

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E DA EFICÁCIA DA
PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

THIAGO MARCOS BAZAN

Presidente Prudente/SP
2008

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E DA EFICÁCIA DA
PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

THIAGO MARCOS BAZAN

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito sob orientação do professor. Florestan Rodrigo do Prado

Presidente Prudente/SP
2008

DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E DA EFICÁCIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Monografia de Conclusão de Curso
aprovada como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Florestan Rodrigo do Prado
Orientador

Marilda Ruiz Andrade Amaral

Examinador

Presidente Prudente, _____ de Novembro de 2008.

“A prisão em vez de devolver a sociedade indivíduos corrigidos, espalha na população delinqüentes perigosos”. (Michel Foucault, 2002)

“Não existe liberdade onde as leis permitem que, em determinadas circunstâncias, o homem deixe de ser pessoa e se converta em coisa” (BECCARIA, César, *Dei delitti e delle pene*, XXVII)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que me deu a dádiva da vida, e ilumina o meu caminho todos os dias, pois é nele que creio, nele que confio.

A minha família, em especial aos meus queridos avós, Sr. Nicolau Bazan Martins e Sra. Lucy Menegasso Bazan, que me oportunizaram estar aqui hoje, sempre me apoiaram de forma incondicional não deixando que eu desistisse de meus sonhos, e me ensinaram o valor da humildade e honestidade acima de tudo, valores estes que dignificam o homem. A eles serei eternamente grato, pois reconheço todos os seus esforços e o amor que têm por mim.

Ao meu orientador, Dr. Florestan Rodrigo do Prado, pela sua assistência, dedicação, paciência, e compreensão, sem as quais não seria possível a conclusão desta pesquisa.

Ao Dr. Luís Gustavo Maranhão, que não hesitou em aceitar o convite para compor a banca examinadora deste trabalho.

A Dra. Marilda Ruiz Andrade Amaral, querida professora, a quem tenho enorme carinho, e representa para mim não apenas referência de excelente profissional, mas uma pessoa de nobre caráter e humanidade, também presente nesta banca examinadora.

E por fim, agradeço a todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para que eu conseguisse alcançar mais esse objetivo em minha vida.

RESUMO

O presente trabalho analisa as características do Sistema Penitenciário Brasileiro, que é repleto de mazelas. Os efeitos inerentes à natureza do cárcere aglutinam-se às deficiências estruturais dos estabelecimentos penais, à superlotação, à ociosidade e inúmeros outros, que constituem óbice à ressocialização do condenado. Procurou-se demonstrar quais são os efeitos reais, contrários à regeneração, que o sistema imprime no preso e quais as conseqüências para a sociedade como um todo. A prisão, por ser segregativa por natureza já constitui óbice à ressocialização. É tarefa impossível ressocializar alguém retirando-o do meio social, e jogando-o em meio a outros criminosos. As condições precárias em que é desenvolvida a pena no cárcere, configuram ofensa a um dos principais direitos do homem que não é atingido pela condenação, a dignidade da pessoa humana. A superlotação dos presídios impede a aplicação de um tratamento reeducativo eficiente ante a falta de estrutura para atendimento a todos, e dessa forma não se atende à individualização da pena. Portanto a pena privativa de liberdade tem se fundamentado tão somente pela retribuição pelo mal cometido, muitas vezes, sem que haja a devida proporcionalidade, ela não reeduca não ressocializa e não propicia a reintegração do ex-condenado, além de não cumprir a função intimidativa, pois o que impera na comunidade criminosa é o sentimento de impunidade. O apoio comunitário na busca pela ressocialização e reintegração do condenado em sociedade é de fundamental importância, e inúmeros projetos de origem no setor privado em parceria com o Estado vêm sido desenvolvidos com a obtenção de excelentes resultados. Por fim, procurou-se demonstrar que penas alternativas em substituição à pena privativa de liberdade, com o escopo de ressocializar e evitar os efeitos criminógenos da prisão constituem o melhor caminho na intenção de solucionar ou pelo menos mitigar a problemática penitenciária. E nesse sentido o ordenamento jurídico brasileiro tem progredido com a despenalização de várias infrações, permitindo que sejam as penas privativas de liberdade substituídas por restritivas de direito, que demonstram ser muito mais pedagógicas. Os resultados são a sensível redução dos índices de criminalidade e reincidência.

Palavras-chave: Análise, efeitos, deficiências estruturais, ressocialização.

ABSTRACT

This study analyzes the characteristics of the Brazilian prison system, which is full of problems. The effects inherent to bring together prison to the structural weaknesses of penal establishments, the overcrowding, the idleness and countless others, which constitute obstacles to the re convicted. We sought to demonstrate what are the real effects, contrary to the regeneration, which prints the prison system and what the consequences for society as a whole. The arrest, being by nature already a segregationist obstacle to resocialization. It is impossible task ressocializar someone taking it the social environment, and playing it in the midst of other criminals. The precarious conditions in which the penalty is developed in prison, constitutes a major insult to human rights is not affected by the conviction, dignity of the human person. The overcrowding of prisons prevents the implementation of an effective treatment before re-educate the lack of structure to care for all, so do not meet the individualization of the sentence. So the deprivation of freedom has been so motivated only by consideration for the evil committed, often without giving the proper proportionality, it does not re-educate not ressocializa and does not provide the reintegration of ex-con, and not fulfill the function intimidating, because what prevails in the criminal community is the sense of impunity. Community support in the search for resocialization and reintegration of the offender into society is of fundamental importance, and many projects of origin in the private sector in partnership with the state have been developed with the achievement of excellent results. Finally, we have tried to demonstrate that alternative sanctions in place to deprivation of liberty, with the scope of ressocializar and avoid the effects of prison criminógenos the best way in order to resolve or at least mitigate the problems penitentiary. And in that sense the Brazilian legal system has progressed with the decriminalization of various infractions, allowing it to custodial sentences replaced by the restrictive law, which demonstrates be much more educational. The results are a significant reduction in rates of crime and recidivism.

Key words: Review, effects, structural deficiencies, resocialization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DAS SANÇÕES PENAIS	11
2.1 Sanção Penal: Conceito	11
2.2 Evolução Histórica das Penas.....	12
2.2.1 Os Reformadores	15
2.3 Das Espécies de Pena: Privativa de Liberdade, Restritiva de Direito e Multa	17
2.3.1 Pena privativa de liberdade	17
2.3.2 Pena restritiva de direito.....	19
2.3.3 Da pena de multa	21
3 DAS TEORIAS DA PENA	22
3.1 Teorias Absolutas.....	22
3.2 Teorias Relativas, Preventivas ou Utilitaristas.....	22
3.3 Teoria da Prevenção Geral	23
3.3.1 Teoria da Prevenção Especial.....	24
3.4 Teorias Mistas ou Ecléticas.....	24
4 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DAS PENAS	26
4.1 Conceito de Pena.....	26
4.2 Princípios Constitucionais das penas.....	27
4.2.1 Princípio da Legalidade.....	27
4.2.2 Princípio da Personalidade.....	28
4.2.3 Princípio da Individualização	28
4.2.4 Princípio da Humanidade ou dignidade da pessoa humana	30
4.2.5 Princípio da Proporcionalidade.....	31
4.3 Vedações Constitucionais das penas.....	32
4.3.1 Pena de morte.....	33
4.3.1.1 Pena de caráter perpétuo.....	34
5 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO	35
5.1 A Pena Privativa de Liberdade: Evolução da Pena de Prisão Através da história	35
5.2 Sistemas Penitenciários	36
5.2.1 Sistema Pensilvânico	36
5.2.1.1 Sistema Auburniano	38
5.2.1.2 Panótico	39
5.2.2 Sistemas Progressivos.....	40
5.2.2.1 O sistema progressivo: Os modelos inglês e irlandês.....	41

5.2.2.2 O sistema penitenciário brasileiro: evolução histórica e estruturação atual	42
6 A CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	48
6.1 A Ineficiência do Caráter Reedutivo da Pena Privativa de Liberdade no Brasil	48
6.2 Prisionalização	53
6.3 A problemática da Reincidência no Brasil	55
6.3.1 Reincidência.....	55
6.3.2 A superlotação dos presídios e a ociosidade da população carcerária: falta de perspectiva profissional	57
6.3.3 As facções criminosas no interior dos presídios brasileiros: o PCC e o sistema penitenciário paulista	61
6.3.4 A comunidade e o seu papel na ressocialização dos presos.	66
6.3.5 Parcerias e programas de apoio ao egresso.....	68
6.3.6 O papel das penas alternativas como instrumento de maior eficácia no caráter reedutivo da sanção penal.....	71
6.3.7 Da prestação de serviços à comunidade.....	76
7 CONCLUSÃO	79
BLIBLIOGRAFIA	81

1 INTRODUÇÃO

O trabalho desenvolvido, inicialmente procurou analisar as penas propriamente ditas, demonstrando a sua origem e evolução histórica.

Posteriormente parte-se para a análise das espécies de penas, enfocando aquelas que compõem o sistema punitivo brasileiro, as fundamentações doutrinárias acerca de sua aplicação, os seus princípios limitadores, culminado com as vedações impostas pela nossa Carta Magna.

A espinha dorsal da maioria dos ordenamentos jurídico-penais é a pena privativa de liberdade, que tem como local de sua execução o estabelecimento prisional, portanto fez-se necessário um breve relato sobre a origem e evolução dos sistemas penitenciários, e por ser o alvo principal deste trabalho, deu-se maior importância ao sistema brasileiro.

Ademais buscou-se demonstrar quais são os problemas enfrentados pelo sistema penitenciário brasileiro.

Evidencia-se que a função pedagógica da pena privativa de liberdade não tem sido efetivamente cumprida. O discurso ressocializador da prisão tem representado verdadeira falácia. A prisão apresenta inúmeros efeitos negativos, com origem em fatores de ordem material, social, e psicológica.

Desse modo constata-se que a instituição prisional fracassou, e não oferece qualquer condição para a regeneração do delinqüente, basta atentarmos aos elevados índices de criminalidade e reincidência. A Lei 7210/84 (Lei de Execução Penal) é considerada uma das mais evoluídas do mundo no que se refere a uma execução que seja efetiva no desiderato ressocializador da pena privativa de liberdade, entretanto, o Estado não é capaz de gerir o sistema em atendimento aos parâmetros legais.

Nesse contexto, as penas alternativas, como a prestação de serviços à comunidade têm se mostrado o meio mais eficaz na regeneração do condenado.

2 DA SANÇÃO PENAL

2.1 Sanção Penal: Conceito

Por sua própria natureza, o homem tende a ser abusivo na fruição de seus direitos. Portanto para que haja harmonia nas relações sociais, torna-se necessário a intervenção estatal para a pacificação das relações em conflito, através de um dispositivo de punição. Dessa forma, surge a pena com a finalidade inequívoca de punição em retribuição ao mal causado.

A pena é tida como consequência legal da conduta ilícita, e sua concretização é o objetivo final da ação penal.

Vários são os conceitos doutrinários, entretanto nenhum autor discorda de que toda sanção tem finalidade retributiva.

Para Aníbal (1967) apud Shecaira & Alceu Corrêa (2002, p. 182), “pena é a sanção, consistente na privação de determinados bens jurídicos, que o estado impõe contra a prática de um fato definido na lei como crime”

Para Francesco Antolisei (1994) apud Shecaira & Alceu Corrêa (2002, p. 182), a pena “é o sofrimento cominado pela lei e imposto pela autoridade judicial mediante processo a quem viola um preceito da mesma lei”. Mas o conceito mais aceito pelos doutrinadores, entre eles Frederico Marques, Damásio de Jesus e Julio Fabbrini Mirabete é o elaborado por Sebastian Soler (Shecaira & Alceu Corrêa, 2002, p. 183)

A pena é uma sanção afliativa imposta pelo Estado, através da 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.

Com a concepção atual Do Estado Democrático de Direito, a pena não deve ter caráter exclusivamente retributivo, mas também deve ser direcionada a uma finalidade utilitária e preventiva. Alinhados a esse entendimento, os doutrinadores Edilson Bonfim e Fernando Capez definem o conceito moderno da pena como: (Fernando Capez & Bonfim, 2004, p. 632)

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

A pena deve ser orientada por limitações principiológicas e fins a que se destina, para que sejam evitados abusos e arbitrariedades do Poder Público. Dessa forma, o Estado, titular do *jus puniendi* se autolimita, valendo-se da pena em última circunstância como meio de reprimir as condutas ilícitas.

2.2 História e Evolução das Penas

Para melhor compreendermos o Direito na atualidade, é necessário retrocedermos ao passado, tomando conhecimento de sua evolução histórica. Para Luiz Regis Prado (2006, p. 34)

Felizmente, o passado nunca morre totalmente para o homem. O homem pode esquecê-lo, mas continua sempre a guardá-lo em seu interior, pois o seu estado, tal como se apresenta em cada época, é o produto e o resumo de todas as épocas anteriores [...].

Os sistemas de penas não se desenvolveram em momentos distintos e sucedâneos, ocorrendo por vezes à existência concomitante das características de um e de outro momento histórico, quando uma fase penetra na outra.

Supõe-se que a pena tenha tido inicialmente caráter sacral, antes mesmo de serem reguladas por normas jurídicas, sendo o crime confundido com a

noção de pecado. As primeiras penas como conseqüência pelo descumprimento de regras da comunidade estavam vinculadas às relações totêmicas. Os acontecimentos naturais (chuva, trovão tempestades), eram atribuídos pelo homem primitivo aos seres sobrenaturais, como forma de premiar ou castigar a comunidade por seu comportamento. Tais seres encontravam-se nas florestas, pedras, rios, animais, “maléficos ou propícios de acordo com as circunstâncias, eram os totens, e a desobediência a estes ou o descumprimento das obrigações devidas a eles acarretavam graves castigos”. (Mirabete, 2000, p. 243).

O doutrinador Sérgio Salomão Shecaira (1993, p. 25) nos apresenta que:

A punição do homem é a destruição simbólica do crime. E tal exigência é tão imperiosa que, desconhecido o verdadeiro agente, vai muitas vezes, o ato punitivo incidir sobre qualquer outro, a quem seja atribuído o fato pela própria vítima ou seus parentes, ou por processo de natureza mágica. É a responsabilidade flutuante, em busca de um responsável para a pena, que libertará o clã da impureza com que o crime o contaminou.

Os tabus, “palavra de origem polinésia que significa ao mesmo tempo o sagrado e o proibido, o impuro, o terrível” (Mirabete, 2000, p. 243) surgem na mesma época. Tanto nas relações totêmicas quanto nos tabus, a violação de suas normas, implicava em aplicação de castigos determinados pelo chefe do culto, e com caráter coletivo. Surge, portanto o que hoje denominamos “crime” e “pena”. Segundo Frans Von Liszt (1929) apud Shecaira (1993, p.25) “a pena é, pois, desde a sua origem, reação social (conservação) contra as ações anti-sociais”. Os castigos eram aplicados coletivamente, pois a ira das entidades sobrenaturais recaía sobre toda a comunidade.

A pena, originariamente, significava unicamente a vingança em retribuição à agressão sofrida, desproporcionada em relação à ofensa, e ausente o senso de justiça. Nas palavras de Magalhães Noronha (2001, p. 20): “O revide não guardava proporção com a ofensa, sucedendo-se, por isso lutas acirradas entre grupos e famílias, que assim, se iam debilitando enfraquecendo e extinguindo”.

A Idade Média tem início quando os povos Bárbaros invadiram a Europa, tendo grande aplicação do Direito germânico devido ao seu domínio.

O antigo Direito Germânico caracteriza-se pela presença do jogo da prova, em que o litígio era resolvido por meio de um duelo que era regulamentado pelo procedimento penal, sendo o resultado a morte do assassino, por diversas formas impiedosas. Mas o Direito Germânico apresentava a oportunidade de que se estabelecesse um acordo entre ofensor e vítima, por meio de pagamento de certa quantia em dinheiro para a vítima, ou seja, como uma forma de indenizá-la pelo mal causado.

O processo penal romano diferencia o *crimen* do *delictum*. Em se tratando de *crimen*, o Estado era titular do *jus puniendi*, e se fosse *delictum* o processo era privado, e o Estado devia quedar-se como mero arbitro do litígio.

A perda da paz era uma forma de punir os infratores, que consistia na desproteção do agente, permitindo que fosse agredido ou morto pelas mãos de qualquer membro da sociedade sem qualquer preocupação do Estado.

Como se observa claramente, as primeiras penas eram exclusivamente de cunho repressivo e de forma alguma guardavam relação com a proporcionalidade entre a conduta desviante e a sanção imposta.

Posteriormente a essa fase de vingança privada, o Direito Penal evoluiu para o talião e a composição.

O talião surge em decorrência da evolução social, e com aplicação de proporcionalidade, “limitando a reação à ofensa a um mal idêntico ao praticado (sangue por sangue, olho por olho, dente por dente)” (Mirabete, 2000, p. 36), sendo aplicado no Código de Hamurábi (Babilônia), no Êxodo (povo hebraico) e na Lei das XII Tábuas (Roma). Portanto a Lei de Talião é marco fundamental da proporcionalidade da pena, pois exigia a aplicação de um mal idêntico ao mal causado, limitando a reação do ofendido.

