

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DE DIREITO
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

FUGA DA PRISÃO: AS ALTERNATIVAS PENAIS

Acadêmico: Giancarlo Aver

Florianópolis/SC, novembro de 2009.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DE DIREITO
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

FUGA DA PRISÃO: AS ALTERNATIVAS PENAIS

Monografia apresentada pelo acadêmico Giancarlo Aver como requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Orientadora: Professora Marilda Machado Linhares

Florianópolis/SC, novembro de 2009.

*Dedico este trabalho a minha querida
mãezinha, que sempre acreditou em mim e
me incentivou e encorajou, para que eu fosse
persistente em meus objetivos.*

Agradeço a Deus, por ter colocado em meu caminho pessoas maravilhosas, que fazem parte de minha “família”, e que são os grandes pilares da minha vida.

RESUMO

A presente pesquisa tem por finalidade analisar as penas restritivas de direito enquanto alternativas à pena de prisão, tendo em vista a completa falência do sistema penal vigente. Utilizando-se do método indutivo, através da pesquisa bibliográfica, far-se-á primeiramente uma análise histórica das penas e especificamente da pena de prisão, abordando-se também os problemas do sistema prisional, para, finalmente, listar as penas alternativas na legislação brasileira atual. Por fim, conclui-se que, apesar de inegáveis as vantagens da aplicação das penas alternativas, elas não cumprem efetivamente o objetivo de evitar o cárcere e esvaziar as prisões.

SUMÁRIO

<u>EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....</u>	<u>9</u>
<u>1.1.1 A Antigüidade.....</u>	<u>10</u>
<u>1.1.2 Idade Média.....</u>	<u>13</u>
<u>1.1.3 Idade Moderna.....</u>	<u>14</u>
<u>1.1.4 Período Humanitário e Escola Clássica.....</u>	<u>17</u>
<u>1.1.5 Período Criminológico e Escola Positiva.....</u>	<u>20</u>
<u>1.1.6 Escolas Mistas, Outras Escolas e Tendências Contemporâneas.....</u>	<u>22</u>
<u>1.2 HISTÓRICO PENAL NO BRASIL.....</u>	<u>26</u>
<u>1.2.1 Período Pré-Republicano.....</u>	<u>26</u>
<u>1.2.2 Período Republicano.....</u>	<u>27</u>
<u>1.3 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E CLASSIFICAÇÃO.....</u>	<u>30</u>
<u>2.1 TEORIAS DA PENA.....</u>	<u>34</u>
<u>2.1.1 Teorias Absolutas ou Retributivas.....</u>	<u>34</u>
<u>2.1.2 Teorias Relativas ou Preventivas.....</u>	<u>35</u>
<u>2.1.3 Teorias Mistas ou Unificadoras.....</u>	<u>37</u>
<u>2.2 SISTEMAS PRISIONAIS.....</u>	<u>38</u>
<u>2.3 CRISE DA PENA DE PRISÃO.....</u>	<u>42</u>
<u>2.3.1 Efeito Criminógeno da Prisão.....</u>	<u>47</u>
<u>2.3.2 A Reincidência.....</u>	<u>48</u>
<u>2.3.3 Efeitos Sociológicos e Psicológicos Produzidos Pela Prisão.....</u>	<u>50</u>
<u>2.3.4 O Problema Sexual.....</u>	<u>52</u>
<u>2.3.5 A Conflitividade Carcerária.....</u>	<u>53</u>
<u>3.1 AS REGRAS DE TÓQUIO.....</u>	<u>59</u>
<u>3.2 POLÍTICAS ALTERNATIVAS E SUA APLICAÇÃO NA ATUALIDADE.....</u>	<u>61</u>
<u>3.3 O AVANÇO DO SISTEMA PENAL ALTERNATIVO BRASILEIRO.....</u>	<u>64</u>
<u>3.4 AS PENAS ALTERNATIVAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ATUAL.....</u>	<u>70</u>
<u>3.4.1 Prestação Pecuniária e Prestação de Outra Natureza.....</u>	<u>72</u>
<u>3.4.2 Perda de Bens e Valores.....</u>	<u>73</u>

<i>3.4.3 Prestação de Serviços à Comunidade ou a Entidades Públicas.....</i>	<i>74</i>
<i>3.4.4 Interdição Temporária de Direitos.....</i>	<i>75</i>
<i>3.4.5 Limitação de Fim de Semana.....</i>	<i>78</i>
<i>3.4.6 Multa</i>	<i>78</i>
3.5 ALGUNS DADOS E RESULTADOS.....	80
<u>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</u>	<u>84</u>
<u>REFERÊNCIAS.....</u>	<u>86</u>

INTRODUÇÃO

O aumento crescente da criminalidade e a falta de estrutura do Estado para combatê-la, aspectos esses amplamente divulgados pela mídia, reavivam no inconsciente popular um sentimento de insegurança. Sob essa influência, muitos chegam a afirmar que a única solução possível, tanto para a prevenção de novos delitos como para a repressão e retribuição ao crime, é a prisão dos infratores, clamando pela construção de mais estabelecimentos prisionais.

Entretanto, o que se verifica com o passar do tempo e com outras inúmeras experiências acumuladas no decorrer da história – particularmente a história brasileira – é a quase (senão total) ineficácia e ineficiência da pena privativa de liberdade, seja na prevenção dos delitos (tanto nas suas raízes mais profundas quanto na criação de obstáculos para a sua execução), seja na recuperação do delinquente.

Alguns juristas afirmam que o problema da prisão é a própria prisão e que os efeitos por ela causados, ao invés de auxiliar no combate ao crime, acabam por estimulá-los, configurando-se numa autêntica universidade do crime. Sob esse aspecto, incontáveis são as reportagens e estudos dedicados às péssimas condições do sistema prisional como um todo.

Apesar de evidente a falência da pena de prisão, como será demonstrado a seguir, ela ainda é, segundo a maioria dos autores¹, um mal necessário no atual estágio de desenvolvimento social da humanidade. Tendo em vista que dela ainda não podemos dispor, o que se busca é a sua progressiva humanização e substituição, sempre que possível.

Assim, procurando verificar alternativas à pena privativa de liberdade, inicia-se este trabalho, dividido que está em três capítulos.

O primeiro tratará da historicidade das penas, enquanto fruto da evolução da sociedade, buscando verificar a influência de cada época histórica nas diretrizes da aplicação das penas, desde as fases da vingança penal, passando pela origem da prisão (como pena em si) até o auge da sua incidência, observando-se também as tendências contemporâneas.

Igualmente, abordar-se-á a evolução histórico-penal no Brasil, visando a situar o problema em solo pátrio, para, após, conceituar e caracterizar a pena.

¹ Cezar Roberto Bitencourt, Luiz Flávio Gomes, Eugênio Raul Zaffaroni, etc.

O capítulo seguinte abordará com maior profundidade aspectos destacados da pena de prisão, notadamente seus princípios e teorias legitimadoras, bem como a evolução dos sistemas prisionais, culminando em análise criteriosa da sua falência sob variados aspectos.

Finalmente, no capítulo que desfecha o trabalho, cuida-se das penas e medidas alternativas à prisão em espécie. Essencialmente, serão definidos sua aplicação, requisitos de aplicabilidade e objetivos.

Novamente, é feita sucinta digressão histórica, a desvelar as razões pelas quais emergiram as penas e medidas alternativas – fulcradas em políticas alternativas – como possível solução ao problema prisional, até a sua introdução e desenvolvimento em nosso sistema penal.

No desenvolvimento da pesquisa, utilizou-se o método de abordagem indutivo e o método de procedimento monográfico, tendo sido empregado como técnica a pesquisa bibliográfica.

CAPITULO I – DAS PENAS

EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Não se pode afirmar com precisão a origem da pena, tendo-se por consenso que seja tão antiga quanto a própria humanidade e verificando-se a sua presença em todas as sociedades conhecidas.

O homem, como um ser dotado de inteligência – diferentemente dos animais, que agem apenas instintivamente –, acumula experiências adaptativas e as transmite através das gerações, institucionalizando-se, deste modo, condutas que assegurem a continuidade e o equilíbrio sociais.

Segundo Ruy da Costa Antunes ²:

Cada grupo humano plasma as suas próprias instituições (...) traduzindo ou expressando o patrimônio comum de experiências valorizadas positivamente. Para o homem primitivo, elas sintetizam as condições *sine qua non* de sobrevivência: respeitá-las é assegurar posição no cosmos; infringi-las, arrastar o grupo à destruição. Por isso mesmo, o agir em sentido antagônico ao institucionalizado provoca a reprovação enérgica de todos, reprovação que, por sua vez, institucionaliza-se. ³

No decorrer da história do homem, diversas foram as penas aplicadas. De acordo com Cezar Roberto Bitencourt, “os retrocessos, a dificuldade de fixar indicadores e perseguir sua

² ANTUNES, Ruy da Costa. *Problemática da Pena*. Capítulo 3, item 10. Disponível em <http://www.portalmédico.org.br/biblioteca_virtual/prob_da_pena/cap3.asp#10>. Acesso em: 19 mai. 2009.

evolução, a confrontação das tendências expiatórias e moralizadoras, dificultam qualquer pretensão narrativa de ordem cronológica”⁴.

Assim, procuraremos elucidar como os atos infratores foram punidos sem nos atermos a cronologia, utilizando mais ou menos os períodos da história da humanidade e o pensamento penal dominante a cada época.

1.1.1 A Antigüidade

Embora não existisse um sistema efetivo de princípios penais nos tempos mais primitivos, é certo que os grupos dessa época seguiam certas normas, visando à segurança coletiva e a melhor convivência entre seus membros⁵.

Como não tinham explicação racional para os acontecimentos naturais, tais fenômenos (como chuva, raio, etc.) eram atribuídos aos deuses (totem) e, para evitar a ira destes, “criaram-se séries de proibições (religiosas, sociais e políticas), conhecidas por ‘*tabu*’, que, não obedecidas, acarretavam castigo”⁶. Assim, a pena nada mais era que vingança, realizada pelo grupo todo para evitar a vingança divina sobre este.

Para René Ariel Dotti, “é generalizada a opinião de que a pena deita raízes no instinto de conservação individual movimentado pela vingança. Tal conclusão, porém, é contestada

³ Para Ruy da Costa Antunes, o fim da pena, essencialmente, é reavivar na consciência comum o desvalor da conduta violadora, reafirmando a importância das normas e a exigência de que sejam respeitadas (ANTUNES, Ruy da Costa. *op. cit.*. Capítulo X, item 64. Disponível em <http://www.portalmédico.org.br/biblioteca_virtual/prob_da_pena/cap3.asp#10>. Acesso em: 19 mai. 2009.). Este assunto será tratado com maior ênfase quando tratarmos das teorias da pena.

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3.

⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal, volume 1: Parte Geral*. 25ª ed. rev. e atual. ATLAS: São Paulo. p. 15.

⁶ *Id ibid.*

diante da afirmação segundo a qual tanto a vingança de sangue como a perda da paz não caracterizavam reações singulares, mas a revolta coletiva”⁷.

Essa fase, denominada como *vingança penal*, manifestou-se primeiramente pela vingança privada, sob duas formas: (a) quando o transgressor era estranho ao grupo, ocorria a reação da vítima, parentes e até da tribo, não havendo qualquer proporcionalidade. Era a também chamada vingança de sangue, que geralmente culminava com o extermínio de um dos grupos; (b) quando o transgressor era do próprio grupo, este era punido com a “*expulsão da paz*” (banimento), ficando exposto aos perigos naturais e de outros grupos⁸.

Com a evolução social, um maior número de clãs possuía vínculo sanguíneo. Surgem então, com o escopo de evitar a dizimação, o talião⁹, limitando a reação a um mal idêntico ao sofrido – a máxima “*sangue por sangue, olho por olho, dente por dente*” – e, posteriormente, a composição, onde o ofensor comprava a sua liberdade, pagando (em moeda, gado, vestes, etc.) pelo dano causado.

Esses institutos foram adotados pelo *Código de Hamurábi* (Babilônia – talião e composição), pela legislação hebraica (Êxodo – talião), pela *Lei das XII Tábuas* (Roma – talião), pelo *Pentateuco* (Israel – composição), *Código de Manu* (Índia – composição).

A segunda fase da “*vingança penal*” é conhecida como vingança divina, com a influência decisiva da religião nos povos antigos. Como bem ensina Mirabete, “o Direito Penal impregnou-se de sentido místico desde seus primórdios, já que se devia reprimir o crime como satisfação aos deuses pela ofensa praticada no grupo social”¹⁰.

Nesta fase, o crime era visto como pecado cometido contra o próprio Deus ou deuses. A expiação era aplicada pelos sacerdotes e as penas eram severas, cruéis e desumanas,

⁷ DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 31. Apud MARCÃO, Renato; MARCON, Bruno. *Rediscutindo os fins da pena*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2661>>. Acesso em: 19 abr. 2009.

⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. cit.* p. 16.

⁹ O talião representou um significativo progresso na maneira como eram aplicadas as punições, deixando-se de lado a violência ilimitada para se adotar certa proporcionalidade nas reações. (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. cit.* p. 16.)

¹⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. cit.* p. 16.

como forma de intimidação. O Código de Manu caracteriza bem essa fase, que também teve os seus princípios adotados no *Livro das Cinco Penas* (China), *Pentateuco*, *Avesta* (Pérsia) e nos *Cinco Livros* (Egito) ¹¹.

Em outra fase de evolução, com maior organização social, a vingança deixa de ser privada para tornar-se pública, onde o Estado, representado pelo soberano, detinha o poder de punição.

A princípio, visou-se a proteção ao soberano, que governava em nome de Deus. Entretanto, aos poucos a pena perdeu a conotação religiosa, “transformando-se a responsabilidade do grupo em individual (do autor do fato), em positiva contribuição ao aperfeiçoamento de humanização dos costumes penais” ¹².

A pena de prisão, na antiguidade, não existia nos moldes de hoje, como pena em si, mas sim como forma de custódia. Na lição de Cezar Roberto Bitencourt:

A Antigüidade desconheceu totalmente a privação de liberdade estritamente considerada como sanção penal. (...) Até fins do século XVIII a prisão serviu somente aos objetivos de contenção e guarda de réus, para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados ou executados. Recorria-se, durante esse longo período histórico, fundamentalmente, à pena de morte, às penas corporais (mutilações e açoites) e às infamantes ¹³.

E mais adiante, arremata:

Grécia e Roma, pois, expoentes do mundo antigo, conheceram a prisão com finalidade eminentemente de custódia, para impedir que o culpado pudesse subtrair-se ao castigo. Pode-se dizer, com Garrido Guzman, que de modo algum podemos admitir nesse período da história sequer um germe da prisão como lugar de pena, já que o catálogo de sanções praticamente se esgotava com a morte, penas corporais e infamantes. A finalidade da prisão, portanto, restringia-se à custódia dos réus até a execução das condenações referidas. A prisão dos devedores tinha a mesma finalidade: garantir que cumprissem as suas obrigações ¹⁴.

¹¹ *Idem.*

¹² *Id Ibid.*

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.* p. 4.

Com a queda do Império Romano e a invasão da Europa pelos povos bárbaros, acaba a Idade Antiga, dando-se início à Idade Média, também chamada de *Idade das Trevas*.

1.1.2 Idade Média

A lei penal no período medieval tinha como verdadeiro objetivo provocar o medo coletivo, pois o poder se instalava pela violência ¹⁵. Assim, as penas continuavam cruéis e desumanas, constituindo-se em um espetáculo para os povos bárbaros.

Devido à grande instabilidade nos governos que procuravam se organizarem institucionalmente, o povo ficava à mercê dos detentores do poder, que aplicavam as sanções em função do *status* social do réu. Apesar de predominantemente serem utilizados os castigos corporais, esses podiam ser substituídos por prestações em metal ou espécie, “restando a pena de prisão, excepcionalmente, para aqueles casos em que os crimes não tinham suficiente gravidade para sofrer condenação à morte ou a penas de mutilação” ¹⁶.

Verifica-se nessa época o surgimento da prisão de Estado e da prisão eclesiástica. A prisão de Estado subdividia-se em *prisão-custódia*, onde os réus aguardavam a execução, e em *prisão-detenção*, esta temporal ou perpétua, ou ainda até o recebimento do perdão real ¹⁷.

A prisão eclesiástica servia como um local de penitência e oração, destinada aos sacerdotes e religiosos que infringissem as normas da Igreja, consistindo na reclusão em um mosteiro até que se arrependessem do mal causado ou obtivessem a correção ou emenda ¹⁸.

Na Idade Média, o direito teve como principal fundamento as ordálias, onde os acusados eram torturados para que se obtivesse a verdade do fato: se fosse o réu inocente, Deus não o abandonaria e ele conseguiria transpassar todas as provações da tortura ¹⁹. Assim,

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 8.

¹⁵ MONTEIRO, Marcelo Valdir. *Penas Restritivas de Direito*. Campinas: Impactus, 2006. p. 21.

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 9.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Id ibid.* p. 10.

¹⁹ *Id ibid.* p. 11.

natural e conseqüentemente, ficou marcado também pelo grande número de erros judiciários e pela corrupção instaurada. Toda essa corrupção, somada à incerteza jurídica, fizeram crescer o sentimento de revolta na população.

A respeito, García Valdés, discorrendo sobre o sentimento popular, relata:

Assim, não é difícil ter notícia deste sentir popular, expressado em tábuas e máximas, sobre a justiça e penas imperantes. As miniaturas da Idade Média apresentavam, com muita freqüência, o juiz cobrando das partes no processo, com as duas mãos estendidas, sopesando o recebido e com cara de inocente.²⁰

Há que se ressaltar a importante contribuição do Direito Canônico para o surgimento da prisão moderna, especialmente na idéia de correção e reabilitação do delinqüente. Santo Agostinho entendia que o castigo devia destinar-se ao melhoramento do culpado, através do arrependimento, aceitação íntima da própria culpa e da meditação e penitência²¹, teoria que serviu de base para o surgimento das prisões.

1.1.3 Idade Moderna

A Idade Moderna caracteriza-se como um período de transição na história da humanidade. Dentro desse contexto, o Direito Penal também atravessa um momento de modificações.

Com a queda de Constantinopla, o fim das guerras e do feudalismo, a pobreza se abate sobre a Europa entre os séculos XVI e XVII. O abandono dos feudos por aqueles que iam à busca dos atrativos que o comércio revigorado e em expansão poderia proporcionar gerou um grande crescimento e desenvolvimento das cidades.

²⁰ GARCÍA VALDÉS, Carlos. *Estudios de derecho penitenciário*. 1982, p. 19. *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.* p. 11. “As madeiras policromadas reproduziam o que o povo falava e, assim, entre os dizeres populares, anotamos: *não esqueçam, juízes, ao sentenciar que há outro juiz que os terá de julgar*, ou então: *Julgai, juízes, com Justiça, sem amor, nem desamor, nem inveja*. Os dois provérbios demonstram a advertência e a vigilância constante que o cidadão medieval fazia aos seus magistrados sobre o dever de administrar corretamente a Justiça, bem como a recriminação que recebiam quando não agiam corretamente.”

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 13.

Contudo, a manufatura nascente não conseguia absorver a mão-de-obra tão rapidamente quanto crescia a população da cidade. Por outro lado, esses novos proletariados, expropriados de seu modo habitual de vida, não conseguiam adaptarem-se tão rapidamente à disciplina de sua nova condição, tornando-se uma massa de mendigos, ladrões e vagabundos (em parte por tendência, mas na maioria dos casos por força das circunstâncias).²²

Contra os vagabundos e mendigos que delinqüiam para sobreviver experimentou-se todo o tipo de reação penal, mas todos falharam²³. A pena de morte não era mais uma solução adequada, pois, devido ao crescimento desmesurado da delinqüência, não podia ser aplicada a tanta gente. Por outro lado, com a grande demanda e escassa mão-de-obra, era irracional continuar aplicando penas corporais, como mutilações de partes do corpo humano e a sanção capital²⁴.

Na segunda metade do século XVI foram criadas várias prisões, com a suposta finalidade de reformar os delinqüentes por meio do trabalho, da disciplina e da instrução religiosa. Eram as chamadas *bridwells*²⁵ ou *houses of correction*. Sob a mesma ótica, surgiram mais tarde as *workhouses* (casas de trabalho). O novo sistema visava também à prevenção geral, com a pretensão de desestimular outros para a vadiagem e ociosidade, com a idéia

²² MARX, Karl. *O Capital: Crítica da Economia Política. Livro Primeiro: O Processo de Produção do Capital. Volume II*. Tradução de Reginaldo Sant'Anna. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil S.A., 1989. p. 851.

²³ Oportuna a citação de *De Groote*, por BITENCOURT: "As guerras religiosas tinham arrancado da França uma boa parte de suas riquezas. No ano de 1556 os pobres formavam quase a quarta parte da população. Essas vítimas da escassez subsistiam das esmolas, do roubo e assassinatos. O parlamento tratou de enviá-los às províncias. No ano 1525 foram ameaçados com o patíbulo; em 1532 foram obrigados a trabalhar nos encanamentos para esgotos, acorrentados de *dois em dois*; em 1554 foram expulsos da cidade pela primeira vez; em 1561 foram condenados às galés e em 1606 decidiu-se, finalmente, que os mendigos de Paris seriam açoitados em praça pública, marcados nas costas, teriam a cabeça raspada e logo seriam expulsos da cidade". (De Groote, *La locura a través de los siglos*, p. 101. *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.* p. 15.)

²⁴ MAIA NETO, Cândido Furtado. *Política Penitenciária Mundial; Análise histórica do passado, referências ao presente - Medidas Alternativas à Prisão*. - Trabalho de contribuição ao I Congresso de Direito Penal do MERCOSUL, de 19 a 21 de agosto de 1998, Blumenau-SC. Disponível em <http://www.direitoshumanos.pro.br/artigos.php?id=111>. Acesso em: 04 jun. 2009.

²⁵ O nome deriva do Castelo de Bridwell, cedido pelo Rei da Inglaterra para que nele se recolhessem os vagabundos, ociosos, ladrões e autores de delitos menores. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.* p. 16.)

também de que, através do trabalho, o recluso “pudesse autofinanciar-se e alcançar alguma vantagem econômica”²⁶.

Em que pese o grande avanço que as *houses of correction* representavam sob o ponto de vista humanitário, elas restringiam-se à pequena delinqüência, com a predominância, ainda, das penas pecuniárias, corporais e capitais para os que cometessem delitos mais graves²⁷.

Apesar da justificativa reformista e humanitária, não se pode deixar de analisar a importância sócio-político-econômica na transformação da prisão-custódia em prisão-pena. Com o sistema capitalista vivendo seus primeiros dias, chega-se à forma mais desenvolvida das casas de trabalho. Para Dario Melossi e Massimo Pavarini, citados por Bitencourt, “a criação desta nova e original forma de segregação punitiva responde mais a uma exigência relacionada ao desenvolvimento geral da sociedade capitalista que à genialidade individual de algum reformador”²⁸.

Assim, as *workhouses* evitavam o desperdício da mão-de-obra, controlando-a de modo a atender as necessidades de valoração do capital, servindo como instrumento para manter os salários baixos. Mais do que isso, serviam para submeter os delinqüentes ao novo regime dominante (capitalismo), domesticando-os. Na crítica de Marx:

A aprendizagem da disciplina de seu novo estado, isto é, a transformação do trabalhador agrícola expulso da terra em operário, com tudo o que isso significa, é um dos fins fundamentais que, em suas origens, o capital teve que se propor. A organização das casas de trabalho, e de tantas outras organizações parecidas, responde, antes de mais nada, a essa necessidade. É evidente que esse problema não está separado do que estabelece o mercado de trabalho, isso não só porque através da institucionalização das casas de trabalho de um setor, embora limitado, da força de trabalho obtém-se um duplo resultado: ao contrário do trabalho livre, com o trabalho forçado, geralmente mais rebelde, força-se a aprendizagem da disciplina, e também a docilidade ou a oposição da classe operária nascente às

²⁶ *Id ibid.* p. 16.

