



**CENTRO UNIVERSITÁRIO EURO-AMERICANO
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA POLÍTICA**

FABIANA LANDIM DE FREITAS

**O PROGRAMA NACIONAL DE PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS
E A SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A REDUÇÃO DA SUPERLOTAÇÃO
DOS PRESÍDIOS NO BRASIL**

BRASÍLIA/ JULHO/ 2015

FABIANA LANDIM DE FREITAS

**O PROGRAMA NACIONAL DE PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS
E A SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A REDUÇÃO DA SUPERLOTAÇÃO
DOS PRESÍDIOS NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciências Políticas do Centro Universitário Unieuro, como exigência parcial para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Políticas.

Orientador: Prof. Dr^o: Henrique Smidt
Simon

Brasília/ julho/ 2015

FABIANA LANDIM DE FREITAS

**O PROGRAMA NACIONAL DE PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS E A SUA
CONTRIBUIÇÃO PARA A REDUÇÃO DA SUPERLOTAÇÃO DOS PRESÍDIOS NO
BRASIL**

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof^o. Dr^o. Henrique Smidt Simon

Prof^a. Dr^a. Lídia de Oliveira Xavier

Prof^o. Dr^o. Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes

Brasília/ julho/ 2015

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, em primeiro lugar, pela minha saúde, coragem e perseverança de cada dia, sem Ele nada seria possível.

À minha família, pelo apoio e carinho incondicional; pessoas que sempre acreditaram em mim e às quais devo tudo o que sou.

E, em especial, ao meu orientador, o Professor Henrique Smidt por sua contribuição e apoio na construção desse trabalho.

RESUMO

O objetivo geral desta pesquisa é verificar como o Programa Nacional de Penas e Medidas Alternativas podem reduzir e minimizar a crise penitenciária que hoje se apresenta nos presídios de todo o país. O método de procedimento a ser seguido é o monográfico, onde foi realizada uma pesquisa bibliográfica, através da compilação de artigos, leis, materiais on-line, doutrinas e a Ciência Política. Assim, busca-se que se tenha um maior entendimento sobre o Programa Nacional de Penas e Medidas Alternativas, e como elas podem contribuir para a redução da superlotação nos presídios e evitar que o agente que cometa os crimes de menor potencial ofensivo não precise passar pela terrível experiência de cumprir sua pena dentro de um sistema prisional. A aplicação de penas alternativas à prisão é fruto da evolução das diversas formas e modalidades de pena que existiram em nosso ordenamento jurídico. Ao longo da história do direito penal, pautados por teorias e princípios que norteiam a atuação legislativa nas normas de direito penal, os agentes políticos desenvolveram linhas políticas públicas que refletissem a proporcionalidade entre o crime e a pena aplicada ao infrator. A partir da história do surgimento da política pública objeto do presente estudo percebe-se o relevante papel do programa nacional de penas alternativas para o sucesso ou fracasso dos resultados da aplicação da pena. O programa nacional de penas alternativas é o responsável por traçar diretrizes nacionais para a correta implementação e fiscalização das penas alternativas aplicadas no Brasil.

Palavras-chave: Políticas públicas. Sistema prisional. Superlotação. Penas alternativas.

ABSTRACT

The overall objective of this research is to see how the National Program feathers and Alternative measures can reduce and minimize the penitentiary crisis that stands today in prisons around the country. The method of procedure to be followed is the monograph, where an extensive literature search was conducted by compiling articles, laws, online materials, doctrines. Thus, it seeks that have a greater understanding of the National Program of feathers and Alternative Measures, and how they can contribute to reducing overcrowding in prisons and prevent the agent who commits the crimes of lesser offensive potential need not go through terrible experience of serving his sentence in a prison system. The application of alternatives to imprisonment is the result of the evolution of the various forms and penalty arrangements that have existed in our legal system. Throughout the history of criminal law, guided by theories and principles that guide the legislative action in criminal law, politicians developed public policies that reflect the proportionality between the crime and the sentence imposed on the offender. From the history of the emergence of public policy purpose of this study we can see the role of the national program for alternative sentencing for the success or failure of the results of the application of the penalty. The national program for alternative sentencing is responsible for tracing national guidelines for the proper implementation and enforcement of alternative sanctions applied in Brazil.

Keywords: Public policies. Prison system. Overcrowding. Alternative sanctions.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1	16
TEORIAS SOBRE A FUNÇÃO DA PENA	16
1.1 TEORIAS DAS PENAS	17
1.1.1 Teoria absoluta ou retributive	17
1.1.2 Teoria relativa ou preventive das penas privativas de liberdade	22
1.1.3 Teoria mista ou unificadora da pena	27
1.2 DISCURSO REAL/ TEORIA CRÍTICA DA PENA	29
1.2.1 A crítica negativa/ agnóstica.....	29
1.2.2 A crítica materialista/ dialética	32
CAPÍTULO 2	40
ESTRUTURA JURIDICA DA PENA E DA EXECUÇÃO PENAL	40
2.1 DIREITOS E GARANTIAS DO PRESO	40
2.2 A FUNÇÃO PUNITIVA NA PÓS-MODERNIDADE: A NEUTRALIZAÇÃO DO SUJEITO DESVIANTE	49
2.3 SISTEMA PENAL E CONTROLE SOCIAL	56
2.4 A HUMANIZAÇÃO DA PENA DE ZAFFARONI	59
CAPÍTULO 3	67
SITUAÇÃO CONCRETA DO SISTEMA CARCERÁRIO POLÍTICA NACIONAL DE PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS	67
3.1 CONCEITO DE PENAS ALTERNATIVAS	67
3.2 FUNÇÕES DAS PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS	70
3.3 ESPÉCIES DE PENAS ALTERNATIVAS	72
3.3.1 Pena pecuniária	73
3.3.2 Perda de bens e valores.....	74
3.3.3 Prestação de serviços a comunidade ou a entes públicos	75
3.3.4 Interdição temporária de direitos	77
3.3.5 Limitação do fim de semana.....	78
3.4 DA EFETIVIDADE AO BENEFÍCIO DAS PENAS ALTERNATIVAS	80
3.5 A POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA	81
3.6 A REALIDADE DO QUE É OFERECIDO AO PRESO NO BRASIL	85

3.7 A FALTA DE POLÍTICA PARA A REDUÇÃO DA PROBLEMÁTICA NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO	89
3.8 ESTRUTURA NECESSÁRIA À IMPLANTAÇÃO DA POLÍTICA DE PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS	92
3.9 MEDIDAS USADAS PARA GARANTIR A EFETIVIDADE.....	96
3.9.1 O Sistema das Centrais de Acompanhamento das Penas e Medidas Alternativas (CEAPAS).....	98
3.9.2 Penas e Medidas Alternativas aplicadas no Distrito Federal.....	103
CAPÍTULO 4	108
DOS BENEFÍCIOS DAS PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS PARA O SISTEMA PENITENCIÁRIO	108
4.1 FINALIDADE DA PENA E MEDIDAS ALTERNATIVAS PARA REINTEGRAÇÃO SOCIAL.....	108
4.2 BENEFÍCIOS DAS PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS	110
4.3 DAS DESVANTAGENS E DEFICIÊNCIAS	112
4.4 FINALIDADE DA APLICAÇÃO E EXECUÇÃO PARA A REINTEGRAÇÃO SOCIAL.....	114
4.5 LEGITIMIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	119
CONCLUSÃO	132
REFERÊNCIAS.....	136

INTRODUÇÃO

A aplicação de penas alternativas à prisão é fruto da evolução das diversas formas e modalidades de pena que existiram no ordenamento jurídico pátrio. Ao longo da história do direito penal, pautados por teorias e princípios que norteiam a atuação legislativa nas normas de direito penal, os agentes políticos desenvolveram políticas públicas que refletissem a proporcionalidade entre o crime e a pena aplicada ao infrator.

Tal situação levou estudiosos a pensar em novas alternativas para execução das penas, onde essas pudessem criar mecanismos de fato de ressocialização. No ponto de vista atual, a execução da pena privativa de liberdade traz como consequência questões como: mau gerenciamento dos recursos públicos, superlotação dos presídios e penitenciárias, condições subumanas das instalações carcerárias, alto índice de reincidência, dentre outros.

No entanto, desde 1984, vêm sendo introduzidas alterações na legislação que visam a orientação da Organização das Nações Unidas, no sentido da adoção de penas não privativas de liberdade. Por exemplo, a Pena de Prestação de Serviços à Comunidade é prevista como pena restritiva de direitos no Código Penal Brasileiro – Decreto Lei n.2.848 de 07/12/40 de acordo com a reforma da Lei nº 7.209 de 11/06/ 84 – e consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas em entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais, conforme suas aptidões. Essas tarefas deverão ser cumpridas durante oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho do apenado.

Com o advento da Lei 9.714 de 1998, houve uma ampliação no âmbito de incidência das penas restritivas de direitos, passando a ser aplicáveis até mesmo para infrações mais graves, cuja condenação seja por prazo inferior a quatro anos. Essa modificação quebrou a harmonia sistemática da legislação anterior, vulnerando a proporcionalidade da resposta jurídica e causando a paradoxal situação de termos, no nosso sistema, reprimendas mais graves para crimes mais leves e vice-versa.

As alterações provocadas pela lei 9.714/98 geraram inúmeras discussões entre os intérpretes e aplicadores do direito, especialmente com relação ao aumento do limite da pena imposta, de um para quatro anos, pois tal disposição alcançará um grande número de condenações. É também considerada uma lei liberal, tendo entrado em vigor num momento em que são registrados altos índices de violência. Através deste diploma legal, apostou o legislador numa política criminal mais branda e contrária ao encarceramento.

Após a introdução na legislação brasileira dessa nova sanção penal e das diversas alterações legislativas que adequaram os crimes para a aplicação dessa nova modalidade de pena, os agentes políticos perceberam que não bastava a previsão legal mais a falta de um aparato estatal para viabilizar a aplicação de medidas alternativas à prisão estava inviabilizando a adoção dessa modalidade penal. Uma vez constatada a inefetividade das penas alternativas por falta de uma política pública voltada a garantir meios de aplicação e fiscalização das penas alternativas à prisão foi desenvolvido o Programa Nacional de Penas e Medidas Alternativas - PNPMA criado com a finalidade de garantir os meios necessários para a efetividade nacional das penas alternativas.

Portanto, o PNPMA, surge como instrumento apresentado pelas políticas públicas para concretização dos Direitos Fundamentais. Para tornarem-se efetivos é necessária a atuação da Administração Pública, dos órgãos e poderes do Estado na sua consecução. O arcabouço normativo que constitui as políticas públicas deve trazer a sua legitimação e eficiência. Para tanto, os direitos fundamentais e o Estado de Direito devem ser percebidos como realidades que estão interligadas e se condicionam mutuamente. O Estado de Direito é a figura política em que os poderes atuam de forma autônoma e independentemente e são submetidos á legalidade que garante os direitos fundamentais dos cidadãos. Dessa forma, as políticas públicas têm sua legitimidade e eficiência ao garantir a efetivação do PNPMA no Estado Constitucional.

As mazelas, verificadas no sistema prisional, no cárcere privado dos presos desafia o Estado a agir. As políticas públicas em um Estado Democrático de Direito, devem ser voltadas para a realização de objetivos coletivos, notadamente a redução das violações dos direitos que os presos sofrem diariamente nos presídios de todo

país produzindo assim justiça social.

A partir de tal percepção e dados que serão apresentados neste estudo, pode-se sintetizar que a proteção social, sendo um sistema, traduz um pacto assegurado e regulado de responsabilidade pública para com a população carcerária, a ser concretizado através de políticas sociais públicas, que se organizam no sentido de satisfazer certas necessidades sociais reconhecidas desta população.

O PNPMA vem justamente ao encontro destas necessidades, sendo que as penas e medidas alternativas tem como objetivo, justamente a redução da superlotação dos presídios do país, entre outras. No entanto, apresentam enormes dificuldades no seu funcionamento. São poucos estados da federação que executam essas penas e medidas alternativas, contribuindo assim, para um sistema que está em franco declínio, pois os presídios não comportam mais presos.

Apesar de criação e implementação dos institutos com o objetivo da efetividade das penas alternativas, no sistema penal brasileiro, principalmente nos anos 90, o que se verificou, até o término da década, foram poucas iniciativas de criação de estruturas apropriadas e satisfatórias para o acompanhamento, a fiscalização e o monitoramento da execução das penas e medidas alternativas, o que deixou margem para a criação da cultura que adota esta forma de punição no mundo jurídico. Acredita-se que está cultura contra as penas e medidas alternativas deva-se ao fato de associarem a impunidade, onde os delinquentes de fato não são punidos por meio das alternativas penais.

Entretanto, pode-se considerar que as Penas e Medidas Alternativas – PMAs se configuram como uma modalidade de execução que atravessa os muros das prisões e que é de fato cumprida, desde seu início, tornando a comunidade um campo de responsabilização e de reparação penal. Visto que é uma modalidade penal que deixa de demandar as contenções físicas dos muros, grades, celas responsáveis pelo controle penal (prisional), por outro, produz um novo modelo de monitoramento penal, cujo funcionamento e cuja existência são regulados pelas equipes técnicas, em conjunto com a rede social de apoio, definida pelos locais que receberão os cumpridores de PMAs para o desenvolvimento de alguma atividade transformada em sanção penal. Nesse sentido, é preciso, provocar uma discussão

pública, nos diferentes espaços sociais, sobre os critérios punitivos e sua relação com a questão social, os antagonismos apresentados, a guerra contra o crime e guerra contra o cárcere são questões que devem ser debatidas entre os operadores de direito e o Estado.

O papel do Estado como incentivador da valorização dos fundamentos sociais e institucionais, mediante políticas públicas voltadas à redução das desigualdades é o escopo de uma necessária redefinição de propostas democráticas e a materialização de um processo de mudança do paradigma normativo que atendam às necessidades e utilidades sociais como forma de reconhecimento de novos sujeitos coletivos e conseqüentemente novos direitos.

As penas e medidas alternativas por serem observadas por amplos setores, inclusive do Ministério da Justiça, como uma solução ideal na repressão dos delitos de pequena ofensividade e que pode contribuir muito para reduzir a crise do sistema penitenciário brasileiro, que ainda mantém presos os infratores ocasionais sem maior periculosidade, junto com infratores que realmente devem ser segregados, pelo risco que podem causar a sociedade, se soltos. Portanto, verifica-se que o PNPMA apesar das dificuldades em implementá-lo, é uma política pública que pode ser eficiente quanto ao seu objetivo. Por está razão optou-se pela escolha deste tema, onde se dá o interesse pessoal em conhecer um pouco mais sobre as Penas Alternativas, sua aplicabilidade, vantagens e desvantagens, assim como a alternativa para auxiliar na crise do sistema prisional do país ou nas superlotações dos presídios.

Assim sendo, a presente dissertação traz como problema: “as penas alternativa podem ser uma ferramenta utilizada para a redução da superlotação nos presídios?” visto que, o acompanhamento das discussões sobre o tema nos permite perceber que as penas alternativas encontram defensores na comunidade em geral, por três motivos básicos. Primeiro, por se contraporem diretamente ao encarceramento e seus efeitos perversos, tais como: tornar o indivíduo improdutivo, afastá-lo da sociedade, desamparar seus familiares, aumentar sua revolta, corromper, agindo inclusive de maneira preventiva ao não possibilitar contato entre pessoas que cometeram delitos de naturezas e gravidade diversos.

Segundo, por sua efetiva viabilidade, sendo desnecessário qualquer

investimento de porte para sua aplicação. Terceiro, tal argumento leva em consideração o colapso do sistema prisional e a necessidade de criação de uma eficaz resposta à sensação de impunidade geral.

A hipótese que se chegou foi de que as penas alternativas se tornaram a melhor resposta penal para os crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, que são de pouca duração, e podem ser executados fora do sistema prisional. Desse modo, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, ou seja, penas alternativas são mais benéficas ao condenado e a coletividade no que diz respeito às finalidades de punição. Nesta frente, a preocupação maior é criar espaços para que os jovens e adultos que prestam serviços comunitários, como medida sócio educativa/pena, experimente a aplicação de trabalho social e comunitário, que percebam a necessidade e a utilidade desse tipo de trabalho social. O objetivo final é extrair das pessoas aquilo que elas possuem de positivo, sua capacidade produtiva, entendendo o trabalho como agente socializador e de aumento de sua autoestima, e despertar a vocação pelos serviços comunitários. Isto em oposição ao que comumente ocorre com as penas comuns, que geram mais agressividade e revolta.

O objetivo geral desta pesquisa é verificar como o Programa Nacional de Penas e Medidas alternativas (PNPMA) pode reduzir e minimizar a crise penitenciária que hoje se apresenta nos presídios de todo o país. Já os objetivos específicos visam: abordar o estudo da pena, sendo apresentado seu conceito e evolução histórica; realizar levantamento histórico do Programa Nacional de Penas e Medidas Alternativas e sua evolução; apresentar a instrumentalização das penas e medidas alternativas e o suporte que o Programa Nacional de Penas e Medidas alternativas oferece para sua eficácia como Políticas Públicas de Segurança.

O método de pesquisa foi a revisão bibliográfica, onde foi realizada pesquisa bibliográfica, através de artigos, leis, materiais on-line, doutrinas e autores das ciências políticas. Assim, busca-se que se tenha um maior entendimento sobre o Programa Nacional de penas e medidas alternativas, e como elas podem contribuir para a redução da superlotação nos presídios e evitar que o agente que cometa os crimes de menor potencial ofensivo não precise passar pela experiência de cumprir sua pena dentro de um sistema prisional.

Essa pesquisa prévia ensejará a certeza sobre a importância e necessidade de se aprofundar os estudos em relação ao Programa de Penas e Medidas Alternativas (VIEIRA, 2007). Autores como Albernaz (2009); Araújo (2009); Azevedo (2005); Faleiros (2001); Moreno (2010) e inúmeros autores do Direito farão parte da pesquisa bibliográfica, com o intuito de enriquecer o debate sobre o tema. Também são apresentados autores das ciências políticas como: Wacquant (2007); Perez (2006); Martins Junior (2010); Macaulay (2006) Bobbio (2006); Bonavides (2001).

O primeiro capítulo aborda o estudo da pena, sendo apresentado seu conceito e evolução histórica desde os primórdios, dividido por períodos, uma vez que se busca analisar a pena de prisão, descrevendo as finalidades trazidas pelos manuais de direito penal.

Como no início dos tempos onde vigorava a lei do mais forte que ostentava o poder maior, o qual não estava preso a limites na forma de execução da repressão, podendo, inclusive matar o infrator, escravizá-lo, bani-lo, e até estender a seus filhos as consequências da sanção penal. Era a vingança privada. Chegou, por fim, à vingança pública, a qual, depois, evoluiu para um período a que se chamou de humanitária, o qual veio a combater a repressão penal absolutista.

O segundo debate a crise no sistema prisional, mencionando as questões políticas, os direitos e garantias dos presos brasileiros e da realidade que lhes é oferecida no país. O capítulo faz uma breve discussão sobre as políticas públicas para a redução da problemática no sistema carcerário. E também, quais são as finalidades das penas e medidas para a reintegração social. Esclarecendo também quais as alternativas a pena privativa de liberdade.

O terceiro capítulo apresenta a Política Nacional de Penas e Medidas Alternativas a pena privativa de liberdade. Seu histórico, suas funções, as espécies de penas alternativas vigente hoje no país, da efetividade ao benefício das penas alternativas e seus defensores, as medidas usadas para garantir a efetividade e a estrutura necessária à implantação da política de penas e medidas alternativas, onde apresenta-se um relatório da trajetória do Sistema das Centrais de Acompanhamento das Penas e Medidas Alternativas (CEAPAS).

No quarto e último capítulo são apresentados autores como Bitencourt (2004);

Carvalho Filho (2002); Zaffaroni (2001), Lara (2008) Porto (2006). Mesquita Neto (2006) que defendem os benefícios das penas e medidas alternativas para o sistema Penitenciário. Outro ponto que se destaca são as desvantagens e deficiência do Programa de Penas e Medidas no número de encarcerados. Também, verificou-se a finalidade da aplicação e execução para a reintegração social objetivo primário do programa. Finalizando o capítulo com a importância das políticas públicas para o sistema penal.

CAPÍTULO 1

TEORIAS SOBRE A FUNÇÃO DA PENA

Neste capítulo, tratar-se-á dos principais aspectos das teorias da pena, abordando o discurso oficial e o discurso real, para que possa haver uma melhor compreensão do sistema punitivo da atualidade.

Desde a origem da pena, diversas são as justificativas que buscam fundamentar o poder punitivo estatal, explicar a sua função e com isso, solucionar a criminalidade. Três são os grupos de teorias defendidas, quais sejam: a absoluta ou retributiva, a relativa ou preventiva e a mista, que representam o discurso oficial.

Para a teoria absoluta ou retributiva a pena possui a característica de castigo, consequência do delito praticado. Em contrapartida, a teoria relativa possui a finalidade de prevenção de futuros atos ilícitos. E por fim, a teoria mista, que analisa a função da pena sob os dois aspectos, como retribuição do mal causado e obstrução de novas condutas criminosas.

Portanto, verifica-se que a pena, como ela é aplicada hoje, não pode continuar, pois recorrentemente viola os Direitos Humanos mais básicos. A pena não pode ser vista como algo que irá prevenir os delitos, que irá garantir segurança jurídica de todos, porque isso pode não acontecer em todos os casos. A pena deve existir sim, deve haver uma punição para prática de atos ilícitos, porém nada pode atingir os direitos humanos. Não há como querer que a pena sempre cumpra uma função preventiva especial.

A prevenção contra delitos deve existir de maneira moderada, a pena deve ser amenizada sempre que possível, de forma que uma pena de morte não deve ser admitida em lugar nenhum. Deve-se ter cautela para aplicar penas aos condenados, pois diante do mundo moderno que se vive, as penas cruéis devem ser abolidas. O contexto histórico vivenciado hoje não permite a aplicação de tais penas. Assim, as penas devem ter sentimentos ao serem aplicadas, estamos direcionando elas para seres humanos, os delinquentes devem conseguir ver o seu erro e voltar para o mundo com outra visão, não se tornando reincidentes.

1.1 TEORIAS DAS PENAS

Observa-se que a pena como retribuição é uma forma de o apenado retribuir a sociedade pelo mal que a ela cometeu. Ao analisar desse modo, não basta somente ao criminoso ser preso, ele tem que ser condenado a cumprir uma pena que condiga com o delito por ele praticado. É notório, mais uma vez, que por esse princípio é necessário individualizar a pena, pois ao misturar presos com penas diferentes, pode-se fomentar no detento de menor periculosidade uma curiosidade sobre delitos maiores, a teoria absoluta pode ser denominada também como teoria retributiva, uma vez que visa retribuir com a pena a infração cometida, ou seja, só é punido aquele que cometeu o delito. Visto que, de modo geral, a sociedade contenta-se com a pena privativa de liberdade como espécie de pagamento ou compensação feito pelo apenado, não bastando apenas sanções como penas e medidas alternativas. Constata-se realmente, uma espécie de senso vingativo, onde os criminosos devem pagar da forma mais brutal possível pelos seus crimes contra esta mesma sociedade.

1.1.1 Teoria absoluta ou retributive

O estudo do modelo socioeconômico e a forma de Estado em que se desenvolve um sistema sancionador são essenciais para uma compreensão adequada da pena. Ao longo do tempo, o Estado vem utilizando a pena como forma de controle social e, assim, proteger eventuais lesões a bens jurídicos. Sendo assim, é importante avaliar uma teoria determinada de Estado, relacionando-a com a teoria da pena e o conceito dogmático de culpabilidade adotado.

Tendo como objetivo político a teoria do contrato social, o Estado reduz sua atividade jurídico-penal à obrigação de evitar a luta entre os indivíduos agrupados pela ideia do consenso social. Os indivíduos que contrariassem esse contrato eram qualificados como traidores, pois não cumpriam o compromisso de conservar a

organização social. Não eram mais considerados parte do conglomerado social, mas sim rebeldes, cuja culpa podia ser retribuída como pena.

A essência da pena criminal está na retribuição, reparação ou compensação do mal do crime. Os estudos acerca dos fundamentos das teorias absolutas da retribuição centrou-se durante longo tempo sobre os termos exatos da compensação ou igualdade a operar entre o mal do crime e o mal da pena. A doutrina absoluta reivindica a justiça, assim então, cada pessoa deve ser tratada segundo a sua culpabilidade e não segundo a sorte que na vida se jogam aos comportamentos humanos e as suas consequências.

No entanto, o modelo de Estado que dá origem ao caráter retributivo da pena é o Estado absolutista, que possui como características

[...] a identidade entre soberano e o Estado, a unidade entre a moral e o Direito, entre o Estado e a religião, além da metafísica afirmação de que o poder do soberano era-lhe concedido diretamente por Deus (BITENCOURT, 2009, p. 85).

Sendo assim, no sentido religioso de expiação ou no sentido jurídico de compensação da culpabilidade, a pena como retribuição do crime representa uma imposição de um mal justo contra o mal injusto do crime, necessário para realizar justiça ou restabelecer o direito, segundo a fórmula *punitur, quia peccatum est* ou seja punido, porque pecou. A contribuição deixada pelas teorias absolutas está no sentido de que somente dentro dos limites da justa retribuição é que se justifica a sanção penal. Com efeito, a principal virtude desta concepção retributiva é a ideia de mediação da pena, o princípio da proporcionalidade, dado informativo de qualquer moderna legislação penal.

Conforme Santos (2007, p. 455) explica a pena retributiva é como “[...] a mais antiga e, de certo modo, a mais popular função atribuída à pena criminal”. A teoria retributiva ou absoluta fundamenta a existência da pena unicamente no delito praticado, pune-se o agente porque cometeu o crime (*punitur quia peccatum est*) (PRADO, 2002, p. 443).

Para os retribucionistas é atribuída à pena, exclusivamente a difícil incumbência de realizar a justiça. A pena tem como fim somente fazer justiça. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o

fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, de um homem distinguir entre o justo e o injusto.

São atribuídas quatro explicações para a sobrevivência desta teoria, quais sejam: a) a base antropológica da pena regida pelo talião, expressa no *olho por olho, dente por dente*; b) a influência da religião que concebe a pena a função de vingança, de justiça divina; c) a filosofia idealista ocidental retributiva reafirmada a partir das teorias de Kant e Hegel; d) a consagração do princípio da retribuição na lei penal, constante no artigo 59 do Código Penal como meio “necessário e suficiente para a reprovação do crime”.

Dentre os defensores desta teoria, destacam-se dois pensadores do idealismo alemão, quais sejam: Kant, com a teoria da retribuição moral, e Hegel, com a teoria da retribuição jurídica. Enquanto essa possui uma fundamentação de ordem jurídica, aquela é de ordem ética (BITENCOURT, 2009, p. 87).

Sobre as teorias de Kant e Hegel ensina Prado (2002, p. 443-444):

As concepções absolutas têm origem no idealismo alemão, sobretudo com a *teoria da retribuição moral* de Kant – a aplicação da pena decorre de uma necessidade ética, de uma exigência absoluta de justiça, sendo eventuais efeitos preventivos alheios à sua essência – e com a *teoria da retribuição jurídica* de Hegel – a pena é negação do delito e, de conseguinte, afirmação do Direito.

A teoria de Kant, a justiça retributiva era entendida como imperativo categórico, ou seja, um mandamento que representa a ação em si mesma, sem qualquer outra finalidade. Deste modo, era obrigação do soberano castigar aquele que transgrediu a lei. Uma característica marcante do pensamento Kantiano é a forma como considera relevante o livre arbítrio para o Direito.

Quando se fala em pena, a força que essa palavra possui é muito grande, há uma ideia de imposição. É quase impossível separar as noções de pena e aflição, talvez isso não seja possível. Penar significa sofrer, afligir, padecer, sentir ou causar dor. Não há como caracterizar a palavra pena sem relacioná-la aos sentimentos do ser humano, pena é sofrimento, ou, curiosamente, compadecimento com aquele que sofre.

Permanece neste raciocínio, o ensinamento de Bitencourt (2009, p. 88), quando sustenta que para Kant:

Direito é um conjunto de condições através das quais o arbítrio de um pode concordar com o arbítrio de outro, seguindo uma lei universal ou geral. Daí se deduz seu princípio universal de Direito que diz: 'é justa toda ação que por si, ou por sua máxima, não é um obstáculo à conformidade da liberdade de arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais'. Admite, pois, que o Direito deve levar em consideração as ações das pessoas na medida em que estas possam gerar influência recíproca e, além disso, aceitar que junto ao Direito se encontre a possibilidade de coação: o Direito e a faculdade de obrigar são, pois, a mesma coisa'.

De acordo com as proposições filosóficas de Kant, a pena possui o objetivo único de realizar justiça, que como lei inviolável, é "[...] todo aquele que mata deve morrer, para que cada um receba o valor de seu fato e a culpa do sangue não recaia sobre o povo que não puniu seus culpados" (BITENCOURT, 2009, p.99).

Percebe-se que tal teoria possui um caráter metafísico, intercalando-se entre divino, moral e jurídico. A pena era apenas retributiva, não havendo preocupação com a pessoa do delinquente, fato este que teria contribuído para a vulnerabilidade da teoria. A pena pode gerar efeitos relevantes diversos, como por exemplo, o de intimidar os indivíduos, o de neutralizar os criminosos ou até mesmo o de ressocializar os infratores, contudo a sua natureza não se modifica.

Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 89) explana, com clareza, o exemplo elaborado por Kant para representar sua crença na justiça retributiva:

[...] se uma sociedade civil chegasse a dissolver-se, com o consentimento geral de todos os seus membros, como, por exemplo, os habitantes de uma ilha decidissem abandoná-la e dispersar-se, o último assassino mantido na prisão deveria ser executado antes da dissolução, a fim de que cada um sofresse a pena de seu crime e que o homicídio não recaísse sobre o povo que deixasse de impor esse castigo, pois poderia ser considerado cúmplice desta violação pura da Justiça.

A espécie e a medida da pena, no entendimento de Kant, devem ser valoradas de acordo com a lei de talião (*ius talionis*), sob o argumento de que o mal que fazes ao outro, faz a ti mesmo. A exemplo disso, se matares ou maltratares, matará ou maltratarás a ti mesmo (BITENCOURT, 2009, p. 89).

Na concepção kantiana a pena é considerada um fim em si mesma, ou seja, se esgota no sentido da retribuição, sendo assim, não há que se falar em ressocialização do delinquente, reparação do dano, tampouco na solução da criminalidade, o Estado apenas compensa o acusado pelo mal causado a determinado bem jurídico (WELZEL, 2003, p. 331).

