



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS

CURSO DE DIREITO

SÉRGIO AUGUSTO BARIZON

A IMPOTÊNCIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE LIBERDADE

Juiz de Fora

2011

Sergio Augusto Barizon

A IMPOTÊNCIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE LIBERDADE

Monografia de conclusão apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos, como requisito parcial à obtenção do título de “Bacharel em Direito” e aprovada pelo orientador:

Prof. Besnier Villar

Curso de Direito - UNIPAC

Juiz de Fora - MG

27/10/2011

FOLHA DE APROVAÇÃO

Virgilio Augusto Lourenço

Aluno

A impotência por falsa certidão de casamento

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

[Assinatura]

[Assinatura]

[Assinatura]

Aprovada em 20 / 11 / 2011.

Dedico esta monografia a todos que foram meus professores durante o curso de graduação, que contribuíram para minha formação, proporcionando-me conhecimentos, destrezas, atitudes, valores e senso crítico, sem os quais não a teria realizado.

AGRADECIMENTOS

A minha família pela paciência em tolerar a minha ausência. Em particular ao Prof. Dr. Besnier Villar, Professor Orientador, por sua vocação inequívoca, por não poupar esforços como interlocutor da construção e apresentação de meu trabalho.

E, finalmente, a DEUS pela oportunidade a qual me foi dada em compartilhar experiência, ao concluir este curso, perceber e atentar para a relevância de temas que não faziam parte, e, profundidade, de minha vida.

“O fim da lei não é abolir ou restringir, mas conservar e ampliar a liberdade... onde não há lei, não há liberdade”.

(John Locke)

“Para que o mal prevaleça, basta que os homens de bem cruzem os braços”, (Martin Luther King)

RESUMO

Com a ampliação do controle penal pelo rumo das alternativas à pena de prisão, reproduz-se a coerência panoptica “melhorar a nossa reflexão sobre o direito tornando-o mais preciso” do sistema de justiça criminal e o mesmo discurso aplicado pelos chamados reformadores dos séculos das luzes: transformar o Direito Penal, humanizando as penas e incentivar a aplicação de medidas alternativas a pena privativa de liberdade, que deve ser somente reservada aos indivíduos violentos e perigosos à ordem social, alargando, de maneira muito “racional” o espectro da ilegalidade punível e a fiscalização sobre o corpo, a alma e o “bolso” dos indivíduos, caracterizando, dessa forma, a cultura do controle social através do Direito Penal.

Palavras-chave: Penas Alternativas; Sistema Penitenciário; Expansão Punitiva; Controle Social.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO	08
1.1 O TEMA	08
2 CONCEITOS E FUNÇÕES DA PENA	10
3 EVOLUÇÕES DAS PENAS NO SISTEMA CRIMINAL BRASILEIRO	12
3.1 DAS REGRAS DE TÓQUIO	15
3.2 VEDAÇÕES E PERMISSÕES CONSTITUCIONAIS À APLICAÇÃO DAS PENAS	16
4 PENA E MODELOS DE JUSTIÇA CRIMINAL	17
5. PENAS ALTERNATIVAS	19
5.1 AS PENAS ALTERNATIVAS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA	20
6 A REFORMA PENAL BRASILEIRA E AS PENAS ALTERNATIVAS	22
6.1 ALTERNATIVAS À ADOÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE LIBERDADE	24
7. CONCLUSÃO	27
8 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	28

1- INTRODUÇÃO

1.1 O Tema

Buscamos discutir a ineficácia da pena privativa de liberdade no sistema penitenciário brasileiro, descrevendo e analisando a realidade dentro desse contexto, demonstrando que o mesmo encontra-se claramente falido, impedindo que a prisão alcance a sua primordial e máxima finalidade de ressocialização e reintegração do condenado. Registramos os efeitos negativos que a pena de prisão produz no apenado que, ao invés de frear a delinquência, impulsiona-a.