²⁷ Uma pena dura e amplamente imposta nessa época foi a pena de galés (navios), onde “grande número de condenados a penas graves e de prisioneiros de guerra era destinado como escravos ao serviço das galés militares, onde eram acorrentados a um banco e permaneciam, sob ameaça de um chicote, obrigados a remar”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.* p. 18-9.)

²⁸ MELOSSI, Dario & PAVARINI, Massimo. *Cárcel y fábrica; los orígenes del sistema penitenciário.* Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.* p. 21-2.

condições de trabalho depende da força que tenha no mercado, pois na medida em que a oferta de mão-de-obra é escassa, aumenta a sua capacidade de oposição e de resistência, e a sua possibilidade de luta²⁹.

Segundo Melossi e Pavarini, a pena nas *workhouses* teve também cunho preventivo-geral, permitindo que se pudesse “convencer” os que não cometeram nenhum delito de que deviam aceitar as condições impostas pela classe detentora dos bens de forma dócil e sem resistência, evitando deste modo o próprio encarceramento.³⁰

No entanto, nas palavras de Bitencourt, “é necessário considerar outros tipos de motivação, que, embora possam ser irracionais, também contribuem, em maior ou menor grau, para explicar as causas que levam ao surgimento de uma resposta penológica como a prisão”³¹.

Existem várias causas que explicam o surgimento da prisão. Para BITENCOURT³², figuram entre as mais importantes:

a) do ponto de vista das idéias, há uma maior valorização da liberdade e imposição progressiva do racionalismo a partir do século XVI, com a necessidade de esclarecimento dos crimes, mesmo que pela utilização da confissão pública;

b) surge a má consciência, com a substituição dos suplícios³³ pela vergonha. A certeza da punição é que deveria desviar os homens dos crimes e não o teatro das cruéis execuções. Por essa razão, a execução passa a ser vista, na afirmativa de Foucault, “como uma vergonha

²⁹ MARX, Karl. *Il Capitale*. P.192-3. *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.* p. 22-3.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.* p. 23.

³¹ *Id ibid.* p. 26. Apesar disso, BITENCOURT reafirma a importância do modo de produção capitalista, citando Guido Neppi Modona, que vincula as mutáveis condições do mercado de trabalho, o descenso da curva de crescimento demográfico, a introdução das máquinas e a passagem do sistema de manufatura ao sistema de fábrica propriamente dito com a súbita e sensível piora das condições de vida nas prisões a partir da segunda metade do século XVIII na Inglaterra.

³² *Id ibid.* p. 27/31

³³ O suplício, segundo Foucault, é uma pena que consiste na graduação do sofrimento imposto ao condenado, correlacionando os tipos, a qualidade, a intensidade e o tempo dos ferimentos físicos com a gravidade do crime, a pessoa do criminoso e o nível social de suas vítimas. Deve ser marcante para o executado, fazendo-o permanecer na memória dos homens, ao mesmo tempo em que ostenta o triunfo da justiça. (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 29ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004. p. 31).

suplementar que a justiça tem vergonha de impor ao condenado; ela guarda distância, tendendo sempre a confiá-la a outros e sob a marca do sigilo. É indecoroso ser passível de punição, mas pouco glorioso punir”³⁴.

c) com o grande número de miseráveis, houve um crescimento expressivo de delinquentes. A pena de morte, além de não poder ser aplicada a tanta gente, caíra em desprestígio e não respondia mais aos anseios de justiça, pois não conteve o aumento dos delitos nem o agravamento das tensões sociais. A publicidade da execução passou a gerar mais simpatia e compaixão ao acusado do que o horror pelo delito. A pena de prisão demonstrava ser um método mais eficaz de controle social e;

d) finalmente, a razão econômica, com a utilização do trabalho tanto para o controle de salários como da própria mão-de-obra. Destarte, conseguia-se mão-de-obra barata quando havia trabalho e salários altos; e, em períodos de desemprego, reabsorção dos ociosos e proteção da classe dominante contra agitação e motins.

Diante das razões expostas, principalmente a da vinculação da prisão à ordem econômica, surge a tese de que *“é um mito pretender ressocializar o delinqüente por meio da pena privativa de liberdade”*³⁵, haja vista a necessária dominação da burguesia sobre o proletariado para a imposição do modo capitalista de produção.

1.1.4 Período Humanitário e Escola Clássica

O século XVIII é marcado pela influência do Iluminismo sobre a sociedade e também sobre o Direito Penal. Esse movimento surgido na França defendia o domínio da razão sobre a visão teocêntrica que dominava a Europa desde a Idade Média, com o propósito de iluminar as trevas em que se encontrava a sociedade³⁶.

Nesse sentido, os ideais iluministas se voltam exatamente na contramão do absolutismo e da legislação penal vigente, com severas críticas aos excessos nas punições. Baseados em temas como o fundamento do direito de punir e da legitimidade, os filósofos

³⁴ FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.* p. 13.

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 31.

³⁶ *O Iluminismo*. Disponível em <http://www.suapesquisa.com/historia/iluminismo/>. Acesso em 07 jun. 2009.

propõem a proporcionalidade na aplicação da pena, que deveria mostrar a sua eficiência com a menor crueldade possível sobre o corpo do delinqüente (a humanização tanto das penas quanto das prisões)³⁷.

Os ideais iluministas, principalmente as idéias de Montesquieu, Voltaire e de Rousseau influenciaram decisivamente Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, no desenvolvimento de seu livro – *Dos Delitos e das Penas*. Defendendo a reforma do direito penal vigente, propõe à justiça penal um fim utilitário e político – sempre limitado pela lei moral – com a finalidade da prevenção³⁸. Considera-se que seus postulados marcam o início definitivo da *Escola Clássica de Criminologia*, bem como da *Escola Clássica de Direito Penal*.

Importa destacar também os trabalhos de John Howard e de Jeremy Bentham no período Humanitário.

Howard por sua obra *The State of the Prisons in England and Wales, with preliminary Observations, and an Account of some foreign Prisons*, onde, após ter sido encarcerado e posteriormente visitado diversos estabelecimentos prisionais, denuncia o estado das prisões pela Europa e a necessidade de humanização das mesmas, com a garantia das necessidades elementares dos condenados (alimentação, saúde, higiene), dando grande importância ao trabalho como instrumento reabilitador.³⁹ Com Howard nasce o penitenciarismo.

Bentham pelos fins preventivos a que atribuía as penas, somado à função reformadora do delinqüente, negando a função da pena como mera vingança do fato criminoso. Preocupado com as condições das prisões, apontou-as como ambiente propício para a propagação e aprendizagem da criminalidade – antevendo o que hoje é chamado de subcultura carcerária – e propôs a separação dos criminosos em pequenos grupos, de acordo com sua perversidade.

Entretanto, sob o ponto de vista penológico, sua maior contribuição foi a idealização do panótico, que era uma prisão formada de edifícios dispostos em forma circular, com uma torre central, de onde os detentos podiam ser observados sem o observador ser visto. Dessa

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 32.

³⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. cit.* p. 18-9.

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 38/45.

forma, criava, além de um sistema eficiente de vigilância, uma relação de dominação e poder

⁴⁰.

O conceito do panótico não chegou a desenvolver-se plenamente, salvo algumas exceções sem grande importância. Para Bitencourt⁴¹, “essa circunstância não diminui contudo a importância de suas idéias, pois muitas delas continuam atualíssimas, tanto do ponto de vista da doutrina penitenciária como no plano arquitetônico, já que seu projeto é um antecedente imediato do desenho radial que muitas prisões apresentam”.

Essas idéias iluministas aparecem nas obras de vários autores que escreveram na primeira metade do século XIX, reunidos sob a denominação de *Escola Clássica*⁴² e que teve como principal expoente Francesco Carrara.

Autor do livro *Programa del Corso di Diritto Criminale*, Carrara afirma que o delito é um ente jurídico, impelido pelas forças física (ação e dano) e moral (vontade), correspondendo hoje a elemento objetivo e subjetivo. Para esse autor⁴³, o crime é “a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso”. O livre arbítrio em cometer ou não o ato infrator é o eixo do sistema de Carrara, como pressuposto da afirmação da responsabilidade e da aplicação da pena. O fim da pena é o restabelecimento da ordem social externa, sendo imputáveis somente os fatos que infringem as leis penais (não mais as infrações morais ou religiosas).

Além de Carrara, merecem destaque, segundo MONTEIRO⁴⁴:

Giovani Carmignani, por meio da obra “*Teoria della Legge della Sicurezza Sociale*” (1832), para quem a punição decorre do abandono de parte da liberdade individual pela pessoa, quando passa a viver em sociedade; Pelegrino Rossi, para quem a pena é mera retribuição, ou seja, o mal pelo mal; e Paulo Anselmo de Feuerbach, a quem é atribuído o princípio da reserva legal (*nullum crimen sine lege, nulla*

⁴⁰ *Id ibid.* p. 45/56.

⁴¹ *Id ibid.* p. 55.

⁴² Nome criado pelos positivistas com sentido pejorativo, mas que hoje serve para reunir os doutrinadores dessa época. (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. cit.* p. 19.)

⁴³ *Id ibid.*

⁴⁴ MONTEIRO, Marcelo Valdir. *Op. cit.* p. 33.

poena sine lege – não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal).

Assim, a Escola Clássica apresenta como principais características: o respeito ao princípio da legalidade e anterioridade, sendo que as normas visam a proteger a segurança dos cidadãos (bens jurídicos); a pena, nesse contexto, não pode ser arbitrária e tem como função o restabelecimento da ordem externa, moldando-se proporcionalmente ao dano causado, com a finalidade também de retribuição e defesa social; o crime é um ente jurídico, visto que uma violação a um direito; a responsabilidade penal fundada no livre arbítrio, pela vontade livre e consciente do criminoso; utilização do método dedutivo, e não o experimental, próprio das ciências naturais.

Inspirada na Escola Clássica, a chamada *Escola Correccionalista*, de Carlos Cristian Frederico Krause e Carlos David Augusto Röder considera o Direito como necessário para o destino do homem, na missão moral da descoberta da liberdade. Defendia o estudo do criminoso visando a sua correção, sendo que a pena deveria durar enquanto necessária à recuperação do delinqüente ⁴⁵.

1.1.5 Período Criminológico e Escola Positiva

Em decorrência do movimento naturalista do século XVIII e em meio do predomínio do positivismo no campo da Filosofia e o florescimento dos estudos biológicos e sociológicos, nasce a chamada Escola Positiva. Essa escola, de acordo com Calhau⁴⁶, sofreu influência da doutrina evolucionista (Darwin – “*A Origem das Espécies*”; Lamarck – “*Organização das Espécies*”); materialista (Buchner, Haeckel e Molenschott) ⁴⁷; sociológica (Comte, Spencer, Ardig e Wundt); frenológica (Gall) ⁴⁸; fisionômica (Lavater) ⁴⁹ e ainda dos estudos de Villari e Cattaneo⁵⁰.

⁴⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.* p. 20.

⁴⁶ CALHAU, Lélío Braga. *Cesare Lombroso: Criminologia e a Escola Positiva do Direito Penal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 210, 1 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4538>>. Acesso em: 12 jun. 2009.

⁴⁷ Materialismo é a doutrina filosófica que admite como realidade apenas a matéria. Nega a existência da alma e do mundo espiritual ou divino, pregando o predomínio da ciência como fonte de conhecimento sobre os saberes teológico e metafísico. (Wikipédia - <http://pt.wikipedia.org/wiki/Materialismo>)

O movimento criminológico iniciou-se com os estudos do médico italiano Cesare Lombroso e sua teoria biológica do criminoso nato, publicada no livro *O Homem Delinqüente*. Segundo Vera Andrade⁵¹, partindo do determinismo biológico (anatômico-fisiológico) e psíquico do crime e valendo-se do método de investigação experimental indutivo, Lombroso procurou comprovar sua hipótese através da confrontação de grupos não criminosos com criminosos dos hospitais psiquiátricos e prisões (sobretudo do sul da Itália). Buscou individualizar nos criminosos e doentes apenados, anomalias (sobretudo anatômicas e fisiológicas) vistas como constantes naturalísticas que denunciavam, a seu ver, o tipo antropológico delinqüente, predestinado a cometer crimes. Sobre a base destas investigações buscou primeiramente no atavismo⁵² uma explicação para a estrutura corporal e a criminalidade nata, na qual o criminoso se identifica com o selvagem. Posteriormente, diante das críticas suscitadas, reviu sua tese, acrescentando como causas da criminalidade a epilepsia e, a seguir, a loucura moral. Apesar das incoerências e exageros, a Antropologia criminal de Lombroso ampliou os horizontes do Direito Penal na luta contra a criminalidade, constituindo a semente para Criminologia moderna.

Discípulo dissidente de Lombroso, Enrico Ferri, criador da Sociologia Criminal, ressaltou a importância de um trinômio causal do delito: os fatores antropológicos, sociais e físicos. Aceitando a *Filosofia Determinista*⁵³, afirmou que o crime era o resultado previsível

⁴⁸ A frenologia é uma teoria que reivindica ser capaz de determinar o caráter, características da personalidade e grau de criminalidade pela forma da cabeça (lendo "caroços ou protuberâncias"). Desenvolvido pelo médico alemão Franz Joseph Gall por volta de 1800, e muito popular no século XIX, está agora desacreditada e classificada como uma pseudo-ciência. A frenologia, contudo, recebeu crédito como um proto-ciência por contribuir com a ciência médica com as idéias de que o cérebro é o órgão da mente e áreas específicas do cérebro estão relacionadas com determinadas funções do cérebro humano. (Wikipédia - <http://pt.wikipedia.org/wiki/Frenologia>)

⁴⁹ Teoria que busca conhecer o caráter do homem pelas feições do rosto.

⁵⁰ Filósofos italianos.

⁵¹ ANDRADE, Vera Regina P. de. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum*. BuscaLegis.ccj.ufsc.br. Revista nº. 30. Ano 16 - junho de 1995 - p. 24-36. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/10713/10278>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

⁵² Atavismo é o reaparecimento em um descendente de um caráter não presente em seus ascendentes imediatos, mas sim em remotos (Dicionário Aurélio).

determinado por esta tríplice ordem de fatores que conformam a personalidade de uma minoria de indivíduos como “socialmente perigosa”.

Assim, dividiu os criminosos em cinco categorias: o nato, conforme propusera Lombroso; o louco, portador de doença mental; o habitual, produto do meio social; o ocasional, sem firmeza de caráter; e o passional, homem honesto, mas de temperamento nervoso e sensibilidade exagerada. Dividiu, ainda, as paixões em sociais (amor, piedade, nacionalismo, etc.) e anti-sociais (ódio, inveja, avareza, etc.)⁵⁴.

Ferri foi contra o entendimento – que dominou na idade Média, mas que continuou também na Escola Clássica – de que o método mais eficaz contra o crime era a pena feroz (antes de Beccaria) ou mitigada (depois dele). *In verbis*:

Eu sustentei ao contrário, nos *Studi sulla criminalità in Francia* (1880), que as penas têm uma mínima eficácia defensiva contra a delinqüência – especialmente no seu momento característico de ameaça legislativa ou “motivo psicológico oposto ao crime” como disse Beccaria, ou “reação contra o impulso criminoso” como disse Romagnosi, ou “coação psicológica” como disse Feuerbach, pois que o delinqüente, se age com ímpeto, não está em condições de pensar nas conseqüências de seu ato e se, ao contrário, medita ou premedita o crime, confia sempre na própria impunidade. (sic) Para a defesa contra a criminalidade, é necessário indagar-lhe as causas e, quanto às que são mais modificáveis pelo legislador, procurar quanto possível elimina-las ou atenua-las por meio de um conjunto de providências (por mim chamadas “substitutivos penais”) que fogem todas à alçada do Código Penal e que consistem em reformas práticas de ordem educativa, familiar, econômica, administrativa, política e também jurídica (de direito privado e público)⁵⁵.

⁵³ Doutrina que afirma serem todos os acontecimentos, inclusive vontades e escolhas humanas, condicionados por acontecimentos anteriores. O homem é fruto direto do meio, logo, destituído de liberdade total de decidir e de influir nos fenômenos em que toma parte; existe liberdade, mas esta liberdade está condicionada a natureza do evento em um determinado instante (Wikipédia - <http://pt.wikipedia.org/wiki/Determinismo>).

⁵⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. cit.* p. 21-2.

⁵⁵ FERRI, Enrico - *Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime* - tradução de Paolo Capitanio- 2 ed. – Campinas: Bookseller, 1998, p. 33. *Apud* CAPELA, Fábio Bergamin. *Pseudo-evolução do Direito Penal* . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2795>>. Acesso em: 14 jun. 2009.

Rafael Garófalo foi o iniciador da fase jurídica da Escola Positiva, com estudos sobre o delito, o delinqüente e a pena. Foi o primeiro a usar o termo *Criminologia*, em sua obra de mesmo nome, onde ressalta a perversidade constante e ativa do delinqüente e a quantidade do mal que se deve temer por parte do mesmo ⁵⁶.

O método da Escola Positiva, ao contrário da Escola Clássica que usava o dedutivo, fundamenta-se numa investigação experimental indutiva, por considerar o crime como um fenômeno natural e social, sujeito às influências do meio e de múltiplos fatores. A responsabilidade é social, por viver o criminoso em sociedade, e tem por base a sua periculosidade. O fundamento da pena é a defesa social, visando à cura do criminoso ou a sua neutralização, nos casos irrecuperáveis, tendo em vista que o criminoso é sempre, psicologicamente, um anormal, de forma temporária ou permanente, apresentando também muitas vezes defeitos físicos.⁵⁷

1.1.6 Escolas Mistas, Outras Escolas e Tendências Contemporâneas

Muitos outros movimentos de pensadores e estudiosos do crime e do criminoso surgiram em meio aos extremos das Escolas Clássica e Positiva, tomando uma posição conciliatória no processo evolutivo do conceito de pena. São as chamadas *Escolas Mistas* ou *Intermediárias*.

Os estudiosos defendiam a causalidade do crime e não a sua fatalidade (excluindo deste modo o tipo criminal antropológico), pregando a reforma social como dever do Estado no combate ao crime.⁵⁸

A *Terza Scuola* (Terceira Escola Italiana) teve como expoentes Bernardino Alimena, Giuseppe Impallomeni e Manuel Carnevale. Embora acolhendo o princípio da responsabilidade moral, não aceita a sua fundamentação no livre arbítrio, substituindo-o pelo *determinismo psicológico*. Tem como postulados a substituição do livre-arbítrio dos clássicos pelo critério da voluntariedade das ações; considera o delito como um fenômeno individual e social, como pregavam os positivistas; reconhece o princípio da responsabilidade moral de Escola Clássica e;

⁵⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. cit.* p. 22.

⁵⁷ MONTEIRO, Marcelo Valdir. *Op. cit.* p. 34-5.

⁵⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. cit.* p. 22.

a pena, dotada de caráter ético e aflitivo (pensamento clássico), tem por fim a defesa social (pensamento positivista).⁵⁹

A Escola Moderna Alemã, surgida no final do século XIX, também considerava o crime um fato jurídico, com implicações humanas e sociais. Contrária à tese do criminoso nato, aceita, contudo, os fatores físicos e sociais na formação do delinqüente, especialmente os econômicos. Seu expoente máximo foi Franz Von Liszt, cuja tese sustenta o poder intimidativo das normas abstratas destinadas a garantir os preceitos proibidos pela ordem jurídica.

Sob esse prisma, surgem os *Movimentos de Lei e Ordem* (preconizado nos Estados Unidos), pregando o retorno ao sistema penal rigoroso e à aplicação de penas de longa duração e até de morte, pois credita o aumento da criminalidade ao tratamento excessivamente benigno que a lei dedica ao criminoso.⁶⁰

Apesar da contribuição no campo teórico, como os conceitos de imputabilidade, periculosidade e a função preventiva geral e especial das penas, a maior contribuição da Escola Moderna Alemã está na *práxis*. A crítica de Von Liszt às penas de curta duração e a proposta de substitutivos penais são aproveitadas até hoje, como a prisão doméstica, o livramento condicional, o *sursis*, etc.⁶¹

Para combater a abundância de doutrinas e devido à crise gerada pela subordinação do Direito Penal às investigações criminológicas, surge a Escola Técnico-Jurídica, marcada pela conferência de Arturo Rocco na Universidade de Sassari, em 15.01.1910.⁶² O delito é visto como “pura relação jurídica de conteúdo individual e social. A pena constitui uma reação e uma consequência do crime, com função preventiva geral e especial, aplicável aos imputáveis e refuta o emprego da filosofia no campo penal”.⁶³

⁵⁹ CAPELA, Fábio Bergamin. *Op. cit.*

⁶⁰ “A crítica feita a esta teoria é que a solução para o problema criminal não está na edição de normas penais severas, mas sim numa política criminal preventiva. A certeza da punição exerce muito mais eficácia na prevenção geral do que a espécie de pena prevista”. (MONTEIRO, Marcelo Valdir. *Op. cit.* p. 36.)

⁶¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.* p. 22.

⁶² MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *O Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal*. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 115.

Durante a primeira e segunda guerras mundiais, o Direito Penal experimentou novo ciclo de crueldade, com a prática de extermínios, torturas e pena de morte (Nazismo e Fascismo). Esses valores fizeram surgir no período pós-guerra uma forte reação humanista, defendendo “uma nova política criminal, em que os direitos e garantias humanas deveriam sobrepor-se às normas”⁶⁴.

Era a origem da Nova Defesa Social, liderada por Filippo Grammatica (Itália) e Marc Ancel (França), movimento que prega a aplicação da pena com o fim de proteger a sociedade das ações delituosas e também como forma de reeducar e ressocializar o infrator⁶⁵. Tem como principal característica a multidisciplinariedade, vinculando-se a todos os ramos do conhecimento que possam contribuir para uma completa visualização do fenômeno criminal. Na lição do professor Walter Nunes da Silva Júnior, tem-se a definição da Escola da Nova Defesa Social como “o conjunto de idéias, de ordem política, orientadoras dos Poderes Constituídos do Estado no tratamento a ser dispensado no combate à criminalidade. É a política criminal a ser desenvolvida no que pertine ao fenômeno criminal, inserido no contexto social”⁶⁶.

Tendo em vista a ineficácia da pena como instrumento de ressocialização, a Nova Defesa Social prega a descriminalização dos delitos leves e a criminalização dos delitos contra a economia, contra os interesses difusos e da chamada criminalidade estatal (abuso de poder, corrupção etc.). Nessa escola “a atividade socializadora consiste na colocação, à disposição do condenado, do maior número possível de condições que permitam a este, *voluntariamente*, não voltar a delinquir”⁶⁷.

⁶³ MONTEIRO, Marcelo Valdir. *Op. cit.* p. 36-7. Segundo MONTEIRO, essa Escola representa um retrocesso, pois sem o auxílio axiológico e sem a contribuição de outras áreas de conhecimento, o Direito Penal permanece estático, restrito ao ordenamento positivo.

⁶⁴ SOUZA E SILVA, Marisya. *Crimes Hediondos & Progressão de Regime Prisional*. Curitiba: Juruá Editora, 2007. p. 32.

⁶⁵ MARCÃO, Renato; MARCON, Bruno. *Op. cit.*

⁶⁶ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *O Direito Penal e a Criminalidade*. Disponível em <www.jfrn.gov.br/docs/doutrina102.doc>. Acesso em: 18 jun. 2009.

⁶⁷ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. (org.). *Os Grandes Movimentos de Política Criminal de Nosso Tempo – Aspectos*. In: SISTEMA PENAL PARA O TERCEIRO MILÊNIO (atos do colóquio Marc Ancel). Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 70. *Apud* JAIME, Silena. *Breves reflexões sobre a política criminal*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1155, 30 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8860>>. Acesso em: 20 jun. 2009.