O sistema da composição, pelo qual o ofensor poderia se livrar do castigo através da compra de sua liberdade, por meio de pagamento em moeda, gado e outros. Foi utilizada pelo Código de Hamurábi, pelo Pentateuco e pelo Código de Manú (Índia), e nas civilizações germânicas (como já explicitado anteriormente). Considera-se a composição como origem remota da indenização civil e da multa do Direito Penal.

O Estado, quando passa a exercer o poder de comando impôs regras de conduta e conseqüências severas caso não fossem cumpridas.

As penas tinham mero caráter de castigo, e função de exemplaridade operando como fator intimidador aos possíveis infratores sendo as mais freqüentemente aplicadas a pena de morte, o trabalho forçado, a expulsão, o banimento, castigos perversos como a mutilação, a tortura, marcas de ferro em brasa pelo corpo e a repressão alcançava, também, o patrimônio dos descendentes do criminoso. A pena privativa de liberdade nessa época, portanto, não era uma forma de punição autônoma, sendo apenas uma forma de garantir a posterior aplicação da pena ao condenado.

2.2.1 Os reformadores

A partir de meados do século XVIII, o pensamento acerca das formas de punição existentes até então passa a ser severamente atacado pelos teóricos iluministas, dentre eles Voltaire, Montesquieu, Rousseau. Para esses o sistema é exacerbado ao extremo, necessitando de penas que obedeçam à proporção do mal causado pelo crime. Nesse momento começa-se a defesa das liberdades do indivíduo informando – se os princípios da dignidade da pessoa humana. A concepção penalista acerca da função da pena nesse período foi fundamentalmente utilitarista, possuindo objetivamente o caráter preventivo especial e geral. Nesse sentido, bem explana o Marquês de Beccaria, ilustre pensador utilitarista da época (1764) apud Bitencourt (1993, p.41):

O fim, pois, não é outro que impedir o réu de causar novos danos a seus cidadãos e afastar os demais do cometimento de outros iguais. Conseqüentemente, devem ser escolhidas aquelas penas e aquele método de impô-las, que, respeitada a proporção causem uma impressão mais eficaz e mais durável sobre o ânimo dos homens e que seja a menos dolorosa para o corpo do réu..

Beccaria (1764) apud Bitencourt (1993, p.41), entendia que a melhor maneira de obter a prevenção geral era através da eficácia e certeza da punição, e

não pela imposição do medo. O autor não aceita o caráter aflitivo da pena, o que coincide com os objetivos da moderna criminologia (caráter ressocializador), que visa atingir a justiça e a recuperação do criminoso que voltará à sociedade. Segundo Cezar Roberto Bitencourt (1993, p.42), o Marquês: “Não renuncia à idéia de que a prisão tem um sentido punitivo e sancionador, mas já insinua uma finalidade reformadora da pena privativa de liberdade”. Dessa forma apresentava idéias voltadas para a humanização das penas privativas de liberdade.

Outro grande defensor da humanização das penas é o inglês John Howard (1954) apud Bittencourt (1993, p.42), nascido no século XVII. Howard defendia a implantação de estabelecimentos prisionais que fossem adequados para o cumprimento da pena privativa de liberdade, devendo oferecer salubridade, boa alimentação e assistência médica, garantindo-se dessa forma as necessidades básicas dos presos.

Considerava o trabalho e a religião como meios de fundamental importância para a reabilitação do apenado.

Para Howard a pena deve possuir caráter retributivo e intimidativo, levando-se em conta a ótica do Direito Penal, e também defende a finalidade reeducativa durante a execução da pena.

Dessa forma John Howard é considerado precursor de uma corrente penitenciarista revolucionadora, buscando humanização nas prisões e uma finalidade reformadora na execução da pena.

Jeremias Bentham (1960) apud Bittencourt (1993, p.43), nascido em 1748 e falecido em 1832 era um excêntrico penitenciarista seguidor do utilitarismo da pena.

Para Bentham a finalidade primordial da pena é a prevenção de delitos de mesma natureza, ou seja, deve seguir a prevenção geral, embora também admita uma intenção reeducadora em seu fim. Bentham admite a necessidade de que a pena imprima certo mal ao infrator, mas não com a simples intenção de vingança, devendo servir como exemplo para que não sejam cometidos novos crimes. Embora encare a pena com fim primordial de prevenção geral, não descarta a possibilidade de reabilitação do apenado, não podendo exceder proporcionalmente o dano que o delito produziu.

2.3 Das Espécies de Pena: Privativa de Liberdade, Restritiva de Direito e Multa.

2.3.1 Pena Privativa de Liberdade

A pena privativa de liberdade surge com a finalidade de substituir as penas anteriormente adotadas pelos sistemas penais (suplícios, penas infamantes, etc.). Em período anterior, a prisão tinha mera finalidade de custódia sobre o indivíduo, visando garantir a futura aplicação da pena, geralmente de natureza cruel.

Na legislação Pátria, assim como na maioria dos ordenamentos jurídicos, a pena privativa de liberdade é a mais amplamente utilizada como reprimenda. Apesar de ser bastante criticada por muitos quanto à sua eficácia, considera-se um mal ao qual não se pode abrir mão. O Projeto Alternativo alemão expressa esse entendimento ao dispor que “a pena é uma amarga necessidade de uma comunidade de seres imperfeitos como são os homens”. (Bitencourt, 1993 p. 192).

A pena privativa de liberdade é dividida em três espécies: reclusão, detenção e prisão simples, sendo essa última aplicável às contravenções penais. Ontologicamente, reclusão e detenção não diferem uma da outra, apesar de o legislador brasileiro diferenciá-las ao designar a pena de reclusão aos crimes de maior gravidade, e a pena de detenção aos crimes considerados menos graves. É o que determina a redação do artigo, 33 do Código Penal Brasileiro; “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção em regime semi-aberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado”.

O estabelecimento penitenciário é destinado aos condenados à pena de reclusão em regime fechado, caracterizando-se pelo trabalho durante o dia e isolamento no período noturno, podendo ser realizado trabalho externo em obras ou

serviços públicos. O regime semi-aberto, conforme artigos, 35 do Código Penal e 91, da Lei de Execução Penal, são direcionados aos condenados à pena privativa de liberdade em regime semi-aberto que deve ser realizado em Colônia Penal agrícola, industrial ou similar, possibilitando o trabalho externo, tal como freqüência em cursos profissionalizantes ou de instrução. O regime aberto, previsto no artigo, 36 do Código Penal, e artigo 93, da Lei de Execução Penal, devem ser cumpridos em Casa de Albergado, também se destinando ao cumprimento da pena de limitação de fim de semana. O regime aberto tem fundamentação na autodisciplina e senso de responsabilidade, conforme o artigo, 36 do Código Penal, tendo por característica o trabalho ou estudo externo, sem que haja vigilância, com recolhimento no período noturno e nos dias de folga.

O regime da pena privativa de liberdade fixado na sentença penal condenatória não é definitivo, mas inicial caracterizado pela execução progressiva da pena para regime mais brando, podendo também haver a regressão a regime mais rigoroso, observando-se os requisitos legais, quais sejam o bom comportamento do apenado e o critério temporal. A respeito dispõe a Lei de Execução Penal, no artigo, 112:

Art.112 – A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

No que diz respeito à Teoria do Direito Penal Mínimo, para que seja aplicada a pena privativa de liberdade há a necessidade de obediência extrema ao princípio da intervenção mínima, devendo realmente agir o Direito Penal em “última *ratio*”, ou seja, quando não for possível a tutela dos bens jurídicos mais importantes por outros ramos do direito.

A espécie penal em discussão não pode ser empregada apenas como meio de segregação de indivíduos considerados perigosos para o convívio em comunidade, deve também ser direcionada, em sua execução, à reabilitação para que o condenado futuramente volte ao meio social.

A legislação tem por finalidade precípua da pena a ressocialização, entretanto, ao colocá-la em prática encontra inúmeros obstáculos à sua efetivação. Diante das condições do ambiente prisional, torna-se praticamente impossível a reeducação do apenado.

A visão comum de que a melhor forma de educar o criminoso é sujeitá-lo à prisão, tem graves conseqüências como a superlotação carcerária, falta de estabelecimentos adequados para o cumprimento da pena de acordo com a sua individualização, precariedade dos estabelecimentos em termos de saúde, conforto mínimo, falta de funcionários especializados para o trato com os presos, dentre inúmeras outras.

Para que seja obtido êxito, no que se propõem, os estabelecimentos prisionais devem discriminar os presos de acordo com exame criminológico, com a finalidade de prognosticar a conduta e o melhor programa de tratamento para sua ressocialização. Dessa forma, atende-se à individualização da pena, com maior probabilidade de readaptação e menores chances de reincidência.

Entretanto, o que se vê na prática, não é o que têm ocorrido, pois sujeitos que praticaram delitos de menor potencial ofensivo dividem celas com indivíduos de alta periculosidade. Dessa forma o sistema carcerário torna-se uma escola do crime, pois aqueles que cometeram pequenos crimes, e poderiam cumprir uma pena menor, são influenciados pela população carcerária, com a conseqüência da prisionização, pela qual o sujeito é obrigado a incorporar a cultura do meio social em que foi inserido, tornando-se parte do sistema.

2.3.2 Pena Restritiva de Direito

São aquelas que suprimem parcial ou totalmente o exercício de determinados direitos do apenado e substituem a pena de prisão: (Fernando Capez, 2004, p. 659)

Constituem toda e qualquer medida que venha a impedir a imposição da pena privativa de liberdade, tais como reparação do dano extintiva da punibilidade, exigência de representação do ofendido para determinados crimes, transação penal, suspensão condicional do processo, composição civil caracterizadora da renúncia ao direito de queixa ou representação, etc.

Surgem como uma alternativa à pena privativa de liberdade de curta duração, já que essa apresentava altos índices de reincidência (mais de 80%). Em 14 de dezembro de 1990, no 8º Congresso da ONU, foi aprovada a proposta que buscava a aplicação dessas medidas substitutivas, sendo conhecida como “Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade”

Com previsão legal nos artigos, 32, II e 43, I a VI, todos do Código Penal, constituem-se em prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

A denominação dada a tal espécie de penas sofre críticas da doutrina. Para Cezar Roberto Bitencourt (1993) apud Shecaira & Alceu Corrêa, (2002, p. 215):

Apenas a interdição temporária de direitos possui natureza de restrição efetiva de direitos e propõe a seguinte classificação: privativas de liberdade (reclusão e detenção); restritivas de liberdade (prisão domiciliar, limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade); restritivas de direitos (interdição temporária de direitos); e pecuniárias (multa, prestação pecuniária e perda de bens e valores)”

Atentando-se ao sistema penal vigente, as penas restritivas de direito não são acessórias, mas sim autônomas, e se revestem de caráter substitutivo em relação às penas privativas de liberdade, como disposto no artigo, 44, *caput* do Estatuto Penal: “As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade [...]”.

Dessa forma não é admitida a cumulação da pena restritiva de direito à privativa de liberdade, salvo se houver expressa previsão legal em sentido contrário.

Por final, observe-se também que tais sanções não são aplicadas diretamente ao agente desde o início da execução de sua pena. Essas substituem a pena imposta originariamente, portanto não se confundem com a espécie de pena alternativa que é aplicada desde o início e diretamente.

2.3.3 Da Pena de Multa

As penas de natureza pecuniária existem desde a antiguidade remota, apesar de possuírem caráter exclusivamente indenizatório, tal como ocorre atualmente na reparação civil por perdas e danos.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (1993, p. 491):

A multa, de larga aplicação na Antiguidade, ressurgiu com grande intensidade na alta idade Média e depois foi gradualmente sendo substituída por severos sistemas corporais e capitais, as quais, por sua vez cederam terreno, por volta do século XVII, às penas privativas de liberdade.

A pena de multa ressurge posteriormente, mas sem grande predominância,

A pena de multa, que tem natureza pecuniária, encontra-se prevista na Constituição Federal em seu artigo 5º, XLVI, “c”, e na legislação ordinária nos artigos 32, III e 49, ambos do Código Penal.

3 DAS TEORIAS DA PENA

3.1 Teorias Absolutas

Para as teorias absolutas ou também denominadas retributiva, pune-se o infrator como exigência de justiça. Não há a preocupação de se atingir os fins utilitários da pena, bastando que exista punição para alcançar a justiça. Para Kant (1976) apud Mirabete (2000, p. 244), “a pena é um imperativo categórico, consequência natural do delito, uma retribuição jurídica, pois ao mal do crime impõe-se o mal da pena, do que resulta a igualdade e só a igualdade traz a justiça”.

Entre outros adeptos à teoria retributiva, destaca-se Hegel (1959) apud Mirabete (2000, p. 244), para o qual a “pena é a negação do próprio direito”. O restabelecimento da ordem jurídica dá-se, portanto com a inflicção do castigo.

Portanto a pena é vista tão somente como retribuição “justa do mal injusto cometido pelo criminoso” (Barros, 2001, p. 433).

Entre aqueles que adotam a teoria absoluta estão ainda, Binding, Sthal, Kohler, Kitz entre outros.

Por apresentar caráter exclusivamente compensador da culpa, sem qualquer finalidade social, viola a dignidade da pessoa humana, pois prioriza a satisfação geral em face do sujeito.

3.2 Teorias Relativas, Preventivas ou Utilitaristas

Para as teorias relativas ou também denominadas utilitárias ou utilitaristas, contrariamente às teorias absolutas, a pena tem caráter preventivo, seja pela prevenção geral, por meio da pena cominada em abstrato, direcionada a todos;

seja pela prevenção especial ao ser imposta no caso concreto, pois impede que o delinqüente promova novos delitos, intimidando-o e corrigindo-o.

Entre os adeptos a essa teoria pode está o ilustre Noronha (2001, p. 25) para quem: “O delito não é causa da pena, mas ocasião para que seja aplicada”.

A prevenção especial em seu aspecto negativo se dá pela intimidação do agente, corrigindo-o para que não volte a delinqüir, enquanto que em seu aspecto positivo relaciona-se à reeducação, tendo por finalidade a readaptação do sujeito ao convívio comunitário.

A prevenção geral tem o objetivo de intimidar os potenciais delinqüentes, com a ameaça de inflição de pena. Entende Carmem Silvia de Moraes Barros (2001, p. 62) que na prevenção geral negativa: “o indivíduo é sacrificado para que os demais aprendam a não delinqüir. A prevenção geral positiva, por sua vez, teria por fim perpetrar a eficácia estabilizadora da norma através da pena.”

De acordo com Flávio Augusto Monteiro de Barros (2003, p. 433):

A pena serve a uma dupla prevenção: a geral e a especial. Prevenção geral porque a intimidação que se supõe alcançar através da ameaça da pena surte efeitos em todos os membros da coletividade, atemorizando os virtuais infratores. Prevenção especial porque atua sobre a consciência do infrator da lei penal, fazendo-o medir o mal que praticou, inibindo-o, através do sofrimento que lhe é inerente, a cometer novos delitos.

Portanto para os adeptos a essa teoria a pena não deve ser apenas consequência do delito, se justificando pela necessidade social preventiva, pois pune aquele que delinqüiu e ao mesmo tempo intimida os potenciais infratores.

3.3 Teoria da Prevenção Geral

Como já explanado anteriormente a teoria relativa se subdivide em prevenção geral e prevenção especial, sendo aquela direcionada a todos os

membros da comunidade, através da intimidação aplicada pela pena, visando inibir a prática do delito aos propensos infratores.

3.3.1 Teoria da prevenção especial

Essa subdivisão da Teoria preventiva visa atingir o agente criminoso, impondo-lhe o mal da pena para que não volte a delinquir.

A Prevenção especial atua sobre a consciência daquele que infringe a lei penal, dando-lhe a oportunidade de refletir sobre o mal que praticou, sendo que ao mesmo tempo inibi, através do sofrimento, que o mesmo torne a cometer novos delitos.

O caráter aflitivo da pena se justifica, pois tem a finalidade de evitar que o sujeito volte a praticar novos delitos. Para Roxin, (2000) apud Shecaira & Alceu Corrêa, (2002, p. 133) tal desiderato da pena ocorre da seguinte forma: “corrigindo o corrigível (ressocialização), intimidando o intimidável e neutralizando (prisão) o incorrigível e aquele que não é intimidável.”

Possui senso de humanismo, pois centraliza o indivíduo como objeto da sanção penal, ao permitir a individualização no cumprimento desta considerando as particularidades de cada um.

Entretanto deve ser levado em conta que há aqueles em que a pena não se faz necessária já que são indivíduos que com certeza não reincidirão, tais quais os criminosos passionais. Dessa forma, nesses casos a imposição da pena não se justificaria nessa teoria, pois não haveria a necessidade de ressocialização.