Passando a análise da teoria da retribuição jurídica de Hegel, esta se caracteriza pela negação da negação do direito, o que significa que “[...] a pena encontra sua justificação na necessidade de restabelecer a vigência da ‘vontade geral’, simbolizada na ordem jurídica e que foi negada pela vontade do delinquente” (BITENCOURT, 2009, p. 89).

Verifica-se, portanto, que aqui o ato cometido pelo sujeito culpável deve ser retribuído, e com isso o delinquente sofre um mal como forma de recompensar o mal causado e recuperar o “*status quo ante*”, e “[...] de acordo com o *quantum* ou intensidade da negação do direito será também o *quantum* ou intensidade da nova negação que é a pena” (BITENCOURT, 2009, p. 90).

Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 90) destaca de forma bastante clara a questão da contradição de vontades, característica marcante na concepção de Hegel:

[...] o Direito vem a ser a expressão da vontade racional – vontade geral -, uma vez que, sendo uma organização racional significa uma liberação da necessidade. A racionalidade e a liberdade são, pois, para Hegel, a base do Direito. O delito, entendido como a negação do Direito, é a manifestação de uma vontade irracional – vontade particular -, configurando assim essa comum contradição entre duas vontades.

Cumprido ressaltar, no entanto, que diferentemente do Kant, Hegel acreditando que a pena visa restabelecer a ordem jurídica violada, entende que a pena não é

apenas um prejuízo aplicado pela existência de um prejuízo anterior. Sustenta, ainda, que somente através da aplicação da pena trata-se o delinquente como um ser racional e livre (BITENCOURT, 2009, p. 89).

Já no que tange a espécie e medida da pena, este também se alia a lei de talião, porém não a utiliza para fixar sua modalidade, mas para demonstrar sua equivalência.

A essência da pena é retribuição” deve ser analisada sob múltiplos sentidos, chegando à conclusão que o produto resgatável da suposta retribuição, entendida como princípio regulador, pode ser preferencialmente chamado de princípio da mínima proporcionalidade da intervenção punitiva, considerando-o um dos limites aos quais deve subordinar-se o exercício do poder punitivo, não por derivação de alguma natureza nem função retributiva da pena, e sim pela necessidade de conter a irracionalidade do poder.

E para tanto, essa doutrina dificulta uma tentativa de ressocialização do infrator e de uma possível restauração da paz jurídica de determinada sociedade afetada pelo crime, isto é, mostra-se inimiga de qualquer atuação preventiva e também de uma possibilidade de controle e domínio da criminalidade.

1.1.2 Teoria relativa ou preventive das penas privativas de liberdade

As teorias relativas consideram a pena como instrumento de prevenção e, contrariamente às teorias absolutas, são teorias de fins. As teorias relativas defendem a prática da prevenção. A pena é uma forma de intimidação. O fim da pena é uma prevenção geral, quando intimada toda a sociedade, e uma prevenção particular, quando impede que o delinquente pratique novos crimes.

Na teoria relativa à pena possui um fim prático de prevenção geral ou especial do crime. A prevenção especial se dá porque a pena visa à ressocialização do criminoso como forma de impedir que volte a delinquir, já a prevenção geral ocorre pela intimidação direcionada ao meio social.

O caráter preventivo da pena desenvolveu-se no período do Iluminismo, com a transição do Estado absoluto ao Estado liberal, e a pena passa a ser baseada nos princípios que os filósofos do Iluminismo opuseram ao absolutismo, ou seja, livre arbítrio ou medo. “O pressuposto antropológico supõe um indivíduo que a todo momento pode comparar, calculadamente, vantagens e desvantagens da realização do delito e da imposição da pena”(BITENCOURT, 2009, p. 94).

Sendo assim, a pena passa a se apoiar na coerção psicológica exercida em face do indivíduo para que vença os impulsos que o pressionam em favor do delito. Assim como a teoria absoluta, a pena é considerada um mal necessário, porém contrapondo a ideia de realização de justiça, na teoria relativa a pena possui a função de inibir a prática de novos delitos.

Beccaria (2006, p. 109), como um dos principais defensores da teoria preventiva, afirma que a função da pena é impedir que o delinquente volte a delinquir, assim como sirva de exemplo para os demais. Para tanto, sustenta:

[...] melhor prevenir os crimes que puni-los. Esta é a finalidade precípua de toda boa legislação, arte de conduzir os homens ao máximo de felicidade, ou ao mínimo de infelicidade possível para aludir a todos os cálculos dos bens e dos males da vida [...] (BECCARIA, 2006, p. 109).

A prevenção geral se dá pela intimidação da pessoa, na qual a pena previne a prática delituosa porque intimida ou coage os destinatários. Pode ser classificada como prevenção geral negativa, que é o temor produzido nos possíveis delinquentes e em prevenção geral positiva ou integradora, que é o reforço da consciência jurídica da norma e gera três efeitos: aprendizagem, confiança e pacificação social.

A teoria da prevenção geral se subdivide em positiva e negativa. Preventiva positiva quando “[...] a finalidade da pena é fortalecer os valores ético-sociais veiculados pela norma, estabilizar o sistema social ou semelhante.” E preventiva negativa quando “[...] a norma tem por objetivo motivar os seus destinatários a se absterem da prática de novos delitos” (QUEIROZ, 2010, p. 104).

O caráter negativo da prevenção geral é uma concepção antiga, “tradicionalmente identificada como intimidação, temor infundido aos possíveis delinquentes, capaz de afastá-los da prática delitiva” (PRADO, 2002, 444).

Para Paulo Queiroz (2010, p. 104), Feuerbach foi o principal defensor da teoria da prevenção geral negativa com a formulação da “teoria da coação psicológica”, em que o “Estado espera desestimular pessoas de praticarem crimes pela ameaça da pena” (SANTOS, 2007, p. 461).

A teoria defendida por Feuerbach sustenta que os crimes possuem um caráter motivacional que atrelado à ambição do homem serve como impulso a prática delitiva (QUEIROZ, 2010, p. 104). Assim, a “coação psicológica” se dá em dois momentos, quais sejam, o da cominação da pena – representando a ameaça estatal no qual informa “aos membros da sociedade quais ações injustas contra as quais se reagirá” – e aplicação da pena – que fundamenta a cominação penal e reafirma a disposição de cumprir a ameaça realizada (BITTENCOURT, 2009, p. 93).

Segundo Cezar Roberto Bittencourt (2009, p. 93) presumia-se que,

[...] o homem racional e calculista encontra-se sob uma coação, que não atua fisicamente, como uma cadeia a que deveria prender-se para evitar com segurança o delito, mas psiquicamente, levando-o a pensar que não vale a pena praticar o delito que se castiga.

A prevenção geral positiva é uma concepção mais moderna, baseada na exemplaridade. Santos (2007, p. 462) atribui a prevenção geral positiva duas posições principais, a de Roxin (liberal) e de Jakobs (autoritária). Para Roxin (apud SANTOS, 2007, p. 462), o caráter positivo decorre de outras funções declaradas ou manifestas da pena, cuja “[...] legitimação consiste no objetivo de proteção de bens jurídicos, de natureza subsidiária porque existem outros meios mais efetivos de proteção, e de natureza fragmentária porque realiza proteção parcial dos bens jurídicos selecionados”.

Assim, a prevenção geral positiva possui a função de “afirmar a validade da norma penal violada”, e uma vez reafirmada, a norma penal é definida como bem

jurídico-penal, que contrapõe o conceito de bem jurídico estabelecido por Roxin (SANTOS, 2007, p. 462).

Partindo do pressuposto que os destinatários da norma são todas as pessoas, pois “ninguém pode passar sem interações sociais e que por isso devem saber o que delas podem esperar” (QUEIROZ, 2010, p. 106), a função positiva atua como exercício:

(a) de *confiança na norma*, necessário para saber o que esperar na interação social, (b) de *fidelidade jurídica* pelo reconhecimento da pena como *efeito da contradição da norma* e, finalmente, (c) de *aceitação das consequências* respectivas, pela conexão do comportamento criminoso com o dever de suportar a pena.

Assim, para a concepção positiva da prevenção geral “[...] a aplicação da pena tem por finalidade reafirmar à sociedade a existência e força do Direito Penal” (NUCCI, 2007, p. 53).

Assim como a prevenção geral, a prevenção especial busca evitar a prática de futuros delitos, porém, enquanto esta se dirige ao delinquente, aquela se dirige a sociedade. De acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 96-97), as ideias de Von Liszt, assim como as novas concepções acerca da prevenção especial, estão diretamente ligadas à crise do Estado liberal, momento em que ocorre a transição de um Estado guardião para um Estado intervencionista. Com o advento da produção capitalista – resultado do desenvolvimento industrial e científico, crescimento demográfico e urbanização –, inicia-se uma série de conflitos entre “[...] possuidores e não possuidores dos meios de produção, pelas novas margens de liberdade, igualdade e disciplina estabelecidas.”

Diante de tais conflitos, considerados um risco à nova ordem estabelecida, a pena passa a representar a defesa da nova ordem, defesa da sociedade, podendo ser descrita como intimidação, correção e inocuação. A finalidade da pena para os delinquentes ocasionais é a advertência, com função de intimidação, para os que precisam de correção é a ressocialização, e para aquele incorrigível é torna-lo inócuo por tempo indeterminado (QUEIROZ, 2010, p. 109).

Para a teoria da prevenção especial, o delito é considerado um dano social, e o delinquente um perigo social, um anormal. Parte-se do pressuposto que “[...] há homens bons, ou seja, normais e não perigosos, e há homens maus, ou perigosos e anormais. Invocava-se a defesa da sociedade contra atos destes homens anormais ou perigosos [...]” (BITENCOURT, 2009, p. 97).

Sendo assim, pretendia-se a realização de um saneamento social, onde os juízes atuavam como médicos sociais, aplicando o tratamento mais adequado de acordo com as particularidades de cada infrator, é necessário que a aplicação da pena seja realizada de forma individualizada, adaptado a personalidade do autor. Utiliza-se como princípio para medida da pena a periculosidade social do autor, valorando o fato apenas como sintomático.

No entendimento de doutrinadores como Zaffaroni (2006), Santos (2007) e Nucci (2007), a teoria da prevenção especial se subdivide em positiva e negativa.

O aspecto positivo está relacionado à correção, ressocialização, reeducação do infrator. Parte-se do pressuposto de que “[...] pena é um bem para que a sofre, de caráter moral ou psicofísico” (ZAFFARONI *et al*, 2006, p. 116). Esta correção se dá através do “[...] trabalho de psicólogos, assistentes sociais e outros funcionários da ortopedia moral do estabelecimento penitenciário, durante a execução da pena” (SANTOS, 2007, p. 458), buscando preparar o condenado para uma vida nova (BITENCOURT, 2009, p. 53).

Doutro norte, a negativa refere-se à intimidação e neutralização do infrator. Esta função não é considerada exclusiva, mas deve ser aplicada em conjunto com a anterior, ou seja, quando não há possibilidade de ressocialização, aplica-se a neutralização. A neutralização do delinquente se dá através da incapacitação do preso para praticar novos crimes contra a coletividade social durante a execução da pena. Entende-se que a privação da liberdade produz segurança social, pois afastar o delinquente do convívio social garante que não tornará a delinquir, ao menos durante a segregação. E a intimidação ocorre para que não volte a agir da mesma forma (NUCCI, 2007, p. 53).

Portanto, verificou-se que as teorias relativas ou preventivas, em oposição às teorias absolutas, atribuem à pena a finalidade de prevenir crime futuro, inibindo a

prática de novos fatos e reparar o dano do crime praticado. A doutrina da prevenção busca na pena o instrumento político criminal destinado a atuar sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça penal estatuída pela lei. Para determinadas pessoas a pena é vista como uma forma de intimidação pelo mal que fizeram, e que ao final as levarão a não mais cometerem o crime. Mas no entanto para outras, a pena pode ser usada pelo Estado como forma de manter e reforçar a confiança da comunidade na tutela dos bens jurídicos e ordenamento jurídico penal.

1.1.3 Teoria mista ou unificadora da pena

Além das teorias absolutas e relativas, encontram-se as teorias mistas ou unitárias, Estas teorias não visam especificamente retribuir ou prevenir, mas sim retribuir e prevenir ao mesmo tempo. Trata-se então de uma teoria mista como sendo uma unificação da pena. Considera-se a teoria eclética como uma fusão, junção, dos propósitos da prevenção geral e especial. A unificação da pena conjuga tanto a retribuição da pena embasada numa necessidade de reprovação da conduta realizada pelo autor, como a prevenção contra novas ações criminosas regulando o indivíduo para reintegrá-lo na ordem social. Portanto, observa-se que as teorias mistas, como o próprio nome diz, possui uma ideia de retribuição, sendo defendida pelas teorias absolutas e a ideia de prevenção, ideia esta composta pelo C.P brasileiro.

Para Santos (2007, p. 463-464), as teorias unificadas representam a junção das teorias isoladas, “[...] realizada com o objetivo de superar as deficiências individuais de cada teoria, mediante fusão das funções declaradas ou manifestas de retribuição, de prevenção geral e de prevenção especial da pena.”

Esta teoria entende a retribuição somente como critério limitador das exigências de prevenção, e para compreender a pluralidade funcional desta teoria é necessário diferenciar fundamento e fim da pena. A fundamentação deve se dar apenas sobre o fato praticado e o fim da pena é a prevenção.

Sob esta concepção entende-se que a pena justifica-se pela “justiça de seus preceitos” assim como pela proteção de bens jurídicos. Assim, atribui à finalidade da pena as características de utilidade e justiça, e dessa forma, “[...] a pena, ainda que justa, não será legítima se for desnecessária (inútil), tanto quanto se, embora necessária (útil), não for justa” (QUEIROZ, 2010, p. 111).

Esta é a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro, que ao determinar, em seu artigo 59, a aplicação da pena conforme necessário e suficiente à reprovação e prevenção do crime confere a pena o sentido de retribuição da culpabilidade (reprovação), neutralização, intimidação e reforço da confiança na ordem jurídica (prevenção geral e especial).

Assim, a pena representaria (a) *retribuição* do injusto realizado, mediante *compensação* ou *expição* da culpabilidade de, (b) prevenção especial *positiva* mediante *correção do autor* pela ação pedagógica da execução penal, além de prevenção especial *negativa* como segurança social pela *neutralização* do autor e, finalmente, (c) prevenção geral *negativa* através da intimidação de criminosos potenciais pela ameaça penal e prevenção geral *positiva* como *manutenção / reforço da confiança* na ordem jurídica etc. (SANTOS, 2007, p. 464 grifos do autor).

Da análise das teorias que dão origem à esta, verifica-se que a pena se caracteriza como: castigo, com um fim em si mesma; justiça, como consequência do mal causado ao delinquentes; prevenção de novos atos ilícitos, por parte do agente, assim como desestimular os demais a prática de crimes, e conseqüentemente “corrigir” o delinquentes. É possível ver que com o passar dos anos as penas foram ganhando um novo modo de serem aplicadas. Existiram muitas penas cruéis e maldosas, sendo que estas seriam apenas para fazer com o que o criminoso não voltasse a delinquir, sendo feita uma ressocialização do mesmo. Desta forma, é nítido que todas as reformas de nossos dias deixam cada vez mais evidente o descrédito na grande esperança depositada na pena de prisão, como forma quase que exclusiva de controle social formalizado, pois a pena nem sempre está sendo eficaz da maneira que deveria ser. Enfim, propõe-se, assim, que quando necessário, e quase sempre é necessário, que a pena privativa de liberdade seja aperfeiçoada e substituída quando possível e recomendável.

1.2 DISCURSO REAL/ TEORIA CRÍTICA DA PENA

O discurso ou função real, nada mais é do que o controle social, podendo ser considerada como a mais importante. Pode-se entender como definição dos objetivos reais do direito penal, a compreensão do significado político desse setor de ordenamento jurídico, como centro da estratégia de controle social nas sociedades contemporâneas. Vale ressaltar que o sistema penal é o conjunto de ações das agências do poder, sendo que, a princípio, tem o objetivo de combater a criminalidade na busca da segurança pública. No entanto, na prática real de poder do sistema penal observa-se uma atuação inversa ao discurso declarado de seu sistema. Dessa forma, todo o processo de coerção individual e coletiva dos corpos foi baseada nessa tática de técnica militar, enquanto os juristas buscavam a saída na reestruturação do modelo primitivo para reorganizar o corpo social, ela se mostrou como a forma mais satisfatória de efetivação do controle dos corpos pelo Estado.

1.2.1 A crítica negativa/ agnóstica

A teoria negativa ou agnóstica da pena contesta as funções declaradas ou manifestas da pena por considerá-las falsas ou não generalizáveis e renuncia o conhecimento das funções latentes ou ocultas da pena, recuperando com isto o conceito trazido por Tobias Barreto que a pena é um ato de poder político que corresponde ao fundamento jurídico da guerra.

Vale frisar que a negação está relacionada as funções declaradas e manifestas, pois sustenta que não cumpre a função de ressocializar, e a atitude agnóstica está relacionada ao não conhecimento das funções latentes ou reais (ZAFFARONI et al., 2006, p. 99).

Zaffaroni (et al., 2006, p. 96), sustentam que as teorias positivas legitimam o poder punitivo do Estado, pois como “*legitimantes*” do estado de polícia possuem contradições no que tange a defesa do estado policial, assim como a utilização do

estado de direito para legitimar um poder próprio do estado de polícia. Sendo assim, defende a abolição das teorias positivas sob o seguinte argumento:

a) todas elas legitimam de algum modo o estado de polícia; b) as funções positivas concedidas ao poder punitivo são falsas desde o ponto de vista das ciências sociais, não se comprovam empiricamente, provêm de generalizações arbitrárias de casos particulares de eficácia, jamais tendo sido confirmadas em todos os casos ou mesmo em um número significativo deles; c) ocultam o modo real de exercício do poder punitivo e com isso o legitimam; d) só ocasional e isoladamente o poder punitivo cumpre qualquer uma das funções manifestas a ele atribuídas (Zaffaroni *et al.*, 2006, p. 96).

O objetivo central desta teoria é alcançar a segurança jurídica, que nada mais é do que a segurança dos bens jurídicos individuais e coletivos de todos os habitantes, que não ocorre através da pena por suas funções declaradas, mas quando as agências jurídicas decidem de forma a limitar ou conter o poder punitivo do estado de polícia, conseqüentemente ampliando o estado de direito (ZAFFARONI *et. al*, 2006, p. 110).

Dessa forma, esta teoria é fundamentada nos modelos ideais de Estado de Polícia e Estado de Direito presentes simultaneamente no Estado moderno sob a relação de exclusão recíproca (SANTOS, 2007, p. 467).

O modelo ideal de Estado de polícia é caracterizado, em síntese:

Pelo exercício de poder vertical e autoritário e pela distribuição de justiça substancialista de grupos ou classes sociais, expressiva de direito meta-humanos paternalistas, que suprime os conflitos humanos mediante as funções manifestas positivas da retribuição e de prevenção da pena criminal, conforme a vontade hegemônica do grupo ou classe social no poder (SANTOS, 2007, p. 467).

E o modelo ideal de Estado de Direito é caracterizado pela limitação do poder punitivo de estado de polícia, assim como a aplicação das regras dos direitos humanos fraternos, como forma de resolução de conflitos, exercício este que se dá

sob o poder horizontal ou democrático assim como pela distribuição procedimental da justiça (SANTOS, 2007, p. 467).

Neste passo, após a análise dos principais aspectos da teoria agnóstica ou negativa, é possível conceituar a pena como “[...] uma coerção, que impõe uma privação de direito ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos eminentes [...]”, considerada negativa por duas razões: “a) não concede qualquer função positiva de pena; b) é obtido por exclusão (trata-se de coerção estatal que não entra no modelo reparador nem no administrativo direito) [...]” (ZAFFARONI, et al., 2006, p. 99-100).

Portanto, para se viver com harmonia em sociedade são estabelecidas regras de conduta. Assim, quando as normas estipuladas são violadas, tornam-se necessárias medidas que visem restabelecer a ordem. O ponto de partida da história da pena coincide com o ponto de partida da história da humanidade. Em todos os tempos, em todas as raças, são encontradas as penas como uma invasão na esfera do poder e da vontade de outrem.

O encarceramento provoca tanto no indivíduo preso quanto na sua família, problemas físicos e psíquicos, decorrentes das falhas do sistema prisional, assim como, pela sua ausência do seio do lar, indiferente do papel social que exerce. O convívio diário com os familiares é de grande importância, justamente para que o indivíduo não se perceba excluído do meio social em que vive.

Observando as manifestações de alegria e tristeza, não importando o grau de complexidade, há o reconhecimento próprio do indivíduo como membro do grupo social e familiar, principalmente este, do núcleo familiar que para a sociedade importa, ocasiona uma motivação para sua reabilitação.

É certo que, encarcerado cumprindo sua respectiva pena o preso é incapaz de se defender logo permanece passivo a espera da data em que terá a liberdade, assim, o que de melhor lhe espera é a indiferença do mundo exterior quanto a sua pessoa, que é esquecida e abandonada. Frente a muitas tensões, de sentimentos de vergonha e também desespero, resta-lhe muito pouco, salvo a reincidência. A própria família se desestrutura e com ela os laços fraternos, ocasionando assim,

desestabilidade emocional e psíquica do indivíduo, isso se tornará um entrave da ação ressocializadora.

Contudo, há que se lembrar de que pessoas segregadas estão nesta situação pelo fato de não conseguirem usar do livre arbítrio sem comprometer a sociedade pondo ela em risco. No cárcere, serão privadas da oportunidade de exercerem a livre vontade ou escolha e, serão obrigatoriamente inseridas em um sistema de comportamento regrado e automatizado, como se fossem indivíduos controlados por outros ou pelo sistema, com nenhuma iniciativa própria.

1.2.2 A crítica materialista/ dialética

A teoria materialista ou dialética da pena busca demonstrar a natureza real ou latente da retribuição penal nas sociedades modernas, que não possui relação com as funções declaradas da teoria positiva de,

[...] expiação do mal injusto do crime pelo mal justo da pena, como pretendem teóricos da prevenção positiva geral e especial, nem se rediz ao argumento antropológico de sobrevivência da vingança retaliatória, nem pode ser explicada por argumentos filosóficos do tipo imperativo categórico ou dignidade do ser humano, assim como não se confia aos argumentos legais da pena necessária e suficiente para reprovação do crime (SANTOS, 2007, p. 470-471).

A criminologia crítica atribui aos objetivos ideológicos da pena, ou seja, suas funções manifestas, o fracasso do sistema penal e identifica nos objetivos reais, ou seja, funções ocultas, o “[...] êxito histórico do sistema punitivo, como aparelho de garantia e de reprodução do poder social” (SANTOS, 2005, p. 4).

O discurso crítico materialista, conforme o entendimento de Juarez Cirino dos Santos (2007, p. 470-486) tem por objetivo demonstrar a pena criminal como: a) retribuição equivalente do crime; b) prevenção especial como garantia das relações

sociais; c) prevenção geral como afirmação da ideologia dominante e; d) como integração das funções manifestas ou declaradas da pena criminal.

A concepção crítica, dialética ou materialista, que busca explicar a relação entre capital e trabalho assalariado estabelecida nas sociedades capitalistas modernas, onde “a lei penal nada mais é do que uma estrutura (também designada superestrutura) dependente do sistema de produção (infraestrutura ou base econômica)” (SHECAIRA, 2008, p. 100) foi inaugurada por Pachukanis (1988, p. 130 apud SHECAIRA, 2008) em sua obra “*A teoria geral do direito e o marxismo*”, de 1924, em que sustenta:

A pena proporcionada à culpa representa fundamentalmente a mesma forma que a reparação proporcionada ao dano. É a expressão aritmética sobretudo que caracteriza o rigor da sentença [...]. A privação de liberdade com uma duração determinada através da sentença do tribunal é forma específica pelo qual o direito penal moderno, ou seja, burguês-capitalista, concretiza o princípio da retribuição equivalente. Tal forma está inconsciente, porém profundamente ligada à representação do homem abstrato e do trabalho humano abstrato mensurável pelo tempo. [...] Para que a ideia da possibilidade de reparar o delito através de uma multa pela liberdade tenha podido nascer, foi necessário que todas as formas concretas de riqueza social tivessem sido reduzidas à mais abstrata e mais simples das formas, ao trabalho humano medido pelo tempo.

Posteriormente, no mesmo raciocínio crítico, novas teses foram formuladas, destacando como principais as de Georg Rusche e Otto Kirchheimer, Dario Melossi e Massimo Pavarini, e Alessandro Baratta (apud SANTOS, 2007, p. 471-472).

Georg Rusche e Otto Kirchheimer, em “*Punishment and social structure (1939)*”, elaboraram a tese de que “[...] todo sistema de produção tende a descobrir punições que correspondem às suas relações produtivas [...]” demonstrando a relação entre mercado de trabalho e sistema de punição, em que o trabalhador enquanto inserido no mercado de trabalho é controlado pela disciplina da fábrica e quando fora do mercado de trabalho é controlado pela disciplina da prisão (apud SANTOS, 2007, p. 472).

Dario Melossi e Massimo Pavarini, por sua vez, estabelecem uma relação entre o sistema penal e o trabalho de fábrica (obra *Cárcere e Fábrica* de 1977), para isso se baseia nas casas de correção/ casas de trabalho existentes na Holanda, a partir da primeira metade do século XVII, no período que da origem ao capitalismo. A necessidade de estabelecer um instrumento de submissão a este novo regime denominado de capitalismo, fez surgir esta nova forma de segregação punitiva, visando, prioritariamente, que o recluso aprenda a disciplina da produção, bem como para impor a hegemonia de uma classe sobre a outra, constituindo assim “[...] um instrumento de dominação, tanto no aspecto político como no econômico e ideológico [...]” (apud BITENCOURT, 2009, p. 114-116).

Esta tese caracteriza o trabalho de fábrica como principal instituição da estrutura social e o cárcere/sistema penal como principal instituição de controle social do capitalismo, demonstrando, assim, que aquele depende da disciplina deste para manter e reproduzir as relações sociais de dominação/ exploração das classes assalariadas (SANTOS, 2007, p. 472).

Após análise das principais teses críticas, verifica-se que a retribuição equivalente corresponde ao valor de troca, isto é, “[...] valor da mercadoria, determinado pela quantidade de trabalho social necessário para sua produção: o tempo médio de dispêndio de energia produtiva [...]”, no âmbito penal, a pena representa o valor de troca da pena criminal medida pelo tempo de liberdade suprimida (SANTOS, 2007, p. 474).

Para Juarez Cirino dos Santos (2007, p. 475-476), o valor de uso é uma utilidade atribuída ao valor de troca e é considerado eficaz, pois “[...] a desigualdade social e a opressão de classe do capitalismo é garantida pelo discurso penal da correção/ neutralização individual e da intimidação/ reforço da fidelidade jurídica do povo.”

Neste sentido entende Bitencourt (2009, p. 121):

A instituição carcerária, que nasceu junto com a sociedade capitalista, tem servido como instrumento para reproduzir a desigualdade e não para obter a ressocialização do delinquente. A verdadeira função e natureza da prisão está condicionada a sua origem histórica de instrumento assegurador da desigualdade social [...]. O sistema penal facilita a manutenção da estrutura vertical da

sociedade, impedindo a integração das classes baixas, submetendo-as a um processo de marginalização [...] A estigmatização e o etiquetamento que sofre o delinquente com sua condenação tornam muito pouco provável sua reabilitação.

O indivíduo que delinuiu não deve ser tido como um inimigo da sociedade e que esta precise se defender, pois que a sociedade tem aversão ao delito, deste sim todos da sociedade e até o próprio delinquente devem ser defendidos, para evitar a reincidência.

A sociedade participa com maior intensidade na interação e convívio do segregado do regime aberto, e há uma conscientização do que deve ser dispendido para recuperar o condenado, pois é providencial, já que o indivíduo que cometeu delito não é um indivíduo estranho ao meio social, ou ser de outro planeta.

Shecaira (2008, p. 329) afirma que conforme ocorre a industrialização nas sociedades capitalistas a desigualdade entre as classes sociais cresce progressivamente, e as leis penais são aprovadas e aplicadas como forma de manter uma ilusória estabilidade, visto que dessa forma, encobre confrontações violentas entre as classes.

Desta forma, verifica-se que a função real da pena criminal como retribuição equivalente do crime funda-se no valor de troca medido pelo tempo de liberdade suprimida e o tempo de trabalho social necessário na economia. Conseqüentemente, esta concepção da pena criminal exprime um Direito Penal desigual, “[...] como programa de criminalização seletiva de marginalizados sociais do mercado de trabalho, orientado por indicadores sociais negativos” (SANTOS, 2007, p. 489).

A neutralização ou incapacitação seletiva defendida pela teoria da prevenção especial negativa possui aspectos contraditórios, pois:

a) A privatização de liberdade produz maior reincidência – e, por tanto, maior criminalidade -, ou pelos reais efeitos nocivos da prisão, ou pelo controle seletivo fundado na prognose negativa da condenação anterior; b) a privação de liberdade exerce influência negativa na vida real do condenado, mediante desclassificação social

objetiva, com redução das chances de futuro comportamento legal e formação subjetiva de uma auto-imagem de criminoso – portanto, habituação à punição; c) a execução da pena privativa de liberdade representa a máxima desintegração social do condenado, com a perda do lugar de trabalho, a dissolução dos laços familiares, afetivos e sociais, a formação pessoal de atitudes de dependência determinadas pela regulamentação da vida prisional, além do estigma social de ex-condenado; d) a subcultura da prisão produz deformações psíquicas e emocionais no condenado que excluem a reintegração social e realizam a chamada *self fulfilling prophecy*, como disposição aparentemente inevitável de carreiras criminosas; e) prognoses negativas fundadas em indicadores sociais desfavoráveis, como pobreza, desemprego, escolarização precária, moradia em favelas etc., desencadeiam estereótipos justificadores de criminalização para correção individual por penas privativas de liberdade, cuja exceção significa experiência subcultural de prisionalização, deformação pessoal e ampliação da prognose negativa de futuras reinserções no sistema de controle; f) finalmente, o grau de periculosidade criminal do condenado é proporcional à duração da pena privativa de liberdade, porque quanto maior a experiência do preso com a subcultura da prisão, maior a reincidência, e portanto, a formação de carreiras criminosas, conforme demonstra o *labelling approach* (SANTOS, 2007, p. 477-478, grifo nosso).

O sistema penitenciário precário representa a principal fonte do fracasso no tratamento do condenado, tendo em vista que constitui uma realidade violenta e opressiva, reforçando os valores negativos do condenado (BITENCOURT, 2009, p. 111). Possui caráter criminógeno, pois “em vez de coibir determinadas condutas, em verdade cria um clima propício não só para que tais condutas proliferem, como também para que outras atividades criminosas vicejem” (QUEIROZ, 2010, p. 119).