A nova tendência discriminadora também é um dos pilares da *Nova Criminologia*, que compreende variados novos ramos dessa ciência que têm em comum o repúdio à Criminologia Etiológica e a busca da construção de uma teoria materialista da criminalidade, de inspiração marxista. Dentro desse novo movimento destacam-se a Criminologia Crítica, Criminologia Radical e a Criminologia da Reação Social.

Na lição de Araújo Jr.:

Ela [a Nova Criminologia] parte da idéia de sociedade de classes, entendendo que o sistema punitivo está organizado ideologicamente, ou seja, com o objetivo de proteger os conceitos e interesses que são próprios da classe dominante. Os instrumentos de controle social, por isso, estão dispostos opressivamente, de modo a manter dóceis os prestadores de força de trabalho, em benefício daqueles que detêm os meios de produção. O Direito Penal é, assim, elitista e seletivo, fazendo cair fragorosamente seu peso sobre as classes sociais mais débeis, evitando atuar sobre aquelas que detêm o poder de fazer as leis. O sistema destina-se a conservar a estrutura vertical de dominação e poder, que existe na sociedade, a um tempo desigual e provocadora de desigualdade.⁶⁸

Defende a *Nova Criminologia*, dentre outros: a) a abolição da pena privativa de liberdade, inútil como meio de repressão do delito e na ressocialização do delinqüente, desnudando-a como instrumento estigmatizador; b) a criminalidade deve ser considerada segundo a classe social de que provenha (proletária ou dominante), e a Política Criminal deve ser orientada nesse duplo sentido; c) a adoção de um projeto gradual e intenso de descriminalização, despenalização e desjudicialização, transferindo do Estado para a comunidade o controle das condutas criminosas de natureza leve; d) criminalização dos atos atentatórios aos interesses essenciais da comunidade, como o meio ambiente, economia, saúde pública.⁶⁹

Dentro dessas características figuram as teorias do minimalismo radical e do abolicionismo penal, que defendem, respectivamente, a utilização da pena de prisão e de todo o aparato repressor apenas nos crimes considerados mais graves, vislumbrando uma abolição

⁶⁸ *Id ibid.*

⁶⁹ JAIME, Silena. *Breves reflexões sobre a política criminal*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1155, 30 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8860>>. Acesso em: 21 jun. 2009.

mediata (em longo prazo), e a abolição imediata do sistema penal, por não ser um sistema legítimo (deslegitimação do sistema penal).

Apesar das diferenças entre as duas correntes, vislumbra-se o minimalismo, que tem Alessandro Baratta seu principal defensor, como etapa necessária para a evolução do projeto de abolicionismo penal, que tem como defensores Louk Hulsman, Nils Christie e Thomas Mathiesen dentre tantos outros.

Merece destaque também o minimalismo de Luigi Ferrajoli, que concebe o Direito e o Sistema Penal como meio de se evitar a vingança ilimitada: “o objetivo da pena seria a minimização da reação violenta contra o delito. Esse direito penal seria, portanto, justificado como um instrumento impeditivo da vingança”.⁷⁰

1.2 HISTÓRICO PENAL NO BRASIL

1.2.1 Período Pré-Republicano

As tribos existentes no Brasil, embora em diferentes estágios de evolução, não tinham normas de conduta vigentes, mas simples regras baseadas no direito consuetudinário, transmitidas verbalmente e dotadas de misticismo. As sanções eram basicamente as mesmas da época da vingança penal e as tribos de organização bastante primitiva, pouco influenciando no desenvolvimento da nossa legislação.⁷¹

Com o início da colonização, os portugueses trouxeram o seu ordenamento jurídico. Vigoraram primeiramente as Ordenações Afonsinas e Manuelinas, substituídas pelas compilações de Duarte Nunes Leão das várias leis extravagantes existentes⁷². No entanto, a aplicabilidade dessas ordenações foi mínima, devido ao processo de colonização estar ainda em seu princípio.

⁷⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 95. Zaffaroni também defende a ideologia do minimalismo penal, com a aplicação da pena de prisão apenas aos casos mais graves.

⁷¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.* p. 23.

⁷² DOTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. “Depois das Ordenações Manuelinas foram divulgadas várias leis, decretos, alvarás, cartas-régias, resoluções, provisões (...) que foram compilados por determinação de D. Henrique.”

A partir de 1603, entram em vigor as Ordenações Filipinas, refletindo o direito penal medieval, com penas severas e cruéis. Mirabete descreve com precisão esse período:

O crime era confundido com o pecado e com a ofensa moral, punindo-se severamente os hereges, apóstatas, feiticeiros e benzedores. Eram crimes a blasfêmia, a bênção de cães, a relação sexual de cristão com infiel etc. As penas, severas e cruéis (açoites, degredo, mutilação, queimaduras etc.), visavam infundir o temor pelo castigo. Além da larga cominação da pena de morte, executada pela força, pela tortura, pelo fogo etc., eram comuns as penas infamantes, o confisco e as galés.⁷³

O exemplo mais conhecido de punição nas Ordenações Filipinas foi a condenação de Tiradentes, que foi morto, esquartejado e teve seus membros expostos em diversos lugares de Vila Rica, em Minas Gerais⁷⁴.

A declaração da independência do país em 1822 e a outorga da primeira Constituição brasileira em 1824, norteadas por ideais liberais e humanitários, requeriam uma nova legislação penal. As Ordenações Filipinas, que estiveram vigentes por mais de dois séculos, adentrando no período imperial, foram, então, substituídas pelo Código Criminal do Império, sancionado por D. Pedro I em 1830, com o esboço de individualização da pena, previsão de atenuantes e agravantes, além de julgamento especial aos menores de 14 anos⁷⁵.

Estavam previstos nesse diploma as penas de galés, de prisão simples e prisão com trabalhos forçados, banimento, degredo, desterro, multa, suspensão de direitos, açoites em escravos e, também, para os crimes de insurreição de escravos, homicídio agravado e latrocínio, a pena de morte na forca⁷⁶.

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ MONTEIRO, Marcelo Valdir. *Op. cit.* p. 46. Houve ainda a condenação de seus descendentes à pena de infâmia.

⁷⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.* p. 23.

⁷⁶ MONTEIRO, Marcelo Valdir. *Op. cit.* p. 47. Nas penas de galés, o condenado ficava com os pés acorrentados e à disposição do governo para trabalhos na província onde cometera o delito. Os açoites aos escravos foram duramente criticados pela doutrina da época, tendo em vista a proibição expressa da pena de açoite pela Constituição, até que foram abolidos pela Lei de 15 de outubro de 1886. Embora prevista a pena de morte, após erro na execução do fazendeiro Manoel da Motta Coqueiro, posteriormente provado inocente, D. Pedro II passou a conceder clemência a todos os condenados à pena capital.

1.2.2 Período Republicano

Com a proclamação da República, em 1889, o governo tinha pressa para a elaboração de um novo Código, devido à grande transformação pela qual estava passando o Brasil. O fim do sistema escravocrata em 1888 e a “transição política e institucional de profundas repercussões humanas e sociais”⁷⁷ urgiam uma nova edição do Código Criminal, tarefa incumbida ao Conselheiro Baptista Pereira, que apresentou o projeto em pouco mais de três meses, entrando em vigor em 1890.

O novo Código aboliu a pena de morte, fixando o limite da pena de prisão em 30 anos (antes poderia ser perpétua)⁷⁸, e instalou um regime penitenciário de caráter correccional, mas foi alvo de duras críticas desde seus primórdios, grande parte delas justamente por refletir ideais liberais e humanistas, os quais a Escola Positiva e a criminologia insurgente demonizavam.⁷⁹

Com o passar dos anos, e na tentativa de reforma, tantas leis esparsas foram criadas que se tornou difícil a aplicação do Código. Segundo DOTTI⁸⁰, “a natural profusão de leis durante o período republicano e as tendências muito vivas no sentido de se rever o CP de 1890 levaram o Congresso a promover uma consolidação das leis existentes”. Essa consolidação nada mais foi do que um agrupamento de todas as leis penais vigentes até 1932.

Sob a égide da Constituição de 1934, promulgada em 16 de julho, que reafirmava a necessidade de garantia dos princípios fundamentais individuais e coletivos, o projeto de autoria do Desembargador Virgílio de Sá Pereira, publicado em 1928, foi bastante debatido. Denota-se claramente a influência da Escola Positiva na classificação dos delinqüentes, na periculosidade criminal e social, na individualização e indeterminação da pena e nas medidas de segurança (dentre outros). O projeto focava “a ofensa causada à sociedade não somente

⁷⁷ DOTTI, René Ariel. *Op. cit.* p. 193.

⁷⁸ Ressalte-se que se iniciou a aplicação da pena de prisão quando ainda se conservava uma estrutura social cindida pelo escravismo e as diferenças no acesso dos indivíduos às leis. Os reflexos desse momento histórico extenuam-se hodiernamente, com a verificação do grande número de negros, pardos e mulatos que cumprem pena de prisão, resultado do estereótipo que se firmou em relação aos suspeitos, onde a cor da pele é fator preponderante na investigação policial. (Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas. Relatório Final de Pesquisa. Disponível em: <http://www.mj.gov.br>.

⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 3ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 219.

⁸⁰ DOTTI, René Ariel. *Op. cit.* p. 196.

pela gravidade do crime, mas também pela temibilidade do agente segundo suas condições físico-psíquicas”⁸¹. Chegou a ser aprovado pela Câmara dos Deputados, mas teve o trâmite interrompido pelo golpe de Estado de 10.11.1937, que instituiu o *Estado Novo* e outorgou outra Constituição.

Estabelecido o *Estado Novo*, o ministro da Justiça Francisco Campos delegou ao professor Alcântara Machado a tarefa de elaborar um novo Código, que foi cumprida em 1938, com a entrega da Parte Geral em maio e da Parte Especial em agosto. O anteprojeto foi então submetido a uma comissão revisora, integrada por Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra, contando com a colaboração de Antônio José da Costa e Silva. O texto definitivo foi apresentado ao governo em novembro de 1940 e sancionado em dezembro do mesmo ano, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1942.⁸²

Nas palavras de Zaffaroni⁸³, o Código de 1940 é “rigoroso, rígido, autoritário no seu cunho ideológico, impregnado de ‘medidas de segurança’ pós-delituosas”, com notória adesão aos postulados do movimento técnico-jurídico, influenciado pelo *código Rocco*, desembocando numa deterioração da segurança jurídica. Ainda assim, constitui a nossa legislação penal fundamental, trazendo em seu texto a previsão das penas de reclusão (no máximo 30 anos) e detenção (máximo 3 anos) como privativas de liberdade (reservada a prisão simples para a Lei das Contravenções Penais), sendo que a multa completava o rol de sanções *principais*. Já as medidas de segurança dividiam-se em patrimoniais (confisco, interdição de estabelecimento, etc.) e pessoais, estas subdivididas em detentivas (internação em manicômio, etc.) e não detentivas (vigilância).

O Código de 1940 sofreu significativas alterações, especialmente pela Lei n. 6.416/77, que inovou na execução penal, revelando “grandes preocupações com a individualização executiva da pena e a dignidade pessoal do condenado”⁸⁴; e pela Lei n. 7.209/84, como *reforma da Parte Geral*. Nos dizeres de Mirabete, “a nova lei é resultado de um influxo liberal e de uma mentalidade humanista em que se procurou criar novas medidas penais para os crimes de pequena relevância, evitando-se o encarceramento de seus autores por curto lapso de

⁸¹ *Id ibid.* p. 197.

⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.* p. 222.

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ DOTTI, René Ariel. *Op. cit.* p. 212.

tempo”⁸⁵. Nesse sentido, a reforma criou as penas alternativas, com a adoção do sistema vicariante (ou pena ou medida de segurança), progressão do regime da pena (fechado, semi-aberto e aberto), livramento condicional e suspensão condicional da pena (*sursis*).

Após o fim da ditadura militar e a redemocratização do Brasil, a partir de 1985, houve a formação da Assembléia Nacional Constituinte, com a proclamação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, que enumerou no artigo 5º, inciso XLVI, as penas de privação ou restrição de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos.

Hodiernamente, de acordo com Mirabete⁸⁶, as tendências são: a) evitar a aplicação de penas privativas de liberdade nos delitos de menor gravidade, sobretudo incidentes sobre réus primários; b) maior rigor na punição dos crimes mais graves; c) severa repressão à criminalidade organizada; d) adaptação da legislação penal às mudanças ocorridas no meio social brasileiro; e d) adaptação da legislação pátria aos acordos internacionais firmados pelo Brasil.

1.3 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E CLASSIFICAÇÃO

Ao analisar a pena e suas espécies, DELMANTO⁸⁷ a conceitua da seguinte maneira:

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

⁸⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.* p. 25

⁸⁶ *Id ibid.* p. 26-7.

⁸⁷ DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 5ª ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 64.

DOTTI⁸⁸ enuncia a pena como “sanção imposta pelo Estado e consistente na perda ou restrição de bens jurídicos do autor da infração, em retribuição à sua conduta e para prevenir novos ilícitos”.

Saliente-se também a função de controle social, muito bem descrita por LEAL⁸⁹:

A pena criminal tem sido, em todas as épocas, um permanente e severo mecanismo de controle das condutas individuais e coletivas, utilizado pelo Estado com o objetivo de manter a convivência social e de proteger valores morais e interesses das classes sociais. Vista como uma reprimenda pela prática de uma conduta proibida, deve ser considerada como um mal necessário, enquanto perdurar uma sociedade constituída de homens moral e politicamente imperfeitos.

A pena tem como fundamento jurídico a culpabilidade do autor (*nulla poena sine culpa*) e deve prevenir e reprimir as condutas ilícitas e culpáveis, além de proporcionar condições para a harmônica reintegração social do condenado e do internado.

Segundo a doutrina, as penas devem ter certas características, tidas como princípios fundamentais, assim elencados por DOTTI⁹⁰:

- 1) Princípio de humanidade – atendendo à *dignidade da pessoa humana*, determinado no art. 1º, inciso III da Constituição Federal como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Visa o respeito aos direitos humanos da pessoa do condenado;
- 2) Princípio da anterioridade da lei penal – também chamado *princípio da legalidade* ou *princípio da reserva legal* (CF, art. 5º, XXXIX), segundo a qual não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia cominação legal (CP, art. 1º);
- 3) Princípio da personalidade⁹¹ – a pena não deve ultrapassar a pessoa do condenado (CF, art. 5º, XLV; CP, art. 29 c/c art. 13);

⁸⁸ DOTTI, René Ariel. *Op. cit.* p. 433.

⁸⁹ LEAL, João José. *Curso de Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris/FURB, 1991. p. 324.

⁹⁰ DOTTI, René Ariel. *Op. cit.* p. 439/442.

⁹¹ Para DOTTI, esse princípio representa um *dogma*, visto que na realidade prática, os efeitos morais e materiais da infração penal atingem, não raro, a todos que com o infrator convivem. (DOTTI, René Ariel. *Op. cit.* p. 440.)

- 4) Princípio da individualização – determina a observância às condições pessoais de cada criminoso, materializando-se na fixação e execução da pena (CF, art. 5º, XLVI);
- 5) Princípio da proporcionalidade – a pena deve retribuir juridicamente a culpabilidade do autor da infração, guardando uma relação de proporcionalidade entre o mal do ilícito, o mal da ação, e a maldade do delinqüente;
- 6) Princípio da necessidade - devem ser aplicadas apenas para a proteção dos bens jurídicos, sem os quais a sociedade se dissolve e os seus membros se eliminam;
- 7) Princípio da suficiência – consequência do princípio da proporcionalidade, a pena deve ser suficiente para reprovar e prevenir o crime;
- 8) Princípio da utilidade – a pena deve ser limitada materialmente pela concepção majoritária e obtida através de dos órgãos competentes, estreitando a visão do Estado e dos particulares, entre a lei e a consciência de cada um;

Cabe aqui ressaltarmos outras características das penas, levantadas por ROSA⁹²:

- 9) Deve ser legal – a pena só tem valor quando decorrente de uma sentença proferida por juiz competente, através de processo regular, obedecidas as formalidades legais;
- 10) Deve ser igual para todos – os condenados devem receber o mesmo tratamento, sujeitando-se aos mesmos regulamentos e disciplina carcerária;
- 11) Deve ser, o máximo possível, correccional – cabe ao Estado exercer todos os esforços para a correção do criminoso, proporcionando-lhe novos hábitos e vocação para o trabalho;

Doutrinariamente, as penas classificam-se em corporais, privativas de liberdade, restritivas de liberdade, pecuniárias, privativas e restritivas de direitos.

As corporais atingem a própria integridade física do delinqüente, sendo que as cruéis (açoites e mutilações) foram abolidas na maioria dos países civilizados. Com relação à pena de morte, embora bastante criticada pelos movimentos humanitários, continua sendo aplicada em alguns países, sendo prevista até mesmo no Brasil, na Constituição de 1988 (em caso de

⁹² ROSA, Antônio José Miguel Feu. *Direito Penal*. 1. e. São Paulo: RT, 1995. p. 421-2. *Apud* COUTO, Ana Cláudia da Costa. *Execução Penal Brasileira x Princípio da Finalidade*. Dissertação de Mestrado em Direito para as Organizações Públicas e Privadas. UNIVALI – SC, 2003. p. 13-4.

guerra declarada) e no Código Militar (nos crimes de traição, de favorecer o inimigo, de tentativa contra a soberania do Brasil, etc.)⁹³.

As penas privativas de liberdade são as mais infligidas atualmente (apesar do consenso sobre a falência do sistema prisional), dividindo-se em prisão perpétua, vedada pela Constituição brasileira (art. 5º, XLVII, *b*), e prisão temporária.

As penas restritivas de liberdade impõem-se sobre o poder de locomoção do condenado, limitando-o. São exemplos o banimento, degredo ou confinamento, e desterro, todas proibidas pela CF 88 (art. 5º, XLVII, *d*). Algumas passaram a ser condições impostas no *sursis*, como a proibição de freqüentar determinados lugares e de ausentar-se da comarca onde o sentenciado reside sem autorização do juiz.

As penas pecuniárias acarretam a diminuição do patrimônio do condenado, através da multa (pagamento de determinada quantia) ou do confisco (perdimento de bens).

As privativas e restritivas de direitos são as que retiram ou diminuem direitos dos condenados. Essas sanções mereceram especial destaque na reforma penal e serão abordadas mais profundamente no capítulo 3.

CAPÍTULO II – DA PENA DE PRISÃO

A prisão, surgida inicialmente apenas como local de depósito e custódia dos réus que aguardavam a execução, converteu-se na principal espécie de pena aplicável, especialmente a

⁹³ Os defensores da pena de morte asseveram que é a única pena capaz de intimidar o delinqüente perigoso, fazendo referência a sua eficácia e economia na defesa da sociedade, enquanto os opositores alegam sua imprestabilidade, inconveniência e ilegitimidade (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.* p. 233).

A verdade é que, nos países em que são aplicadas, não houve redução dos índices de criminalidade em razão da sua aplicação.

partir do século XIX, sendo que no ordenamento jurídico-penal brasileiro, constitui a mais grave das sanções previstas.

Embora tenha servido a um propósito humanista, substituindo as penas cruéis preponderantes na Idade Média, a pena privativa de liberdade, desde suas origens, é alvo de variadas críticas, tanto no campo teórico como no da sua execução (a prisão em si), chegando-se ao consenso da sua completa falência.

Na crítica de BITENCOURT⁹⁴:

Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinqüente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possam conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

Antes, porém, de adentrarmos especificamente aos problemas da prisão e seus efeitos nefastos, convém realizarmos uma breve síntese das teorias legitimadoras da pena e dos sistemas prisionais para um melhor entendimento dos problemas e críticas atuais, visto que, como afirma BITENCOURT⁹⁵, “a história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma”.

2.1 TEORIAS DA PENA

No decorrer da história, diversas foram as teorias elaboradas com o intuito de justificar e legitimar a aplicação da pena. Segundo MIRABETE⁹⁶, com os estudos sobre o direito de punir, que nasce com a prática do crime, surgiram três correntes doutrinárias a respeito da

⁹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 154.

⁹⁵ *Id Ibid.* p. 1.

⁹⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.* p. 230.

natureza e da finalidade da pena: as *teorias absolutas*, as *relativas* e as *unificadoras* ou *ecléticas*.

Não obstante a abordagem conjunta das teorias da pena, há que se atentar ao ensinamento de ZAFFARONI⁹⁷, percebendo cada teoria como uma “concepção do próprio direito penal”.

2.1.1 Teorias Absolutas ou Retributivas

As teorias absolutas são as que defendem a pena como retribuição ao delito, tendo como finalidade a realização da justiça. Assim, a pena é um fim em si mesma, que exige, diante do mal causado, um castigo que o compense e que retribua, ao mesmo tempo, o seu autor.

Os seus argumentos surgem dentro e como fundamentação ao Estado burguês e ao capitalismo exurgente, tendo como fundo a teoria do contrato social. Na lição de BITENCOURT⁹⁸:

Com essa concepção liberal de Estado, a pena não pode mais continuar mantendo seu fundamento baseado na já dissolvida identidade entre Deus e soberano, religião e Estado. A pena passa então a ser concebida como a “retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida. À expiação sucede a retribuição, a razão divina é substituída pela razão de Estado, a lei divina pela lei dos homens”.

Ainda segundo BITENCOURT⁹⁹, destacaram-se entre os defensores das teses absolutistas ou retribucionistas Immanuel Kant (com fundamentação de ordem ética) e Georg F. Hegel (com fundamentação de ordem jurídica).

Para Kant a lei penal é um imperativo categórico, representando uma ação em si mesma, devendo o infrator ser punido apenas por desrespeitá-la. Não há qualquer consideração sobre utilidade da pena enquanto instrumento de intimidação e recuperação do

⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.* p. 119-120.

⁹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 106.

⁹⁹ *Id ibid.* p. 107-8.

delinqüente. Nas palavras de MIRABETE¹⁰⁰, “o castigo compensa o mal e dá reparação à moral”, sendo imposto por uma exigência ética de realização da justiça.

Hegel, ao contrário de Kant, fundamenta a pena pela violação da ordem jurídica (representante da vontade geral), que somente poderia ser restabelecida pela negação ao ato delituoso. Aceitando esta tese, segundo BITENCOURT¹⁰¹, “igualmente se deve aceitar que a pena não é somente um *mal* que se deve aplicar simplesmente porque antes houve outro mal, porque seria – como afirma o próprio Hegel – ‘irracional querer um prejuízo simplesmente porque já existia um prejuízo anterior’”.

As críticas mais significativas a essas teorias foram patrocinadas por Claus Roxin, que sustenta, em suma: a) o fracasso dessas em traçar um limite em relação ao conteúdo do poder estatal; b) a insatisfatória justificação da sanção da culpa, visto que a culpabilidade, por pressupor o livre arbítrio, é indemonstrável. Nesse sentido, não há como saber sob que fundamento a culpa humana autoriza o Estado a castigar; c) não se pode compreender racionalmente a eliminação de um mal (delito) por outro mal (a pena).¹⁰²

2.1.2 Teorias Relativas ou Preventivas

Em contraposição às teorias absolutas, surgem as teorias relativas da pena, que buscam seus fins ulteriores e fundamentam-se na sua necessidade para a sobrevivência do grupo social. Para essas teorias, de acordo com BITENCOURT¹⁰³, “a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido e sim prevenir a sua comissão”.

A função preventiva das penas divide-se em *geral*, intimidando todos os componentes da sociedade, e *especial*, agindo diretamente sobre o delinqüente, impedindo-o de praticar novos crimes, intimidando-o e corrigindo-o.