3.4 Teorias Mistas ou Ecléticas

A teoria mista ou eclética é a fusão das duas correntes citadas anteriormente. A pena tem função punitiva ou retributiva, ou seja, tem em sua

finalidade a retribuição pelo mal causado, mas também visa à reeducação do condenado. É o que entende Flávio Augusto Monteiro de Barros (2003, p. 434):

[...] a pena tem caráter retributivo-preventivo. Retributivo porque consiste numa expiação do crime, imposta até mesmo aos delinqüentes que não necessitam de nenhuma ressocialização. Preventivo porque vem acompanhada de uma finalidade prática, qual seja, a recuperação ou reeducação do criminoso, funcionando ainda como fator de intimidação geral.

Desde as civilizações mais antigas, a pena sempre teve caráter retributivo, ou seja, de castigo, e somente mais tarde é que se acrescenta finalidade de prevenção e ressocialização. Nesse sentido dispõe Cunha Luna (1993) apud Monteiro de Barros (2003, p. 434): “a retribuição, sem a prevenção, é vingança; a prevenção, sem a retribuição, é desonra”.

Dessa forma, a aplicação da pena é justificada pelo delito que foi praticado e pela necessidade de que sejam evitados novos delitos no futuro. Para que isso ocorra, faz-se necessário que seja justa, ou seja, deve ser ajustada de acordo com a gravidade do crime e a culpabilidade do agente, além de ser necessária para a pacificação social.

A pena terá sua utilidade concretizada quando o indivíduo, ao vislumbrar a sua imposição, vier a desistir de cometer o ilícito.

A dosagem da pena deve obedecer à culpabilidade do agente, não a superando nunca, sob pena de não atingir qualquer utilidade, pois provocaria a revolta do condenado, dificultando ou impedindo sua reinserção social.

É inegável o caráter reparador da pena, mas, também se adiciona a finalidade preventiva e a ressocialização, apesar, de essas últimas não serem cumpridas satisfatoriamente na fase de execução, posto a situação caótica do sistema penitenciário nacional.

4 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DAS PENAS

4.1 Conceito de Pena

O homem, por natureza é um ser social, e o Direito estabelece regras que regulam a convivência harmônica em sociedade. Impõem-se, “última *ratio*”, sanções àqueles que rompem o ordenamento jurídico, colocando em desarmonia as relações sociais.

O doutrinador Luiz Regis Prado (2006, p.34) ensina-nos que: “O Direito Penal é o setor ou parcela do ordenamento jurídico público interno que estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas conseqüências jurídico-penais ou medidas de segurança (conceito formal)”.

A principal função desse ramo do Direito consiste na tutela dos bens jurídicos essenciais a convivência pacífica da sociedade, corresponde aos bens de maior valor para o homem. Dessa forma, o Direito penal somente justifica sua atuação se houver lesão ou perigo de lesão a um determinado bem jurídico que seja de maior relevância para a paz social.

Essa orientação na aplicação do Direito Penal deriva do princípio da fragmentariedade, que “é uma orientação político criminal restritiva do *jus puniendi* e deriva da própria natureza do Direito Penal e da concepção material do Estado de Direito Democrático.” (Regis Prado, 2006, p. 84).

A doutrina conceitua a pena tendo caráter, primordialmente, repressivo e preventivo.

Assim, para Soler (1957) apud Mirabete (2000, p. 246): “a pena é uma sanção aflitiva imposta pelo Estado, através de 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.”

4.2 Princípios Constitucionais das Penas

4.2.1 Princípio da legalidade

Segundo a doutrina, o princípio da legalidade se desdobra em três postulados: reserva legal, determinação taxativa e a irretroatividade.

A reserva legal está expressa no artigo 5º, da Constituição Federal, em seu inciso XXXIX, pelo qual apenas a lei pode criar normas incriminadoras e punições.

O mesmo mandamento está inserido no artigo 1º do Código Penal, com a seguinte redação: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Dessa forma nenhuma pessoa pode ser considerada criminoso por ter cometido um fato, se tal fato não é considerado crime e não tem sanção cominada a ele.

A taxatividade obriga o legislador a criar normas que sejam objetivas, claras e precisas, a fim de que sejam evitadas interpretações errôneas.

Quando a irretroatividade a lei penal não poderá retroagir para que sejam impostas penas àqueles que cometeram o fato antes do início de sua vigência. Assim declara a Carta Magna, no artigo 5º, XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

A irretroatividade não é absoluta, pois impede o alcance do fato apenas se a norma a ser aplicada for mais severa ou não vigia à sua época, podendo perfeitamente retroagir em se tratando de norma mais benéfica ao réu, como está disposto no parágrafo único do artigo 2º, do Código Penal: “A lei posterior que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

4.2.2 Princípio da personalidade

Expresso no artigo 5º, XLV, da Constituição Federal, o princípio da personalidade ou pessoalidade implica em que nenhuma pena deverá passar da pessoa do condenado. Dessa forma, se o agente não concorreu, ao menos culposamente, para que o evento criminoso ocorresse não poderá ser responsabilizado.

Segundo Giuseppe Bettiol (1976) apud Shecaira & Alceu Corrêa (2002, p. 79):

[...] A responsabilidade penal está intimamente ligada à pessoa do agente, assim como o pressuposto da pena, isto é, a culpabilidade tem caráter estritamente pessoal (...) não se pode punir por motivo algum quem não participou, de algum modo, da prática de um crime. A responsabilidade penal, assim como não se comunica a estranhos, não se transmite a herdeiros.

De forma alguma pode ser imposta a sanção se o acusado não concorreu para a infração nem ao menos culposamente, portanto a responsabilização é eminentemente subjetiva, não se admitindo a responsabilidade objetiva em se tratando de matéria criminal.

4.2.3 Princípio da individualização

Esse princípio está insculpido no artigo 5º, XLVI, da Carta Magna, que consiste na aplicação da pena levando em conta o caso em concreto. Tem atuação em três momentos, quais sejam: momento legislativo (cominação da pena) em que o legislador ordinário deve estar atento às limitações e vedações constitucionais; momento judicial (aplicação da pena), no qual o juiz deve estar atento a cominação da pena ao delito cometido, atentando-se aos limites legais, devendo fixar a pena de acordo com as circunstâncias do crime, as suas condições e também a

culpabilidade do agente; e por fim, momento executivo (execução da pena), em que a pena será executada.

Já com relação ao tratamento do apenado, este será determinado de acordo com a natureza do crime, idade e sexo, do mesmo, como expressa o artigo 5º, XLVIII, da Constituição Federal “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

A individualização da pena visa a sua mensuração de acordo com o caso concreto, devendo corresponder a cada delito uma sanção a ser aplicada ao infrator.

O momento legislativo da individualização da pena é direcionado ao legislador infraconstitucional, que deve observar as sanções que o ordenamento jurídico permite, ao cominá-las às condutas incriminadoras. Dessa forma, o legislador ordinário deve conformar a pena com a Carta Magna que expressa quais são àquelas permitidas (artigo 5º, XLVI, CF/88).

Há de se ressaltar que o rol contido no artigo 5º, XLVI da Constituição Federal é meramente exemplificativo abrindo-se a possibilidade de criação de outras penas, desde que sejam semelhantes às citadas ou compatíveis com os desideratos da pena e princípios democráticos.

Ademais, deve o legislador observar as vedações que a Constituição enuncia no artigo 5º, XLVII, sendo essas, rol taxativo.

Ao sentenciar o condenando o juiz deve respeitar o princípio da individualização da pena, para que esta venha a atingir apenas o indivíduo que cometeu o fato delituoso, de forma proporcional ao delito cometido.

É o que tinha em vista o legislador ao inserir o artigo 59 e seus incisos, no Código Penal, o juiz deve escolher uma das espécies de pena cominadas ao crime (artigo 59, I, CP), devendo fixar a quantidade da pena, observando os limites legais (inciso II, artigo 59, CP). Por fim deve fixar o regime em que se iniciará o cumprimento da pena, em se tratando de pena privativa de liberdade, devendo substituí-la sempre que possível (artigo 59, III e IV, CP).

Por derradeiro, o princípio da individualização da pena abrange a fase executiva da sanção penal. A norma regulamenta a individualização da execução

da pena, devendo o condenado receber tratamento diferenciado, de acordo com natureza do crime, idade, sexo (artigo 5º, XLVIII, CF/88).

Um dos maiores problemas que evidenciam a crise penitenciária é o desrespeito a esse princípio em sua fase executiva. O que ocorre na realidade é uma mesclagem de delinqüentes de todos os tipos, o que influencia a maioria dos reclusos. A ausência do tratamento individualizado a cada caso “contribui para o fracasso da pena como instrumento de reinserção social, criando inclusive as condições adequadas para que o condenado retorne à delinqüência” (Shecaira 1993, p. 84).

Em conclusão, a cominação em abstrato e em concreto da pena, assim como a sua execução, no que tange à espécie, quantidade e forma de cumprimento são informadas pelo princípio da individualização da pena.

O desrespeito a esse direcionamento, destarte na fase executiva, é uma equação que necessita de solução o mais rápido possível, sob pena de que o sistema prisional continue sendo uma “escola do crime” e não um estabelecimento direcionado à recuperação e ressocialização de infratores condenados.

4.2.4 Princípio da humanidade ou dignidade da pessoa humana

Num Estado Democrático de Direito, a pessoa humana deve ser o núcleo central da tutela do Estado, devendo ter todos os seus direitos fundamentais mantidos, desde que não atingidos pela condenação.

Segundo Regis Prado (2006, p. 227) “em um Estado Democrático de Direito, veda-se a criação, a aplicação ou a execução da pena bem como de qualquer outra medida que atentar contra a dignidade humana”.

Dispõe a respeito à Constituição Federal em vários de seus dispositivos, como por exemplo, no artigo 5º, III: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

A Carta Magna consagrando o princípio da humanidade ou dignidade da pessoa humana, em seu artigo 5º, XLVII, proibindo a pena de morte, salvo hipótese excepcional; assim como proíbe a pena de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e penas cruéis. Consagra ainda, o disposto artigo em seu inciso XLIX, que: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

4.2.5 Princípio da proporcionalidade

Apesar de não estar expressamente previsto no ordenamento jurídico, encontra-se insculpido em diversos dispositivos da Carta Magna, como no artigo 5º, XLVI, ao tratar da individualização da pena, no artigo 5º, XLVII, ao proibir expressamente determinadas espécies de sanções, ao estabelecer o direito de resposta proporcional ao agravo praticado no artigo 5º, V, entre outros.

A idéia de proporcionalidade tem início remoto, podendo ser observada já na Lei de Talião, tendo maior amplitude com o Iluminismo do século XVII, quando surge a idéia de limitação do poder estatal.

Ilustrando o pensamento da época, discorre sobre o tema o ilustre pensador Beccaria (1997 - 1999, p. 32):

Se a geometria fosse adaptável às infinitas e obscuras combinações das acções humanas, deveria haver uma escala correspondente de penas que descesse da mais forte para a mais fraca; mas bastará ao sábio legislador assinalar os seus pontos principais, sem perturbar a sua ordem, não decretando para os delitos de primeiro grau as penas de último grau. Se houvesse uma escala exacta e universal das penas e dos delitos, teríamos uma medida provável e comum dos graus de tirania e de liberdade, do fundo de humanidade ou de malícia das diversas nações.

O princípio da proporcionalidade é observado em três momentos distintos: o momento legislativo, em que ocorre a cominação do preceito sancionatório ao preceito primário, o momento judicial, com a cominação em concreto da pena, e por fim o momento executivo, com a sua execução.

O preceito secundário da norma deve conter pena que seja proporcional à gravidade da conduta incriminadora. O juiz deve aplicar a pena segundo o caso concreto. Doutrinariamente essas duas fases são denominadas como proporcionalidade em abstrato e proporcionalidade em concreto respectivamente.

4.3 As vedações constitucionais das penas

A nossa Constituição regulam quais são as espécies de penas que podem existir em nosso ordenamento, dispondo da seguinte forma:

Art. 5º - [...]

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos,

XLVII – [...]

Seguindo essa orientação, o legislador infraconstitucional disciplina no Capítulo I do Título V da Parte Geral do Código Penal, com o nome júrís “Das Espécies de Pena”, quais são as sanções concernentes aos tipos legais previstos na Parte Especial do Código Penal.

Dessa forma, dispõe o artigo 32 do aludido Código, que: “As penas são: I – privativas de liberdade; II – restritivas de direitos; III - de multa”.

O texto constitucional inovou trazendo a pena restritiva de liberdade, permitindo ao legislador a criação de alternativas penais, como a prisão domiciliar, a proibição de freqüentar determinados lugares, que tem natureza de restrição da liberdade de locomoção.

Mas como não poderia deixar de ser, por ser uma Carta extremamente atenciosa às liberdades e garantias individuais e aos princípios básicos de Direito Penal limita a aplicação de penas vedando algumas espécies.

Deste modo, fica proibida, em nosso ordenamento jurídico, a pena de morte, pena perpétua, de trabalho forçado, de banimento e penas cruéis. É o que enuncia a Constituição no artigo 5º, XLVII, que: “a) não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”.

Importante ser lembrado que as espécies de penas permitidas no ordenamento jurídico constituem um rol meramente exemplificativo, enquanto que a enumeração das penas proibidas é expressa e taxativa, e nessas não pode o legislador infraconstitucional dispor sobre tal matéria em lei ordinária.

4.3.1 Pena de morte

A pena capital foi à sanção mais utilizada nas primeiras civilizações, principalmente em Estados de regime totalitário, pois externavam a força do soberano, com o fim de intimidação geral. O espetáculo precedente à sua execução visava intimidar o povo para impedir o cometimento de novos delitos, por meio da demonstração de poder e força do rei.

O momento precedente à sua execução propriamente dita constitui um instrumento de enorme crueldade, posto que imprime grande aflição do condenado nos momentos em que aguarda o seu fim, revelando desde já crueldade e desproporcionalidade entre conduta e sanção. Para Shecaira e Alceu Correa Junior (2002, p. 113), “a demora da execução e a alternância entre os sentimentos de esperança e desengano já se constituem em uma espécie de pena cruel, aflitiva e desproporcional ao delito”.

A maioria dos países, que adotam em sua Constituição princípios democráticos e humanitários, aboliu a pena de morte de seus ordenamentos.

O Brasil não adota a pena de morte. Expressamente, a Constituição Federal a proíbe (artigo 5º, XLVII), excepcionando essa proibição em caso de guerra declarada, quando autorizada pelo Congresso Nacional ou por ele referendada em caso de intervalo nas sessões legislativas, conforme disposto no artigo 84, XIX, da Constituição Federal de 1988.

Essa disposição constitucional está inserida no capítulo referente aos direitos e garantias individuais, compondo dessa forma as chamadas cláusulas pétreas ou núcleos intangíveis (artigo 60, par. 4º, IV, CF/88), e, portanto em nenhuma hipótese poderá ser suprimida, sequer por emenda constitucional visando sua alteração ou subtração.

4.3.2 Pena de caráter perpétuo

Trata-se de espécie de pena privativa de liberdade em que o agente condenado permanece recolhido ao cárcere pelo resto de sua existência.

Segundo René Ariel Dotti: (1998):

“Trata-se, em suma, de medida cruel e infamante. Cruel porque atrofia quando não anula completamente no encarcerado a soma de esperanças que compõe o seu mural de sacrifícios feito de memórias e fé nas possibilidades de ser feliz em liberdade”.

A nossa Carta Magna em seu artigo 5º, XLVII, “b”, expurga as penas de caráter perpétuo de nossa Legislação.

5 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

5.1 A Pena Privativa de Liberdade: Evolução da Pena de Prisão Através da História

A pena privativa de liberdade é a mais largamente utilizada pelas legislações modernas em relação às outras sanções.

Antes do século XVII, a prisão era apenas um estabelecimento de custódia, em que ficavam detidas as pessoas acusadas de crime, à espera de sentença, bem como doentes mentais e pessoas privadas do convívio social, por condutas consideradas desviantes, como por exemplo, a prostituição ou questões políticas.

No final do séc. XVII, a pena privativa de liberdade torna-se a principal forma de punir, e a prisão passa a ser, fundamentalmente o local de execução das penas. A partir de então passa-se a perceber a importância sobre o estudo das condições de vida dos detentos, posto que a finalidade da referida sanção não possui tão somente finalidade retributiva e preventiva, mas também tem caráter de reintegração social. Nesse contexto, surge a autonomia do Direito Penitenciário, sendo definido por Armida Bergamini Miotto (1975, p. 63) como “conjunto de normas jurídicas relativas ao tratamento do preso e ao modo de execução da pena privativa de liberdade, abrangendo, por conseguinte, o regulamento penitenciário”, ou como entende o doutrinador Julio Fabbrine Mirabete (2000, p. 21) “um conjunto de normas jurídicas reguladoras da execução das penas e medidas privativas de liberdade”. Tal autonomia resulta da proteção dos direitos humanos do condenado .

Constituindo “ultima ratio” da política criminal, o legislador deve direcionar a pena de prisão a minimizar seu efeito negativo e criminógeno e dar-lhe um sentido positivo, prospectivo e ressocializador.

A aplicação da pena privativa de liberdade deve ser limitada, devendo ser substituída por penas não institucionais sempre que possível.