Foi analisado a falida, desumana e desestruturada situação penitenciária do nosso país, sendo um tema que vem preocupando todos os setores da sociedade brasileira de uma forma geral. E acreditem coincidente ou conseqüentemente de tal vislumbrar, a questão vem adquirindo destaque em decorrência principalmente das mortes e das rebeliões ocorridas em estabelecimentos prisionais, geralmente tendo como pano de fundo o problema da superlotação carcerária, corrupção, abusos de autoridade e desvios de verbas, fatos amplamente divulgados nos meios de comunicação inclusive na mídia internacional, levando a um total descrédito do nosso sistema político e prisional.

Para que fosse desenvolvido o tema em consonância com a realidade do sistema carcerário, foi elaborado um questionário com os elementos que constitui o referido sistema a sociedade, os responsáveis pela segurança e os apenados.

Segue a seguinte ordem as perguntas elaboradas, com um senso de 38 pessoas entrevistadas.

17 pessoas da sociedade de uma forma geral

13 policiais

08 presos

Questionário

Quais são as falhas que incidem no sistema prisional hoje?

- Ociosidade e morosidade da justiça;

O espaço físico das prisões é suficiente para a contenção e punição dos apenados?

- Não, ineficaz as penas aplicadas e os métodos utilizados na recuperação dos presos;

Qual seria o principal investimento do Governo para que auxiliasse na redução da criminalidade?

- Investimento de base, a educação;

De que maneira poderia ser mais bem empregado a reinserção do apenado a sociedade?

- Propiciando ao mesmo uma esperança, isso se daria na parceria do setor da iniciativa privada com o Estado tornando o preso um elemento produtivo e detentor de uma profissão que ira incluí-lo no mercado de trabalho de forma competitiva.

Em meio à crise carcerária é positiva a constatação de que a discussão sobre os problemas e soluções relativos aos sistemas penais e penitenciários já envolve parcela expressiva da sociedade, não apenas grupos técnicos e acadêmicos, como se o tema comportasse exame sob a ótica unicamente científica.

Verificamos que afastada a hipótese de aplicação da pena privativa de liberdade às pessoas não perigosas, a grande dificuldade consiste em se estabelecer substitutivos penais à prisão, mantendo-se íntegros os objetivos fundamentais da sanção penal.

Em resposta a tal desafio se apresentamos a proposição de estímulo às chamadas "penas alternativas", que na verdade constituem alternativas à pena de prisão. Tais alternativas objetivam evitar o encarceramento do condenado não perigoso e sua conseqüente e inevitável contaminação carcerária, decorrente da convivência com o condenado perigoso, pois, se é certo que a prisão não recupera este último, é incontestável que degrada e corrompe o primeiro.

O nosso direito surge juntamente com o aparecimento das primeiras sociedades, porém se torna regra de conduta social, a partir do surgimento das próprias sociedades politicamente organizadas, que são aquelas que, “visando a criar condições para a consecução dos fins particulares de seus membros, ocupam-se da totalidade das ações humanas, coordenando-as em função de um fim comum”.

Nosso tema de pesquisa está inserido no campo do Direito Penal, Direito Processual Penal, Execução Penal, Direito Penitenciário e de Direitos Humanos. Desta forma, observado tais argumentos conclui-se pela evidente crise nos estabelecimentos penitenciários, sendo necessária uma evolução da pena de prisão, visando sua melhoria, para o posterior alcance à ressocialização e reintegração do condenado à sociedade ordeira.

2. CONCEITOS E FUNÇÕES DA PENA

Pena é a punição imposta a alguém como sanção a uma conduta maléfica.

Segundo o dicionário pena é “aquilo que se faz sofrer a alguém por um delito cometido; punição, sofrimento; desgraça”. Assim a expressão pena carrega consigo uma acepção de retribuição a um delito. Neste sentido, Damásio E. de Jesus assevera em sua obra: “Pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”.

Assim, para as Ciências Penais, pode-se afirmar que pena é uma sanção aflitiva imposta pelo Estado a quem viola uma norma de caráter penal causando dano ou perigo concreto a um bem jurídico penal.

Cesare Beccaria, em sua obra *Dos Delitos e Das Penas* já afirmava que havia duas finalidades primordiais na aplicação das penas: impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e desestimular aos outros cidadãos a praticar delitos.

Partindo-se da idéia de Beccaria, a doutrina moderna apresenta as mesmas finalidades trazidas pelo, porém, tais finalidades são desmembradas em novos fins.