Dentro da teoria da prevenção geral, defendida por Jeremy Bentham e pelo Marquês de Beccaria, dentre outros, destaca-se Feuerbach e sua “teoria da coação psicológica”, onde se

¹⁰⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.* p. 233.

¹⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 113.

¹⁰² *Idem.* p. 119.

¹⁰³ *Id Ibid.* p. 121.

alcançaria a solução para o problema da criminalidade através da ameaça da pena e a disposição do Estado em cumprir tal ameaça.

Na lição de BITENCOURT¹⁰⁴:

Na concepção de Feuerbach, a pena é, efetivamente, uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos; é, pois, uma “coação psicológica” com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo.

As críticas à teoria da prevenção geral defendem não ser justificável que se castigue um indivíduo para torná-lo um exemplo aos demais, instrumentalizando assim o ser humano. Ainda, a prevenção geral não fundamenta a aplicação de sanções jurídico-penais pelo poder estatal e nem estabelece os limites para as conseqüências que essa atividade traz consigo.¹⁰⁵

Na corrente da prevenção especial destacam-se a teoria da Nova Defesa Social, de Marc Ancel, a Escola Correccionalista, inspirada em Krause, e, especialmente, o positivismo de Von Liszt.

Segundo Santiago Mir Puig, citado por BITENCOURT¹⁰⁶, “para Von Liszt a função da pena e do direito penal era a proteção de bens jurídicos por meio da incidência da pena na pessoa do delinqüente, com a finalidade de evitar delitos posteriores”. A pena serviria para a ressocialização e reeducação do delinqüente, à intimidação daqueles que não necessitem ressocializar-se e à neutralização dos incorrigíveis.

Os partidários dessa corrente referem-se às penas como medidas, supondo que o delinqüente é um sujeito perigoso ou diferente do sujeito normal e que deve ser tratado de acordo com sua periculosidade. Deste modo, o indivíduo toma papel central no estudo do delito. Para BITENCOURT¹⁰⁷:

Um aspecto importante, sem dúvida, é a medição da pena, na qual a prevenção especial desempenha papel relevante, especialmente no momento de examinar as agravantes e atenuantes que concorrem

¹⁰⁴ *Id ibid.* p. 123.

¹⁰⁵ Nesse sentido, oportuna a citação de Guillermo Sauer por Bitencourt: “nenhum indivíduo, sob nenhuma justificação, deve ser castigado em benefício de outros”. (*Id ibid.* p. 126)

¹⁰⁶ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1974. p. 70. *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 129.

¹⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 134.

em um fato determinado. A prevenção especial, ao concentrar seus efeitos na concreta personalidade do delinqüente, permite conhecer as circunstâncias pessoais que levaram o indivíduo a cometer o fato delitivo, facilitando, assim, uma melhor consideração sobre as possibilidades de aplicar-lhe um substitutivo penal, evitando, dentro do possível, o encarceramento.

As críticas a essa teoria referem-se principalmente ao conceito de periculosidade, cujo conteúdo é de difícil precisão; ao indeterminismo da pena (a medida deve ser aplicada até a regeneração ou correção do criminoso), que pode deixar o cidadão ilimitadamente ao arbítrio jurídico-penal do Estado; e à difícil tarefa da ressocialização, atacada tanto no conteúdo quanto na impossibilidade de pô-la em prática.¹⁰⁸

2.1.3 Teorias Mistas ou Unificadoras

Como o próprio nome indica, as teorias mistas ou unificadoras representam a fusão das teorias absolutas com as relativas, reunindo em um único conceito os fins da pena. “Aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal”.¹⁰⁹

De acordo com Mir Puig, citado por BITENCOURT¹¹⁰, “entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena”. Assim, o enfoque unidimensional – ou teoria retributiva ou teoria preventiva – é incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal, sendo necessária a adoção de uma teoria que abranja a pluralidade funcional da pena.

Entretanto, a simples justaposição das duas correntes anteriores reproduziu as suas deficiências, fazendo com que os doutrinadores buscassem outras construções que

¹⁰⁸ Merece especial atenção o tratamento destinado ao delinqüente. “A primeira contrariedade que se apresenta em relação ao tratamento penitenciário é a sua absoluta ineficácia diante das condições de vida que o interior prisional oferece atualmente. Em segundo lugar, mencionam-se os possíveis problemas para o delinqüente e seus direitos fundamentais que a aplicação de determinado tratamento penitenciário acarretaria. Finalmente, a terceira oposição crítica refere-se à falta de meios adequados e de pessoal capacitado para colocar em prática um tratamento penitenciário eficaz.” (*Id ibid.* p. 140)

¹⁰⁹ *Id ibid.* p. 143.

¹¹⁰ *Id ibid.* p. 142.

permitissem unificar os fins da pena, culminando por centralizar o fim do Direito Penal na idéia de prevenção, com a retribuição desempenhando papel apenas limitador das exigências da prevenção.

A crítica a esta terceira corrente reside na confusão decorrente das diversas combinações, que geram grandes incoerências e contradições tanto nas funções atribuídas à pena quanto no caráter de cada uma delas.

Como resposta a esses inconvenientes surge, segundo BITENCOURT¹¹¹, a teoria da prevenção geral positiva, que se subdivide em fundamentadora e limitadora: a primeira visa, em suma, a reafirmação da vigência da norma perante o ato violador; a segunda afirma que a prevenção geral deve expressar-se com sentido limitador do poder punitivo do Estado.

O ordenamento jurídico brasileiro, embora não adote expressamente nenhuma das teorias supracitadas, assume a teoria unificadora, conforme se observa no art. 59 do Código Penal, determinando tanto a função retributiva quanto a preventiva da pena:

O juiz, atendendo à culpabilidade (...) estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas (...). (grifo nosso)

Segundo FLÁVIO GOMES¹¹², a fórmula tripartida oferecida por Claus Roxin (*Derecho penal: PG*, trad. de Luzón Peña *et alii*, Madrid: Civitas, 1997, p. 78 e ss.) “é perfeitamente adequada ao ordenamento jurídico brasileiro”, atribuindo à pena fins distintos, de acordo com o momento ou fase em que se encontra:

(a) no momento da cominação legal abstrata a pena tem finalidade preventiva geral (seja *negativa*: intimidação; seja *positiva*: definição ou chamada de atenção para a relevância do bem jurídico protegido);
(b) na fase da aplicação judicial a pena tem finalidade *preventiva geral* (confirmação da seriedade da ameaça abstrata, assim como da importância do bem jurídico violado), *repressiva* (reprovação do mal do crime, fundada e limitada pela culpabilidade) e *preventiva*

¹¹¹ *Id ibid.* p. 144/152.

¹¹² GOMES, Luiz Flávio. *Funções da pena e da culpabilidade no direito penal brasileiro*. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008161904415. Acesso em: 20 jul. 2009.

especial (atenuação do rigor repressivo para privilegiar institutos ressocializadores alternativos: penas substitutivas, sursis etc.) e

(c) na última etapa, na da execução, prepondera (formalmente) a finalidade de *prevenção especial positiva* (proporcionar condições para a ressocialização ou para a realização de um processo de diálogo - Dotti -), porém, na prática, o que se cumpre é a *função preventiva negativa* da inocuidade (mero enclausuramento, sem nenhum tipo de assistência ao recluso, sem a oferta das condições propícias à sua reinserção social).

Assim, conclui-se que o ordenamento brasileiro, em acordo com a visão dos juristas acima citados, adota tanto o fim retributivo como o preventivo, seja o geral, o especial positivo e também negativo.

2.2 SISTEMAS PRISIONAIS

Dentro da evolução da pena de prisão e a forma de sua execução, destacam-se três sistemas penitenciários: sistema de Filadélfia (pensilvânico ou celular), sistema de Auburn e o sistema Progressivo.

O sistema da Filadélfia teve sua origem na *Walnut Street Jail*, no Estado da Pensilvânia, Estados Unidos, sob grande influência das idéias de Howard, de Beccaria e de Bentham, bem como dos conceitos religiosos aplicados pelo direito canônico¹¹³.

No jardim da prisão de *Walnut Street* foi construído um edifício celular, com o fim de aplicar a reclusão celular individual, com o isolamento absoluto dos mais perigosos; os demais eram mantidos em celas comuns e tinham permissão para trabalhar, porém era aplicada a rigorosa lei do silêncio. A religião tinha o papel de reeducação, através da leitura da Bíblia, da meditação e da oração.

Entretanto, o exagerado crescimento da população carcerária levou ao fracasso a experiência iniciada em *Walnut Street*, levando à construção de duas novas prisões, consideradas por Von Hentig¹¹⁴ como o verdadeiro início do sistema filadélfico: a *Western Penitentiary* e a *Eastern Penitentiary*. Na primeira aplicou-se o regime de isolamento absoluto, não sendo permitido sequer o trabalho nas celas. No ano de sua inauguração, contudo,

¹¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 60.

¹¹⁴ *Id ibid.* p. 61.

concluiu-se que esse regime era impraticável, pois levou muitos reclusos à loucura e à morte. Ao inaugurar-se a segunda, decidiu-se aliviar o isolamento individual, permitindo algum trabalho dentro da própria cela.

Essa forma de regime celular foi duramente criticada pelos adeptos da escola penal positiva, principalmente pela tortura refinada que o isolamento total significava e pela impossibilidade de readaptação social do condenado por meio do isolamento.

FERRI, citado por BITENCOURT, considerava o sistema celular uma das aberrações do século XIX, caracterizando-o como desumano, estúpido e inutilmente dispendioso. Nas suas palavras:

A prisão celular é desumana porque elimina ou atrofia o instinto social, já fortemente atrofiado nos criminosos e porque torna inevitável entre os presos a loucura ou a extenuação (por onanismo, por insuficiência de movimento, de ar etc.)... (...) se não se corrige o meio social é inútil prodigalizar cuidados aos presos que, assim que saem de sua prisão, devem encontrar novamente as mesmas condições que determinaram seu delito e que uma previsão social eficaz não eliminou. (...) O sistema celular é, além disso, ineficaz (...). Os reclusos encontram mil formas de comunicar-se entre si (...). Por último, o sistema celular é muito caro para ser mantido.¹¹⁵

A necessidade e o desejo de superar as limitações e defeitos do regime celular levaram ao surgimento do sistema auburniano, dentro da penitenciária construída na cidade de *Auburn*, do Estado de *New York*.

A princípio, era aplicado o regime de isolamento celular absoluto aos mais perigosos, sendo que os presos menos incorrigíveis e os que davam maiores esperanças de serem corrigidos eram destinados às celas individuais de um a três dias por semana e tinham permissão para trabalhar. Contudo, os efeitos causados pelo isolamento contínuo – loucura e morte – repetiram-se na prisão de *Auburn*, sendo que uma comissão legislativa recomendou o abandono do sistema. Segundo BITENCOURT¹¹⁶, “a partir de então, estendeu-se a política de permitir o trabalho em comum dos reclusos, sob absoluto silêncio e confinamento solitário durante a noite”, elementos fundamentais do sistema auburniano, também chamado de *silent system*.

¹¹⁵ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*. Trad. Antonio Soto y Hernandez. Madrid, Ed. Reus, 1908. t. 2. p. 317-8. *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 65.

¹¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 71.

Como ponto negativo, o sistema auburniano enfrentou grande resistência das associações sindicais, que viam o trabalho do recluso como competição ao trabalho livre. Além disso, a rígida disciplina aplicada gerava uma atmosfera monótona, sufocante e deprimente, onde todas as atividades eram exercidas em uma ordem inflexível. Outro aspecto negativo criticado era o poder de castigar. Sem qualquer controle institucional, os castigos eram muitas vezes cruéis e excessivos.

No decurso do século XIX introduz-se definitivamente a pena privativa de liberdade, que vê o seu apogeu no século XX coincidir com o abandono dos regimes celular e auburniano e a adoção do regime progressivo, que se generalizou após a Primeira Guerra Mundial.

BITENCOURT, ao descrever o sistema progressivo, ressalta a concepção da execução da pena como um tratamento que buscava a reabilitação do recluso. Segundo esse penalista:

A essência deste regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. (...) O regime progressivo significou, inquestionavelmente, um avanço penitenciário considerável.¹¹⁷

Embora alguns autores considerem o Coronel Manuel Montesinos e Molina o criador do sistema progressivo, a maioria atribui sua origem ao capitão inglês Alexander Maconochie, que o desenvolveu na ilha de Norfolk, Austrália.

De acordo com MIRABETE, considerando o comportamento e aproveitamento do preso, demonstrados pela boa conduta e pelo trabalho, estabeleciam-se três estágios no cumprimento da pena pelo sistema de Maconochie, também chamado de *mark sistem* ou sistema inglês:

O primeiro deles, período de prova, constava de isolamento celular absoluto; o outro se iniciava com a permissão do trabalho em comum, em silêncio, passando-se a outros benefícios; e o último permitia o livramento condicional.¹¹⁸

¹¹⁷ *Id ibid.* p. 83.

¹¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.* p. 236.

Não obstante o sucesso alcançado, esse sistema foi aperfeiçoado por Walter Crofton, que, na Irlanda, introduziu mais uma fase antes do livramento condicional, dando origem ao chamado sistema progressivo irlandês. Tratava-se de um período intermediário com o objetivo de possibilitar o contato com o exterior e facilitar a reinserção do preso no seio social. Conforme leciona BITENCOURT¹¹⁹, “esse período era executado em prisões especiais, onde o preso trabalhava ao ar livre, no exterior do estabelecimento, em trabalhos preferencialmente agrícolas”.

Tomando as palavras de MIRABETE¹²⁰, “ainda hoje, o sistema progressivo, com certas modificações, é o adotado nos países civilizados, inclusive no Brasil”, visto que o Código Penal de 1940, em sua redação originária, extraiu do sistema progressivo irlandês as linhas determinantes para o sistema penitenciário brasileiro.

Nesse sentido, dispõe o artigo 33, § 2º:

As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso (...)

Também o artigo 112 da Lei de Execução Penal:

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 seu mérito indicar a progressão.

Em análise à natureza, sentido e propósitos da progressão adotada pelo Código Penal Brasileiro, SÁ¹²¹ esclarece:

A ‘Exposição de Motivos’ nos indica que a natureza do sistema progressivo é de substituir, consecutivamente, a etapa mais rigorosa pela mais suave de cumprimento da pena privativa de liberdade, sempre em direção da reconquista da liberdade. Indica-nos, ainda, o mesmo texto, que a adoção do sistema progressivo visa humanizar a execução da pena privativa de liberdade, em função da punição-disciplinamento.

¹¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 87.

¹²⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.* P. 236.

¹²¹ SÁ, Geraldo Ribeiro. *A Prisão dos Excluídos: origens e reflexões sobre a pena privativa de liberdade.* Rio de Janeiro: Diadorim Editora Ltda., 1996. p. 133.

De acordo com BITENCOURT¹²², “hoje se pode dizer que o sistema progressivo encontra-se em crise”, sobretudo devido à entrada e difusão, nas prisões, dos conhecimentos criminológicos, com especialistas muito diferentes daqueles a que o regime progressivo clássico abrigava, além de conter algumas limitações¹²³:

a) A efetividade do regime progressivo é uma ilusão, diante das poucas esperanças sobre os resultados que se podem obter de um regime que começa com um controle rigoroso sobre toda a atividade do recluso, especialmente no regime fechado.

b) No fundo, o sistema progressivo alimenta a ilusão de favorecer mudanças que sejam progressivamente automáticas. O afrouxamento do regime não pode ser admitido como método social que permitia a aquisição de maior conhecimento da personalidade e da responsabilidade do interno.

c) Não é plausível, muito menos em uma prisão, que o recluso esteja disposto a admitir voluntariamente a disciplina imposta pela instituição penitenciária.

d) O maior inconveniente que tem o sistema progressivo clássico é que as diversas etapas se estabelecem de forma rigidamente estereotipada.

e) O sistema progressivo parte de um conceito retributivo. Por meio da aniquilação inicial da pessoa e da personalidade humana, pretende que o recluso alcance sua readaptação progressiva, por intermédio do gradual afrouxamento do regime, condicionado à prévia manifestação de “boa conduta”, que muitas vezes é só aparente.

Expostas as teorias da pena e os sistemas prisionais, passaremos à análise da crise da pena de prisão.

2.3 CRISE DA PENA DE PRISÃO

O objeto da execução penal, ou do Direito Penitenciário (art. 24, inc. I, da CF/88), adotando os postulados da Nova Defesa Social, teoria anteriormente citada, voltou-se para a

¹²² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 95.

¹²³ *Id ibid.* p. 96-7.

defesa da sociedade – dando proteção aos bens jurídicos – e à ressocialização do condenado, dando atenção à humanização da execução da pena.

Nesse sentido, dispõe o artigo 1º da Lei nº 7.210/84 (LEP):

A execução penal tem por objetivo (...) proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Na lição de ALBERGARIA¹²⁴:

O objeto da execução penal consiste na reeducação do preso e sua reinserção social. A prevenção especial da pena compreende a ressocialização do preso para evitar a reincidência. A moderna concepção da pena dá especial relevo aos fins da pena, sem desconsiderar a sua essência, a retribuição.

Além da proteção dos bens jurídicos e da repressão ao crime, a Dogmática Penal, centrada no princípio da legalidade, estabelece limites ao poder de intervenção estatal, conforme ensinamento de TERRA¹²⁵:

A sociedade moderna vive um constante paradoxo na proteção de seus bens jurídicos fundamentais. (...) O Direito Penal tem a característica de servir – simultaneamente – para combater o delito e para limitar o poder de intervenção estatal. Protege ao indivíduo de uma proteção ilimitada do Estado, mas igualmente protege a sociedade e seus membros dos abusos individuais.

Desse discurso jurídico-penal, decorrem as promessas de tutela dos principais bens jurídicos dos cidadãos, punindo-se as condutas que os ofendam; submissão do indivíduo infrator (em tese) ao processo investigatório da responsabilidade penal, observados o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa; comprovada a culpabilidade do infrator, imposição de norma penal adequada e suficiente à repressão e à prevenção do crime; recuperação do apenado na execução da pena, visando à reinserção social; e o controle da criminalidade por meio dos agentes integrantes do sistema penal e garantia da paz social¹²⁶.

Todavia, visível é o descumprimento destas funções instrumentais, seja pela falta de condições do sistema penal (que dispõe de uma capacidade operacional ridiculamente

¹²⁴ ALBERGARIA, Jason. *Comentários à lei de execução penal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1987. p. 9.

¹²⁵ TERRA, Willian de Oliveira. *Inovação legislativa em matéria penal: uma delicada solução no combate ao delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo, n. 12, p. 201-5, out/dez, 1995. p. 202.

¹²⁶ COUTO, Ana Cláudia da Costa. *Op. cit.* p. 26-7.

pequena se comparada à magnitude do planejado), seja pela mera falta de vontade em realizá-las.

Ademais, nas palavras de ZAFFARONI¹²⁷:

(...) se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população.

E mais adiante:

O sistema penal é um verdadeiro embuste: pretende dispor de um poder que não possui, ocultando o verdadeiro poder que exerce. Além do mais, se o sistema penal tivesse realmente o poder criminalizante programado, provocaria uma catástrofe social.¹²⁸

Além dos problemas supracitados, as teorias de deslegitimação do sistema penal apontam ainda outras questões que aparentam não ter solução na conjuntura sócio-política atual¹²⁹.

¹²⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Op. Cit.* p. 26.

¹²⁸ *Id ibid.* p. 26-7.

¹²⁹ Zaffaroni cita a seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias como características estruturais de todos os sistemas penais. Segundo esse autor, essas características, somadas ao enorme volume de violência provocada pelos órgãos do sistema penal, implicam nas confissões de que: a) não se pode afirmar que o monopólio da violência pertença ao Estado (sendo mais adequado afirmar que seus órgãos pretendem o monopólio do delito); b) a legalidade é uma ficção; c) o sistema penal segue o momento da política, numa “guerra suja” onde os fins justificam os meios; d) em razão da seletividade e da impunidade das pessoas que não lhe são vulneráveis, o seu poder repressivo dirige-se a certos grupos, estereotipados (teoria da rotulação), e não ao delito propriamente. (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Op. Cit.* p. 15 e p. 39/40).

Baratta alega que a deslegitimação do sistema penal e a crise do discurso jurídico-penal ocorrem por meio de variadas correntes: as teorias psicanalíticas negam o princípio da legitimidade; a teoria estrutural-funcionalista nega o princípio do mal e do bem; a teoria das subculturas criminais nega o princípio da culpabilidade; a teoria da rotulação (*Labeling Approach*) nega o princípio do fim ou da prevenção, e também o da igualdade; e a “sociologia do conflito” nega o princípio do interesse social e do delito natural. (BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.)

FERRAJOLI¹³⁰ discorre sobre os diversos fatores que contribuíram para a crise do sistema penitenciário:

A crescente ineficácia das técnicas processuais, que em todos os países evoluídos têm provocado um aumento progressivo da prisão cautelar em relação ao encarceramento sofrido na expiação da pena; a ação dos meios de comunicação, que têm conferido aos processos, sobretudo aos seguidos por delitos de particular interesse social, uma ressonância pública que, às vezes, tem para o réu um caráter aflitivo e punitivo bem mais temível do que as penas; a inflação do direito penal, que parece ter perdido toda separação do direito administrativo, de forma que os processos e as penas já se contam, num país como a Itália, em milhões a cada ano; a mudança das formas de criminalidade, que se manifesta no desenvolvimento do crime organizado e, por outro lado, de uma microdelinqüência difusa, ambos ligados ao mercado da droga; a diminuição, não obstante, dos delitos de sangue e o incremento sobretudo dos delitos contra o patrimônio; o progressivo desenvolvimento da civilidade, enfim, que faz intoleráveis ou menos toleráveis que no passado, para a consciência jurídica dominante, não somente as penas ferozes, senão, também, as penas privativas de liberdade demasiado extensas, começando pela prisão perpétua.

Contudo, é necessário reconhecer que, ainda que o Estado não cumpra com as promessas declaradas, esta aparente proteção estatal confere uma sensação de segurança à sociedade.

Sobre o assunto, conclui BARATTA¹³¹:

O déficit da tutela real dos bens jurídicos é compensado pela criação, junto ao público, de uma ilusão de segurança e de um sentimento de

Hulsman, concluindo ser o sistema penal um problema em si mesmo, afirma que há, entre outras razões, três motivos fundamentais para a sua abolição: “é um sistema que causa sofrimentos desnecessários que são distribuídos socialmente de modo injusto; não apresenta efeito positivo sobre as pessoas envolvidas nos conflitos; e é sumamente difícil de ser mantido sob controle.” (HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O Sistema Penal em Questão*. Tradução de Maria Lúcia Karam. 2ª ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997)

¹³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. *Apud* MONTEIRO, Marcelo Valdir. *Op. cit.* p. 62-3.

¹³¹ BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamento de uma teoria do bem jurídico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 5, p. 05-24, jan/mar. 1994. p. 22. *Apud* COUTO, Ana Cláudia da Costa. *Op. cit.* p. 27.

confiança no ordenamento e nas instituições que tem uma base real cada vez mais fragilizada. De fato, as normas continuam sendo violadas; e a cifra obscura das infrações permanece altíssima, enquanto que as agências de controle penal continuam a medir-se com tarefas instrumentais na realização impossível.

Além da sensação de segurança, também não se chegou a uma solução quanto a o que ocuparia o lugar da prisão. Nas palavras de Carvalho Filho, “se a prisão degenera, não há quem sugira um cenário sem sua presença: os índices de criminalidade e a necessidade de segregar delinquentes perigosos, capazes de matar, assaltar, seqüestrar, extorquir etc., conspiram contra essa utopia”¹³².

Embora seja importante questionar a legitimidade da pena de prisão no campo da teoria, dos princípios e dos fins, é essencial abordar a forma como referida pena vem sendo executada, “com os estabelecimentos penitenciários que temos, com a infra-estrutura e dotação orçamentária de que dispomos, nas circunstâncias atuais e na sociedade atual”¹³³.