A teoria crítica sobre a prevenção especial positiva é fundada no fracasso da função corretiva da prisão, que abrange o momento de aplicação e de execução da pena criminal. A crise da aplicação da pena consiste na contradição entre o devido processo legal e a realidade do exercício seletivo do poder de punir:

a) por um lado, o discurso do processo legal devido, regido pela dogmática como critério de racionalidade, vê o crime como realidade ontológica pré-constituída, que o sistema de justiça criminal identifica e processa; b) por outro lado, a realidade do exercício seletivo do poder de punir, encoberta pelo discurso do processo legal devido, permite (a) compreender o crime como realidade social construída pelo sistema de controle social, (b) definir criminalização como um bem social negativo distribuído desigualmente pela posição social do autor e (c) identificar o sistema de justiça criminal como instituição

ativa na transformação do cidadão em criminoso (SANTOS, 2007, p. 478).

A impossibilidade de ressocialização do condenado, para Cezar Roberto Bitencourt (2009, p.111), situa-se no fato de pretender recuperar alguém para a vida em liberdade em condições de não liberdade.

Já no tocante a execução da pena, a crítica se dá principalmente quanto a prisionalização que decorre da pena privativa de liberdade, ou seja, ocorre a desculturação dos valores e normas da convivência em sociedade para uma aculturação dos valores e normas de sobrevivência na prisão (SANTOS, 2007, p. 480).

No que tange a prevenção geral negativa, a teoria crítica admite que poderia desmotivar a prática de crimes de reflexão, porém não surtaria efeitos em crimes impulsivos, ou seja, “[...] próprios da criminalidade comum estampada diariamente nos meios de comunicação de massa” (SANTOS, 2007, p. 481).

A função de intimidação, da prevenção geral negativa, está diretamente relacionada a função de neutralização, da prevenção especial negativa, que conseqüentemente cumpre a função de retribuição equivalente, sendo assim, verifica-se que não constituem funções independentes mas aspectos diferenciados de um mesmo fenômeno. A legitimação do Direito penal é simbólico, mas com efeito instrumental invertido. Simbólico por não solucionar a criminalidade, ocorrendo apenas uma solução penal, pois esta legitimação cria uma ilusão sobre a eficiência repressiva no controle da criminalidade. E instrumental invertido, pois gera um controle social desigual incentivado pela repressão seletiva.

O caráter preventivo no controle da criminalidade é extremamente limitado, uma vez que não intervém nos conflitos sociais no momento certo, ou seja, na produção da criminalidade, e sim atua somente na sua manifestação. Dessa forma, verifica-se que tanto a prevenção geral negativa quanto a positiva são discurso que disfarçam a função real ou latente da pena criminal de garantia da ordem social capitalista, fundada na separação força de trabalho/meios de produção, que institui e reproduz relações sociais desiguais e opressivas.

O discurso crítico acerca das teorias mistas ou unificadas afirma que a junção de funções não supre os defeitos das teorias positivas isoladas, quais sejam: “[...] a)

de compensar ou expiar a culpabilidade, b) de corrigir e neutralizar o criminoso e c) de intimidar autores potencias e de manter/reforçar a confiança no Direito [...]” (SANTOS, 2007, p. 486).

De acordo com Santos (2007, p. 486-487), esta teoria possui duas razões principais:

Primeiro, o feixe de funções conflitantes das teorias unificadas não permite superar as debilidades específicas de cada função declarada ou manifesta da pena criminal – ao contrário, as teorias unificadas significam a soma dos defeitos das teorias particulares; segundo, não existe nenhum fundamento filosófico ou científico capaz de unificar concepções penais fundadas em teorias contraditórias, com finalidades práticas reciprocamente excludentes.

Assim, o simples fato de reunir as teorias relativamente opostas apenas permite racionalizar qualquer punição de acordo com a teoria adequada, pois permite-se a pluralidade de discursos legitimantes da pena, aumentando a possibilidade de intervenção punitiva (SANTOS, 2007, p. 486).

Portanto, compete ao Estado prestar assistência ao preso, bastando citar o art. 10 da LEP, onde podemos destacar que cabe, ainda, a ele, prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Assim, é possível notar a existência de um amparo em diversas esferas, como na área da saúde, da educação, material, jurídica, religiosa e social. Todas essas assistências buscam dar ao preso uma condição digna de cumprimento da pena e aumentam a chance de ressocialização, embora ainda que ligada a uma atividade do Estado. A prova disso é a assistência de egresso, ou seja, cabe ao Estado apoiar o preso na sua reintegração à vida em liberdade, podendo, ainda, ficar em alojamento e sendo alimentado por um período de até dois meses após o seu egresso.

Durante esse período nos estabelecimentos criminais, o preso pode se ocupar através do trabalho, que possui a função educativa e produtiva. O preso aprende a realizar atividades que até então desconhecia e recebe pelo seu trabalho, utilizando o dinheiro para assistir sua família e suas vítimas, nos casos de multas indenizatórias concominadas com a sentença de prisão. Percebe-se que ao dar

condições de sanar o ócio do condenado, o Estado busca mostrar ao apenado que existem trabalhos além dos conhecidos por eles no mundo do crime, isto é, todo esse processo, busca mostrar ao apenado a possibilidade de reinserção na sociedade.

CAPÍTULO 2

ESTRUTURA JURIDICA DA PENA E DA EXECUÇÃO PENAL

O objetivo deste capítulo é apresentar a crise que o sistema carcerário brasileiro, passa hoje, sendo urgente a adoção de políticas públicas que possam reduzir o número de detentos nos presídios. Onde, essas políticas publicas alcancem seus objetivos que são de recuperar, inserir e evitar a reincidência para o mundo do crime.

Sendo assim, se faz necessário ter uma visão, mesmo que breve do atual sistema carcerário no mundo, seu histórico, e verificar o atual quadro que se apresenta hoje dos presídios no Brasil. Neste capítulo também são apresentadas os direitos e deveres dos presos. E também, quais são as finalidades das penas e medias para a reintegração social. Esclarecendo também quais as alternativas a pena privativa de liberdade.

2.1 DIREITOS E GARANTIAS DO PRESO

Para tutelar os direitos do preso em face do Estado foi editada a Lei de Execuções Penais (Lei 7210/84), com o objetivo de garantir os direitos do preso em face da sociedade (Estado), bem como proporcionar a ressocialização e reeducação do maior número de tutelados possíveis. A humanidade evoluiu e atualmente vivencia uma nova realidade social, o que exige soluções para que os meios de punição não passem despercebidos ou desmoralizados e não sejam apenas vistos como instrumento de vingança que diferencia e degrada os seres humanos. Os presos têm direitos e garantias estabelecidos pelo Estado e devem ser conhecidos pelos mesmos. Contudo sabe-se com base na observação dos fatos, que as prisões, na maioria das vezes, não atingem o objetivo declarado de recuperação e reintegração do condenado à comunidade, pelo contrário, cada vez mais estigmatiza e deteriora o indivíduo. Desse modo obriga que viva às margens da sociedade, rotulado pelo “sistema” e “condenado” a viver da própria sorte.

“Observados os limites jurídicos e constitucionais da pena e da medida de segurança, todos os direitos não atingidos pela sentença criminal permanecem a salvo” (MARCÃO, 2010, p. 40). Atualmente são muitos os direitos que os presos dispõem, eles estão previstos principalmente, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e na Lei de Execução Penal.

Segundo a Constituição Federal, os Estados, Municípios e o Distrito Federal do nosso país constituem um Estado Democrático de Direito, e têm como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, onde devem prevalecer os direitos humanos. Conforme dispõem a CRFB/88 em seu artigo 3º,

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

No artigo 5º, caput, a Constituição Federal afirma que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Este assegura que todos têm direito de responder de forma proporcional ao agravo, cabendo indenização por dano moral, material e à imagem (inciso V). O mesmo assegura a todos a liberdade de escolha da religião (inciso VI), garantindo também a manutenção da assistência religiosa dentro das entidades civis e militares de internação coletiva (inciso VII). Em seu inciso XXXIV, garante que todos terão direito independentemente do pagamento de taxas de apresentar petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder e de obter certidões em repartições públicas para defesa de direitos e esclarecer situações pessoais.

O mesmo garante que não existe crime sem lei anterior que o prevê, nem pena sem prévia cominação na lei (inciso XXXIX); afirma ainda que a lei penal não pode retroagir, salvo se for a benefício do réu (inciso XL); assegura também que devem ser punidos todo e qualquer ato discriminatório em relação aos direitos e liberdades fundamentais (inciso XLI).

Nenhuma pena deve passar da pessoa do condenado (inciso XLV); a lei deve regular a individualização da pena, e adotará como medidas, a privação ou restrição da liberdade; perdas e bens; a multa; prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos (inciso XLVI e alíneas). Não pode haver penas de morte, perpétuas, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis (inciso XLVII e alíneas). Ninguém pode ser submetido à tortura, tratamento desumano ou degradante (inciso III). As penas devem ser cumpridas em estabelecimentos adequados, de acordo com a gravidade do delito, idade e sexo do apenado (inciso XLVIII).

Tanto a integridade física quanto a moral dos apenados é um direito assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLIX, e também pelo CP em seu artigo 38.

Art. 38 - O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral. (BRASIL, 1940).

Quanto às mulheres condenadas que já são mães, ou irão ser, a Constituição garante, em seu artigo 5º, inciso L, que elas permaneçam com seus filhos durante a amamentação. Nenhum cidadão brasileiro terá sua liberdade ou seus bens privados sem o devido processo legal (inciso LVI). Os acusados terão garantido o contraditório e a ampla defesa em processos judiciais ou administrativos (inciso LV). A pessoa comum só poderá ser presa com a devida ordem escrita e fundamentada por autoridade competente, ou em flagrante (inciso LXI). No momento da prisão, o preso deve ser informado dos seus direitos de permanecer calado e de assistência de familiares e/ ou advogados (inciso LXIII).

Logo após a prisão do cidadão, o juiz competente e os familiares do preso devem ser comunicados do local aonde se encontra o recluso (inciso LXII). Também conforme a Constituição é direito do preso ter identificado os responsáveis por sua prisão ou interrogatório (inciso LXIV). A prisão ilegal será relaxada imediatamente por autoridade competente (inciso LXV).

Quando for possível a liberdade provisória (com ou sem fiança), ninguém poderá ser preso, ou permanecer em tal situação (inciso LXVI). Será concedido mandado de segurança para proteger direitos não amparados em “hábeas corpus” ou “hábeas data”, quando a ilegalidade for cometida por autoridade pública ou pessoa jurídica com atribuições do Poder Público (inciso LXIX).

É dever do Estado e direito dos cidadãos que não possuem recursos financeiros para contratar representante jurídico, a assistência jurídica integral e gratuita (inciso LXXIV). Aquele que for condenado por erro judiciário, ou mantido na prisão além do tempo previsto na sentença, deverá ser indenizado pelo Estado (inciso LXXV).

As ações de “hábeas corpus” e “hábeas data” são gratuitas, também o são, os atos necessários ao exercício da cidadania, conforme estipula o inciso LXXVII. São garantidas a todos os cidadãos a razoável duração do processo e sua celeridade na tramitação (inciso LXXVIII). De acordo com o artigo 3º da LEP, o preso mantém todos os direitos que não forem atingidos pela sentença, sem distinção qualquer quanto a sua raça, religião, política e status social.

A primeira disposição da LEP sobre avaliações criminológicas é no momento da individualização administrativa da pena. Segundo a legislação, os condenados ao cumprimento de pena privativa de liberdade serão submetidos a diagnósticos para obtenção de elementos necessários à adequada classificação, objetivando estabelecer parâmetros ao ‘tratamento penal’. (CARVALHO, 2003, p. 184).

Marcão está de acordo com Carmem Silvia de Moraes Barros, quando esta afirma que:

[...] a individualização da pena no processo de conhecimento visa aferir e quantificar a culpa exteriorizada no fato passado. A individualização no processo de execução visa propiciar oportunidade para o livre desenvolvimento presente e efetivar a mínima dessocialização possível. Daí caber à autoridade judicial adequar a pena às condições pessoais do sentenciado. (MORAES BARROS, 2001, p. 23 apud MARCÃO, 2010, p. 43).

Os condenados deverão ser classificados conforme seus antecedentes e personalidade para orientar na individualização da pena (artigo 5º, LEP). Segundo a citada legislação é dever do Estado prestar assistência ao condenado, com o fim de evitar que ele volte a cometer crimes e orientá-lo no retorno à sociedade (artigo 10 da Lei nº 7210/84). Assim, o preso se sentirá amparado pelo Estado e preparado para a volta na sociedade.

Os presos devem receber assistência material, a qual deve proporcionar a alimentação, o vestuário e condições higiênicas, devendo conter instalações que atendam aos presos em suas necessidades pessoais, e locais para a venda de produtos não proibidos que não são fornecidos pela Administração (artigos 12 e 13, Lei nº 7210/84); assistência à saúde, que deve oferecer atendimentos médico, farmacêutico e odontológico (artigo 14 e seus parágrafos, Lei nº 7210/84).

A Lei n. 11942, de 27 de maio de 2009, acrescentou um § 3º ao art. 1 da LEP, dispondo que será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido. Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento (MARCÃO, 2010, p. 53).

Também a assistência jurídica já prevista na Constituição, porém destinada a todos os indivíduos, é reforçada pela legislação específica dos condenados, LEP, o direito à assistência é destinada aos presos que não possuem condições financeiras (artigos 15, 16 e seus parágrafos, Lei nº 7210/84); assim como a assistência educacional que deve fornecer ensino escolar, onde o ensino de 1º grau é obrigatório, e também há a possibilidade da formação profissional (artigos 17 à 21, Lei nº 7210/84).

Assim compreendida, a assistência social visa proteger e orientar o preso e o internado, ajustando-os ao convívio no estabelecimento penal em que se encontram, e preparando-os para o retorno à vida livre, mediante orientação e contato com os diversos setores da complexa atividade humana (MARCÃO, 2010, p. 57).

A assistência social também deve ser prestada com o objetivo de amparar os presos e prepará-los para o retorno à sociedade (artigos 22, 23 e seus incisos, Lei nº 7210/84); bem como a assistência religiosa que garante local adequado para a ocorrência de cultos (artigo 24 e seus parágrafos, Lei nº 7210/84); e, por fim, a assistência ao egresso, preparando os presos para reintegrá-los à sociedade, fornecendo, se necessário, um local para permanecer por no máximo dois meses e auxiliando-os na busca por um emprego (artigos 25, 26, seus incisos e artigo 27, Lei nº 7210/84).

O preso condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho; já o preso provisório tem direito de escolha ao trabalho, pois lhe é facultado (artigo 31, caput e seu parágrafo único). O trabalho deve ter fins educativos e produtivos (artigo 28, Lei nº 7210/84), o mesmo deve ser remunerado não podendo ser inferior a três quartos de um salário mínimo (artigo 28, Lei nº 7210/84), e ainda conforme o artigo 39 do Código Penal, o recluso tem direito aos benefícios da Previdência Social. “**Art. 39** - O trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social” (BRASIL, 1940).

Aqueles presidiários, que cumprem suas penas em regime fechado ou semiaberto, poderão reduzir suas penas por meio do trabalho, onde, a cada 3 (três) dias trabalhados haverá a redução de 1 (um) dia de suas penas (artigo 126, §1º, inciso II, Lei nº 7210/84). E, no caso de o apenado sofrer um acidente no trabalho e não poder continuar exercendo a atividade que desempenhava, continuará se beneficiando da remição igualmente (artigo 126, §4º, Lei 7210/84).

A remição também é concedida para aqueles presos que estudam em ensino fundamental, médio, profissionalizante, superior, ou de requalificação profissional, onde a cada 12 horas de frequência escolar, será reduzido 1 (um) dia da pena (artigo 126, §1º, inciso I, da Lei de Execução Penal). “**Art. 128.** O tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os efeitos” (BRASIL, 1984).

Em seu artigo 40, a LEP vem reafirmar o direito ao respeito da integridade física e moral dos apenados. Também são direitos dos presos, segundo a legislação aqui em evidência em seu artigo 41, os seguintes:

Art. 41 - Constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento (BRASIL, 1984).

Os presos que possuem condições financeiras e desejarem contratar médicos de sua confiança, poderão assim o fazer (artigo 43, Lei nº 7210/84). O condenado terá direito a concessão de regalias quando apresentar bom comportamento, colaboração com a disciplina e dedicação no trabalho (artigo 55, Lei nº 7210/84). O ‘bom comportamento carcerário’ é indicado fundamentalmente, pela ausência de registro, no prontuário do preso, de falta grave. Muito embora não haja prazo específico para extinção dos efeitos da sanção administrativa, entende-se que, por analogia aos decretos de indulto, tal avaliação deve estar limitada aos últimos 12 (doze) meses de cumprimento de pena (CARVALHO, 2003, p. 200).

O estabelecimento prisional deve ter lotação compatível com sua estrutura e finalidade, onde o limite máximo da capacidade deverá ser limitado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, de acordo com a sua natureza e peculiaridades, conforme demonstra o artigo 85 da LEP. Conforme o artigo 88 da LEP, o condenado deve ser alojado em cela individual, com dormitório, aparelho sanitário e lavatório, o qual deve comportar aeração, insolação e condicionamento térmico adequado a um ser humano, devendo ter área mínima 6,00 m² (seis metros quadrados).

O apenado que cumpre pena privativa de liberdade, terá direito a progressão de regime (de um mais rígido para outro menos rígido), se já tiver cumprido no mínimo um sexto da pena e ter apresentado bom comportamento dentro do sistema prisional, devendo ser comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional que deverá ser determinado pelo juiz (artigo 112, caput, Lei nº 7210/84). Se também estiver enquadrado em alguma das possibilidades previstas no artigo 33, §2º, alíneas a, b e c, do CP.

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado 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: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto (BRASIL, 1940).

Pode vir a ser concedida ao preso, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, conforme preceitua o artigo 44 do CP.

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 culposos; 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 (BRASIL, 1940).

Conforme preceitua o artigo 43 do CP, são penas restritivas de direito:

Art. 43 - As penas restritivas de direitos são: I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; III - (vetado) IV - prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas; V - interdição temporária de direitos; VI - limitação de fim de semana (BRASIL, 1940).

Poderá ser permitida aos presos, a saída mediante escoltas, quando houver o falecimento ou doença grave de seu cônjuge, companheira, ascendentes ou descendentes, e também quando tiverem necessidade de tratamento médico e o estabelecimento prisional não comportar a necessidade do caso (artigo 120, incisos I e II, Lei nº 7210/84). Os condenados também poderão ter saídas temporárias, porém sem vigilância, para visitar seus familiares, frequentarem cursos e participarem de eventos que ajudarão no reingresso dos mesmos na sociedade. Porém essas saídas só poderão ser concedidas por ato motivado do juiz e dependem do bom comportamento do preso, e de ter cumprido um sexto da pena no caso de réu primário e um quarto no caso de réu reincidente (artigo 122, incisos I à III, Lei nº 7210/84).

O juiz poderá conceder livramento condicional para aqueles que cumprirem os requisitos do artigo 83 do CP.

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto; IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir (BRASIL, 1940).

Tanto a permissão de saída, quanto a saída temporária,

Integram o rol dos direitos dos presos e têm por escopo permitir àquele que se encontra sob o cumprimento de pena privativa de liberdade o restabelecimento gradual do contato com seus familiares fora do ambiente carcerário e o mundo exterior, com atividades que interessam à (re)estruturação de sua formação moral, ética e profissional, como mecanismos aptos a viabilizar sua (re)integração social” (MARCÃO, 2010, p. 201).

Conforme o artigo 98 do CP, em se tratando de semi-imputável, ou de condenado que necessite tratamento curativo especial, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação ou tratamento ambulatorial. Foram expostos aqui, alguns dos principais direitos dos presos que estão dispostos nas principais legislações, porém há muitos outros, e, como se verá a seguir, a grande maioria deles não são cumpridos.

2.2 A FUNÇÃO PUNITIVA NA PÓS-MODERNIDADE: A NEUTRALIZAÇÃO DO SUJEITO DESVIANTE

Na medida em que a hipertrofia punitiva deslegitima o ideal ressocializador passa-se a adotar de forma explícita a eliminação do criminoso como objetivo principal da pena. Esta eliminação social funciona como instrumento para segregar os setores indesejados da população, considerados inúteis à ordem vigente e prejudiciais à classe dominante. Se a distância entre as favelas e os bairros nobres não é suficiente, cumpre ao sistema penal a função de tirar os favelados de cena.

Freire (2005, p.71) assinala que:

A associação entre favelas e prisões agrega nova carga significativa aos ideais de segregação e neutralização dos membros supérfluos da sociedade. Em suma, a impossibilidade de um isolamento efetivo por parte dos muros das periferias tornou necessária a revalidação

da instituição de controle social com maior capacidade de exclusão e imobilização (FREIRE, 2005, p. 71).

O crescimento das periferias traz à tona as mazelas sociais, suas causas pouco importam à classe dominante, mas seus reflexos certamente a desagradam: as crianças nos semáforos, os pequenos traficantes nas esquinas os mendigos nas calçadas... Estes causam temor e repulsa, em nada contribuem para a sociedade, são simplesmente supérfluos e desagradáveis, deve-se eliminá-los.

A sua exclusão nos guetos não é suficiente, para uma neutralização satisfatória desses setores são necessárias grades, é a penalização da pobreza, uma nova modalidade de *apartheid* social decorrente da seletividade do sistema punitivo.

De acordo com Carvalho (2007, p.140-141):

Se as comunidades de hoje são sinônimos de isolamento, separação, muros protetores e portões vigiados, o equivalente ao abrigo nuclear, as elites pretendem cada vez mais viver sob o regime da secessão, sob a égide do direito de manter-se à distância e viver longe de intrusos. Nesse sentido, a segurança passa ser a mola propulsora das comunidades de ocasião, das comunidades cercadas e vigiadas. E, assim, o campo penal assume todos os encargos da (ilusória) produção da segurança, do deleite da vingança e do sangue prometido.

Este distanciamento social se faz necessário para que as elites se sintam seguras, distantes do perigo que estes indivíduos representam. O direito penal e o sistema punitivo passam a exercer, então, função de polícia em favor das classes dominantes, um papel que não lhe cabe. A perseguição e o confinamento dos indesejáveis são mais rentáveis do ponto de vista político e econômico do que a diminuição deste abismo entre as classes sociais, a questão social jamais será prioridade numa sociedade capitalista e burguesa, os lucros decorrentes deste investimento não interessam ao sistema.

Outro aspecto decisivo para o desgaste dos ideais correcionalistas foram as críticas dirigidas aos gastos despendidos com as políticas

de reabilitação, que, alicerçados num discurso de utilidade e eficácia, preocuparam-se em demonstrar a inocuidade destas políticas em razão da sua inconcretude. Sendo assim, a impossibilidade ou inutilidade de reformar um determinado tipo de sujeito (os sujeitos redundantes) passou a ser o pressuposto teórico para a legitimação das soluções de confinamento, principalmente, quando tais iniciativas são apresentadas como forma de garantir a segurança do restante, ou melhor, dos sujeitos incluídos (FREIRE, 2005, P. 69).

Da mesma forma leciona Carvalho:

Tal fato deriva precisamente dos altos custos e do penoso trabalho que consiste em dedicar aos inadaptados, isto é, ao refugio da sociedade de consumo, uma confiança digna de atenção. Diante de um Estado social em crise e de um mundo marcado por riscos globais, qualquer investimento em indivíduos, vistos pela sociedade como disfuncionais, inaptos; enfim, monstros e inimigos, seria repudiado de forma inequívoca [...] De fato, o “encarceramento serve bem antes à regulação da miséria, quiçá a sua perpetuação, e ao armazenamento dos refugos do mercado”. Portanto, as populações marginalizadas, excluídas do ciberespaço da pós-modernidade, disporão dos únicos espaços que lhe são reservados no mundo globalizado: o do confinamento. Há uma alternativa a ser escolhida entre duas (catastróficas): os guetos como prisões sociais ou as prisões como guetos judiciários (CARVALHO, 2007, p. 141-142).

O objetivo futuro de reabilitação é substituído pelo objetivo imediato de aniquilamento, de fabricação de monstros para que se defina e separe a virtude e o pecado, os bons e os maus e a pureza e a impureza da sociedade (CARVALHO, 2007, p.147). Tem-se uma verdadeira faxina social.

De acordo com Wacqüant (2001a, p.97-98), em análise à sociedade norte-americana, esta purificação social está a serviço, também, da perpetuação da ordem racial:

A sobre-representação maciça e crescente dos negros em todos os patamares do aparelho penal esclarece perfeitamente a segunda função assumida pelo sistema carcerário no novo governo da miséria nos Estados Unidos: substituir o gueto como instrumento de encerramento de uma população considerada tanto desviante e

perigosa como supérflua, no plano econômico – os imigrantes mexicanos e asiáticos são bem mais dóceis – assim como no político – os negros pobres não votam e o centro de gravidade eleitoral do país se deslocou de todas as maneiras dos centros decadentes das cidades para os bairros brancos abastados.

Wacqüant (2001b, p.98) ainda acrescenta que:

Nesse aspecto, a prisão é apenas a manifestação paroxística da lógica de exclusão da qual o gueto é o instrumento e o produto desde sua origem histórica [...] O gueto faz papel de “prisão social”, no sentido de manter o ostracismo sistemático da comunidade afro-americana [...] As duas instituições se acoplam e complementam, no sentido de que cada uma serve, à sua maneira, para assegurar a “colocação à parte” (*segregare*) de uma categoria indesejável, percebida como provocadora de uma dupla ameaça, inseparavelmente física e moral (WACQUANT, 2001b, p.98).

A opressão e a discriminação históricas da população negra assumem a forma de criminalização, aqueles que foram alvo da escravidão agora são alvos da penalização, as correntes deram lugar às grades. Ou seja, tanto do ponto de vista social quanto racial, há uma clara associação entre o gueto e a cadeia. Para os subjugados a segregação é necessária, seja ela onde for.

Na luta contra as drogas instaurada nas favelas brasileiras também é observada a questão racial, mas o que impera na verdade é a opção pela penalização da pobreza, que associa a favela à cadeia, já que esta tem o poder de inocuizar os membros supérfluos da população de forma mais eficaz e duradoura (FREIRE, 2005, p.71).

Esta tendência punitiva global divide a sociedade em dois grupos bem definidos e incomunicáveis – os sujeitos globais, que têm o direito de ir e vir por onde quer que seja, e os sujeitos *redundantes*, constrictos em localidades cada vez mais fechadas, onde não têm o direito à mobilidade e são o principal alvo das políticas de penalização (FREIRE, 2005, p.71).

Distintamente de outras instituições em franca desestruturação ou disfuncionalidade, as prisões contemporâneas revigoram e revalidam suas tarefas. Ao abandonar o ideal disciplinador e reformador de condutas, assumem a missão de eliminar e inabilitar as camadas redundantes da população (FREIRE, 2005, p.73).

Esta institucionalização dos indivíduos como forma de controle social das massas tem também como objetivo a substituição da personalidade do apenado, inserindo nesta, de forma forçosa e autoritária, noções de hierarquia e submissão. A neutralização, que destrói o sujeito desviante, ocorre, portanto, também do ponto de vista psíquico.

Além de se ver privado de sua própria identidade, o indivíduo perde vínculos sócio-familiares, tornando-se mais uma vítima de um sistema que, teoricamente, deveria ressocializá-lo, reeducando-lhe para que pudesse ser novamente inserido na sociedade, tendo possibilidades reais de educação e emprego para progredir dignamente.

A lógica do sistema prevê inicialmente a desconstrução da identidade do indivíduo que, desde o momento que adentra a instituição, vai ser despedido das características mais elementares de sua personalidade. Opera-se uma verdadeira infantilização do sujeito, retirando-lhe o arbítrio sobre os mais insignificantes atos da vida adulta. A organização do tempo, do espaço, das atividades, somada à identificação de qualquer tipo de manifestação com subversão da ordem, relegam-no, mesmo que simbolicamente, à condição de incapaz (FREIRE, 2005, p. 95).

Na instituição carcerária o indivíduo troca suas rotinas e costumes por novas modalidades impostas a ele, há rituais e regras que não existem na sociedade, acontece, portanto, uma aculturação, onde o presidiário é obrigado a adquirir a cultura interna do local. A sua individualidade, assim como a intimidade, é perdida, ali ele precisa dividir todos seus momentos com os demais, há uma padronização das pessoas e de seus atos, todos devem agir igual e da forma como se bem espera. O livre arbítrio é completamente substituído pela submissão, o aprisionado perde seus bens, já que ali nada é somente seu, sua cama, comida e roupas não são suas, e sim da instituição.

A noção de propriedade inexistente, inclusive, em relação ao próprio *eu* do condenado, que a ele não mais pertence, a sua auto-imagem já não será mais a mesma e aquele antigo *eu* foi deixado para trás junto com a sua liberdade.

De acordo com

[...] ao ser admitido numa instituição total, é muito provável que o indivíduo seja despido de sua aparência usual, bem como dos equipamentos e serviços com os quais a mantém, o que provoca desfiguração pessoal. Roupas, pentes, agulha e linha, cosméticos, toalhas, sabão, aparelho de barba, recursos de banho – tudo isso pode ser tirado dele ou a ele negado, embora alguns possam ser guardados em armários inacessíveis, para serem devolvidos se e quando sair (GOFFMAN, 2003, p.28).

A partir do momento em que o indivíduo chega à instituição total, iniciam-se processos de perda e mortificação. Primeiramente são fotografados, tiram-lhes as impressões digitais, atribuem-lhes matrículas e enumeram seus pertences para, depois, ensinar-lhes as regras e horários do local e, enfim “guardá-los” (GOFFMAN, 2003, p.25-26).

O novato chega ao estabelecimento com uma concepção de si mesmo que se tornou impossível por algumas disposições sociais estáveis no seu mundo doméstico. Ao entrar, é imediatamente despido do apoio dado por tais disposições. Na linguagem exata de algumas de nossas mais antigas instituições totais, começa uma série de rebaixamentos, degradações, humilhações e profanações do eu. O seu eu é sistematicamente, embora muitas vezes não intencionalmente, mortificado. Começa a passar por algumas mudanças radicais em sua carreira moral, uma carreira composta pelas progressivas mudanças que ocorrem nas crenças que têm a seu respeito e a respeito dos outros que são significativos para ele (GOFFMAN, 2003, p.24).

Esta mortificação do apenado idealizada por Goffman se dá pelo total controle físico e psicológico que estas instituições mantêm sobre os indivíduos. Aquele que é

inserido na cadeia não perde apenas seus direitos civis e a liberdade, como prevê a legislação, mas também a própria identidade, a sua essência deve ser destruída.