5.2 Sistemas Penitenciários

Surgiu na idade Média a pena de prisão. Era aplicada nos mosteiros, “como punição imposta aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que se recolhessem às suas celas para se dedicarem, em silêncio à meditação e se arrependem da falta cometida, reconciliando-se assim com Deus”, é o que nos ensina o doutrinador Júlio Fabbrini Mirabete, em seu livro Manual de Direito Penal, parte geral, (2000, p. 249).

A primeira prisão destinada aos criminosos foi a House of Correction, construída em Londres, entre os anos de 1550 e 1552.

5.2.1 Sistema Pensilvânico

No sistema Pensilvânico, filadélfico, celular ou de confinamento solitário: a pena privativa de liberdade é cumprida em cela individual, de tamanho reduzido, durante os três períodos, em que não há trabalho nem visita, exceto o dos funcionários da penitenciária.

Seguindo-se o regime penitenciário canônico, o indivíduo era submetido à leitura diária da bíblia, com o intuito de que viesse a se arrepender do ato praticado e, dessa forma, não o praticá-lo mais.

Viviam em condições rigorosíssimas, de total disciplina e ordem, em que não havia contágio moral, interação perversiva, criminógena, entretanto havia excesso de sofrimento, o que afetava a saúde física e psíquica dos detentos não os tornando aptos a voltarem ao convívio social.

Esse regime foi utilizado pela primeira vez na Walnut Street Jail, construída em 1776, e depois na Eastern Penitentiary, edificada em 1829, sendo posteriormente adotado em várias outras regiões dos Estados Unidos e especialmente na Europa.

Os prisioneiros submetidos a esse sistema eram expostos aos visitantes para servirem como exemplos atemorizantes.

O modelo original do sistema filadélfico não foi aplicado em sua amplitude, sendo imposto o isolamento celular individual e aos presos de maior periculosidade, deixando as celas comuns ao restante dos apenados. Os presos que não ficavam isolados podiam trabalhar em conjunto durante o período diurno, devendo permanecer em absoluto silêncio.

O sistema filadélfico de isolamento celular não obteve êxito, devido ao excessivo crescimento da população carcerária de Walnut Street. Posteriormente foram construídas mais duas novas prisões: a Western Penitentiary (Penitenciária Ocidental), em 1818 em Pittsburg, fundamentada no modelo panótico; e a Eastern Penitentiary (Penitenciária Oriental) em 1929, nos moldes de John Haviland.

O isolamento celular absoluto, não funciona. A partir de então se aplica um regime mais brando, aliviando o isolamento celular e permitindo o trabalho dentro da própria cela, o que não solucionou a problemática, pois os trabalhos não eram interessantes e, muitas vezes, sem sentido.

Portanto, o sistema filadélfico, ou isolamento absoluto é fundamentado na obrigação do silêncio absoluto, na meditação, na religiosidade e no isolamento celular. Estudiosos consideram, por uma análise ideológica, que o sistema é “um eficiente instrumento de dominação”. (Bittencourt, 1993, p.63), pois seria aplicável não apenas àquelas relações da penitenciária, estendendo-se a outros tipos de relações sociais. Pavarini e Melossi encaram o sistema com sendo: “uma estrutura ideal que satisfaz as exigências de qualquer instituição que requeira a presença de pessoas sob uma vigilância única, que serve não somente às prisões, mas às fábricas, hospitais, escolas, etc.”. (Bittencourt, 1993, p.63.)

O sistema do isolamento absoluto não traz utilidade à sanção privativa de liberdade, não atingindo sua função ressocializadora, posto que utiliza-se de forma totalmente contrária, dessocializando ainda mais o criminoso, como assevera Ferri (1893) apud, Bittencourt (1993, p.66):

“A prisão celular é desumana porque elimina ou atrofia o instinto social, já fortemente atrofiado nos criminosos e porque torna inevitável entre os

presos à loucura ou a extenuação (por onanismo, por insuficiência de movimento, de ar, etc.[...]).

5.2.2 Sistema Auburniano

O sistema Auburniano, era o sistema do silêncio foi aplicado pela primeira vez na penitenciária de Auburn, em Nova York, edificada em 1816, surgindo como uma forma de tentativa de vencer as limitações e defeitos do sistema pensilvânico. Tinha por características o isolamento celular noturno, e vida comum no período diurno com o trabalho em comum, devendo haver absoluto silêncio, sob pena de castigos corporais aplicados imediatamente.

Esse sistema ainda continuava lesivo aos presos em relação à finalidade ressocializadora, devido à disciplina severa, entretanto atenuava o isolamento, evitava a contaminação moral, e, portanto representa um avanço em relação ao modelo filadélfico.

Mas o sistema Auburniano não era direcionado para a ressocialização do criminoso, buscava a obediência, a segurança da penitenciária e tinha finalidade utilitária que consistia na exploração da mão de obra carcerária. Para Von Henting e para Melossi e Pavarini a origem do sistema em tese está ligada à insuficiência da mão-de-obra que não atendia à demanda do mercado, ou seja, o sistema surge como meio de suprir deficiências de ordem econômica existentes na época e não com intuito humanitarista.

Segundo Foucault (2002, p. 130) o sistema Auburniano não representa meio reformador e ressocializador de delinqüente, mas age como forma de imposição e manutenção de poder.

A imposição dos trabalhos tinha por finalidade propiciar ao condenado uma atividade e não permanecer na ociosidade, assim como, servir de modelo educativo permitindo a sua incorporação ao mercado de trabalho.

No entanto esse propósito não vingou, pois a opinião sindical é contra o trabalho dentro dos muros penitenciários. Os operários também não viam com bons olhos esse ensino de ofícios intra-muros, pois consideravam que:

[...] ensinando um ofício ou técnica de trabalho aos presos significaria incorporá-los às fábricas e que essa circunstância desvalorizaria aquele ofício aos olhos dos demais trabalhadores. Não se sentiriam a vontade ao lado dos demais trabalhadores. (Bittencourt, 1993, p. 74.)

O excessivo rigor disciplinar imprimido nesse sistema inegavelmente constitui um fator negativo, tornando a vida carcerária extremamente monótona e deprimente, buscava, senão outra coisa, “criar um indivíduo obediente, submetido a hábitos e regras”. (Bittencourt, 1993, p.77.)

5.2.3 Panótico

O sistema panótico foi uma das maiores contribuições de Bentham para o sistema penal.

Trata-se de um dispositivo de vigilância consistente em uma estrutura arquitetônica visando proporcionar o domínio absoluto sobre os presos.

O panótico é um projeto arquitetônico consistente numa estrutura cilíndrica, um anel com um pátio e uma torre no centro. Ao redor, no interior do anel há subdivisões, pequenas celas, que permitiam a visão ao seu interior. Há um vigia locado na torre central, que tem visão total do que ocorria dentro das celas por meio de persianas, ou postigos semi cerrados sem que aqueles que estão lá dentro possam vê-lo.

Dessa forma, no Panótico o indivíduo é observado a todo instante sem que veja quem o observa. Essa é a finalidade do sistema panótico, incutir no apenado mesmo após a sua saída da instituição a sensação de estar sendo vigiado, o que fará com que limite sua conduta de forma a não transgredir a norma penal. Afirma Foucault em sua célebre obra *Vigiar e Punir* (2002, p.168):

Quem está submetido a um campo de visibilidade, e sabe disso, retoma por sua conta as limitações do poder; fá-las funcionar espontaneamente sobre si mesmos; inscreve em si a relação de poder na qual ele desempenha simultaneamente os dois papéis: torna-se o princípio da sua própria sujeição.

Para Foucault (2002, p. 163) o sistema panótico faz parte de um desenvolvimento progressivo de uma sutil tecnologia de poder nos seguintes termos: “O panótico é um autêntico zoológico: o animal está substituído pelo homem – agrupado ou individualmente – e o rei pela monarquia de um poder furtivo” (Bitencourt, 1993, p.53.)

O sistema em questão não se preocupa unicamente com a segurança ou a tecnologia de domínio, tendo como característica fundamental a reabilitação. Nesse cerne Benthan (2002, p, 198) admite o trabalho como fator importante na reabilitação, porém desde que não sejam penosos e sem utilidade, ou seja, o trabalho que for imposto ao condenado deve ser produtivo e atrativo, pois somente dessa forma estará apto ao convívio social novamente.

Em conclusão, o sistema panótico é um sistema absoluto que não permitia a mínima privacidade dos internos, pois a todo instante estavam sob os rígidos olhares dos guardas sem que pudessem ver também os seus custodiadores.

Esse sistema tinha por finalidade fazer com que o sujeito se sentisse vigiado a todo momento, inclusive após o cumprimento de sua pena quando voltasse para a sociedade livre, e com isso não voltaria a delinquir pelo temor de imposição da pena.

5.2.4 Sistemas Progressivos

No século XIX, com o predomínio da aplicação da pena privativa de liberdade, surgem os sistemas progressivos, que são organizados em três ou quatro etapas, nas quais há diminuição progressiva do rigor aplicado, onde o trabalho e o comportamento são critérios de avaliação de merecimento de progressão para a próxima fase, e assim sendo o apenado vai se readaptando gradativamente à vida em sociedade.

Representa um grande avanço no penitenciarismo, pois estimula o preso a ter uma boa conduta, o que demonstra sua eficácia no que diz respeito ao

fator ressocializador, e permite que o recluso seja reincorporado ao meio social paulatinamente antes do término de sua condenação.

5.2.4.1 O sistema penitenciário progressivo: Os modelos Inglês e Irlandês

O sistema inglês progressivo ou também denominado de Mark System foi desenvolvido pelo Capitão Alexander Maconochie, em 1840, no Estado Australiano, na ilha de Norfolk.

Esse sistema substituía a severidade anteriormente empregada por um regime mais benigno, premiando os presos pelo seu bom comportamento.

O sistema progressivo inglês era realizado em três fases, sendo: a) isolamento celular diurno e noturno; b) trabalho em comum sob a regra do silêncio; c) liberdade condicional.

Necessário mencionar alguns desses sistemas progressivos como o idealizado pelo Coronel Manuel Montesinos y Molina (1796 – 1862), na Espanha. De acordo com César Barros Leal (2001, p. 36), Montesinos:

Criou, no presídio de San Agustín, em Valência (em cuja fachada se lia: Aquí penetra el hombre, el delito queda *a la puerta*, frase que evoca o ensinamento de Saeilles de que o criminoso deve ser visto, ao cumprir a pena, 'por aquilo que ele é', afora 'por aquilo que fez'), um sistema dividido em três fases: a) dos ferros, em que os presos faziam, embora subjugados a correntes, serviços de limpeza e outros no interior da unidade; b) do trabalho, onde poderiam escolher a oficina onde executariam suas tarefas e se valorizava sua capacitação profissional; c) da liberdade intermediária, com direito a visita de familiares e trabalho externo.

O Mark System (sistema de marcas), desenvolvido pelo capitão da Marinha Real Inglesa Alexander Machonochie (1787 – 1860), foi aplicado na lha de Norfolk, na Austrália para os presos de alta periculosidade vindos da Inglaterra.

O programa de tratamento era dividido em três fases:

a) fase da prova: consiste em isolamento celular em período integral, tal como ocorria no regime pensilvânico, por período de curta duração;

b) fase de isolamento noturno e trabalho obrigatório, em comum durante o dia em total silêncio como ocorria no regime auburniano;

c) fase do livramento condicional, que era um prêmio concedido ao preso com o “ticket of leave”.

A ascensão progressiva de regime era obtida se o preso realizasse trabalho e tivesse bom comportamento. Dessa forma, “a progressividade dependia do binômio conduta/trabalho do preso, o qual recebia marcas ou vales que o autorizavam a passar de uma subfase a outra, menos rigorosa.” (Leal, 2001, p.36).

Na Irlanda, entre 1854 e 1864, Walter Crofton, adapta o sistema progressivo de Maconochie, mantendo as marcas ou vales e o aperfeiçoou, incluindo uma fase intermediária entre a segunda e a terceira. Nessa fase intermediária o apenado era transferido para prisões agrícolas, semi-abertas, onde não havia a obrigatoriedade de utilização de uniformes e permitia-se o diálogo durante o trabalho de campo. O Brasil adotou esse sistema no Código Penal de 1940, com certas alterações.

5.2.4.2 O sistema penitenciário brasileiro : evolução histórica e estruturação atual

Em grande parte do período colonial, o Brasil era o lugar aonde eram enviados os delinqüentes da metrópole. Esse degredo era considerado um dos piores castigos.

As Ordenações Manuelinas vigoraram até 1601, tendo o sistema criminal regulado no seu Livro V, e segundo o entendimento de Gilberto Freyre (1933) apud Pedro de Moraes (2005, p.170):

Era estreitíssimo o critério que, ainda nos séculos XV e XVI, orientava entre os portugueses a jurisprudência criminal. No seu Direito Penal, o misticismo, ainda quente dos ódios de guerra contra os mouros, dava uma estranha proporção aos delitos, é o que nos ensina Pedro de Moraes (2005, p.170):

[...] Enquanto que dirigisse duetos aos santos tinha a língua tirada pelo pescoço e que fizesse feitiçaria amorosa era degredado para os ermos da África ou da América; pelo crime de matar o próximo, de desonrar-lhe a filha, o delinqüente não ficava, muitas vezes, sujeito a penas mais severas que a de 'pagar uma galinha' ou a de 'pagar mil e quinhentos módios'.

Fica claro que nas Ordenações Manuelinas não existia relação entre a pena e a proporcionalidade. O degredo era destinado, na realidade, aos crimes religiosos e não aos crimes, que hoje seriam considerados de maior gravidade.

As Ordenações Filipinas tiveram vigência entre 1601 e 1830, sob o reinado de Felipe I. Segundo Pedro Rodolfo Bodê de Moraes (2005, p. 171), as penas eram divididas em “penas de morte, castigos físicos (açoites, mutilação e queimaduras), degredo (para as galés, e perpétuo ou temporário) e as penas de caráter econômico (confisco de bens e multa).”

Claramente não se observa nessa fase a racionalização e humanização do idealismo iluminista, as penas continuam sendo de extrema crueldade, sem que exista proporcionalidade entre o fato gerador da conduta incriminada e sanção imposta.

Destaca-se como pena de extrema crueldade as penas de morte classificadas em morte natural, cruelmente e pelo fogo.

A morte natural ‘cruelmente consistia na execução do condenado de forma lenta com emprego de tormentos de forma a causar maior sofrimento. Já a morte natural pelo fogo, segundo Pedro Moraes (2005, p.171) “era aquela na qual o condenado deveria ser queimado vivo, mas por ‘costume e prática antiga primeiramente se dava garrote aos réus (...)”. A morte natural para sempre era destinada aos escravos por terem matado os seus senhores.

Esse sistema punitivo permanece vigente até 1830, quando é substituído pelo Código Criminal do Império. As penas corporais desaparecem, mas ainda subsistem os açoites e a pena de morte aplicável aos escravos.

Segundo Carvalho Filho (2002, p. 37-38):

A pena de morte, na forca, ficou reservada para casos de homicídio, latrocínio e insurreição de escravos. É uma mudança importante: no antigo regime, a pena de morte era prevista para mais de 70 infrações (Dotti, p. 52). Em 1835, como reação ao levante de negros muçulmanos ocorridos na Bahia, uma lei draconiana ampliaria as hipóteses de pena capital para escravos que matassem, tentasse matar ou ferissem gravemente o senhor ou feitor.

Com o Novo Código Criminal do Império, surge a “prisão simples e a prisão com trabalho” (Bodê, 2005, p.172)

Formalmente representa certo avanço no sentido de humanização e racionalização do sistema, mas não alcança efetividade, pois é evidente a “distância entre a intenção e o ato” (Bodê, 2005, p. 172).

Comissões que visitavam as cadeias constataram as péssimas condições em que se cumpria a pena de prisão. “Segundo relatório datado de 1831, era ‘imunda’, ‘pestilenta’, ‘estreita’, com o ar infectado’; os presos eram tratados com a última desumanidade’ (Sala, p. 50).” (Carvalho Filho, 2002, p. 38)

Na intenção de solucionar o problema, foi determinada a construção das Casas de Correção, sendo uma no Rio de Janeiro e outra em São Paulo, inspiradas no sistema auburniano.

Em verdade as duas Casas de Correção representaram instrumento de segregação de um Estado escravista e repressivo. Conforme relata Carvalho Filho (2002, p. 39):

Além de abrigarem presos condenados à prisão com trabalho, à prisão simples e também as galés (a partir da segunda metade do século 19, com o declínio do uso da pena de morte, muitos escravos tiveram sentenças capitais comutadas pelo imperador em galés perpétuas), elas hospedavam presos correccionais (não sentenciados), grupo composto de vadios, mendigos, desordeiros, índios e menores arbitrariamente trancafiados pelas autoridades.

O crescimento da população carcerária somado à falta de espaço para alojamento dos condenados traz de volta a problemática da superlotação e arbitrariedade. Isso faz com que a sociedade se preocupe mais com a questão criminal, e “o criminoso passa a ser visto ‘como um doente, a pena como um remédio e a prisão como um hospital’ (Salla, p.134)” (Carvalho Filho, 2002, p. 40).

