundo destacou Luiz Régis Prado:

Objetivou-se, com a precisão das penas restritivas de direitos, o alcance de um duplice propósito, consistente em aperfeiçoar a pena de prisão, quando necessária, e de substituí-la, quando aconselhável, por formas diversas de sanção criminal, dotadas de eficientes poder corretivo.

Neste momento, faz-se necessária, portanto, demonstrar as características de tais penas:

- a) **Autonomia:** as penas restritivas de direitos são autônomas, na medida em que aplicáveis independentemente de qualquer outra espécie de sanção. Esta independência já havia sido reconhecida, em 1984, quando a prestação de serviços à comunidade deixou de ser apenas condição para a concessão do livramento condicional e do *sursis*, sendo erigida à categoria de pena. Por outro lado, na mesma reforma, a interdição temporária de direitos, antes considerada pena acessória, passou a constituir punição principal.
- b) **Substitutividade:** as penas restritivas de direitos substituem as de prisão, quando o indivíduo condenado preencha os requisitos do art. 44 do Estatuto Repressivo. Assim, ao sentenciar, o magistrado deve, primeiramente, fixar a pena privativa de liberdade e depois analisar e, em sendo cabível, promover a substituição por uma das penas alternativas dispostas no art. 43 do mesmo *Codex*: prestação pecuniária, perda de bens ou valores, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos ou limitação de fim de semana.

3.5.2.1 Espécies

a) Prestação Pecuniária

Consiste no pagamento em dinheiro à vítima, seus dependentes ou entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo Juiz não sendo em quantia inferior a 1 (um) salário mínimo, nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos, que deverá ser deduzida do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários (art. 45, § 1º do Código Penal). Em havendo aceitação do beneficiário, a prestação pode consistir em qualquer uma de outra natureza. Trata-se nesse caso, da chamada prestação alternativa inominada, que pode consistir, por exemplo, na entrega de cestas básicas.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2000, p. 492), a classificação mais tradicional das penas pecuniárias será o confisco; a multa reparatória e a multa.

Contudo, cabe ressaltar que, a multa reparatória não está prevista no Código Penal, com redação somente disposta no art. 297 da Lei n.º 9.503/97, na qual consiste no pagamento através de depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores de quantia calculada com base no art. 49 do Código Penal, sempre que houvesse prejuízo material decorrente de crime. Entretanto, esse dano material não constitui qualquer pressuposto da prestação pecuniária.¹⁷

E, o confisco foi proibido no atual sistema penal, mas se encontra disfarçado na Constituição Federal sob a expressão “perda de bens e valores”, sendo consagrada pela legislação vigente apenas a pena de multa.

b) Perda de bens e valores

Está prevista no art. 5º, XLVI, alínea “b” da Constituição Federal e art. 43, inciso II e art. 45, § 3º, ambos do Código Penal.

¹⁷ Nesse sentido René Ariel Dotti dispõe em *Penas Restritivas de Direitos. Críticas e Comentários às penas alternativas*. Lei 9.714, de 25.11.1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 110.

Tal pena restritiva de direitos consiste na perda de bens ou valores, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, salvo em caso de legislação especial. Trata-se de pena aplicável somente nos casos em que o crime produza prejuízo econômico passível de demonstração, ou quando o autor, ou terceiro, haja auferido vantagem patrimonial com a sua prática delituosa.

De acordo com o art. 45, §3º, do Código Penal, seu valor terá como teto o montante do prejuízo causado ou do provento obtido em favor do próprio agente ou por terceiro em consequência da prática do ilícito penal, o que for maior.

c) 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. Estas tarefas são desenvolvidas sem qualquer tipo de remuneração, posto que não existe qualquer vínculo empregatício entre aquele e o Estado.

Para que seja possível sua aplicação é imprescindível que a pena privativa de liberdade ultrapasse seis meses de reclusão, detenção ou prisão simples.

Tal sanção tem como finalidade possibilitar ao condenado um trabalho de consciência individual da conduta por ele praticada, tendo assim, nítido caráter educativo.

Cabe frisar que o procedimento para o cumprimento regular de tal pena está disposto no art. 46, §3º do Estatuto Repressivo¹⁸.

d) Interdição temporária de direitos

A classificação das penas restritivas na modalidade de interdição de direitos encontra-se prevista no art. 47 do Código Penal.

¹⁸ Vide art. 149, § 1º da Lei de Execuções Penais (Lei n.º 9.210/84)

Tal forma de pena impede que o condenado seja recolhido à prisão podendo fazê-lo sofrer as conseqüências do internato, sendo, desta forma, caracterizada pela temporariedade.

No caso de proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo (inciso I do art. 47 do Código Penal), é importante salientar que tais espécies de interdição não se confundem com a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo que constitui efeito específico da condenação, conforme art. 92, inciso I do Código Penal.

Tratando-se, pois, de pena específica (art. 56 do Código Penal), deve ser aplicada desde que a violação aos deveres que sejam inerentes ao exercício de cargo ou função estejam complementadas pela presença dos demais requisitos genéricos autorizadores da substituição. O mesmo se dá com as violações descritas no inciso II do já mencionado artigo, qual seja a proibição de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do Poder Público.

No caso do inciso III do artigo 47, a suspensão da autorização de dirigir veículo constitui uma espécie de pena restritiva de direitos, mas que pela análise do art. 57 do mesmo *Codex* só é aplicável em se tratando de delitos culposos no trânsito. Entretanto, com o advento da Lei n.º 9.503/97, tal dispositivo do Estatuto Penal deve ser interpretado restritivamente, uma vez que tal suspensão passou a ser considerada também como pena principal (art. 292 da Lei n.º 9.503/97).

Quanto à proibição de freqüentar determinados lugares (inciso IV), é importante denotar que tal pena passou a ser considerada como modalidade substitutiva a partir da vigência da Lei n.º 9.714/98, de sorte que, neste caso, o magistrado não fica restrito a aplicá-la somente em determinados tipos penais, haja vista que apenas deve ser levado em consideração sob o ponto de vista do local do cometimento do delito, sendo indispensável que haja relação entre o crime e o lugar para que essa medida restritiva possa ser imposta.

e) Limitação de fim de semana

É outra modalidade de pena restritiva de direitos, consistente na obrigação imposta ao condenado de permanecer em casa do albergado ou outro estabelecimento adequado nos termos do art. 48 do Código Penal.

Trata-se de substitutivo penal imposto pelo magistrado verificada a viabilidade e as condições materiais da comarca, de modo que não sendo respeitados tais limites materiais e verificando o juiz a aplicabilidade da substituição por outra medida alternativa que não a limitação de fim de semana deve o juiz conceder o *sursis* ao condenado como forma de garantir os direitos assegurados pela legislação brasileira a todos os que se encontram encarcerados.

Essa espécie de pena encontra respaldo legal também na Lei de Execuções Penais em seus artigos 94 e 95, que dispõem acerca da estrutura física dos estabelecimentos prisionais para o cumprimento desta modalidade de pena, bem como ao cumprimento das penas privativas de liberdade em regime aberto.

3.5.3 *Pena de Multa*

A pena de multa é mais um instrumento destinado a evitar o encarceramento daquele indivíduo que cometeu um ilícito penal cuja gravidade seja mínima ou não tenha causado uma repercussão social relevante. Consiste no pagamento ao fundo penitenciário de quantia fixada na sentença, nos termos do art. 49 e seguintes do Código Penal, cabendo ressaltar que a multa na verdade não é o pagamento propriamente dito, mas pura e simplesmente a obrigação de pagar ao Estado uma certa quantia fixada em uma sentença condenatória.

Tal valor será determinado pelo Juiz, não devendo ser inferior a um trigésimo nem superior a cinco vezes o maior salário mínimo vigente à época do fato.

Essa modalidade de pena, em momento algum, deve ser confundida com forma de impunidade, posto que ao magistrado é lícito proceder ao aumento do valor estabelecido caso haja a demonstração de estar economicamente sendo ineficaz o cumprimento determinado judicialmente (art. 60, §1º do Código Penal).

Assim, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada como dívida de valor e ser-lhe-á aplicada todas as regras de direito, nos termos do art. 51 do Código Penal.

Neste cerne, tal pena deve ser fixada levando em consideração o crime praticado pelo réu bem como deve o juiz atentar à presença das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Estatuto Repressivo.

Insta salientar que esta modalidade de pena pode ser aplicada cumulativamente com a pena privativa de liberdade, sendo considerada substitutiva ou modalidade de pena restritiva de direitos, ou alternativamente, sendo considerada pena isolada de sanção assumindo caráter de pena principal.

Nada obstante a disposição expressa do referido Diploma Legal, que estabelece em seu art. 60, §2º, que a pena de multa assumirá a condição de pena substitutiva quando a pena privativa de liberdade fixada pelo magistrado não seja superior a seis meses atentando-se aos requisitos estabelecidos pelo art. 44, incisos II e III da aludida norma política ¹⁹, este dispositivo penal encontra-se atualmente derogado pelo advento da Lei n.º 9.714/98 que prevê a substituição da pena privativa de liberdade em pena de multa quando àquela for aplicada por período inferior a um ano e o sentenciado preencher os demais requisitos do art. 44 e seus incisos II e III, tal como ocorre na conversão por restritivas de direitos.

Esta modalidade de pena consistente na multa substitutiva não constitui faculdade ou opção do réu, mas em obrigatoriedade do juiz que ao verificar seu cabimento deve imediatamente proceder à substituição da pena carcerária, posto que este foi o meio colocado à disposição do magistrado como forma suficiente à reprovação e à prevenção do crime.

Cabe destacar que diversamente do que ocorre quanto ao *sursis*, a conversão em pena de multa não se procederá quando o indivíduo tiver uma condenação anterior por multa.

Por fim, é válido tecer um breve relato acerca de uma discussão que envolve a pena de multa que é a dúvida quanto ao fato de dever ser ela aplicada proporcionalmente à quantidade da pena privativa de liberdade aplicada

¹⁹ Art. 44 do Código Penal: As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: [...] II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

originalmente. Neste contexto, tomando por base os ensinamentos de Julio Fabrini Mirabete (2004, p. 164):

[...] escolhida uma pena substitutiva como a adequada à culpabilidade do réu e à prevenção do crime, é ela a pena justa para o caso concreto e deve ser imposta, executada e eventualmente convertida segundo os critérios que lhe são próprios, pois, salvo quando a lei expressamente o determinar, não haverá equivalência quantitativa necessária entre a pena substitutiva e a pena substituída.

Contudo, com o advento da Lei n.º 9.268/96 que deu nova redação ao art. 51 do Código Penal e revogou seus §§1º e 2º assim como o art. 182 da Lei de Execução Penal, não mais é admissível a conversão da pena de multa em detenção, perdendo um pouco de interesse a questão relativa ao seu equilíbrio com relação à privação da liberdade, haja vista que ficou mais fácil a aplicação do favorecimento do benefício concedido ao réu.

4. Aplicabilidade das penas restritivas de direitos

É cediço que em decorrência do fracasso e das inúmeras críticas na aplicação da pena privativa de liberdade, foi sentida a necessidade de criar meios mais eficazes para assegurar os objetivos primordiais da pena. Desse modo, constatou-se que não deveria ser dado o mesmo tratamento tanto àqueles indivíduos que cometeram delitos de maior gravidade quanto àqueles cuja infração seja de grau inexpressivo.

Assim, foram adotadas no ordenamento jurídico brasileiro as Regras Mínimas de Tóquio, que estabelecem todas as medidas a serem tomadas quanto à adoção de penas não-privativas de liberdade, trazendo um novo conceito de penalidade à realidade então vigente.

Neste cerne, por penas alternativas entendem-se aquelas que substituem a pena de prisão, podendo ser considerada como penas substitutivas à pena privativa de liberdade (Lei n.º 9.714/98).

Trata-se de uma mera substituição, uma vez que, tais penas surgem em decorrência da aplicação pelo Juiz de uma penalidade com caráter privativo de liberdade, mas que entendendo ser cabível no caso concreto, o mesmo aplica uma outra pena, alternativa em caráter e conteúdo, preenchidos os requisitos legais para admissibilidade de tal conversão.

Visa-se através dessas penas evitar a pena de prisão e tornar eficaz a finalidade das penas, qual seja, a ressocialização e reeducação dos condenados. Nesse sentido leciona Damásio de Jesus (2000, p. 29):

Alternativas penais, também chamadas de substitutivos penais e medidas alternativas, são meios de que se vale o legislador visando impedir a que o autor de uma infração penal venha a ser aplicada medida ou pena privativa de liberdade. Exemplos: fiança, sursis, a suspensão condicional do processo, perdão judicial, penas alternativas etc. São também denominadas “medidas não privativas de liberdade.

Observando a orientação das Regras Mínimas a política criminal brasileira somente implantou as penas alternativas com a Reforma Penal de 1984, quando, então, editou a Lei n.º 7.209/84, que instituiu as chamadas penas restritivas de direitos anteriormente especificadas neste estudo.

Com ênfase, quanto as alterações ocorridas na legislação penal, tem destaque, indubitavelmente, a Lei n.º 9.714/98, que reformulou o conteúdo dos tópicos que tratam da aplicação de sanções previstas na parte geral do Código Penal.

De acordo com esta lei, houve uma ampliação no rol das penas tidas como restritivas de direitos, mantendo suas características de autonomicidade e substitutividade, peculiaridades estas encontradas em todas as modalidades de penas alternativas (o Código Penal, antes do advento dessa Lei, contava com seis penas alternativas substitutivas (multa, prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana, proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, proibição de exercício da profissão e suspensão da habilitação para dirigir veículo). Com o advento da Lei n.º 9.714/98, foram acolhidas quatro novas sanções restritivas: prestação pecuniária em favor da vítima, perda de bens e valores, proibição de freqüentar determinados lugares e prestação de outra natureza.

E, ainda, houve uma alteração substancial com relação às possibilidades de conversão das penas, visto que ao Juiz foi concedido proceder à substituição nos casos em que a pena não seja superior a quatro anos, abrangendo vários tipos legais que antes nem sequer se cogitava em alternatividade.

Esta tendência que prevê a aplicação de tais medidas não-privativas de liberdade surgiu como uma verdadeira resposta frente à deterioração do sistema penitenciário que atuou de maneira inadequada quanto a efetivação da pena de prisão em si.

Deste modo, cabe demonstrar quais os pressupostos ensejadores para a aplicação do benefício em prol do condenado:

- a) Condições de aplicação: para que seja efetivada a substituição da pena em restritiva de direitos, faz-se imprescindível que estejam presentes os pressupostos subjetivos e objetivos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.
- b) Quantidade de pena aplicada: a princípio, a adoção das penas restritivas de direitos, abrangia somente as penas privativas de liberdade que cominadas *in concreto* não ultrapassassem um ano. Com o advento da Lei n.º 9.714/98, fora conferida nova

redação aos artigos 43 a 47 e 55 do Código Penal, havendo, portanto, a criação de novas modalidades de penas restritivas de direitos, estendendo-se tal limite temporal a quatro anos (art. 44, inciso I, primeira parte do Código Penal). Primeiramente, como regra geral, a substituição somente se procede se a pena privativa de liberdade aplicada no crime doloso não exceda a quatro anos. Entretanto, no que tange aos crimes culposos a aplicação da pena substitutiva independe do período de prisão inicialmente fixado, que, por expressa previsão legal, deve ser considerado somente em se tratando de delitos perpetrados dolosamente.

- c) Inexistência de violência ou grave ameaça: a Lei n.º 9.714/98 acrescentou um requisito até então inexistente em se tratando da substituição da pena: o de não ter sido o crime cometido com violência ou grave ameaça. Desse modo, embora tendo sido criada tal lei com o propósito de beneficiar o réu, neste ponto a mesma se mostra prejudicial ao condenado.
- d) Não reincidência: de acordo com a nova redação do art. 44, inciso II, do Código Penal, somente a reincidência em crime doloso afasta a possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade. Entretanto há divergências acerca da aplicabilidade da pena substitutiva em se tratando de reincidência genérica, isto porque o legislador quando da edição da Lei n.º 9.714/98, manteve a regra do inciso II do art. 44 do Código Penal, segundo a qual as penas restritivas só podem substituir as penas privativas de liberdade quando não for o condenado *reincidente*. E, logo em seguida, no parágrafo terceiro, manifestamente incompatível dispôs que a substituição poderia ser efetivada, desde que, em face da condenação anterior, a medida fosse socialmente recomendável e a reincidência não tivesse se operado *em virtude da prática do mesmo crime*, ou seja, não se tratasse de reincidência específica. Assim, dentre as várias antinomias dadas pela nova redação está esta acerca da reincidência, sendo grande objeto

de discussão entre os estudiosos do Direito ²⁰. Também deve ser levado em consideração neste momento, a aplicabilidade da substituição àquele que praticou o crime após cinco anos contados da data do cumprimento ou extinção da pena de condenação anterior, sendo computado nesse prazo, o período de prova da suspensão condicional se não ocorreu a revogação desses benefícios (art. 64, I, do Código penal). Tais benefícios serão esclarecidos oportunamente.

- e) Requisitos subjetivos: faz-se necessário que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, indiquem a suficiência da substituição. Ao juiz, cabe, portanto, agir com discricionariedade e individualizar o delito e o delinqüente a fim de verificar se no caso concreto, a medida se mostra suficiente, tendo sempre em vista as finalidades da pena. Tais circunstâncias pessoais, que também devem ser observadas na fixação da pena privativa de liberdade, é que vão dar a medida de conveniência da substituição.

Segundo Mirabete (1997, p. 274):

Não têm direito à substituição, portanto, os condenados que, pelos elementos colhidos na instrução criminal, demonstrarem incompatibilidade com a convivência social harmônica, que tiverem antecedentes comprometedores, ainda que não tenham sido condenados anteriormente, que apresentem conduta marcada por fatos anti-sociais ou que não tenham profissão definida, emprego fixo ou residência determinada e, ainda, quando os próprios motivos e as circunstâncias de caráter pessoal indicarem que a substituição não servirá de prevenção penal.

Trata-se de pena com caráter condicional, ou seja, somente poderão ser aplicadas se os condenados cumprirem as obrigações que lhe forem impostas e, ainda, se for verificada a efetividade de sua execução.

²⁰ Outras contradições: a manutenção do art. 54 do Código Penal, que prevê que as penas restritivas de direitos são aplicáveis em substituição às privativas de liberdade fixadas em quantidade inferior a um ano, enquanto a nova redação do art. 44, I, estende tal limite temporal em quatro anos; a coexistência do art. 44, § 2º (que dispõe quanto a substituição da pena igual ou inferior a um ano pela de multa) com o art. 60 do mesmo *Codex*, que possibilita a substituição da pena não superior a seis meses pela de multa.

Cabe ressaltar que é perfeitamente possível a conversão da pena restritiva em direitos em pena privativa de liberdade. Tal situação se verificará quando houver descumprimento injustificado da restrição imposta, perdendo o sentenciado o benefício da conversão contrária. Neste caso, a conversão é obrigatória, mas no caso de sobrevier condenação à pena privativa de liberdade tal conversão é facultativa ²¹.