Foucault (2004, p.127) leciona:

O corpo humano entra numa maquinaria de poder que o esquadrinha, o desarticula e o recompõe. Uma anatomia política, que é também igualmente uma mecânica do poder, está nascendo; ela define como se pode ter domínio sobre o corpo dos outros, não simplesmente para que façam o que se quer, mas para que operem como se quer, com técnicas, segundo a rapidez e a eficácia que se determina (FOUCAULT, 2004, p. 127).

O autor prossegue:

A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos dóceis. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos de obediência). Em uma palavra: ela dissocia o poder do corpo; faz dele por um lado uma aptidão, uma capacidade que ela procura aumentar; e inverte por outro lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz dela uma relação de sujeição estrita. Se a exploração econômica separa a força e o produto do trabalho, digamos que a coerção disciplinar estabelece no corpo o elo coercitivo entre um aptidão aumentada e uma dominação acentuada (FOUCAULT, 2004, p.127).

A prisão é uma instituição verdadeiramente exaustiva, pois controla todos os aspectos do internado, suas aptidões física e laboral, seu comportamento, sua educação, sua moral e seus costumes, disciplinando-o a todo o momento. Esta disciplina da prisão só termina quando finalizada sua tarefa, ela é incessante, e o poder total que tem sobre o indivíduo é exercido através de seus mecanismos internos de castigo e repressão, ou seja, ela é também despótica (Foucault, 2004, p.211).

Por fim, observa-se que, embora algumas das funções e características do internado possam ser reconquistadas ao sair da prisão, é inevitável que outras sejam irrecuperáveis. Além da dificuldade de recompor a destruição psicológica, a

morte do *eu*, do ponto de vista legal pode não ser possível recuperar, também, o tempo não empregado no progresso educacional ou profissional e nas relações afetivas. É uma verdadeira “morte civil”, os presos podem enfrentar não apenas uma perda temporária de seus direitos, mas sim ter esses direitos negados permanentemente por conta da estigmatização social.

2.3 SISTEMA PENAL E CONTROLE SOCIAL

Para colocar a função do direito penal dentro do sistema penal, e também do controle social, há um conceito mais estrito de sistema penal, porém teremos que estar atentos permanentemente à necessidade do fenômeno punitivo como realidade, porque é a única maneira de não se cair na ficção de que se respeitam os Direitos humanos no âmbito penal, quando na realidade as violações se cometem por meio da subtração ao penal de aspectos materiais da punição, fazendo com que nasçam outros discursos.

Dentro do sistema penal, o controle social, com sua característica “eminente punitiva, decorrente da própria natureza de seus mecanismos”, faz com que o controle aos olhos dos membros da comunhão social se torne a forma mais sensível e visível (SICA, 2002, p. 32).

Desta forma, o sistema penal a ser conhecido é uma realidade, “e não aquela abstração dedutível das normas jurídicas que o delineiam” (BATISTA, 2007, p. 25).

Segundo Zaffaroni, Pierangeli (2007, p. 72):

Para alguns, o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais modestos, os criminalizando, para que possa ser indicado os limites do espaço social aos demais. Para outros, cumpre a função de sustentar a hegemonia de um setor social sobre o outro. Esta última afirmação, é compartilhada por todos os autores marxistas e por outros mais heterodoxos não marxistas, é amplamente genérica.

No entanto, o sistema penal é apresentado a todos como um sistema igualitário, porém não é isso que acontece. As condutas, as pessoas, são sim discriminadas pelo que fazem, do modo que agem e até mesmo pela sua classe social. A verdade é que o “funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas” (BATISTA, 2007, p. 25-26).

Assim, fica evidente que de modo algum está provado que o sistema penal previna “condutas criminais por parte dos que não tenham delinquido, porque é claro que os criminalizados aumentem ou diminuam independentemente das variantes do sistema”, sem controle de qualquer pessoa (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2009, p. 69).

No mesmo sentido, Zaffaroni, Pierangeli (2009, p. 66), citam que:

A punição é ação e efeito sancionatório que pretende responder a outra conduta, ainda que nem sempre a conduta correspondente seja uma conduta prevista na lei penal, podendo ser ações que denotem qualidades pessoais, posto que o sistema penal, dada sua seletividade, parece indicar mais qualidades pessoais do que ações, porque a ação filtradora o leva a funcionar desta maneira. Na realidade, em que pese o discurso jurídico, o sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas mais que contra certas ações.

A apresentação do sistema penal, também se dá como justo pelo fato de buscar prevenir o delito de alguma forma, fazendo com que seus efeitos não atinjam a sociedade em geral. De fato, o desempenho acaba se tornando proibitivo “seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais ou ilegais”. Desta forma, o sistema penal apresenta-se comprometido com a proteção da dignidade humana (BATISTA, 2007, p. 26).

Portanto, para a construção de um mecanismo de controle das massas, deveria existir um policiamento contínuo e dentro de um espaço determinado, através do qual o Estado pudesse agir de maneira mais objetiva. A lei penal deve determinar um âmbito orientador, e o sistema penal também. Porém esse último

atua em grande parte com uma orientação que é própria e diferente, excedendo de alguma forma a orientação em um sentido “e, em outro, desinteressando-se do espaço demarcado, reprimindo o que o direito penal não o autoriza e deixando de reprimir o que o direito penal lhe ordena” (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2007, p. 75).

Assim cita-se Zaffaroni, Pierangeli (2007, p. 75):

Em geral, pois, a criminalização que produz o funcionamento do sistema penal nunca coincide com a orientação e medida que determina abstratamente a lei penal, a ponto de nem sequer sabermos se é desejável que assim seja, porque se houvesse uma perfeita harmonia, quase ninguém deixaria de ser criminalizado, embora fosse por fatos secundários ou de escassa importância.

Enfim, como dito por Batista (2007, p. 26), “o sistema penal se apresenta comprometido com a proteção da dignidade humana [...]”. A pena na verdade é uma imposição, “promovendo uma degradação na figura social de sua clientela”.

Embora existam inúmeras leis e institutos reguladores para o harmônico funcionamento das penitenciárias e a real intenção do confinamento, na prática, uma vez dentro do sistema prisional o apenado vê em seu corpo e mente reflexos do confinamento, que acaba por revelar-se algo, não muito distante da época dos suplícios e torturas. As atuais instituições prisionais e os meios de “re-educação” utilizados acabam proporcionando ao apenado uma tortura, além de física, mental e moral.

O que acarreta duas possibilidades ao mesmo; abandonar a vida de crimes ou revoltar-se contra o ordenamento jurídico penal, encontrando nas instituições prisionais o meio ideal para sua especialização e profissionalização no mundo do crime. Logo, conclui-se que na nossa atual cultura social, no que se refere aos meios de punição, pede aos governantes a aplicação de penas àquilo que ela não pode dar, ou seja, a solução de conflitos, pouco importa: importante sim, é a solução simbólica que a criminalização representa sem nada resolver

2.4 A HUMANIZAÇÃO DA PENA DE ZAFFARONI

Atualmente, existem convenções que visam a garantir os mínimos direitos do homem, entre elas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Resolução da Organização das Nações Unidas (ONU), 663 de 31 de julho de 1957 que preveem as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso. Todavia, o que se tem notado na prática é a constante violação dos Direitos Humanos e praticamente uma total inobservância dos princípios constitucionais e das próprias garantias legais previstas na execução das penas privativas de liberdade. Vale ressaltar que os Direitos Humanos não se apresentam como uma utopia para efetivação dos direitos mínimos do homem, mas sim como um programa de longo alcance que pretende uma “transformação da humanidade”.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), em seu artigo 5º veio a assegurar as garantias fundamentais do cidadão livre e também do preso. As garantias legais previstas durante a execução da pena, vem expressa em Lei infra-constitucional número 7.210 de 1984 que normaliza a Lei de Execuções Penais (LEP), a qual objetiva garantir o mínimo de direitos humanos do sentenciado no decorrer da execução penal, da qual tratar-se-á mais adiante.

O art. 5º, III da CFRB estabelece que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, ou seja, o termo “ninguém” entende-se todos os seres humanos, independente de religião, cor ou classe social e independente de sua conduta social. Desta forma, até mesmo as pessoas privadas de sua liberdade têm assegurado a observação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A proposta de Zaffaroni levanta a necessidade de uma resposta marginal para conter e limitar a violência do sistema penal. A alternativa para frear esse avanço da violência estatal é a aplicação dos direitos humanos como garantias que visem diminuir a ilegalidade da atuação do sistema penal fato que deslegitima seu exercício de poder.

Segundo Zaffaroni, a resposta marginal evidencia,

A necessidade de se adotar a perspectiva de nossos fatos de poder na relação de dependência com o poder central, sem pretender identificar esses fatos com os processos originários desse poder, pois algumas analogias, superficialmente consideradas, costumam levar a uma identificação errônea (ZAFFARONI, 1999, p.165).

A relação de dependência com o poder do central faz configurar o poder disciplinar verticalizante o qual obriga todo sistema a uma subordinação, e seu controle não tem como ser legitimado.

Nesse sentido,

Uma sociedade verticalizada constitui, obviamente, uma sociedade ideal para ser mantida sempre dependente, impedindo-se qualquer tentativa de aceleração histórica, enquanto uma sociedade que equilibre relações de verticalidade (autoridade) com relações de horizontalidade (de simpatia ou comunitária) apresenta-se mais resistente à dominação neo e tecnocolonial. (ZAFFARONI, 1999, p. 145-146)

Tem-se, desse modo, a necessidade de uma resposta marginal em face da aplicabilidade do poder disciplinar verticalizante, de maneira que possa deter esse avanço da máquina burocrática estatal que atropela os direitos das pessoas. Portanto faz-se necessário uma ideologia compatível com os direitos humanos como resposta jus-humanista perante a deslegitimação do sistema penal.

No mesmo sentido, os direitos das pessoas são violentados na medida em que:

A burocracia judicial costuma responder aderindo à campanha, impondo penas 'exemplares' usando expressões moralizadoras nas sentenças que publica e inclusive procurando notoriedade pública com declarações autoritárias que, frequentemente, em razão do baixo nível técnico e informativo de seus agentes, contradizem as mais elementares regras do discurso jurídico convencional (ZAFFARONI, 1999, p.127).

As agências executivas que desempenham a função operacional do sistema penal na verdade agem como mecanismos de policização devido ao seu alto grau de poder configurador, como afirma Zaffaroni (1999, p.138) “tem-se falado muito pouco no processo de policização, igualmente deteriorante, que atua sobre os mesmos segmentos carentes da população”, pois o serviço policial de investigação criminal é claramente um serviço civil, ou seja, eles respondem a regulamentos disciplinares com caráter militar, com sanções próprias, insígnias, graus de poder, etc. Eles sofrem uma enorme perda da legitimidade perante os olhos da população devido à desconfiança dela com pessoal da polícia.

Em resumo o autor define a policização como:

O processo de deterioração ao qual se submetem pessoas dos setores carentes da população que se incorporam às agências militarizadas do sistema penal e que consiste em deteriorar sua identidade original e substituí-la por uma identidade artificial, funcional ao exercício do poder da agência. (ZAFFARONI, 1999, p.141)

As agências judiciais passam por um problema semelhante, pois os juízes e os demais funcionários do judiciário sofrem também os efeitos do poder configurador que no caso operam através de sinais de falso poder que são transmitidos através de solenidades, saudações militarizadas, placas especiais em veículos, regulamentos próprios, insígnias, etc.

Assim se pode notar que,

O operador da agência judicial recebe a si mesmo em função de seu cargo e hierarquia e constrói identidade assentada sobre essas bases. Recusa os lampejos de consciência sobre as limitações de seu poder, em razão do sofrimento que lhe provocam [...] não lhe resta outro recurso senão evitar conflitos com outras agências para preservar a sua identidade falsa ou artificial, produto do treinamento repressivo próprio da agência e, também, para conservar sua função: o único caminho é a burocratização, ou seja, respostas estereotipadas, a conformidade com os modelos ‘de sempre’, ‘a

ineficácia treinada' através da elevação dos meios a categorias de fins, etc. (ZAFFARONI, 1999, p.142).

Em suma, o sistema penal faz mal para todos, não somente ao preso; faz mal ao policial, ao próprio juiz, e ao agente penitenciário, portanto não tem como ser legitimado. Trata-se do antagonismo resultante da operacionalidade do sistema penal, a esse respeito descreve Zaffaroni (1999, p.143) que “os sistemas penais violam os direitos humanos, não só dos criminalizados, mas de seus próprios operadores: deteriora, regressivamente, inclusive aqueles que os manejam, ou creem manejá-los”.

Vale ressaltar que as próprias universidades funcionam como fábricas ideológicas que reproduzem o discurso dogmático do sistema penal, as quais, sem dúvida, se apresentam como uma peça chave dentro do sistema enquanto meio de reprodução dessa dogmática institucionalizada. Em consequência disso, dificilmente estas agências alcançam objetivos diversos dos que já são propostos, pois elas seguem a dinâmica ideológica da região à qual estão vinculadas, ou seja, reproduzem o controle dogmático desejado por parte das agências burocratizantes.

Nesse sentido, pela lógica de burocratização que o sistema impõe sobre o ensino nas universidades é possível concluir que elas tendem a legitimar o sistema penal, do mesmo modo que:

Quanto à formação e treinamento dos operadores dos órgãos judiciais, não podem ser negadas uma considerável massificação do ensino, uma redução da bibliografia, uma adestrada incapacidade para vincular fenômenos e, em geral, uma degradação tecnocrática do direito que, escassamente, supera o nível exegético de preparação de empregados com título. As exceções apenas confirmam a tendência geral (ZAFFARONI, 1999, p.133).

Outro dos pontos centrais de crítica diz respeito às cadeias como máquinas de deteriorar, pois as prisões atuam de forma deteriorante aos detentos e, que em virtude disso, são feridos na sua auto-estima nas mais variadas formas. Assim, essa instituição funciona como um complexo processo de deterioração que leva a pessoa a uma cultura de cadeia e em momento algum realiza a sua função declarada, pelo

contrário, os fatos mostram que cada vez mais ela estigmatiza e deslegitima o seu discurso.

Sem dúvida, os maus tratos, a tortura, os vexames e as ameaças, usuais na prática dos órgãos policiais, tornam-se altamente deteriorantes como condicionamento criminalizar. No entanto, a parte mais importante da deterioração condicionante fica por conta da 'instituição total' que conhecemos com o nome de 'prisão' (ZAFFARONI, 1999, p.135).

Realmente, isso pode ser notado pela superlotação dos presídios, falta de higiene, assistência médica e sanitária, má alimentação, etc, que evidenciam as violações sofridas pelos presos e que ficam refletidas, sem dúvida alguma, em sua auto-estima.

Na perspectiva de Zaffaroni (199, p.136), a prisão não deteriora por deteriorar, mas o faz para condicionar:

'invade' o individuo com suas exigências do papel que também lhe são formuladas pelas outras agências do sistema – e que a prisão apenas exacerba – em uma continuidade deteriorante realizadas por todas as agências, incluindo a judicial. Trata-se de uma verdadeira 'lavagem cerebral', na qual fazem parte, inclusive, os demais prisioneiros que interagem com aquele submetido ao tratamento criminalizante.

Em virtude dessas considerações descritas, faz-se necessária a fixação de bases racionais para atuação dentro de um sistema seletivo que possibilite uma resposta marginal com uma visão jus-humanista do sistema penal, pois da forma com que ele tem atuado não respeita o mínimo em direitos humanos.

Nesse sentido, fica clara a necessidade de uma resposta que possibilite,

Em nível de direitos humanos, a deslegitimação do sistema penal, além de demonstrar que nossos sistemas penais marginais violam os direitos humanos, revela que tais violações não provêm de nossos sistemas penais periféricos, sendo produto de características estruturais dos próprios sistemas penais. Em resumo, o exercício de poder dos sistemas penais é incompatível com os direitos humanos (ZAFFARONI, 1999, p.147).

Desse modo, torna-se óbvia a contradição entre o discurso legitimante do sistema penal e a ideologia dos direitos humanos, pois aquele é o instrumento seletivo pelo qual o Estado há séculos utiliza-se para verticalizar e militarizar as sociedades, enquanto este garante que todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

Assim, uma resposta é urgente para enfrentar a deslegitimação provocada pela violência aberta com que este sistema atua em nossas agências reprodutoras dessa ideologia, ou seja, nas faculdades, como fábricas ideológicas. Como assevera Zaffaroni (1999, p.153) é,

Nas universidades – ao reproduzir o discurso de justificação do sistema penal elaboradas por estas agências não pode deixar de detectar a necessidade de enfrentar a deslegitimação, vivenciando-a como uma *urgência de caráter ético* uma *imposição* ou *imperativo de consciência*, em razão da violência aberta tanto destes sistemas, como do contexto social em que atuam.

Faz-se necessária uma proposta otimista que, segundo Zaffaroni (1999, p.155), “contribua para diminuir a violência atual, quebrando a sua curva ascendente”, que realmente proporcione a valorização da vida antes de defender a expansão do controle punitivo. Um otimismo consciente que possa fornecer um novo sentido às garantias penais ao invés de um pessimismo exagerado sobre o futuro do sistema penal.

Trata-se de uma questão de ordem pessoal e ética, na qual, segundo pode-se escolher entre:

A *vida* - e desvalorizar seu aniquilamento – ou pode-se escolher a *valorização do sistema* (com o conseqüente negativismo ou indiferença pelo aniquilamento da vida humana e não humana), mas também pode-se escolher não pensar e, em semelhante *alienação covarde*, cair no desprezível otimismo irresponsável. Para nós, a decisão eticamente correta escolhe a valorização da vida, apesar da coragem de pensar. Ter a coragem de pensar e, apesar disto, escolher e apostar na vida, é uma atitude de otimismo consciente que assumimos. (ZAFFARONI, 1999, p.157-158),

Pautar-se em valores humanos que favoreçam a salvação do maior número de vidas possíveis e que colaborem com a efetiva redução do sistema penal, substituindo-o por mecanismos mais efetivos na resolução dos conflitos. Mecanismos estes que possibilitem rever as características estruturais do sistema através de um realismo marginal, com base em táticas e estratégias próprias e em conformidade,

Com um programa político mais amplo, uma criminologia crítica envolvida no realismo marginal permitiria demonstrar sucessivos objetivos estratégicos, que tenderiam a reduzir o exercício de poder do sistema penal e a substituí-lo por formas efetivas de solução de conflitos [...] as táticas para alcançarmos estes objetivos são relativamente simples, desde que as agências políticas não percam o rumo. Em primeiro lugar, é necessário introduzir um discurso diferente e não violento nas fábricas reprodutoras da ideologia do sistema penal, ou seja, nas universidades e centros de terceiro grau. (ZAFFARONI, 1999, p.174-175).

Para efetivar esse discurso torna-se necessária a redução da violência do sistema penal através dos direitos humanos, ou seja, uma mudança no discurso jurídico-penal legitimante que não seja vinculado ao exercício de poder do sistema penal, mas que possibilite se pautar pela melhor decisão perante o conflito.

Desse modo, defende-se um programa político que realmente tenha como objetivo reduzir o exercício da violência para salvar o maior número possível de vidas humanas.

Almejamos um discurso jurídico-penal condizente com uma tática presidida por uma estratégia cujos objetivos sejam eticamente impostos, sendo o principal *salvar vidas humanas*. Reduzir os níveis de violência significa salvar vidas, e isso, no atual contexto genocida, é revolucionário, é parte de uma revolução pela vida, indispensável a nossa subsistência (ZAFFARONI, 1999, p.218).

Pelo exposto, nota-se a necessidade de aplicação em todo momento dos direitos humanos, como garantias para diminuir a violência do sistema penal e como imperativo jus-humanista com base no realismo marginal. Em resumo, o exercício de poder dos sistemas penais é incompatível com a ideologia dos direitos humanos. Para garantir a dignidade do ser humano, não são admitidas as penas elencadas no art. 5º, XLVII, da CRFB, ou seja: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 88, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimentos; e) cruéis. Esse artigo serve para assegurar o Princípio da humanidade visando garantir o mínimo de condições humanas para o apenado no cumprimento de sua sentença. O princípio da individualização da pena vem expresso no art. 5º, XLVI, da CRFB. Modernamente a pena privativa de liberdade declara a função de ressocialização do preso-condenado, entenda-se esse como sendo aquele que foi considerado culpado por sentença condenatória com transitado em julgado, não somente o detento que ainda passa por vias de processo penal, embora, às vezes, ambos possam ser confundidos perante o mecanismo punitivo Estatal Sendo assim, passa-se agora ao segundo capítulo, onde pretende-se abordar a crise do Sistema Prisional e a necessidade urgente de políticas públicas para mudanças da mesma urgência.

CAPÍTULO 3

SITUAÇÃO CONCRETA DO SISTEMA CARCERÁRIO POLÍTICA NACIONAL DE PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS

Este capítulo tem como objetivo apresentar a Política Nacional de Penas e Medidas Alternativas a pena privativa de liberdade. Suas funções, as espécies de penas alternativas vigente hoje no país, da efetividade ao benefício das penas alternativas e seus defensores, as medidas usadas para garantir a efetividade e a estrutura necessária à implantação da política de penas e medidas alternativas, onde apresenta-se um relatório da trajetória do Sistema das Centrais de Acompanhamento das Penas e Medidas Alternativas (CEAPAS).

3.1 CONCEITO DE PENAS ALTERNATIVAS

As alternativas para o sistema de penas constituem meios, métodos e formas de reação ao delito que atuam em todos os momentos do dinamismo penal. Através da cominação, quando o ordenamento positivo consagra novas modalidades de sanção; da aplicação, quando ao juiz se possibilitam meios para a melhor escolha e medição da pena; e da execução, quando os regimes dispõem de condições formais e materiais que atendam aos objetivos gizados pelas diversas medidas de prevenção e repressão à criminalidade. Mas não se trata de um simples processo de substituição assim como se mudasse o curso do sistema abolindo algumas penas e introduzindo outras sem que a este fenômeno se apresentassem as justificativas necessárias.

Alternar não é somente a escolha como também um processo racional de escolha. Daí então ser possível falar-se de uma orientação filosófica e política subjacente aos mecanismos de alternativas que, portanto, reverterá numa doutrina jurídica. Essa composição de etapas é imprescindível para que se formem as bases racionais do sistema, evitando que o processo de alternância se transforme no mudascismo anárquico. (DOTTI 1988, p. 475).

Desta forma, as penas alternativas aludem a busca para acolher os problemas sociais existentes. São para tipos penais a que a lei denominou de infrações penais de menor potencial ofensivo que permitem às pessoas que cometem pequenos delitos como exemplo: Lesões corporais culposas delito de trânsito (art. 129); Periclitacão da vida e da saúde (arts. 130 a 137); Crimes contra a honra (arts. 138 a 145); crimes contra a liberdade pessoal (art. 146 a 149), todos do Código Penal.

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

Cirino dos Santos (2007, p. 534) define as penas restritivas de direito como uma inovação da reforma penal, onde estas desenvolvem obrigações, impõem limite de direitos e abreviam a liberdade do apenado de forma transitória.

Tais penas detêm um cunho triplo e exemplificam-se da seguinte maneira:

- a) São autônomas, como espécie independente de pena, existente ao lado das penas privativas de liberdade e da pena de multa, cuja execução extingue a pena privativa de liberdade;
- b) São substitutivas, porque aplicáveis como alternativas da pena privativa de liberdade aplicada (a única exceção é a interdição de direito nos crimes como violação de deveres profissão, atividade, ofício, cargo ou função, em que a pena *restritiva de direitos* atua como autêntica pena acessória);
- c) São reversíveis, porque admitem, em determinadas hipóteses, reaplicação da pena privativa de liberdade *substituída*, como garantia de eficácia da pena *restritiva de direitos* aplicada.

Já Mirabete (2004, p. 267 – 269) classifica de forma diferente as penas restritivas de direito, dando a seguinte formulação:

- a) *únicas*, quando existe uma só pena e não há qualquer opção para o julgador;

- b) *conjuntas*, nas quais se aplicam duas ou mais penas (prisão e multa) ou uma pressupõe a outra (prisão com trabalhos forçados);
- c) *paralelas*, quando se pode escolher entre duas formas de aplicação da mesma espécie de pena (por exemplo, reclusão ou detenção);
- d) *alternativas*, quando se pode eleger entre penas de natureza diversas (reclusão ou multa).

Para Zaffaroni e Pierangeli (2007, p. 691) quando as penas restritivas de direito foram inseridas no Código Penal:

A Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998, atendendo ao apelo da política criminal dos nossos dias, ampliou as possibilidades de adoção das penas restritivas de direito [...]. Além disso, estabeleceu que essas penas são aplicadas de maneira autônoma, substituição às penas privativas de liberdade que não sejam superiores a quatro anos, desde que o crime não tenha sido cometido com o emprego de violência ou grave ameaça, ou, qualquer que seja a pena, nos crimes culposos (art.44, I e II). A possibilidade de substituição de uma pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos é limitada, e só pode ser realizada em duas hipóteses: a) quando, nos crimes dolosos, a pena aplicada não supere os quatro anos e não tenha o agente empregado violência física ou moral (*vis corporalis ou vis compulsiva*); b) quando se tratar de crime culposo, qualquer que seja a pena aplicada (art. 44, I) (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 691).

Nucci (2009, p. 420) resume os requisitos para permitir a pena restritiva de direitos em três condições objetivas e uma subjetiva que se divide em vários itens, previstos no art. 44, do Código Penal.

Esses requisitos são objetivos para aplicação da pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, quando se tratar de crime doloso. Ainda se o crime for praticado com violência ou grave ameaça à pessoa se o réu não for reincidente em delito doloso e de formas subjetivas que são condições pessoais favoráveis divide-se em culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade; motivos; circunstâncias. Quanto à duração da pena aplicada, a restrição a um montante de

quatro anos somente se dá no tocante aos crimes dolosos. Os culposos não possuem limites.

3.2 FUNÇÕES DAS PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS

Perante a ineficiência das penas privativas de liberdade, face às más condições de vida proporcionada aos presos, o alto custo para manter os estabelecimentos penais e ainda vendo que não estão sendo alcançados os objetivos das penas, surgiram inúmeras críticas ao sistema penal. Percebeu-se que em nada adiantava amontoar os condenados de crimes de menor potencial ofensivo e que não oferecem grande risco à sociedade juntamente com os delinquentes de maior periculosidade, pois nestes casos não há como se falar em reeducação, mas sim, em aprimoramento de bandidos.

Saavedra Guimarães (1999, p. 2) enfatiza dentre os benefícios colocados em face de emprego e aproveitamento prático das sanções alternativas, em primeiro lugar, tem-se a redução normal e social do condenado, o que já foi comprovado inviável perante realidade nacional.

De outra maneira, dá a oportunidade ao condenado, para que exerça um serviço lícito, tendo direito ao aprendizado, lazer e ao mesmo tempo, que possa manter contato com pessoas alheias à marginalidade, acostumadas a conduta e normas da cidadania, o que viria a poupar o condenado do convívio contínuo e único, com marginais de todas as naturezas, acontecimento que já viria a desvalorizar a sua personalidade.

Não se pode duvidar que as penas alternativas, quando aplicadas para prevenção e contenção dos crimes de baixa gravidade e potencial ofensivo pequeno, possuem maior abrangência como forma de recuperação e ressocialização do delinquente, na medida em mantém o criminoso no meio social, e ao mesmo tempo observa seu erro e pune o mesmo, com a pena aplicada, é dado o valor de membro útil à comunidade em que está colocado, como agente de transformação social.

As penas alternativas, de certa forma não tem as mesmas consequências que as demais penas, já que o condenado não fica com a “tatuagem”, ex-presidiário, esse estigma talvez venha a ser a consequência mais maléfica que o Estado possa causar ao apenado, pela marca inapagável que essa caracterização deixa, diminuindo-lhe as oportunidades em todos os setores sociais.

Nucci (2009, p. 418) afirma que estas têm como finalidade prevenir o recolhimento de delinquentes específicos, que no caso são violadores de delitos especificamente mais brandos/ leves, onde o restabelecimento acontecerá através de limitação de alguns direitos.

As penas restritivas de direito são, assim, autênticas penas alternativas, visto que têm a finalidade de substituir a pena de prisão, espinha dorsal (ainda) do sistema penal brasileiro. A experiência do sistema penitenciário mostra que nenhuma espécie de tratamento prisional tem produzido efeitos positivos na reeducação do apenado. A prisão serve apenas para o reforço de valores negativos com a existência de uma “subcultura” presente entre os presos.

O objetivo da execução penal é propiciar meios de adequação social ao preso, através de um tratamento em que ele tenha a assistência necessária por parte do Estado para que passe por um período não só de privação da liberdade, mas de educação social de reinserção. Não se objetiva alterar cientificamente a personalidade do preso, já que não cabe ao Estado tal prerrogativa, mas sim, educá-lo e promover a reinserção na sociedade.

Um dos fatores quais levam a ineficácia do processo ressocializador é justamente a falta de observância aos direitos dos reeducandos, tendo em vista que o Estado, qual deveria atuar na defesa da reintegração social, permite que o reeducando permaneça em locais quais não são atendidos os requisitos mínimos de assistência, além do desrespeito aos direitos humanos (DIAS, 2008).

Há um processo inverso com a condenação, um processo de desaculturação do condenado, este ao ser preso se vê na obrigação de adaptar-se a uma nova sociedade penitenciária, com suas próprias regras de sobrevivência. Do ponto de vista sociológico, o que se percebe não é uma miniatura da sociedade livre, mas uma sociedade interna, não prevista e não estipulada, com regras e cultura próprias,

sem a devida organização e observação das leis regulamentadoras. A função da pena é tríplice, sendo que deve punir, intimidar e ressocializar, porém, mesmo sendo a Lei de Execução Penal uma legislação considerada evoluída, o que se percebe no sistema prisional brasileiro é que não é eficaz em alcançar seu objetivo pelo simples fato do não cumprimento da lei vigente.

O crime deve ser considerado como um problema social e assim deve ser tratado no sentido de remediado, o Direito Penal atua no controle de determinadas classes sociais e desta forma é um mal em si mesmo, já que não alcança sua finalidade e agrava os aspectos negativos aos que submetem-se ao controle. O que deve ser mudado não é o Direito Penal, mas sim a instrumentalização do mesmo para que se alcance a segurança jurídica desejável, além da redução da criminalidade. O que deveria mudar não é só o sistema penitenciário em si, mas a sociedade que deve tirar da pena privativa de liberdade os traços primitivos de vingança coletiva, e deve o Estado, através de incentivos na educação e no combate à miséria, auxiliar neste processo de modificação.