Em 1890 adota-se o sistema progressivo, incorporado ao ordenamento pelo Código republicano, sendo abolida a pena de morte e as galés. A pena privativa de liberdade passa a ter caráter temporário (no máximo de até 30 anos).

Demonstrou-se, portanto a preocupação com o ideário iluminista, e a busca pela humanização das penas, entretanto mais uma vez não se atingiu a efetivação da lei.

No entendimento de Carvalho Filho (2002, p. 41):

[...] o novo regime penitenciário quase não saía do papel. Em 1906, havia em São Paulo 976 condenados à prisão celular e apenas 160 vagas. Solução improvisada, os presos foram direcionados para a 'abertura, construção e conservação de estradas públicas de rodagem' (Salla, p.178 e 1820).

Projetada por Álvares de Azevedo, em 1920 foi inaugurada a Penitenciária no Estado de São Paulo no Bairro do Carandiru. Conforme detalha Luís Francisco Carvalho Filho (2002, p. 42): a Penitenciária do Carandiru foi "Construída para 1.200 presos. Oferecia o que havia de mais moderno em matéria de prisão: oficinas, enfermarias, escolas, corpo técnico, acomodações adequadas, segurança. Tudo parecia perfeito".

Conforme o entendimento de Roberto Porto (2002, p. 17), o sistema desenvolvido no Carandiru serviu de modelo inspirador para outros Estados, no entanto não foi observada a classificação dos detentos para a individualização da pena, de modo que fossem separados conforme a gravidade do delito cometido.

Ainda, segundo Porto (2002, p.17):

A Casa de Detenção de São Paulo é um exemplo de inobservância desse princípio. Inaugurada em 1956 com a finalidade essencial de abrigar presos à espera de julgamento, passou logo após a sua criação a acolher também, presos condenados. Com capacidade para abrigar 3250 presos, a Casa de Detenção de São Paulo chegou a hospedar mais de 8000 homens, recorde mundial em detentos em um único estabelecimento. (Porto,

Segundo Luís Francisco Carvalho Filho (2002, p.72), “apresentaria, no entanto, os vícios e violências de qualquer outra prisão: o poder psiquiátrico interfere na concessão de benefícios previstos na lei para os presos, e o rigor disciplinar é exercido segundo critérios subjetivos”.

O Brasil adota a progressividade da pena. Com previsão no artigo 112, da Lei de Execução Penal “o sistema progressivo brasileiro adotado pela Lei de Execução Penal determina a mudança de regime, passando o condenado do mais severo para o menos severo” (Marcão, 2007, p. 115)

Atualmente um dos grandes problemas, senão for o de maior gravidade, é a superpopulação carcerária.

De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional, no Brasil encontram-se encarcerados 360.830 presos em 1.076 estabelecimentos, sendo que a capacidade do sistema é de 224.277 vagas, ou seja, a capacidade é muito menor que a população que abriga.

Diante desse cenário, buscam-se meios de humanizar as penas. A legislação passa a incorporar medidas alternativas à prisão.

A recuperação do condenado deve ser compreendida como a finalidade primordial da prisão. Nesse sentido é recente a preocupação estatal, que determinou na Lei de Execução Penal quais são os direitos do preso:

Art. 41: “Constituem direitos do preso:

I – alimentação suficiente e vestuário;

II – atribuição de trabalho e sua remuneração;

III – previdência social;

IV – constituição de pecúlio;

V – proporcionalidade na distribuição do tempo para trabalho, descanso e a recreação;

VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX – entrevista pessoal e reservada como advogado;

X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI – chamamento nominal;

XII – igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências de individualização da pena;

XII – audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIII – representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes;

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade de autoridade judiciária competente.

Mirabete (2004, p. 118) preleciona que tais direitos “correspondem a cada pessoa pelo simples fato de serem seres humanos e em razão da dignidade de tal condição”.

Portanto a condenação a pena privativa de liberdade não pode privar o homem daqueles direitos que não são atingidos pela condenação. Nesse aspecto, salienta Mirabete (2004, p. 118):

[...] Com a condenação, cria-se especial relação de sujeição que se traduz em complexa relação jurídica entre o Estado e condenado em que, ao lado dos direitos daquele, que constituem os deveres do preso, encontram-se os direitos destes, a serem respeitados pela Administração.

De certa forma a legislação penal tem buscado solução aos problemas enfrentados no sistema penitenciário. A adoção de institutos alternativos à pena privativa de liberdade, aplicáveis às infrações de menor potencial ofensivo, como por exemplo, o sursis penal e processual, a transação penal, a suspensão para dirigir veículo automotor, representa um grande avanço para o sistema punitivo. Tais medidas têm atingido melhores resultados na busca da ressocialização e redução da reincidência.

6 A CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

6.1 A Ineficiência do Caráter Reedutivo da Pena Privativa de Liberdade No Brasil

A Lei de Execução Penal contém princípios e regras que se destinam a desenvolver um tratamento que proporcione a devida ressocialização do preso. A ressocialização do preso é consistente na modificação de seu comportamento, para que esse seja adequado aos parâmetros comuns e não nocivos à sociedade. Para que isso ocorra deve ocorrer primeiramente a modificação dos valores pessoais do sujeito, pois como pressuposto do comportamento humano (externo), existem os valores (ordem interna). Por isso o processo de ressocialização deve estar voltado a reverter os valores negativos e nocivos em valores positivos e benéficos para a sociedade.

Para que seja alcançado o objetivo de ressocialização é fundamental que se busque a humanização dos valores pessoais do preso, e para isso o ambiente carcerário deve oferecer experiências que sejam propícias a essa tarefa.

Apesar de existir direcionamento legal nesse sentido, não há efetivação dessas regras na execução da pena privativa de liberdade, que se torna uma falácia, no que diz respeito a sua meta ressocializadora.

O fracasso da prisão não se deve exclusivamente ao não cumprimento das normas de execução penal, ou seja, aglutinam-se outros fatores que são ínsitos à própria natureza da prisão.

A pena privativa de liberdade, como já exposto anteriormente, teve sua origem no início do século XIX, quando se pensou que poderia ser importante instrumento para a ressocialização do infrator, entretanto devido às situações concretas, destarte em sua efetiva execução, esse entendimento caiu por terra.

Nesse entendimento afirma o insigne Evandro Lins e Silva (1991) apud César Barros Leal (2001, p. 65) que:

[...] é de conhecimento geral que a cadeia perverte, deforma, avilta e embrutece. É uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime. A prisão, essa monstruosa opção, perpetua-se ante a impossibilidade da maioria como uma forma ancestral de castigo. Positivamente, jamais se viu alguém sair do cárcere melhor do que quando entrou.

É tarefa quase que impossível ressocializar um indivíduo – que geralmente encontra certas dificuldades para se integrar pacificamente ao meio social – dissociando-o da própria comunidade, e ainda associando-o a outros criminosos. Assim entende Cesar Barros Leal, (2001, p.115) que: “treinar homens para a vida livre, submetendo-os a condições de cativo, afigura-se tão absurdo como alguém se preparar para uma corrida ficando na cama por semanas”.

Ante a própria essência da prisão que é o isolamento há autores que defendem a extinção da pena privativa de liberdade tais como Stanley Cohen para quem “a prisão manterá sempre seus paradoxos e suas contradições fundamentais”.

Outra questão importante no que diz respeito ao caráter reeducativo da prisão se refere às condições em que os presos são submetidos no cárcere, onde ocorre verdadeira ofensa à dignidade humana. As condições precárias em que a pena privativa de liberdade é executada não se restringem exclusivamente aos países subdesenvolvidos, abrangendo os Estados de maior desenvolvimento social e econômico.

Os presos são humilhados, são submetidos a tratamento degradante, recebem insultos verbais, castigos cruéis e injustificados. Tais fatores depreciam a personalidade do preso fazendo com que se torne um indivíduo revoltado com o sistema.

Outro grande problema que pode ser constatado nos presídios é a superpopulação carcerária, que torna praticamente impossível a aplicação das normas inerentes ao tratamento reeducativo (artigo 8º, Lei de Execução Penal), devido à exígua estrutura física disponibilizada ao sistema penitenciário.

Não possuindo a estrutura adequada não existe possibilidade de se realizar a seleção dos internos conforme a classificação de seu crime (artigo 5º, Lei de Execução Penal), portanto mesclam-se criminosos ocasionais com aqueles de alta nocividade, o que faz com que não ocorra o desejado efeito ressocializador da pena privativa de liberdade. O criminoso inexperiente aprende métodos mais eficientes e retorna para a sociedade livre potencializado ao crime.

Enuncia a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, em seu item 100:

É do conhecimento que 'grande parte da população carcerária está confinada em cadeias públicas, presídios, casas de detenção e estabelecimentos análogos, onde prisioneiros de alta periculosidade convivem em celas superlotadas com criminosos ocasionais, de escassa ou nenhuma nocividade, e pacientes de imposição penal prévia (presos provisórios ou aguardando julgamento), para quem é um mito, no caso a presunção de inocência. Nestes ambientes de estufa, a ociosidade é a regra; a intimidade inevitável e profunda'. (Cezar Barros Leal, 201 p. 58)

Dessa forma, sem que o interno seja submetido a um tratamento reeducativo com base em um exame criminológico visando a sua classificação (com finalidade pedagógica), e seja a execução de sua pena individualizada conforme determina a lei, dificilmente serão observados resultados satisfatórios quanto à ressocialização.

Outro fator criminógeno da prisão, resultante da superpopulação e falta de estrutura física é a falta de higiene adequada (os presos ficam amontoados num espaço reduzido, onde são obrigados a realizar suas necessidades fisiológicas e com espaço de movimentação restrito), o que pode ser gerador da proliferação de inúmeras enfermidades.

Essa situação demonstra o não cumprimento das obrigações estatais disciplinados pela Lei de Execução Penal em seus artigos 12 e 14:

Art. 12 – A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

Art. 14 – A assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

Inerente à natureza do cárcere é a dissimulação e a mentira. O apenado interioriza os costumes do ambiente carcerário, aprofundando suas tendências criminosas. Para Cezar Roberto Bitencourt (1993, p.147): “A aprendizagem do crime, a formação de associações delitivas são tristes conseqüências do ambiente carcerário”.

Outro elemento importante nessa discussão quanto à eficácia ressocializadora da prisão é o fator social. É quase que impossível atingir a ressocialização de um indivíduo que permaneceu alheio ao ambiente social em que vivia, pois se desadaptou profundamente, adquirindo a cultura do ambiente carcerário em que foi inserido.

A prisão configura uma espécie de instituição denominada pela doutrina de instituição total, que se caracteriza por absorver a vida do recluso em período integral. Essa espécie de instituição está voltada precipuamente à proteção da comunidade contra aqueles sujeitos que constituem intencionalmente perigo a ela, não tendo como finalidade o bem estar dos presos. A proteção social como principal objetivo da prisão é um dos aspectos de profunda contradição em relação a sua meta ressocializadora.

Nessas instituições totais os funcionários e os internos situam-se em posições antagônicas, de modo que ambas as partes possuem sentimentos opostos uns em relação aos outros. Esses sentimentos antagônicos são inerentes à natureza da prisão, e configuram outro grande obstáculo à ressocialização ante a dificuldade encontrada na aplicação de técnicas direcionadas à recuperação do recluso.

Outra questão referente à instituição total, é que por sua natureza transforma o interno em um ser passivo, pois esse deve aderir às regras do sistema penitenciário. Como preleciona Cezar Roberto Bitencourt (1993, p. 153): “Na instituição total, geralmente, não se permite que o interno seja responsável por alguma iniciativa e o que interessa efetivamente é a sua adesão às regras do sistema penitenciário.”

Dessa forma, a completa passividade do interno é um resultado natural que a instituição penitenciária produz no recluso, e compõe mais uma

razão que demonstra a ineficácia da pena privativa de liberdade quanto ao seu objeto principal que é a ressocialização.

Notadamente, a pena de prisão só tem se fundamentado, na prática, pelo retributismo da pena, e não proporciona a recuperação e a conseqüente reinserção social.

No entendimento de César Barros Leal (2001, p.39) a prisão nos traz:

A imagem de castigo – que, para Immanuel Kant, era um imperativo categórico e, segundo alguns, o único objetivo que efetivamente se atinge – robustece-se em prisões ruinosas, superlotadas, com péssimos níveis de higiene, onde a droga é consumida sem embaraços, o abuso sexual é constante, praticamente inexiste oferta de trabalho, de lazer orientado, e a assistência se presta de forma precária.

Constata-se também que a pena não atinge a sua finalidade intimidativa, ante o sentimento geral de impunidade que permeia a comunidade criminosa. Na realidade não é o gravame imposto pela pena que irá refrear os índices da criminalidade, mas a certeza de que caso ocorra à conduta desviante, fatalmente haverá punição.

Em conclusão, as questões que foram acima expostas demonstram a efetiva crise da pena privativa de liberdade quanto à sua meta reeducativa visando à reinserção do condenado em comunidade livre.

A pretensão de ressocializar uma pessoa para o convívio em liberdade isolando-a do meio social constitui verdadeiro paradoxo, mas somam-se vários outros fatores que contribuem para o seu fracasso tais como a deficiência em estrutura física (estabelecimentos prisionais adequados a manter a custódia dos presos em boas condições, de forma a propiciar salubridade, conforto, atividades laborais, educacionais e físicas) e pessoal capacitado para o tratamento adequado dos reclusos, e essa problemática se deve principalmente à falta de atenção que a sociedade e os governantes têm dado a questão.

6.2 Prisionalização

O ambiente carcerário é meio inapto a ressocializar o condenado, muito pelo contrário, é um meio hábil a potencialização de criminosos e confecção de delinqüentes habituais, no caso, daqueles denominados criminosos ocasionais.

O cárcere, antagonicamente a sua precípua finalidade ressocializadora, age de forma negativa sobre o preso, causando-lhe inúmeros malefícios tais como o vício, o isolamento da família, fome, a promiscuidade sexual.

A prisão gera vários danos psicológicos e de ordem moral, que invariavelmente, não serão superados na vida pós-cárcere.

Um dos grandes fenômenos produzidos no sistema carcerário é a chamada prisionalização ou prisionização, que é a forma pela qual o preso absorve a cultura carcerária. É um dos primeiros efeitos da prisão, que consiste num processo de aprendizagem que dessocializa o homem. Por não ter outra alternativa, o recluso é obrigado a adaptar-se às formas de vida e costumes do cárcere, que compõe um sistema normativo autônomo paralelamente ao sistema oficial de valores.

O processo de prisionização é comparado ao que em sociologia chamamos de assimilação em que, de forma lenta, gradual, mais ou menos inconsciente a pessoa vai adquirindo a cultura da unidade social em que foi colocada, até que se torne característico dela. Assim, a prisionização implica na adoção, em maior ou menor grau, do modo de pensar, dos costumes, dos hábitos, da cultura geral da penitenciária.

No conceito de João Farias Júnior (2001, p. 310):

Prisionização é o processo pelo qual o indivíduo vai assimilando dia a dia os influxos deletérios da prisão e, por via de consequência, vai potencializando-o para o crime, acomodando-o a vida carcerária e distanciando-o destes valores e padrões sociais normais. Pouco a pouco ele vai se integrando aos costumes, valores e normas comuns aos detentos. Ao mesmo tempo vai se estigmatizando e se criminalizando.

Dessa forma a prisionalização é um processo que se contrapõe completamente à meta ressocializadora da prisão, visto que esse processo que dessocializa (o preso perde a capacidade de adquirir hábitos que a sociedade exige) faz com que dificilmente o ex convicto volte a aceitar as regras da sociedade exterior.

Entende Muñhoz Conde (1987) apud Cezar Roberto Bitencourt (1993, p. 171):

[...] ocorre aqui um fenômeno criminológico comum a todas as instituições fechadas, que Clemer chama de prisionalização e Goffman, por sua vez denomina aculturação. O recluso adapta-se às formas de vida, usos e costumes impostos pelos próprios internos no estabelecimento penitenciário, porque não tem outra alternativa. Adota, por exemplo, uma nova forma de linguagem, desenvolve hábitos novos no comer, vestir, aceita papel de líder ou papel secundário nos grupos de internos, faz novas amizades, etc. Esta aprendizagem de uma nova vida é mais ou menos rápida, dependendo do tempo em que estará sujeito à prisão, do tipo de atividade que nela realiza sua personalidade, suas relações com o mundo exterior, etc. A prisionalização, enfim, tem efeitos negativos à ressocialização que o tratamento dificilmente poderá evitar.

O processo de assimilação da vida carcerária atinge a todos os ingressos do sistema, entretanto não os alcança uniformemente, estando uns mais propensos a absorverem a subcultura do cárcere do que os demais, devendo ser observados os aspectos que favorecem uma maior ou menor prisionalização, tais como as características individuais de cada preso, o papel que ocupa na hierarquia do cárcere, as condições em que é submetido na prisão, e, sobretudo, o tempo de duração de sua pena, pois quanto maior período que permanecer preso, maior será o grau de sua prisionalização.