Insta salientar, que embora tenham o mesmo objetivo, qual seja, evitar a pena de prisão, as penas alternativas não se confundem com as medidas alternativas. Isso se dá em razão da própria natureza dos institutos que se depreendem dessa divisão.

Deste modo, para fins de melhor esclarecimento as penas alternativas se subdividem em *penas alternativas consensuais* (é a transação penal prevista na Lei n.º 9.099/95, permitindo a lei que o promotor de justiça proponha ao autor do fato a aplicação imediata de uma pena restritiva de direitos ou multa; e *não consensuais* (é a própria pena aplicada após o término da instrução processual que comina com sentença condenatória) e *medidas alternativas consensuais* (é o caso da composição civil do dano prevista na Lei n.º 9.099/95, que permite ao autor e à vítima estabelecerem um acordo quanto a reparação do dano) e *não consensuais* (são aplicadas após a sentença condenatória, podendo ser judiciais como no caso do *sursis*, do perdão judicial e do livramento condicional, como também podem ser de cunho administrativo como no caso do indulto e da anistia).

Surgindo como uma das formas de solucionar o problema do atual sistema penitenciário, as penas alternativas não se mostram plenamente eficazes, uma vez que o Estado carece de fiscalização eficiente em seu cumprimento. Contudo, embora a adoção regular de tais medidas configure em um retorno social e educacional muito mais proveitoso à sociedade, o Estado ainda tem preferido dar atenção a investimentos em casas de reclusão contribuindo ainda mais para a falência do sistema prisional.

²¹ A Lei de Execuções Penais prevê especificadamente causas de conversão obrigatória para a pena privativa de liberdade, e, isso se dará quando ocorrer uma das hipóteses previstas no art. 181 e seus parágrafos.

4.1 Vantagens da aplicação das penas alternativas

Inúmeras são as vantagens que tais alternativas penais apresentam à sociedade, uma vez que, têm caráter extremamente retributivo, isto é, ao mesmo tempo em que têm por finalidade impor uma reprimenda ao autor do delito, se mostram como uma forma de satisfação da vítima em ver assegurados seus direitos.

Assim, tais vantagens podem ser elencadas da seguinte forma:

- a) **Desafogamento do Judiciário:** com a finalidade de se obter respostas rápidas e eficientes, faz-se imprescindível a redução dos casos a serem submetidos à apreciação judicial. Deste modo, as medidas alternativas encontradas na Lei n.º 9.099/95, contribuem de maneira significativa para evitar todo o acúmulo de processos em torno do Poder Judiciário, permitindo aos aplicadores da lei uma apreciação mais detalhada, precisa e cuidadosa dos crimes de maior gravidade.
- b) **Redução dos gastos do sistema repressivo** ²²: para a efetiva viabilidade das penas alternativas, é desnecessário qualquer investimento de porte para sua aplicação. Assim, reduzir-se-ão os custos com construções de grandes obras e com a manutenção destes estabelecimentos, bem como os gastos em decorrência do pagamento de funcionários. Nesse sentido, Taílson Pires da Costa (2000, p. 67):

Com os novos caminhos proporcionados pela Lei n.º 9.099/95 na aplicação e execução da pena alternativa, a economia estatal se torna visível ainda fora do sistema carcerário.

O Poder Judiciário deixa de ampliar o quadro de funcionários em todos os escalões, uma vez que a demanda judicial deixa de crescer e, em um determinado momento, passará a diminuir.

Quanto à economia gerada diretamente no sistema carcerário, esta ocorre porque a quantidade de condenados recolhidos às penitenciárias diminui, refletindo incisivamente no valor gasto mensalmente pelo Estado com cada preso e, conseqüentemente, se o número de presos é menor, a necessidade de gastar com a construção de novos presídios senão desaparece, pelo menos diminui.

²² Neste sentido também leciona Damásio E. de Jesus (2000, p. 30).

- c) Ausência de contato do beneficiário com os malefícios da prisão: dentro da realidade carcerária vigoram regras próprias impostas pelos próprios detentos, desta forma, o condenado logo que adentra neste ambiente acaba se influenciando pelas experiências negativas dos demais. Outra preocupação que exsurge em decorrência desse convívio é a prática homossexual, bem como o alto índice de contaminação de doenças sexualmente transmissíveis, além claro daquelas adquiridas pelo uso de entorpecentes injetáveis. Cabe demonstrar também, que as penas alternativas, contribuem e muito para evitar um dos problemas do sistema prisional, qual seja, a superlotação dos presídios, uma vez que, o atual sistema penitenciário carece de estabelecimentos adequados para comportar toda a demanda de delinqüentes.
- d) Evitam o encarceramento do condenado nas infrações penais de menor potencial ofensivo.
- e) Reduzem a reincidência.
- f) O condenado não precisa deixar sua família ou comunidade, abandonar suas responsabilidades ou perder seu emprego.

4.2 Desvantagens da aplicação das penas alternativas

De acordo com parte da doutrina podem ser elencadas as seguintes desvantagens:

- a) Não reduzem o número de encarcerados.
- b) Não apresentam conteúdo intimidativo, tratam-se de meios de controle pessoal ou medidas disciplinadoras do condenado.
- c) Em face do aumento do rol das penas alternativas nos Códigos Penais, o legislador é induzido a criar novas normas incriminadoras, aumentando o número de pessoas sob controle penal e ampliando a rede punitiva.
- d) Diminuição da força intimidante da pena.

- e) Ausência de fiscalização adequada: é necessário para garantir a plena eficácia na aplicação das medidas alternativas à prisão, que a comunidade, as entidades beneficiadas e os órgãos públicos unam suas forças à do Estado, a fim de acompanhar o cumprimento das penas não privativas de liberdade imposta ao delinqüente, evitando-se, assim, a desvalorização da Justiça e a impunidade, o que pode levar à reincidência.
- f) Falta de consciência social sobre o verdadeiro sentido das penas alternativas.
- g) A dificuldade de adequação das leis à realidade social.

5. Outras normas que visam evitar o encarceramento

5.1 Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84)

Ante a necessidade de se criar uma lei específica que regulamentasse a execução penal das sentenças proferidas, e, não constituir o Código Penal e o Código de Processo Penal lugares adequados para um regulamento da execução das penas e medidas privativas de liberdade foi editada a Lei n.º 7.210/84.

Tal lei dispõe, ainda, sobre normas gerais do regime penitenciário e prevê as sanções a serem aplicadas em razão do descumprimento dos princípios e das regras contidas nas legislações penais vigentes.

É de extrema importância salientar, que o dinamismo penal (cominação, aplicação e execução das penas) é composto de um sistema global do Direito Penal, de sorte que este, por sua vez, é integrado por diversos subsistemas, que se completam e não se confundem.

Entretanto, não há como negar as diversas contradições existentes acerca de estabelecer a culpabilidade como fundamento da aplicação da pena e a periculosidade como fator determinante do regime de execução. Todavia, são totalmente divergentes o processo de valoração da culpabilidade que é o fundamento jurídico para se submeter o condenado ao cumprimento de uma sanção, necessário à fixação da pena, e a execução desta, destinada a promover a reinserção do condenado a uma convivência social sem violação do direito.

Segundo René Ariel Dotti apud Mirabete (2004, p. 27):

[...] essa disfuncionalidade dos sistemas parciais, que levou à crise da execução penal, demonstrou a necessidade de uma política geral de governo e a intervenção efetiva da comunidade para reduzir os índices da criminalidade violenta.

Com base nas idéias da Nova Defesa Social e tendo como base as medidas de assistência ao condenado é que se elaborou a Lei de Execução Penal, então vigente.

Nesta seara, a execução penal propriamente dita é uma atividade extremamente complexa, haja vista ter caráter híbrido, ou seja, sua matéria é

regulada tanto pelo âmbito administrativo, já que uma parte da atividade da execução se refere especificamente a providências administrativas e que fica a cargo de autoridades penitenciárias, como pelo âmbito penal e processual penal.

Nesse sentido Renan Severo Teixeira da Cunha explicita (1985, p. 186):

É ela realmente uma atividade complexa que – examinadas as coisas sob o ponto de vista de natureza da norma jurídica que dela cuida – envolve o direito penal substancial, o direito processual penal e o direito penitenciário que, para muitos, não passa de ramo do Direito Administrativo.

De acordo com o próprio texto legal da referida lei (art. 1º), a mesma apresenta duas ordens de finalidade: a primeira delas é a correta efetivação dos mandamentos existentes na sentença ou outra decisão criminal, destinados a reprimir e prevenir os delitos, e, a segunda é a de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, instrumentalizada pela oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos a medidas de segurança possam participar construtivamente da comunhão social. Resta diante destas duas finalidades, a absoluta adoção dos princípios da Nova Defesa Social, bem como a observância das Regras Mínimas de Tóquio.

Neste contexto, merece destaque a relação existente entre a lei supra citada e as penas alternativas. Cumpre demonstrar que há alguns confrontos entre as leis que tratam destas matérias, de modo que, quando da edição da Lei n.º 7.210/84, ainda não haviam sido instituídos os novos regramentos pela Lei das Penas Alternativas (Lei n.º 9.714/98).

Assim sendo, novas formas de punição ao agente foram inseridas no ordenamento jurídico, assim como houve modificações expressivas em algumas medidas que já eram regulamentadas, bem como também foram estabelecidas maneiras diferenciadas de encarceramento.

Verifica-se desta forma uma flagrante desconformidade entre o modo de execução da pena com relação à imposição de prestação pecuniária e perda de bens e valores ao agente, sendo, portanto, no que tange a esse assunto, a Lei de Execução Penal omissa em relação à regulamentação desta modalidade de medida substitutiva.

Diante deste confronto, não resta dúvidas dever o magistrado proceder à forma de cumprimento de pena estabelecido no próprio Código de Penal,

analisando todas as circunstâncias que permitam a aplicação de tal medida e estabelecendo o meio mais adequado para que se efetive tal condenação.

Entretanto, na superveniência de um conflito entre normas revogadas do Código Penal (como, por exemplo, o art. 46, parágrafo único) e dispositivos ainda vigentes da Lei de Execução Penal (como o art. 149, §1º), deve sem objeções prevalecer os comandos de cumprimento de pena estabelecidos por ocasião da sentença condenatória, que, evidentemente, atendem as disposições do Código Penal inerentes ao assunto. Vigora, neste caso, evidente adoção da norma mais benéfica e mais recente que trata de assunto idêntico.

Acerca deste assunto discorre Jorge Henrique Schaefer Martins (2001, p. 153):

Ora, das regras de hermenêutica jurídica se obtém a indicação de que em se tratando de disposição nova sobre o mesmo tema, não há mais se cogitar da aplicação da determinação anterior, em face da clara e inofismável ocorrência da derrogação. A norma antiga deixa de gerar efeitos, tanto no que se refere aos fatos havidos após a entrada em vigor das novas previsões, como para os casos havidos e/ou julgados antes da Lei 9.714/98. Não poderá qualquer condenado após a vigência da Lei 9.714/98 ser obrigado a cumprir prestação de serviços pela contagem de período de 8 (oito) horas semanais, como aqueles que restaram condenados anteriormente à sua vigência não poderão estar obrigados a fazê-lo, aplicando-se em favor deles a nova previsão mais benéfica.

Nesta baila, é importante demonstrar que a Lei n.º 7.210/84 traz ainda disposições específicas quanto a classificação dos condenados que se submeterão ao encarceramento, entretanto, desde já é imprescindível afirmar que tal classificação não é feita de modo a assegurar a efetividade da reinserção e reeducação dos presos. Esta decorre pura e simplesmente de uma separação com relação ao sexo, antecedentes criminais, status legal e outras características.

Contudo, é evidente não serem plenamente atendidas as normas dispostas na lei em questão, uma vez que a mesma procurou determinar a classificação dos condenados segundo seus antecedentes e sua personalidade ²³.

Entretanto, não basta somente proceder à classificação dos indivíduos condenados, faz-se necessário também estabelecer normas que proporcionem o

²³ Diante da problemática envolvendo a efetividade da Lei de Execução Penal, cumpre destacar que em face da realidade carcerária brasileira, não são feitos esforços suficientes de modo a determinar uma classificação em que haja a separação de presos tidos como altamente perigosos com relação a convivência dos mesmos com aqueles mais vulneráveis, sendo todos misturados ao acaso, o que acarreta a inobservância de qualquer preceito que reflita os fins almejados pela pena.

alcance dos fins almejados pelas penas. Neste contexto social, cumpre estabelecer que a execução das penas deve estar direcionada a atender o caráter humanitário, além claro de punir os infratores.

Nesta seara, a própria Lei de Execução Penal trouxe em seu contexto que o objetivo da ressocialização compreende a devida assistência, e, a ajuda na obtenção dos meios capazes de permitir o retorno do apenado e do internado ao meio social em condições favoráveis para a sua efetiva integração.

Diante das premissas até então explanadas, a Lei n.º 7210/84, procurou atender a todas essas necessidades regulamentando o dever do Estado em prestar assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, conforme o art. 11, ao preso, ao internado e ao egresso, com o escopo de prevenir a ocorrência de novos delitos orientando-os para retornar ao convívio social.

Tais regramentos atinentes às modalidades de assistência, pelas quais os delinqüentes têm direito encontram-se expressas nos artigos 10 ao 27 da lei suso mencionada.

Ademais, nem só de direitos obtém-se a reeducação desses indivíduos, tal lei também prevê a possibilidade de ser aplicada ao condenado a obrigatoriedade de prestar atividades laborativas em atenção ao dever social e a condição de dignidade humana.

O trabalho penitenciário, na concepção penitenciária atual, surgiu como uma finalidade reabilitadora em função do sentido pedagógico do trabalho, não sendo aplicado como uma espécie de agravamento da pena, tampouco como meio para afligir o condenado ao cumprimento da sua reprimenda, não sendo um castigo, mas simplesmente uma alternativa eficaz para preparar o recluso posteriormente a ser reintroduzido na sociedade.

Acerca desse tema o doutrinador Mirabete (2004, p.90) explanou:

O trabalho prisional não constitui, portanto, *per se*, uma agravação da pena, nem deve ser doloroso e mortificante, mas um mecanismo de complemento do processo de reinserção social para prover a readaptação do preso, prepará-lo para uma profissão, inculcar-lhe hábitos de trabalho e evitar a ociosidade. Exalta-se seu papel de fator ressocializador, afirmando-se serem notórios os benefícios que da atividade laborativa decorrem para a conservação da personalidade do delinqüente e para a promoção do 'autodomínio físico e moral de que necessita e que lhe será imprescindível para seu futuro na vida em liberdade.

Essa atividade laboral constitui para o preso um verdadeiro direito social, pelo qual, estando ele privado de sua liberdade, não podendo exercer seu ofício fora dos estabelecimentos prisionais, cabe ao Estado promover a ocupação desses delinqüentes, tendo o dever de dar trabalho a esses indivíduos atribuindo-lhes uma remuneração equivalente.

Nos termos do art. 50 da Lei de Execução Penal, o descumprimento do dever de trabalhar acarreta aplicação de sanções administrativas ao condenado, haja vista que a obrigatoriedade do trabalho está vinculada ao dever de prestação social do presidiário.

Ao longo de toda a norma infraconstitucional foram distribuídos os deveres, os direitos e a disciplina do condenado durante a execução da pena a ele imposta.

A Lei n.º 7.210/84 determinou, ainda, os órgãos competentes pelo cumprimento da execução penal, trazendo, também as condições e a estrutura dos estabelecimentos penais, bem como os regimes diferenciados a serem cumpridas as penas pelos condenados.

A referida norma disciplinou toda a matéria acerca da aplicação das penas, determinando benefícios a serem concedidos ao preso caso preencham determinados requisitos, como, por exemplo, a autorização de saídas; a remição; o livramento condicional; as penas restritivas de direitos; a suspensão condicional da pena e a pena de multa, entre outros. E mais, descreveu as hipóteses de admissibilidade de conversão das penas durante a persecução penal.

Dentre todos estes institutos que visam beneficiar o autor da conduta infracional merece destaque a suspensão condicional da pena e o livramento condicional.

5.1.1 *Suspensão Condicional da Pena*

Estabelecidos os objetivos das penas, o encarceramento surge como medida extrema aplicável somente aos casos de gravame elevado. Assim sendo, a suspensão condicional da pena é uma das formas pelas quais o condenado a

uma pena privativa de liberdade, desde que preenchidos alguns requisitos estabelecidos pela lei, não será submetido a sua execução.

É o chamado *sursis*, que corresponde a nada mais do que um crédito de confiança concedido ao condenado, procurando estimulá-lo a não voltar a delinqüir, evitando-se assim que tal infrator permaneça no convívio com criminosos de alta periculosidade.

Nos dizeres do renomado doutrinador Julio Fabbrini Mirabete (2004, p. 623):

Tida já como forma primitiva de graça, instituto de extinção da relação jurídica do crime ou da pena, sanção moral, forma qualificada de absolvição ou modelo de sanção unitária socialmente integrada e individualizada, é reconhecida no Código Penal e na Lei de Execução Penal como uma alternativa penal, ou seja, uma reação da natureza peculiar, com características tipicamente sancionatórias, consistente na restrição da liberdade e na satisfação de encargos e condições. Não é, portanto mais prevista como incidente da execução, mas como instituto de direito substantivo.

Neste contexto, tal benefício tem natureza jurídica controvertida tanto na doutrina como na jurisprudência, havendo entendimentos que se fundamentam em se tratar de mera faculdade dos magistrados a sua concessão, contudo, há posicionamentos no sentido de que se trata de um verdadeiro direito subjetivo do réu, posto que, preenchidos os requisitos legais autorizadores da outorga deve esta sem questionamentos ser deferida ²⁴.

Não bastassem essas duas correntes uma terceira destaca ser o *sursis* um mero incidente de execução, e ainda uma outra defende ter este instituto natureza jurídica de verdadeira pena, encontrada no mesmo patamar das penas restritivas de direito ²⁵.

Como forma de assegurar a efetividade de tal meio, a suspensão condicional da pena foi classificada da seguinte forma:

- a) *Sursis* simples: trata-se de verdadeira execução de sanção penal, já que o sentenciado deverá cumprir determinadas condições. Consiste na suspensão, pelo prazo de dois a quatro anos, da pena privativa de liberdade fixada em período igual ou superior a

²⁴ Adeptos deste entendimento: Celso Delmanto apud Julio Fabbrini Mirabete (1990, p. 321); Damásio E. de Jesus (1998, p. 604).

²⁵ Seguindo esta linha de raciocínio: René Ariel Dotti (1999, p. 126).

dois anos, desde que o condenado não seja reincidente em crime doloso, inexistir a possibilidade de conversão em pena restritiva de direitos e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade daquele autorizem a concessão do benefício.