3.3 ESPÉCIES DE PENAS ALTERNATIVAS

Como observou-se nos capítulos anteriores não há fundamento material que legitime o sistema Penal, portanto, passaremos agora a analisar as espécies de penas e medidas alternativas relevantes enquanto alternativas ao controle punitivo perante a ineficácia, em particular, do sistema prisional. Desse modo, perante a deslegitimação que os fatos trazem, dessa ideologia do tratamento penal que nunca foi realizada, apresentam-se as seguintes alternativas.

3.3.1 Pena pecuniária

O caráter dessa sanção é reparatório, o objetivo é reparar o dano sofrido pela vítima do delito, logo seria mais adequado que o nome de tal sanção fosse “multa reparatória

Mirabete (2004, p.269-270) define pena pecuniária como:

Pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes, ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz da condenação. Por disposição expressa, não pode ser ela inferior a um salário mínimo, nem superior a 360 vezes esse salário (art. 45 §1º, do CP, com a nova redação). Havendo dano a vítima, a quantia apurada será a ela destinada, ou, na sua falta, a seus dependentes; caso contrário irá para entidade pública ou privada com destinação social. A sentença que vem fixar o valor desta prestação, também informará a forma de pagamento, que poderá ser feito em parcelas, se for necessário, conforme disposição econômica do condenado. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p.692).

Cirino dos Santos (2007, p. 237) coloca que também é preunciado na lei a oportunidade de reparar o dano de forma diferente, como as seguinte:

a) *dação em pagamento* (art. 356, CC) – se o beneficiário consentir e, obviamente, o condenado requerer. Prestações de *outra natureza* não ferem o princípio da legalidade das penas, por duas razões principais: primeiro, porque *substituem* a pena privativa de liberdade aplicada, regida pelo princípio *nulla poena sine lege*; segundo, porque *beneficiam* o condenado, logo não podem ser excluídas peço principio da legalidade.

Em consequência disso Bitencourt (2006, p. 117-118) complementa, que o intuito desta sanção é restaurar o dano que foi causado pela violação penal, a maior prova é que o valor monetário pago será subtraído do total da condenação em uma ação de restauração civil, se os beneficiários forem os mesmos. Onde o mais correto por fim, seria ter definido tal punição como multa reparatória, que é o sua genuíno

intuito. O valor desta condenação é reservado aos dependentes da vítima, ou a ela própria, com a exceção de duas condições:

O resultado desta condenação em “prestação pecuniária” poderá ter outro *destinatário*: (a) se não houver dano a reparar ou (b) se não houver vítima imediata ou seus dependentes. Nestes casos, [...], o montante da condenação *destinar-se-á* a “entidade pública ou privada com destinação social”. A *excepcionalidade* dessa possível *destinação secundária* prende-se ao *caráter indenizatório* que referida sanção traz em finalidade última. Por isso, *primeiro deverá reparar o dano* ou prejuízo causado a vítima ou seus dependentes e, somente na ausência destes (vítima/dependentes) ou daqueles (dano ou prejuízo) o produto resultante da *condenação* poderá destinar-se “a *entidade pública ou privada com destinação social*”. [...] (BITENCOURT, 2006, p. 117-118)

Entretanto tal colocação na legislação é notadamente boa, pois ao dar como destino da prestação pecuniária para *entidade pública ou privada com finalidade social*, irá precavidamente retirar os *sucessores* da vítima do direito de recebimento. Pois o seu efeito é somente para a própria vítima ou seus dependentes onde acaba por eliminar a *relação sucessória*, e tais sucessores só poderão manter este direito de recebimento, se mantiveram-se no polo de dependentes se alguma vez já o foram.

3.3.2 Perda de bens e valores

A pena de perda de bens e valores como uma transmissão ao Fundo Penitenciário Nacional, dos bens e valores que o condenado veio a obter ao longo do tempo de forma lícita, estes são integrantes do patrimônio do cidadão em questão. Esta punição terá como limite máximo o total do prejuízo que veio a ser causado ou a vantagem que o autor veio ou um terceiro obteve com a prática do delito, terá valência aquele que for maior.

Para Queiroz (2006, p. 411-412) esta punição é inconstitucional ou desnecessária. A sua inconstitucionalidade define-se, pois o confisco só é aceitável como previsto no art. 91 do Código Penal¹, quando relacionado ao crime e as consequências dele, juntamente com a vantagem obtida com a realização, assim a perda de bens e valores citada no art. 5º, XLV e XLVI3, da Constituição Federal, deverá ser entendido desta forma, para assim ocorrer somente sobre os bens que forem adquiridos de forma criminosa/ ilícita.

Cirino dos Santos (2007, p. 538) cita o artigo em sua íntegra, argumentando de forma clara e adicionando conceitos em alguns pontos em discordância pelo que foi citado por Queiroz anteriormente, verifica-se:

Art. 45, §3º. A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime. [...]

É necessário distinguir as hipóteses respectivas: a perda de bens e valores até o limite do *prejuízo causado* com o crime em favor do Fundo Penitenciário Nacional constitui realmente confisco de bens e valores do condenado, porque não possui natureza de indenização ou ressarcimento da vítima; mas a perda de bens e valores até o limite do provento obtido com o crime não significa confisco, porque bens e valores obtidos mediante prática de crime não integram o patrimônio do condenado e, portanto não podem ser objeto de confisco.

3.3.3 Prestação de serviços a comunidade ou a entes públicos

A prestação de serviços a comunidade, poderá ser imposta, quando existir uma condenação é privativa de liberdade, que for superior a seis meses, será composta de tarefas gratuitas impostas ao condenado, em que as suas aptidões serão observadas, e durante uma hora por dia serão cumpridas tais tarefas, durante

¹ Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

o todo o período da condenação. As jornadas de uma hora serão fixadas, de modo que não venham a prejudicar a rotina de trabalho do apenado, o lugar e tempo, que deverá ser cumprida a pena será determinado pelo juiz de execução, e este deverá cuidar para que a determinação não venha a fornecer ao sentenciado um caráter infame, de delinquente.

De forma diferente Bitencourt (2006, p.124-126), da à definição desta pena:

É o dever de prestar determinada quantidade de horas de trabalho não remunerado e útil para a comunidade durante o tempo livre, em benefício de pessoas necessitadas ou para fins comunitários. [...] O legislador brasileiro de 1984 acreditou no *potencial não dessocializador* da “prestação de serviços à comunidade” (BITENCOURT, 124-126).

Cirino dos Santos (2007, p. 538-540) complementa lembrando que se a pena imposta for superior a um ano, a pena substitutiva poderá ser realizada em um período de tempo menor do que a pena que veio a ser substituída, onde a única condição existente é que se respeite metade da pena privativa de liberdade que foi aplicada².

Mirabete (2004, p. 270-271) cita em sua doutrina o art. 46 §1º e §2º³ do código penal em vigência, onde afirma equivaler a pena de prestação social alternativa, encontrada no art. 5º, XLVI, d⁴, da Constituição Federal. E coloca que para existir uma maior alcance que a lei da na aplicação dessa medida punitiva, dependerá fundamentalmente do amparo da sociedade para com as autoridades judiciais, dando a abertura e chance de trabalho para o condenado, diante da grande

² Art.46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade. § 4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.

³ § 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. § 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

⁴ XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: d) prestação social alternativa.

dificuldade gerada para o sistema pela forma que o condenado é visto no meio social.

Mas esta é uma medida de grande alcance, e aplicada de forma correta poderá gerar resultados positivos, com a realização destes trabalhos em programas comunitários e entidades assistenciais, poderá aumentar a extensão e levar assim as entidades que foram beneficiadas a organizar meios propícios para a fiscalização e direção dos apenados.

3.3.4 Interdição temporária de direitos

A interdição temporária de direitos é a pena com maior autenticidade, pois sua finalidade de proibir o exercício de cargo, de função assentada, atividade pública, mandato eletivo (Art. 47, I, CP), tão como o exercício de profissão, atividade ou ofício (Art. 47, II, CP), e por um período certo não deixa ser desenvolvida nenhuma atividade, sendo este ocorrido uma forma de punição para o condenado, que cometeu crime relacionado a função a que foi proibido de exercer.

Queiroz (2006, p. 408-410) vai mais afundo ao tratar de interdição temporária:

a) *Generalidades*. As interdições temporárias de direitos impõem ao condenado uma obrigação de não fazer, tendo finalidade marcadamente, mas não exclusivamente, preventivo-especial: evitar a reincidência. Tais penas não devem ser confundidas com os efeitos da condenação (CP, art. 92), primeiro porque, aquelas ao contrário destas, mas só interdição temporária; segundo, porque estas últimas não são propriamente penas, mas consequências reflexas, não-penais, da condenação. Por ultimo a interdição, em razão da autonomia do direito penal, é aplicável independentemente da sanção cabível no âmbito civil ou administrativo. b) *Primeira interdição*. A interdição do exercício de cargo, função ou atividade pública, [...], importa na incapacidade, não na perda, do exercício de tais funções durante determinado período de tempo. [...] (QUEIROZ, 2006, p. 408-410)

Esta pena é específica, tendo em consideração que ela somente é aplicável perante os crimes que foram cometidos no exercício da função, atividade ou cargo, e ocorrerá quando existir a violação das obrigações que são essenciais, é estabelecida quando o crime praticado está diretamente ligado com o uso inapropriado do direito interdito.

Para Mirabete (2004, p.273) tal interdição não versa somente a suspensão do indivíduo que desempenha a função, o cargo, mas também inclui aquele que deixou o exercício da função (podendo este ocorrido ser voluntário ou não) após cometer o delito. Esta pena está relacionada a infidelidade, ao abuso de poder, a violação do dever funcional.

Tal interdição não é permanente, não alude a perda do cargo exercido, isso somente ocorrerá quando a pena determinada superar quatro anos (art. 92, I, b, e parágrafo único)⁵. Quando se tratar de proibição de frequentar determinados lugares, nunca poderá ser de forma abstrata a condenação, o juiz precisará mencionar claramente na sentença, os lugares que o condenado não poderá frequentar.

3.3.5 Limitação do fim de semana

A limitação de fim de semana tem similaridade relativa, com o regime semiaberto, e tem como características a obrigação de permanecer aos finais de semana (sábado e domingo), pelo período de cinco horas, de cada dia, totalizando dez horas, em casa de albergado, se esta não existir então na própria habitação do infrator, tendo ainda a possibilidade de assistir palestras, participar de cursos dentre outras atividades com fins educativos. (Art. 48, Parágrafo único, CP⁶).

⁵ Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

⁶ Art. 48 - A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

Nucci (2009, p.432) ainda complementa colocando, que nas comarcas onde a casa do albergado não existir, e não houve lugar apropriado para manter o condenado pelo tempo necessário de ambos os dias, tal pena deve ser evitada para não vir a acarretar clara impunidade. Não deve ser autorizado cumprimento desta pena, conforme os padrões do regime aberto, pois ela torna-se irrealizável com a falta de fiscalização e a não adaptação a verdadeira finalidade da pena.

Bitencourt (2006, p. 154-156) da continuidade afirmando, que esta punição tem o intuito de ser educativa, já que o condenado poderá durante o cumprimento da mesma participar de cursos, palestras, a sua finalidade é o bom aproveitamento do período que o condenado mantém-se no estabelecimento, o que esta em concordância com os objetivos da condenação, de ressocializar e reeducar o condenado.

A casa do albergado deveria existir em todas as localidades brasileiras, em seus centros urbanos, entretanto a realidade é diferente, tornado falha a aplicação desta pena. O ambiente deve ter como características principais a ausência de obstáculos que iriam inibir uma fuga, além de acomodações apropriadas aos apenados.

Por fim Mirabete (2004, p.276) coloca da seguinte forma, que esta pena foi criada com o intuito de fracionar a pena privativa de liberdade que tenha uma pequena duração, mas em termos de lei, o período de cinco horas diárias, que será cumprido nos finais de semana, somente equivalerá a dois dias da semana que for estipulada no prazo da pena privativa.

Algumas vantagens são apontadas por Mirabete (apud Augusto Martinez Perez, 2006, p. 276):

- a) a permanência do condenado junto a sua família, ocorrendo o seu afastamento apenas nos dias dedicados ao repouso semanal;
- b) a possibilidade de reflexão sobre o ato cometido, no isolamento a que é mantido o condenado;

- c)a permanência do apenado e seu trabalho, evitando, assim, dificuldades materiais para a família, decorrentes da ausência do chefe;
- d) ausência dos malefícios advindos do contato do apenado com condenados mais perigosos, o que fatalmente ocorreria, na hipótese de execução da pena de forma contínua em isolamento celular;
- e) o abrandamento da pena acessória de “rejeição social” que normalmente marca o condenado recolhido a um estabelecimento penitenciário;
- f) a oportunidade de se apenar determinados delinquentes, chamados de “colarinho branco”, que por via de regra se furtam à ação da justiça. (apud PEREZ, 2006, p. 276):

A grande inovação foi a criação das medidas alternativas da prisão, reflete tendência mundial consolidada pelas diretrizes fixadas nas Regras das Nações Unidas sobre medidas não privativas de liberdade, as conhecidas Regras de Tóquio de 1990. O Estado também é beneficiado com essas medidas porquanto poupa vultuosos recursos humanos e materiais, indispensáveis à manutenção de alguém no cárcere, além de diminuir os riscos e malefícios inerentes a qualquer encarceramento, tais como a transmissão de doença infectocontagiosas, estigmatização, criminalização do preso, etc.

3.4 DA EFETIVIDADE AO BENEFÍCIO DAS PENAS ALTERNATIVAS

Quando é aberto precedente para levar e pautar a discussão sobre a real efetividade das penas alternativas, não pode ser deixado de divagar a respeito do sistema de ideias e vontades da população. Devemos nos prender as falhas existentes que são reais e que vem tornar as penas alternativas não-efetivas.

Cabe, entretanto, acertarmos para as declarações pertinentes de Miguel Reale (2009):

Na verdade, a nova lei limita-se a estender a aplicação das penas restritivas às penas antes previstas para serem cumpridas em prisão-albergue, e que, no sistema anterior, terminavam sendo efetivadas em prisão domiciliar, vale dizer, flagrante impunidade. [...]

Trocou-se a não efetividade da prisão-albergue pela não efetividade da prestação de serviços à comunidade. Ao fim e ao cabo, resultará em se aplicar a pena que nenhum trabalho ou dispêndio de esforço acarreta ao Juízo da Execução penal, à Administração Pública, ao Ministério Público, ou seja, a pena de prestação pecuniária (...). A extensão das penas restritivas às penas não superiores há quatro anos entra no sistema como corpo estranho, pois torna sem sentido a suspensão condicional da pena, bem como a própria prisão albergue que remanesce no código.

Sendo assim é preocupante o fato, se for levado em conta de que não irá depender da efetividade das penas alternativas, das novas leis que surgem e acabando por incluir a diversidade de penas, mas deve levar em conta, que o legislador deva começar a atuar de forma diferenciada, defendendo as condições de aplicação das penas, para que a sua efetividade aí então seja plena.

Se todas as penas existentes, mesmo que possuam uma variação grande, forem aplicadas sem distinção ou critério, não irá importar a sua qualidade, pois o efeito que é esperado não será atingido.

O próprio Sursis cai, pois é prejudicado pelas várias tentativas do legislador em arrumar a problemática de não efetividade das penas alternativas, que acaba criando novas opções de pena e não discriminando as formas que as já existente poderiam ser aplicadas.

3.5 A POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

A princípio, é imperioso já destacar a existência de um conflito entre a defesa do “interesse social” e execução penal fundada em práticas contraditórias por natureza, as quais se tentam justificar a partir de um prisma de defesa do referido interesse coletivo, em detrimento do bem estar da massa carcerária.

Assim, pode até ser considerado notório o fato de que a violência gerada pelas sanções aplicadas pelo estado na esfera penal, historicamente, mostra-se pior do que a violência gerada pelos próprios crimes os quais as referidas sanções têm o propósito de punir.

A população carcerária do Brasil é de 514.582 presos, de acordo com o DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional)⁷, cujos dados foram obtidos até dezembro de 2011. O Brasil ficou em 4º lugar dentre os países mais encarceradores do mundo e em 49º lugar dentre os mais encarceradores a cada 100 mil habitantes, chegando a uma taxa de 269,79 presos.

Os presos na Secretaria de Segurança Pública totalizam 43.328 (quarenta e três mil e trezentos e vinte e oito), e no Sistema Penitenciário totalizam 471.254 (quatrocentos e setenta e um mil e duzentos e cinquenta e quatro) custodiados. As vagas disponibilizadas incluindo todos os sistemas penitenciários junto com a Polícia Judiciária do Estado (Polícia Civil/SSP) totalizam 306.497 (trezentos e seis mil e quatrocentos e noventa e sete), restando um *déficit* de 208.085 (duzentos e oito mil e oitenta e cinco) presos em um grave problema do sistema penitenciário brasileiro, onde o preso em geral, não trabalha, vive entregue à completa promiscuidade, sem exercitar a terapia produtiva⁸.

Nos últimos 20 (vinte) anos e meio (entre 1990 e junho de 2011), a população carcerária no Brasil obteve um crescimento exorbitante com uma porcentagem que assusta “471%”, sendo que no ano de 1990 o Brasil possuía apenas 90 mil presos. Para ter uma base, no mesmo período, toda a população nacional cresceu em apenas 30%.

⁷ Dados obtidos no sitio eletrônico do Ministério da Justiça, disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>

⁸ Dados obtidos no sitio eletrônico do Ministério da Justiça, disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm> . Acesso em: 12/02/2015.

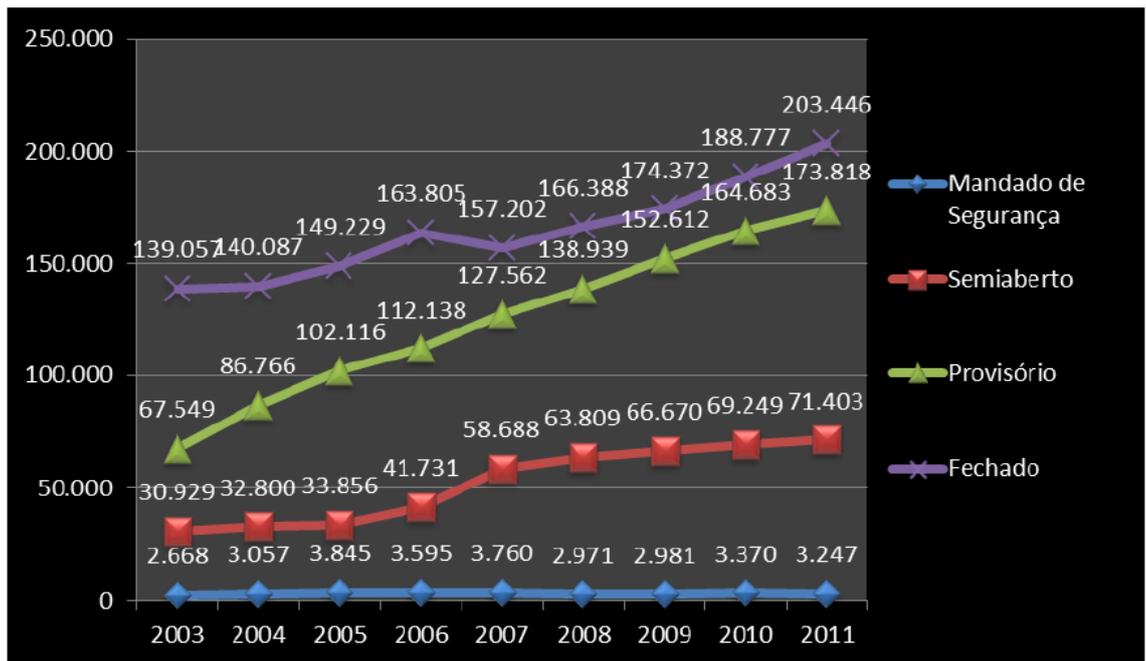


Demonstrativo quantitativo dos presos no período de 2003 a 2011.

Fazendo uma divisão da população do sistema penitenciário, até dezembro de 2011, entre o Regime Fechado, Semiaberto, Aberto, Provisório e a Medida de Segurança, se constata os seguintes resultados:

- Regime Fechado: 203.446 (duzentos e três mil e quatrocentos e quatro) detentos;
- Regime Semiaberto: 71.403 (setenta e um mil e quatrocentos e três) detentos;
- Regime Aberto: 18.649 (dezoito mil e seiscentos e quarenta e nove) detentos;
- Provisórios: 173.818 (cento e setenta e três mil e oitocentos e dezoito) detentos;
- Medida de Segurança: 3.247 (três mil e duzentos e quarenta e sete) detentos.

Demonstrativo quantitativo de presos por regime.



Fonte: Departamento Penitenciário Nacional

Já em agosto de 2014, o CNJ – Conselho Nacional de Justiça informa os novos números de encarcerados no Brasil, de acordo com pesquisas levantadas por estes, junto aos representantes dos tribunais de justiça brasileiro, o total de encarcerados no Brasil, eram de 711.463 presos. Esses dados levam em conta as 147.937 pessoas em prisão domiciliar. O CNJ consultou os juízes responsáveis pelo monitoramento do sistema carcerário dos 26 estados e do Distrito Federal. De acordo com os dados anteriores do CNJ, que não contabilizavam prisões domiciliares, em maio de 2014 a população carcerária era de 563.526⁹.

Dessa forma, levando em consideração o tempo em que já se encontram encarcerados, muitos já poderiam estar em liberdade, mas não estão, embora não tenham sido declarados culpados por meio de uma sentença condenatória.

Não seria necessário manter uma pessoa no cárcere sem antes esta ser julgada e condenada, pois, nas atuais condições dos presídios, estariam sujeitas a condições degradantes, transmissão de doenças infectocontagiosas e, ainda, a estigmatização da criminalidade decorrente das condições sub-humanas vivenciadas, etc.

⁹ <http://wagnerfrancesco.jusbrasil.com.br/noticias/129733348/cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em: 20/03/2015.

3.6 A REALIDADE DO QUE É OFERECIDO AO PRESO NO BRASIL

Conforme demonstrado anteriormente, é possível notar que os presos possuem muitos direitos, porém, agora veremos a distância existente entre eles e as condições em que vivem e são submetidos os reclusos.

Segundo Carvalho (2003, p. 212), “O fenômeno das violações dos direitos da pessoa presa, por parte da administração pública, é uma das realidades mais notórias no país”.

A violação dos direitos dos condenados não ocorre apenas dentro das prisões, mas também fora delas (no Poder Judiciário), onde é possível notar que muitos dispositivos legais são violados, até mesmo os da Constituição Federal, como o que garante a razoável duração do processo e a celeridade em sua tramitação, pois a realidade não é essa, muitos condenados aguardam por longos períodos até obterem uma resposta sobre sua condenação, absolvição ou posição em que seu caso se encontra.

De acordo com Bitencourt (2001, p. 154 – 155), a falência da pena privativa de liberdade se deve ao fato de que o ambiente prisional reflete um meio artificial, que não permite alcançar a reabilitação do preso e também devido às condições materiais e humanas que tornam inalcançável o objetivo de reabilitá-lo.

“A instituição carcerária, que nasceu junto com a sociedade capitalista, tem servido como instrumento para reproduzir a desigualdade e não para obter a ressocialização do delinquente” (BITENCOURT, 1999, p. 8).

Conforme relata Carvalho (2003, p. 181), é possível notar que nem mesmo o limite constitucional de respeito à integridade moral do homem que é assegurado na dignidade humana, é observado pelo sistema de Execução Penal.

No interior deste sistema social anômalo, no qual relações doentias de poder se (re) produzem, constata-se a absoluta incapacidade de garantia dos direitos, em decorrência da inviabilização do direito à legalidade através de mecanismos de obstrução da jurisdição”. (CARVALHO, 2003, p. 155)

É grande a demora pelo Poder Judiciário em atender aos pedidos dos presidiários, principalmente aqueles que se destinam à progressão de regime e ao livramento condicional, tal fato é uma das várias causas incentivadoras de motins e rebeliões. Ainda, de acordo com o autor, o Poder Judiciário incide em erro, pois não observa a lesão ou ameaça ao direito, prevista no artigo 5º, inciso XXXV, CRFB, e nem o disposto no artigo 66, incisos VI, VII e VIII da LEP.

Art. 66. Compete ao Juiz da execução VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei; (BRASIL, 1984) A eficácia do modelo garantista somente pode ser alcançada quando o controle das atividades administrativas ocorra comissivamente pelo Poder Judiciário, exigindo do Poder Executivo o respeito à dignidade dos presos, suprimindo-os de suas carências materiais e respeitando sua individualidade. (CARVALHO, 2003, p. 212).

Pelo fato de não haver a efetividade dos direitos dos presos dentro do sistema prisional, é possível notar um crescimento da criminalidade e da reincidência, o que mostra a ineficácia das finalidades da pena. Nos últimos anos, houve revoltas em prisões em muitos lugares do mundo. Os objetivos que tinham, seu desenrolar tinham certamente qualquer coisa de paradoxal. Eram revoltas contra toda uma miséria física que dura há mais de um século: contra o frio, contra a sufocação e o excesso de população, contra as paredes velhas, contra a fome, contra os golpes.

Conforme dados obtidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (BRASIL, Ministério da Justiça), destes 508.357 (quinhentos e oito mil trezentos e cinquenta e sete), 28.006 (vinte e oito mil e seis) são analfabetos, 65.041 (sessenta e cinco mil e quarenta e um) são apenas alfabetizados, 228.627 (duzentos e vinte e oito mil seiscentos e vinte e sete) tem Ensino Fundamental incompleto, e apenas 57.935 (cinquenta e sete mil novecentos e trinta e cinco) presos possuem o Ensino

Fundamental completo, violando assim o dispositivo da LEP (Lei nº 7210/84), que prevê a obrigatoriedade do ensino de 1º grau aos detentos. E ainda, 56.257 (cinquenta e seis mil duzentos e cinquenta e sete) presos tem Ensino Médio incompleto, 37.820 (trinta e sete mil oitocentos e vinte) presos tem Ensino Médio completo, 4.229 (quatro mil duzentos e vinte e nove) presos possuem Ensino Superior incompleto, 2.126 (dois mil cento e vinte e seis) possuem Ensino Superior completo e 21.578 (vinte e um mil quinhentos e setenta e oito) presos não informaram.

Até o mês de junho de 2012, conforme os dados do Departamento Penitenciário Nacional (BRASIL, Ministério da Justiça), apenas 51.722 (cinquenta e um mil, setecentos e vinte e dois) presos se encontram em atividade Educacional.

O caráter adestrador dos sistemas prisionais disciplinares exerce efeitos degradantes na individualidade dos apenados, sendo totalmente contrários aos postulados pedagógicos da educação. O estímulo ao auto-respeito, à espontaneidade e à autodeterminação, são degradados pelo servilismo de modelo cujo imperativo é a disciplina (CARVALHO, 2003, p. 192).

Pois, ainda conforme relata Carvalho (2003, p. 193), essa disciplina concedida aos apenados é tida por eles como uma imposição de regras que os manipulam, e muitas vezes são humilhantes e absurdas.

Conforme afirma Beccaria (2000, p. 27),

A razão está em que o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a ideia da força e do poder, em vez da justiça; é que se atiram, na mesma masmorra, sem distinção alguma, o inocente suspeito e o criminoso convicto; é que a prisão, entre nós, é antes de tudo um suplício e não um meio de deter um acusado; é que, enfim, as forças estão separadas daquelas que mantêm as leis no interior, quando deveriam estar intimamente ligadas.

A população carcerária consciente das consequências de seus atos, encontra nas fugas, rebeliões e motins, uma maneira de expor as péssimas condições em que vive, e reivindicar seus direitos que são desrespeitados e esquecidos. “Para quebrar a ‘indiferença judicial’, sugere a responsabilização funcional e pessoal (inclusive penal), dos juízes por negligência na vigilância dos estabelecimentos” (CARVALHO, 2003, p. 213). Segundo afirma Carvalho (2003 , p. 223 - 224),

Os motins carcerários são os fatos que mais dramaticamente evidenciam as diferenças da pena privativa de liberdade. É o acontecimento que causa maior impacto e o que permite à sociedade tomar consciência, infelizmente por pouco tempo, das condições desumanas em que a vida carcerária se desenvolve. [...] O exemplo mais eloquente da conflitividade carcerária foi o “massacre do Carandiru”, ocorrido na Casa de Detenção, em São Paulo no ano de 1992, quando a Polícia Militar executou cento e onze reclusos, totalmente desarmados (BITENCOURT, 2001, p. 227).

As obras especializadas, não somente do século XX, mas também das últimas décadas, demonstram a crueldade e desumanização existentes no ambiente carcerário, relatando algumas das eficiências prisionais: maus-tratos verbais ou de fato, superlotação, falta de higiene, condições deficientes de trabalho, ineficiência nos serviços médicos, assistência psiquiátrica deficiente ou abusiva, regime alimentar deficiente, consumo de drogas que muitas vezes é facilitado pelos funcionários penitenciários que se corrompem, abusos sexuais, homossexualismo e onanismo, ambiente propício à violência com meios brutais.

O problema está na própria prisão, pois ela ofende a dignidade do apenado, o desmoraliza, o denigre, o humilha, torna-o bruto, rebaixa-o a um ser miserável e desprezível. 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.

Considera-se que a prisão, em vez de frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda

espécie de desumanidade. Não traz nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda sorte de vícios e degradações (BITENCOURT, 2001, p.157).

O elevado número de reincidência mostra a incapacidade da reabilitação do condenado, já que a prisão apenas evidencia os valores negativos dos presos devido às condições de vida que ela proporciona. O indivíduo que cometeu um crime é preso com o intuito de ser punido, intimidado e, principalmente, reformado; porém, devido a essas más condições em que a maior parte do sistema prisional se encontra há muitos anos, a distância entre a lei e o condenado, a violação dos direitos humanos, se pode perceber que a pena não consegue atingir suas finalidades. Essas condições são desumanas e deprimem o apenado, fazendo com que ele retorne a delinquir, tornando impossível a sua reintegração à sociedade.

Esta desintegração do sistema gera a degradação das condições físicas (higiene, limpeza, alimentação, assistência médica) dos estabelecimentos prisionais gerando uma sobre pena [sic] aos condenados o que por sua vez leva a um ambiente onde a revolta e a promiscuidade impera. Com isso, é possível notar que tanto os dispositivos da LEP (Lei nº 7210 de 1984), do CP, quanto os da Constituição Federal, são ineficazes, pois a grande maioria deles não é efetivada, e pode-se concluir que o Estado não possui condições de concretizar todos os direitos dos presos.

3.7 A FALTA DE POLÍTICA PARA A REDUÇÃO DA PROBLEMÁTICA NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Apesar da crise no sistema prisional estar evidente desde meados da década de 1990, as respostas governamentais têm sido basicamente reativas, inadequadas e lentas. Isso é resultado de décadas de negligência da administração federal, na qual a reforma do setor de justiça têm tido pouca prioridade há bastante tempo. Entre 1985 e 2002, a pasta do Ministério da Justiça teve uma média de um titular por ano.