Destarte, atualmente a pena tem como função precípua a reprovação do crime, ou seja, demonstrar ao apenado e à sociedade a conduta criminoso e, assim, reafirmar as normas sociais. Outra função da pena consiste na prevenção de novos crimes, seja afastando-se o criminoso da sociedade, seja através da reafirmação da norma visando demonstrar para a sociedade a eficácia da norma.

A essa segunda finalidade da pena, prevenção do crime, a doutrina faz algumas importantes subdivisões, prevenção geral e prevenção especial. Por prevenção geral entende-se que é a forma de se prevenir o crime dirigido às outras pessoas atingindo, assim, a toda a coletividade. Por sua vez, teremos a prevenção especial que diz respeito apenas à pessoa do condenado.

Estas subclasses se dividem ainda em prevenção geral positiva e negativa, o mesmo acontecendo com a prevenção especial que também pode ser subdividida em positiva e negativa.

Prevenção geral positiva é aquela que visa a prevenção do crime através da vedação trazida pela própria norma penal. Por sua vez, a prevenção geral negativa é aquela que visa inibir a prática do crime através da efetiva aplicação da lei penal.

Já a prevenção especial positiva ocorre através da ressocialização, ou seja, através da recolocação do condenado na sociedade após o cumprimento da pena. Por sua vez, a prevenção especial negativa se dará através da segregação do condenado durante o cumprimento da pena restritiva de liberdade, afastando o condenado do convívio social e fazendo com que este indivíduo não volte a cometer novos crimes.

Porém, verifica-se que esta não é a realidade brasileira que passa ao largo de qualquer forma de ressocialização de condenados. Verifica-se no atual sistema carcerário brasileiro que não há uma efetiva ressocialização, vez que a pena restritiva de liberdade é cumprida em condições sub-humanas e sem qualquer condição de uma vida digna. Neste sentido, GOMES (2000 p. 32) assevera:

“A prisão é um produto caro e reconhecidamente não ressocializa. Pelo contrário, dessocializa. Em razão da superpopulação, dos seus métodos e da sua própria natureza, é desumana e cruel; corta o vínculo com a comunidade, com a família, com o trabalho, com a educação, etc. Há séria dúvida, por tudo isso, sobre se cumpre ou não seu papel de intimidação.

Particularmente no que se relaciona com o sistema prisional brasileiro, ainda há que se destacar: os presos não são separados por idade, natureza da infração, condição processual, praticamente nenhuma é a assistência médica, odontológica, etc., sentem-se frustrados com o funcionamento da Vara de Execuções criminais... “É, em síntese, fonte de um sem número de ilegalidades, que são toleradas e muitas vezes até estimuladas, sem respeito aos direitos humanos fundamentais.”

3- EVOLUÇÕES DAS PENAS NO SISTEMA CRIMINAL BRASILEIRO

Durante a história da humanidade, quatro métodos principais de castigos foram utilizados, a saber, perda financeira, a tortura física, a degradação social e a expulsão do grupo (que se verificava pela morte, exílio, prisão, e por meios mais sutis, como a estigmatização com ferro em brasa, a mutilação e outros métodos de degradação da pessoa).

As primeiras ordenações que foram efetivamente implementadas aqui no Brasil foram as Ordenações Filipinas, através dos Governos Gerais, embora não possam ser consideradas organizadas e eficientes, em razão da precária estrutura estatal.

O certo é que, além de cruéis, severas e assustadoras, a pena mais grave prevista nas Ordenações, que era a de morte em suas diversas subespécies, era largamente aplicada. Esse diploma legal era rígido demais para conviver com os pensamentos do Iluminismo, da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Observando os princípios humanitários da época, a Carta Constitucional do Império, outorgada em 1824, estabelecia diversas inovações de caráter liberal e humanístico, como a abolição dos açoites, da tortura, e de todas as penas cruéis. Proibiu também o confisco de bens e a declaração de infâmia aos parentes do condenado, o que tornou a sanção penal mais pessoal. Essa Constituição também inovou ao estabelecer o uso da pena de prisão, onde previa cadeias seguras, limpas e bem arejadas, e estabelecia ainda a organização urgente de um Código Criminal fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade.