- b) *Sursis* especial: caracteriza-se pelo caráter mais benigno em relação à modalidade anterior, haja vista exigir que o sentenciado apenas tenha reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e que as circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal, sejam-lhe inteiramente favoráveis.
- c) *Sursis* etário: concedido nos casos em que a pena privativa de liberdade não ultrapasse o limite temporal de quatro anos e conte o autor do delito com mais de setenta anos de idade. Nos termos do art. 78, §2º do Código Penal, o período de prova pode variar de quatro a seis anos.
- d) *Sursis* profilático: aplicável nos casos em que o réu tenha problemas de saúde que justifiquem a suspensão. Tem-se entendido que tal doença deva ser grave e impedir realmente o cumprimento da sanção, o que será provado mediante perícia médica.

É importante frisar, que em qualquer espécie de suspensão condicional da pena, cuja concessão dependa de lapso temporal, a fixação do prazo maior que o mínimo para o período de prova somente é admissível mediante justificação do juiz para estabelecê-lo de tal forma.

Em se tratando de forma alternativa de cumprimento de sanção, é necessário que para sua concessão sejam preenchidos determinados requisitos que podem ser de duas ordens: objetivos e subjetivos.

Como pressupostos objetivos, encontram-se elencadas as situações descritas no art. 77, §2º, inciso III do Código Penal, podendo ser detalhadas da seguinte forma:

- a) O benefício somente será concedido se o sentenciado tiver sido condenado à pena privativa de liberdade à reclusão ou detenção, sendo inadmissível nos casos de condenação por pena restritiva de direitos ou multa. Em se tratando de prisão simples, também será inaplicável, por tempo não inferior a um ano nem superior a

três, conforme o disposto no art. 11 da Lei de Contravenções Penais.

- b) O limite máximo da prisão não deverá ultrapassar o limite máximo de dois anos, salvo a hipótese de *sursis* etário.
- c) Somente será concedido o benefício se houver a impossibilidade de substituição por pena restritiva de direitos ou, ainda em sendo tal substituição cabível, esta prevalecerá em relação ao *sursis*.

E, como pressupostos subjetivos, são enumeradas as situações previstas no art. 77, incisos I e II do Código Penal, quais sejam:

- a) Não ser o condenado reincidente em crime doloso, entretanto a condenação anterior à pena de multa não obsta a concessão do benefício, bem como também não há qualquer vedação em se tratando de condenação anterior a crime culposos.
- b) As circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal, sejam favoráveis ao réu.

Como já mencionado anteriormente, para que o sentenciado seja agraciado por tal instituto, mister se faz o cumprimento de determinadas condições. A lei penal brasileira, desse modo, estabelece um sistema em que, além das condições legais, expressamente mencionadas ou decorrentes implicitamente do texto da lei, podem ser impostas outras a critério do juiz, são as chamadas condições judiciais.

Por condições judiciais, entendem-se aquelas determinadas pelo magistrado para que conceda o benefício. Entretanto, o juiz não age em total discricionariedade, devendo pautar-se pelos objetivos do benefício em questão, não podendo em hipótese alguma ser imposta uma condição ao réu que viole qualquer direito indisponível seu, bem como é vedada a exposição do mesmo a qualquer situação humilhante, vexatória ou ociosa para que seja beneficiado.

Já condições legais podem ser obrigatórias ou facultativas, dependendo da espécie do benefício (*sursis* simples ou *sursis* especial).

Nesta baila, serão classificadas como obrigatórias aquelas condições que decorrem da previsão legal das hipóteses de revogação da suspensão. Assim, a *contrario sensu* serão elencadas como condições legais, as situações trazidas pelo art. 81 do Código Penal o que vale dizer:

- a) Não ser o beneficiado condenado durante o período de prova por crime doloso à sentença irrecorrível.
- b) Não frustrar, quando solvente, a execução de pena de multa.
- c) Proceder à reparação do dano, salvo motivo justificado.
- d) Não ser condenado durante o período de prova por crime culposo ou por contravenção à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

Em se tratando de *sursis* simples, há uma outra condição obrigatória que constitui verdadeira sanção penal, posto que o condenado fica sujeito ao cumprimento de uma pena restritiva de direitos, esta situação é a descrita no art. 78, §1º do Código Penal, a qual impõe ao sentenciado, no primeiro ano do prazo, a prestar serviços à comunidade, ou sofrer limitação de fim de semana.

No caso do *sursis* especial tal condição pode ser substituída pelos seguintes, a serem cumpridos cumulativamente: proibição de freqüentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz e comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Por fim, é imperioso ressaltar que, a suspensão condicional da pena (*sursis*) não se confunde com a suspensão condicional do processo, instituto criado pelo art. 89 da Lei 9.099/95 que oportunamente será esclarecido.

5.1.2 *Livramento Condicional*

Constitui uma pena indeterminada, ou seja, é considerado como hipótese prática de sentença indeterminada, de modo que, a sua aplicação depende do cumprimento de parte da pena pelo condenado e, pelo seu trabalho.

Tal instituto se caracteriza por ser uma medida alternativa à permanência no cárcere, assim, não evita a prisão, mas antecipa a liberdade do condenado, obedecendo rigorosamente ao princípio da individualização das penas que tanto na fase de fixação como da execução da pena deve ser plenamente observado.

Neste substitutivo penal, insere-se o criminoso novamente ao convívio social, antes do cumprimento integral de sua pena privativa de liberdade, desde

que apresente índice suficiente de regeneração, e aceite a submissão a determinadas condições.

Seguindo as palavras de Julio Fabbrini Mirabete (1997, p.329):

O livramento condicional é, portanto, 'a concessão, pelo poder jurisdicional, da liberdade antecipada ao condenado, mediante a existência de pressupostos, e condicionada a determinadas exigências durante o restante da pena que deveria cumprir preso'. O benefício pressupõe, essencialmente, o reajustamento social do criminoso, porque seu comportamento carcerário e suas condições revelam que os fins reeducativos da pena foram atingidos.

Entretanto, com relação ao conceito há autores que seguem uma outra linha de raciocínio, assim como Aníbal Bruno (1967, p. 180) que descreve tal instituto da seguinte forma:

Na realidade não se trata de libertação antecipada, mas de um estágio do sistema penitenciário, que importa na progressiva adaptação do condenado a uma existência dentro do Direito e termina por esse momento de passagem entre a prisão e a liberdade. A sua justificação encontra-se na necessidade de estabelecer, depois de longo encarceramento, entre a vida garantida e disciplinada, mas ao mesmo tempo anulativa de autodeterminação e da atividade pessoal, na prisão, e a vida em liberdade, com suas exigências e competições, um período de aprendizado e de ajustamento às novas responsabilidades.

Tal como o *sursis*, o livramento condicional possui natureza jurídica controvertida, haja vista a disposição dos artigos 83 do Código Penal e 132 da lei de Execução Penal, ora entendida como direito subjetivo do réu ²⁶, desde que preenchidos determinados requisitos, ora entendida de maneira contrária ²⁷. E, ainda, há aqueles que discordam dessas duas vertentes considerando como sendo o livramento condicional uma medida penal de natureza restritiva de liberdade de cunho repressivo e preventivo, não sendo um benefício e não constituindo nem sequer um direito subjetivo de liberdade do condenado, nem incidente de execução ²⁸, de sorte que, não se trata de atuação discricionária do juiz, ou seja, uma vez satisfeitos os requisitos autorizadores à concessão é esta obrigatória e não mera faculdade.

²⁶ Adepto dessa tese: Celso Delmanto (1998, p. 143) e Júlio Fabbrini Mirabete (2004, p. 551).

²⁷ Nesse sentido: Aníbal Bruno (1967, p. 181)

²⁸ Este posicionamento é defendido por Damásio E. de Jesus (1998, p. 615)

Assim, para que tal medida alternativa de cumprimento de pena seja aplicada mister se faz a presença de determinados pressupostos.

Pelos requisitos objetivos podem ser elencadas as seguintes condições:

- a) Que o réu tenha sido condenado a pena privativa de liberdade de reclusão, detenção e prisão simples.
- b) Que a pena *in concreto* seja igual ou superior a dois anos. Deve-se atentar ao fato de que é perfeitamente possível, em sendo a sanção condenatória aplicada pelo período de dois anos, a concessão do *sursis*, de modo que uma vez sendo deferida a suspensão da pena pode o condenado, em momento oportuno, pleitear a concessão do livramento. Este período autorizador da concessão de tal benefício pode ser alcançado, ainda, pela somatória de penas de infrações diversas, haja vista a previsão legal do art. 84 do Código Penal, que considera não só uma pena isoladamente, mas todas, ainda que tidas em processos diferentes.
- c) Cumprimento de mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes. Para se determinar esta contagem também deverá ser observado o período remido, bem como o de eventual detração.
- d) Cumprimento de mais da metade da pena se o condenado for reincidente em crime doloso, por força do art. 83, inciso II do Código Penal. Em se tratando de reincidente e detentor de maus antecedentes surgem dúvidas doutrinárias acerca de qual pressuposto objetivo deve-se observar, se este ou o anterior. Nesse caso, qualquer conflito é dirimido em razão do benefício ao réu, de forma que será aplicado o requisito anterior, qual seja o condenado precisará cumprir somente um terço da pena²⁹.
- e) Em caso de condenação por crime hediondo, terrorismo, prática de tortura, tráfico de entorpecentes e drogas afins, o benefício será concedido ao condenado somente mediante o cumprimento

²⁹ Lecionando nesse sentido: Flávio Augusto Monteiro de Barros (2003) e Damásio E. de Jesus (1998).

de mais de dois terços da pena, caso não seja reincidente em crime desta natureza³⁰.

- f) Deve o sentenciado ter reparado o dano causado pela infração, salvo impossibilidade de fazê-lo (art. 83, IV do Código Penal).

Nesse diapasão serão considerados pressupostos subjetivos:

- a) O comportamento satisfatório durante a execução da pena, conforme disposição expressa do art. 83, inciso III, primeira parte, do Código Penal. Neste cerne, por comportamento satisfatório entende-se um índice de adaptação social que deve ser verificado de atos positivos do sentenciado, não bastando a simples abstenção de faltas disciplinares; decorre da convivência do condenado com os outros presos, da aplicação nos estudos, bem como da sua relação familiar.
- b) O condenado deve comprovar o bom desempenho no trabalho que lhe for atribuído, de acordo com o disposto no art. 83, inciso III, segunda parte do Código Penal. Por este pressuposto fica ainda mais vislumbrada a idéia do legislador em tratar a atividade laboral como um fator de ressocialização do delinqüente.
- c) No caso de ter sido fixado o prazo de um terço de cumprimento da pena quando não reincidente em crime doloso para que seja concedido o benefício, o legislador fez mais uma exigência, ou seja, determinou que o sentenciado tenha “bons antecedentes”. Sendo assim, só poderá obter o livramento aquele que não é criminoso habitual, que não sofreu outras condenações, que não esteve envolvido em outras ações penais, etc.
- d) Deve o sentenciado comprovar a aptidão para prover à própria subsistência. Nesse caso, não é necessária uma proposta efetiva

³⁰ Quanto à reincidência específica para fins de concessão do livramento condicional surgiram dois posicionamentos doutrinários. Para uns, apenas os delitos elencados na Lei n.º 8.072/90 são compreendidos por esta exceção, ou seja, somente não poderá ser beneficiado aquele indivíduo que reincidir nos crimes tipificados nesta lei, estando vedado o agraciamento, por exemplo, nos casos de condenação por estupro e tráfico de entorpecentes. Defendendo esta corrente estão Damásio (2004, p. 553/554) e Antonio Lopes Monteiro (1981, p. 107/108). Para outros, entretanto, deve haver uma mitigação quanto ao alcance da expressão, de sorte que deveria abarcar tão somente os crimes idênticos ou com alguma semelhança entre si, como o estupro e o atentado violento ao pudor. Diante de tais divergências, entende-se que deve ser considerada a opinião daqueles que consideram a expressão em sentido amplo, dada a gravidade dos delitos tipificados na Lei dos Crimes Hediondos.

de emprego, sendo considerado apto aquele que possua capacidade física e mental para trabalhar.

- e) Deve haver a constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir, nos termos do art. 83, parágrafo único do Código Penal. A presunção necessária neste caso é a de que cessou a periculosidade e não que ela tenha diminuído.

Preenchidos tais pressupostos e em sendo aplicável deve o sentenciado fazer jus a este benefício já que o mesmo corresponde a uma ampliação ao *status libertatis* do indivíduo. Insta salientar que o legislador, através do livramento condicional prevê uma possibilidade de mesmo nos casos de criminalidade grave, com penas privativas de liberdade elevadas, há um substitutivo penal que de certa forma, contribui para que se efetive a reinserção social do condenado, já que oferece-lhe a esperança de mediante o cumprimento de certas condições retornar mais rapidamente ao convívio as sociedade.

5.2 Juizados Especiais Criminais Estaduais (Lei n.º 9.099/95)

Em virtude da não adequação do sistema criminal à realidade brasileira, o Poder Judiciário se viu extremamente sobrecarregado de causas, o que aumentou significativamente a insatisfação da sociedade com relação à Justiça.

Deste modo, observa-se que ao mesmo tempo em que são criadas leis, aumentando suas penas, fica evidente que não compete ao Estado operar a persecução penal de toda e qualquer infração social, haja vista que em face da estrutura do ordenamento jurídico atual deveria ser dada ao Estado a possibilidade do abrandamento do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, bem como determinar novas medidas alternativas à prisão, tendo sempre por escopo assegurar a proteção de toda a sociedade.

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 98, previu a criação de Juizados Especiais Criminais, o que somente se efetivou com a edição da Lei n.º 9.099 de 26 de setembro de 1995. Esta lei, por sua vez, ficou

encarregada de promover o julgamento e a execução das infrações de menor potencial ofensivo.

Segundo o dispositivo infraconstitucional, em seu art. 61, há a definição do que sejam essas infrações. Neste molde:

Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

Entretanto, em relação às contravenções penais há diversas críticas, quanto a aplicabilidade ou não de tal lei também a essas infrações que não constituem propriamente crimes, mas que também têm relevância frente a sociedade de um modo geral. Nesta esteira, leciona Spencer de Almeida Ferreira (2002, p. 140):

[...] seria desarrazoado subtraírem-se do Juizado Especial Criminal, em razão da forma do procedimento, os crimes anões, sendo provável excluírem-se crimes mais ofensivos. Dentro do contexto, fazendo-se uma interpretação teleológica aliada a uma análise gramatical menos restritiva, chega-se à conclusão de que a expressão final se refere apenas aos crimes, restando revogado qualquer tipo de procedimento especial previsto para as contravenções penais. A ser assim, todas as contravenções penais, inclusive aquelas com pena superior a um ano e as que ostentavam procedimento especial, podem ser consideradas de menor potencial ofensivo.

Ainda, cabe destacar, que serão consideradas abrangidas pela Lei n.º 9.099/95, aquelas infrações em que na pena máxima cominada em abstrato já foram computadas as causas de aumento ou diminuição, previstas na parte geral do Código Penal. Devendo, contudo, serem desconsideradas as circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas.

É imperioso ressaltar, que a Lei n.º 9.099/95, já, neste momento, adotando uma política criminal descrente na eficácia da pena privativa de liberdade, inseriu no universo jurídico penal instrumentos de despenalização, diversificação e descarcerização.

Pela despenalização ou descriminalização, os Juizados Especiais Criminais visam determinar a expulsão ou diminuição da pena de um delito, sem, contudo retirar-lhe o caráter ilícito, aplicando-se a esta conduta medidas alternativas à pena de prisão.

Pela idéia de diversificação, fica evidente o poder-dever do Ministério Público de propor a suspensão do processo, configurada esta como uma das maiores inovações de caráter penal trazida pela referida lei.

E, por descarcerização entendem-se os meios pelos quais se pretende evitar a prisão cautelar, não se impondo a prisão em flagrante e nem se exigindo fiança, desde que o acusado assuma o compromisso de comparecer em juízo.

Posto isso, vê-se que a Lei n.º 9.099/95, surgiu como um modelo mais eficaz para viabilizar o acesso ao Poder Judiciário, bem como reverter o descrédito na Justiça ocasionado pela reconhecida morosidade no andamento dos processos.

A supra mencionada lei, criou, ainda, algumas medidas destinadas a evitar o cárcere, quais sejam: a composição civil, a transação e a suspensão condicional do processo.

5.2.1 *Composição civil*

Através dessa, os conflitos de interesses podem ser solucionados, evitando um possível litígio, que é sempre moroso e desgastante. Por esta razão, a conciliação é a síntese dos princípios orientadores dos Juizados Especiais, uma vez que é o objetivo maior a ser alcançado e traz proveito a todos, nos termos do art. 72 da Lei n.º 9.099/95.

Esta modalidade de solução de conflitos é cabível nos casos de ação penal privada ou pública condicionada, podendo ser realizada tanto pelo Juiz como por conciliadores recrutados, na forma da lei local, preferencialmente entre bacharéis em direito, sendo excluídos os que exercem função na administração da justiça criminal. A favor desta medida, Fernando Da Costa Tourinho Filho (2000, p. 83) dispõe:

Se a Justiça emana do povo, nada mais salutar que entregar-lhe essa parcela de poder. E, às vezes, as pessoas do povo, desconhecedoras do texto legal, têm mais habilidade para encontrar uma solução ou saída para determinadas situações. O juiz, sempre preso à tessitura da lei, já não teria tanta liberdade. Ou, para usar o jargão popular: faltar-lhe-ia 'jogo de cintura'...Assim teremos um sistema político bem participativo, permitindo-se aos cidadãos integrar-se direta e pessoalmente em um

dos três Poderes em que triparte a soberania nacional. A participação popular na administração da Justiça é por demais benéfica, pois o estranho às lides forenses tem muito mais liberdade de agir, de sugerir composição, o que muitas vezes faltaria àquele acostumado a seguir os ditames da lei.

Assim, a composição dos danos causados pela infração penal ocorre na audiência preliminar, ocasião em que as partes envolvidas terão a oportunidade de compor os danos civis resultantes da conduta delituosa de um deles.

Trata-se de proposta obrigatória, já que diz respeito à causa de extinção de punibilidade do agente.

Nos termos do art. 74 da Lei n.º 9.099/95, aceita a proposta de composição pelas partes, o Juiz procede à homologação da mesma, o que implica em renúncia ao direito de queixa ou representação e constitui-se em título executivo judicial podendo sofrer os trâmites processuais executórios na esfera civil.

Não obtida a composição será dada a oportunidade ao ofendido de oferecer representação verbal, na própria audiência preliminar, nos termos do art. 75 da Lei n.º 9.099/95. Caso o mesmo quede-se inerte, não perderá o direito de exercitá-lo, devendo, fazê-lo, contudo, a qualquer momento respeitando sempre o prazo decadencial.

5.2.2 *Transação*

Restando infrutífera a tentativa de composição civil, compete ao representante do Ministério Público oferecer proposta de transação penal nos casos de representação ou ação penal pública incondicionada (art. 76). Entretanto, embora seja omissa a Lei n.º 9.099/95, poderá a vítima apresentar a proposta, pois caso contrário, haveria violação ao princípio da isonomia ³¹.