A população carcerária vai além dos presos, compreendendo também o pessoal encarregado da administração penitenciária, a direção, guardas, terapeutas, etc., que não estão imunes aos efeitos da prisionização, sendo também contaminados pela subcultura do cárcere, é a chamada prisionização vertical.

Em conclusão, os efeitos decorrentes do processo de prisionização, sem margem de dúvidas, constituem enormes obstáculos na busca da almejada ressocialização. Não existe relação de causalidade entre as influências negativas absorvidas pelo recluso e a sua regeneração, a tendência é a depreciação dos

valores morais, e conseqüente inadaptação a comunidade livre, que se aglutina a outros fatores geradores de reincidência e aumento da criminalidade.

6.3 A Problemática da Reincidência no Brasil

6.3.1 Reincidência

Se atentarmos aos alarmantes índices de reincidência, percebemos a falácia que é a pena privativa de liberdade quanto à sua finalidade ressocializadora e reintegradora. Ao invés de reeducar o delinqüente, o sistema prisional deprecia a personalidade do preso, reforçando seus valores negativos. As condições as quais o preso é submetido dentro do cárcere são fatores que aliados aos sentimentos de rejeição e indiferença da sociedade e do Estado são determinantes para que retorne ao crime. Marcado pelo estigma da prisão e desamparado pelas autoridades, permanece marginalizado no meio social, excluído das oportunidades de trabalho, e não tendo melhores opções volta a delinqüir.

Em primeiro lugar, deve ser considerado que a prisão segrega, dissociando o preso da comunidade livre e ao mesmo tempo remete-o ao convívio com outros indivíduos anti-sociais. Assim, Antônio Garcia-Pablos de Molina (1979) apud Cezar Roberto Bitencourt (1993, p.143) afirma que:

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

Distante da comunidade não há como ser ressocializado, pois perde a capacidade de adquirir hábitos sociais comuns, permanecendo excluído mesmo após o cumprimento da pena.

Conforme estudos realizados pelo Professor Sérgio Adorno (1991, p. 18) na Penitenciária do Estado de São Paulo, no período entre 1974 a 1985, a taxa de reincidência tem estreita relação com o tratamento recebido pelo detento dentro do cárcere, haja vista que o maior número de retornos ao sistema é daqueles que sofreram o maior número de punições.

Caminhando em sentido contrário, a prisão tem demonstrado a ineficiência no desempenho de suas atividades pedagógicas, e ao invés de regenerar atua como instrumento de potencialização da mente criminosa. Naturalmente restam apenas os efeitos negativos da prisão devido às sevícias que proporciona.

Dessocializado do meio que foi retirado contra a sua vontade e agora impregnado pela cultura do cárcere, o ex- preso volta a atuar no crime com muito mais aptidão e agressividade. De acordo com Abel El Tasse (2003, p.152)

Os estabelecimentos prisionais, administrados como têm sido ao longo do tempo no Brasil, têm contribuído, tão somente, com o aumento da violência, na medida em que mais de 80% daqueles que cumprem pena em regime fechado retornam ao mundo do crime, sendo que normalmente, após cumprirem pena nos estabelecimentos penitenciários, o crime que cometem é mais violento que aquele que os levou para as masmorras estatais, as quais a modernidade entendeu ser interessante chamar de prisões e casas de detenção, entre outros nomes que, embora tentem, não conseguem esconder uma realidade de dor, violência e ineficácia no combate ao crime.

O egresso do sistema penitenciário, sendo considerado assim, aquele preso que já cumpriu sua pena e foi libertado definitivamente pelo período de um ano, ou aquele que obteve o benefício da liberdade condicional, durante o período de prova, tem, ou pelo menos deveria ter o amparo estatal concernente a uma orientação para a sua reintegração social, devendo auxiliá-lo na obtenção de emprego, alojamento e alimentação em estabelecimento destinado a esse propósito (artigos 25,26 e 27, da Lei de Execução Penal).

A não efetivação desses direitos do egresso se deve ao desinteresse governamental dos estados quanto ao direcionamento de subsídios para o desenvolvimento das metas legais.

O fenômeno da reincidência criminal não é mazela social que surge exclusivamente por conta do desamparo estatal pela falta da devida assistência ao

egresso para se realocar em sociedade. A própria sociedade, inculpada pelo preconceito, repele o ex-presos, que inevitavelmente carrega o estigma da pena.

As situações diversas que suportou durante a época de cárcere, que produzem severos efeitos negativos em sua personalidade, confirmam a ineficácia da pena privativa de liberdade em seu caráter ressocializador.

6.3.2 A superlotação dos presídios e a ociosidade da população carcerária: falta de perspectiva profissional

A prisão Comum (xadrezes de delegacias, cadeias municipais), que é destinada a receber os infratores recém capturados representa a porta de entrada do sistema prisional. Os presos (que não obtém relaxamento da prisão em flagrante ou a revogação da preventiva) devem seguir posteriormente, para os presídios aguardando uma sentença, e se forem condenados devem ser transferidos para a penitenciária. Entretanto, na maioria das vezes, esse não é o caminho percorrido pelo preso, que acaba por cumprir a sua pena na cadeia mesmo, não sendo este o estabelecimento mais adequado.

Nesses estabelecimentos convivem aqueles que são apenas suspeitos, presos simples e primários com infratores condenados por terem cometido delitos graves, e, portanto torna-se tarefa impossível a realização de um tratamento reeducativo eficaz, com a possibilidade de serem desenvolvidas atividades instrutivas. Isso ocorre, pois a demanda carcerária é muito maior do que o quantitativo de saída.

As delegacias ficam abarrotadas, constituindo-se em ambientes degradantes, desumanos. Augusto Thompson fornece exemplos gritantes dessa situação caótica (2000, p.102):

[...] em um alojamento onde caberiam cinco camas, com razoável distância entre elas, de sorte a permitir a colocação de um pequeno armário, podem ser acomodados doze presos, desde que se usem beliches e se suprima o móvel; ou vinte e seis, se todo o mobiliário for eliminado e se fizer com que os hóspedes durmam num estrado inteiriço, a cobrir toda a extensão da cela (sistema usado, v.g., no Presídio de água Santa, no rio). O u se a área pode

suportar cinqüenta alojamentos, com dez presos em cada um, torna-se viável nela recolher uma população de mil e quinhentas ou duas mil pessoas, se, em vez de dividi-la em compartimentos, a autoridade se limita a cercá-la com arame farpado, deixando que os residentes se amontoem no interior, dormindo no chão puro (como ocorria no antigo Galpão, no Rio-hoje Instituto Presídio Evaristo de Moraes – até 19670). Se o número de guardas, por diminuto pode manobrar, apenas, uma população prisional de cem presos, basta adotar o expediente de manter os internos trancados no cubículo dia e de noite, privados completamente de sol, para habilitar aquela quantidade de funcionários a custodiar mil e quinhentos. Se a verba de alimentação é suficiente para sustentar quinhentos internos, com duas refeições ao dia, pode-se destiná-la ao dobro, se fornece uma única refeição diária.

O estabelecimento prisional é voltado a reabilitar o condenado ao convívio em sociedade, para que no seu retorno esteja apto a realizar atividades produtivas de forma a não reincidir na prática do crime.

Mas a verdade é que a instituição prisional não tem obtido êxito no desiderato de ressocializar o infrator. Muito pelo contrário, a pena privativa de liberdade constitui-se em paradoxo, se tem-se como objetivo a regeneração.

A superpopulação representa um dos maiores óbices à ressocialização. O Estado não possui aparato suficiente a proporcionar as devidas condições de higiene, saúde, conforto, alimentação, assistência jurídica a toda a população carcerária.

A Lei de Execuções Penais, que tem por principal finalidade a ressocialização, determina expressamente quais são os direitos do preso e as obrigações do estado na fase executiva da pena, apesar de não corresponder ao que de fato ocorre. O Estado deve garantir ao preso instalações que ofereçam salubridade, higiene e área na extensão adequada ao cumprimento de sua pena.

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo Único. São Requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6 m (seis metros quadrados).

A realidade se confronta a essa determinação legal, pois no lugar de celas individuais com espaço reservado à higiene pessoal e fisiológica do indivíduo,

são amontoados vários presos, devido ao progressivo número de ingressos no sistema penitenciário. O cárcere torna-se um ambiente insalubre, promíscuo e violento, que acaba gerando epidemias de inúmeras moléstias, como a tuberculose e o H.I.V..

O acúmulo de presos também se deve ao fato de que muitos dos presos que ainda cumprem a sua pena em regime fechado já poderiam ter progredido para o regime semi-aberto, mas continuam ocupando os estabelecimentos compactos em razão de não haver vagas nas colônias penais agrícolas, industriais ou similares.

Para que ocorra a reabilitação são indispensáveis realização de atividades produtivas durante o período de cumprimento da pena.

Mais uma vez a realidade se distancia da letra da lei. A Lei de Execução Penal em seu artigo, 41, II, determina que o trabalho e sua devida remuneração constituam direitos do preso:

Além de ter garantida a possibilidade de poder exercer uma atividade remunerada, a lei dispõe que a atividade que será exercida pelo preso deve levar em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado (art. 32, caput, Lei Execução Penal).

Entretanto não é visto nos estabelecimentos prisionais, pois geralmente o trabalho que é exercido não confere com as perspectivas e habilidades do preso, e que na maioria das vezes não terá valia para o mercado de trabalho. Em verdade, a motivação ao trabalho prisional é relacionada à possibilidade de remição da pena.

Outro aspecto importante no tratamento penitenciário diz respeito à educação, que também não é oferecida satisfatoriamente aos presos, pois não são oferecidos meios satisfatórios para que sejam ministradas atividades educacionais como a falta de locais adequados às aulas e a falta de material didático.

A educação nos presídios, voltada à qualificação profissional dos sentenciados, para que na sua vida egressa possam exercer uma atividade produtiva é essencial para que se possa atingir a ressocialização e diminuição da reincidência.

É de conhecimento geral que um dos fatores geradores do índice de criminalidade é o desemprego (nem todos desempregados tendem para o crime), que por sua vez é devido às altas exigências de qualificação profissional. Por esse motivo, aqueles que não tiveram acesso à educação permanecem excluídos. Basta verificarmos o perfil educacional da população carcerária do Brasil e a espécie de crime que cometeram.

Tomemos por base o sistema penitenciário do Estado de São Paulo, conforme dados extraídos de obra monográfica de Maria Angélica Lacerda Marin Dassi, sob o título “A pena de Prisão e a Realidade Carcerária Brasileira: Uma Análise Crítica” [pagina internet \(http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/maria_angelica_lacerda_marin_dassi.pdf\)](http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/maria_angelica_lacerda_marin_dassi.pdf) (acesso no dia 27/10/08)

[...] o último censo penitenciário apontou que 83% dos presos paulistas possuem apenas ensino fundamental. Estes dados, de certa forma, refletem a realidade social do brasileiro.

Pesquisa realizada em julho de 2005 na região metropolitana de São Paulo São Paulo apurou que 17,5 da população ativa estavam desempregados, sendo que a maior parte não possui o ensino fundamental completo.

Conforme revelam os dados oficiais, de um total de cento e um mil, duzentos e cinqüenta e dois delitos julgados, 59% foram referentes a crimes praticados contra o patrimônio. Trata-se de um círculo vicioso: má formação escolar, desemprego, criminalidade e aumento da população carcerária.

Em conclusão, a ociosidade que impera no sistema penitenciário contribui negativamente para a reeducação do condenado, pois não possuirá uma qualificação que lhe será útil ao término da pena ao ingressar na sociedade livre.

A lei fornece à Administração Pública elementos de orientação para o pleno desenvolvimento das atividades correcionais, que não se concretizam devido à sua inaplicabilidade. Esta se deve, em grande parte, pela omissão e desinteresse de autoridades competentes e grande parcela da população.

6.3.3 As Facções Criminosas no interior dos presídios brasileiros: o PCC e o sistema penitenciário paulista

O PCC (Primeiro Comando da Capital) é uma facção criminosa, que surgiu na década de 1990 no Centro de Reabilitação Penitenciária de Taubaté, tendo por suposta finalidade a luta pelos interesses dos encarcerados. Inclusive, a organização possui um estatuto que contém os seus princípios tais como a lealdade, o respeito e a solidariedade principalmente para com os outros integrantes do grupo, cominando até a pena de morte àqueles que descumprirem as estipulações desse estatuto.

A presença das organizações criminosas em presídios brasileiros não fica adstrita ao estado de São Paulo e Rio de Janeiro (Comando Vermelho), pois as facções se difundiram para os outros Estados da Federação. Como exemplo o PLD (Paz, Liberdade e Direito), do presídio da Papuda do Distrito Federal, o PCMS (Primeiro Comando do Mato Grosso do Sul), que surge como meio de impedir a dominação dos presídios sul matogrossenses pelo PCC, e o PCL (Primeiro Comando da Liberdade), fundado por Odair Moreira da Silva, dissidente do PCMS, como forma de se proteger por ter contrariado os interesses da organização anterior.

No Paraná encontra-se o PCP (Primeiro Comando do Paraná). O PCN (Primeiro Comando de Natal) é a facção criminosa que atua nos presídios do Rio Grande do Norte. No Rio Grande do Sul existe uma divisão entre duas facções, em que o recém ingresso deve optar entre fazer parte dos Manos ou dos Brasa, que são rivais devendo ser separados uns dos outros. Em Pernambuco, a atuação no comando é do CNN (Comando Norte Nordeste), sendo que os presos comandam, de dentro dos presídios, a criminalidade no Rio Grande do Norte e no Ceará.

No Estado de São Paulo, além do PCC, atuam mais quatro organizações criminosas, que são: a Seita Satânica, o CRBC (Comando Revolucionário Brasileiro da Criminalidade), o CDL (Comando Democrático da Liberdade) e o CVJC (Comando Vermelho Jovem da Criminalidade).

Os entendidos no assunto consideram que a disseminação das facções criminosas é resultado da má administração e péssimas condições do

sistema penitenciário. O Estado permite regalias (celulares e outros) como meio de evitar que ocorram conflitos entre administração e presos, e isso é uma forma de desenvolvimento das facções. Segundo o Juiz de Direito Edmar de Oliveira Cicilliatti, em seu artigo “O OVO DA SERPENTE”:

Os presos, aproveitando-se da desestruturação do sistema, a falta de efetiva vigilância e controle, das brechas legais e das facilidades em se articularem, se organizam em facções criminosas, aparentemente, com fins de defesa dos ‘oprimidos’.
(http://www.sindasp.org.br/v2/modules/xt_conteudo/index.php?id=8)

A comunidade existente no cárcere revela uma realidade autônoma da vida em liberdade, constituindo uma sociedade marginalizada que se desenvolve paralelamente ao mundo exterior.

Essa sociedade que emerge intramuros penitenciários é baseada em regras naturais – pode se dizer que aqui ocorre o fenômeno do pluralismo jurídico – sendo liderada por aquele sujeito considerado o mais poderoso.

Dois fatores são determinantes à gênese dessa sociedade paralela, sendo primeiramente a necessidade de regras que regulamentem o relacionamento entre os detentos para que convivam de forma harmônica; o segundo fator seria consequência imediata da origem do grupo, que é a “subcultura do cárcere”, devido à segregação do sujeito da vida em sociedade livre por um longo tempo.