A partir da Constituição de 1824, surgiram movimentos em prol da reforma da legislação penal, querendo instituir os princípios da irretroatividade da lei penal, da igualdade de todos perante a lei, da personalidade da pena e da utilidade pública da lei penal.

D. Pedro I, em 1830, sancionou o Código Criminal do Império do Brasil, que foi realmente inovador, pois reduziu as hipóteses de penas de morte e eliminou a

crueldade com que eram executadas. Eliminou também as penas infamantes, exceto contra os escravos. Esse Código previa as seguintes penas: morte, galés, prisão com trabalho, prisão simples, banimento, degredo, desterro, multa, suspensão de emprego, perda de emprego e açoites (somente para escravos).

O encarceramento passou a ser a autêntica e própria sanção penal, podendo até ter caráter perpétuo. Podemos observar o grande avanço desse Código em se tratando de medidas alternativas, onde se enumera as penas de multa, a suspensão e a perda de emprego.

Com o surgimento da República veio também a necessidade de se alterar a legislação penal vigente no país, até porque a abolição da escravatura já tinha ocorrido, o que acabou por extinguir algumas figuras delituosas. Em 1890, o Governo Provisório da República aprova o Código Penal Republicano, mas, devido à pressa com que foi elaborado, esse ordenamento recebeu inúmeras críticas, pois não coadunava com o pensamento humanitário da época. As penas previstas nesse Código eram: prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório, prisão disciplinar, banimento, interdição, suspensão de emprego público, com ou sem inabilitação para o exercício de outro, e multa.

Para remediar as deficiências do Código Republicano, várias leis foram aprovadas com o objetivo de adequar o ordenamento à complexidade das relações sociais do período da República Velha.

Foram inúmeras as tentativas de substituição do Código Penal de 1890, porém, ele ainda vigorou por vários anos. A possibilidade de se aprovar um novo Código Penal revelava-se cada vez mais distante, devido ao momento de agitação política e de reivindicações sofridas pelo país. Em relação à matéria criminal, como não seria possível uma reforma no Código vigente, foram surgindo inúmeras leis extravagantes, regulando situações que necessitavam de uma tutela penal, o que se deu de forma bastante acelerada, dificultando sua aplicação e até mesmo o próprio conhecimento das referidas leis.

Em 31 de dezembro de 1940 foi promulgado o atual Código Penal, que entrou em vigor em 1942, e veio incorporando fundamentalmente bases de um direito punitivo democrático e liberal. Ele faz uma divisão das penas em principais, sendo composta de reclusão, detenção e multa, e acessórias, que são as previstas

no art. 67 do referido Código, perda de função pública, eletiva ou de nomeação, interdição de direito e publicação de sentença. Como se pode observar, a privação de liberdade é a sanção por excelência.

Anteriormente à reforma penal de 1963, o nosso ordenamento jurídico penal focalizava apenas a pena e a culpabilidade, mas distanciava-se do elemento fundamental do crime, qual seja, o autor, o homem. Uma vez condenado, o apenado era esquecido pelos órgãos judiciários, restando-lhe apenas a tarefa de cumprir integralmente a pena que lhe foi imposta.

Com o foco na imposição da pena, e não no ser humano, o sistema penal brasileiro, e conseqüentemente a justiça, passou a ser desacreditado quanto a sua eficiência, ao mesmo tempo em que aumentou o índice de criminalidade do país.

Como importante alteração realizada no Código de 1940 pode-se citar a Lei 6.416 de 24.05.1977, que introduziu em nosso ordenamento a prisão albergue e o sursis, que constituem um avanço no sentido de se evitar ao máximo a privação de liberdade, embora não sejam espécies de penas alternativas. Essa Lei foi um grande passo para se chegar à reforma penal de 1984.

Em 1981 foi publicado o anteprojeto da parte geral do Código Penal de 1940, o qual eliminava as penas acessórias, passando a enumerar as modalidades: penas privativas de liberdade, penas restritivas de direito e penas patrimoniais. Na correção desse anteprojeto foi abolida a multa reparatória e substituído o aprendizado compulsório pela limitação do fim de semana.