A função do Ministério é tradicionalmente política e o ministro é escolhido pelo presidente da República. Os sistemas prisionais também tem sido alvo de anos de baixo investimento pelas autoridades federais. O Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) foi criado em 1994 para fornecer fundos exclusivos ao sistema prisional, com receita proveniente basicamente de multas judiciárias e loterias estaduais e federais.

Legalmente, esse dinheiro não pode ser usado pelo governo federal para outros fins. No entanto, o Ministério do Planejamento tem retido rotineiramente esse fundo como contingência, isto é, para compensar o déficit em conta corrente (Governo Fernando Henrique Cardoso) ou para garantir superávit primário (Governo Lula).

Macaulay (2006) afirma que em 1995, o Funpen conseguiu gastar apenas 15% de sua receita acumulada. A proporção dos rendimentos gastos cresceu, então, para quase 97% em 1998, ano de eleição, apenas para descer novamente para 22,2% em 1999, na esteira da desvalorização do real. A autora informa que em seus oito anos, o governo Fernando Henrique liberou apenas 72% da renda do Funpen e a mesma prática continuou no governo Lula. Em 2005, o Funpen tinha 272 milhões de reais em seus cofres, foi autorizado a gastar 224 milhões e recebeu, de fato, 159 milhões. Como o custo da construção de novos presídios aumentou, o fornecimento de novas vagas diminuiu lentamente. Essa prática atingiu São Paulo mais duramente, uma vez que esse estado tem 38% da população prisional do país e recebeu apenas 31% dos fundos do Funpen.

Com um crescimento líquido de 6 mil presos entre 2004 e 2005 (ou seja, uma adição mensal de 500 presos entrando no sistema), as autoridades precisaram construir prisões continuamente apenas para manter o sistema (MACAULAY, 2006, p. 25). Outra consequência dos cortes nos gastos públicos foi o contínuo enfraquecimento institucional do Departamento Penitenciário Federal (Depen), sob a tutela do Ministério da Justiça, que não teve nenhuma capacidade de liderança. Com um reduzido quadro de funcionários e subordinado a um conselho consultivo sobre questões penais (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP), o Depen foi inteiramente reativo, sendo incapaz de produzir dados nacionais confiáveis, diretrizes políticas, procedimentos operacionais ou documentos de

planejamento e de realizar inspeções e diagnósticos do sistema, melhoramentos no sistema, monitoramento externo e a na inspeção do sistema prisional iriam, sem dúvida, acelerar e fortalecer os esforços de reforma (OLIVEIRA, 2008, p. 2).

Porém, o sistema atual é fragmentado, duplicado e inefetivo. Há nada menos que seis instituições com poder de inspecionar estabelecimentos prisionais e assegurar sua adequação à lei, quatro no nível estadual e duas no federal (Depen e CNPCP) (MACAULAY, 2006, p. 25). No nível estadual, o Ministério Público (com permissão de fiscalizar a polícia), o juiz corregedor dos presídios, o Conselho Penitenciário Estadual e a Secretária de Administração Penitenciária apresentam um potencial conflito de interesses no que se refere aos presos, cujas sentenças eles decidem. Geralmente, esses órgãos inspecionam os presídios durante ou logo após um incidente, como rebeliões ou episódios de violência, embora deveriam também fazer inspeções regulares e impossibilitando o monitoramento público ou o aprendizado institucional.

Essa duplicação de esforços e agências faz com que ninguém assuma a responsabilidade pelas condições dos presídios. É necessária a criação de um sistema de inspeções que seja proativo e preventivo, conduza inspeções a partir de um cronograma, tenha uma equipe profissional, produza e publique relatórios avaliativos e supervisione a implementação de suas recomendações. A lei prevê o envolvimento da sociedade civil no monitoramento das condições dos presídios por meio da instalação de um Conselho Comunitário em cada jurisdição onde haja uma prisão. Porém, várias jurisdições não têm um conselho, dependem do juiz local para fazer nomeações e não recebem diretrizes ou apoio institucional como treinamento, aconselhamento e realização de inspeções ou mesmo como escrever relatórios ou para onde manda-los.

Assim, um sistema prisional em permanente expansão não é a solução mais efetiva para o problema da criminalidade e a violência social no Brasil. O número crescente de presídios não irá necessariamente possibilitar ao Estado retomar o controle dos estabelecimentos prisionais. O que o Brasil precisa é de um conjunto de reformas em diferentes setores, desde o Código Penal e de Processo Penal passando pelo debate público sobre respostas realmente efetivas para a insegurança dos cidadãos e pela maior integração do sistema de segurança pública,

para que o sistema prisional não seja visto como um depósito das mazelas sociais, mas sim como um conjunto de respostas possíveis à criminalidade e como um sistema que deveria ser usado com mais atenção e discernimento.

3.8 ESTRUTURA NECESSÁRIA À IMPLANTAÇÃO DA POLÍTICA DE PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS

Para que o Estado possa de fato, apresentar alternativas para a pena privativa de liberdade se faz necessárias estruturas, tanto políticas, físicas e sociais para que essas penas alternativas sejam postas em práticas. O tema desta dissertação foi as penas alternativas podem colaborar para a redução da superlotação nos presídios do Brasil, no entanto, apesar dos objetivos dessas penas e medidas alternativas seja a não inclusão no regime de privação de liberdade, para crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando aos delinquentes penas que possam contribuir para sua interação na sociedade, e afastá-los do convívio com criminosos de maior potencial ofensivo.

O Programa de Penas e Medidas Alternativas, apresenta políticas que desde de 2000 foram e são criadas para que as estruturas físicas e humana possam contribuir para uma efetiva estrutura de funcionamento em todo o Brasil para o êxito do programa.

Carneiro (2009) esclarece que houve sim, implementação de medidas para ampliar a estrutura de apoio as penas alternativas com a criação em setembro de 2000 do programa nacional de apoio às penas alternativas, seguindo diretriz do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), a ser cumprido pela gerência da Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas (Cenapa), então vinculada à Secretaria Nacional de Justiça, tendo como missão gerar as atitudes necessárias para a difusão da aplicação das alternativas penais no Brasil, valendo-se, para isso, de recursos oriundos do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen).

Gomes (2008) cita que em 2002, com objetivo de alcançar uma dimensão de consolidação da política pública de prevenção criminal, mediante a disseminação da

cultura da aplicação das alternativas penais em todo o país, foi criada, por meio da Portaria Ministerial n. 153/2002, a Comissão Nacional de Apoio às Penas e Medidas Alternativas (Conapa), composta por juízes de direito, defensores públicos, promotores de Justiça, psicólogos e outros técnicos com conhecimento e experiência na área de execução das alternativas penais em todo o Brasil.

Consigne-se que o Manual referido tornou-se uma bússola para os diversos procedimentos necessários da dinâmica da execução das alternativas penais, orientando os técnicos acerca da interdisciplinaridade que norteia esta forma de execução penal. Por via de consequência, o programa nacional promoveu o primeiro ciclo de capacitações regionais sobre monitoramento e fiscalização de penas e medidas alternativas, que reuniu nas cidades de São Paulo, Salvador, Manaus, Fortaleza e no Distrito Federal, técnicos e operadores do direito das 27 unidades da Federação.

Em 2003, o programa sofreu os efeitos da reestruturação pelo qual passou o Ministério da Justiça, deslocando a CENAPA da Secretaria Nacional da Justiça para o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), tendo sido criada a Coordenação Geral de Reintegração Social (CGRS), com orçamento próprio e abrigando a CENAPA.

Igualmente em 2003, o Ministério da Justiça demonstra atitude de fortalecimento do programa nacional de apoio às penas e medidas alternativas, seguindo a orientação do direito penal moderno e atendendo à política criminal orquestrada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, com estratégias focadas nos objetivos seguintes: I – produção e disseminação de conhecimento acerca da execução das penas e medidas alternativas; II – identificação, avaliação e fomento de boas práticas nesta área; e III – apoio técnico e financeiro aos judiciários e executivos estaduais para que promovam melhorias nos seus sistemas de aplicação e fiscalização das alternativas penais.

Em 2004, foi realizado o segundo ciclo de capacitações regionais sobre o monitoramento e fiscalização de penas e medidas alternativas, ocorrido nas cidades de Belém, Recife e Curitiba, voltados para as Regiões Nordeste, Norte e Sul.

Em 2004 houve a expansão do Programa, o site do Ministério da Justiça passou a disponibilizar dados do perfil dos beneficiários das alternativas penais, bem como do progresso alcançado pelo programa nacional, com a divulgação de indicadores sociais e jurídicos. A CENAPA passou a selecionar e capacitar os técnicos e as entidades conveniadas, oriundos da sociedade civil e dos órgãos públicos para, juntamente com os juízos competentes, atuar diretamente junto aos indivíduos submetidos às alternativas penais.

Naquele mesmo ano, a Comissão Nacional de Penas e Medidas Alternativas (CONAPA) sofreu uma reestruturação, ampliando o número de membros integrantes para contemplar representação de todas as unidades da federação. Ainda durante o ano de 2004, o investimento do Ministério da Justiça tornou-se seis vezes maior que nos anos anteriores, destinando recursos para projetos nos Estados membros que criassem ou ampliassem as estruturas das Centrais de Apoio – CEAPAS. Até o final daquele ano, registrou-se o funcionamento de 39 centrais, 56 núcleos e 7 Varas especializadas na execução das alternativas penais (Fortaleza – 1998; Recife – 2001; Porto Alegre – 2001; Salvador – 2001; Belém – 2002; Curitiba – 2004; e Aracajú – 2004).

Segundo dados da própria CENAPA, até março de 2006, mais de 500 técnicos de todo o país passaram pelas capacitações promovidas pelo programa e, em julho do mesmo ano, nova reestruturação do DEPEN alçou o programa voltado para as penas e medidas alternativas vinculado a uma coordenação própria, a Coordenação Geral de Fomento ao Programa de Penas e Medidas Alternativas (CGPMA), substituindo a denominação CENAPA.

No ano de 2006, foi divulgado o levantamento nacional sobre a execução de penas alternativas, pesquisa anteriormente solicitada, junto ao ILANUD, que apresentou um diagnóstico quanto à questão, traçado a partir da análise da realidade da execução das alternativas penais nas cidades de Belém, Belo Horizonte, Campo Grande, Curitiba, Fortaleza, Porto Alegre, Recife, Salvador e São Paulo, além do Distrito Federal, verificando, além dos aspectos socioeconômicos dos submetidos às alternativas penais, outros dados relativos ao efetivo cumprimento, as espécies de alternativas penais mais aplicadas e os crimes que mais são alvo desta modalidade de sanção.

Na mesma esteira do ocorrido em 2004, acontece o II Congresso Nacional de Execução de Penas e Medidas Alternativas (II CONEPA), em novembro de 2006, na cidade de Recife – PE, com cerca de 600 participantes, em parceria entre o Ministério da Justiça e o Governo do Estado de Pernambuco, no qual o fortalecimento do programa nacional de execução de alternativas penais foi amplamente debatido.

Apresentado no final de 2006, o Relatório de Gestão da CGPMA, antiga CENAPA, evidenciou que o crescimento do número de execuções de penas e medidas alternativas no Brasil, acompanhadas pelo sistema do Ministério da Justiça, foi da ordem de 200% em comparação com os números do ano de 2002, correspondendo a 63.457 penas e medidas aplicadas contra 21.560, verificadas em 2002, sendo altamente animadores os números para o ano de 2007 pois os dados relativos às penas e medidas aplicadas até junho daquele ano já alcançavam 301.402 alternativas penais.

A expansão das CEAPAS pode ser verificada em todo o país com a presença atualmente de unidades em cada Estado, destacando-se alguns que proporcionaram um maior investimento neste modelo de execução penal, como o Estado do Rio de Janeiro, que conta com doze Centrais, atendendo a dezesseis municípios, o mesmo acontecendo com os Estados de Minas Gerais, com dez Centrais, sendo cinco na Região Metropolitana e cinco em outros municípios, Pernambuco, também, com dez Centrais, 6 atendendo a quatorze municípios e o Estado do Acre, mantendo três Centrais, que abarcam seis municípios¹⁰. (SERVIÇOS PÚBLICOS DE PMA NO BRASIL, 2008).

O Estado de São Paulo, hoje, ocupa posição de liderança, possuindo trinta Centrais, em trinta municípios, conforme dados da sua Secretaria da Administração Penitenciária (SAP/SP, 2008). O Estado da Bahia, além da Central existente na Capital, iniciou um processo de interiorização com o envio, pelo Gabinete do Governador, de projeto de lei à Assembléia Legislativa, propondo a criação de 10 Centrais nas diversas regiões do Estado, gerando a edição da Lei nº. 11.042/2008, cuja geografia pretende contemplar cerca de 50 municípios.

¹⁰Dados disponíveis em: <<http://www.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJ47E6462CITEMIDF2A8395htm>>

Em procedimento similar, o Ministério público do Estado da Bahia, por meio do ato nº 006/2007 do Procurador-Geral de Justiça Livaldo Brito recomendou a todos os Promotores de Justiça com atuação na área criminal no interior do Estado que envidem esforços necessários à implantação dos núcleos ou Centrais de Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas. Ensejando a recomendação, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, da adoção da medida por todos os demais Procuradores-Gerais de Justiça do País.

No final do ano de 2007, na última reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), que ocorreu no mês de dezembro, em Brasília – DF, foi aprovada, por unanimidade, proposta de resolução que objetivou assegurar, quando da elaboração do orçamento anual do DEPEN para projetos na área de execução penal, verba no mínimo igual à relativa ao custo total de uma unidade prisional federal (aproximadamente R\$ 20.000.000,00), para os programas direcionados ao apoio e suporte às unidades da Federação para a criação, ampliação ou melhoria dos seus órgãos e estruturas de execução de alternativas penais (GOMES, 2008).

A proposta também trouxe a exigência da comprovação de previsão orçamentária, com recursos do próprio Estado Membro, destinada às ações voltadas para aplicação, execução e acompanhamento de penas e medidas alternativas, no percentual mínimo de 5% sobre todo e qualquer dispêndio proposto junto ao DEPEN. Ambas as propostas resultaram na Resolução nº 5, de 11 de dezembro de 2007, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária que serve de diretriz a ser executada pelo DEPEN.

3.9 MEDIDAS USADAS PARA GARANTIR A EFETIVIDADE

Em três grandes estados brasileiros (Rio Grande do Sul, São Paulo e no Paraná), já foram disseminadas meios práticos que trazem a garantia de confiança e eficácia das penas alternativas, tais medidas práticas alcançaram grande êxito.

A Secretária Nacional de Justiça, órgão vinculado ao Ministério Público, vem criando convênios juntamente com entidades do Poder Executivo Estadual, com as Secretarias de Segurança Pública, com o Poder Judiciário e Ministério Público em diversos Estados da federação, com o objetivo garantir a eficiência das penas alternativas e de vê-las em prática as penas.

Tais organismos assinaram acordo em Florianópolis para o funcionamento da Central de Penas Alternativas (CPA), na capital. É um recurso para os Estados que não tem uma política oficial para a solução do problema. Será um instrumento responsável por armazenar o cadastro das entidades públicas e privadas que tem destinação social, local que os apenados que se encontram na obrigação de prestar serviços gratuitos serão conduzidos ou indicará as entidades beneficiadas com as “cestas básicas”.

Wanderlea Maria Machado (2015) coordenadora da central de penas alternativas de Florianópolis especifica que:

Analisando os dados, a Central de Penas Alternativas fará o encaminhamento, observando as habilidades específicas, como por exemplo: o local de moradia do condenado, buscando sempre o local mais próximo da residência para o cumprimento da prestação de serviço, como também encaminhando para o Juiz de Execução, e ao Ministério Público, os relatórios periódicos da prestação de serviço ou da prestação pecuniária, permitindo a fiscalização do cumprimento das penas. A Central de Penas Alternativas, sem dúvidas foi uma grande inovação que ajudará a solucionar a falta de suporte por parte do Estado, no tocante a fiscalização dos serviços prestados pelo condenado e também garantirá a efetividade das penas alternativas.

Penas alternativas são penas mais brandas, penas que podem fazer com que o criminoso veja que cometeu um ato ilícito, que está no caminho errado e que pode conseguir seguir sua vida de uma maneira digna e correta. É complicado pensar assim para pessoas que nasceram em uma situação financeira precária, em um ambiente onde o tráfico é constante, sem família, sem estudo, etc, porém nada é impossível. As penas alternativas podem reeducar essa pessoa, fazendo com que trabalhe, veja o mundo de outra maneira, e que pense que a vida que tinha anteriormente não o levaria a lugar algum.

3.9.1 O Sistema das Centrais de Acompanhamento das Penas e Medidas Alternativas (CEAPAS)

A estrutura correspondente às Centrais de Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas (CEAPAS), organismo criado a partir da concepção forjada pelo Programa Nacional de Acompanhamento e Monitoramento das Penas e Medidas Alternativas do Ministério da Justiça, em 2000 (CENAPA), composta de equipe multidisciplinar integrada por psicólogos, assistentes sociais, advogados, terapeutas, tem como principais atribuições as que se seguem: Inicialmente, cabe às Centrais, prestar assessoria ao Juízo de Execução quanto ao processo de adequação das alternativas penais aplicadas ao perfil do beneficiário, no intuito de conferir efetividade ao cumprimento da reprimenda imposta, colaborando para evitar o seu insucesso.

Cabe à CEAPA acompanhar, durante todo o período do cumprimento da alternativa penal imposta, o comportamento do beneficiário, auxiliando e intervindo nas possíveis situações que potencializem o descumprimento. A promoção da orientação e do estreitamento nas relações entre o beneficiário e o seu corpo familiar, bem assim com a própria sociedade, também é missão da CEAPA que, através de atitude proativa, recruta, entre as instituições públicas e privadas, aquelas que, com perfil próprio, servem de células para a montagem da denominada “rede social”, base de sustentabilidade do sistema CEAPA.

Esta rede social origina um cadastro geral de instituições que recebem os beneficiários para o cumprimento efetivo das alternativas penais, principalmente as penas restritivas de direito de prestação de serviços à comunidade e de prestação pecuniária convertida em prestação de outra natureza. A orientação realizada junto às instituições conveniadas (rede social) é feita pela equipe da CEAPA, capacitando-as para compreender a função de interação entre a sociedade e o indivíduo que cumpre sua sanção penal, com o objetivo de tornar esta etapa do sistema punitivo (execução da pena) materializada dentro dos princípios constitucionais vigentes, mormente os relativos à observância da dignidade da pessoa humana.

Na prática, a equipe da CEAPA utiliza técnicas inerentes à multidisciplinariedade da sua formação, através de dinâmica de grupo aplicada a todos os atores envolvidos no processo. Na montagem da rede social, utiliza-se o critério da variedade de atividades das entidades conveniadas, com a intenção de aproveitamento da diversidade de perfil, própria de uma sociedade cada vez mais plural, sendo comum o cadastramento de hospitais, escolas, ONG's, órgãos públicos, entidades beneficentes, creches, associações de bairro.

Para que a metodologia adotada pela CENAPA, hoje CGPMA, possa surtir os efeitos desejados, a participação da sociedade civil organizada é de extrema importância, pois a construção da parceria com as entidades que compõem a Rede

Social que abriga os beneficiários, é a coluna vertebral do programa. A partir dessa constatação, foram formulados requisitos mínimos para a inclusão e o cadastramento da entidade beneficiária à Rede Social, os quais, entre outros, são: atividade sem fins lucrativos; funcionamento legal e regular junto aos poderes públicos; compromisso com a ideologia de reintegração social do programa; adequação ao procedimento estabelecido pela CEAPA.

Portanto, estão descartadas as hipóteses de integração à rede de entidades públicas ou privadas que visem o lucro quando da utilização dos esforços empreendidos pelos beneficiários, no cumprimento de suas alternativas punitivas. A equipe técnica da CEAPA desenvolve um processo de capacitação com as instituições cadastradas, orientando e esclarecendo quanto aos objetivos do programa e a função social da pena, assim como informando acerca de todo o procedimento adotado no monitoramento, acompanhamento e fiscalização na execução das alternativas penais, ocorrendo, periodicamente, reuniões de reciclagem e avaliação, contando, inclusive, com a presença dos operadores do direito responsáveis pela execução penal (Juizes, Promotores, Defensores, etc.)

Às CEAPAS, cabe a tarefa de análise do perfil do beneficiário, verificando suas aptidões, personalidade, conflitos, facilidade e dificuldade de relacionamento e, principalmente, o histórico da infração penal objeto de imposição da sanção.

Na metodologia utilizada pela CEAPA, quando do contato com o beneficiário, através da equipe multidisciplinar, dois objetivos são prioritários: primeiramente o

que se refere às impressões pessoais e externalização destas por parte do apenado quanto à infração penal por ele praticada. Numa segunda vertente, busca-se estabelecer um diagnóstico relativo ao indivíduo para sua inserção adequada em uma entidade parceira que melhor se coadune com suas características e anseios.

Com a noção acerca do perfil do beneficiário e da rede de instituições conveniadas, cumpre à CEAPA sugerir ao juízo competente o encaminhamento que se apresenta com o mais adequado, no que se refere à instituição e à alternativa punitiva. Esclarece-se que, embora seja atribuição específica do juiz a determinação da pena, o parecer técnico elaborado e encaminhado pela equipe da CEAPA se apresenta como suporte importantíssimo para a formação do pensamento do magistrado.

Quando da indicação da entidade para o cumprimento da alternativa penal, o setor social da CEAPA busca apontar o parceiro que oferece as melhores condições disponíveis na rede social, para que o apenado possa cumprir tarefas que se adequem às suas aptidões, valorizando as habilidades e características positivas individuais, para a formação de um ambiente harmônico capaz de promover a ideia de cidadania e favorecer a reinserção social pretendida.

Existe especial preocupação da equipe da CEAPA com o esclarecimento da situação jurídica do beneficiário, buscando informá-lo, em linguagem apropriada, acerca dos aspectos legais a ele relativos. De igual modo, entre as atribuições da CEAPA estão as relativas ao acompanhamento do cumprimento das alternativas penais impostas. Isto se verifica por intermédio do monitoramento junto às instituições conveniadas, acompanhando regularmente os beneficiários no curso da execução de suas reprimendas.

A equipe da CEAPA visita regularmente as instituições, avaliando o seu nível de compromisso com o programa, com a finalidade de prestar assessoria nas situações que se apresentem, proceder levantamento quanto à demanda e à capacidade para o recebimento de beneficiários, bem como formar opinião sobre a viabilidade da continuidade do convênio firmado ou da necessidade de descredenciamento da instituição conveniada.

A metodologia utilizada pela CEAPA inclui a visita domiciliar aos beneficiários com a intenção de melhor subsidiar o diagnóstico psicossocial necessário ao processo de individualização da sanção, determinado por preceito constitucional (artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal).

Quanto ao procedimento, seguindo a orientação do manual editado pelo próprio programa (CENAPA), existem variáveis, conforme a alternativa penal imposta, no entanto com o eixo comum que trata da análise do perfil do beneficiário, da entidade conveniada que melhor se apresenta como indicada para o caso, além da sugestão da alternativa penal mais adequada para a situação fática posta.

Tratando-se, como de fato se constata, as penas restritivas de direito de prestação de serviços à comunidade e de prestação pecuniária, as mais aplicadas no País, merece destaque, como exemplo, o procedimento utilizado pela CEAPA quanto à sua execução. De início, após o trânsito em julgado da decisão condenatória (no caso de pena substitutiva) e após a autuação do processo de execução na respectiva vara, antecedendo a audiência admonitória, que serve de momento para a fixação das condições de cumprimento da pena, ocorre o encaminhamento do apenado para a CEAPA.

Nessa oportunidade, ocorre a denominada “entrevista psicossocial”, procedida por psicólogos e assistentes sociais com o intuito de conhecer o indivíduo submetido à sanção penal, estabelecendo o seu perfil para fins da sugestão acerca do encaminhamento à instituição e ao programa disponíveis que melhor se adequem a ele beneficiário.

Por ocasião dessa análise, interage a atuação jurídica da CEAPA, ressaltando em casos que tais, quanto à existência de vícios processuais ou materiais no feito, bem assim de causas extintivas da punibilidade como a prescrição, etc., além de diversas outras situações como a detração penal. Quando da realização da audiência admonitória, além das presenças exigidas pelo arcabouço legal do Magistrado, do Representante do Ministério Público, do Defensor Público ou Advogado constituído, participa o Representante da CEAPA, normalmente Advogado, que apresenta os pareceres técnicos elaborados pela equipe multidisciplinar, a serem submetidos à apreciação dos operadores jurídicos e, depois, considerados ou não como acatados pelo Juiz da Execução.

Uma vez acolhida a orientação da CEAPA, o beneficiário recebe o ofício de encaminhamento para a instituição indicada e o respectivo relatório de frequência, passando a ser obrigado a entregá-lo periodicamente àquela Central. Durante o período de submissão do indivíduo apenado à reprimenda imposta, a equipe da CEAPA monitora e fiscaliza regularmente a instituição conveniada indicada, com o fito de acompanhar o fiel cumprimento da alternativa punitiva.

Por ocasião do cumprimento da sanção, toda e qualquer informação obtida pela CEAPA que diga respeito a intercorrências, são, de imediato, objeto da intervenção pela equipe técnica, buscando o retorno à regularidade. As ocorrências mencionadas são comunicadas ao Juiz de Execução por ofício e relatórios juntados aos autos. Na hipótese de insucesso na ação da equipe técnica, pode ocorrer a conversão da pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade, nos termos da Lei.

Transcorrendo o cumprimento regular da reprimenda imposta, sem que tenha havido revogação, a equipe da CEAPA informa ao respectivo Juízo de Execução, que põe termo ao feito. Quando do término do cumprimento da alternativa penal imposta, o procedimento adotado pela CEAPA ainda inclui uma reunião entre sua equipe técnica, a entidade beneficiária e o próprio apenado, denominada de “Reunião de Avaliação”, na qual são colhidos informes quanto aos aspectos circunstanciais relativos ao processo de monitoramento do caso concreto, que servirão de subsídios para o aperfeiçoamento do programa.

As alternativas penais elencadas na Lei 9.099/95, como a suspensão condicional do processo (artigo 89) e a transação penal (artigo 76), são contempladas no rol daquelas, objeto de monitoramento e fiscalização pelo trabalho da equipe técnica da CEAPA que, de forma relativamente diferente, intermedeia o cumprimento das condições impostas na suspensão condicional do processo ou das medidas impostas na transação penal, fornecendo ao juízo competente o mesmo fluxo de informações acima descrito, relativo ao regular cumprimento das imposições legais.

Registre-se que a intermediação corriqueira do contato entre a realidade do apenado no cumprimento da sanção e o Juízo da Execução consiste numa das principais contribuições proporcionadas pela CEAPA, uma vez que, a realidade

burocrática e estrutural do Judiciário constitui obstáculo robusto para a efetivação desta proximidade, que se revela como indispensável a uma execução da pena que minimamente atenda a suas finalidades declaradas.

Deve ser pontuada a complexidade do trabalho empreendido na execução penal, notadamente o que reconhece a necessidade de verificação da situação emocional do penitente, suas dificuldades diante do passado, que registra a prática delitiva, do presente, que impõe as restrições contidas na sanção penal, e do futuro, que se vislumbra nebuloso, em decorrência dos efeitos deletérios do sistema punitivo e do preconceito social que impregnam, como tatuagem, aquele que infringe a Lei Penal.

Observa-se que a importância da existência de uma estrutura capaz de monitorar e fiscalizar o cumprimento das alternativas penais é vital para a noção de eficiência desta modalidade punitiva, para que se possa alterar a impressão deturpada que setores da mídia contribuem para formar no corpo social.

3.9.2 Penas e Medidas Alternativas aplicadas no Distrito Federal

No Distrito Federal, as penas e medidas alternativas vem sendo aplicadas há alguns anos, em pesquisa realizada pela Vara de Execuções de Penas e Medidas Alternativas – VEP/EMA/ DF foi identificado que 89,23% são do sexo masculino e 10,77% do sexo feminino. Comparando com os dados da pesquisa publicados em 2001 houve um aumento de 2,77% de mulheres cumprindo pena alternativa, na época estas representavam 8,1% e os homens 91,9%. Já em relação aos presos do Distrito Federal, dados de dezembro de 2010 demonstram que a participação das mulheres foi de 16,17% e dos homens de 83,83%.

Os dados apresentados referem-se aos apenados que compareceram para atendimento pela equipe técnica e realizaram a entrevista psicossocial. Representam 95,0% do total da amostra, sendo maior índice observado pelo levantamento.

A Tabela 1 demonstra que a crença dos juizes de que a prestação de serviços à comunidade é mais educativa por despende tempo dos sentenciados e por fazê-los terem maior contato com a comunidade se evidencia nas sentenças, pois 95,35% receberam somente prestação de serviço ou esta conjuntamente com a prestação pecuniária. O Curso do DETRAN é aplicado principalmente nas suspensões processuais, a sua baixa incidência na pesquisa provavelmente é devido ao fato da execução das suspensões passarem a ser responsabilidade das próprias varas de origem.

Modalidade de pena restritiva de direitos	Nº de Sentenciados	%
Prestação de Serviços a Comunidade e Prestação pecuniária	517	50,15%
Só Prestação de Serviços a Comunidade	466	45,20%
Só Prestação pecuniária	47	4,56%
Curso do DETRAN	1	0,10%
TOTAL	1031	100,00%

FONTE: disponível em VARA DE EXECUÇÕES E MEDIDAS ALTERNATIVAS - VEP/DF (2015)

A demanda da execução penal alternativa é indiscutivelmente legal e fundamental no discurso político. Seu processo de execução guarda muita especificidade, uma vez que ocorre na própria sociedade e recebe um posicionamento psicossocial e pedagógico especializado. Os dados apresentados demonstram que houve maior uso das medidas alternativas como prestação pecuniária e serviço a comunidade. Trazendo assim, o indivíduo para o seio do seu meio social.

Verifica-se também que os artigos violados pelos sentenciados são Art. 10 da Lei 9437/97(revogada) Art. 6, 12,14, 15 e 16 da Lei 10826/03, Art. 155 do CPB. Os 44,32% das incidências criminais restantes se disseminam entre os mais diversos artigos e leis. Os artigos do CPB são representados pelos Art. 180, receptação com 5,14%; Art. 304 uso de documento falso com 4,66%; Art. 171, estelionato com 4,46%; Art. 157, roubo com 2,91%; Art. 302, falsificação de atestado médico com 2,42%, dentre outros. A Lei nº 6368/76 revogada pela Lei nº 11343/06 que trata sobre drogas tem incidência de 2,23% e a Lei nº Lei 9503/97, Código de Trânsito

Brasileiro (CTB), Art. 302 que se refere à homicídio culposo na direção de veículo automotor representa 0,97%.