As normas que se originam desse poder institucionalizado e informal são denominadas de “proceder” e são referentes:

a) ao cotidiano do cárcere: no cárcere existem inúmeras regras que se referem à maneira de proceder no dia a dia, como por exemplo, na hora de dormir em que deve haver absoluto silêncio em respeito aos demais companheiros de cela tal como a proibição de se mexer nos objetos pessoais de outrem.

b) circulação e permuta de objetos: regra de extrema importância entre os presos é o pagamento de dívidas contraídas ali dentro, podendo inclusive haver penalização com a morte em caso de inadimplemento, tal como o credor tem o dever de cobrar a dívida para que não seja mal visto pelo restante da comunidade carcerária.

c) solidariedade: a camaradagem é uma característica marcante entre os presos. O recluso deve fazer aquilo que estiver ao seu alcance em benefício aos outros companheiros para que seja bem quisto entre o restante da comunidade.

d) moralidade: todo preso deve ser respeitado moralmente pelos demais companheiros.

e) fundamental “não caguetar”: regra máxima entre os presos é a que não permite a “caguetagem”. O delator deve receber a pena máxima, a morte, por não ser leal aos demais (<http://jus2.uol.com.br/DOCTRINA/texto.asp?id=3250>) – (Autor anônimo data de acesso 17/10/08)

As regras que conduzem a sociedade paralela que se desenvolve no cárcere advêm de um Direito Penal “*sui generis*”, com características próprias desse ramo, entretanto se revela irracional e desproporcional na maioria das vezes. Dessa forma pode ser punido com a pena capital o chamado “cagueta” (delator de um companheiro), o que não pagar uma dívida, ou aquele que cometer um crime sexual. Como exemplar de regramento estatuído em meio ao sistema penitenciário brasileiro pode ser citado o Estatuto do PCC:

1. Lealdade, respeito, e solidariedade acima de tudo ao Partido
2. A Luta pela liberdade, justiça e paz
3. A união da Luta contra as injustiças e a opressão dentro das prisões
4. A contribuição daqueles que estão em Liberdade com os irmãos dentro da prisão através de advogados, dinheiro, ajuda aos familiares e ação de resgate
5. O respeito e a solidariedade a todos os membros do Partido, para que não haja conflitos internos, porque aquele que causar conflito interno dentro do Partido, tentando dividir a irmandade será excluído e repudiado do Partido.
6. Jamais usar o Partido para resolver conflitos pessoais, contra pessoas de fora. Porque o ideal do Partido está acima de conflitos pessoais. Mas o Partido estará sempre Leal e solidário à todos os seus integrantes para que não venham a sofrerem nenhuma desigualdade ou injustiça em conflitos externos.
7. Aquele que estiver em Liberdade "bem estruturado", mas esquecer de contribuir com os irmãos que estão na cadeia, serão condenados à morte sem perdão
8. Os integrantes do Partido têm que dar bom exemplo a serem seguidos e por isso o Partido não admite que haja assalto, estupro e extorsão dentro do Sistema.
9. O partido não admite mentiras, traição, inveja, cobiça, calúnia, egoísmo, interesse pessoal, mas sim: a verdade, a fidelidade, a hombridade, solidariedade e o interesse como ao Bem de todos, porque somos um por todos e todos por um.
10. Todo integrante tem que respeitar a ordem e a disciplina do Partido. Cada um vai receber de acordo com aquilo que fez por merecer. A opinião de Todos será ouvida e respeitada, mas a decisão final será dos fundadores do Partido.
11. O Primeiro Comando da Capital PCC fundado no ano de 1993, numa luta descomunal e incansável contra a opressão e as injustiças do Campo de concentração "anexo" à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, tem como tema absoluto a "Liberdade, a Justiça e Paz".
12. O partido não admite rivalidades internas, disputa do poder na Liderança do Comando, pois cada integrante do Comando sabe a função que lhe

compete de acordo com sua capacidade para exercê-la.
 13. Temos que permanecer unidos e organizados para evitarmos que ocorra novamente um massacre semelhante ou pior ao ocorrido na Casa de Detenção em 02 de outubro de 1992, onde 11 presos foram covardemente assassinados, massacre este que jamais será esquecido na consciência da sociedade brasileira. Porque nós do Comando vamos mudar a prática carcerária, desumana, cheia de injustiças, opressão, torturas, massacres nas prisões.

14. A prioridade do Comando no montante é pressionar o Governador do Estado a desativar aquele Campo de Concentração " anexo" à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, de onde surgiu a semente e as raízes do comando, no meio de tantas lutas inglórias e a tantos sofrimentos atrozes.

15. Partindo do Comando Central da Capital do KG do Estado, as diretrizes de ações organizadas simultâneas em todos os estabelecimentos penais do Estado, numa guerra sem trégua, sem fronteira, até a vitória final.

16. O importante de tudo é que ninguém nos deterá nesta luta porque a semente do Comando se espalhou por todos os Sistemas Penitenciários do estado e conseguimos nos estruturar também do lado de fora, com muitos sacrifícios e muitas perdas irreparáveis, mas nos consolidamos à nível estadual e à médio e longo prazo nos consolidaremos à nível nacional. Em coligação com o Comando Vermelho - CV e PCC iremos revolucionar o país dentro das prisões e nosso braço armado será o Terror "dos Poderosos" opressores e tiranos que usam o Anexo de Taubaté e o Bangú I do Rio de Janeiro como instrumento de vingança da sociedade na fabricação de monstros.

Conhecemos nossa força e a força de nossos inimigos Poderosos, mas estamos preparados, unidos e um povo unido jamais será vencido.
 LIBERDADE! JUSTIÇA! E PAZ!

O Quartel General do PCC, Primeiro Comando da Capital, em coligação com Comando Vermelho CV
 UNIDOS VENCEREMOS

(<http://www.midiaindependente.org/pt/blue/2006/05/353333.shtml> - autor desconhecido - 15/05/2006 às 18h17min.)

O Estatuto disposto acima, a título exemplificativo, traz uma lista de princípios e regras voltadas a direcionar os seus membros na luta contra as injustiças do sistema carcerário, quais sejam a "lealdade, respeito e solidariedade" entre os seus membros. Prega a luta pela "liberdade, justiça e paz" e reivindica a melhoria das condições do sistema prisional.

Trata-se na realidade de grupos que estão organizados para atingir interesses econômicos daqueles que dirigem o sistema (chefes), tendo como recursos de sustentação e desenvolvimento o produto das atividades criminosas realizadas dentro e fora das prisões, ou seja, a luta pelos interesses comuns da massa carcerária em prol de liberdade, condições mais justas no sistema são fictas, não correspondendo à verdadeira ideologia da organização.

Se a intenção primordial da pena privativa de liberdade é a ressocialização do apenado, visando a sua reintegração em sociedade livre, pode se

dizer que ela fracassou. Mas como escola do crime tem obtido enorme sucesso. As facções criminosas têm angariado, em ritmo progressivo, soldados para atuarem a comando dos seus líderes, tanto dentro das penitenciárias como nas ruas.

Esses soldados do crime têm a responsabilidade de, em conjunto, sustentarem o crime organizado. As facções têm sustentação oriunda do crime, tendo como principal fonte de renda o tráfico.

De acordo com João de Barros, em artigo publicado na página do “Le Monde” (<http://diplo.uol.com.br/2006-12,a1461>), acessada em 28 de outubro de 2008:

[...] numa fusão de gêneros, o combate legítimo contra a opressão no interior do sistema penal paulista serve também de cobertura para um negócio mais lucrativo: o do tráfico de drogas, avaliado em 300 milhões de dólares por ano apenas para o ‘mercado’ de São Paulo. Para gerenciar sua parte do bolo, a partir dos presídios, o PCC dividiu o estado em regiões que confiou aos “pilotos de rua”. Estes negociam com uma rede de traficantes do escalão intermediário, que agem a serviço dos “gerentes” dos chefes do negócio, os ‘patrões’.

Como pode ser percebido, o crime organizado tem origem em inúmeros fatores, a união entre os presos para suposta reivindicação de melhorias nas condições em que as penas são executadas, a convivência e corrupção dos administradores penitenciários, a necessidade que o preso tem de fazer parte de um grupo como forma de se proteger, até mesmo as próprias vantagens que a atividade criminosa lhe traz faz com que ingresse numa determinada facção.

Com a aderência cada vez maior ao crime organizado, a consequência é, por óbvio, o robustecimento do índice de criminalidade nas ruas, e isso se deve principalmente em razão do dever de lealdade e contribuição que os ex-presos têm para com a organização. Ou seja, o poder que as facções exercem é irradiado para além dos muros das instituições prisionais.

Diante desse quadro, a simples aplicação de medidas repressivas tendo o condão de extinguir o crime organizado teria efeito meramente paliativo. Faz-se necessário que os órgãos públicos direcionem suas ações agindo no setor social, educacional, econômico e a segurança pública. O que se espera não é a erradicação por completo da criminalidade, pois tal desiderato é manifestamente

utópico, portanto impossível de ser realizado, mas espera-se que no mínimo sejam estabelecidas políticas públicas eficazes no combate às organizações criminosas, diminuindo consideravelmente os índices de delinquência.

6.3.4 A comunidade e o seu papel na ressocialização dos presos

É cediço que o ex-presos fica marcado pelo estigma da pena, o que representa ínfimas possibilidades de reintegração social, ante o preconceito que impregna a sociedade.

O Estado, de forma clara, tem demonstrado a sua incapacidade em gerir por si só o sistema penitenciário. A exposição de motivos da Lei de Execução Penal, em seu item 24 expressa a necessidade da participação comunitária na busca da solução das questões que envolvem o sistema: “Nenhum programa destinado a enfrentar os problemas referentes ao delito, ao delinqüente e à pena se completariam sem o indispensável e contínuo apoio comunitário”. Além disso, a Lei de Execução Pena, no seu artigo 4º, determina que: “O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.”

Destaca-se uma iniciativa de origem não estatal destinada a obtenção de melhores resultados na busca de humanização e efetividade na ressocialização do preso.

Trata-se do método APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados), que teve início em 1974 no presídio de Humaitá com uma entidade jurídica composta por quinze membros, que evangelizavam e apoiavam moralmente os presos na época. Ficaram responsáveis pela administração do estabelecimento, e iniciaram um trabalho de recuperação por meio da valorização da pessoa humana, com vista à proteção da sociedade e promoção da justiça.

A associação dispensou os funcionários da penitenciária e passou a ministrar seu programa com o auxílio comunitário, sendo que o Estado ficou isento de qualquer ônus (arcando unicamente com alimentação, luz e água). O programa consistia na progressividade de regime, dessa forma o preso, que passa a ser

denominado de recuperando, aos poucos lhe vai sendo concedido maior acesso à vida livre, até o dia em que teria apenas que se apresentar diariamente à prisão.

Na verdade o que a associação fez foi simplesmente colocar em prática aquilo que a lei preceitua, ou seja, individualizou o tratamento, ofereceu as devidas assistências que a lei determina (material, psicológica, médica, odontológica, jurídica e educacional), e fundamentou-se na religião como meio de propiciar as devidas alterações no preso afim de que volte a ser reintegrado na sociedade. Como forma de demonstrar seu progresso o preso deveria ajudar o companheiro de pena, sendo que foram aplicados os regimes no próprio estabelecimento de forma a não distanciar o preso de sua família no período de sua condenação, e com o acompanhamento de voluntários.

Esse método surtiu efeitos positivos e foi expandido para vários outros locais. Conforme dados extraídos no dia 28 de outubro de 2008 do artigo “Associação de proteção e assistência aos condenados: solução e esperança para a execução da pena”, de autoria do advogado Geraldo Francisco Guimarães Júnior na página Jus Navigandi: (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7651>)

O método foi sendo aperfeiçoado e hoje tem alcançado grande repercussão no Brasil e no exterior. Apresentando índices de reincidência inferiores a 5% (no sistema comum a média de reincidência é de 86%), são aproximadamente 100 unidades em todo o território nacional, e várias já foram implantadas em outros países, como as APAC's de Quito e Guaiquil no Equador, Córdoba e Concórdia na Argentina, Arequipa no Peru, Texas, Wiora e Kansas nos EUA, e muitas outras estão em fase de implantação como África do Sul, Nova Zelândia, Escócia, etc.

O programa desenvolvido pela APAC tem a característica de ser eminentemente voluntário, é a própria comunidade que voluntariamente irá desenvolver as atividades. Após receberem as devidas instruções ministradas num curso de formação começam a trabalhar e sempre estarão em processo de reciclagem e aperfeiçoamento para atuarem da melhor forma possível no trato com todos aqueles envolvidos na terapia.

A fonte para a manutenção da associação é a própria comunidade (moradores e empresas), e faz com que o sistema da APAC seja de baixos custos.

A APAC é um claro exemplo de que a o empenho da comunidade é de extrema importância para a ressocialização, diante do contexto em que se desenvolve a pena privativa de liberdade em nossas prisões. Ações bem planejadas e de boa vontade só tendem a oferecer bons resultados.

6.3.5 Parcerias e programas de apoio ao egresso

A lei conceitua o egresso como sendo o liberado definitivo, pelo prazo de um ano após o cumprimento de sua pena, e aquele que goza de liberdade condicional durante o período de prova. Assim dispõe a Lei Execução Penal: Art. 26 “Considera-se egresso para os fins dessa Lei: I – o liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento; II – o liberado condicional, durante o período de prova”.

Ao ter devolvida sua liberdade, seja por já ter cumprido integralmente a sua pena, ou por estar em gozo de liberdade condicional, o egresso sofre um choque muito grande, pois permaneceu alheio ao meio livre durante a sua prisão, e ainda suportou todo o tipo de influências negativas que o cárcere proporciona, tendo agora que se readaptar ao novo mundo. Essa desadaptação que torna extremamente difícil obter a reinserção em comunidade aberta será proporcional ao tempo em que o sujeito permaneceu segregado do mundo livre, ou seja, quanto maior for a período de cumprimento de pena, maior será a sua desadaptação.

Nesse sentido preleciona Cezar Roberto Bitencourt (1993, p. 147):

A segregação de uma pessoa do seu meio social ocasiona uma desadaptação tão profunda que resulta difícil conseguir a reinserção social do delinqüente, especialmente no caso de pena superior a dois anos. A segregação sofrida, bem como a chantagem que poderiam fazer os antigos companheiros de cela, podem ser fatores decisivos na definitiva incorporação ao mundo criminal.

A prisão, claramente, constitui ambiente criminógeno, gerando vários efeitos negativos. O isolamento é um dos maiores obstáculos na busca da ressocialização como já se disse anteriormente.

Atualmente a sociedade encontra-se em constante processo de mutação e a tecnologia evolui consideravelmente em curto espaço de tempo. O sujeito que fica à margem da sociedade livre por muito tempo, ao ser liberto irá se deparar com uma realidade muito diferente daquela de quando se encontrava em liberdade antes de ter sido condenado à prisão. Dessa forma, o egresso estará desatualizado do mundo exterior e certamente encontrará grandes dificuldades de adaptação nessa nova fase de sua vida.

A estigmatização é outro grande impeditivo de reintegração social, o que faz com que o ex-presos retorne ao crime e volte ao cárcere. Esse fenômeno é representado simbolicamente pelo perigo que ele representa para a sociedade, e também se desenvolve na personalidade do preso.

Atenta a essa problemática, a FUNAP desenvolve o Programa de Apoio ao Egresso. Esse programa é dividido em duas etapas, conforme dados obtidos no dia 27 de outubro de 2008, na página da FUNDAÇÃO DR.. PROF. MANOEL PEDRO PIMENTEL: (<http://www.funap.sp.gov.br/papoioegresso.htm>)

Fase I: Apoio à liberdade e ao sustento

Desenvolvido ainda na fase de aprisionamento, objetiva iniciar uma preparação para a liberdade, promovendo discussões de formação e informação para atualização e início da construção de projetos de vida.

O Apoio à Liberdade e ao Sustento acontece antes do preso adquirir sua liberdade. A FUNAP analisa o seu perfil, pesquisa para que região ele irá e quais as suas habilidades, entre outras informações.

Este trabalho é desenvolvido em parceria com o Departamento de Reintegração Social da SAP.

Fase II: Centro de Apoio ao Egresso

Um espaço das regionais FUNAP, em parceria com o Ministério da Justiça, para cadastro de egressos e início da construção de redes de apoio e atendimento a egressos e familiares.

É necessário o envolvimento das comunidades para a obtenção de resultados significativos que possibilitem transformar a realidade destas pessoas.

O Centro de Apoio ao Egresso tem como premissa desenvolver parcerias relacionadas à educação e trabalho. Através do cadastro em banco de dados, cruza as informações do perfil do egresso com as oportunidades registradas, podendo resultar em uma nova chance de vida para esse indivíduo.

O Centro de Apoio ao Egresso desenvolverá também programas para a família do preso na comunidade onde estão inseridos.

O trabalho empregado na reintegração social não termina dentro das prisões. Mesmo após o cumprimento da pena é necessário o apoio ao ex-preso para que consiga se integrar ao mercado de trabalho e não reincida no crime, pois de outra forma, permanecendo desempregado, provavelmente retornará às garras da marginalidade.

Inclusive a Lei de Execução Penal determina que o Estado ofereça assistência ao egresso de forma a orientá-lo e apoiá-lo na sua reintegração em sociedade livre.

Art. 10. A assistência ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade,

Parágrafo. Único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 25. A assistência ao egresso consiste:

I – na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade;

II – na concessão, se necessário, de alojamento e de alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois) meses.

Parágrafo único. O prazo estabelecido no inciso II poderá ser prorrogado uma única vez, comprovado, por declaração do assistente social, o empenho na obtenção do emprego.

Art. 27. O serviço de assistência social colaborará com o egresso para a obtenção de trabalho.

Inúmeros Projetos voltados a prestar assistência ao ex-preso buscando sua reintegração em sociedade têm obtido êxito, desde que se tenha a efetiva participação da comunidade.

Como exemplo de parceria com o setor público em busca de reintegração, tem-se A Fundação de Amparo ao Preso, vinculada à Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo, com o oferecimento de cursos de

capacitação profissional, assistência social e material aos egressos e aqueles que se encontra em fase final do cumprimento da pena privativa de liberdade.

O investimento em recursos direcionados à educação e qualificação profissional dos presos e egressos do sistema aliados à efetiva participação da comunidade por meio de projetos sociais, caracteriza importante instrumento na redução da criminalidade e diminui a superlotação carcerária.

6.3.6 O papel das penas alternativas como instrumento de maior eficácia no caráter reeducativo da sanção penal

Situação de fato é a ineficiência do caráter regenerador da instituição prisional. As condições as quais os presos são submetidos no cárcere inviabilizam o tratamento reeducativo em função de ressocializar para futura reintegração em sociedade. Aliás, a prisão além de não desempenhar o papel de instituição de regeneração não consegue alcançar a intimidação.