Em 1984 ocorreu mais uma reforma no direito penal brasileiro, por meio da Lei nº 7.209, de 11.07.1984, quando se procurou aplicar um aspecto mais realista, mais humano, a esse ramo do Direito. Muitos foram os fatores que levaram a essa mudança de enfoque na legislação penal, como, por exemplo, o aumento da criminalidade, o surgimento de modalidades criminais, a rejeição do apenado pela sociedade e a conseqüente reincidência, o desenvolvimento da tecnologia.

De acordo com essa reforma, as penas previstas em nosso ordenamento passaram a ser: privativas de liberdade, restritivas de direito e multa. Dentre as penas restritivas de direito, tem-se a prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e a limitação do fim de semana.

Existe a crença bastante arraigada de que a maneira de diminuir a criminalidade é a definição de novos tipos penais, o agravamento das penas, a extinção de algumas garantias do réu, e o aumento da severidade da execução penal. E, como a resposta básica aos delinqüentes é a pena privativa de liberdade, encontramos, muitas vezes, em uma mesma cela, infratores de alta periculosidade e infratores de menor potencial ofensivo. Não se faz distinção entre os crimes de alta reprovação e os de média ou baixa.

O atual sistema de cumprimento de pena privativa de liberdade não está alcançando um de seus objetivos basilares, qual seja, fazer com que o apenado se conscientize dos seus direitos e deveres como cidadão, e, conseqüentemente, torne-se apto ao convívio social. A pena privativa de liberdade, como sanção principal está falida. Ela proporciona a formação de delinqüentes altamente perigosos, embrutecidos, corrompidos, e deveria ser aplicada apenas nos casos em que ela é indispensável.

A utilização irrestrita desse tipo de penalização, bem como o agravamento de sua execução, não reduz a criminalidade, já que, embora tenham surgido inúmeras leis estipulando novos tipos penais e agravando os tipos já existentes, não houve uma redução do índice de cometimento de crimes.

3.1 - Das Regras de Tóquio

Aprovadas no 8º Congresso das Organizações Unidas através da Resolução 45/110, datada do dia 14 de dezembro de 1990, as chamadas Regras de Tóquio, oficialmente denominadas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não-privativas de Liberdade, visam, precipuamente, a adoção de penas não restritivas de liberdade fazendo diminuir a utilização da pena de encarceramento.

Assim, o objetivo desta Convenção, da qual o Brasil é signatário é alcançar a ressocialização do condenado sem que se torne necessária a adoção da pena privativa de liberdade.

Assim, segundo Luiz Flávio Gomes: “O primeiro e indiscutível objetivo das Regras de Tóquio é ‘promover o emprego de medidas não-privativas de liberdade’”. E conclui o mesmo autor: “(...) o que as Regras de Tóquio pretendem estimular, destarte, é a criação, aplicação e execução de medidas alternativas à prisão, devendo-se conceber a locução ‘medidas não privativas de liberdade’ em seu sentido lato, abrangente”.

3.2- Vedações e Permissões Constitucionais à Aplicação das Penas

O ordenamento Constitucional pátrio, através do art. 5º, XLVII, da CF/88, veda expressamente as penas de morte (salvo em casos de guerra externa); de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; e as penas cruéis. Vale frisar que tais vedações figuram entre as cláusulas pétreas, nos termos do art. 60, §4, inciso IV, da Carta Magna, não podendo ser suprimidas do texto constitucional.

Assim, o legislador constitucional originário determinou que o legislador, seja ele constitucional derivado ou infraconstitucional, não poderá instituir no Brasil as seguintes modalidades de penas:

- a) Pena de morte; “só em caso de guerra”
- b) Penas perpétuas;
- c) Penas de trabalhos forçados;
- d) Penas de caráter cruel.

Por outro lado, o ordenamento constitucional brasileiro adotou, de forma exemplificativa, algumas formas de penas (art. 5º, XLVII), que prevê a restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestações sociais e a suspensão ou a interdição de direitos como formas de penas.

Desta forma, o rol do art. 5º, XLVII veda a criação de penas com as características nele relacionadas, porém, o rol do inciso XLVI permite que outras penas sejam criadas, mesmo não estando relacionadas naquele inciso, desde que não estejam no rol do inciso seguinte.