Tal possibilidade de transação penal deve ser analisada com base do disposto no art. 76 da referida lei, e uma vez sendo notória sua eficácia ao caso

³¹ Há quem defenda que não bastando a inexistência de previsão expressa na lei, possibilitando o oferecimento de transação penal pelo ofendido, o instituto da transação penal é incompatível com a ação penal de iniciativa privada, haja vista, vigorar nesta o princípio da oportunidade e da disponibilidade, podendo a qualquer tempo, ocorrer o perdão do ofendido, a desistência ou o abandono da ação. Contudo, este posicionamento é minoritário, em razão da violação ao princípio constitucional da igualdade, entretanto, é o adotado por Mirabete (2000, p. 129).

concreto, deve-se imediatamente proceder à aplicação de pena não privativa de liberdade. Insta salientar, que esta transação deve ser tecnicamente assistida, não violando o princípio da ampla defesa e do contraditório.

Desse modo, seguindo as lições de Marino Pazzaglini Filho (1996, p. 45) entende-se por transação penal:

[...] é o instrumento de política criminal de que dispõe o Ministério Público para, entendendo conveniente ou oportuna a resolução rápida do litígio penal, propor ao autor da infração de menor potencial ofensivo a aplicação sem a denúncia e instauração de processo, de pena não restritiva de liberdade.

A atuação do Ministério Público neste momento é discricionária, entretanto, trata-se de discricionariedade limitada à apenas ao oferecimento da proposta. Desta forma, a transação penal é tida como uma exceção ao Princípio da Indisponibilidade da ação penal, uma vez que seguindo o procedimento estabelecido pela legislação infraconstitucional, caracteriza-se por concessões recíprocas havidas entre o Ministério Público e o autor do ato infracional.

Sendo assim, esta modalidade de descarcerização, seguindo com rigorismo o teor da lei, não pode ser determinada de ofício³², posto que, o instituto em questão decorre da livre vontade das partes, desde que obedecidos os requisitos legais, não devendo, ainda, sequer se cogitar em ser considerado como um direito subjetivo do agente³³, haja vista que a nenhuma das partes deve ser imposta qualquer espécie de acordo.

Diante destas explicações com brilhantismo ensina Marino Pazzaglini Filho (1996, p. 52):

Inadmissível a transação penal ex officio, posto que a transação decorre da vontade das partes, obedecidos os requisitos legais e não de uma obrigação legal imposta às partes pelo Juiz.

Igualmente inadmissível o entendimento de que a transação consubstanciaria direito subjetivo do autor do fato, desde que presentes os requisitos legais. Se sequer o órgão julgador pode impor às partes a transação, uma das partes jamais poderia impor a outra qualquer

³² Nesse sentido leciona também Damásio (1995, p. 66).

³³ Há divergências doutrinárias e jurisprudencial em ser ou não a transação penal direito subjetivo do agente podendo ser determinada de ofício pelo Juiz, desse modo, cumpre destacar que esse posicionamento é defendido por Joel Dias Figueira Junior e Mauricio Antonio Ribeiro Lopes (2000, p. 628/629) e, ainda, RT 737/632

espécie de acordo, caso contrário, deixaria imediatamente de ser considerada uma transação.

Entretanto, onde no texto legal lê-se ser mera faculdade conferida ao representante do Ministério Público em oferecer a proposta de transação, deve-se entender como ser esta uma obrigatoriedade e, portanto, não havendo o cumprimento de tal dever, abre-se a possibilidade do oferecimento ser feito de ofício pelo magistrado.

Seguindo com o procedimento estatuído pela Lei n.º 9.099/95, havendo a aceitação da proposta por ambas as partes, a mesma será apreciada pelo juiz para que a homologue, determinando que o agente não perca sua primariedade, além de lhe ser assegurada a não ocorrência de efeitos no âmbito civil, bem como, a não implicação de culpa, já que havendo a aceitação pelo agente não há sequer a discussão acerca da culpabilidade, não importando, por conseguinte, em reincidência, sendo registrada, apenas para impedir a concessão do benefício no prazo de 5 anos.

Caso não seja aceita por qualquer razão a proposta de transação pelo autor do fato, o membro do *parquet* deverá oferecer a denúncia oral, ressalvada a hipótese de necessidade de diligências imprescindíveis, observando, a partir de então, o procedimento sumaríssimo (art. 77 e seguintes).

5.2.3 Suspensão Condicional do Processo

O legislador estabeleceu no art. 89, caput da Lei n.º 9.099/95 a admissibilidade da suspensão condicional do processo nos casos em que a pena mínima cominada não ultrapasse um ano, considerados ou não de menor potencial ofensivo.

Tal instituto será aplicado mediante proposta do representante do Ministério Público que, ao oferecer a denúncia, declina pela concessão da suspensão por um período de dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, e apresente os demais pressupostos necessários para a aplicação do *sursis* (art. 77

do Código Penal), com exceção do disposto no inciso III do art. 77 do Código Penal, uma vez que trata especificamente da substituição da pena.

Não corresponde em momento algum poder discricionário do representante do Ministério Público e sim de efetiva obediência ao princípio da obrigatoriedade, de forma que, tal como na transação o princípio norteador do instituto em análise é o da oportunidade regrada, já que se faz imprescindível a observância dos requisitos autorizadores.

Ofertada a suspensão do processo pelo Ministério Público e indagada novamente às partes pelo juiz, em sendo ela aceita, cabe ao Magistrado sustar o processo fixando desde logo o período de suspensão e as condições a serem cumpridas pelo agente, nos termos do art. 89, § 1º da Lei n.º 9.099/95, ou, ainda, daquelas judicialmente fixadas, desde que adequadas ao fato e a situação pessoal do delinqüente.

Acerca da importância das condições fixadas em lei ou pelo juiz na suspensão do processo é dada atenção aos dizeres de Antonio Nobre Folgado (2002, p. 118/119):

A finalidade das condições fixadas em lei ou pelo juiz é estabelecer regras de conduta para o acusado, durante o período de suspensão do processo. Com isso, o Estado oferece uma resposta à infração praticada, com o consentimento do acusado e sem a necessidade de condenação penal, afastando o sentimento de impunidade do seio da sociedade. Dessa forma, reafirma-se perante a comunidade o valor do bem jurídico violado pelo acusado, garantindo-se a estabilidade social. Além disso, o cumprimento das condições voluntariamente pelo réu, faz surgir neste valores estimados pela sociedade na vida comum.

Sendo a concordância do réu essencial a esse modelo de justiça consensual, em caso de recusa ocorre o normal prosseguimento do feito, com o interrogatório, apresentação de defesa e demais atos processuais de acordo sempre com o procedimento a ser seguido.

É oportuno ressaltar que tal como na transação penal, há divergências acerca da natureza jurídica da suspensão condicional do processo, haja vista que a própria redação trazida pela Lei n.º 9.099/95 em seu art. 89 leva à dúvida quanto a ser direito subjetivo do réu ou mera faculdade conferida pelo Juiz.

Dentre os que defendem se tratar de obrigatoriedade e conseqüentemente um direito subjetivo do acusado merece destaque o pensamento de Mauricio Ribeiro Lopes (2000, p. 701):

Apesar da expressão 'poderá', utilizada no texto da Lei, acredito que o Ministério tem o poder-dever de, uma vez preenchidos os requisitos previstos legalmente, propor a suspensão do processo. Se não o fizer, estará agindo ilegalmente, podendo, então, a sua omissão ser suprida pelo Poder Judiciário, a pedido do réu. O que se concedeu ao Ministério Público, na verdade, foi a chamada 'oportunidade regrada', isto é, o *parquet* dispõe da ação penal na forma como lhe autoriza a lei. Presentes os requisitos legais, tem que atuar em favor da via alternativa eleita pelo legislador. Não é o Ministério Público o detentor dessa política. Ele a cumpre. Assim como a cumpre o juiz. A ratio legis, portanto, reside na conquista de finalidades públicas supremas (desburocratização, despenalização, reparação, ressocialização etc.), não no incremento de poderes para uma ou outra instituição."

Esta é a tese mais acolhida, entendendo-se ser sim um direito subjetivo do sentenciado, bem como ser plenamente admissível o oferecimento da proposta de ofício pelo Magistrado. Reafirmando este posicionamento encontram-se juristas renomados como Damásio e Antonio Nobre Folgado.

Em contrapartida, adotando a corrente oposta está Marino Pazzaglini Filho (1996), que fundamenta seus argumentos na premissa de que em sendo o Ministério Público o legitimado para o oferecimento da ação penal pública, só a ele cabe o direito de dispor da mesma e conseqüentemente do oferecimento da proposta de suspensão do processo. Como já dito, tem-se prevalecido a primeira explanação sobre o assunto.

Ainda, é veemente a fragilidade dos argumentos deste segundo posicionamento doutrinário, visto que, inclusive nas ações penais privadas é possível o oferecimento da proposta de concessão do instituto em análise. Isso porque deve ser levado em consideração o princípio da isonomia, tendo também o querelante o direito de oferecê-la uma vez satisfeitos os requisitos legais³⁴.

É extremamente importante deixar claro que se trata de efetivo meio de controle social que visa, antes de tudo, a prevenção do cometimento de infrações de pequena e média gravidade. É ainda, uma forma de proporcionar a ressocialização do acusado, já que voluntariamente se submete ao cumprimento das condições estabelecidas no acordo da suspensão, presumindo seu interesse em não mais praticar atos delituosos.

Assim, nos dizeres de Antonio Nobre Folgado (2002, p. 119):

³⁴ Enunciado n.º 55 do X Encontro Nacional de Coordenadoria dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais: "Nos crimes de ação penal por iniciativa privada, cabe transação penal e suspensão condicional do processo, inclusive por iniciativa do querelante."

Portanto, as finalidades do moderno direito penal – preventiva e socializadora – são atingidas por meio do próprio processo penal, não havendo a necessidade de que a sanção penal seja imposta pelo Estado. Esta fica reservada para uma etapa posterior, caso a suspensão condicional do processo, como forma de controle social, não dê resultados. Obedece-se assim o princípio da subsidiariedade do direito penal, em que a sanção penal deve incidir apenas em última instância.

Neste contexto, não há a necessidade de um processo penal que comprove e declare a culpabilidade do agente com a aplicação de uma sanção. Basta a existência de uma resposta estatal proporcional ao ato cometido, ou seja, é suficiente que o ônus a ser aplicado ao acusado por ocasião da suspensão e por ele aceito seja condizente com a infração, tendo, por conseguinte efeito semelhante à sanção penal no senso da coletividade.

Cabe ainda esclarecer que a suspensão condicional do processo não corresponde a uma forma autônoma, aplicável somente à parte processual da Lei n.º 9.099/95, assim sendo, não se trata de instituto exclusivo dos Juizados Especiais Criminais. Tal espécie de impedir o encarceramento do delinqüente é sobretudo pertinente em qualquer juízo, comum ou especial, estadual ou federal, de qualquer instância.

5.3 Juizados Especiais Criminais Federais (Lei n.º 10.259/01)

A criação de juizados especiais foi estabelecida pela Constituição Federal (art. 98), com a finalidade de facilitar o acesso e evitar a morosidade do Poder Judiciário, oferecendo a oportunidade de conciliação, do julgamento e da execução das causas cíveis de menor complexidade e menor potencial ofensivo, permitindo, ainda, nas hipóteses admitidas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turma de juízes de primeiro grau.

Assim, quando da edição da Lei n.º 9.099/95 foi estabelecido o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, como já mencionado alhures, constando tal definição inserida no art. 61 da referida Lei, compreendendo as contravenções penais e os crimes a que lei comine pena máxima não superior a um ano, salvo os casos em que a lei preveja procedimento especial.

Entretanto, com a Emenda Constitucional n.º 22, foi acrescentado ao art. 98 um parágrafo primeiro, no qual foi estabelecida a competência para a criação de Juizados Especiais Federais. Nestes moldes, em atenção a esta nova disposição legal, foi editada a Lei n.º 10.259/01 que trouxe uma nova definição acerca de infrações penais de menor potencial ofensivo.

Logo, a nova lei manteve a mesma denominação trazida pela Lei n.º 9.099/95, contudo, foi dada a esta expressão uma nova definição jurídica, isto é, por infração penal de menor potencial ofensivo fica-se entendida aqueles crimes cuja pena máxima cominada não seja superior a dois anos, ou multa ³⁵.

A partir de então, várias discussões surgiram em relação a aplicabilidade desta nova lei nos Juizados Especiais Estaduais.

A posição majoritária tanto na doutrina como na jurisprudência argumenta que o principal fundamento deste entendimento encontra-se no princípio da igualdade, haja vista haver violação tanto à isonomia quanto à proporcionalidade.

Deve-se, ainda, ser obedecido o disposto no art. 2º, §1º da Lei de Introdução ao Código Civil, uma vez que por disposição deste artigo a Lei n.º 9.099/95 encontra-se derogada, já que a matéria tratada pela Lei n.º 10.259/01, norma posterior, trata de matéria cujo conteúdo seja incompatível e regula matéria idêntica de forma diversa da trazida na Lei n.º 9.099/95.

Assim, havendo ampliação do conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, o mesmo deve ser estendido à esfera Estadual, isso inclusive em virtude de ser a nova disposição mais benéfica ao réu vigorando neste momento também o princípio da lei material mais benéfica a ser aplicada ao agente causador do ilícito penal de menor gravidade.

Corroborando com esta linha de raciocínio, cabe destacar os ensinamentos do ilustre doutrinador Luiz Flávio Gomes (2002, p.18):

[...] a posição amplamente majoritária não concorda com a bipartição do conceito e vem entendendo que o novo conceito da Lei n.º 10.259/01 estende-se aos juizados estaduais. Cuida-se de conceito (e sistema) único, portanto. É a nossa posição, em razão (sobretudo) do princípio constitucional da igualdade (ou do tratamento isonômico) (CF, art. 5º), do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade e também porque se trata de lei nova com conteúdo mais favorável (CP, art. 2º, parágrafo único), etc.

³⁵ Redação trazida pelo art. 2º, parágrafo único da Lei n.º 10.259/01: "Consideram-se infração penal de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa".

O segundo entendimento que surge em decorrência desta discussão se posiciona no sentido de que são válidos ambos os conceitos, ou seja, tanto o trazido pela Lei n.º 9.099/95 como o da Lei n.º 10.259/01 ³⁶.

Os seguidores deste posicionamento argumentam que o fazem em virtude do fato de que a própria Carta Magna fez distinções entre as Justiças Estadual e Federal, inclusive acerca da matéria de competência dos Juizados Especiais.

Neste contexto, tal fundamento fica clarividente ao ser observado o disposto no art. 2º da Lei n.º 10.259/01, já que tal dispositivo legal preceitua de forma expressa que o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo trazido pela referida norma política será aplicável “para os efeitos desta lei”, restringindo, assim, o âmbito de atuação à esfera federal de tal conceito.

E mais, o art. 20 da Lei n.º 10.259/01 confirma a inaplicabilidade desta lei no Juízo Estadual.

Já há aqueles autores que defendem que somente deve ser considerada como infração penal de menor potencial ofensivo o conceito trazido pela Lei n.º 9.099/95, haja vista haver clara inconstitucionalidade da redação trazida pela Lei n.º 10.259/01 tanto quanto ao conceito destas infrações como quanto à disposição que veda a aplicabilidade desta lei nos juizados especiais estaduais. E, ainda, pela afronta ao princípio da isonomia.

E, por fim, uma última corrente surge sob o fundamento de que deve prevalecer somente a disposição trazida pela Lei n.º 10.259/01, estando, portanto revogada a definição havida na Lei n.º 9.099/95, inclusive no que tange à ressalva quanto aos crimes que possuem rito especial.

Assim, por este último entendimento seriam consideradas infrações penais de menor potencial ofensivo aqueles crimes e contravenções cuja pena máxima, independentemente de haver qualquer previsão de procedimento especial, não ultrapassa dois anos ou, seja cominada pena de multa, havendo, dessa forma uma ampla aplicação da lei posterior, não sendo tolerado, portanto, qualquer tratamento dicotômico acerca deste assunto, visto que não há como existir dois sistemas distintos, pois se assim o quisesse o próprio legislador teria estabelecido a aplicação da Lei n.º 9.099/95 também nos Juizados Federais.

³⁶ Adeptos deste entendimento encontram-se Jorge Assaf Maluly e Pedro Henrique Demercian (2001, p. 44).

Como já mencionado o primeiro posicionamento é majoritário, vigorando quanto a este assunto a Lei n.º 10.259/01, posterior à norma que regula a competência dos Juizados Especiais Estaduais.

6. DA PRISÃO

Diante da evolução dos fenômenos sócio-criminais, os países foram obrigados a adotarem medidas punitivas para conter o avanço da violência. Assim, na segunda metade do século XVI, criou-se e passou-se a organizar em toda a Europa as denominadas “prisões leigas” ou “casas correicionais”, que tinham como característica fundamental a rigidez, além de usar como método educativo o trabalho constante e ininterrupto através do castigo corporal e da instrução religiosa.

Foram, deste modo, criadas com caráter de prevenção geral, pois buscava gerar no senso da coletividade um desestímulo à prática delituosa. E, neste contexto histórico a prisão passou a ter uma feição de casa de custódia e correção do criminoso e não um lugar previsto para aguardar a aplicação da pena.

Para regular todas as normas que vigeriam neste novo modelo de encarceramento dos delinqüentes sentiu-se a necessidade da criação de um sistema próprio que tratasse especificamente das matérias atinentes à prisão. Foi então que surgiu a expressão “sistema penitenciário” significando o conjunto organizado de normas, pessoal apto e adequadamente preparado, meios apropriados para a execução da pena, em vista de sua natureza, funções e finalidades.

A princípio fora instituído no Brasil o sistema penitenciário auburniano, mas logo este começou a se mostrar ineficaz abrindo caminho para novas propostas de sistemas, que buscavam, sobretudo, dirimir as falhas e as limitações havidas no modelo até então em vigor.

Com o declínio do sistema auburniano surgiram os sistemas progressivos, onde organizados em três ou quatro etapas, de rigor decrescente, a conduta e o trabalho eram utilizadas como meios de avaliação que preparavam o recluso gradativamente para a vida em liberdade.

No Brasil, este novo sistema foi contemplado pela primeira vez no Código Penal Republicano em 1890, e, quando da edição do Código Penal de 1940 o mesmo foi mantido sofrendo apenas algumas alterações (arts. 29, §1º; 30, §2º, I e II e 60 a 66), o que se deu também com o advento da Lei n.º 6.416/77, quanto ao

regime de pena, matéria também veiculada pela Lei n.º 7.210/84 em seu art. 112 e seguintes, dispositivo alterado pela Lei n.º 10.792/03.

É oportuno destacar que a adoção deste sistema em sede de pena privativa de liberdade consiste em um importante fator de individualização da pena, de modo que particulariza e torna pessoal a pena no sentido de que o condenado pode diminuir a intensidade e os rigores da pena em razão de seu comportamento. Estimulando, por conseguinte, a boa conduta do condenado o que faculta uma melhor ressocialização.