Sob esse aspecto, denota-se que a crise também abrange o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, tendo em vista a impossibilidade (absoluta ou relativa) de se obter algum efeito positivo sobre o apenado. Nesse sentido, já afirmava Michel Foucault¹³⁴ que a prisão, logo após substituir os suplícios como a principal pena aplicável, foi denunciada como “o grande fracasso da justiça penal”. Na lição do filósofo francês, a crítica da prisão e de seus métodos aparece muito cedo (nos anos de 1820-1845), fixando-se em formulações que se repetem ainda hoje, quase sem mudanças:

As prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta; (...)

A detenção provoca a reincidência; (...) A prisão, conseqüentemente, em vez de devolver à liberdade indivíduos corrigidos, espalha na população delinquentes perigosos (...)

A prisão não pode deixar de fabricar delinqüentes. Fabrica-os pelo tipo de existência que faz os detentos levarem (...) impondo aos

¹³² CARVALHO FILHO, Luís Francisco. *A Prisão*. São Paulo: Publifolha, 2002. p. 71 *Apud* NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 78.

¹³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 154.

¹³⁴ FOUCAULT, Michel. *Op. cit.* p. 221.

detentos limitações violentas; (...) corrupção, medo e incapacidade dos guardas; (...)

A prisão torna possível, ou melhor, favorece a organização de um meio de delinqüentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras: (...) E nesses clubes é feita a educação do jovem delinqüente que está em sua primeira condenação; (...)

As condições dadas aos detentos libertados condenam-nos fatalmente à reincidência: porque estão sob a vigilância da polícia; (...) A quebra de banimento, a impossibilidade de encontrar trabalho, a vadiagem são os fatores mais freqüentes da reincidência. (...)

Enfim a prisão fabrica indiretamente delinqüentes, ao fazer cair na miséria a família do detento. (...)

Devemos notar que essa crítica monótona da prisão é feita constantemente em duas direções: contra o fato de que a prisão não era efetivamente corretora (...) e que a prisão é um duplo erro econômico: diretamente pelo custo intrínseco de sua organização e indiretamente pelo custo da delinqüência que ela não reprime.¹³⁵

BITENCOURT¹³⁶ resume a fundamentação sobre a qual se baseiam os argumentos que indicam a ineficácia da pena de prisão em duas premissas: a) o ambiente carcerário é meio artificial, antinatural, que, por ser uma antítese à comunidade livre, não permite realizar qualquer trabalho reabilitador sobre o recluso; b) as precárias condições materiais e humanas¹³⁷, verificadas no exame das condições reais em que se desenvolve a execução, tornam inalcançável a reabilitação.

Passaremos, então, seguindo o modelo exposto por Bitencourt, à análise de alguns dos temas mais relevantes referentes às deficiências da prisão e as causas que originam ou acentuam a sua crise.

¹³⁵ *Id ibid.* p. 221-3.

¹³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 154-7.

¹³⁷ As deficiências prisionais, tanto nos países desenvolvidos como nos subdesenvolvidos, apresentam muitas características semelhantes: maus-tratos verbais e de fato, superpopulação carcerária, falta de higiene, condições deficientes de trabalho, deficiência (ou até inexistência) de serviços médicos e assistência psiquiátrica, regime alimentar deficiente, elevado índice de consumo de drogas, abusos sexuais, além de ser um ambiente propício à violência, onde impera a utilização de meios brutais. (*Id ibid*, p. 156-7)

2.3.1 Efeito Criminógeno da Prisão

Devido as suas características e aos diversos fatores predominantes no ambiente carcerário, a prisão serve muito mais como estímulo à delinqüência do que como instrumento de reabilitação, sendo considerada como uma verdadeira “universidade do crime”.

BOSCHI¹³⁸ faz uma breve síntese sobre a situação das penitenciárias:

As penitenciárias, efetivamente, estão superlotadas, inclusive nos países do primeiro mundo e, em muitas delas, os condenados, esquecidos pela sociedade, que os esconde atrás dos muros, amontoam-se em celas coletivas, dormindo no piso, sem colchões e agasalhos. Noutras, de segurança máxima, o risco é tal que as autoridades só conseguem ingressar nas galerias se forem acompanhadas pela polícia de choque. Não raro, os conflitos interpessoais são resolvidos pelos próprios apenados, haja vista a insuficiência de funcionários e o perigo constante de motins, que os fazem de reféns. Desse modo, reproduzindo a violência, as penitenciárias (...) acabam transformando-se em fator de maior degradação humana.

Segundo BITENCOURT¹³⁹, os fatores que dominam a vida carcerária e que lhe conferem caráter criminógeno podem ser divididos em:

- a) materiais – relacionados às deficiências físicas das instalações prisionais, tais como a precariedade de alojamentos, de alimentação e de higiene (aumentados pela superpopulação prisional), os quais produzem graves prejuízos à saúde dos presos, num evidente desrespeito aos direitos fundamentais do homem;
- b) psicológicos – devido à disciplina necessária, mas nem sempre bem empregada, os presos desenvolvem diversas artimanhas (furtos, jogos, estelionatos, tráfico de drogas etc.), onde a mentira e dissimulação acabam por tornar-se um hábito. A vida desenvolvida em uma instituição total facilita a aparição de uma consciência coletiva, que supõe o amadurecimento criminoso. Assim, a aprendizagem do crime e a formação de associações delitivas são conseqüências do ambiente carcerário;
- c) sociais – a segregação do seu meio social, especialmente nos casos em que a pena é superior a dois anos, ocasiona no detento uma desadaptação tão profunda que

¹³⁸ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 162.

¹³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 158-160.

torna difícil a sua reinserção social. Destarte, o isolamento sofrido, o convívio com os demais detentos e as chantagens que poderiam vir a fazer, podem ser fatores decisivos na incorporação ao mundo criminal.

Todos estes fatores, que fazem da prisão um meio criminógeno, podem, diante do acelerado ritmo de desenvolvimento da sociedade moderna, agravar-se ainda mais.

Na análise de BITENCOURT¹⁴⁰, “para medir os efeitos negativos da prisão, além do critério quantitativo, devemos levar em consideração o número de anos e a velocidade com que se produzem as mudanças na sociedade”. Em outras palavras, uma pena de cinco anos aplicada hoje tem efeitos tão negativos – em termos ressocializadores – quanto os que existiam na aplicação de uma pena de vinte anos na primeira metade do século XX.

Apesar das características e efeitos acima descritos, não há evidência científica sobre o valor específico que a experiência carcerária pode representar como fator criminógeno. Nesse aspecto, é necessário considerar também a personalidade de cada detento, sua experiência anterior à prisão ou o meio social em que se desenvolverá ao ser libertado¹⁴¹. Enfim, a inexatidão nesses dados exige um exame com prudência e moderação.

2.3.2 A Reincidência

Os elevados índices de reincidência, observados em diferentes países¹⁴², demonstram o fracasso da prisão, tanto na prevenção e diminuição da delinquência quanto na reabilitação do delinqüente.

Embora os resultados obtidos com a pena privativa de liberdade sejam desanimadores, é interessante observar algumas considerações críticas sobre as cifras de reincidência¹⁴³:

¹⁴⁰ *Id ibid.* p. 159.

¹⁴¹ *Id ibid.* p. 160-1.

¹⁴² Bitencourt colaciona estatísticas de alguns países: EUA – entre 40% e 80% (60% a 70% na década de 60); Espanha – entre 1957 e 1973, foi de 60,3%; Costa Rica – 48%, recentemente. (*Id ibid.* p.161.) Segundo o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), os índices de reincidência no Brasil estão entre 60 e 70%. (www.mj.gov.br)

¹⁴³ *Id ibid.* p. 162-4.

- 1) mesmo com as altas taxas de reincidência, é possível abordar este problema sob a ótica da reabilitação alcançada em alguns detentos, verificando-se os elementos responsáveis pelo seu sucesso e se seria possível aumentar esse percentual;
- 2) não têm sido realizados estudos sobre as causas dos altos índices de reincidência, não restando comprovada se esta pode ser atribuída aos acontecimentos posteriores à liberação do interno – como o fato de não encontrar trabalho, não ser bem aceito pela sociedade (criação do estigma);
- 3) as elevadas taxas de reincidência podem refletir as transformações dos valores na sociedade e na estrutura socioeconômica, fazendo com que a sensibilidade a respeito da pena também varie, debilitando a efetividade da ameaça penal;
- 4) o percentual de reincidência não considera a situação dos internos em relação a cada estabelecimento penal, com as suas respectivas peculiaridades. Dessa forma, a reincidência não poderia ser atribuída exclusivamente ao fracasso dos métodos penitenciários, mas também a fatores específicos de cada instituição, como a população carcerária e sua periculosidade, por exemplo;
- 5) não se pode atribuir o fracasso na ressocialização exclusivamente ao sistema prisional ou penitenciário: a responsabilidade também deve ser atribuída às situações e condições sociais injustas;
- 6) os chamados “crimes do colarinho branco”, onde a corrupção e o tráfico de influência são características freqüentes, geralmente conseguem suprimir a ação do sistema penal.

Ante o exposto, verifica-se que o índice de reincidência é um fator insuficiente para se determinar o sucesso ou fracasso da pena de prisão.

2.3.3 Efeitos Sociológicos e Psicológicos Produzidos Pela Prisão

A finalidade imediata da pena de prisão é proteger a sociedade contra aqueles que constituem perigo real para ela, gerando profundas contradições acerca do objetivo ressocializador¹⁴⁴:

- 1) a prisão, como uma instituição total¹⁴⁵, absorve toda a vida do recluso, transformando-o em um ser passivo. O interesse efetivo é que o interno adira

¹⁴⁴ *Id ibid.* p. 165-191.

completamente às regras do sistema penitenciário. Essa passividade, convertida em “pautas” normais de comportamento, é mais uma demonstração da impossibilidade de ressocialização;

2) há uma grande cisão entre o pessoal (agentes do sistema) e os internos, onde aqueles são considerados despóticos e petulantes por estes, e estes cruéis e indignos de confiança por aqueles. Esses sentimentos são um grande obstáculo para a aplicação de técnicas de tratamento dirigidas à recuperação do recluso;

3) a instituição total deprecia, degrada e humilha os internos desde o ingresso, primeiramente com a separação da sociedade, passando por um processo de admissão (coisificação) para ser introduzido na burocracia administrativa do estabelecimento. Esse processo gera uma despersonalização do recluso. Os próprios limites espaciais, reduzidos ainda pela superlotação, também limitam o desenvolvimento da pessoa, na medida em que se anulam toda e qualquer privacidade do indivíduo;

Como consequência às condições peculiares a que os detentos estão submetidos, surge a denominada *consciência coletiva*, traduzindo-se em um sistema social próprio dos reclusos.

Sobre o assunto, afirma REALE JUNIOR¹⁴⁶:

O cárcere não reproduz em tamanho pequeno a vida em sociedade, mas configura um mundo próprio, levando, inexoravelmente, ao esgarçamento da personalidade. Ao ser submetido o encarcerado ao processo de prisionização, a um código de conduta ditado não pela Administração Penitenciária, e sim pelo poder real da cadeia, exercido pelos líderes deste universo isolado, composto por pessoas estigmatizadas em face dos “homens bons” que vivem em liberdade, dificilmente sua personalidade se manterá íntegra, dificilmente sua individualidade, condição de saúde mental, será resguardada. O mundo real da cadeia deixará, inevitavelmente, suas danosas marcas.

¹⁴⁵ Segundo Goffman (sociólogo americano), as instituições têm a tendência de absorver parte do tempo e interesse de seus membros. Quando essa tendência se exarceba, trata-se de uma instituição total, tal como a prisão. (*Id ibid.* p. 164-5.)

¹⁴⁶ REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. Vol. II, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 6-7.

Esse sistema social próprio, muitas vezes influenciado e regido por grupos secundários¹⁴⁷, tem seus valores determinados pelo denominado *código do recluso* e organizados em torno dos criminosos mais incorrigíveis do sistema, que detém o poder na cadeia devido as suas características criminosas (o mais forte e cruel, o que explora, o mais respeitado, etc.). Complementarmente, existe um princípio de completa lealdade entre os presidiários, formando-se uma verdadeira *máfia carcerária*, que se rege por suas próprias leis e que impõe sanções aos que as descumprem.

Nesse sentido, as palavras de BITENCOURT¹⁴⁸:

A influência do *código do recluso* é tão grande que propicia aos internos mais controle sobre a comunidade penitenciária que às próprias autoridades. Os reclusos aprendem, dentro da prisão, que a adaptação às expectativas de comportamento do preso é tão importante para o seu bem-estar quanto a obediência às regras de controle impostas pelas autoridades.

Desnecessário afirmar que esses valores são impregnados de forte antagonismo em relação aos valores da sociedade exterior, contrariando os objetivos ressocializadores.

Sob o ponto de vista psicológico, a prisão também ocasiona uma série de transtornos ou perturbações, sendo impossível pensar que durante o período de reclusão se possa conseguir algum efeito positivo sobre a personalidade do detento ou a realização de qualquer tratamento.

Embora não se possa falar em uma *psicologia da prisão* válida, não se devem ignorar alguns dos efeitos produzidos pelo cárcere. Sobre o tema, conclui BITENCOURT¹⁴⁹:

O ambiente penitenciário perturba ou impossibilita o funcionamento dos mecanismos compensadores da psique, que são os que permitem conservar o equilíbrio psíquico e a saúde mental. Tal ambiente exerce uma influência tão negativa que a ineficácia dos mecanismos de compensação psíquica propicia a aparição de desequilíbrios que podem ir desde uma simples reação psicopática momentânea até um intenso e duradouro quadro psicótico, segundo a capacidade de adaptação que o sujeito tenha.

¹⁴⁷ Grupos formados no exterior das prisões, como facções criminosas, grupos religiosos, organizações políticas ou até mesmo terroristas (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 179.)

¹⁴⁸ *Id ibid.* p. 182.

¹⁴⁹ *Id ibid.* p. 195.

Entretanto, não há como se afirmar que todos os transtornos psíquicos que sofrem os detentos sejam exclusivamente causados pelo ambiente carcerário. É necessário considerar certa predisposição, que pode propiciar com maior facilidade o desencadeamento de reações anormais ao encarceramento. Entretanto, se a prisão produz tais perturbações, soa paradoxal a idéia de reabilitação.

2.3.4 O Problema Sexual

Não dar atenção especial ao problema crítico do sexo no interior das prisões constitui um grave erro, haja vista a importância do instinto sexual na personalidade do indivíduo.

O sistema carcerário, devido a suas condições, reprime o instinto sexual. Segundo BITENCOURT¹⁵⁰, a privação de relações sexuais pode gerar algumas consequências nos reclusos:

- 1) problemas físicos e psíquicos - a escassez de atividade sexual contribui para o desequilíbrio e favorece condutas inadequadas, especialmente aumentando a tensão nervosa e deformando a auto-imagem;
- 2) desajustes que impedem ou dificultam o retorno à vida sexual normal - problemas de impotência, ejaculação precoce, complexo de culpa pelas relações homossexuais que manteve na prisão, além da dificuldade em retomar a vida sexual matrimonial;
- 3) destruição da relação conjugal - a privação do sexo entre os casais é uma das justificativas para o elevado número de divórcios entre os prisioneiros. A ruptura do lar pode causar, em muitos internos, uma profunda amargura, formando um grande obstáculo para se atingir a ressocialização. Além disso, as esposas também são grandes vítimas da prisão, sujeitas a uma série de problemas psicológicos, dentre os quais o ostracismo, a culpa, a solidão, a ansiedade e a depressão;
- 4) homossexualismo - podendo ser resultante de relações consensuais, o homossexualismo apresenta-se dramático quando produto de violência, geralmente mais comum. “Os reclusos mais jovens são as maiores vítimas do sistema. Essa experiência aterradora pode prejudicar sua identificação sexual em termos definitivos (...) especialmente quando os hábitos homossexuais atingiram certa intensidade”¹⁵¹.

¹⁵⁰ *Id ibid.* p. 204-11.

¹⁵¹ *Id ibid.* p. 210.

Deste modo, verifica-se que é impossível obter a ressocialização em um meio carcerário que estimula expressões de violência tão degradantes, que deformam e desnaturam um dos instintos fundamentais do homem.

2.3.5 A Conflitividade Carcerária

Os motins carcerários, erupções de agressividade e violência, são os fatos que mais dramaticamente externam as graves deficiências da pena privativa de liberdade, dando ciência à sociedade, mesmo que por pouco tempo, das condições desumanas em que a vida na prisão se desenvolve.

BITENCOURT¹⁵² assevera que “a superpopulação das prisões, a alimentação deficiente, o mau estado das instalações, pessoal técnico despreparado, falta de orçamento, todos esses fatores convertem a prisão em um castigo desumano”.

Todas essas deficiências provavelmente constituam o fator mais importante no desenvolvimento do ambiente carcerário num meio de grande conflitividade. A maior prova disso está no fato de que a maioria dos protestos e reivindicações dos presos reflete essas condições deploráveis das prisões.

Entretanto, na lição de BITENCOURT¹⁵³, devem-se analisar outros fatores, para um melhor entendimento do problema:

- 1) o comportamento violento não é exclusivo da prisão – a agressividade do homem sofre a influência de fortes tendências destrutivas na sociedade, fazendo com que a violência cotidiana ultrapasse os limites do tolerável. Assim, não se pode atribuir exclusivamente à prisão o problema da violência que surge no interior do cárcere: há que se verificar a violência que os reclusos experimentaram em sua vida familiar ou na sociedade;
- 2) aspectos subjetivos – o sentimento de frustração constante nos reclusos é um dos fatores que mais favorecem o ambiente conflitivo na prisão, especialmente em relação às autoridades. Os remédios institucionais têm efeito quase nulo diante das limitações que a reclusão impõe. Entretanto, o protesto e a agressividade para com as

¹⁵² *Id ibid.* p. 231.

¹⁵³ *Id ibid.* p. 227-32.

autoridades carcerárias permitem certa satisfação psicológica, desafogando o ressentimento, fortalecendo a auto-imagem do recluso (como vítima de força superior) e eliminando qualquer sentimento de culpa ou responsabilidade pelos fatos praticados;

3) prisões de segurança máxima – as prisões fechadas criam um ambiente propício para a conflitividade carcerária, tanto por facilitar a existência de relações homossexuais como das rivalidades étnicas ou entre grupos distintos;

4) influência de ideologias políticas radicais – a politização de um setor da população carcerária, com a adoção de posições ideológicas radicais, que consideram a prisão injusta e como um instrumento de opressão, pode tornar o ambiente carcerário mais conflitivo;

5) motins decorrentes de reformas penitenciárias – as reformas podem desestruturar o poder interno já estabelecido, provocando a perda de privilégios, motivo pelo qual, na iminência de sua ocorrência, os líderes da prisão provoquem motins visando impedir o desenvolvimento da reforma;

O maior exemplo da conflitividade carcerária no Brasil foi o “massacre do Carandiru”, ocorrido na Casa de Detenção, em São Paulo, em outubro de 1992, quando a Polícia Militar *executou* mais de cem presos¹⁵⁴.

A música “Diário de um Detento”¹⁵⁵, de autoria do *rapper* Mano Brown e de Jocenir (Josemir Prado) – ex-presidiário no Carandiru – retrata esse episódio lamentável da história penitenciária nacional. Interessante a coleta de alguns trechos dessa música, por mostrar, através da ótica de um detento, os principais problemas que confirmam a total falência da pena de prisão:

São Paulo, dia 1º de outubro de 1992, 8h da manhã.
Aqui estou, mais um dia. Sob o olhar sanguinário do vigia.

Você não sabe como é caminhar com a cabeça na mira de uma HK.

Metralhadora alemã ou de Israel.

¹⁵⁴ “No dia 2 de outubro de 1992, morreram 111 homens no pavilhão 9, segundo a versão oficial. Os presos afirmam que foram mais de duzentos e cinquenta, contados os que saíram feridos e nunca retornaram. Nos números oficiais não há referência a feridos. Não houve mortes entre os policiais militares.” (VARELLA, Dráuzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 295.)

¹⁵⁵ A música foi composta por Mano Brown, do grupo Racionais MC’s, utilizando versos que Jocenir escreveu durante sua passagem pela Casa de Detenção de São Paulo.

Estraçalha ladrão que nem papel.
Na muralha, em pé, mais um cidadão José.
Servindo o Estado, um PM bom.
Passa fome, metido a Charles Bronson.
Ele sabe o que eu desejo.
Sabe o que eu penso.
O dia tá chuvoso. O clima tá tenso.
Vários tentaram fugir, eu também quero.
Mas de um a cem, a minha chance é zero.
Será que Deus ouviu minha oração?
Será que o juiz aceitou apelação?
Mando um recado lá pro meu irmão
Se tiver usando droga, ta ruim na minha mão
(...)
Tirei um dia a menos ou um dia a mais, sei lá...
Tanto faz, os dias são iguais.
Acendo um cigarro, vejo o dia passar.
Mato o tempo pra ele não me matar.
Homem é homem, mulher é mulher.
Estuprador é diferente, né?
Toma soco toda hora, ajoelha e beija os pés...
e sangra até morrer na rua 10.
(...)
Cada crime uma sentença.
Cada sentença um motivo, uma história de lágrimas,
sangue, vidas e glórias, abandono, miséria, ódio,
sofrimento, desprezo, desilusão, ação do tempo.

Misture bem essa química.
Pronto: eis um novo detento.
Lamentos no corredor, na cela, no pátio.
Ao redor do campo, em todos os cantos.
Mas eu conheço o sistema, meu irmão, hã...
Aqui não tem santo.
Rátátátá... preciso evitar
que um safado faça minha mãe chorar.
Minha palavra de honra me protege
pra viver no país das calças bege.
Tic, tac, ainda é 9h40.
O relógio na cadeia anda em câmera lenta.
Ratatatá, mais um metrô vai passar.
Com gente de bem, apressada, católica.
Lendo jornal, satisfeita, hipócrita.
Com raiva por dentro, a caminho do Centro.
Olhando pra cá, curiosos, é lógico.
Não, não é não, não é o zoológico
Minha vida não tem tanto valor
quanto seu celular, seu computador.
Hoje, tá difícil, não saiu o sol.
Hoje não tem visita, não tem futebol.
Alguns companheiros têm a mente mais fraca.
Não suportam o tédio, arrumam quiaca.
(...)
Tem uma cela lá em cima fechada.
Desde terça-feira ninguém abre pra nada.

Só o cheiro de morte e Pinho Sol.

Um preso se enforcou com o lençol.

Qual que foi? Quem sabe não conta.

la tirar mais uns seis de ponta a ponta

Nada deixa um homem mais doente

que o abandono dos parentes.

(...)

A vida bandida é sem futuro

Sua cara fica branca desse lado do muro

Já ouviu falar de Lúcifer?

Que veio do Inferno com moral um dia...

No Carandiru, não... ele é só mais um.

Comendo rango azedo com pneumonia...

(...)

Ladrão sangue bom tem moral na quebrada.

Mas pro Estado é só um número, mais nada.

Nove pavilhões, sete mil homens.

Que custam trezentos reais por mês, cada.

(...)

Eu quero mudar, eu quero sair.

Se eu trombo esse fulano, não tem pá, não tem pum.

Vou ter que assinar um cento e vinte e um.

(...)

Acerto de conta tem quase todo dia.

la ter outro logo mais... hã, eu sabia.

Lealdade é o que todo preso tenta.

Conseguir a paz, de forma violenta.