Artigos da condenação e delitos cometidos pelos sentenciados

Artigo do delito cometido	Delito cometido	Nº de condenados	%
Art. 10 da Lei 9437/97(revogada) Art. 6, 12,14, 15 e 16 da Lei 10826/03	Porte ilegal de arma; posse irregular de arma de fogo de uso permitido; disparo de arma de fogo;	290	28,13
Art. 155 do CPB	Furto	284	27,55
Art. 180 do CPB	Receptação	53	5,14
Art. 304 do CPB	Uso de documento falso	48	4,66
Art. 171 do CPB	Estelionato	46	4,46
Art. 157 do CPB	Roubo	30	2,91
Art. 302 do CPB	Falsidade de atestado médico	25	2,42
Art. 12, 16, 18 da Lei 6368/76 (revogada) Art. 33 da Lei 11343/06	Importar, exportar, fabricar, adquirir, vender, transportar, guardar, entregar a consumo ou fornecer drogas	23	2,23
Art. 168 do CPB	Apropriação indébita	21	2,04
Art. 129 do CPB	Lesão corporal	17	1,65
Art. 184 do CPB	Violação de direito autoral	13	1,26
Art. 302 da Lei 9503/97 (CTB)	Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor	10	0,97
Art. 288 do CPB	Quadrilha ou bando	9	0,87
Art. 297 e 298 do CPB	Falsificação de documento público e particular	9	0,87
Art. 306 do CPB	Falsificação do sinal empregado no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária	9	0,87
Art. 121 do CPB	Homicídio simples	5	0,48
Art. 7 da Lei 8137/90	Crime contra as relações de consumo	4	0,39
Art. 303 do CPB	Reprodução ou adulteração de selo ou peça filatélica	4	0,39
Outros (Art. 147, 163, 250, 282, 312, 329, 333, 339, 342, 344, 357 do CPB; Art. 50 lei 6766/79; Art. 32 e 34 lei 9605/98; Art. 1 da Lei 8176/03; dentre outros)	Ameaça; dano; incêndio; exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica; corrupção ativa; peculato; denúncia caluniosa; falso testemunho ou falsa perícia; Coação no curso do processo; exploração de prestígio; adquirir, distribuir e revender derivados de petróleo em desacordo com as normas; opor-se à execução de ato legal; crime contra a Administração Pública; crime	101	9,08

	contra animais silvestres; pescar em período proibido;		
Não informada		30	2,91
TOTAL		1031	100

FONTE: Sistema Informatizado de Acompanhamento da Pena da Seção Psicossocial da Vara de Execuções das Penas e Medidas Alternativas do Distrito (2015)

O perfil dos sentenciados continua mais próximo das camadas socioeconômicas mais pobres, assim como concluído na pesquisa publicada em 2001. Atualmente 71,65% dos sentenciados possuem renda até 3 salários mínimo e destes 65,28% possuem apenas renda de até 2 salários mínimo. A maioria dos sentenciados são do sexo masculino, jovens e com baixo nível de escolaridade, atualmente 45,3% não completaram o primeiro grau.

Com relação ao crime cometido, os delitos envolvendo arma de fogo e o furto aparecem de forma mais expressiva, esses são os delitos responsáveis por mais de 50% da incidência criminal. É possível que esses delitos reflitam as condições socioeconômicas e estruturais dos sentenciados, a maioria vive em cidades periféricas e justificam, por exemplo, o uso de arma de fogo para proteção. A mudança dessas condições é importante para a sua inserção social, principalmente com relação à renda e a oportunidade de emprego.

O trabalho é central na sociedade atual conduzida pelo sistema capitalista de produção, essa pesquisa possibilita essa percepção, pois apenas 34,24% dos sentenciados apresentaram emprego formal, com carteira assinada, mas o trabalho informal ou autônomo representou 45,39%, demonstrando que as pessoas têm que se sujeitarem ao sistema e buscarem soluções alternativas uma vez que a oportunidade de emprego formal é baixa principalmente para esse perfil.

É imprescindível que o indivíduo que cumpre pena retome, aos poucos, a confiança da sociedade e através do trabalho terá os subsídios necessários para tal. Pois se estiver desempenhando tarefas, trabalhando ele irá mostrar-se útil a todos os indivíduos da sociedade e também para a vítima. Poderá ainda, ressarcir os danos materiais que praticou, haja vista a atividade laborativa ser remunerada. De outra forma, o trabalho desempenhado fora do sistema prisional já serve como

treinamento e preparação para as responsabilidades que o egresso irá ter, de forma ajustada, quando do término da pena.

É evidente que em muitas das prisões do regime fechado, são ofertados trabalhos para os encarcerados, para que estes não fiquem ociosos totalmente, mas vale ressaltar que quando há esse tipo de atividade laborativa, nem sempre é contínuo tampouco suficiente, além de ser mal remunerado e não atingir individualmente os encarcerados, pois não há escolhas do tipo de trabalho nem compatibilidade com aptidões de cada um.

Dessa forma, o encarcerado que tem a real ideia de que a atividade laborativa que executa no presídio, pouco importará para ele quando estiver em liberdade, logo o fará a perder o interesse e esforçar-se a aprender, assim como, percebem o trabalho no sistema prisional como algo imposto, uma espécie de castigo, ao contrário do que era para ser uma forma de recuperação.

A pena alternativa de prisão aberta propiciará ao indivíduo o real exercício das suas aptidões, já que, ter a opção de escolha de qual trabalho irá desempenhar no mercado de trabalho.

CAPÍTULO 4

DOS BENEFÍCIOS DAS PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS PARA O SISTEMA PENITENCIÁRIO

Neste capítulo são apresentados autores que discorrem sobre os benefícios das penas e medidas alternativas para o sistema Penitenciário. Como suas finalidade, outro ponto que se destaca são as desvantagens e deficiência do Programa de Penas e Medidas no número de encarcerados. Também, verificou-se a finalidade da aplicação e execução para a reintegração social objetivo primário do programa. Finalizando o capítulo com a importância das políticas públicas para o sistema penal.

4.1 FINALIDADE DA PENA E MEDIDAS ALTERNATIVAS PARA REINTEGRAÇÃO SOCIAL

Não basta o conceito dado á pena ter adotado novas formas e cores através dos tempos, quer pela tendência cada vez mais definida a humanizar-se quer pela redução dos meios cruéis aplicados, ainda hoje, nela conserva-se certo sentido de castigo, continuando a ser padecimento para quem a suporta.

A legitimidade do Estado na imposição da pena e o dizer-se que seu fim principal é a necessidade do bem comum emana de um dos pressupostos de existência e manutenção do agregado social, ou seja, a possibilidade do Estado tornar o efetivo respeito aos interesses vitais dos indivíduos e da coletividade. A doutrina majoritária modernamente procura colocar como preponderante o objetivo da regeneração do delinquente, destacando a tendência ressocializadora e humanitária, considerando-se a pena principalmente como meio de reeducação e reinserção social, embora sem olvidar sua natureza culpabilista-retributiva ou compensadora.

A define prevenção geral do delito, porém, encontra-se intimamente relacionada com as condições econômicas e bio-sociais da população. Nos países em que se adotam políticas alternativas à pena de prisão, o propósito na verdade é afastar o delinquente da contaminação do meio prisional, e conseqüentemente impedir, que o mesmo se prive definitivamente de suas relações sociais e profissionais. E conseqüentemente de reduzir o problema da superlotação nas prisões.

Fato que deve ser estudado e aplicado no Brasil também. Visto que atualmente, as prisões se encontram em estado de precariedade e abandono absoluto, superlotadas e sem estrutura para manter os presos que ali passam a amontoar-se como se não fossem humanos.

Muito embora, os indivíduos que recebem a pena restritiva de liberdade como sanção pelo ato por ele cometido, ato este considerado pela sociedade como desigual ou desumano perante ela, este deve sim ser punido, mas com uma pena justa e humana. Pois só assim, sendo tratado como um humano, ele deixará de ser desumano.

No transcorrer da evolução social, acontecimentos entusiasmaram pensamentos, fomentadores de novas teorias e estudos, visando conseqüentemente, sempre assegurar um convívio igualitário e harmônico das relações sociais. Onde se tem as transgressões e o crime, como uma quebra nessa corrente de harmonização para um melhor convívio social. Por este motivo criaram-se leis e normas, norteadoras das condutas sócias, e, dos direitos fundamentais, tendo em vista, uma real e satisfatória proteção do individuo e da própria sociedade.

Fato que aufere ao Estado legitimidade. E o encarceramento de criminosos em instituições prisionais, passou a ser uma das conseqüências da quebra de tais relações sociais de igualdade.

As instituições prisionais, obviamente sofreram significativas mudanças e conseqüentemente, evoluíram, mas não cumprem, nem tão pouco exerce de maneira satisfatória o que se espera delas, que é a reintegração e ressocialização. Muito pelo contrário, o que se vê nos meios de veiculação de notícias é a fomentação e fortalecimento de um poder paralelo ao do Estado. Onde tais

instituições, acabam por funcionar como escritório de onde apenados comandam operações criminosas, e, escola para o aprofundamento em técnicas criminosas.

4.2 BENEFÍCIOS DAS PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS

As funções manifestas da pena, ou seja, aquelas legitimadas pelo Estado, não representam os efeitos do sistema punitivo sentidos pela população, visto que não refletem seus objetivos reais, já as penas e medidas alternativas, estas tem clara seus benefícios, entre eles podemos citar a redução dos gastos com o Sistema Penitenciário. Evitam o encarceramento dos condenados que praticam crimes de menor potencial ofensivo. O condenado não precisa deixar sua família e nem se afastar do seio da sociedade. As penas e medidas alternativas afastam o sentenciado do convívio com outros detentos mais perigosos. Permite ao magistrado adequar a pena às condições pessoais do condenado e à gravidade do fato. A possibilidade de redução da reincidência. Age direto na violência sofridas nas prisões. Os serviços prestados pelo sentenciado terão cunho social, medidas que garante o bem estar da sociedade. Eficiência na reeducação e ressocialização do condenado. Evita a entrada forçada de condenados em grupos rivais que dividem territórios no interior do presídio, onde exige lealdade e pagamentos, sobretudo, cultivam apenas o ódio.

Calgaro (2009) ainda complementa que existem algumas hipóteses de cabimento das penas alternativas, as quais devem ser observadas que em se tratando de crime doloso (não importando se trata-se de dolo direto ou eventual), é possível a substituição da pena de prisão por uma restritiva quando, a pena aplicada não for superior a quatro anos (não importa se é reclusão ou detenção ou mesmo prisão simples) e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, importando a pena aplicada (final) e não a pena cominada (em abstrato).

Posteriormente, cabe a substituição da pena de prisão nos crimes culposos, qualquer que seja a pena aplicada, é admitida a substituição, como afirma Luiz Flávio Gomes

Qualquer que seja a pena aplicada admite-se a substituição. Mesmo que a infração tenha certo conteúdo de afetação dos bens jurídicos, vida ou integridade física (tal como se dá no homicídio e lesão culposa), em tese, nada impede a substituição, desde que presente todos os requisitos legais (GOMES, 1999, p.114).

A análise feita por esta reportagem torna simples o entendimento dos gastos e necessidades que uma penitenciária tem com um apenado, onde para cada três presos é necessário um funcionário para fiscalização e cuidados, entretanto se fosse um projeto onde os sentenciados viesse a prestar serviços a comunidade, foi calculado pela secretária que seria essencial para a fiscalização apenas um funcionário para cada junção de cinquenta condenados. Tal diferença ocorreria visto que eles iriam trabalhar em hospitais, escolas órgãos públicos, e as suas tarefas seriam cumpridas juntamente com os demais funcionários do meio, onde tais atividades dariam auxílio a reabilitação, pois fariam os apenados repensarem seus atos delituosos, a cidadania e sociedade.

“Com isso será notada uma queda na reincidência na proporção de 12,5% contra 47% dos condenados ao regime fechado (Estudo do ILANUD). Os dados são de uma pesquisa feita em 1993, em Porto Alegre-RS”. (Jornal Noticia Agora, 2007)

A reportagem continua frisando o que é permitido ao juiz analisar:

Permitem ao juiz adequar a reprimenda penal à gravidade objetiva do fato e às condições pessoais do condenado. Como disse o ex-Ministro Renan Calheiros, “as penas alternativas têm capacidade de retribuir a culpa, reparar o dano e satisfazer os fins preventivos da pena”. Induvidoso que as sanções alternativas, quando empregadas para prevenção e repressão dos crimes de potencial ofensivo de baixa gravidade, têm maior utilidade como meio de recuperação do criminoso, na medida em que conserva o delinquente no meio social, ao mesmo tempo que expiando seu erro, através da pena imposta, dá-se-lhe o valor de membro útil à comunidade em que está inserido, como agente de transformação social. Evitam o encarceramento do condenado nas infrações penais de menor potencial ofensivo. Na verdade, isso só evita o aumento do número de condenados a cumprirem pena no regime fechado, mas não permite uma queda no número de encarcerados. Essa modalidade de punição ajuda a não superlotar as prisões e sua efetividade é muito maior, pois é aplicada nos delitos de menor potencial ofensivo. “A aplicação de penas alternativas diminui também a impunidade, ao mesmo tempo que não

afasta o indivíduo de seu ambiente social” (Luiz Flávio Gomes, diretor do IBCCrim (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais).

Talvez esse seja o maior mal que o Estado possa causar à pessoa, pela marca indelével que essa qualidade deixa, cerrando-lhe as oportunidades em todos os setores sociais. Portanto, a efetividade das penas alternativas se concretiza ao tempo que essas penas conseguem ampliar a possibilidade de reeducação e ressocialização do condenado.

4.3 DAS DESVANTAGENS E DEFICIÊNCIAS

Como desvantagens e deficiências do sistema de penas alternativas, a não redução no número de encarcerados, tornando negativo este impacto, pois o apenado só será beneficiado com as penas alternativas, quando a sua condenação é inferior a quatro anos e irá iniciar seu cumprimento de pena em regime aberto, sendo assim, não está sendo resolvida a crise do sistema prisional fechado.

O autor complementa:

Admitindo-se ainda, eventual dilatação das penas alternativas para a condenação a até oito anos, ainda persistiria o impasse em face da obrigatoriedade, regra geral, de fixação do regime semi-aberto e para os apenados até o limite acima fixado (art. 33, §2º, b, CP). Assim, não obstante o aspecto positivo do projeto, forçoso concluir que sua aprovação não reduzirá a população carcerária, mesmo porque as penas alternativas só funcionam para os crimes de pequeno e médio potencial ofensivo, impondo-se a obrigatoriedade da segregação compulsória aos delinquentes costumazes e perigosos, em homenagem ao resguardo social.

Calgaro (2009) menciona que as penas alternativas não apresentam um conteúdo intimidativo, pois assemelham-se a formas de controle pessoal, que visam disciplinar o condenado, entretanto seria necessário a aplicação de penas que

possuam um caráter punitivo, para assim o delinquente poder ser intimidado, para que venha a pensar posteriormente se deve ou não cometer novo crime.

De acordo com Paulo Renato Ferrony (2006) alternatividade à prisão é temporária e não recuperatória. E, na grande maioria dos casos, é levada a final, tão somente com uma alternativa à restrição da liberdade e não como instrumento de fazer com que o punido repense sua postura.

Em face do aumento do rol de penas alternativas nos Códigos Penais, o legislador é induzido a criar novas normas incriminadoras, aumentando o número de pessoas sob controle penal e ampliando a rede punitiva. Por exemplo, existe a possibilidade de que aumente a utilização de medidas não privativas de liberdade, não substituindo as penas de prisão, mas substituindo outras penas menos onerosas. Isso pode resultar em aumento de utilização de medidas penais na sociedade, aumento esse que não pode ser justificado pela referência a um aumento da criminalidade. Realmente um dos perigos das penas alternativas é a criação de novos tipos penais, pensando o legislador: “não há problemas em criar um novo tipo incriminador para esse fato, pois caberá pena alternativa”. Com relação a falta de fiscalização: não adianta simplesmente aplicar a pena alternativa, é preciso fiscalizar frequentemente o condenado a cumpri-la. Se não houver uma fiscalização, como já vem ocorrendo, podemos dizer que não há uma punição para o delinquente, tendo em vista que ele vai estar desvigiado e livre para a prática de novos crimes. A fiscalização é a essência e o principal meio de vigilância das penas alternativas. Sem a fiscalização poderemos falar que não há penas alternativas. A aplicação de penas alternativas não satisfaz a vítima nem a sociedade. Nem sempre a vontade da vítima é de ser ressarcida e simplesmente ressarcida do prejuízo que lhe é causado. É vontade dela, também, a aplicação de uma punição para o indivíduo que causou um prejuízo, se não, tem-se uma visão de impunidade, partindo-se do princípio que o ressarcimento dos danos causados é uma obrigação e não uma punição. Assim, a vítima, quer ver o criminoso sofrer a punição, até mesmo como uma sensação de alívio. Um dos grandes questionamentos acerca das penas alternativas é se elas são objetos de ressocialização ou de estímulo à impunidade penal. Prima facie, não nos parece ser difícil comentar acerca do questionamento, porém a aplicação de penas alternativas é recente e os resultados com maior precisão no futuro. Se as penas alternativas forem cumpridas e fiscalizadas de formas rigorosas, atingindo seus objetivos, poderemos ter a ressocialização dos condenados a cumpri-las. Reeducando o condenado para o convívio social, sem crimes, sem tê-lo que tirá-lo da própria sociedade, o reintegra de forma mais vantajosa do que inserí-lo no sistema prisional. Não podemos esquecer que, para o juiz, não basta simplesmente aplicar a pena alternativa, é preciso seguir criteriosamente os requisitos ou pressupostos, para, somente depois,

aplicá-las. As penas restritivas de direito, para ser eficaz no ordenamento jurídico brasileiro depende da existência de organismos próprios para a sua implantação e fiscalização (CALGRADO, 2009, p. 22).

Há necessidade de que se busquem soluções a fim de torná-la efetivas é preciso delimitar o âmbito do interesse do Direito Penal, e saber que o sucesso da intervenção mínima pressupõe, também, um mínimo de condições de aplicabilidade das normas, o que reclama, no mínimo, uma legislação técnica e coerente, além da necessidade de estruturação dos órgãos de jurisdição e aparelhamento dos mecanismos de execução das penas. As penas alternativas só alcançarão totalmente a efetividade quando existir um mecanismo para fiscalizar o seu cumprimento, que passe confiança para a sociedade e aos operadores do Direito.

4.4 FINALIDADE DA APLICAÇÃO E EXECUÇÃO PARA A REINTEGRAÇÃO SOCIAL

A legitimidade do Estado na imposição da pena e o dizer-se que seu fim principal é a necessidade do bem comum emana de um dos pressupostos de existência e manutenção do agregado social, ou seja, a possibilidade do Estado tornar o efetivo respeito aos interesses vitais dos indivíduos e da coletividade. A doutrina majoritária modernamente procura colocar como preponderante o objetivo da regeneração do delinquente, destacando a tendência ressocializadora e humanitária, considerando-se a pena principalmente como meio de reeducação e reinserção social, embora sem olvidar sua natureza culpabilista-retributiva ou compensadora.

Mirabete define prevenção geral do delito, porém, encontra-se intimamente relacionada com as condições econômicas e bio-sociais da população:

Assim, só se realizará atividade preventiva honesta e produtiva pela promoção do bem estar geral, pela ação enérgica no sentido mais

amplo possível do desenvolvimento físico, psíquico, moral e educacional da população, pela maior possibilidade de aprendizagem técnica e de trabalho bem remunerado, pelo amparo efetivo dos menos favorecidos e, principalmente, pela luta em torno da criação de uma consciência coletiva orientada no respeito ao próximo e às leis, menos pela intimidação da sanção penal e mais pela repulsa moral à violação dos valores que o direito procura resguardar (MIRABETE, 2004, p. 410).

Sendo assim, a prevenção especial do delito procurando atuar sobre a personalidade do delinquente, pelo seu estudo científico, pelas suas curas físicas, psíquicas, morais, pelo ensino, pela sua readaptação social e, quando já de volta à comunidade, pelo amparo e ajuda necessários até sua ambientação e sua reintegração total. Se a sobrevivência ou a supervivência da pena persiste como uma realidade, embora se tenha humanizado, atenuando-se de muito a sua extrema rigidez, é necessário que a sua cominação, aplicação e execução tenham em vista cada vez mais o homem considerado como um ser humano, como membro integrante da comunidade, voltando mais os olhos para os seus predicados positivos, para o que possa ele, ainda, oferecer à sociedade, se for ajudado e orientado, do que para o crime cometido.

A Constituição Federal consagra um sistema em que a recuperação do condenado que deixa de constituir mera justificação teórica do encarceramento para servir de medida da própria pena e das formas de seu cumprimento; ao lado dos institutos tradicionais do livramento condicional e do sursis, traz a lei uma série de situações em que as indicações sobre a ressocialização do indivíduo submetido à execução passam a exercer influência decisiva na quantidade e na forma da sanção punitiva.

O acompanhamento da execução pelo juiz deve ser permanente e intenso, pois são os dados resultantes da observação da conduta prisional que irão permitir a correta adequação da pena à personalidade do sentenciado. Tem-se entendido que à ideia central da ressocialização, há de unir-se basicamente, o postulado da progressiva humanização e liberação da execução penitenciária, de tal maneira que, garantidas notas como as autorizações de saída, o trabalho interno e os regimes abertos, apresente uma maior e confiável posição.

A convergência moderna é a de que a execução da pena deve estar direcionada de modo a satisfazer à ideia de humanização, reintegração e punição do indivíduo infrator. A Lei de Execução Penal tomou os postulados da Nova Defesa Social, aliando a esta a prevenção criminal e a humanização da execução da pena e separando o tratamento reformador, na esteira das mais recentes legislações a respeito da matéria.

Contudo, em nosso país, como já se sabe, é costumeira a prática divergir da teoria, aí não há que se falar em ressocialização, mas sim, em impunidade. Condenando um delinquente a cumprir uma pena alternativa, sem um acompanhamento ou uma fiscalização rigorosa e frequente, não o retira do mundo do crime, ou seja, sua condenação terá gosto de impunidade, tendo em vista que o condenado nem sentirá as consequências e nem os reflexos da pena. Além mais, e principalmente, do ponto de vista social, será como se o delinquente não tivesse sido punido pelo seu crime, e a sociedade passará a desacreditar no poder punitivo do Estado.

Como nos diz Ferrony:

Não há recuperação sem que se pense de fato em “recuperar” e sem que se adote medidas efetivas e eficientes. Este é o caminho e o grande desafio do Estado e da sociedade. Esta é a medida para que se enfrente, de vez, a cara, sem máscara, da desigualdade e da exclusão social (FERRONY, 2006, p. 69).

No entanto, é de suma importância ressaltar que para tornar-se cidadão, não basta apenas, ao indivíduo, interagir “de forma coercitiva”, com a sociedade, uma vez que cidadão, em termo mais amplo, é o sujeito portador e mantenedor dos direitos civis (liberdade de ir e vir, liberdade de expressão etc.); direitos políticos (participação ativa na política) e direitos sociais (participação “com equidade” na divisão das riquezas socialmente produzidas).

A partir do momento em que se reconhece a responsabilidade da sociedade por aquilo em se tornaram os seus membros, a sociedade tem de aceitar também o seu dever de reparar no delinquente aquilo que nele se perdeu, ou seja, não deve

combatê-los nem marginalizá-lo, mas aceitá-lo como sua parte integrante e ajudá-lo a converter-se naquilo que estaria ao seu alcance em condições mais favoráveis sem necessidade de execução da pena.

O Programa Nacional de Penas e Medidas Alternativas, é uma iniciativa das políticas públicas promovida pelo Estado para a área de segurança pública, o tema aqui tratado, visa apresentar como esse programa pode contribuir para a redução da superlotação dos presídios. A importância dessas políticas e suas consequências para essa minimização são de suma importância, sendo que as políticas públicas pressupõem as relações do Estado com a sociedade, pois a via da participação dos cidadãos deve ser o método a ser buscado, tanto para sua formulação, quanto para sua execução.

Perez (2006) formula a participação como um Princípio da Administração Pública, trazendo, inclusive os institutos de participação, que são os conselhos, comissões, comitês participativos, audiências públicas, consultas públicas, orçamento participativo, referendo e plebiscito, instrumentos concretos do diálogo entre a sociedade e a Administração Pública.

A participação acarreta necessariamente a cooperação entre Estado e sociedade, bem como entre os próprios cidadãos, criando um círculo virtuoso de legitimidade para as Políticas Públicas, porque é uma garantia de que efetivamente as necessidades da população estão em decisão e execução.

Além da participação, a transparência é outro princípio que deveremos aplicar para a Administração Pública, especialmente referente às Políticas Públicas. Wallace Paiva Martins Junior trata o princípio da transparência administrativa como inerente ao princípio democrático, que aponta para a visibilidade da atuação administrativa, concretizando, dentre outros, o direito à informação (MARTINS JÚNIOR, 2010).

Os governantes eleitos, bem como a burocracia da administração pública, devem prestar contas de seus atos permanentemente para os cidadãos que são os destinatários da atuação do Estado. Em relação às Políticas Públicas, desde a sua decisão, até sua concretização devem poder ser acompanhadas por seus destinatários, que, assim, poderão efetuar o controle necessário dos atos estatais e

até mesmo da sociedade civil organizada que atue em cooperação com o Estado na execução das políticas.

Os atos devem ser então não somente públicos, mas publicados constantemente, com todos os dados necessários para seu conhecimento e controle. Participação e Transparência são princípios derivados do Princípio Democrático do Estado, de forma que as Políticas Públicas estão estreitamente relacionadas com a democracia praticada. A qualidade da democracia implica na qualidade das Políticas Públicas efetivadas e, portanto, na garantia dos Direitos Fundamentais e da Cidadania.

A democracia representativa liberal sofre atualmente inúmeras críticas, principalmente por não conseguir efetivar a garantia do exercício da cidadania e dos direitos fundamentais a toda a população.

As críticas e alternativas à democracia representativa se desenvolvem em várias frentes: alguns autores pretendem a institucionalização que efetive uma maior participação dos cidadãos nas decisões do Estado, teoria da chamada Democracia Participativa, conforme proposição de Bonavides (2001) outros tratam de um sistema regulador do debate e da discussão crítica, na visão da Democracia Deliberativa tratada por Jürgen Habermas (1998) enquanto outros, ainda, pretendem um maior aprofundamento dos espaços democráticos na sociedade, conforme a proposta de Democracia Social de Bobbio (2006, p 102).

O que há em comum nessas diversas teorias é a busca da legitimidade democrática, que somente ocorrerá com maior amplitude da participação dos cidadãos e da sociedade no Estado, rompendo os critérios meramente formais de representatividade popular, que se mostram ineficazes (BOBBIO, 2006, p. 70).

Entendemos, no entanto, como Bobbio (2006), que embora a solução para a crise democrática e o futuro da democracia seja a efetiva participação da cidadania na Administração Pública e nas instituições da sociedade civil, a ocupação e a conquista destes espaços ainda está distante e incerta.

O desafio da atualidade democrática é efetivar esta democracia integral, que possa acolher a cidadania e seu pleno desenvolvimento. Esta questão da legitimidade da democracia também se revela determinante nas Políticas Públicas que o Estado decide e desenvolve. Assim, precisamos passar à discussão da fundamentação das Políticas Públicas, daquilo que traduz a sua finalidade e que dispõe os meios para sua realização.

4.5 LEGITIMIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas são instrumentos importantes para concretização dos Direitos Fundamentais. Exigem atuação da Administração Pública, dos órgãos e Poderes do Estado na sua consecução. O arcabouço normativo que constitui as Políticas Públicas deve trazer a sua legitimação e eficiência.

Para tanto os Direitos Fundamentais e o Estado de Direito devem ser percebidos como realidades que estão interligadas e se condicionam mutuamente. O Estado de Direito é a forma política em que os poderes atuam autônoma e independentemente e submetidos ao império da legalidade que garante os direitos fundamentais dos cidadãos. Os Direitos Fundamentais, por sua vez legitima o Estado Democrático e o conteúdo da cidadania. A cidadania é a base de participação política no Estado de Direito, através do exercício dos direitos fundamentais (PÉREZ LUÑO, 2003, p. 212).

Na atual concepção de Estado de Direito, também é visto como Estado Constitucional, os direitos fundamentais constituem o conceito que engloba tanto os direitos humanos universais quanto os direitos dos cidadãos nacionais (HÄBERLE, 2007). Dessa forma, as políticas públicas têm sua legitimidade e eficiência ao garantir a efetivação da cidadania no Estado Constitucional.

Dessa forma, as Políticas Públicas têm sua legitimidade e eficiência ao garantir a efetivação da cidadania no Estado Constitucional, que como vimos nos itens anteriores deve ser um Estado Democrático e Social de Direito.

A Constituição Federal de 1988, chamada de “Constituição Cidadã”, efetivou uma mudança na conceituação de cidadania, conferindo maior amplitude ao seu significado, ao colocá-la dentre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º, II).

A cidadania deixou de estar relacionada apenas com a nacionalidade, deixou de ser considerada apenas um status de reconhecimento do Estado, para ser um conceito amplo, compatível com uma nova dimensão da cidadania, como expressão de direitos fundamentais e de solidariedade. Conforme análise de Hannah Arendt (2009), o primeiro dos direitos do homem é o direito a ter direitos o que implica na dimensão e conceito de cidadania, como um meio para a proteção de direitos e também como um princípio, pois a destituição da cidadania implica na perda desses direitos.

Portanto, quando a nossa Constituição estabelece a cidadania como um princípio fundamental da República, abrange essa dimensão de concretização dos direitos fundamentais. Daí falarmos que as Políticas Públicas se legitimam na concretização da cidadania. A cidadania é um princípio fundamental da nossa República e devem, portanto, ser reconhecidas sua importância e conceituação para que consigamos atingir os fins do Estado brasileiro de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

As políticas públicas a serem desenvolvidas em nosso país devem ter o norte da concretização da cidadania em todas as suas dimensões, integrando os diversos aspectos sociais, políticos e econômicos, bem como atendendo às necessidades de inclusão social, pois esta é a determinação constitucional de 1988.

Os valores fundamentais adotados pela Constituição Federal transformam-se em princípios gerais de direito e passam a ser a base racional-filosófica para qualquer exercício dos poderes constituídos do Estado. A cidadania, considerada em todas as suas dimensões, é um desses valores, refletida em princípio geral de direito para a atuação do Estado Democrático e Social de Direito. As Políticas Públicas somente ganham legitimidade, portanto, nessa dimensão.