Neste cerne, as penas privativas de liberdade devem ser cumpridas com a observância tanto do sistema progressivo trazido tanto pelo Código Penal como pela Lei de Execuções Penais.

Nestes moldes, consistindo os regimes penitenciários um estado de cumprimento de pena que gera reflexos no tocante à intensidade modulada de redução de locomoção e sendo relevante o fato de que a pena privativa de liberdade não se perfaz, tão somente, em medida punitiva estática, mas também se caracteriza pela possibilidade de modificação conforme a conduta do preso (art. 33, §2º do CP), é clarividente que se trata de um sistema de mão dupla.

Isto se mostra veemente em virtude de que do mesmo modo que o sentenciado que merecer poderá ser transferido para regime mais benéfico, igualmente poderá ser transferido do regime mais brando para o mais severo, o que implica no fenômeno da regressão.

Logo, conclui-se que a execução da pena não é inerte, visto que isto acentua o caráter de não compreensão do fim educativo da pena, já que o preso fica sem esperança de conquistar a liberdade através de seu comportamento.

Diante de tais fatos, o Código Penal determinou a existência de três regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade: o regime fechado, semi-aberto e aberto, todos previstos no art. 33 do referido *Codex*³⁷. Assim, também

³⁷ O regime fechado é o regime de execução no qual os condenados são de alta periculosidade, condenados a penas elevadas por crimes apenados com reclusão, geralmente reincidentes ou condenados por crimes hediondos. Deve ser cumprido em penitenciárias de segurança máxima que apresentam maior preocupação com a segurança e com a fuga, com vistas à ordem interna e à disciplina. Já o regime semi-aberto se caracteriza pela menor preocupação com a segurança, fundando-se na capacidade e no senso de responsabilidade do condenado, estimulando o trabalho, levando o preso a cumprir seus deveres disciplinares e não fugir. O recolhimento do delinqüente neste modelo se dá apenas nos período noturno o qual pode se dar em estabelecimentos coletivos para alojamento dos condenados. E, por fim o regime aberto também fundado na responsabilidade e autodisciplina do condenado que não representa uma ameaça à sociedade, sendo considerado como apto à reintegração social, permanecendo no convívio social,

por determinação legal deve ser conjugado à estas regras do art. 33 e seus parágrafos os comandos emanados do art. 59 da aludida norma política, assumindo estes critérios subjetivos posição de elemento de subsídio aos três fatores referidos.

Tais regimes penitenciários, também são matéria objeto de apreciação da Lei de Execução Penal, que se referiu a eles em seus artigos 87 a 95.

É imperioso ressaltar que em virtude do grau de periculosidade do agente e da criminalidade cada vez mais assustadora, houve uma alteração na Lei n.º 7.210/84 ³⁸, criando-se uma nova espécie de regime de cumprimento de pena pela Lei n.º 10.792/03, qual seja, o regime disciplinar diferenciado (RDD) ³⁹.

Este, por sua vez, não se trata de um mero regime prisional em acréscimo ao regime fechado, semi-aberto ou aberto, sendo um regime de disciplina especial que se caracteriza precipuamente por um maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior como uma espécie de sanção disciplinar especial.

Portanto, diante das premissas explanadas é desta forma que se caracteriza a prisão no atual sistema penitenciário brasileiro, devendo ser esclarecido que nem todas as regras disciplinadas pelo Direito Penitenciário são rigorosamente obedecidas o que leva a uma descrença quanto a eficácia deste modelo prisional, haja vista estarem as normas referentes ao mesmo totalmente falidas em virtude da própria problemática social que não se adequou como deveria a realidade criminal do país.

6.1 Crise da Pena de Prisão

submetendo-se a um programa de condições impostas pelo juiz (arts. 113 a 115 da LEP), cujo recolhimento somente se dá em prisão de albergue, pelo período noturno e dias de folga do trabalho, curso ou outra atividade autorizada pelo magistrado.

³⁸ Nos arts. 52, I a IV, §§ 1º e 2º; 53 e 54, §§ 1º e 2º.

³⁹ É exclusivamente aplicado àqueles presos provisórios e aos condenados que pratiquem crime doloso que constitui falta disciplinar grave que cause subversão da ordem ou disciplina interna, pelo prazo máximo de 360 dias, podendo ser repetido em caso de nova falta grave, até o limite de 1/6 da pena. O RDD também pode ser aplicado como medida preventiva cautelar nos casos de presos suspeitos de envolvimento em organizações criminosas ou que representem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou para a sociedade.

Atualmente, muito se discute acerca da validade da pena de prisão quanto à aplicabilidade da pena institucional ⁴⁰, ou seja, quanto à aplicação efetiva da pena privativa de liberdade em relação aos estabelecimentos prisionais existentes, tanto de acordo com a infra-estrutura dos mesmos quanto as quantias orçamentárias que os envolvem.

Não é segredo para a sociedade que na busca dos fins almejados pela pena, quais sejam a reintegração e a reabilitação ao convívio social do delinqüente, a pena privativa de liberdade faliu e muito, chegando a contribuir para que a eficácia das medidas punitivas restassem totalmente comprometidas.

Assim, tantas são as críticas ao sistema penitenciário atual, que é evidente que a prisão está em crise, de modo que se conclui que é salutar a impossibilidade, quer seja absoluta ou relativa, de se obter qualquer resultado positivo sobre o apenado, o que não deveria ter ocorrido, haja vista que as prisões foram criadas com o escopo de garantir a ordem e a segurança pública aplicando uma sanção ao condenado que o desestimulasse a continuar na vida criminosa, traduzindo na pessoa da vítima e na população em geral a satisfação de não ter colaborado com a impunidade.

O que se vê na realidade são estas instituições funcionando como um meio corruptor, um núcleo de aperfeiçoamento ao crime, onde os condenados primários, menos perigosos, adaptam-se aos condicionamentos sociais dos demais detentos dentro dos presídios, adotando os valores, usos e costumes da massa carcerária.

Instalada, desta forma, a crise na pena de prisão, é clarividente estar fundada a ineficácia da pena privativa de liberdade em duas premissas:

- a) Não há como negar o fato de que há uma certa incompatibilidade entre a ressocialização pretendida pela pena, com o encarceramento do indivíduo isolando-o de todo meio social. A prisão, deste modo, é considerada como sendo um meio artificial, que não permite realizar nenhum trabalho reabilitador sobre o recluso. Assim, o isolamento forçado, o controle total da pessoa

⁴⁰ Consideram-se *institucionais* as formas de reação criminal que se executam em instituições penais (presídios, casas de internamento para inimputáveis, manicômios e estabelecimentos similares para os necessitados de especial tratamento curativo ou desintoxicante) e *não institucionais* as sanções que se cumprem em liberdade sem qualquer vínculo com estabelecimentos penais. (René Ariel Dotti, 1998, p.420).

do preso não podem constituir treinamento para a vida livre, posterior ao cárcere. Seguindo as pisadas de Antonio Garcia-Pablos de Molina, Cezar Roberto Bitencourt (1993, p.143) ensina:

[...]a pena não ressocializa, mas estigmatiza, que não limpa, mas macula, como tantas vezes se tem lembrado aos 'expiacionistas'; que é mais difícil ressocializar a uma pessoa que sofreu uma pena do que outra que não teve essa amarga experiência; que a sociedade não pergunta porque uma pessoa esteve em estabelecimento penitenciário, mas tão somente se lá esteve ou não.

- b) Outro fator que contribui para a ineficácia da privação da liberdade pode ser notado pelos próprios valores materiais e morais encontrados no ambiente carcerário. Há uma evidente afronta àquilo que se preza como humano, visto que, as condições encontradas pelos detentos na prisão são extremamente precárias, e isso decorre exclusivamente da inadequação do próprio Estado, que ao estabelecer a medida punitiva da privação não se adaptou a realidade, e a fez aleatoriamente não obedecendo as regras dispostas na Lei de Execução Penal, em relação aos estabelecimentos penitenciários e à classificação dos condenados.

Nesta seara, a manifesta deficiência das condições penitenciárias demonstra ser enorme o problema do sistema carcerário, corroborando assim para a total falência do mesmo, agravando ainda mais a situação da população que fica cada vez mais descrente em obter um comportamento individual aceitável daqueles que passaram pelo encarceramento.

A prisão é a medida punitiva que o ordenamento jurídico optou para realizar a Justiça, contudo, foi ele equivocado. Não há como atingir a justiça em um lugar onde o homem é opressor do próprio homem e onde um conjunto de medidas e pressupostos não se destinam a estabelecer uma convivência sadia e solidária entre as pessoas, seja dentro destes ambientes fechados e isolados, quer seja posteriormente no meio social livre e já munido de um pré-conceito.

A questão que envolve toda essa problemática, é extremamente atual e, hoje, este debate vem a ser essencial para o desenvolvimento de uma política criminal a ser implantada em face a uma criminalidade que não apenas cresce

quantitativamente, como também adquire novas características decorrentes da evolução sócio-econômica e tecnológica.

6.2 A prisão como fator criminógeno

Diante da evolução da criminalidade, é cediço que a implantação da pena privativa de liberdade como forma de inibir a conduta ilícita e conseqüentemente fazer da sanção penal da prisão o meio adequado e hábil para assegurar a efetividade das condenações não atendeu a todas as expectativas de sua criação.

Ante a violência crescente, considera-se que a prisão ao invés de frear a delinqüência, parece estimulá-la cada vez mais, convertendo-se em um instrumento que possibilita toda espécie de desumanidades. E assim, não traz nenhum benefício ao condenado, ao contrário, apenas contribui para agregar em sua personalidade novos vícios e o aperfeiçoamento na prática de novos crimes.

Nesta baila, a junção de vários fatores leva a ser cravado na pessoa do condenado um caráter estigmatizante, dada a inadequação do ambiente prisional que se traduz num fator preponderantemente criminógeno já que não só induz à violência como também é violento por si só.

Esses fatores são basicamente elencados da seguinte forma: materiais, psicológicos e sociais.

6.2.1 Fatores materiais

A realidade carcerária é extremamente preocupante, não há como se buscar uma efetividade da pena nas condições em que se encontra o atual sistema prisional.

A falência é evidente e problemas surgem e se agravam cada vez mais. São situações que chegam a fugir da noção de sobrevivência do homem médio tamanho é o descaso com relação às prisões.

Várias são as deficiências encontradas neste aspecto, tendo relevância, principalmente, e de grande importância a precariedade de infra-estrutura adequada para abrigar todo o egresso carcerário.

Esta inadequação leva a superlotação dos presídios, que é um fator que contribui e muito para tornar o delinqüente avesso a qualquer tentativa de recuperação, leva, ainda, à falta de condições básicas de sobrevivência, estando incluídas neste tópico, a falta de higiene e alimentação inapropriada, o que propicia a proliferação de doenças entre os reclusos. Acarreta também a exploração de uns sobre os outros, já que há regamentos específicos dentro deste ambiente, devendo os detentos se adequarem a esta realidade ou sofrer as conseqüências.

Inclusive, em modelos mais modernos de encarceramento a realidade é a mesma, não há um efetivo investimento em atender as disposições relativas à forma como se deve dar a execução das condenações estabelecida pela Lei de Execuções Penais. Ao contrário, a classificação dos detentos, estampada nesta norma política não tem meios para se fazer valer no contexto prisional.

Os presos são colocados em celas sem qualquer avaliação do grau de criminalidade de cada um, há uma verdadeira mistura entre condenados de alta com os de baixa periculosidade, transformando esta convivência em comum numa típica escola para o crime.

Há desta forma, uma evidente afronta a um dos princípios básicos da pena, qual seja, o da individualização da pena, posto que, esta classificação é tida como corolário lógico na aplicação de tal princípio. E somente a observância deste como dos demais princípios levaria à solução não total, mas parcial de grande parte dos problemas materiais enfrentados pelo sistema penitenciário.

6.2.2 *Fatores psicológicos*

A prisão por sua própria natureza constitui um ambiente que leva à dissimulação, à mentira freqüente. Nestes moldes, é evidente o abalo psíquico enfrentado por aquele que ingressa nesse novo universo.

Sendo este fator extremamente preponderante para se estabelecer a convivência entre os detentos, é nesta seara que se desenvolve a prática dos delitos penitenciários.

Assim, a prisão influencia de tal forma na vida do sentenciado, que ele praticamente perde sua personalidade, adquire uma nova filosofia de vida e mais, passa a se comportar de acordo com as normas estabelecidas dentro deste seu novo mundo. Passa a idolatrar aquele indivíduo também recluso, mas que tem status dentro da prisão. Esquece de todos os valores sociais deixados fora dos muros dos presídios.

O detento passa a crescer, ou seja, amadurecer o seu comportamento criminoso, haja vista, não ser a disciplina do Estado apta a estabelecer um rigorismo neste ambiente já tomado pela degradação.

Seguindo os ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt (1993, p. 147):

A prisão, com sua disciplina necessária, mas nem sempre empregada, cria uma delinqüência capaz de aprofundar no recluso sua tendências criminosas.

Está evidente a partir desse pensamento o caráter estigmatizador que a prisão gera no recluso.

6.2.3 *Fatores sociais*

A forma degradante da prisão causa uma profunda alteração na vida social do delinqüente de forma que é quase impossível reverter esse seu quadro reinserindo-o na sociedade.

Todos estes fatores sociais negativos são meros reflexos dos problemas materiais e psicológicos enfrentados pelo egresso carcerário. A visão da sociedade em relação a estes indivíduos é extremamente pré-conceituosa e não há como desmerecer este tratamento dirigido a estes presidiários, eles mesmos fazem gerar na consciência da população uma má impressão.

Entretanto, não se deve pré-julgar, há que haver justiça e não generalizar toda a massa carcerária, mas é clarividente que em sua maioria os detentos geram esse sentimento de repulsa, há uma certa rejeição da sociedade sendo

difícilimo estes indivíduos conseguirem um trabalho, sendo quase impossível voltar a ter uma vida social normal, frustrando o objetivo da prisão de reintegrá-lo à sociedade.

Assim, os reclusos sofrem uma lesão aparentemente invisível, posto que, ao serem retirados de todo aquele contexto social em que viviam, têm interrompidos o seus ciclos normais de desenvolvimento enquanto pessoas aptas ao convívio com personalidades diferentes, o que faz do isolamento um grande equívoco por parte da pena privativa de liberdade que deveria pensar em tentar readaptá-lo fornecendo meios eficazes para que não fosse abalada esta sua estrutura social e não de tentar esse seu condicionamento por meio de um afastamento para regressão psicológica.

Este é o fator mais relevante acerca da prisionalização, pois vivendo excluídos a única alternativa a esses indivíduos é o agrupamento entre pessoas com situações semelhantes que não tendo qualquer oportunidade ou, até mesmo as tendo não as aproveitando, reincidem e com a experiência adquirida na prisão atuam de forma cada vez mais violenta e gravosa contra a sociedade.

6.3 Do Processo de Prisionalização

A prisionalização é a forma como a cultura carcerária é absorvida pelos internos. Esse, portanto, é o principal efeito que o subsistema carcerário produz no condenado.

Trata-se de um fenômeno que se denota cada vez mais freqüente na realidade prisional existente, uma vez que pela personalidade dos detentos observa-se que há um processo de aculturação sendo desenvolvido por eles, chegando a ser semelhante ao instituto da assimilação tratada pelas normas da Sociologia.

Por este processo, o delinqüente passa a adquirir os modos, usos e costumes daqueles que já se encontram dentro da unidade penitenciária. Há uma certa adequação do sentenciado ao meio em que passará a viver.

Não se trata de mudança radical na vida do transgressor haja vista que o simples fato de estar sendo deslocado do meio social e inserido dentro deste

ambiente prisional, já fornece indícios de que há semelhanças com aqueles já reclusos. Entretanto, o que faz a diferença é a diversidade de comportamentos, de atitudes e especialmente a diferença quanto à filosofia cultural daqueles aprisionados dos que estão ingressando na prisão.

Na prisão há todo um processo de subcultura carcerária, isto é, um processo de aprendizagem por parte do recluso de todas as regras internas, estabelecidas pelos próprios internos, a fim de torná-lo apto a conviver dentro do âmbito carcerário respeitando as normas vigentes nesse seu novo universo.

É imprescindível que o condenado se adapte a estas novas regras, até mesmo por questão de sobrevivência, não há como manter sua consciência social ligada às normas de direito e sociais vigentes fora do ambiente prisional.

Trata-se de um verdadeiro conjunto normativo autônomo que coexiste paralelamente com o sistema oficial de valores. Corresponde a um fenômeno absolutamente dessocializador que subtrai do detento todos os regramentos da sociedade exterior.

De início, o condenado se vê isolado e excluído de tudo e de todos, estabelecendo uma profunda identificação com a ideologia criminal, assumindo neste momento uma figura anônima e subordinada a um grupo. Assim, a subcultura carcerária funciona simplesmente como recurso para minimizar os sofrimentos impostos pela prisão.

Uma vez dentro da instituição criminal, o interno passa a conviver com pessoas do mesmo sexo, com histórias de vida semelhantes, acarretando o fenômeno da institucionalização.

Apesar de toda esta influência negativa, não há como estabelecer relação entre este processo de prisionalização com o aumento efetivo da criminalidade. É cediço que este fenômeno de aculturação pode contribuir com a criminalidade em virtude dos conhecimentos adquiridos durante o encarceramento, mas não pode ser apontado como o fator principal a toda esta violência crescente.

Neste cerne, é evidente que não há qualquer compatibilidade entre a ressocialização do delinqüente com esta prisionalização. Trata-se pura e simplesmente de uma utopia, já que o Estado não possui condições suficientes para criar possibilidades humanas de um retorno desses reclusos à sociedade.

Nas lições de Sérgio Herkenhoff (1998, p. 124):

A prisão é uma universalidade do crime. O sujeito entra porque cometeu um pequeno furto e sai fazendo assalto à mão armada. Nem nos países nórdicos, nem na Holanda e noutros, que possuem um sistema penitenciário mais avançado, a situação é diferente. No primeiro dia na prisão, o indivíduo é logo sexualmente violentado. Se não é violentado, ele mesmo violenta. Uma pesquisa realizada em São Paulo conclui que dois terços dos presidiários reincidiram no crime, porque a prisão corrompe. E se, no Brasil, a situação já não é boa; no Espírito Santo, é uma catástrofe.

Cabe ressaltar que este processo de prisionalização ainda sofre a agravante da inobservância da Lei de Execução Penal, uma vez que não são respeitadas as normas referentes à classificação dos detentos. Assim, para o cumprimento das penas, são colocados juntos condenados por crimes de gravidade diversa, o que contribui para o surgimento de organizações criminosas informais dentro dos presídios.

Muito se discute, como já dito alhures, acerca da eficácia da aplicação do encarceramento como meio reabilitador do indivíduo e, ante à realidade existente resta claro que não há dúvidas que não há como atingir um fim social por meio da perda da liberdade forçada.

Logo, conclui-se que o sistema penal brasileiro não consegue mais dominar este universo do crime. Não houve uma evolução paralela de tal sistema com o avanço da violência e da criminalidade e até em relação à própria população.