Se um salafrário sacanear alguém,
leva ponto na cara igual Frankenstein
Fumaça na janela, tem fogo na cela.
Fudeu, foi além, se pã!, tem refém.
E a maioria se deixou envolver
por uns cinco ou seis que não têm nada a perder.
Dois ladrões considerados passaram a discutir,
mas não imaginavam o que estaria por vir.
Traficantes, homicidas, estelionatários.
Uma maioria de moleques primários.
Era a brecha que o sistema queria.
Avise o IML, chegou o grande dia.
Depende do sim ou não de um só homem.
Que prefere ser neutro pelo telefone.
(...)
Cachorros assassinos, gás lacrimogêneo...
quem mata mais ladrão ganha medalha de prêmio!
O ser humano é descartável no Brasil.
Como *modess* usado ou Bombril.
Cadeia? Guarda o que o sistema não quis.
Esconde o que a novela não diz.
Ratatatá! sangue jorra como água.
Do ouvido, da boca e nariz.
O Senhor é meu pastor..
perdoe o que seu filho fez.
Morreu de bruços no salmo 23,
sem padre, sem repórter.

sem arma, sem socorro.

Vai pegar HIV na boca do cachorro.

Cadáveres no poço, no pátio interno.

Adolf Hitler sorri no inferno!

O Robocop do governo é frio, não sente pena.

Só ódio e ri como a hiena.

(...)

Mas quem vai acreditar no meu depoimento?

Dia 3 de outubro, diário de um detento.

Esses versos e outras anotações deram origem a um livro homônimo, onde Jocenir relata, com uma visão sóbria, as condições e problemas encontrados nas prisões, cujo principal mal, segundo ele, é o corrompimento causado pelo uso de drogas, que "corrói o pouco de humanidade que esses jovens trazem ao chegar da rua."¹⁵⁶

CAPÍTULO III – ALTERNATIVAS PENAIAS

¹⁵⁶ Jocenir em entrevista a Marcelo Rubens Paiva. Disponível em <http://www.diariodeumdetento.com.br/livro.asp>. Acesso em: 20 ago. 2009.

Diante da cada vez mais evidenciada falência da pena privativa de liberdade e com a evolução e consolidação das democracias contemporâneas, muitos movimentos de política criminal que visavam a diminuir ou a restringir os males causados pela prisão fortaleceram-se¹⁵⁷.

Na persecução desse objetivo, destaca-se a constante preocupação da ONU, tanto com a redução do uso da prisão quanto ao tratamento e recuperação dos reclusos, com o objetivo de evitar a reincidência. Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (aprovada pela ONU em 1948) proclama em seu art. V: “Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes”.

Outros diversos tratados e convenções internacionais prevêm em seus estatutos as garantias individuais, com destaque para as Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos (adotadas no 1º Congresso de Genebra, 1955), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*, em 1969).

Assim, a proposta atual é a de substituir a pena privativa de liberdade, sempre que possível e recomendável, e aperfeiçoá-la para os casos em que seja necessária, limitando sua aplicação às penas de longa duração e àqueles condenados efetivamente perigosos e de difícil recuperação.

Sobre o assunto, afirma BITENCOURT¹⁵⁸:

Atualmente domina a convicção de que o encarceramento, a não ser para os denominados *presos residuais*, é uma injustiça constante, principalmente porque entre eles não se incluem os agentes da criminalidade não convencional (os criminosos de colarinho branco). O elenco de penas do século XIX não satisfaz mais. A pena privativa de liberdade, que atingiu seu apogeu na segunda metade do século XIX, enfrenta sua decadência antes mesmo que esse século termine. Mas as reprovações, no entanto, em seu início, se fazem somente contra as penas de curta duração, e tiveram seu marco fundamental com o *Programa de Marburgo* de Von Liszt, em 1882.

E, citando Sainz Cantero, continua:

¹⁵⁷ SILVESTRE MARINHO, Renato. *A pena de prisão como medida de "ultima ratio"*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2009, 31 dez. 2008.
Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12164>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

¹⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 292.

Sua incapacidade para exercer influxo educativo sobre o condenado, carecer de eficácia intimidativa diante do delinqüente entorpecido, retirar o réu de seu meio de vida, obrigando-o a abandonar seus familiares, e os estigmas que a passagem pela prisão deixam no recluso, são alguns dos argumentos que apóiam os ataques que se iniciam no seio da *União Internacional de Direito Penal* (Congresso de Bruxelas de 1889)...¹⁵⁹

Acerca do tema, conclui FLÁVIO GOMES¹⁶⁰:

As Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos, que foram adotadas no 1º Congresso (Genebra, 1955), são um dos primeiros textos das Nações Unidas voltados para a pessoa detida. Alguns anos depois, uma vez reconhecida a falência da pena de prisão, assim como do tratamento ressocializador dentro dos presídios, emerge a concreta preocupação de descobrir novas e alternativas formas de punição, devendo-se evitar ao máximo o encarceramento.

Primeiramente, acredita-se na ressocialização do infrator através de penas alternativas (incluindo-se o tratamento) executadas fora dos presídios, chegando-se à conclusão de que essas penas deveriam substituir a pena de prisão, ao menos nos crimes de pequena e média gravidade.

Os primeiros estudos sobre a necessidade de diminuição do número de reclusos e sobre a oportunidade de soluções alternativas à prisão foram realizados pelo Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente. Com a formulação das Regras Mínimas sobre o tema, o 8º Congresso da ONU recomendou sua adoção, que ocorreu em 1990, pela Resolução 45/110, da Assembléia Geral, denominadas *Regras de Tóquio*.

3.1 AS REGRAS DE TÓQUIO

Oficialmente denominadas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não-privativas de Liberdade, as Regras de Tóquio tem os seus objetivos fundamentais delineados nas Regras 1.1 e 1.2, *in verbis*: “As presentes Regras Mínimas enunciam um

¹⁵⁹ SAINZ CANTERO, José A. *Arresto de fin de semana y tratamiento del delincuente*. REP, 1970. p. 1061. *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 292-3

¹⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. 2ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção temas atuais de direito criminal – v. 1). p. 92.

conjunto de princípios básicos para promover o emprego de medidas não-privativas de liberdade, assim como garantias mínimas para as pessoas submetidas a medidas substitutivas da prisão”; “As presentes Regras têm por objetivo promover uma maior participação da comunidade na administração da justiça Penal e, muito especialmente, no tratamento do delinqüente, bem como estimular entre os delinquentes o senso de responsabilidade em relação à sociedade”.¹⁶¹

Assim, na lição de Luiz Flávio Gomes¹⁶², são cinco os objetivos fundamentais das Regras de Tóquio:

- a) o primeiro objetivo fundamental é “promover o emprego de medidas não-privativas de liberdade”, visando a impedir que ao autor de uma infração penal venha a ser aplicada (ou executada) a pena de prisão;
- b) o segundo objetivo fundamental é obedecer às garantias mínimas ofertadas à pessoa delinqüente, submetendo o suspeito, acusado ou condenado ao devido processo legal, seguindo rigorosamente os parâmetros da legalidade;
- c) o terceiro e o quarto objetivos fundamentais consistem em “promover uma maior participação da comunidade na administração da Justiça Penal” e, especialmente, no “tratamento do delinqüente”, visto que não há possibilidade de sucesso de qualquer sanção criminal sem o efetivo apoio da comunidade;
- d) o quinto objetivo fundamental é o de “estimular entre os delinquentes o senso de responsabilidade em relação à sociedade”. No novo modelo de Justiça Penal reivindicado pela Moderna Criminologia, o delito é enfocado como fato interpessoal e histórico, com repercussão não apenas para o delinqüente e Estado, mas também para a vítima e para a sociedade.

Desses objetivos fundamentais emergem as metas perseguidas com a aplicação de penas e medidas alternativas à pena privativa de liberdade, quais sejam: a) a redução da incidência da pena de prisão, devido a todos os seus problemas já elencados no capítulo II; b) a ressocialização do delinqüente para evitar a reincidência, seja evitando o encarceramento, seja pelo tratamento, sem, no entanto, ignorar as necessidades da sociedade (prevenção, proteção, segurança) tampouco os interesses da vítima (reparação do dano).

¹⁶¹ *Id ibid.* p. 24.

¹⁶² *Id ibid.* p. 24-9.

Aliás, a vítima, antes à parte do conflito entre Estado e delinqüente, agora aparece em posição privilegiada, visto que se adotam diversos mecanismos visando a possibilitar a efetiva reparação do dano por parte do infrator. A intenção é encontrar um perfeito equilíbrio entre os desejos do delinqüente, da sociedade e da própria vítima do delito.¹⁶³

Nesse sentido, disserta FLÁVIO GOMES¹⁶⁴:

Paradigmática, a respeito, é a Regra 1.4 que diz: "Ao aplicar as Regras, os Estados-membros devem envidar esforços para atingir equilíbrio adequado entre os direitos dos delinqüentes, os direitos das vítimas e o interesse da sociedade na segurança pública e na prevenção do delito."

Estabelecidas as metas a serem atingidas, discute-se na doutrina sobre a melhor forma para alcançar a ressocialização: uns enfatizam o tratamento, com a distribuição das alternativas penais em função das necessidades de cada pessoa e das possibilidades de que a alternativa desempenhe efeitos reabilitadores; a Vitimologia defende prioritariamente a reparação dos danos em favor da vítima; outros reivindicam a proporcionalidade entre as medidas e a gravidade da ofensa. Para Flávio Gomes, "o ideal talvez seja, tal como sinalizam as Regras de Tóquio, buscar um sistema misto, aproveitando o que cada uma das aporéticas posições tem de melhor".¹⁶⁵

3.2 POLÍTICAS ALTERNATIVAS E SUA APLICAÇÃO NA ATUALIDADE

Diante da crescente escalada da violência e da criminalidade, fartamente exposta pela imprensa sensacionalista, fazem-se necessários, através de decisão política, a adoção de medidas e desenvolvimento de meios e técnicas visando a diminuir e controlar a atividade criminosa na sociedade. Nesse ponto aparece a *Política Criminal*.

¹⁶³ CAPPI, Carlo Crispim Baiocchi. As regras de Tóquio e as medidas alternativas . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3118>>. Acesso em: 07 set. 2009.

¹⁶⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. p. 35.

¹⁶⁵ *Id ibid.* p. 45.

Na lição de ZAFFARONI e PIERANGELLI¹⁶⁶, “a Política Criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens jurídicos que devem ser tutelados penalmente e os caminhos para tal tutela, o que implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos”.

Em sua obra, BATISTA¹⁶⁷ discorre sobre o tema:

Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se política criminal.

Assim, é através da política criminal que se decide sobre a incriminação ou não de determinadas condutas, considerando-se a vantagem social da qualificação, bem como quem deve ser responsabilizado.¹⁶⁸

Na atualidade, três são os grandes movimentos político-criminais: a *Nova Defesa Social*, os *Movimentos de Lei e Ordem* e a *Nova Criminologia* ou *Política Criminal Alternativa*, brevemente explanados no capítulo I.

Em que pese a já exposta falência do sistema penal, os *Movimentos da Lei e Ordem*, que pregam a aplicação de penas mais severas, têm grande mobilização hodiernamente. Exemplos práticos é o Tolerância Zero, instituído em Nova Iorque, e a Lei de Crimes Hediondos no Brasil (Lei nº 8.072/90). O clamor público pela adoção de punições rigorosas e a manipulação de uma opinião pública amedrontada frente à incapacidade do Estado no combate ao crime organizado dão força a esses movimentos¹⁶⁹. Nesse sentido, a influência da mídia é decisiva, pois, na disputa voraz pela audiência, “elege” os delitos que devem ser mais

¹⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.* p. 132.

¹⁶⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 34.

¹⁶⁸ ROCHA, Fernando Antonio N. Galvão da. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: *R. de direito ambiental*, v.7, n.27, jul./set., 2002. p. 78.

¹⁶⁹ DUARTE, Maria Carolina de Almeida. *Política criminal, criminologia e vitimologia: caminhos para um direito penal humanista*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1236, 19 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9150>>. Acesso em: 10 set. 2009.

severamente penalizados e cria uma falsa impressão de insegurança social em torno dos crimes por ela escolhidos.

Tanto a Nova Defesa Social como a Política Criminal Alternativa buscam soluções alternativas à pena privativa de liberdade. Ainda que a primeira defenda a criminalização dos delitos contra a economia, contra os interesses difusos e da chamada criminalidade estatal (abuso de poder, corrupção etc.), também defende a descriminalização dos delitos considerados leves e que sejam proporcionados aos delinquentes todos os meios necessários a sua reabilitação voluntária. Já a segunda defende a abolição total do sistema penal ou a intervenção penal mínima, com a transferência do controle das condutas criminosas de natureza leve do Estado para a comunidade.

Essas políticas alternativas, notadamente as regidas pelo *princípio da intervenção mínima*, são adotadas pelas Regras de Tóquio: a Regra 2.6 preceitua que “as medidas não-privativas de liberdade devem ser utilizadas de acordo com o princípio da intervenção mínima”, onde, conforme a Regra 2.7, “a utilização de medidas não-privativas de liberdade deve ser parte do movimento em prol da despenalização e descriminalização, em vez de interferir ou retardar as iniciativas nesse sentido”.¹⁷⁰

Além da despenalização e da descriminalização, figuram como processos da mínima intervenção penal a descarcerização, a desinstitucionalização e a diversificação. Entretanto, nas palavras de FLÁVIO GOMES¹⁷¹, impõe-se lembrar que:

Ao lado dos processos “minimalistas” (descriminalização, despenalização e descarcerização), fundados na clássica síntese da “mínima intervenção, com as máximas garantias”, também existem os correspondentes processos “maximalistas” (criminalização, penalização e carcerização), baseados, evidentemente, numa formulação oposta: máxima intervenção, com as mínimas garantias.

A *descriminalização* consiste no processo de eliminar o signo de determinada conduta do sistema penal, retirando o seu caráter ilícito ou o de ilícito “penal”.

A *despenalização*, por seu turno, consiste na adoção de institutos ou penas e medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, visando a evitar ou restringir a

¹⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. p. 51.

¹⁷¹ *Id ibid.* p. 57.

aplicação da pena de prisão ou sua execução, sem, no entanto, rejeitar o caráter ilícito da conduta.

Resume FLÁVIO GOMES¹⁷²:

Em síntese, penalizar ou despenalizar nada mais significa que manejar e controlar adequadamente algumas técnicas jurídicas, como as de incriminação, de atribuição de responsabilidade, de justificativas, de procedimento e de prova.

As medidas alternativas e os substitutivos penais são exemplos clássicos da despenalização não-consensual, ao passo que novos processos despenalizadores levam em consideração o consenso, buscando primordialmente a reparação dos danos à vítima, como é o caso da lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95).

Descarcerização fundamenta-se na adoção de processos que visam a evitar a decretação ou manutenção da prisão cautelar, refutando o cárcere como pena antecipada, podendo significar, se geridos adequadamente esses programas, um sensível abrandamento da superlotação dos presídios.

Essas medidas vão de encontro ao ordenamento jurídico brasileiro, que prevê a prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária, prisão enquanto aguarda o julgamento pelo Tribunal do Júri (derivada da pronúncia), prisão para apelar (decorrente de sentença de primeiro grau recorrível) e prisão derivada de acórdão recorrível.

Na lição de FLÁVIO GOMES¹⁷³:

Quando se sabe que temos no Brasil seis modalidades de prisão cautelar e que boa parte dos atuais cento e setenta mil encarcerados ainda não foi definitivamente julgada, percebem-se a extensão, a importância e a necessidade de um amplo movimento de “descarcerização”.

Desinstitucionalização significa a retirada do controle sobre a resolução do conflito de uma instância formal (estatal), confiando-se nos processos de regulação social informais e não

¹⁷² *Id ibid.* p. 59. Flávio Gomes atenta também para a ocorrência de penalizações fáticas, como a interpretação extensiva contra o acusado – onde, por exemplo, a lei exige o reconhecimento apenas de “coisa de pequeno valor” e de “primariedade” para o furto privilegiado, alguns entendem que também é necessário o requisito “bons antecedentes” –, o que é vedado inclusive pela Constituição Federal.

¹⁷³ *Id ibid.* p. 60.

centralizados, ou menos formais e menos centralizados. Em sua decorrência, surge o processo de *diversificação*, que postula a abdicação das instâncias formais na resolução dos conflitos penais, atribuindo a solução às pessoas diretamente envolvidas ou a órgãos especiais (*ad hoc*) sem embargo da manutenção da competência formal do Estado.

Esses últimos processos são arduamente defendidos pela corrente abolicionista radical, devido à convicção do caráter nefasto do sistema penal, que, segundo Delmas-Marty¹⁷⁴, “foi concebido para fazer o mal, que incrementa a violência e que transmite a idéia falsa de que pode ajudar e proteger a vítima”.

Por fim, sobre a aplicação da política criminal alternativa, conclui FLÁVIO GOMES¹⁷⁵:

Ressalte-se que em três âmbitos distintos pode e deve ser colocada em prática toda essa política criminal alternativa não intervencionista: legislativo, executivo e judiciário. Em primeiro lugar, curialmente, cabe ao *legislador*, trabalhando com o conceito de “merecimento de pena” bem como com os princípios não intervencionistas, promover (formalmente) ampla descriminalização, despenalização e descarcerização; impõe-se-lhe, de outra parte, evitar ao máximo a criminalização de novas condutas, o incremento de penas ou a flexibilização dos critérios autorizadores da prisão cautelar.

Em segundo lugar compete ao *Executivo* adotar uma nítida e inadiável política de prevenção do delito, dando prioridade evidentemente aos processos de prevenção primária, sem no entanto esquecer os demais (é melhor prevenir que castigar, já dizia Beccaria).

Urge por fim que o *Judiciário* leve até suas últimas consequências a *eficácia limitadora* dos princípios intradogmáticos (âmbito penal), partindo do elementar pressuposto de que uma das missões básicas do Direito Penal é a de tutelar bens jurídicos, mas de forma subsidiária e fragmentária; de outro lado, não se pode ignorar que também é missão do Direito Penal assegurar a *eficácia garantidora* dos princípios constitucionais, internacionais e processuais.

Embora as tendências modernas sejam a de evitar, reduzir e substituir a pena privativa de liberdade, ao menos por enquanto, como *ultima ratio* à criminalidade mais grave,

¹⁷⁴ DELMAS-MARTY, Meirelle. *Modelos e movimentos de política criminal*. Tradução de Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992. p. 155, *Apud* GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. p. 61.

¹⁷⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. p. 64-5.

ela não pode ser dispensada totalmente, em razão da necessidade de manutenção da prevenção geral, em que pese a posição contrária dos abolicionistas radicais.

Traçados os objetivos fundamentais das Regras de Tóquio e as Políticas e Medidas Alternativas na atualidade, passaremos a verificar a sua influência e aplicação dentro do Sistema Penal Brasileiro.

3.3 O AVANÇO DO SISTEMA PENAL ALTERNATIVO BRASILEIRO

Como dito anteriormente, a origem das penas e medidas alternativas, em âmbito internacional, se deu pela constante preocupação da ONU em reduzir o uso da prisão e no tratamento e recuperação do delinquente, visando a evitar a reincidência.

Seguindo essa tendência ditada pela ONU – principalmente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (em 1948) e com as Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos (adotadas no 1º Congresso de Genebra 1955) –, a humanização do Direito Penal brasileiro iniciou-se com a Lei n. 6.416/77, que trouxe reformulações na resposta penal e na sua forma de execução, com um ligeiro esboço da preocupação em reservar a prisão somente para os delitos mais graves, sendo que os principais avanços foram a instituição dos regimes de prisão (aberto, semi-aberto e fechado) e maior amplitude à concessão do *sursis* e do livramento condicional.

Entretanto, as penas e medidas alternativas à pena privativa de liberdade vieram somente com o advento da Reforma Penal de 1984.¹⁷⁶

De acordo com MARTINS¹⁷⁷:

O Brasil, que possuía uma legislação anacrônica, de período contemporâneo à Segunda Grande Guerra, contemplando realidade diversa da atual, sem considerar os avanços científicos, sociológicos, políticos e tecnológicos, teve como marco a Lei nº 7209/84, que,

¹⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Pena de Prisão Perpétua*. Texto baseado nas notas taquigráficas de conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF. REVISTA CEJ, V. 4 n. 11 mai./ago. 2000.

Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/345/547>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

¹⁷⁷ MARTINS, Jorge H. S. *Penas Alternativas*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 17.

modificando a parte geral do Código Penal, introduziu formas de punição inéditas em nosso ordenamento jurídico.

Com o advento da Lei nº 7.209/84, que reformou a Parte Geral do Código Penal, foram introduzidas modernas alternativas à pena privativa de liberdade, como as penas restritivas de direito. A Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais - LEP), por sua vez, tentou conferir caráter mais humano à execução penal, assegurando ao condenado, inclusive, "todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei" - art.3º.¹⁷⁸

Na crítica de BITENCOURT¹⁷⁹:

A corrosão do sistema penitenciário exigia, efetivamente, mais imaginação. Não mais se admitia que o sistema penal ficasse limitado às duas formas clássicas e tradicionais de sanção penal: a **pena pecuniária** e a **pena privativa de liberdade**. Fazia-se necessária a busca de outras alternativas, como as **penas restritivas de direitos**, a exemplo do que fizeram as modernas legislações ocidentais. Pois bem, atendendo aos anseios da **penologia** e da atual **política criminal**, a reforma penal de 1984 (Lei n. 7.209/84) adotou **medidas alternativas** para as penas de prisão de curta duração, instituindo as chamadas **penas restritivas de direitos** e revitalizando a tão aviltada, desgastada e ineficaz pena de multa, restabeleceu o **sistema dias-multa**. Com efeito, a despeito da grande qualidade técnico-dogmática que representou essa reforma da parte geral do Código Penal de 1940, a maior transformação consagrada pela reforma penal de 1984 – compelida pela síndrome da **falência da pena de prisão** – foi em relação à sanção penal. Evidentemente, sem chegar ao exagero da radical "não-intervenção", apresentou avanços elogiáveis na busca da **desprisionalização** de forma consciente e cautelosa.

A reforma de 84 estabeleceu o regime fechado para os condenados a pena superior a 8 anos, a ser cumprida em estabelecimento de segurança máxima ou média; regime semi-aberto aos condenados não reincidentes a pena superior a 4 anos e inferior a 8, a ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou similar; e o regime aberto aos condenados não reincidentes a pena igual ou inferior a 4 anos, a ser cumprido em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. A legislação de 84 abrandou também os requisitos para o livramento condicional, além de prever a suspensão condicional da pena (*sursis*) aos condenados a não mais que dois anos e não reincidentes, com a obrigatoriedade de prestação de serviços à comunidade por um ano para a suspensão da execução. Para os casos em que eram aplicadas penas privativas de

¹⁷⁸ SILVESTRE MARINHO, Renato. *Op. cit.*

¹⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Pena de Prisão Perpétua...*

liberdade não superiores a um ano, ou nos casos de crime culposo, possibilitou a substituição por penas restritivas de direitos. Havia ainda a aplicação de multa substitutiva para as penas de prisão de até seis meses.¹⁸⁰

Com a promulgação da Lei nº 9.099/95, que criou os Juizados Especiais e instituiu novas oportunidades para a descarcerização na punição dos delitos identificados como de pequeno potencial ofensivo, as penas não privativas de liberdade ganharam ainda mais evidência.

Num esboço de modelo alternativo de Justiça Penal para o Brasil, baseada na política criminal de intervenção mínima, a Lei nº 9.099/95 instituiu novos procedimentos para aplicação de medidas alternativas anteriores ao processo e à pena:

- a) a composição civil (art. 74), buscando a reparação dos danos sofridos pela vítima através de procedimento mais célere e menos formal, onde será oportunizada a composição dos danos materiais e/ou morais;
- b) a exigência de representação para alguns tipos penais, como lesão corporal culposa ou dolosa leve;
- c) a transação penal, através da qual o representante do Ministério Público propõe ao autor da infração a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta (art. 76); e
- d) a suspensão condicional do processo, para os delitos de pena mínima igual ou inferior a dois anos.¹⁸¹ A suspensão poderá ser proposta pelo representante do Ministério Público, pelo prazo de dois a quatro anos, sob as condições do art. 89. Se aceita pelo acusado, este será submetido a um período de prova, nos termos e condições dos §§ do referido artigo.