A realidade é que a prisão não oferece um tratamento adequado ao preso e a construção e manutenção de estabelecimentos prisionais oneram de forma significativa os cofres públicos, recursos estes que seriam de maior proveito se aplicados em outros setores sociais como escolas, hospitais, centros comunitários etc.

Em relação a infratores primários, de menor potencialidade ofensiva, ou ocasional, a prisão tem efeitos ainda mais negativos, pois estarão sujeitos aos inúmeros fatores degenerativos de sua personalidade, moralidade e dignidade, e com o passar do tempo estarão inaptos a exercer qualquer atividade laboral, além de ficarem marcados pelo estigma da pena por uma sociedade preconceituosa que deseja manter distância de “ex-presidiários”.

Ademais o convívio com toda a sorte de criminosos contumazes afeta substancialmente a personalidade daquele que originariamente seria passível de recuperação, transformando-o num criminoso em potencial. Além disso, a vida em cárcere é determinante para o surgimento das organizações criminosas.

Nesse cenário é que surge a busca por medidas alternativas à prisão que possam ser de maior proveito no aspecto ressocializador da pena.

A ONU, por meio da Proclamação Universal dos Direitos do Homem procurou o reconhecimento da dignidade da pessoa humana. A Resolução nº 16, elaborada no Sétimo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção e Tratamento dos Delinqüentes, deixa claro a necessidade de se reduzir o número de presos, e a substituição da prisão por medidas alternativas na busca da reinserção em sociedade.

As Regras Mínimas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade foi resultado de estudos do Instituto Regional da Ásia e do extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, sendo recomendada sua adoção pelo 8º Congresso da ONU, em 14 de Dezembro de 1990, pela Resolução 45/110, ocasião na qual foi convencionado chamá-la de Regras de Tóquio.

A Lei 7.209/84 introduziu no Código Penal Brasileiro as penas alternativas a privativa de liberdade, representando um grande avanço para o sistema penal, pois não pune indivíduos primários que cometeram delitos de diminuto dano social, não mancham a sua imagem perante a comunidade (estigmatização), além de possuir grande força preventiva, pois atinge o interesse econômico do condenado e o distancia temporariamente das atividades as quais se comportou inadequadamente de forma perigosa.

Essa nova perspectiva no direcionamento das políticas criminais é de tamanha importância que a Exposição de motivos do Código Penal no capítulo denominado “Das Penas” item 26, declara:

Uma política pública 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 delinqüentes sem periculosidade ou autores de crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa de liberdade com 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.

Não se pretende expurgar a pena privativa de liberdade, impossível de não ser aplicada nos casos de delitos de maior gravidade e criminosos contumazes, sendo cabível a pena alternativa quando a conduta não é tão grave, portanto desaconselhável o encarceramento por curto período já que opera evidentes efeitos dessocializantes.

As alternativas penais podem trazer maior eficácia regeneradora, visto que o sistema prisional comprovadamente encontra-se em colapso e representa fator de reafirmação e potencialização do crime. As penas alternativas fazem com que o sujeito, em comunidade livre, repense os seus atos e por si mesmo se regenere.

Segundo Alencar (2002, p.09):

A pena alternativa é aquela sanção que não afasta o indivíduo da sociedade, não o exclui do convívio social e dos seus familiares, não o impede de realizar seus afazeres normais e não o expõe aos males do sistema penitenciário. Trata-se de uma medida punitiva de caráter educativo e socialmente útil imposta ao autor da infração penal no lugar da pena privativa de liberdade.

Contraposto à prisão, a pena alternativa visa o não afastamento do indivíduo de sua família e de sua atividade laboral, pois dessa forma há maiores chances de se atingir a almejada regeneração.

No cárcere ficará inerte, ante a impossibilidade de realizar um trabalho, será privado da convivência familiar tornando-o num sujeito revoltado com a sociedade o que implica em menores chances de ressocialização, e também estará sujeito a toda a sorte de influências negativas que a prisão proporciona.

Elencadas no artigo 43, do Código Penal, as penas restritivas de direito utilizadas alternativamente à pena privativa de liberdade são: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana. Assim dispõe o Código Penal:

Art. 43. "As penas restritivas de direito são:

I – prestação pecuniária;

- II – perda de bens e valores;
- III – (vetado)
- IV – prestação de serviços a comunidade ou a entidades públicas;
- V – interdição temporária de direitos;
- VI – limitação de fim de semana.”

As penas alternativas constituem impeditivo de imposição de pena privativa de liberdade e não compreendem apenas aquelas elencadas no artigo 43, do Código Penal, abarcando a reparação do dano que extingue a punibilidade, a exigência de representação do ofendido para determinados crimes, a suspensão condicional do processo, a composição civil que caracteriza renúncia ao direito de queixa ou de representação da vítima.

O JECRIM (Juizado Especial Criminal), criado pela Lei 9099/95, também consiste em importante instrumento de despenalização àqueles casos em que seria absurda a privativa de liberdade.

Em verdade as penas alternativas – nome popular – têm caráter substitutivo, e têm como principal escopo a redução da aplicação da pena privativa de liberdade, dessa forma, a prisão é a última ferramenta a ser utilizada como medida jurídico-penal.

De acordo com o artigo 44, do Código Penal as penas alternativas têm natureza autônoma e substitutiva: “As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando:”. A denominação de penas alternativas para o instituto ora em questão é equivocada, e sua difusão e consolidação decorre do uso constante pela população e veículos de comunicação.

Essa expressão pode levar-nos a entender que o juiz pode aplicar tanto a pena privativa de liberdade quanto a restritiva de direito, de acordo com o juízo de valor do caso concreto, mas não é essa a interpretação correta. Ao condenar o réu, o juiz deve cominar em concreto a sua pena privativa de liberdade, e existindo a presença dos requisitos legais para a conversão, deverá substituí-la para uma pena restritiva de direito. Daí se explica a natureza substitutiva das penas alternativas.

A autonomia que menciona o dispositivo legal se refere ao fato de que a pena restritiva, per si, alcança a tutela jurisdicional, ou seja, não podem ser

aplicadas concomitantemente a pena privativa de liberdade e a restritiva de direito, devendo ser aplicada uma ou outra.

Para que exista a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por outra que seja restritiva de direito a lei determina o preenchimento de alguns requisitos.

A pena privativa de liberdade aplicada não pode ultrapassar quatro anos em se tratando de conduta dolosa, e no caso de crime culposos independe a dosagem da pena cominada;

O réu condenado a pena privativa de liberdade não pode ser reincidente em crime doloso;

A conduta do criminoso não pode ter sido cometida mediante violência ou grave ameaça à vítima;

A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias devem indicar que a substituição é suficiente;

Se a pena privativa de liberdade aplicada for igual ou inferior a um ano, pode ser substituída por multa ou por uma pena restritiva de direitos, e se superior a um ano a lei possibilita a substituição por uma restritiva de direitos e uma multa ou por duas restritivas de direito;

Se o condenado for reincidente, desde que não seja em virtude do mesmo crime, o juiz pode substituir a privativa de liberdade por restritiva de direito, caso entenda que em face da condenação anterior a medida é socialmente recomendável;

A lei 9099/95 introduziu no ordenamento jurídico os Juizados Especiais criminais, que representam um grande instrumento de despenalização, não podendo ser confundido com descriminalização.

A descriminalização implica em expurgar do ordenamento determinado fato considerado criminoso, ou seja, opera-se o “*abolitio criminis*”. Dessa forma, “A descriminalização opera-se quando o legislador subtrai uma determinada infração do mundo das normas penais”, segundo Edmundo Oliveira (1996, p. 23).

Já a despenalização apenas restringe ou elimina a pena privativa de liberdade.

A Lei dos Juizados Especiais Criminais apenas prescreveu outras alternativas àquelas condutas de menor lesividade, configurando claramente despenalização.

Apesar da despenalização promovida pela Lei 9099/95, o sistema penal brasileiro continua calcado na prisão. Esse direcionamento político-criminal deveria ser repensado, em face da evidente falência da pena de prisão. Não é sustentável qualquer argumento em favor da pena privativa de liberdade, caso se tenha como fundamento a ressocialização.

Deve haver remodelação do sistema punitivo vigente, devendo prevalecer as penas e medidas alternativas, e a prisão restando-se como medida extrema, de aplicação “*ultima ratio*”, ou seja, não como regra, mas exceção.

6.3.7 Da prestação de serviços a comunidade

Todas as modalidades de penas restritivas de direito aplicadas alternativamente em nosso sistema penal são importantíssimas, no entanto, por representar a prestação de serviços à comunidade a medida de melhor eficiência na contenção da reincidência, será enfatizada no presente trabalho.

A prestação de serviços a comunidade tem aplicação em inúmeros países como a Inglaterra, Luxemburgo, Holanda, Polônia, França, Portugal, Alemanha, Brasil, Argentina, Peru, Colômbia, etc. Segundo César Barros Leal as vantagens que a prestação de serviços à comunidade oferece são inúmeras, (2001, p.216):

[...] não causa estigma; evita impunidade; representa um ônus inexpressivo para o Estado; a sociedade a vê com bons olhos, até mesmo porque o trabalho é produtivo e reverte em seu benefício; reduz o déficit de vagas no sistema carcerário, afastando o condenado do ambiente nocivo da prisão, mantendo-o no seio da família e da comunidade; propicia ao prestador o exercício de um mister em que se acha habilitado; diminui,

comprovadamente, os índices de reincidência; oferece chances de emprego (muitos permanecem no trabalho mesmo após o cumprimento da pena); e por fim, auxilia a instituição conveniada, que tem acesso a um serviço, por vezes especializado, sem nenhuma despesa.

A prestação de serviços à comunidade possui caráter eminentemente pedagógico, permitindo ao apenado refletir sobre sua conduta desviante. Não é segregativa, não mancha a imagem, não onera os cofres públicos, e em muitos casos, representa o primeiro contato com uma atividade laboral a ser realizada futuramente pelo sujeito, após o cumprimento de sua pena.

Essa modalidade de pena restritiva de direito foi inserida no ordenamento jurídico pela Lei 7.209/84 e 7.210/84, sendo elevada a categoria de norma constitucional pelo artigo 5º, XLVI, ao prevê-la como espécie de pena aplicável. O Juizado Especial Criminal (Lei 9099/95) autoriza sua aplicação ao ser realizada a transação (artigo 76, § 4º).

O Código Penal esclarece em que consiste a pena de prestação de serviços à comunidade em seu artigo 46:

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a 6 (seis) meses de privação de liberdade.

§1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado;

§2º A prestação de serviços à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

§3º As tarefas a que se refere o par. 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de 1 (uma) hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada de trabalho.

§4º Se a pena substituída for superior a 1 (um) ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art.55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.”

Por ser uma das modalidades de pena restritiva de direito, devem ser atendidos os requisitos do artigo 44, do Código Penal para a substituição da privativa de liberdade, quais sejam: a primariedade do réu em crime doloso; condenação à pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, desde que o crime não seja cometido com violência ou grave ameaça a pessoa; se o crime

cometido for de natureza culposa independe a quantidade da pena privativa de liberdade que foi imposta; e o juiz considerar que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias em que o fato ocorreu, indicam que a substituição se faz suficiente.

7 CONCLUSÃO

É evidente que a pena privativa de liberdade encontra-se em crise, o sistema prisional sucumbiu, pois não é capaz de cumprir a sua principal função, que seria a regeneração do condenado para torná-lo apto ao convívio em sociedade livre.

A prisão tem se mostrado antagônica em seu caráter ressocializador, atuando como instrumento de potencialização de criminosos, o que robustece significativamente os índices de criminalidade e reincidência fora dos muros da penitenciária.

As causas dessa lamentável situação são várias, sendo as mais graves a superlotação do sistema, a ociosidade, a falta de atividades educacionais e oferecimento de trabalho ao condenado, as péssimas condições de salubridade a que os presos são submetidos, o que propicia o surgimento de várias doenças, a promiscuidade, a corrupção e despreparo dos profissionais envolvidos no tratamento penitenciário.

Podem ainda ser citados outros fatores que não condizem com o escopo reeducador da pena, como a prisionização, fenômeno psicológico inerente à prisão, que imprime no condenado a cultura do cárcere, dessocializando-o, e ao término de sua pena será jogado na sociedade, podemos concluir que dificilmente irá se readaptar a ela. Somam-se o estigma da pena, o preconceito social e o desamparo estatal, e dessa forma o egresso não consegue reintegrar-se no meio livre, sendo inevitável o seu retorno ao crime.

A Lei de Execuções Penais, não obstante ser considerada uma das mais avançadas do mundo, não é colocada em prática, este fato é devido à falta de direcionamento dos devidos recursos à execução penal.

É nesse contexto que surgem como solução, ou pelo menos, como forma de atenuar o problema as penas alternativas em substituição à pena privativa de liberdade, essa sendo cabível apenas aos crimes de maior gravidade, por se apresentar como medida ineficaz em termos de reeducar o delinqüente.

Tais espécies de penas, com previsão no ordenamento jurídico brasileiro, representam o melhor remédio na busca da ressocialização, já que não retiram o condenado do seu meio social, oportunizando-lhe maiores chances de se ressocializar, além disso, não é onerosa para o Estado.

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Sérgio. **Sistema penitenciário no Brasil – problemas e desafios**. São Paulo: Revista USP, março-abril-maio, 1991.

ALBERGARIA, Jason. **Manual de Direito Penitenciário**. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1993.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. **A privatização dos presídios**. São Paulo: Editora RT, 1995.

AUTOR DESCONHECIDO, **Estatuto do CPP**,
<http://www.midiaindependente.org/pt/blue/2006/05/353333.shtml> - 15/05/2006 às 18h17min . (data de acesso 27/10/08)

BARROS, Carmen Silvia de Moraes Barros. **A individualização da Pena na Execução Penal**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROS, João. **Uma Radiografia do PCC**. Publicado na página do *Le Monde*
<http://diplo.uol.com.br/2006-12,a1461> (data de acesso 28/10/08)

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997-1999.

BENTHAN, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. Leme, SP: CL EDIJUR, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva 2004.

CAPEZ, Fernando. **Execução penal**. 10 ed. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2004

CARVALHO FILHO, Luis Francisco. **A Prisão**, São Paulo: Publifolha (folha explica), 2002.

CICILLIATTI, Edmar de Oliveira. Artigo “**O OVO DA SERPENTE**”:
http://www.sindasp.org.br/v2/modules/xt_conteudo/index.php?id=8. (data de acesso 27/10/08)

DASSI, Maria Angélica Lacerda Marin. Título “**A pena de Prisão e a Realidade Carcerária Brasileira: Uma Análise Crítica**” pagina internet
(http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/maria_angelica_lacerda_marin_dassi.pdf) (data de acesso 27/10/08)

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto;
DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Código Penal Comentado**. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

FARIA JÚNIOR, João. **Manual de criminologia**, 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2001.

FOCAULT, Michel. Vigiar e Punir: **história da violência nas prisões**, 15ª ed. Petrópolis-RJ: Ed. Vozes, 2002

FUNDAÇÃO DR.. PROF. MANOEL PEDRO PIMENTEL:
<http://www.funap.sp.gov.br/papoioegresso.htm> (data de acesso 27/10/08)

GUIMARÃES JÚNIOR, Geraldo Francisco. **Associação de proteção e assistência aos condenados: solução e esperança para a execução da pena**.
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7651> (data de acesso 28/10/08).

KUEHNE, Maurício. **Doutrina e prática da execução penal**. Curitiba: Juruá, 1995.

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

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de execução penal**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa. **Manual de Execução Penal, teoria e prática**, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIOTTO, Armida Bergamini. **Curso de direito penitenciário**, São Paulo: Saraiva 1975, v. I e II.

_____. **Temas penitenciários**, São Paulo: RT, 1992.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à lei nº 7.210, 11-7-1984**, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Processo penal**. 16 ed., rev. e atual. até 31 de janeiro de 2004 São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. **Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários**. São Paulo: IBCCRIM, 2005

_____. **Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários**. São Paulo: IBCCRIM, 2005

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execuções Penais**. São Paulo: Saraiva 1990.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 36 ed., rev. São Paulo: Saraiva 2001, v.1

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 6 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

OLDONI, Fabiano, **Uma abordagem acerca das relações de poder no interior das prisões. A morte como exteriorização maior deste poder**.
<http://jus2.uol.com.br/DOCTRINA/texto.asp?id=3250> (data de acesso 27/10/08).

OLIVEIRA, Edmundo. **Política criminal e alternativas à prisão**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Prestação de serviços à comunidade: alternativa à pena privativa de liberdade**. São Paulo: Saraiva 1993.

_____ ; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

SORONDO, Fernando. **Os direitos humanos através da história**. Porto Alegre, RS, Fundação F. Naumann e Movimento de Justiça e Direitos Humanos, 1991.

SOUZA, Paulo Sérgio Xavier. **A individualização da pena no Estado democrático de Direito**. Porto Alegre: Antonio Sérgio Fabris, 2006.

TASSE, Abel El, **Teoria da Pena**, ed. Juruá, 2003

TORRES, Andréa. **Direitos Humanos e o Sistema Penitenciário Brasileiro: desafio ético político do serviço social**. São Paulo: Ed. Cortez, 2001.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.