7. A FALÊNCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

7.1 A realidade carcerária

A ineficácia da pena privativa de liberdade pode ser vislumbrada com clareza quando observada a realidade carcerária do sistema penitenciário atual.

Atualmente, a população que compõe a massa delinqüente brasileira é basicamente formada pela camada de nível mais baixo da sociedade, de sorte que em sua maioria são jovens, e homens quase sem nenhum grau de escolaridade.

Isto demonstra que fatores de ordem social e política são extremamente relevantes para se determinar o aumento ou não da criminalidade e da violência.

Hoje, as penitenciárias sofrem com vários problemas que através de um rigorismo por parte do Estado poderiam ser evitados, entretanto, como esta prevenção não foi exercitada em momento oportuno o controle da situação já está totalmente descartado o que corrobora com a situação degradante enfrentada pela esfera social.

Faz-se oportuno salientar mais uma vez que o sistema penal não se efetiva como deveria. Age como um mero espectador, sem qualquer legitimidade para fazer valer seus princípios e normas que deveriam ser respeitadas incondicionalmente pelos reclusos. Tal sistema, não procurou extinguir o problema em suas raízes, mas apenas disciplinou regras capazes de reprimir suas condutas.

A Lei de Execuções Penais procurou estabelecer de todas as formas possíveis a estruturação, a distribuição e o modo de execução de cada espécie de pena acolhida pelo ordenamento jurídico. Contudo, tais normas sequer foram atendidas e observadas quando da aplicação efetiva da execução da pena.

Assim, foi estabelecida uma certa distância entre as contradições existentes entre estrutura prisional e os seus resultados concretos com os resultados que dela são esperados em decorrência de sua finalidade legalmente formalizada.

Ainda, que tenha sido instituído um sistema penitenciário voltado a repressão do condenado nem sempre esta é dirigida a ele. O delinqüente não

está mais se inibindo com a possibilidade de ser levado ao cárcere, tamanha é a falência do sistema atual.

Um dos fatores de maior preocupação com relação a este problema é a superlotação dos presídios.

Em virtude da inaplicabilidade da Lei n.º 7.210/84, que determina a classificação dos condenados de acordo com o grau de periculosidade de cada um, ocorre uma destinação desenfreada de detentos aleatoriamente às penitenciárias não levando em consideração as disposições da norma política.

Neste contexto, as penitenciárias representam verdadeiros depósitos de seres humanos excluídos de uma sociedade que se julga absolutamente correta. Assim, em decorrência da imprecisão para se estabelecerem números absolutos da capacidade prisional, esta é facilmente manipulada.

As conseqüências deste descaso em relação à superlotação são desnecessárias, uma vez que poderiam ser evitadas, o que acaba por gerar a revolta dos reclusos e as freqüentes rebeliões com o intuito de forçar o Estado a transferir detentos a outra unidade prisional.

O problema maior está no fato de que o Estado não investiu como deveria no sistema prisional. Ele não acompanhou o crescimento da massa carcerária com a construção de estabelecimentos adequados a abrigar toda essa população delinqüente.

O que se vê hoje são detentos amontoados em suas celas pequenas, sem as mínimas condições de salubridade, já que estes lugares na maioria das vezes são fétidos, úmidos, com escassa luminosidade e ventilação. Há muito mais presos do que a capacidade estrutural da prisão pode suportar, e, em sendo assim, no mais das vezes, são obrigados a se revezar para conseguirem dormir, ou, ainda, há casos em que alguns precisam ser amarrados às grades para dar mais espaço a tanta gente.

É humilhante e caótica a situação do sistema atual que reclama providências urgentes para conter toda esta degradação. Nesta seara, algumas vezes isoladas estão se manifestando a fim de acabar com esse problema. Dentre estas merece destaque o secretário-executivo do Ministério da Justiça, Luiz Paulo Teles Barreto, que lançou um projeto para a implantação de um

sistema de informações penitenciárias, Infopen, a fim de colher dados oficiais acerca da população carcerária existente no país ⁴¹.

Esta é uma alternativa que se mostra possivelmente eficaz, já que o país não possui dados absolutos e atualizados sobre o sistema penitenciário o que dificulta a ação do governo federal em face da superlotação existente. Tal coleta de informações seria usada como meio para cuidar da parte educacional, da saúde e da reintegração do preso à sociedade.

Se os números obtidos anteriormente continuarem a evoluir da forma como se deram nestas últimas décadas é evidente que a massa carcerária continuará a crescer cada vez mais. O último levantamento penitenciário mostrou que a população prisional é de aproximadamente 248.685 mil presos, acomodados, não se sabe como, em pouco mais de 186.478 mil vagas, distribuídos em 922 estabelecimentos penais, sendo o déficit de aproximadamente 62.490 mil vagas, sem contar com os milhares de mandados incumpridos ⁴², ou seja, sem contar aqueles infratores que se livraram de cumprir suas penas, deixando-as pendentes.

Outro fator que contribui significativamente para agravar este problema é a enorme quantidade de encarceramento de infratores antes de seu julgamento definitivo, ou seja, são os casos de prisão preventiva ou temporária que possuem caráter processual, são acautelatórias na ânsia da proteção social.

Entretanto, estes indivíduos enquanto não declarada sua culpabilidade são presumidamente inocentes, de forma que seria inócua a permanência no cárcere. Todavia, a própria legislação penal brasileira equivoca-se em muitos casos ao tratar da matéria relativa às prisões processuais, de forma que em certas legislações esparsas como na Lei dos Crimes Hediondos chega a proibir a concessão da liberdade, inclusive mediante pagamento de fiança, ao suposto agente de delitos, como homicídio, estupro e assalto à mão armada.

A todos estes fatores negativos soma-se a morosidade do Poder Judiciário, uma vez que em havendo o uso excessivo de decretações dessas prisões cautelares, o poder jurisdicional mantém nos presídios indivíduos cuja periculosidade não foi comprovada.

⁴¹ Departamento Penitenciário Nacional. Sistema Prisional. Disponível em www.mj.gov.br/depen. Acesso em 18 de outubro de 2005.

⁴² Dados atualizados em 2003, obtido em www.mj.gov.br/depen. Acesso em 18 de outubro de 2005.

Dentro deste contexto, ainda cabe ressaltar que os internos ficam extremamente agressivos, já que há uma verdadeira ofensa à sua integridade física e moral de se verem nessas condições de habitabilidade absurdamente precárias o que provoca o aumento da violência dentro da prisão, além do que, esta superlotação que ocorre nas penitenciárias não ocorre de forma igualitária entre todos os detentos. Ela simplesmente atinge aqueles mais pobres, mais fracos ou menos influentes dentro da realidade carcerária.

Essa demanda elevada de detentos em um mesmo lugar agrava ainda mais a proliferação de doenças, sejam sexualmente transmissíveis, sejam infecto-contagiosas ou bacterianas, haja vista que os ambientes prisionais favorecem o avanço destas pelas próprias condições físicas que apresentam como também pela falta de consciência dos próprios reclusos (alguns mantêm relações sexuais sem qualquer meio de prevenção, além do que muitos são usuários de drogas injetáveis e não prezam por sua própria vida ao compartilharem os mesmos instrumentos). Isso tudo gera uma grande preocupação na sociedade que de certa forma, se vê atingida, já que estas enfermidades oriundas das instituições podem perfeitamente se alastrar pelo mundo exterior quer seja através das visitas íntimas, quer pelo livramento dos presos.

É imperioso ressaltar que a individualização e a progressão da pena de cada preso é um pilar fundamental para vários dos elementos da Lei de Execução Penal. Neste cerne, a problemática da superlotação dos presídios também pode ser observada em relação ao fracasso dessa progressão de regimes de penas, uma vez que pela deficiência da própria esfera prisional, que não possui estabelecimentos adequados ao cumprimento da reprimenda nos regimes mais brandos, acaba por manter reclusos os beneficiários desta progressão. Assim, é absolutamente inconstitucional tal atitude posto que constitui direito do preso e contribui para a falência do sistema em geral.

Outro problema gerado por este modelo prisional, diz respeito basicamente à questão dos custos dispendidos pela Administração Pública. Assim, como todo sistema público, o sistema penitenciário reclama uma elevada provisão de verbas a serem gastas para manter o encarceramento, o que contribui no declínio de todo sistema prisional, sendo esta falência agravada pela falta de investimentos no setor.

Toda esta falta de estruturação do Estado é o fator preponderante para a superlotação dos presídios que implica, conseqüentemente, na falta de condições necessárias à sobrevivência (falta de higiene, regime alimentar deficiente, falta de leitões); em deficiências no serviço médico; em elevado índice de consumo de drogas; na corrupção; nos reiterados abusos sexuais; em ambiente propício à violência; na quase ausência de perspectivas de reintegração social e na inexistência de uma política ampla e inteligente para o setor.

A própria Lei de Execuções Penais, prevê que os detentos tenham acesso a vários tipos de assistência, inclusive, médica e assessoria jurídica e serviços sociais. Contudo, na prática, nenhum destes benefícios são oferecidos nas proporções definidas pela lei em sua busca incessante para a reabilitação destes presos, sequer é oportunizada o acesso à toda a massa carcerária da assessoria médica, que é um direito fundamental à sobrevivência do recluso.

Reafirmando todos esses dissabores ocasionados pela superlotação, Gilberto Ferreira (1977, p. 35/36) apud Orandyr Teixeira Luz (2000, p.115) declara:

Naturalmente que essa superpopulação carcerária gera, por si, um infindável número de problemas que culmina por inviabilizar o sistema para o fim de obter os objetivos da pena. Os presos são entulhados em cubículos, onde mal podem se mover. Numa mesma cela muitas vezes se agrupam homicidas, estelionatários, estupradores, ladrões, traficantes.

Esta realidade, ao mesmo tempo tão perto e tão longe da realidade social, faz com que se crie nos estabelecimentos prisionais um universo próprio aos encarcerados. São estabelecidas regras de sobrevivência, e há, inclusive um Código interno que disciplina a maneira de agir dos delinqüentes, como também lhes concede direitos a serem exercidos dentro daquele novo mundo.

Todos estes fatores contribuem ao aumento da promiscuidade dentro das instituições, ou seja, ao serem submetidos à permanência nestes ambientes isolados, os internos manifestam dentro de si um sentimento de exclusão. Nestes moldes, sendo privados da satisfação de seus desejos sexuais eles são violentados ou mesmo violentam.

É evidente que esses relacionamentos não se limitam às visitas íntimas, permitidas somente àqueles casados ou que vivem em união estável, constituindo assim, permissão a um número muito reduzido de detentos.

Na realidade este não é um dos fatores que culminaram à falência do sistema prisional, mas é mera consequência da inaplicabilidade efetiva das normas para reabilitar o indivíduo ao meio social, ou seja, o Estado fracassou na sua missão de tentar manter na pessoa do interno os mesmos valores sociais preservados pela sociedade em geral.

É cediço que a repressão ao instinto sexual gera uma perversão tanto na esfera sexual, como na personalidade do detento, de forma que diante de tais alterações chega a ser impossível falar em ressocialização em um ambiente prisional que desvirtua completamente um dos instintos fundamentais do homem.

Apesar das sabidas consequências que esses relacionamentos homossexuais podem ocasionar na sociedade em virtude da não prevenção adequada, tal questão é ignorada pela Administração Pública, e igualmente ignora-se que a atividade sexual é elementar e instintiva, não sendo suscetível de controle pela reclusão. A abstinência sexual, assim, além de não resolver nada acaba provocando transtornos psíquicos e conseqüentemente gera uma tensão nervosa no detento o que o leva à prática da violência.

Neste diapasão explana Cezar Roberto Bitencourt (1993, p. 186):

A abstinência sexual, especialmente quando imposta contra a vontade do indivíduo, como ocorre na prisão, não deve ser mantida por períodos prolongados, porque contribui para o desequilíbrio e favorece condutas inadequadas. Os desequilíbrios podem ser de tal gravidade que, em certos casos, o recluso pode transformar-se em um psicopata. Tanto o desequilíbrio orgânico como o desequilíbrio nervoso dependem do equilíbrio sexual. Mesmo em condições favoráveis, o autocontrole e a repressão dos instintos sexuais constituem uma tarefa difícil. Na vida em liberdade é mais fácil encontrar mecanismos de autocontrole. Na prisão, contudo, isso é praticamente impossível, pelo que a frustração provoca inevitavelmente algum desequilíbrio psíquico.

Ante a esta situação imposta ao detento, é claro que tanto o violador como o violado sofrem os distúrbios da personalidade, que são evidentemente incompatíveis aos objetivos ressocializadores da pena privativa de liberdade.

Além destes problemas já destacados, outros assombram o sistema penitenciário brasileiro, como o problema da corrupção dentro dos presídios.

Esta prática, hoje freqüente, é totalmente desrespeitosa para com a sociedade que confia plenamente no Poder Público em relação ao zelo pela segurança e efetividade do cumprimento dos dispositivos legais e das legislações extravagantes.

Em decorrência da falta de preparo e em virtude da má remuneração os próprios agentes penitenciários - esclarecendo que não deve ser toda a classe generalizada - mas em sua maioria se corrompem e começam a prestar serviços aos presidiários como forma de garantir um subsídio a mais no sustento de sua família.

Muitos, é claro, são levados à desobediência das regras institucionais da prisão por medo, por ameaças, mas em sua maioria, infelizmente, o fazem por livre e espontânea vontade, atendendo à sua própria ambição na busca de um dinheiro fácil, já que por diversas vezes o trabalho para os bandidos remunera muito melhor do que o salário obtido pelo Estado.

É absolutamente repugnante esse comportamento daqueles que ostentam o cargo de profissional da lei. Ainda, além da corrupção uma outra agravante contribui à todo esse sistema falido que é a limitação de pessoal suficiente para manter a guarda e a segurança tanto dentro dos presídios como fora dele.

Não bastasse essa deficiência, o sistema prisional não apresenta proporções igualitárias entre o crescimento do número de encarcerados com o número de guardas e carcereiros nas prisões. Este é o principal fator que amedronta a classe dos agentes penitenciários, uma vez que vivendo em contato direto com os detentos estão assumindo riscos elevados, como pode-se observar por ocasião das rebeliões em que esses profissionais são usados pelos delinqüentes como reféns, provocando profundos abalos psíquicos tanto nele como na sociedade que se vê recuada frente a tanta barbárie.

Esta desproporção, ainda, acarreta um verdadeiro vácuo de poder, uma vez que indisciplinados e sem a supervisão rigorosa dos agentes os internos ficam a mercê de seu próprio governo, estabelecendo as regras tais como lhes forem convenientes. Isso é um ponto extremamente desconfortante para a Administração Pública que vê escapar de sua esfera de poder qualquer meio hábil capaz de provocar no íntimo dessas pessoas um sentimento de reabilitação.

Dada esta conjunção de fatores é naturalmente evidente a ruína dos pilares em que se baseiam a pena de prisão. Seria utópico admitir que há uma solução

eficaz ao sistema penitenciário com a continuidade de utilização desta medida de privação da liberdade sem antes haver uma política criminal absolutamente definida.

A prisão como um todo, hoje é vista como um labirinto cuja pena institucional é a perda da dignidade humana. Antes de mais nada o que deveria ter sido observado quando da aplicação efetiva da privação é que os internos, são antes de tudo, pessoas portadoras de direitos, garantia esta que lhes foram solenemente ignoradas.

Reafirmando o caráter desumano das instituições prisionais Marcos Rolim⁴³ relata:

A desumanização dos internos e condenados, todavia, cumpre uma importante "função" dentro das instituições totais. Ela oferece aos agressores a "senha" que lhes permite transitar da estranheza e da incompreensão à violência. Por isso, é comum que os agentes que operam o sistema refiram-se sempre às pessoas sob sua tutela não como pessoas, mas a partir de uma redução qualquer que as enquadre dentro de uma "categoria". Se este procedimento é, até certo ponto, inevitável quando se trata de estudar os seres humanos ele se torna perigoso no momento em que estamos tratando de uma interação entre seres humanos. Todorov (1995) chama a atenção para a prática em vigor nos campos de concentração do desnudamento das vítimas antes das sessões de espancamento ou nas câmaras de gás dizendo: "A transformação das pessoas em não-pessoas, em seres animados, mas não humanos, nem sempre é fácil. Apesar dos princípios ideológicos, diante de um indivíduo concreto pode se ter dificuldades em superar uma resistência interior. Uma série de técnicas de despersonalização entra então em ação, cuja finalidade é auxiliar o guarda a esquecer a humanidade do outro. [...] Os seres humanos não ficam nus em grupo, não se deslocam nus; privá-los de suas vestes é aproximá-los dos animais. E os guardas comprovam que toda a identificação com as vítimas se torna impossível logo que não vêem mais do que corpos nus; as vestes são uma marca de humanidade".

Cabe ainda ressaltar que outros fatores contribuem para esta ineficácia da pena de prisão, tais como a ociosidade e o problema da reincidência.

7.1.1 *A Ociosidade nos presídios como óbice à ressocialização do preso*

⁴³ Obtido em www.mj.gov.br/depen. Acesso em 18 de outubro de 2005.

O ócio é um dos fatores que contribui à toda essa realidade carcerária degradante, posto que a prisão como um todo já exerce um efeito psicológico totalmente negativo na personalidade do recluso.

Nada obstante a existência de disposições na Lei de Execução Penal acerca da previsão da atividade laboroterápica (art. 28) como condição de dignidade da pessoa humana, e assim, detentora de caráter educativo, não é esta forma de reabilitação aplicada no atual sistema prisional.

O resultado que poderia ser obtido em razão da aplicabilidade efetiva da norma política, são absolutamente significativos, posto que representaria não só uma fonte produtiva ao Estado, mas também faria gerar no senso do recluso uma perspectiva de uma possível reinserção social após o cumprimento de sua reprimenda.

Seria, ainda, um meio para desencorajar o detento a reincidir, pois trabalhando ele seria remunerado e, assim, continuaria ajudando a suprir as necessidades de sua família.

A importância da atividade laboral na vida do interno é expressamente veemente nos ensinamentos de Francisco Bueno apud Julio Fabbrini Mirabete (2004, p. 90):

[...] o trabalho do preso 'é imprescindível por uma série de razões: do ponto de vista disciplinar, evita os efeitos corruptores do ócio e contribui para manter a ordem; do ponto de vista sanitário é necessário que o homem trabalhe para conservar seu equilíbrio orgânico e psíquico; do ponto de vista educativo o trabalho contribui para a formação da personalidade do indivíduo; do ponto de vista econômico, permite ao recluso dispor de algum dinheiro para suas necessidades e para subvencionar sua família; do ponto de vista da ressocialização, o homem que conhece um ofício tem mais possibilidades de fazer vida honrada ao sair em liberdade'.

Assim, resta claro a inadequação do sistema às previsões estabelecidas para a execução da pena. É evidente que muitos dos problemas de reincidência ocorridos nos dias atuais se devem a esta falta de rigorismo e investimentos em atividades educativas por parte da Administração Pública, já que ao se livrar da prisão o egresso sofre as conseqüências do pré-conceito social, voltando a delinqüir.