Posteriormente, a Lei nº 9.714/98, com a introdução de um rol bastante extenso de penas alternativas ao cárcere, consagrou as penas restritivas de direitos criadas pela Lei nº

¹⁸⁰ MONTEIRO, Marcelo Valdir. *Op. cit.* p. 89-90.

¹⁸¹ Pelo princípio Constitucional da isonomia, com o advento da Lei 10.259/01 restou ampliado o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, também válido para os Juizados Estaduais. (GOMES, Luiz Flávio. *Tribunal Gaúcho Reconhece Ampliação Dos Juizados Criminais*. Disponível em: <www.estudoscriminais.com.br> Acessado em 20, mai. 2002. *Apud* CAPPI, Carlo Crispim Baiocchi. *Op. cit.*)

7.209/84.

Não obstante a similitude quanto à política descarcerizadora e despenalizadora das supracitadas leis, elas cominam as penas de maneira diversa. Na lição de BITENCOURT¹⁸²:

Contudo (as Leis 9.099/95 e 9.714/98) não atuam na mesma faixa, quer de infrações quer de sanções penais. A primeira limita-se às infrações de menor potencial ofensivo (ressalvada a hipótese de seu art. 89), cuja sanção não ultrapassa a um ano de privação; a segunda, muito mais abrangente, destina-se à criminalidade média e até grave, na medida em que o limite de quatro anos não se refere à pena cominada, *in abstracto*, mas, ao contrário, contempla o limite máximo de pena concretizada na decisão final condenatória.

Há também diferença quanto à natureza das penas restritivas de direitos: nos Juizados Especiais, elas possuem natureza alternativa, enquanto que no Código Penal (mesmo após a Lei 9.714/98) elas são de natureza substitutiva. Segundo BITENCOURT¹⁸³:

Em outras palavras: nos Juizados Especiais Criminais não há aplicação de pena privativa de liberdade a ser substituída, partindo-se diretamente da cominação abstrata; já no sistema do Código Penal, concretiza-se a pena de prisão, que, a seguir, deve ser substituída.

No mesmo sentido, quanto à aplicação pelo Código Penal, a lição de NUCCI¹⁸⁴:

Não há tipos penais prevendo, no preceito secundário, pena restritiva de direito no Código Penal. Portanto, quando o juiz aplicar uma pena privativa de liberdade, pode substituí-la por uma restritiva, pelo mesmo prazo da primeira, como regra. É autônoma porque subsiste por si mesma, para efeito de execução, após a substituição. O juiz da execução penal faz cumprir a restrição de direito, e não mais a privativa de liberdade, salvo necessidade de conversão por fatores incertos e futuros.

Assim, pelo Código Penal, depois de aplicada a pena privativa de liberdade, conforme cominação específica de cada tipo penal, poderá o magistrado substituí-la pela restritiva de direito aplicável à espécie, com a duração idêntica a da pena privativa de liberdade fixada inicialmente (art. 55, CP).

¹⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas Penas Alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 105.

¹⁸³ *Id ibid.* p. 106.

¹⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.* p. 320.

Os pré-requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade pela pena alternativa estão previstos no art. 44 do CP e consistem em critérios de ordem objetiva (natureza do crime, forma de execução e quantidade de pena) e subjetiva (culpabilidade e circunstância judiciais), desde que atendida a prevenção especial. Presentes essas condições, a substituição torna-se uma “obrigação do Juiz”.¹⁸⁵ Poderá, ainda, ser aplicada por conversão, no curso da execução, para o sentenciado não beneficiado inicialmente, de acordo com a Lei de Execução Penal (art. 180, da Lei n. 7.210/84).

Esse avanço da política criminal brasileira evidencia-se ainda pelo exame da Lei nº 10.259/01, que criou os Juizados Especiais Criminais Federais, e pela Lei nº 11.313/06, que ampliou o limite de todas as penas cominadas a infrações de menor potencial ofensivo de um ano para dois, fazendo com que muitos crimes passassem a ter solução consensual, admitindo a transação penal, se presentes todos os seus requisitos.

Deste modo, todos os crimes puníveis com pena máxima não superior a dois anos já não mais permitem a prisão em flagrante, passando à competência dos Juizados Especiais Criminais e afastando do cárcere o criminoso praticante de crimes de menor potencial ofensivo¹⁸⁶.

O modelo de justiça praticado nos juizados especiais criminais proporciona uma maior celeridade na resolução do conflito, respeitando, ainda, o direito das vítimas dos delitos, uma vez que, ocorrendo acordo, acabam por receber indenização na própria audiência preliminar. Segundo Luiz Flávio Gomes, os juizados especiais criminais auxiliam também no desafogamento dos juízos e tribunais, liberando-se a justiça tradicional para cuidar dos casos

¹⁸⁵ JESUS, Damásio de. *Direito Penal – Parte Geral*. 1º vol. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 532-3.

Em suma, as penas alternativas deverão substituir as privativas de liberdade quando satisfeitos, cumulativamente, os seguintes requisitos: a pena privativa de liberdade aplicada não for superior a quatro anos, sendo que, se o crime for culposo pouco importará a pena de prisão imposta (art. 44, I); o crime não tiver sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa (art. 44, I); o réu não for reincidente em crime doloso (art. 44, II, c/c §3º - para obstar a substituição, a reincidência há de ser *específica*, em face do mesmo crime *doloso*); e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e circunstâncias, indicarem que essa substituição é suficiente (art. 44, III).

¹⁸⁶ “O alcance legal da referida Lei é tal que aproximadamente cem crimes antes sujeitos à prisão em flagrante agora não mais sofrem medida tão dura e repressiva. Crimes como porte ilegal de arma de fogo, ou porte ilícito de substância entorpecente para uso próprio, desacato, lesão corporal em crimes de trânsito, crimes de imprensa, etc., não mais se sujeitam ao flagrante nem tão pouco se cingem à esfera do inquérito policial.” (CAPPI, Carlo Crispim Baiocchi. *Op. cit.*)

mais graves, em que realmente haja perturbações sociais, contribuindo, deste modo, para a melhoria da prestação jurisdicional por parte do Estado.

Para aquele jurista:

Outra virtude que assinalam aos juizados consiste na não-aplicação da pena de prisão. Aliás, nasceram justamente para se evitar o encarceramento de infratores que praticaram (ou venham a praticar) crimes de menor gravidade. Com as novas Varas Especializadas ou Centrais de Apoio às penas alternativas, melhorou consideravelmente o problema da fiscalização e execução dessas penas, que está se tornando cada vez mais certa.¹⁸⁷

Destarte, verifica-se a incidência do *sistema penal alternativo* tanto nas infrações de menor potencial ofensivo (crime com pena de prisão de até dois anos e todas as contravenções, que admitem as soluções consensuais da lei dos juizados criminais) e de médio potencial ofensivo (as que admitem o *sursis* – pena mínima não superior a um ano – ou penas substitutivas – crimes culposos e crimes dolosos com pena de até quatro anos, excluídos os crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa), como nas infrações de grande potencial ofensivo e até mesmo nas infrações hediondas (em que cabem o *sursis*, livramento condicional, remição da pena pelo trabalho, etc.).¹⁸⁸

Entretanto, a simples previsão desses instrumentos legais, embora imprescindível, não foi suficiente para efetivamente evitar o encarceramento desnecessário, tampouco fez com que estes dispositivos alternativos se tornassem algo de conhecimento prático dos operadores do direito, somando-se ainda à dificuldade do Poder Judiciário e do Ministério Público na fiscalização do seu cumprimento e à sensação de impunidade da Sociedade.

Então, a partir do ano de 2000, o Ministério da Justiça deu início a algumas ações concretas¹⁸⁹ que visavam à implementação de políticas públicas voltadas para a efetiva aplicação das penas alternativas, buscando possibilitar a sua execução. Essas ações do Ministério da Justiça, desencadeadas principalmente a partir da criação da CENAPA (em 2000), dentre outros efeitos de ordem prática, incentivou uma série de atos equivalentes por parte dos órgãos da administração da justiça nas unidades da federação, especialmente na criação e implantação de Centrais de Apoio às Penas e Medidas Alternativas.

¹⁸⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Doutrina**. Revista Jurídica Consulex, Ano VI, nº 123, p. 47. *Apud* CAPPI, Carlo Crispim Baiocchi. *Op. cit.*

¹⁸⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão...* p. 100-1.

Hoje, segundo o Ministério da Justiça, o Brasil conta com dezenove varas judiciais especializadas, complementadas por trezentos e seis estruturas montadas de monitoramento e fiscalização de penas e medidas alternativas, dentre Núcleos e Centrais, envolvendo instituições do sistema de justiça (Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública), do Poder Executivo e entidades da Sociedade Civil Organizada.

3.4 AS PENAS ALTERNATIVAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ATUAL

O Código Penal, após a reforma da Lei n. 7.209 de 1984, abandonou a distinção entre penas principais (reclusão, detenção e multa) e acessórias (perda de função pública, interdições de direitos e a publicação da sentença), e, em seu art. 32, passou a estabelecer as seguintes penas:

Art. 32: As penas são:

I - privativas de liberdade;

II - restritivas de direitos;

III - de multa.

¹⁸⁹ Dentre essas ações destacam-se: 1) a criação da CENAPA - Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas Alternativas, vinculada diretamente à Secretaria Nacional de Justiça do MJ, em 12/09/2000, sendo que em 2002 já tinham sido criadas 44 unidades de Centrais de Apoio às Penas e Medidas Alternativas; 2) Instituição do **Programa Nacional** de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas (Portaria 153/2002) e da **Comissão Nacional** de Apoio ao Programa Nacional de Penas e Medidas Alternativas, ambas em 27/02/2002; 3) Lançamento do **Manual de Monitoramento** das Penas e Medidas Alternativas, em novembro de 2002; 4) Criação da Coordenação da CENAPA, Central Nacional de Penas Alternativas, vinculada à Coordenação-Geral de Reintegração Social (órgão do DEPEN); 5) a reestruturação do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN do Ministério da Justiça, com a criação de um órgão executivo na Diretoria de Políticas Penitenciárias do DEPEN: a **Coordenação Geral de Fomento ao Programa de Penas e Medidas Alternativas – CGPMA**, em julho de 2006; 6) em setembro de 2006, foi divulgado o **Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas**, apresentando o primeiro diagnóstico de abrangência nacional acerca da realidade da execução das penas alternativas. Essa pesquisa compreendeu desde a caracterização sócio-econômica das pessoas que recebem penas alternativas como substituição da pena privativa de liberdade até dados sobre seu efetivo cumprimento, passando pela identificação dos crimes que mais frequentemente ensejam a substituição e das modalidades de pena mais aplicadas pelo Poder Judiciário; 7) Em agosto de 2007, foi lançado o **Programa Nacional de Segurança com Cidadania – Pronasci**. O Programa, via Funpen, previu R\$ 13,180 milhões para a aplicação de Penas e Medidas Alternativas para 2008. Fonte: Ministério da Justiça - Secretaria Nacional de Justiça.

Existem ainda outras penas previstas no ordenamento pátrio, conforme se extrai da lição de MIRABETE¹⁹⁰:

A legislação penal especial prevê ainda outras penas: a prisão simples (LCP), a pena de morte (crimes militares em tempo de guerra), a prisão, a suspensão de exercício do posto e a reforma (COM), a prisão em separado em regime especial (Lei de Imprensa), a multa reparatória (CTB), a advertência sobre os efeitos das drogas e o comparecimento a programa ou curso educativo (nova Lei de Tóxicos) etc.

E mais adiante, o mesmo jurista reafirma:

Leis especiais prevêem regras específicas para a aplicação de penas restritivas de direito nos crimes nela definidos, como ocorre, por exemplo, em crimes de trânsito (arts. 292, 293, 296, do Código de Trânsito Brasileiro), contra o consumidor (art. 78 do Código de Defesa do Consumidor), contra o meio ambiente (arts. 7º a 13 da Lei nº 9.605, de 12-2-1998), previstos na nova Lei de Tóxicos (arts. 28, 29 e 48, § 5º, da Lei nº 11.343, de 23-8-2006) etc. As penas restritivas de direito podem ser aplicadas, ainda, na transação penal prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26-9-1995.¹⁹¹

Antes, porém, de especificarmos as penas alternativas existentes no Brasil, importa tanger algumas considerações a respeito das terminologias *Alternativas Penais*, *Penas Alternativas* e *Medidas Alternativas*, que, embora em um primeiro momento aparentem ter o mesmo significado, em sentido estrito apresentam diferenças.

Segundo explicação do professor Damásio de Jesus, as medidas alternativas e as penas alternativas pertencem ao gênero definido como *Alternativas Penais*¹⁹². Assim, quando nos referimos a penas e medidas alternativas conjuntamente, falamos em alternativas penais.

Necessário ressaltar também a distinção que faz este mesmo jurista, em sua tradução às Regras de Tóquio¹⁹³, entre *medidas alternativas* e *penas alternativas*. As primeiras são meios que visam a impedir que o infrator seja submetido a uma pena privativa de liberdade. É o caso,

¹⁹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.* p. 237-8.

¹⁹¹ *Id ibid.* p. 266.

¹⁹² JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 147-148.

¹⁹³ JESUS, Damásio E. de. *Regras de Tóquio*. Tradução e comentários. São Paulo: Edições Paloma, 1998. p. 31

por exemplo, da suspensão condicional da pena (*sursis*), da suspensão condicional do processo, da fiança, da liberdade provisória e do indulto. As últimas são sanções que têm natureza criminal, porém, diversas da prisão; foram instituídas pela Lei n. 7.209/84, sob o nome de *Penas Restritivas de Direitos*, e ampliadas pela Lei n. 9.714/98, constituindo-se num total de dez sanções¹⁹⁴, que passaremos a analisar a seguir.

3.4.1 Prestação Pecuniária e Prestação de Outra Natureza

Inserida no Código Penal pela Lei n. 9.714/98, a prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz da condenação. O valor pago não pode ser inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos e será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

Conforme leciona Guilherme de Souza Nucci, pode significar autêntica despenalização, com invasão da esfera civil, se determinado, pelo juiz, o pagamento à vítima ou a seus dependentes, como antecipação de indenização civil. “Entretanto, se o valor for destinado integralmente à entidade pública ou privada com destinação social, a pena não tem qualquer conotação civil”¹⁹⁵.

A finalidade da prestação pecuniária é reparar o dano causado pela infração penal. Seguindo esse objetivo, havendo dano à vítima, a quantia apurada deve a ela ser destinada ou, na sua falta, a seus dependentes; caso contrário, ou esgotadas estas possibilidades sem a reparação, a prestação deve ser repassada à entidade pública ou privada com destinação social, por decisão do juiz encarregado da execução.

¹⁹⁴ Aroldo Costa Filho colaciona outras penas alternativas na legislação brasileira: a multa reparatoria (art. 297, CTB), a suspensão de atividade (art. 8º, III, da Lei nº 9.605/98), o recolhimento domiciliar (art. 8º, V, da Lei nº 9.605/98), a proibição de contratar com o poder público (art. 10, da Lei nº 9.605/98), a proibição de receber incentivos fiscais e quaisquer outros benefícios (art. 10, da Lei nº 9.605/98) e a proibição de participar de licitações (art. 10, da Lei nº 9.605/98). (COSTA FILHO, Aroldo. *Alternativas penais e processuais à pena privativa de liberdade*. In MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (coordenador). *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p.42.)

¹⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.* p. 327.

A prestação pecuniária pode, ainda, ser substituída por prestação de outra natureza, sendo obrigatória a concordância do beneficiário (ofendido ou entidade pública), nos termos do art. 45, § 2º do CP.

A origem dessa sanção está na transação penal, com a prática continuada dos Juizados Especiais Criminais de se aplicar, como pena restritiva de direitos, a doação de cestas básicas às entidades beneficentes.

Essa hipótese, porém, merece crítica por parte da doutrina, como na obra de NUCCI¹⁹⁶:

Há de existir cautela redobrada do juiz para impor tal prestação: primeiro, para não transformar uma prestação pecuniária em perda de bens ou valores; segundo, para não dar a ela um caráter de transação – algo não admitido, pois não se cuida de crime de menor potencial ofensivo (...); terceiro, porque a prestação de outra natureza não pode ser algo abusivo, como obrigar o condenado a passar semanas cuidando de crianças num orfanato, o que fatalmente iria confundi-la com a prestação de serviços à comunidade.

E mais adiante, finaliza:

Cabe ao juiz da execução penal, uma vez não paga a prestação pecuniária fixada, por absoluta impossibilidade financeira, transformá-la em prestação de “outra natureza”. Se o magistrado da condenação perceber que o réu não tem condições de arcar com esse tipo de pena, por ser pobre, deve optar por outra, dentre as previstas no Código Penal, pois não terá como fixar prestação de “outra natureza” sem ouvir, antes, o beneficiário. Ouvindo, estará transformando, indevidamente, sua sentença numa autêntica transação.¹⁹⁷

Em que pese os argumentos contrários, a verdade é que, através dessa sanção, a lei abre um leque bastante variado de opções alternativas, o que fatalmente contribuirá para a evolução do nosso direito penal, na construção de um sistema de penas mais adequado e que evite ao máximo o encarceramento.

¹⁹⁶ *Id ibid.* p. 328.

¹⁹⁷ *Id ibid.* p. 328-9.

3.4.2 Perda de Bens e Valores

Também instituída pela Lei n. 9.714/98, a perda de bens e valores pertencentes ao condenado (artigo 45, § 3º do Código Penal), conforme se depreende do próprio código penal, consiste na perda em favor do Fundo Penitenciário Nacional, salvo exceções previstas na legislação especial, de quantia cujo valor máximo será ou o montante do prejuízo causado pela infração penal ou o provento obtido pelo agente ou por terceiro em consequência da prática do crime, prevalecendo aquele que for maior.

De acordo com Marcelo Valdir Monteiro, “é uma pena destinada, sobretudo, ao denominado criminoso do colarinho branco”, e os bens confiscados podem ser tanto móveis quanto imóveis e valores, como títulos de crédito, ações e outros, sendo aplicável sempre que o prejuízo econômico com a prática da infração penal possa ser demonstrado.

Ainda, não há que se confundir com o confisco, previsto no art. 91 do Código Penal. Sobre o assunto, afirma MONTEIRO¹⁹⁸:

Perda de bens e valores é diferente do confisco previsto no Código Penal. Só cabe confisco dos instrumentos do crime e dos produtos do crime ou do proveito obtido com ele (art. 91 CP) e se destina à União. Já a pena restritiva de perda de bens e valores não requer que sejam bens frutos de crime, o condenado perde bens ou valores legítimos seus, os que integram seu patrimônio lícito e se destinam em favor do Fundo Penitenciário Nacional, ressalvada a legislação especial.

BITENCOURT¹⁹⁹ critica essa espécie de pena alternativa:

O confisco, no entanto, foi proscrito das legislações modernas. O Código Penal brasileiro não o consagra e a própria Constituição o proibia, restando somente, como efeitos da condenação, o confisco dos instrumentos e produtos do *crime*, em determinadas circunstâncias. A Constituição brasileira de 1988, em verdadeiro

¹⁹⁸ MONTEIRO, Marcelo Valdir. *Op. cit.* p. 114.

Exemplos de destinação diversa ao FUNPEN estão previstos nos arts. 61 e seguintes da Lei n. 11.343/05 (Nova Lei de Tóxicos), e também no art. 243 da Constituição Federal, que prevê que todo e qualquer bem e valor apreendido em decorrência de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias; no art. 48, § 4º, da Lei n. 10.409/02; e no art. 1º da Lei n. 8.257/91.

¹⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. p. 271-2.

retrocesso, criou a possibilidade de adoção do confisco como pena, sob a eufemística e disfarçada expressão *perda de bens*. (...)

Carrara considerava o confisco de bens desumano, impolítico e aberrante, entendimento que continua até hoje apoiado pelos estudiosos da ciência penal.

Não obstante os argumentos contrários, esta pena restritiva continua em vigor, sendo necessária apenas atenção dos juízes para que ela não ultrapasse o valor do dano causado ou da vantagem obtida com o ilícito penal.

3.4.3 Prestação de Serviços à Comunidade ou a Entidades Públicas

Conforme se extrai do texto do Código Penal, a prestação de serviços à comunidade ou entidade pública é a atribuição de tarefas gratuitas ao condenado junto a entidades assistenciais, hospitais, orfanatos e outros estabelecimentos similares, em programas comunitários ou estatais, observando-se as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

A prestação de serviços à comunidade ou entidade pública foi introduzida no Código Penal com a reforma de 1984, através da Lei n. 7.209, tendo a sua aplicação incrementada com as alterações promovidas pela Lei n. 9.714/98. De acordo com o disposto no artigo 46, *caput*, exige-se, para o seu implemento, que a pena de prisão seja fixada em período superior a seis meses. A lei permite também que o condenado a pena superior a um ano, por sua iniciativa e com o aval do juiz, a cumpra em menor tempo, não podendo, no entanto, reduzi-la a menos da metade da pena originária.

Essa sanção penal alternativa tem se revelado uma grande esperança²⁰⁰, porque o apenado pode manter sua rotina de vida praticamente inalterada, inclusive porque a pena deve ser fixada de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho. Além disso, o trabalho comunitário visa a fazer com que o sujeito se sinta útil e reflita acerca do crime praticado, reeducando-se, enquanto cumpre a pena.

²⁰⁰ Sob esse contexto, Guilherme de Souza Nucci apurou, em pesquisa constante de sua obra antes mencionada, que mais de 80% das penas alternativas fixadas consistem em prestação de serviços à comunidade.

Como se vê, inúmeras são as vantagens resultantes da aplicação desta pena: evitam a impunidade; representam um ônus inexpressivo para o Estado, se comparadas ao custo da detenção; são valorizadas pela sociedade, até mesmo porque o trabalho é produtivo e reverte-se em seu benefício; reduzem o déficit de vagas no sistema carcerário, pois não retiram o condenado do convívio social, evitando, conseqüentemente, o estigma social resultante do encarceramento; propiciam ao condenado o exercício de um trabalho em que se acha habilitado; diminuem os índices de reincidência; oferecem chances de emprego (muitos permanecem no trabalho mesmo após o cumprimento da pena); e, por fim, auxiliam a instituição conveniada, que tem acesso a um serviço (muitas vezes especializado), sem nenhuma despesa.²⁰¹

3.4.4 Interdição Temporária de Direitos

Também instituída pela Lei n. 7.209/84 e ampliada pela Lei n. 9.714/98, a interdição temporária de direitos, segundo lição de Guilherme de Souza Nucci, constitui a autêntica pena restritiva de direitos, “pois tem por finalidade impedir o exercício de determinada função ou atividade por um período determinado, como forma de punir o agente de crime relacionado à referida função ou atividade proibida”.²⁰²

Pela nova redação do art. 47 do CP, as penas de interdição temporária de direitos são:

I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.

IV - proibição de freqüentar determinados lugares.

Ao discorrer sobre a finalidade e função dessa espécie de sanção, expõe MIRABETE²⁰³:

²⁰¹ ABRANTES, Agnaldo. *As Penas Alternativas no Modelo de Justiça Criminal Brasileiro*. Dissertação de Mestrado em Direito. Rio de Janeiro: Universidade Candido Mendes, 2004. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/mestrado/servidor/penas_alternativas_mod_brasileiro.pdf>. p. 80.

²⁰² NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.* p. 324.

²⁰³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.* p. 261.