A afirmação de uma crise no sistema penitenciário não é nova, estando adstrita à sua própria história institucional como uma constante. Comumente está ligada a um desequilíbrio do próprio sistema judiciário.

Não se pode tratar das questões políticas sem antes explicar um pouco do neoliberalismo. Na Europa e na América do Norte, onde prevalecia o capitalismo, surgiu o neoliberalismo após a II Guerra Mundial. Trata-se de uma reação teórica e política contra o Estado intervencionista e de bem-estar (SADER, 2000, p.9).

Emir Sader salienta:

O neoliberalismo na América Latina – como na Europa – é filho da crise fiscal do Estado. Seu surgimento está delimitado pelo esgotamento do Estado de bem-estar-social – onde ele chegou a se configurar – e, principalmente, da industrialização substitutiva de importações, ao estilo da CEPAL. A “crise da dívida” apenas acentuou os traços dessa crise de direção do processo de acumulação de capital, desdobrada ao longo da “década perdida” (SADER, 2000, p. 35).

No entanto, o esgotamento do Estado de bem-estar-social não pode deixar de ser mencionado, quando se trata de neoliberalismo. Porém, o que se conclui por Estado de bem-estar-social?

Renato Cancian, cientista social, define da seguinte maneira:

O Estado do Bem-estar também é conhecido por sua denominação em inglês, Welfare State. Os termos servem basicamente para designar o Estado assistencial que garante padrões mínimos de educação, saúde, habitação, renda e seguridade social a todos os cidadãos (CANCIAN, 2008, p. 78).

Esta significação pode ser entendida da seguinte maneira, no senso comum: diz respeito aos reconhecidos direitos sociais assegurados aos cidadãos no artigo 6º da Constituição Federal. O neoliberalismo da política brasileira, que vai contra o Estado de bem estar, firma o domínio do mercado livre sobre a economia, e a subtração do Estado na vida econômica, ocasionando as privatizações, diminuição

de gastos governamentais, desregulamentação do mercado de trabalho, entre outros.

O neoliberalismo é contra a política aplicada a falta de segmentação de classes, supremacia de propriedade estatal, economia planejada e necessidades básicas. Em razão daquele, o número de desempregados, de miseráveis, de mendigos e desabrigados cresce (CANCIAN, 2008). A globalização exige do Estado responsabilidade diante das classes que são consideradas potencialmente perigosas, ou seja, aquelas chamadas de excluídas. Sendo assim, essas classes mais ameaçadoras, e que na maioria das vezes não são produtivas têm suas garantias individuais e seus direitos suprimidos através do seu encarceramento, e esta é a forma de resguardar a sociedade.

Wacquant descreve dessa maneira:

[...] o fenômeno da marginalidade avançada, que está a surgir e se desenvolver exatamente nos territórios onde as classes excluídas são confinadas, como consequência da extrema pobreza e da destituição social. Assim, a marginalidade avançada é mais um fator de desagregação social, tendo em vista que se concentra em territórios bem-identificados, bem de marcados e cada vez mais isolados, espaços estes vistos interna e externamente como purgatórios sociais, como infernos urbanos, onde somente o refugio da sociedade aceita habitar (Wacquant, 2001, p. 163).

Nas palavras de Grecianny Cordeiro (2006, p. 65), “o capitalismo globalizado contribuiu de forma inquestionável para o atrofamento do Estado de bem-estar social, então voltado para o investimento em políticas sociais, tais como a saúde, a segurança pública, a educação e a previdência.”

Deve-se levar em conta ainda, a função da Administração Pública em um contexto já problemático. A falta de competência e a ineficiência dos responsáveis pela gestão pública, somados às burocracias enfrentadas no sistema, deixam os problemas carcerários ainda mais graves.

Acerca do assunto, Leal faz o seguinte comentário:

A questão prisional notoriamente não se inscreve no índice de prioridades das políticas públicas de nosso país e está a exigir que nos detenhamos em suas chagas, em suas antinomias. Esta postura é fundamental para que se repense um novo conceito, um novo agir, não apenas com vistas a atender aos anseios de segurança de uma sociedade cada vez mais descrente na administração da justiça criminal, como também ao grito de inconformismo, de revolta, emitido por uma numerosa e inquieta população carcerária (LEAL, 2001, p. 79).

A falta de compromisso da Administração Pública é nítida em vários setores como, na saúde, serviços públicos, educação, e muitos outros, não somente nos estabelecimentos prisionais, e esta situação tem contribuído consideravelmente para a privatização de vários setores como os bancos, telefonia, água, luz, e muitos outros. A mudança na prestação desses serviços públicos para empresas privadas, na maioria das vezes justifica-se pela falência do Estado diante dos serviços realizados para a sociedade.

Paulo de Mesquita Neto (2006), PhD em Ciências Políticas pela Universidade de São Paulo (USP), comenta em uma entrevista dada ao portal Comunidade Segura:

[...] historicamente, as autoridades políticas, particularmente o presidente e os governadores, hesitam em assumir responsabilidades por políticas nas áreas da segurança pública, justiça criminal e administração penitenciária. “Segurança pública ainda é considerado um problema da polícia, e não do governo e da sociedade”, atesta (MESQUITA NETO, 2006, p. 25).

Além dos problemas já apresentados, não podemos deixar de citar um fator de extrema significância, que é o agente público, ou seja, com um número insuficiente de servidores, desvio de função em certos cargos, desqualificação, vagas ocupadas sem concursos e sem competência, aliado às influências políticas para ocupação de cargos de confiança.

Como a burocracia do Estado sai mais barato para as camadas superiores do que a da indústria e comércio (para aquela, todos contribuem, os custos são socializados), impõe-se alargá-la ao máximo, de sorte a absorver a maior parcela da imensa mão-de-obra desqualificada de colarinho e gravata. E que melhor razão pode justificar a criação de cargos burocráticos que a luta implacável contra o crime? (RIBEIRO, 2008, p. 103).

Importante ainda comentar a corrupção dos agentes públicos, somados a uma remuneração ínfima, na maior parte dos casos. Os funcionários que mantêm contato direto com os internos acabam, muitas vezes, facilitando fugas, prostituição, entrada de drogas, armas, celulares e muitas outras coisas no interior dos presídios e penitenciárias. Esses funcionários colocam em risco não apenas suas vidas e integridade física, mas também a de seus companheiros, com a entrada de armas e com as fugas, além disso, jogam fora seus cargos públicos, que mesmo com as dificuldades são muito desejados no Brasil devido à falta de empregos (LARA, 2008).

No que diz respeito aos “guardas”, Thompson (1991, p. 39) faz a seguinte observação:

O reduzido nível cultural dos guardas, consequência inevitável dos baixos padrões de vencimentos e a falta de instruções corretamente orientadas, a respeito do tipo de relacionamento que devem manter com os internos, são dois motivos principais, repetidamente apontados, com que se busca explicar o insucesso da penitenciária, no que concerne ao escopo ressocializador. Todas as reformas – ou projetos de reformas – dedicam ao assunto enorme atenção, terminando por propor, indefectivelmente, sugestões no sentido de que tais funcionários sejam selecionados por critérios mais exigentes quanto ao grau de escolaridade, frequentem cursos especiais de treinamento e percebam salários condignos (Thompson, 1991, p. 39).

O princípio básico da Administração Pública, que é a supremacia do interesse público, é quebrado com a corrupção, pois assim os interesses pessoais são mais

importantes que os coletivos. Com isso a miséria e a criminalidade são ainda mais disseminadas. A tradição em malversar o dinheiro público não deixa o sistema penitenciário imune. O que se vê é o desvio de alimentação e toda espécie de gênero é usada como moeda de barganha (roupas, remédios, etc.). Faltas ao serviço por parte dos funcionários encarregados, expedientes cortados, enfim, o caos administrativo.

A falta de recursos da União aliados a má administração, causam o caos vivido nos presídios e nas penitenciárias do Brasil, que são ainda mais agravados pela falta de materiais de higiene, limpeza e principalmente de funcionários, que dessa maneira não têm condições de garantir nem mesmo as premissas básicas exigidas pela Lei de Execuções Penais, como assistência jurídica, social, educacional, material, saúde e religião (SANTOS, 2006, p. 46).

Outro fator preponderante nessa esfera é o recrutamento de funcionários públicos pelo crime organizado, quebrando, dessa maneira, as normas existentes no interior dos estabelecimentos prisionais, o que perpetua ainda mais a criminalidade, pois cria privilégios entre os reclusos, e, propicia a ramificação do crime fora destas unidades.

José Vicente da Silva Filho, ex secretário nacional de Segurança, faz a seguinte afirmação: "[...] os presos criam as facções para conseguir benefício. [...] Se as cadeias oferecessem conforto e condições de recuperação, as facções não existiriam" (apud MONKEN, 2004, p. 45).

Os agentes públicos são peças fundamentais na questão da crise que atinge o sistema carcerário, em especial aqui, o agente prisional. Este funcionário é ignorado e desvalorizado pelo sistema e muitas vezes pela própria sociedade, e ele que, "[...] deveria funcionar como educador, ditando o padrão de comportamento a ser seguido pelos presos [...]" (PORTO, 2006).

O agente prisional possui duas funções, ou seja, ele tem a obrigação de vigiar e punir, mas por outro lado deve atuar também como ressocializador e reeducador. Mas o que acontece na grande maioria das vezes é que além de exigir a disciplina, o mesmo atua também em outras funções como: conselheiro, técnico, ouvindo e

encaminhando as solicitações, intervindo de várias maneiras (OLIVEIRA, 2003, p. 40).

O trabalho de guarda de prisão não é nenhum trabalho de prestígio, nem tampouco um trabalho tranquilo. Oscilando entre as exigências da reeducação e os imperativos de segurança, submetido a uma hierarquia bastante rígida, condenado a viver encerrado, a cuidar de abrir portas, a suportar o mau-humor dos detentos, o guarda se sente um pequeno empregado a quem se exige que assuma responsabilidades pesadas, mantendo a distância dos detentos e do pessoal mais especializado (BUFFARD, apud OLIVEIRA, 1996, p. 170).

Todos os dias estes funcionários são colocados a prova, e não só pelos presos, mas pela própria administração dos estabelecimentos, e, ainda assim, o Estado insiste em não investir na sua qualificação. Muitos abusos são cometidos por estas pessoas, em virtude de seu cargo, pela falta de qualificação. Entretanto, este que deveria ser o marco inicial para a tão sonhada ressocialização dos condenados, acaba sendo esquecido (LARA, 2008).

Resumindo, as questões relacionadas, têm ligação com a violação dos direitos humanos e, por isso vêm despertando a atenção e a preocupação internacional. O massacre do Carandiru, conhecido mundialmente, ainda é trazido a tona por estas entidades. Este episódio continua sem solução na esfera jurídica (CARVALHO FILHO, 2002, p. 43).

A imagem do país no exterior se deteriora: entidades internacionais de defesa dos direitos humanos têm sistematicamente condenado as terríveis condições de vida dos presídios brasileiros. O sistema é visto como um rastilho de pólvora e fator de incentivo à violência. Não só pela desumanidade medieval que patrocina, mas pela absoluta ausência de interesse político em relação ao que acontece em seu interior. (CARVALHO FILHO, 2002, p.13).

Enquanto os direitos humanos assinalam um programa realizador de igualdade de direitos de longo alcance, os sistemas penais são instrumentos de consagração ou cristalização da desigualdade de direitos em todas as sociedades. Não é por acaso que os dispositivos dos instrumentos de direitos humanos referentes aos sistemas penais sempre sejam limitadores, demarcadores de fronteiras mais ou menos estritas do seu exercício de poder: fica claro que os direitos humanos se defrontam ali com fatos que desejam limitar ou conter.

A atual situação carcerária aliada ao episódio do Carandiru, faz com que o Brasil perca credibilidade diante destas instituições e na comunidade internacional. O discurso que é feito, não condiz com a realidade, e isso coloca o Brasil frente aos defensores dos direitos humanos. O que se vê nos presídios hoje é que há um completo desrespeito à constituição pátria quanto ao seu artigo 5º inciso XLIX, onde prevê que “é assegurado aos presos o direito à integridade física e moral”. Há uma real antítese entre as garantias tuteladas pela constituição e o que acontece na prática.

Assim ocorre enorme desvirtuamento entre a norma jurídica e a realidade e não se importam por quais meios utilizados irão ser utilizados para que haja o cumprimento da pena pelo criminoso. Até a Lei de Execuções Penais é completamente desrespeitada, seja no tamanho da cela, que são muito menores do que o recomendado, seja pela quantidade de presos socados numa cela, seja por não oferecer condições de trabalho ao condenado para que ele consiga utilizar desse meio para abater suas penas.

Sem falar em outras garantias previstas pela mesma lei, como assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, entra tentas outras previstas nos artigos 40 e 41 do referido dispositivo legal e que o Estado não cumpre e fere a dignidade da pessoa humana.

Como Bitencourt (2004, p. 231) afirma “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”.

O sistema penitenciários possui diversas deficiências, dentre as quais, Bitencourt destaca:

1ª) Falta de orçamento. Infelizmente, nos orçamentos públicos, o financiamento do sistema penitenciário não é considerado necessidade prioritária, salvo quando acabam de ocorrer graves motins carcerários. 2ª) Pessoal técnico despreparado. Em muitos países a situação se agrava porque o pessoal não tem garantia de emprego ou não tem uma carreira organizada, predominando a improvisação e o empirismo. Nessas condições é impossível desenvolver um bom relacionamento com os internos. 3ª) Nas prisões predomina a ociosidade e não há um programa de tratamento que permita pensar na possibilidade de o interno ser efetivamente ressocializador (BITENCOURT, 2004, p. 231).

O preso apesar de ter cometido uma infração à norma jurídica e ter perdido seu direito à liberdade, ainda assim é um sujeito que têm direitos e que devem ser amparados, reconhecidos e cumpridos pelo Estado, pois sua condição jurídica é idêntica a das pessoas que não foram condenadas.

Isso demonstra que, embora o ordenamento pátrio faça a previsão de garantias à integridade física e moral do condenado, e faça menção ao respeito à dignidade humana, esses parecem estar esquecidos, fora de uso. Denota-se que há uma falta de vontade política e também uma falta de maior seriedade por parte da administração pública para que esses objetivos sejam de uma vez por todas alcançados.

E para que isso ocorra é necessária uma transformação no sistema penal para que ele possa propiciar condições dignas ao condenado no cumprimento de sua pena, utilizando-se de instrumentos como a educação e o trabalho, a fim de que ele possa ter condições dignas de levar uma vida honesta quando sair do estabelecimento prisional.

Em relação ao efeito contrário da prisão, Bitencourt (2004, p. 157) afirma que

Um dos argumentos que mais se mencionam quando se fala na falência da prisão é o seu efeito criminógeno. Muitos autores sustentam essa tese, que, aliás, já havia sido defendida pelos positivistas e que se revitalizou no II Congresso Internacional de Criminologia (Paris, 1950). Considera-se que a prisão, em vez de frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade. Não traz nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda sorte de vícios e degradações.

Desse caráter criminógeno da prisão, três fatores são levados em conta na vida dentro do estabelecimento carcerário e são eles: fatores materiais, sociais e psicológicos. No que se refere aos fatores materiais, Cezar Roberto Bitencourt (2004, p. 158) ensina que a falência da pena privativa de liberdade pode ser uma conclusão que se obtêm após a análise desses fatores. Nas prisões clássicas existem condições que podem exercer efeitos nefastos sobre a saúde dos internos. As deficiências de alojamentos e de alimentação facilitam o desenvolvimento da tuberculose, enfermidade por excelência nas prisões. Contribuem igualmente para deteriorar a saúde dos reclusos as más condições de higiene dos locais, originadas na falta de ar, na umidade e nos odores nauseabundos. Mesmo as prisões mais modernas, onde as instalações estão em nível mais aceitável e onde não se produzem graves prejuízos à saúde dos presos, podem, no entanto, produzir algum dano na condição físico-psíquica do interno já que, muitas vezes, não há distribuição adequada do tempo dedicado ao ócio, ao trabalho, ao lazer e ao exercício físico.

O segundo fator, o psicológico, enfrentado pela pena privativa de liberdade, é registrado por Bitencourt (2004, p. 158) que, por ser um lugar onde normalmente se mente e se faz dissimulações, a prisão, faz com que o apenado minta e dissimule com uma facilidade incomum em relação aos ambientes externos da prisão, dando base a que se origine os chamados delitos penitenciários (tráfico de drogas, furtos, estelionatos, entre outros).

Esse ciclo, de disciplinas mal empregadas, faz com que brote no preso suas tendências criminosas as quais Bitencourt (2004, p.159) cita que “a aprendizagem do crime, a formação de associações delitivas, são tristes consequências do ambiente penitenciário.”

A retirada de um cidadão do meio com o qual ele convive, o social (fator social), ao invés de ajudar numa busca por ressocialização, piora, pois o condenado se desacostuma com o meio que vivia e começa a agir e ter atitudes dentro dos estabelecimentos prisionais que nunca teria fora deles, pois ali dentro ele tem que ser respeitado para que não seja motivo de brincadeiras de mau gosto e nem mal tratado.

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. Se fizer essa relação, é possível chegar à conclusão de que, na sociedade moderna, a imposição de uma pena de cinco anos a uma pessoa pode ter efeitos tão negativos em termos ressocializadores quanto os que existiam quando se impunha uma pena de vinte anos na primeira metade do século XX.

O maior problema social enfrentado pelo ex-presidiário é quanto a sua rotulação feita pela sociedade, que não se importa o porquê que ele foi preso, mas sim se ele foi ou não foi preso, assim quando procura algum tipo de emprego é rejeitado e também renegado no meio social.

Essa ausência de aceitação do apenado é o que o leva a procurar e a se juntar com pessoas que compartilham do mesmo problema, fazendo assim com que se forme uma comunidade de “excluídos socialmente” e que por falta de opção vão voltar a cometer delitos para que possam sobreviver.

A respeito do tema, Bitencourt aborda que:

Um dos dados frequentemente referidos como de efetiva demonstração do fracasso da prisão são os altos índices de reincidência, apesar da presunção de que durante a reclusão os internos são submetidos a tratamento reabilitador. Os resultados obtidos com a aplicação da pena privativa de liberdade são desanimadores. As elevadas taxas de reincidência podem não só indicar a ineficiência da prisão como também refletir as transformações dos valores que se produzem na sociedade e na estrutura socioeconômica (BITENCOURT, 2004, p. 161-163).

A reincidência e a multirreincidência, constata Bitencourt (2004, p. 164) são produzidas em todos os tipos existentes de classes sociais e não podem ser ignoradas nesses casos, como os crimes de colarinho branco, que incluem diversos tipos de delitos econômicos, tráfico de influências e corrupção e que ainda conseguem muitas vezes passar despercebidos para o sistema penal, fenômeno esse conhecido como cifra oculta.

O índice de reincidência é um indicador insuficiente, visto que a recaída do delinquente produz-se não só pelo fato de a prisão ter fracassado, mas por contar com a contribuição de outros fatores pessoais e sociais. Os altos índices de reincidência também não podem levar à conclusão de que o sistema prisional fracassou totalmente, a ponto de tornar-se necessária a extinção da prisão.

Ao esse assunto pode se culpar o Estado, que usa do discurso ressocializador para legitimar a função da pena. Mas o próprio não admite ex-presidiários para trabalhar na administração pública quando aprovados através de concursos públicos e ainda tem a falta de sinceridade ao fazer divulgações nos meios de comunicações para que empresas privadas aceitem ex-detentos em seus quadros de profissionais.

O Brasil conta com uma das mais avançadas leis de execução penal no mundo, que é a Lei 7.210 de 1985, mais conhecida como LEP, mas infelizmente ela não é cumprida e se fosse poderia existir um sistema penal mais confiável, com mais eficiência naquilo que a LEP legisla, com um número menor de reincidência e com condições de dignidade humana que obedecessem a integridade física e moral do condenado.

Possibilidades como as de medidas alternativas para que as penas de curta duração e de pouca periculosidade são consideradas hoje por muitos doutrinadores para serem usadas com a intenção de desafogar as instituições prisionais e ainda mais para evitar que esses detentos se “contaminem” com as más influências que habitam essas instituições.

CONCLUSÃO

O cenário crítico do sistema carcerário brasileiro precisava urgentemente de medidas que proporcionassem alternativas à prisão. O Programa Nacional de Penas e Medidas Alternativas veio justamente ao encontro desses anseios. Ou seja, reduzir a superlotação dos presídios entre outras questões de cunho humanitário. Questiona-se a validade da pena de prisão no campo da teoria, dos princípios, dos fins ideais ou abstratos da privação de liberdade e se tem deixado de lado, em plano muito inferior, o aspecto principal da pena privativa de liberdade, que é o da sua execução.

Igualmente se tem debatido, no campo da interpretação das diretrizes legais, do dever-ser, da teoria, e, no entanto, não se tem dado a atenção devida ao tema que efetivamente a merece. O momento final é problemático, que é o do cumprimento da pena institucional. Na verdade, a questão da privação de liberdade deve ser abordada em função da pena tal como hoje se cumpre e se executa, com os estabelecimentos penitenciários que temos, com a infraestrutura e dotação orçamentária de que dispomos, nas circunstâncias atuais e na sociedade atual. Definitivamente, deve-se mergulhar na realidade e abandonar, de uma vez por todas, o terreno dos dogmas, das teorias, do deve-ser e da interpretação das normas.

É necessário esclarecer, o que foi observado com a pesquisa bibliográfica e os dados apresentados no decorrer da pesquisa, sobre o contexto atual do sistema carcerário brasileiro. Visto que as deficiências da prisão, as causas que originam ou evidenciam sua crise podem ser analisadas em seus mais variados aspectos, tais como pelas perturbações psicológicas que produz, pelo problema sexual, pela subcultura carcerária, pelos efeitos negativos sobre a pessoa do condenado etc .

A prisão é um sistema social relativamente fechado, que não tem recebido o estudo e a atenção que merece. Necessita de investigações sistemáticas, objetivas, que se orientem por uma teoria condutista firmemente estabelecida até mesmo na produção de políticas públicas que envolvam esse sistema.

Um grande desafio é o Estado promover uma saída política e econômica para reverter os paradigmas que alimentam a superlotação dos presídios no Brasil, além

de proporcionar aos presos obediência aos seus direitos civis, permitindo igualdade de oportunidades, defendendo a reinserção desses na sociedade, mantendo e fiscalizando para, assim, qualificar e capacitar intelectualmente os egressos do sistema carcerário. O que ensejará trabalhadores, com grande potencial. Por conseguinte, a atuação do poder público no âmbito da questão social, cujo foco é a redução da superlotação dos presídios, é imprescindível, porquanto não haveria fracasso social, sendo que assim, essas pessoas não necessitariam de proteção simbólica contra a sua auto-depreciação, pois se estaria garantindo o reconhecimento, o respeito e a igualdade de oportunidades a todos.

O Programa Nacional de Penas e Medidas Alternativas, como Política Pública é de responsabilidade do Estado. Nesse sentido, verifica-se que os objetivos de redução da superlotação dos presídios não se concretizam, desde implantação do programa na década de 1990. Diante do exposto, percebe-se que a demanda existente não é satisfatória, falta fiscalização no acompanhamento das aplicações das penas alternativas.

Vale destacar, que o aumento dos delinquentes nos presídios vem crescendo a cada ano, o número de penas alternativas aplicadas não alcança esse número. O que foi verificado é um descrédito nas medidas alternativas penais, como se estas não cumprissem o papel de punir. Desta forma, tem que haver uma ampliação das aplicações das penas e medidas alternativas como forma de punição para os crimes de menor potencial ofensivo. Esse era o objetivo inicial e continua sendo do PNPMA.

Para que haja uma evolução na criminalidade, as políticas públicas tem que ser melhoradas quanto à sua implementação, para que mais condenados possam ter condições de cumprir suas penas com o mínimo de dignidade possível e assim retornarem ao meio social. Ressalta-se que, por haver uma violação do direito básico no âmbito da dignidade da pessoa humana, pode-se requerer judicialmente esse benefício.

As penas alternativas permitem a oportunidade de que o condenado exerça ocupação lícita, aprendizado, lazer e, ao mesmo tempo, esteja em contato com pessoas estranhas à marginalidade, habituadas às condutas e normas de cidadania,

o que protege o apenado da contínua e isolada convivência com marginais de toda espécie, fato que por si só, desvaloriza sua personalidade.

As penas alternativas, não deixam no condenado, o estigma de ex-presidiário, talvez o maior mal que o Estado possa causar à pessoa, pela marca indestrutível que essa qualidade deixa, cerrando-lhe as oportunidades em todos os setores sociais. A prestação de serviços à comunidade é o maior exemplo de evolução do direito penal moderno, porque, ao mesmo tempo que pune a transgressão praticada, valoriza o condenado, dando-lhe a oportunidade de, por meio de trabalho, demonstrar suas aptidões profissionais, as quais serão, certamente, aproveitadas após o cumprimento da sanção, retirando do caminho do crime o infrator, levando-o ao exercício consciente da cidadania.

Apesar das duras críticas que sofrem as penas alternativas por parte de alguns doutrinadores, e da sociedade de forma geral estas demonstram que as penas reclusivas falharam enquanto instrumento reeducativo, de conformidade com os objetivos propostos pela política criminal moderna. Elas são uma forma de evitar a superlotação nos presídios, humanizando o cumprimento da pena e atribuindo a ela uma finalidade social. Tendo por base o Estado Democrático de Direito e consoante a Lei de Execução Penal.

Já se demonstrou que delinquentes apenados com sanções restritivas de direitos tiveram percentagem menor de reincidência, quando comparados com criminosos punidos com reclusão, assim, ocorre a necessidade de se aperfeiçoar os sistemas alternativos de penas, dentro da realidade penal. Entendendo que as penas de reclusão devem ser reservadas a criminosos de reconhecida e indiscutível periculosidade. A aplicação sistemática das penas alternativas aliviará o problema da superprodução carcerária do país, reduzindo, ao mesmo tempo o número de rebeliões nos grandes presídios e penitenciárias.

Por tanto, a aplicação das penas restritivas de direito, constituem medidas preventivas que saem muito mais barato para os cofres públicos e para o bem estar da sociedade, do que esperar que o mal cresça cada vez mais dentro das celas brasileiras.

A pena de prestação de serviços à comunidade possui um forte efeito ressocializador, faz com que condenado sinta-se útil ao realizar tarefas comunitárias, bem como a pena de limitação de fim de semana, que tem todo potencial para ressocializar o indivíduo, dentre outros efeitos benéficos.

Como foi mencionada, a realidade carcerária do Brasil é crítica e preocupante, visto que os presídios e penitenciárias estão abarrotados de presos e todos os dias recebem um número exponencial de indiciados, processados ou condenados, sem mesmo haver uma estrutura mínima para recebê-los, ainda mais, para contribuir para o caos do complexo problema, colapso do sistema prisional, existem milhares de mandados de prisão a serem cumpridos. Mas que, ao invés de o sistema oferecer lugares para a ressocialização dos indivíduos delinquentes, ao contrario, oferecem verdadeiras “fábricas” de criminosos, de revoltados, de desiludidos, de desesperados que ao final do cumprimento das penas privativas de liberdade, quando retornam ao meio social através da liberdade, de forma diversa do que o sistema tem como solução para a ressocialização, cria em muitas vezes uma verdadeira via crucis ao indivíduo, já que, tais homens são libertos do sistema e não do estigma.

Portanto, este indivíduo que cumpre a pena privativa de liberdade, quando deixa o cárcere encontra diante de si uma série de obstáculos, como a triste realidade do desemprego, do descrédito, da desconfiança, do medo e do desespero, o que lhe torna uma ser destinado ao retorno ao crime e ao cárcere, logo, as penas alternativas servem para não reafirmar para o indivíduo tal condição de institucionalizado do crime e ressocializá-lo reinserindo-o na sociedade.

Fica demonstrado, sem sombra de dúvidas, que o sistema de penas alternativas é bem mais eficaz comparado ao sistema de penas privativas de liberdade, é uma ferramenta eficaz para redução da superlotação nos presídios brasileiros. Este programa deve receber alguns reparos e outros amparos e ser sempre utilizado como uma alternativa justa à punição.

REFERÊNCIAS

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

ANDRADE, Lédio Rosa de. **Direito Penal Diferenciado**. Tubarão: Editora Studium, 2002.

ANDRANDE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 330.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROS, Flávio A. Monteiro de. **Direito Penal. Parte geral**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2003.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito penal: parte geral**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causa e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 4.

ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Thiago Fabres de. **O direito penal como mecanismo de gestão da subcidadania no Brasil**: (in)visibilidade, reconhecimento e as possibilidades hermenêuticas do princípio da dignidade humana no campo penal. 2007. 350 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. **Prisão e estado: a função ideológica da privação de liberdade**. Pelotas: EDUCAT, 1997.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**. Tradução de Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense. 1998.

DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DOTTI, René Ariel. **Reforma Penal brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1988.

FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**. São Paulo: Editora Ícone, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhe. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

FREIRE, Christiano Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (regime disciplinar diferenciado)**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

GARBELINI, Sandra Mara. Mestranda em Ciências Penais/ Artigo UFG. **Arquitetura prisional, a construção de penitenciárias e a devida execução penal**. Goiás:

Editora da UFG, 2004.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. Hector Fix-Fierro. Buenos Aires: Astrea, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**. Madrid: Trotta, 1998.

JESÚS, Damásio E. de. **Penas Alternativas**. São Paulo Editora Saraiva, 2000.

MACAULAY, F. **Prisões e política carcerária**. In: LIMA, Renato; PAULA, Liana (Orgs.). *Segurança pública e violência: o estado está cumprindo o seu papel?* São Paulo: Contexto, 2006.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de execução penal**. Editoria Saraiva. 2004.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa – publicidade, motivação e participação**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de Presídios e Criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: Comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984**. Editora Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007b.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007a.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social**. Florianópolis: Editora UFSC, 2003.

PÉREZ LUNÓ. Antônio Henrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 8. Ed. Madrid: Tecnos, 2003.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 163-176.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: parte geral**. 6.ed. rev. e. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do Caráter Subsidiário do Direito Penal. Lineamentos para um Direito Penal Mínimo**: Belo Horizonte. Del Rey. 2001.

ROSA, José Miguel Feu. **Direito Penal**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.

SANTOS, José Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da Pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

VIEIRA, Liliane dos Santos. **Pesquisa monográfica e jurídica: na era da informática**. Brasília – DF: Brasília Jurídica, 2007.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 2001 – B.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001 - A.

WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán**. Chile: Jurídica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca da penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Almir Lopez

da Conceição. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral** / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Vol.1).