Pelo trabalho, como bem disse Jason Albergaria (1996, p. 112), "o homem se auto-realiza e leva a contribuição de seu trabalho ao bem comum. Na

participação das atividades do trabalho, o preso se auto-aperfeiçoa e prepara-se para servir a comunidade”.

Há que se fazer uma ressalva que não são em todos os presídios brasileiros que o trabalho do detento não é realizado, pelo contrário, há estabelecimentos em que apesar de ter atendido as regras estabelecidas pela Lei n.º 7.210/84, esta norma é empregada de forma insuficiente e não produz os resultados aptos para garantir a reinserção do recluso ao mundo externo.

Assim, deve ser observada a precariedade das prisões como um todo, ou seja, merece destaque o fato de que o Poder Público não é capaz de oferecer um ofício à toda massa carcerária, o que leva à todo esse contingente de reclusos entregues totalmente ao ócio.

Tal questão é extremamente relevante já que a não ocupação do delinqüente leva a um abalo psíquico que influi diretamente no seu comportamento e conseqüentemente na sua própria personalidade. Como bem destacou Drauzio Varella (2002, p. 141/142), ao realizar um estudo dentro da prisão:

Mente ociosa é moradia do demônio, a própria malandragem reconhece. Ao contrário do que se imagina, a maioria prefere cumprir pena trabalhando. Dizem que o tempo passa mais depressa, e à noite:
— Com o corpo cansado, a saudade espanta.
Poderiam, também, aprender um ofício e voltar para casa com alguma perspectiva. Soltá-lo mais pobres e ignorantes do que entraram não ajuda a reabilitá-los.

[...]Como o trabalho é privilégio de poucos, passam o dia encostados, contam mentiras nas rodinhas do pátio, levantam peso na academia, jogam capoeira no cinema, andam para baixo e para cima, inventam qualquer bobagem para se entreter e, principalmente, arrumam confusão...

Cabe ressaltar diante de tais fatos que há uma incongruência e uma incompatibilidade entre a finalidade ressocializadora da pena com o ócio. É importante ter em mente que com a permanência dos reclusos nos estabelecimentos prisionais são dispendidos gastos que poderiam eficazmente serem repostos com o próprio trabalho daqueles que ali se encontram.

Contudo, a má administração destas instituições pecou desde o início não fazendo valer as normas de encarceramento, tornando desta forma quase impossível alcançar resultados que assegurem a reinserção social.

7.1.2 O problema da reincidência

A reincidência surge no sistema prisional, meramente como consequência da não aplicabilidade efetiva das disposições regulamentadoras da pena de prisão.

É assim, um dos fatores marcantes na demonstração do fracasso da pena privativa de liberdade, uma vez que é perfeitamente óbvio o fato de que ao se limitar a liberdade de alguém e não empregar meios capazes de readaptá-lo ao ambiente externo não há como fazê-lo se desvincular da vida adquirida durante o cumprimento da pena. Conclui-se, portanto, que é impossível tentar recuperar alguém para a vida em liberdade estabelecendo condições de não-liberdade.

Neste contexto, o termo reincidência não diz respeito a apenas a prática de um novo delito após o cumprimento da reprimenda por outro, mas também aos casos em que o indivíduo foi recolhido do âmbito social, foi colocado em uma instituição de privação de liberdade e quando solto retornou à prisão.

Tendo como base esta visão percebe-se que o índice de reincidentes no Brasil é alarmante o que preocupa de fato a segurança pública. Entretanto, não há estudos científicos que comprovem as causas gerais que levam o indivíduo a voltar a delinquir.

Todavia, como medida preventiva deveria o Estado ter oportunizado meios eficientes para que esta situação não fosse decorrência, ainda que em pouca proporção, do fracasso do sistema penitenciário. Mas, ao que parece a inércia e o descaso do Poder Público contribuem e muito para esta realidade tão degradante.

É evidente que não havendo um preparo dentro da prisão, que dê ao interno consciência de que lhe é necessária a integração quando em liberdade ao meio social, fará com que ele, posteriormente, ao deixar o cárcere continue estigmatizado perante a sociedade e absorva completamente aquela subcultura a que se adaptou dentro da comunidade prisional.

Assim, tendo transformados seus valores os delinquentes ao se verem fora das prisões se vêem excluídos da sociedade, e não conseguem manter aquele mesmo comportamento psíquico de viver entre iguais, tal como lhes ocorria no ambiente interno dos presídios. Nas lições de Michel Foucault (2002, p. 222), “a prisão torna possível, ou melhor, favorece a organização de um meio de delinquentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as

cumplicidades futuras”. O egresso passa, então, a ser repugnado pela sociedade pré-conceituosa.

Não sendo-lhes dada sequer uma oportunidade para ingressar no mercado de trabalho, para se manterem e suprirem as necessidades de suas famílias, muitos destes ex-detentos, voltam à prática de novos delitos, com uma agravante: a experiência e o conhecimento dos meios para sua execução adquiridos dentro das penitenciárias, o que torna esta prática delituosa cada vez mais violenta.

Em muitos casos, os ex-internos ao enfrentar a realidade política e social fora da prisão nem ao menos se sentem inibidos com a possibilidade de que sua conduta os faça retornar à vida do cárcere. Isso demonstra que apesar das péssimas condições oferecidas pelo ambiente prisional é ali que o delinqüente se identifica o que demonstra toda a ineficácia da pena privativa de liberdade.

Diante de tais premissas, é veemente a situação caótica da pena privativa de liberdade, e como bem disse Foucault (2002,p. 221), “a detenção provoca a reincidência”. E, mais, arremata dizendo que, “a prisão, conseqüentemente, em vez de devolver à liberdade indivíduos corrigidos, espalha na população delinqüentes perigosos.”

Por tudo isso, uma alternativa que poderia se mostrar hábil para conter estes elevados índices de reincidência seria a aplicação das penas alternativas, uma vez que em sendo aplicados tais substitutivos penais o condenado não seria retirado do meio social o que possibilitaria uma maior facilidade quando do término do cumprimento de sua pena à adequação aos moldes da sociedade.

7.2 Estabelecimento penitenciário feminino

A situação encontrada nas penitenciárias femininas não foge muito da realidade dos estabelecimentos prisionais masculinos.

Apesar de serem em menor número, poucas instituições são destinadas a abrigar essa massa carcerária composta por mulheres o que implica na ocorrência de fatores que culminam para a falência do sistema penitenciário em geral, tais como, a superlotação, a insuficiência de assistência médica e legal,

além da inadequação dos atendimentos às necessidades básicas e fundamentais, como higiene.

As mulheres delinqüentes, ainda, sofrem com o tratamento desigual em relação aos homens condenados. Do mesmo modo que eles, ao sofrer o encarceramento também são produzidos em sua esfera psíquica os mesmos abalos e insatisfações, contudo, no tocante às visitas íntimas as penitenciárias femininas apresentam algumas limitações, tanto no que diz respeito aos requisitos para sua viabilização como quanto ao tempo em que se dará este procedimento.

Entretanto, as mulheres não causam tanta repulsa à sociedade quando colocadas em liberdade, haja vista ser mais fácil a reinserção das mesmas no mercado de trabalho, além de gozarem de prerrogativas, como, menor índice de violência por parte dos agentes penitenciários e disposição maior de apoio material, contudo, não são fatores capazes suficiente de evitar o fracasso da pena de prisão.

Cabe ressaltar, que com a privação da liberdade das detentas, seus filhos sofrem indiretamente os efeitos do cárcere, e nestes termos, sentiu-se a necessidade de garantir um melhor atendimento à estes menores, já que torna-se indispensável que sejam assistidos ao menos durante o período de dependência estreita com a mãe presidiária.

Foi, então, que a Lei de Execuções Penais em atenção a uma garantia constitucional (art. 5º, L da Constituição Federal) previu em seu art. 89 que as presas têm o direito de permanecer com seus filhos recém-nascidos durante todo o período de lactação, entretanto, em diversos estabelecimentos prisionais as condenadas perdem o direito à guarda de seus filhos imediatamente após darem a luz, o que viola absolutamente a Carta Magna.

Prevê, ainda, a Lei n.º 7.210/84 que as penitenciárias femininas devem ser dotadas de berçário, onde as condenadas possam amamentar seus filhos (art. 83, §2º), contudo, é esta regra totalmente desrespeitada, já que tais instituições não possuem condições mínimas para garantir a efetividade deste dispositivo.

Cabe destacar que a população delinqüente feminina é, em sua maioria, formada por mulheres que cometeram delitos ligados ao uso de entorpecentes, e como, não seria diferente, dentro destas instituições também há acesso a estas drogas o que acaba gerando uma maciça contaminação de AIDS, em virtude do uso de drogas injetáveis.

Assim, é notável o descaso das autoridades públicas tanto com relação a estes estabelecimentos prisionais femininos como masculinos, prejudicando qualquer finalidade ressocializadora pretendida pelo isolamento da prisão.

7.3 A reintegração do detento ao convívio social e o papel do Estado e da comunidade na ressocialização do preso

A pena de prisão surgiu, no contexto histórico, com a finalidade precípua de zelar pela segurança da sociedade e conseqüentemente fazer gerar na pessoa do ofensor um arrependimento pela conduta delituosa praticada. A este objetivo foi somado o caráter educacional, ao qual deveria se voltar a privação da liberdade, para melhor satisfação da coletividade em não haver contribuído com a impunidade.

Deste modo, ficou evidentemente demonstrado o caráter geral da pena privativa de liberdade, qual seja o de reprimir, prevenir e ao mesmo tempo ressocializar o indivíduo infrator.

De acordo com a Lei de Execução Penal, o objetivo maior a que deve ser imposta a privação é a disponibilidade de meios eficazes a proporcionar a reintegração futura do condenado ao meio social.

Cumpra esclarecer que por 'ressocialização' deve ser entendido o processo de concessões recíprocas entre o Estado e o apenado, de sorte que ao Estado cabe a imposição das penas ao condenado, e este, por sua vez, cabe o dever de obediência aos cumprimentos da mesma, adquirindo, por conseguinte, medidas educativas e passíveis de serem utilizadas na vida livre.

Cabe ressaltar que não há que se confundir esse processo ressocializador com a reeducação que deve ser dirigida a estes indivíduos encarcerados. É claro que a Lei de Execução Penal prevê que os sentenciados em regime de cumprimento de pena devem ser educados, entretanto, esta educação a que se refere a norma política diz respeito tão somente à um meio para se atingir a reinserção social. Não é assim a finalidade essencial da pena, já que constitui direito constitucional de todos os cidadãos. O que a Lei n.º 7.210/84 tenta fazer é proporcionar métodos que torne o alcance da ressocialização mais próximo da realidade.

È cediço que a finalidade reintegradora da pena está intimamente ligada à forma de execução da pena privativa de liberdade, ou seja, depende exclusivamente da forma pela qual se desenvolve o cumprimento desta modalidade de pena.

Assim, resta claro o fato de que tal medida não vem desenvolvendo eficazmente a sua função preventiva e reabilitadora, haja vista os inúmeros fatores que levam à falência do sistema penitenciário. Ao que parece a finalidade da pena foi plenamente esquecida.

Como bem ressaltou Denise de Roure ⁴⁴ (1998, p.16), “falar em reabilitação é quase o mesmo que falar em fantasia, pois hoje é fato comprovado que as penitenciárias em vez de recuperar os presos os tornam piores e menos propensos a se reintegrarem ao meio social”.

É mais do que evidente toda essa crise que assola o mundo prisional. Entretanto, ainda não existe uma formação administrativa capaz de abolir totalmente a pena de prisão do ordenamento jurídico brasileiro e, ainda, isso seria totalmente desnecessário posto que o problema não é a existência desta forma de punir do Estado, mas meramente o modo como é executada por parte do mesmo.

Seria inócua uma proposta nesse sentido, já que há casos em que a única solução viável é realmente o encarceramento do indivíduo dadas as proporções que seu comportamento pode gerar com sua permanência no convívio social.

Nada obstante, vê-se atualmente que a pena de prisão, em sua realidade e em todos os seus efeitos visíveis, é denunciada como o grande fracasso da justiça penal. Há uma flagrante incompatibilidade em admiti-la como eficiente para ressocializar o apenado.

O problema maior restringe-se a apenas uma causa: a má administração do Estado na execução desta medida.

A privação da liberdade se houvesse sido empregada da maneira como foi instituída e regulamentada certamente produziria os efeitos pretendidos e almejados pela sociedade em geral, constituindo-se um verdadeiro modelo de repressão à criminalidade, não fosse a defasagem do atual sistema penitenciário.

⁴⁴ ROURE, Denise de. Panorama dos Processos de Reabilitação de presos. **Revista CONSULEX**. Ano III, n.º 20, Ago. 1998, p. 15-17.

É indiscutível que se o regime sócio-político vigente produz graves injustiças estas devem ser erradicadas. Assim, a grande falha no cumprimento deste isolamento social deve ser atribuída também às condições desumanas a que são submetidos os detentos. É evidente que se houvessem condições dignas de encarceramento produzir-se-ia um efeito sociológico e psicológico no recluso muito melhor já que o mesmo teria tempo suficiente para refletir sobre sua conduta delituosa e no mal que causou à sociedade. E, ainda, se tais limitações não cerceassem tanto o direito de expressão da personalidade humana muitos resultados satisfatórios poderiam ser obtidos.

Para que, finalmente, se chegue a um processo de reabilitação é preciso superar estas deficiências e, antes de tudo, entender a necessidade de humanizar os regimes de prisão, para que a vida em reclusão se aproxime o máximo que puder da vida em liberdade, bem como deve haver investimentos em pessoal capacitado para administrar o ambiente prisional, como também devem ser dirigidos melhoramentos que possibilitem o tratamento do preso como criatura humana detentora de direitos e obrigações.

Numa visão otimista, a primeira atitude a ser tomada seria extirpar do pensamento humano que a prisão é o único método de defesa da sociedade contra o crime e o criminoso. A prisão deve existir como castigo para os infratores da lei e meio de preparação para o retorno à sociedade e não para castigá-los com condições degradantes que os humilhem e os tornem mais violentos.

O encarceramento do homem, como já mencionado anteriormente, não o melhora, nem o corrige, ao contrário, adequá-o a uma subcultura, tornando-o integrante de uma marginalização pelo próprio convívio com os demais integrantes do sistema, o que o estigmatiza. A pena de prisão, assim, na mente do indivíduo e da própria sociedade é tida como uma pena perpétua, já que os reflexos que a privação da liberdade causa são extremamente negativistas do ponto de vista da sociedade conservadora.

Com base nestas explanações, é gritante que não depende só do Estado a missão de possibilitar a reinserção do ex-detento ao meio social, mas também cabe à população ser mais racional e estimular a harmônica integração do condenado através do fortalecimento de seus vínculos com a sociedade. Como

bem salienta Luiz Flávio Borges D'Urso ⁴⁵ (2001, p. 58/59), “a necessária conscientização tem que ocorrer, nem que seja por puro egoísmo”.

É por isso, que em uma visão crítica à realidade prisional, muitos defendem a aplicação das medidas alternativas como forma de superar em parte toda esta crise, uma vez que estes substitutivos penais poderiam funcionar como uma resposta mais eficaz e mais justa do que o encarceramento ainda mais quando considerado o tratamento necessário à integração social daqueles cuja liberdade não ofereça riscos consideráveis à vida ou a integridade física dos demais.

Nestes moldes, é perfeitamente admissível a aplicabilidade de tais medidas como meio para se efetivar a finalidade da ressocialização, contudo, o Poder Público ainda se mostra cauteloso em relação a isso, posto que a Administração em geral não comporta os estabelecimentos adequados para a perfeita imposição destas penas e nem mesmo possui uma fiscalização adequada para o cumprimento das mesmas. Seria assim, a prisão aplicada somente subsidiariamente, naqueles casos cujas alternativas penais não fossem permitidas.

Por outro lado, uma das propostas apresentadas pelo Governo é o aumento das instituições prisionais, todavia, seria necessário uma grande destinação de verba para que fosse concretizada tal idéia. Além disso, não bastaria simplesmente construir novos presídios como também seria preciso recuperar os já existentes, e também aumentar o número de agentes penitenciários para assegurar o regular funcionamento do estabelecimento. Para a melhor certeza da reversão do investimento deveriam ser dispendidos gastos com cursos profissionalizantes e programas destinados a recuperação e reintegração do delinqüente à sociedade.

Ocorre que é absolutamente insustentável ante à realidade econômica do país a aplicação de uma medida como esta. A verdadeira preocupação da Administração Pública deveria se fundar em dar efetividade e aplicabilidade a todos os dispositivos da Lei de Execução Penal, haja vista que desde sua edição a mesma não teve aplicação em sua integralidade deixando à mercê do sistema prisional casos que poderiam ser resolvidos fora do cárcere e cuja a reabilitação seria mais provável face a permanência em contato com o mundo social.

⁴⁵ Privatização de Presídios. Consulex – Revista Jurídica, Brasília, DF, ano V, n. 104, p. 58/59, 15 de maio de 2001.

Portanto, vários são os obstáculos impostos no modelo penitenciário atual para que haja a efetivação da ressocialização. É claro, que não está totalmente descartada a sua ocorrência, mas diante de todos os fatores negativos chega-se a conclusão de que esta não passa de mera ilusão.

Seguindo os ensinamentos de Michel Foucault (2002, p. 222):

O sentimento de injustiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter. Quando se vê assim exposto a sofrimentos que a lei não ordenou nem mesmo previu, ele entra num estado habitual de cólera contra tudo que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade: não pensa mais ter sido culpado; acusa a própria justiça.

7.4 Sistema Penitenciário e sua reforma

As evidências comprovam que o sistema penitenciário brasileiro está completamente falido.

Dadas as proporções a que se chegou a realidade carcerária, o problema reside na falta de rigorismo por parte da Administração Pública o que constitui óbice fundamental à reinserção social do detento.

Ao que parece a única alternativa apresentada pelo Poder Público a toda essa crise seria a construção e a reforma dos presídios, entretanto, como já explanado, não seria a melhor opção, já que implicaria em aumento exorbitante das verbas públicas.

Assim sendo, deveria ser implantada no país uma política criminal que viabilizasse a melhor justiça com aprimoramento dos profissionais que zelam pela efetivação da mesma através de uma maior dedicação aos procedimentos investigatórios, bem como deveria ser desenvolvida uma maior conscientização por parte dos agentes penitenciários acerca da corrupção que a toda hora os rodeia, bem como deveria ser-lhes aplicados programas de qualificação e treinamento que os tornassem eficientes o suficiente para assegurar a ordem tanto dentro da prisão como fora da mesma.

Necessita-se, ainda, de um apoio financeiro do Estado para investir na estrutura física dos estabelecimentos e para garantir a eliminação de qualquer condição que viole a dignidade humana do preso, bem como exclua o caráter

marginalizador que é imposto ao detento, reduzindo-se, conseqüentemente a violência dentro dos presídios, o que poderá ser feito se for respeitada a norma legal disposta na Lei de Execução Penal que prevê a classificação dos indivíduos levados ao cárcere.