Entende-se que essa espécie de sanção atinge fundo os interesses econômicos do condenado sem acarretar os males representados pelo recolhimento à prisão por curto prazo e que os interditos sentirão de modo muito mais agudo os efeitos da punição do tipo restritivo ao patrimônio. Ademais, tem maior significado na prevenção, já que priva o sentenciado da prática de certas atividades sociais em que se mostrou irresponsável ou perigoso.

A sanção prevista no inciso I consiste na suspensão temporária de exercer o cargo, função, atividade pública ou mandato eletivo através do qual o crime foi praticado, bem como para aquele que deixou de exercê-la (voluntariamente ou não) após a prática do crime. A aplicação dessa pena justifica-se somente se relacionado o fato delituoso com o exercício funcional (art. 56 do CP).²⁰⁴

A segunda sanção pode ser aplicada nos casos em que o exercício da profissão, atividade ou ofício dependa do preenchimento de certos requisitos legais, como, por exemplo, cursos superiores ou profissionalizantes, licença de autoridade pública, registros, etc., que são controlados e fiscalizados pelo Estado. É o caso dos dentistas, engenheiros, advogados, médicos, despachantes, dentre outros.

A pena em exame consiste na interdição temporária do exercício da profissão, atividade ou ofício, com caráter predominantemente preventivo, visando a evitar a reincidência daquele que infringiu as regras essenciais no desempenho de suas atividades ou abusando de suas condições profissionais para a prática do delito²⁰⁵.

A Suspensão de Autorização ou de Habilitação para dirigir Veículo, terceira sanção do art. 47 do CP, restou parcialmente revogada pelo Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97), que regulou, completamente, a pena de suspensão ou proibição de dirigir veículos automotores.

²⁰⁴ Pode ser aplicada nos crimes de peculato culposo, prevaricação, advocacia administrativa, violência arbitrária, abandono de função, etc. A interdição temporária não se confunde nem implica perda do cargo exercido pelo condenado, que só ocorre quando a pena aplicada for superior a quatro anos e deve ser motivadamente declarada na sentença. (*Id ibid.* p. 261-2)

²⁰⁵ Exemplos de aplicação: violação de segredo profissional (médicos e advogados); fraude processual e patrocínio infiel (advogados); omissão de socorro e tentativa de aborto (médicos, enfermeiros, etc.); maus tratos (professores).

Não se deve confundir essa pena de interdição com as medidas não penais, adotadas pelos respectivos órgãos de controle e fiscalização, que acarretam as mesmas consequências. (*Id ibid.* p. 262.)

Segundo MIRABETE²⁰⁶:

Os crimes culposos de trânsito, cometidos na direção de veículos automotores, passaram a ser tipificados no Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 23-9-97), cominando-se para eles, como pena principal, além das penas privativas de liberdade e multa, a suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor (arts. 302 e 303). A partir, portanto, da vigência do Código de Trânsito Brasileiro, a suspensão de autorização e habilitação para dirigir veículo prevista no Código Penal só poderá ser aplicada, nos crimes culposos de trânsito, em substituição à pena privativa de liberdade, quando não se tratar de infração praticada com veículo automotor. Ela continua aplicável, assim, em substituição à pena privativa de liberdade, para o agente que, habilitado para dirigir veículo, pratica crime culposo de trânsito na condução de veículo de tração humana ou animal (bicicletas, carroças, etc.).

O Código de Trânsito Brasileiro tornou esta pena em principal (e não mais substitutiva), podendo ser aplicada diretamente e de forma cumulativa com outra sanção. Ela é expressamente cominada para os dois crimes culposos nela descritos – homicídio e lesão corporal –, devendo ser aplicada também ao reincidente na prática de crime previsto no CTB; nas demais hipóteses, é facultativo ao juiz aplicá-la, cumulativamente, com uma das penas cominadas para a infração nos crimes previstos nos arts. 304, 305, 309 a 312, ainda que se trate de réu primário em crime de trânsito.

No caso de prática de crime doloso, no dizer de Marcelo Valdir Monteiro²⁰⁷, “a inabilitação para dirigir veículo já é efeito da condenação (art. 92, III, CP). Portanto, não se justifica a aplicação desta espécie de penas restritivas de direitos a estes crimes.”

A proibição de freqüentar determinados lugares sempre foi utilizada como condição a outros benefícios, como o *sursis* (art. 78, § 2º, CP), o livramento condicional (art. 132, § 2º, c, da LEP) e a suspensão condicional do processo (art. 89, § 1º, II, da Lei n. 9.099/95). Entretanto, por força da Lei n. 9.714/98, foi inserida no Código Penal como mais uma pena de interdição temporária de direitos.

O juiz, para aplicação dessa pena, deverá especificar, na sentença, quais os lugares que o sentenciado não pode freqüentar, relacionando esse impedimento com o delito

²⁰⁶ *Id ibid.* p. 263.

²⁰⁷ MONTEIRO, Marcelo Valdir. *Op. cit.* p. 130.

praticado e com a pessoa do agente. Pode ser aplicada em benefício do réu (proibindo-o de freqüentar lugares em que o cometimento de delitos é mais comum, como bares, boates, etc.) ou em benefício da vítima (como sua residência ou local de trabalho), sempre como medida preventiva²⁰⁸.

3.4.5 Limitação de Fim de Semana

A última pena restritiva prevista pelo Código Penal foi inserida pela reforma de 1984 (Lei n. 7.209) e consiste na obrigação de o condenado permanecer aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Segundo Mirabete²⁰⁹, essa pena foi “criada para o fracionamento da pena privativa de liberdade de curta duração, de tal forma que a sanção fosse cumprida apenas nos fins de semana”.

A vantagem desta pena, na lição de Luiz Flávio Gomes²¹⁰, é que o sentenciado não perde seus vínculos profissionais, sociais e familiares, além de evitar o contato com o presídio, aliando-se o caráter retributivo ao educativo, através da realização de cursos e palestras durante seu cumprimento, ministrados aos beneficiários da referida pena, ou ainda, atribuídas a eles atividades pedagógicas.

3.4.6 Multa

Existente em nosso ordenamento jurídico anteriormente à reforma penal de 1984, a pena de multa consiste no pagamento da quantia em dinheiro fixada na sentença ao Fundo Penitenciário, conforme definição do artigo 49 do código penal, abaixo transcrito:

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

²⁰⁸ Para Guilherme de Souza Nucci, esta pena é desmedida, por liberalização indevida e extremada do caráter repressor da pena, além do caráter preventivo, por falta de intimidação necessária e efeito reeducativo, além da fiscalização ineficiente por parte do Estado. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.* p. 326)

²⁰⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.* p. 265.

²¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão...* p. 159.

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

Pelo Código Penal de 1940, a multa era cominada abstratamente, com a lei estabelecendo um valor mínimo e um valor máximo, dentro do qual o magistrado fixava o valor da multa, levando em consideração, sobretudo, a situação econômica do réu.

O advento da Lei 7.209/84 restabeleceu o critério de dia-multa para a cominação da pena de multa, que considera o rendimento (inclusive bens e capitais) que o condenado auferiu durante um mês ou um ano, dividindo-se o montante por 30 ou por 365 dias: o resultado equivale ao dia-multa.

Sobre o tema, afirma BITENCOURT²¹¹:

A reforma penal (Lei n. 7.209/84), ao adotar o dia-multa, retoma o antigo caminho, preservando o sentido aflitivo da multa, tornando-a mais flexível e individualizável, ajustando o seu valor não só a gravidade do delito mas, especialmente, à situação socioeconômica do delinquente.

Outra mudança foi em relação à sistemática de cominação de penas, que, ao invés de repetir em cada tipo penal a quantidade de multa, cancelou as referências a valores de multa, substituindo o termo “multa de...” por apenas “multa” em todos os tipos da Parte Especial do CP que cominam pena pecuniária.²¹²

Hodiernamente, a multa pode ser infligida como: a) pena comum (principal), de forma isolada (só a multa), cumulada (multa e outra sanção) ou alternada (multa ou outra pena), prevista na Parte Especial; b) pena substitutiva da privativa de liberdade, isoladamente ou em conjunto com a pena restritiva de direitos, independentemente de cominação na Parte Especial.²¹³

A previsão da pena de multa como substitutiva (alternativa) da pena privativa de liberdade, bem como os requisitos para sua aplicação, constam do artigo 44, I, II, III, e § 2º, e do § 2º do artigo 60 do CP, senão vejamos:

²¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. p. 276.

²¹² *Id ibid.* p. 277.

²¹³ Como exemplos, a pena de multa vem cominada de forma cumulativa no artigo 131 do CP e de forma alternada no artigo 135 do mesmo diploma.

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

(...)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

Art. 60. Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.

(...)

§ 2º - A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código.

Ressalte-se mais uma vez que, embora a lei determine que a pena privativa de liberdade “pode” ser substituída, estando presentes os requisitos que a ensejam e mostrando-se suficiente à reprovação e prevenção do crime, a substituição não poderá ser negada. “Esta – a substituição – é um direito público subjetivo do réu, a exemplo, segundo alguns penalistas, do *sursis* e do livramento condicional”.²¹⁴

3.5 ALGUNS DADOS E RESULTADOS

Atualmente, no Brasil, existem dezenove varas judiciais especializadas, complementadas por trezentas e seis estruturas montadas, dentre Núcleos e Centrais, para o monitoramento e fiscalização de penas e medidas alternativas. Tais serviços envolvem instituições do sistema de justiça – Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública –, do Poder Executivo e entidades da Sociedade Civil Organizada.

²¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. p. 282-3.

Diante desse quadro, segundo o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, o número de cumpridores de penas e medidas alternativas, no ano de 2008, superou, pela primeira vez, o número de presos no Brasil²¹⁵. Entretanto, a população prisional no Brasil também apresentou um acréscimo, passando de 148.760 presos em 1995 para 248.685 em 2002, 401.236 em 2006, 423.373 em 2007 e 446.764 presos no ano de 2008.

De acordo com o Relatório Final de Pesquisa do Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas²¹⁶, realizado pelo Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – ILANUD, algumas das crenças relacionadas à aplicação das penas e medidas alternativas não correspondem aos fatos concretos. Nesse sentido, desmistifica a idéia de menores taxas de reincidência e também a de que a pena alternativa se apresenta como uma opção economicamente mais viável, tendo em vista que não se conhecem com exatidão os referidos dados, seja na pena de prisão, seja nas penas alternativas.

Pela pesquisa elaborada, que levou em consideração, dentre outros, os dados acima mencionados, as penas alternativas não lograram êxito em substituir a prisão de forma efetiva, na medida em que houve crescimento da população prisional. Isso se deve a alguns fatores:

- a) “não houve uma transformação dos mecanismos penais, que não se deixaram reformar de acordo com uma nova concepção efetivamente *alternativa* – tanto é que as próprias penas alternativas foram inseridas na legislação pátria de modo a pender inescapavelmente sobre o condenado a ameaça da privação de liberdade”.²¹⁷
- b) o perfil do indivíduo apenado, principalmente pelo delito cometido, não é o da população carcerária. Ainda, como a destinação das penas alternativas geralmente se volta aos delitos patrimoniais de repercussão mais reduzida, os indivíduos não seriam apenados com a prisão, dada a pré-existência de outros institutos, como o *sursis*;

²¹⁵ Em junho de 2008, havia 493.737 pessoas presas (condenados e provisórios) e 498.729 pessoas estavam cumprindo, ou cumpriram no decorrer do 1º semestre de 2008, Pena Restritiva de Direito, popularmente conhecida como Pena e Medida Alternativa (PMA). (Fonte: <http://www.mj.gov.br>)

²¹⁶ Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas. Relatório Final de Pesquisa. Disponível em: <http://www.mj.gov.br>.

²¹⁷ *Idem.* p. 13.

- c) embora a lei preveja a substituição para penas de até quatro anos, os juízes, na maior parte dos casos, decidem pela aplicação das penas alternativas, alcançando índices significativos, para condenados a até um ano ou dois. Assim, as modalidades penais de maior incidência no sistema penal continuam sendo punidas com a pena privativa de liberdade;
- d) a restrição feita para os delitos cometidos com ameaça e violência afastou a possibilidade de aplicação das penas alternativas aos condenados por roubo – que constitui a imensa maioria das causas de condenação –, ainda quando a pena seja inferior a quatro anos.

Desse modo, chega-se a conclusão de que é reduzido o impacto das penas alternativas para a diminuição do contingente prisional, sendo necessária uma reforma legislativa para ampliar as possibilidades de substituição e aplicação dessas penas.

Sobre o tema, no relatório, mencionando obra de Stanley Cohen²¹⁸, afirma-se:

A ampliação da rede de controle social ou, ainda, de ampliação dos dispositivos punitivos do Estado, deve ser cuidadosamente considerada no delineamento de uma política dos substitutivos penais. É o que demonstra Cohen ao concluir que as alternativas à prisão não acarretam a diminuição da população prisional e instauram um sistema de controle social formal mais difuso e, em última instância, insidioso, ao aumentar o alcance dos dispositivos penais e ao tornar mais porosos os filtros do sistema (*widening the net and thinning the mesh*).

Outro fator importante a ser considerado é que os condenados às penas alternativas têm o perfil socioeconômico estreitamente similar ao dos presos. Nesse sentido, o relatório mencionado colaciona²¹⁹:

As informações obtidas demonstram que o controle exercido por meio das penas alternativas também incide mais intensamente sobre o homem jovem, pardo ou negro, com baixa escolaridade, proveniente de estratos sociais mais baixos, no desempenho de atividades que demandam pouca qualificação e são mal remuneradas e, ainda, em situação de trabalho vulnerável. Esse perfil está inclusive

²¹⁸ Na obra “The punitive city: notes on the dispersal of social control” in *Contemporary crisis*, v. 3, p. 339-363, 1979. (*Idem*. p. 12)

²¹⁹ *Idem*. p. 18.

em consonância com a representação de uma criminalidade patrimonial de menor impacto, o que é demonstrado pela incidência predominante do furto entre os crimes que levaram à condenação.

Assim, continua-se a verificar a seletividade do sistema prisional, o que exige um esforço ainda maior dos atores envolvidos na aplicação e execução das alternativas penais para o estabelecimento de um novo paradigma punitivo, rompendo com as práticas e padrões de atuação tradicionais.

Outros dados relevantes do levantamento do ILANUD: a) a modalidade “prestação de serviços à comunidade” é a que apresenta maior incidência, revelando-se ser a mais adequada às finalidades pretendidas pelas alternativas penais, sobretudo pela aproximação e participação da comunidade no processo reintegrador do apenado; b) a existência de uma vara especializada na execução de penas alternativas é de suma importância na efetivação dessas modalidades penais; c) ainda é deficiente o exercício de direitos pelos condenados, como o acesso à justiça, a ampla defesa e o contraditório, em função da ausência ou da precariedade de atuação da Defensoria Pública; e d) ainda são precárias as condições para o monitoramento e fiscalização no cumprimento das penas alternativas.

Em que pese a constatação dessas deficiências, são inegáveis as vantagens proporcionadas pela aplicação das penas alternativas, sobretudo no que diz respeito a seu caráter ressocializador e (re)educativo, principalmente por evitar o contato do indivíduo com o mundo nefasto do interior das prisões e todas as consequências do encarceramento (como criação de organizações criminosas, estigma do ex-presidiário, etc.), permanecendo o condenado no seio da sociedade e a ela servindo para reparar o dano causado pelo delito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a pena privativa de liberdade, após ter servido a um propósito humanitário – substituindo as penas corporais – e de ter sido adotada por praticamente todos os países e legislações, encontra-se em crise, verificada tanto no campo teórico, pela deslegitimação do sistema penal, quanto na prisão em si.

No presente trabalho, procurou-se demonstrar que a prisão não cumpre com os objetivos de ressocialização e de reinserção do recluso, tampouco com os objetivos de

prevenção do delito, princípios esses estabelecidos na exposição de motivos da Lei de Execução Penal. Pode-se afirmar, ainda, que cumpre com os objetivos a que se propôs, quais sejam: selecionar, segregar e inocuizar os condenados, geralmente indivíduos das classes menos favorecidas da população, visto que, em sua origem como pena em si mesma, os objetivos eram o de conter o crescente número de delinquentes, fruto da grande miséria que se abateu sobre a Europa nos Séculos XVI e XVII, e submetê-los ao modo de produção capitalista, camuflados pelo ideal reformador. No Brasil, tendo a pena de prisão surgido em uma estrutura social cindida pela escravidão, essa característica também pode ser verificada, sobretudo quando se observa a população carcerária, em sua grande maioria negros, pardos e mulatos.

Após a Segunda Guerra Mundial, intensificam-se os esforços e preocupações com os direitos humanos na comunidade internacional, principalmente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, constatando-se um fortalecimento das políticas criminais que visavam a diminuir ou a restringir os males causados pela prisão, culminando na aprovação das Regras de Tóquio pela ONU, em 1990.

No Brasil, com a reforma de 1984, reforçada pela Lei n. 9.714/98, seguindo as tendências mundiais, buscou-se minimizar a crise da pena de prisão, através da implantação das Penas Alternativas. No entanto, a falta de vontade política, de dotação orçamentária, de infra-estrutura, dentre outros fatores, determinaram a má aplicação dessas penas.

Em que pese a previsão das Penas Alternativas ter sido inserida em nosso ordenamento nos idos de 1984, apenas a partir do ano 2000, com a criação da CENAPA e outras ações do Ministério da Justiça, tornou-se mais eficiente e efetiva a aplicação das penas e medidas alternativas.

Hoje, com a constatação de que o número de condenados que cumprem pena alternativa superou o dos que cumprem pena de prisão, conclui-se por um significativo avanço do sistema penal alternativo brasileiro. Contudo, o número de apenados com a prisão continua a crescer. Assim, apesar de inegáveis as vantagens obtidas com a aplicação das penas restritivas de direitos, é necessária certa cautela ao se concluir pelo sucesso ou fracasso das penas alternativas nos seus principais objetivos, que são os de evitar o encarceramento e esvaziar as prisões. Para se alcançar esses objetivos é necessária uma ação mais contundente do legislador e também dos operadores do direito e da sociedade, através de uma política criminal de descriminalização, despenalização, descarcerização e desinstitucionalização mais abrangente,

no sentido de ampliar a possibilidade de substituição pelas penas alternativas, reservando-se a prisão apenas para os crimes mais graves, aos quais ela ainda é indispensável.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, Agnaldo. *As Penas Alternativas no Modelo de Justiça Criminal Brasileiro*. Dissertação de Mestrado em Direito. Rio de Janeiro: Universidade Candido Mendes, 2004. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/mestrado/servidor/penas_alternativas_mod_brasileiro.pdf>

ALBERGARIA, Jason. *Comentários à lei de execução penal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1987.

ANDRADE, Vera Regina P. de. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum*. BuscaLegis.ccj.ufsc.br. Revista nº. 30. Ano 16 - junho de 1995 - p. 24-36.

Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/10713/10278>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

_____. *A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANTUNES, Ruy da Costa. *Problemática da Pena*. Dissertação apresentada à faculdade de direito da universidade do recife no concurso para professor catedrático de direito penal. Recife, 1958. Disponível em <http://www.portamedico.org.br/biblioteca_virtual/prob_da_pena/cap3.asp#10>. Acesso em: 19 mai. 2009.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARRAL, Welber O. *Metodologia da pesquisa jurídica*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002. (Coleção a obra-prima de cada autor)

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Novas Penas Alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Pena de Prisão Perpétua*. Texto baseado nas notas taquigráficas de conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF. REVISTA CEJ, V. 4 n. 11 mai./ago. 2000. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/345/547>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Publicada no Diário Oficial da União n. 191-A, de 5 de outubro de 1988.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jun. 2009.

_____. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2009.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2009.

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2009.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2009.

_____. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.** Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2009.

_____. **Lei nº 9.695, de 20 de agosto de 1998.** Acrescenta incisos ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, e altera os arts. 2º, 5º e 10 da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 out. 2009.

_____. **Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2009.

_____. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001.** Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2009.

_____. **Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.** Altera os arts. 60 e 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 out. 2009.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 out. 2009.

_____. **Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007**. Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 out. 2009.

CALHAU, Lélío Braga. *Cesare Lombroso: Criminologia e a Escola Positiva do Direito Penal*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 210, 1 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4538>>. Acesso em: 12 jun. 2009.

CAPELA, Fábio Bergamin. *Pseudo-evolução do Direito Penal*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2795>>. Acesso em: 14 jun. 2009.

CAPPI, Carlo Crispim Baiocchi. *As regras de Tóquio e as medidas alternativas*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3118>>. Acesso em: 07 set. 2009.

COUTO, Ana Cláudia da Costa. *Execução Penal Brasileira x Princípio da Finalidade*. Dissertação de Mestrado em Direito para as Organizações Públicas e Privadas. UNIVALI – SC, 2003.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 5ª ed. Atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DUARTE, Maria Carolina de Almeida. *Política criminal, criminologia e vitimologia: caminhos para um direito penal humanista*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1236, 19 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9150>>. Acesso em: 10 set. 2009.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 29ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. 2ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção temas atuais de direito criminal – v. 1)

_____. *Funções da pena e da culpabilidade no direito penal brasileiro*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008161904415>. Acesso em: 20 jul. 2009.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O Sistema Penal em Questão*. Tradução de Maria Lúcia Karam. 2ª ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

ILANUD/Brasil – Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente. **Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas**, realizada entre dezembro de 2004 e janeiro de 2006, em virtude de convênio celebrado com o Ministério da Justiça por meio do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN/MJ). Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 8 out. 2009.

JAIME, Silena. *Breves reflexões sobre a política criminal*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1155, 30 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8860>>. Acesso em: 18 jun. 2009.

JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Regras de Tóquio*, tradução de Damásio de Jesus. São Paulo: Edições Paloma, 1998

LEAL, João José. *Curso de Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris/FURB, 1991.

LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002. (Coleção a obra-prima de cada autor)

MAIA NETO, Cândido Furtado. *Política Penitenciária Mundial; Análise histórica do passado, referências ao presente - Medidas Alternativas à Prisão*. - Trabalho de contribuição ao I Congresso de Direito Penal do MERCOSUL, de 19 a 21 de agosto de 1998, Blumenau-SC. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.pro.br/artigos.php?id=111>>. Acesso em: 04 jun. 2009.

MARCÃO, Renato; MARCON, Bruno. *Rediscutindo os fins da pena*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2661>>. Acesso em: 19 abr. 2009.

MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (coordenador). *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MARTINS, Jorge H. S. *Penas Alternativas*. Curitiba: Juruá, 1999.

MARX, Karl. *O Capital: Crítica da Economia Política. Livro Primeiro: O Processo de Produção do Capital. Volume II.* Tradução de Reginaldo Sant'Anna. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil S.A., 1989.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal, volume 1: Parte Geral.* 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: ATLAS, 2009.

MONTEIRO, Marcelo Valdir. *Penas Restritivas de Direito.* Campinas: Impactus, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ROCHA, Fernando Antonio N. Galvão da. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica.* São Paulo: *Revista de direito ambiental*, v.7, n.27, jul./set., 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social.* Tradução de Pietro Nassetti. Coleção a obra-prima de cada autor. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

SÁ, Geraldo Ribeiro. *A Prisão dos Excluídos: origens e reflexões sobre a pena privativa de liberdade.* Rio de Janeiro: Diadorim Editora Ltda., 1996.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *O Direito Penal e a Criminalidade.* Disponível em www.jfrn.gov.br/docs/doutrina102.doc. Acesso em: 18 jun. 2009.

SILVESTRE MARINHO, Renato. A pena de prisão como medida de "ultima ratio". **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2009, 31 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12164>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

SOUZA E SILVA, Marisya. *Crimes Hediondos & Progressão de Regime Prisional*. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

TERRA, Willian de Oliveira. *Inovação legislativa em matéria penal: uma delicada solução no combate ao delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 12, p. 201-5, out/dez, 1995.

VARELLA, Dráuzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.