Outro fator importante na busca da reforma do sistema prisional seria a realização integral das disposições previstas na Lei de Execução Penal. Nestes termos, deveriam ser destinadas verbas para perfazer os gastos à construção de casas do albergado e demais estabelecimentos destinados ao cumprimento das penas restritivas de direitos e demais substitutivos penais.

Ademais, deveria ser concedido ao preso todos os seus direitos, consagrados tanto na Constituição Federal como na Lei n.º 7.210/84, o que possibilitaria, inclusive a redução da massa carcerária, por meio da progressão de regimes de cumprimento de pena e também pela análise e, posterior, livramento do condenado que já cumpriu todo o período estipulado para o encarceramento.

Como forma de se obter a reforma de todo este sistema carcerário são necessários, ainda, gerar estímulos a atividade laboroterápica acabando com a ociosidade freqüente, bem como desestruturar as organizações criminosas o que controlaria as tensões dentro das penitenciárias estabelecendo um ambiente melhor de convivência.

Como se depreende de todos estes fatos, percebe-se que um estabelecimento penitenciário adequado depende de um longo e árduo trabalho e organização por parte do Estado.

Cabe ressaltar, que a melhor medida a ser tomada na busca de um procedimento eficaz seria a aplicação das penas alternativas, de modo que os substitutivos penais também reclamam uma participação expressiva do Governo no que se refere, principalmente, aos meios fiscalizadores para a imposição de tais medidas destinadas a conter e punir os delitos menos graves, deixando somente ao cárcere aqueles cuja repercussão social seja grave.

De fato, cumpre destacar que não constitui reforma do sistema prisional a remoção de condenados das grandes penitenciárias às prisões localizadas no interior dos Estados, prática freqüente nos dias atuais. Nestes casos, é observado simplesmente o fenômeno da dessocialização e não a ressocialização, uma vez que o preso é inserido dentro de uma comunidade absolutamente distante da sua e de sua origem, como também é colocado em distância da sua família e

prejudica também a prática de determinados atos processuais, já que os processos permanecem na capital.

Ante a toda esta problemática, percebe-se que o sistema prisional reclama verdadeiras mudanças. É óbvio que a realidade carcerária deve ser compatível com os anseios da sociedade. Não há como sustentar uma prisionalização que provoca constante medo e insegurança na população. Mais do que a reforma carcerária é evidente a conscientização da população acerca da situação penitenciária uma vez que a mesma não consegue progredir com a ineficácia alarmante da pena de prisão devendo se posicionar de forma participativa na busca da ressocialização dos delinqüentes.

Como bem assinalou Jaime Klintowitz, em sua reportagem “Referendo da Fumaça”, da Revista Veja ⁴⁶ citando frase dita por José Vicente da Silva Filho, “As mazelas da insegurança nacional não decorrem do excesso de armas nas mãos da população, mas de uma polícia, um sistema judicial e prisional ineficientes”.

⁴⁶ Revista Veja, edição 1925 – ano 38 – n.º 40 de 05 de outubro de 2005. Editora Abril.

8. Privatização

8.1 A proposta de Privatização das penitenciárias brasileiras

Primeiramente, é importante ressaltar, que a proposta de privatização a ser analisada frente ao sistema penitenciário atual será a privatização em seu sentido amplo, que corresponde à delegação de determinadas tarefas dentro do ambiente prisional à entidades particulares.

Deste modo, todas aquelas funções materiais executadas dentro da prisão, tais como fiscalização relativa à vestuário, alimentação, educação, lazer, atividade laboral dentre outros seriam transferidas do Estado à algum empreendedor sempre sob vigilância estatal.

Nestes termos, é evidente que a execução penal continuaria sob o poder da Administração Pública, enquanto que apenas as funções materiais seriam designadas ao particular o que não configura qualquer violação ao preceitos constitucionais ou à Lei de Execução Penal.

Diferentemente ocorreria se fosse tido como base o sentido estrito de privatização cuja característica se dá pela delegação integral de todas as funções exercidas no estabelecimento prisional, desde as funções meramente materiais até a seleção de pessoal que trabalhará para fazer cumprir os mandados condenatórios impostos pelo Poder Judiciário.

Neste caso, haveria sim flagrante desrespeito às normas legais, haja vista ser a tutela jurisdicional indelegável (art. 5º, inciso II da Constituição Federal).

Tendo em vista a privatização em seu sentido lato, busca-se atacar a ineficácia do sistema prisional como meio de reinserção social. Assim, vários aspectos devem ser levados em consideração para a implantação dessa iniciativa.

Levando-se em consideração que apenas as funções materiais ficariam à cargo de uma pessoa jurídica, a privatização deveria ocorrer da forma como descreveu Araújo Júnior (1995, p. 81):

[...] ao Estado cabe a indicação do Diretor Geral do estabelecimento, seu relacionamento com o juízo da execução penal e a responsabilidade pela segurança interna e externa da prisão, à empresa contratada compete a organização do trabalho, da educação, do lazer, da alimentação, do

fornecimento de vestimentas e demais serviços relacionados ao preso, incluindo assistência médica, social e jurídica; esta empresa receberá uma quantia por preso/dia pela prestação destes serviços [...] esta inovação estará sob um esquema forte de observação tendo sido reservado um período de 5 anos para uma definição quanto a validade desta iniciativa.

Assim, estabelecido um contrato entre a Administração Pública e a empresa privada todas as regras vigentes durante a privatização seriam regulamentadas pelo mesmo.

Questões como quadro de funcionários que prestariam serviços nas unidades prisionais, ficariam sob a tutela do Poder Público e assim, com este seria estabelecido o vínculo empregatício e somente seriam admitidos os profissionais mediante concurso público.

Em suma, as cláusulas contratuais deverão tratar especificamente e em todos os detalhes da atividade a ser exercida em cada setor a ser privatizado para que não haja influência da empresa contratada nas funções exclusivas do Estado.

Cabe destacar que a primeira e mais significativa contribuição que a privatização traria ao sistema prisional seria a implantação de atividade laboroterápica, obedecendo aos preceitos estatuídos pela Lei de Execução Penal.

O trabalho seria um eficaz meio para reabilitação social já que ocuparia a mente do recluso e conseqüentemente produziria efeitos realmente proveitosos tanto para ele como para a sociedade em geral.

Os serviços a serem prestados neste novo modelo prisional seriam realizados pelos próprios detentos, mediante uma remuneração, mas sem obviamente ser estabelecido qualquer vínculo com a empresa privada. A única relação que importaria à empresa mediante este labor seria a obtenção de lucros.

Nesta seara, seria oportuno à empresa proporcionar o exercício da atividade industrial, uma vez que os lucros obtidos por meio dos produtos comercializáveis seriam maiores e conseqüentemente prepararia o detento profissionalmente.

Insta salientar que o exercício das funções destinadas à iniciativa privada não ficará a cargo somente dos condenados, mas também caberá a ela selecionar profissionais aptos a exercer tais atividades e somente com estes será estabelecida qualquer relação de trabalho. Esta empresa, ainda, para possibilitar

melhores condições de trabalho aos detentos deverá adaptar o estabelecimento prisional ao exercício de tais atividades.

Há uma certa preocupação com relação a adoção da privatização como meio eficaz para resolver parte dos problemas da falência do sistema carcerário. E, assim, é colocado em discussão o fato de ser o desenvolvimento de um complexo industrial de justiça criminal transformado em uma força política que afete as taxas de encarceramento, extensão do tempo na prisão, e condições de isolamento que não se baseiam em interesse social mas sim em razão de lucro.

Entretanto, são todas hipóteses que somente poderão ser comprovadas com a experiência e, portanto, certamente, duvidosas. Contudo, se há uma possibilidade que indique que possa trazer benefício ao sistema não pode esta ser totalmente descartada.

Cumprir destacar que dentre estas atividades destinadas à empresa privada está também a preocupação com a alimentação e vestuário dos internos.

Quanto à alimentação deverá ser instalado um programa que preveja uma dieta balanceada e, será determinados que todos os cuidados com o cultivo e criação de alguns alimentos ficarão a cargo dos próprios encarcerados.

Já quanto ao vestuário este ficará exclusivamente aos préstimos da empresa privada, assim como também ficará esta incumbida em oferecer ensino primário, secundário e profissionalizante aos condenados e, também, atividades de entretenimento.

Assim, tendo em vista que as críticas a esse modelo se baseiam única e exclusivamente no fator lucro é coerente esclarecer que todos os proventos obtidos pela exploração da atividade laboral dos internos serão regularmente rateados entre o Estado, a pessoa jurídica e o próprio detento.

É evidente que a aplicação desse sistema nos estabelecimentos prisionais significaria um grande avanço no processo de reinserção social do preso uma vez que o estimularia ao aprendizado e conseqüentemente facilitaria o seu ingresso no mercado de trabalho quando se livrasse solto. Contudo, não é possível estabelecer de imediato a privatização, na realidade, para que tal medida ganhe efetividade é necessário uma análise minuciosa da viabilidade da aplicação de tal procedimento ao falido sistema penitenciário brasileiro para que, somente após, o Estado possa empregar esse método alternativo.

8.2 Terceirização

A terceirização deve ser entendida como o método pelo qual é repassada a terceiros a realização da atividade meio (atividades secundárias) ficando resguardada ao Estado o exercício da atividade fim (atividades principais).

Dá-se por meio de contrato cuja sua celebração será precedida de licitação na modalidade concorrência. É emprego de atividade perfeitamente válido, inclusive com expressa disposição legal autorizando a sua realização (art. 10, §7º, do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967) ⁴⁷.

O Estado, por meio de um contrato de gestão estipula qual a empresa que irá desempenhar a atividade determinada mediante o pagamento de uma remuneração. Assim, os serviços prestados ficaram limitados àquele objeto do contrato.

Tal como na privatização determinadas atividades essenciais ao bom funcionamento das prisões não podem sequer serem cogitadas quanto à possibilidade de delegação às empresas terceirizadas, assim, atividades relativas à segurança e à disciplina prisional estão totalmente proibidas de serem veiculadas como matérias objeto deste contrato.

Resta evidente, portanto que ficam restringidas a esse modelo as questões atinentes à administração da assistência material, à saúde, jurídica, educacional social, religiosa, psicológica e laboroterápica.

Por fim, insta salientar que corresponde à modelo alternativo semelhante à privatização, todavia não produz a mesma carga de confiança para com Administração apesar de ser absolutamente fiscalizada por esta. A problemática na aplicação deste modelo reside no fato de que ainda estão sendo experimentadas a viabilidade desta medida. Por hora cabe ressaltar que nos presídios cuja aplicação da medida já é efetiva ⁴⁸ não há qualquer menção a

⁴⁷ Art. 10 do Decreto-Lei n.º 200/67: “A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. § 7º: Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, e com o objetivo de impedir o crescimento desmensurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.”

⁴⁸ A terceirização está sendo empregada experimentalmente na Penitenciária de Guarapuava (PR) e na Penitenciária do Cariri (CE).

problemas freqüentes como superlotação, fugas ou rebeliões, o que demonstra merecer uma atenção maior na busca da ressocialização dos internos.

9. Conclusão

O Direito Penal nada mais é do que um ramo do Direito que, tal qual os demais, constantemente sofre modificações significativas. Assim sendo, ao longo da evolução histórica das penas verificou-se um extremo esforço na adaptação das normas repressivas ao pensamento da sociedade, que a concedeu caráter mais humanitário buscando um resultado efetivo e futuro de uma regeneração mais eficaz dos condenados.

Ao que pertine à matéria relativa ao sistema penitenciário brasileiro clarividente está seu retrocesso com relação à toda esta modernização social. O que se verifica atualmente é o profundo fracasso da pena privativa de liberdade que não alcança as suas finalidades tão aludidas.

É evidente que se um indivíduo pratica um ilícito penal deverá ser ele punido de alguma forma, seja com o encarceramento, seja por meios alternativos. Contudo, deve-se ter claro que somente em caráter excepcional deveria ser aplicada a pena de prisão, não restando eficaz esta quando aplicada a delitos cuja gravidade seja mínima ou cuja repercussão social seja completamente irrelevante, servindo os substitutivos penais nestes casos como meras espécies de pena suficientes para atribuir o caráter de sanção no âmago da sociedade.

Destarte, maiores considerações é veemente a situação degradante encontrada pelo sistema em si que não previne e nem ao menos reprime seus detentos, muito pelo contrário acaba estimulando-os à prática reiterada de delitos quando expostos ao convívio social. Entretanto, cabe destacar que não se pode generalizar toda a massa carcerária, mas é cediço que o fenômeno da prisionalização acomete a todos de uma maneira ou de outra.

Desta forma, é gritante a ineficácia da pena de prisão na realidade atual. Ao que parece o Estado fecha os olhos ante a realidade alarmante e ignora por completo que a lei penal por si só não é capaz de dismantelar toda essa criminalidade crescente.

A onda de medo que assola a sociedade é basicamente decorrente da falta de estruturação política que não prevê medidas sancionatórias capazes de coibir essa violência. Entretanto, cabe destacar que não se propõe aqui a criação de novas leis com maiores penas como forma de solução viável a todos estes

problemas. Pode até parecer conveniente e tranqüilizador a curto prazo estabelecer castigos mais severos, todavia, somente a longo prazo será observado o inequívoco na adoção desta idéia. Por isso, trata-se de proposta que nem sequer pode ser suscitada em matéria prisional.

É absurdamente vergonhosa a forma como se dá a aplicação da pena privativa de liberdade atualmente. Não são respeitadas nenhuma das normas penais estabelecidas para o cumprimento destas medidas, o que faz com que as penitenciárias fiquem cada vez mais superlotadas e apresentem condições de dignidade extremamente reduzidas.

O sistema penitenciário brasileiro apresenta-se como uma verdadeira escola para formar delinqüentes e, isso se deve às condições a que são expostos os encarcerados de modo que mesmo aqueles com caracteres mais puros são corrompidos e se tornam vulneráveis dentro daquele convívio regado por normas próprias provocando profundos abalos tanto na sociedade de um modo geral como na própria pessoa do condenado. Observa-se neste ponto uma verdadeira afronta ao princípio da isonomia uma vez que em havendo situações desiguais, a resposta penal, certamente não pode ser idêntica, todavia, não é o que se vê.

Conforme se depreende de toda esta situação, é evidente que uma reforma no sistema prisional por mais estudada que seja não produzirá um efeito imediato capaz de produzir um sentimento de alívio na sociedade. Resta claro, portanto, que melhor solução não há senão reservar à pena de prisão aqueles casos em que seja ela inteiramente indispensável, estimulando os órgãos da justiça penal a aplicarem as medidas substitutivas às infrações de menor relevância jurídica e social.

Insta salientar que o que se pretendeu neste trabalho foi apenas discutir toda a problemática envolvendo o sistema prisional destacando-se, assim, as modalidades de penas encontradas no Estatuto Repressivo e não tecer considerações acerca da dosimetria da pena.

Logo, as penas existem e estão expostas no ordenamento jurídico para serem efetivadas e não para servirem como meras previsões legais sem qualquer finalidade prática.

Por tudo quanto foi exposto, é salutar que o desejo por uma sociedade sem penas e sem crimes constitui uma verdadeira utopia posto que a realidade, infelizmente, ainda não se identificou a esse sonho. É necessário, portanto, não

só uma participação ativa do Poder Público como também uma melhor conscientização da sociedade para efetivar as normas penais já existentes e fazer valer por completo o mecanismo punitivo estatal, extirpando totalmente a noção da falência do sistema prisional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERGARIA, J. **Das penas e da execução penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. **Manual de Direito Penitenciário**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

ARAÚJO JÚNIOR, J. M. de. **Privatização das Prisões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

AULER, H. **Suspensão Condicional da Execução da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

BARROS, F. A. M. De. **Direito penal: Parte Geral**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BERGAMINI, A. M. **Temas penitenciários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, C. R. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Manual de direito penal: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. **Códigos Penais do Brasil – Evolução Histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. **Código Penal**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRUNO, A. **Direito Penal**. Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2000.

COSTA, A. M. da. **Exame Criminológico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CRUZ, W. R. da. **As Penas Alternativas no Direito Pátrio**. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

DELMANTO, C. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

DOSTOIÉVSKI. **Crime e Castigo**. São Paulo: Nova Cultural, 2002.

DOTTI, R. A. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Penas Restritivas de Direitos: Críticas e comentários às penas alternativas. Lei 9714, de 25.11.1998**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

FOLGADO, A. N. **Suspensão Condicional do Processo Penal como instrumento de controle social**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARCIA, B. **Intuições de Direito Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1954.

GOMES, L.F. **Penas e medidas alternativas à prisão**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HERKENHOFF, J. B. **Crime Tratamento sem Prisão**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Direitos Humanos: a construção universal de uma utopia**. Aparecida: Santuário, 1997.

HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Forense, 1998.

JESUS, D. E. de. **Código Penal Anotado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Direito Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Penas Alternativas: anotações à Lei n.º 9.714 de 25 de novembro de 1998**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Reflexos penais e processuais penais no novo Código Civil**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003.

LEAL, C. B. **Prisão: Crepúsculo de uma era**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LOPES, M. A. R., et al. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUZ, O. T. **Aplicação de Penas Alternativas**. Goiânia: AB, 2000.

MALULY, J. A., et al. **A lei dos Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça federal e o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo**. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2001.

MARQUES, O. H. D. **Fundamentos da pena**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MARTINS, J. H. S. **Penas Alternativas**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2001.

MIRABETE, J. F. **Código de Processo Penal Interpretado**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Execução Penal: comentários à Lei 7.210 de 11-07-84**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Juizados Especiais Criminais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Manual de Direito Penal**. 12. ed. vol. 1. São Paulo: Atlas, 1997.

MONTEIRO, A. L. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Saraiva, 1981.

NÓBREGA, A. J. A., et al. **Penas Alternativas**. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2000.

NÓGUEIRA, J. C. A. **Pena sem prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

OLIVEIRA, E. **O futuro das prisões no mundo**. São Paulo: Revista Consulex, ano 20, n.º 20, agosto de 1998.

_____. **Política criminal e alternativas à prisão**. Rio de Janeiro: Editora Forense.

OLIVEIRA, J. B. **A Execução penal: uma realidade jurídica, social e humana**. São Paulo: Atlas, 1990.

PAIXÃO, A. L. **Recuperar ou punir? Como o estado trata o criminoso**. São Paulo: Editora Cortez, 1987.

PAZZAGLINI FILHO, M, et al. **Juizado Especial Criminal: aspectos práticos da lei n.º 9.099/95**. São Paulo: Atlas, 1996.

PIERANGELI, J. H. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro – parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROCHA, C. L. A. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

SZNICK, C. C. **Penas Alternativas**. São Paulo: Universitária de Direito, 1999.

THOMPSON, A. **A questão penitenciária**. 5 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

TOURINHO FILHO, F. Da C. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2000.

VARELLA, D. **Estação Carandiru**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.