Por sua vez, o Código Penal Brasileiro reconhece no art. 32, três categorias de penas: restritivas de liberdade, restritivas de direitos e de multa. Neste sentido, dizem Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

O Título V do código penal vigente ocupa-se das penas, e o Capítulo I desse título trata das espécies de pena. O art. 32 estabelece que “as penas são: I – privativas de liberdade; II – restritivas de direitos; III – de multa”. Destarte, o código atual reconhece três categorias de penas: a) restritivas da liberdade, com graus diferenciados, que vão desde a institucionalização total do indivíduo até seu controle ou limitação fora da instituição total ou prisão; b) restritivas de outros direitos; c) de conteúdo patrimonial.

4 - Pena e Modelos de Justiça Criminal

Existem três tipos de sistema de justiça criminal, quais sejam o retributivo, o reabilitador e o restaurador. Cada um deles enfoca um determinado aspecto do crime.

No sistema retributivo, a pena é simplesmente um castigo imposto a quem praticou um crime. Numa sociedade que vive em estado democrático de direito não há possibilidade de a pena existir única e exclusivamente sob esse aspecto.

Enquanto no sistema reabilitador ou ressocializador, a pena deve ser uma medida que objetiva ressocializar o indivíduo, incluindo a pena privativa de liberdade, onde a prisão não constitui uma retribuição ao crime praticado, mas um local onde o apenado possa se ressocializar.

Já para a justiça reparadora, a pena objetiva reparar o dano sofrido pela vítima. Esse tipo de pena visa, além de reparar o dano da vítima, ressocializar o delinqüente e prevenir o delito.

O Código Penal Brasileiro, após as reformas de 1984 e 1998, passou a adotar um sistema misto, qual seja o retributivo-preventivo. Acontece que, na prática, a pena continua com o caráter de castigo, não possuindo efeito ressocializador, e isto ocorre porque a humanidade ainda está na crença arraigada de que a prisão é a melhor opção de pena para um delinqüente, não importando as conseqüências desse cárcere.

É preciso que toda a sociedade, não apenas os estudiosos do Direito reflitam sobre a real efetivação dos objetivos a que a pena privativa de liberdade se propõe, porque só assim as penas alternativas serão aceitas e terão a sua efetivação desejada.

O segundo objetivo primordial das Regras de Tóquio é a busca de um sistema penal onde, apesar de se aplicar medidas não restritivas de liberdade, não sejam esquecidas as garantias básicas dos indivíduos submetidos ao julgamento penal, preservando, assim, todos os direitos assegurados pelo Estado Democrático de Direito. Assim, diz Luiz Flávio Gomes:

Segundo objetivo fundamental. Se de um lado, e consoante as premissas do Direito Penal Mínimo, incentiva-se a cominação e aplicação das “alternativas penais”, que não se confundem por seu turno, com a busca abolicionista de alternativas ao Direito Penal, de outro não se esquece o devido respeito “às garantias mínimas” das pessoas que a elas se submetem.

Considerados por Luiz Flávio Gomes como terceiro e quarto objetivos fundamentais, é a promoção da participação da sociedade na administração da Justiça Penal, bem como no tratamento do delinqüente. Eis as palavras do autor citado:

Terceiro e quarto objetivos fundamentais. Pelo que se infere da regra 1.2, o terceiro e quarto objetivos fundamentais das Regras de Tóquio consistem em “promover uma maior participação da comunidade na administração da Justiça Penal” e, muito especialmente, no “tratamento do delinqüente”, No que se relaciona ao nosso direito interno e à execução da pena privativa de liberdade, dispõe o art. 4º da Lei de Execução Penal que “o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade na execução da pena e da medida de segurança”.

O quinto objetivo das Regras consiste em estimular o senso de responsabilidade dos delinqüentes em relação à sociedade. Neste sentido, nos valeremos, mais uma vez das palavras de Luiz Flávio Gomes:

Consiste em “estimular entre os delinqüentes o senso de responsabilidade em relação à sociedade”. O crime, como fenômeno individual e comunitário que é, já não pode ser enfocado como um mero “conflito formal, simbólico e bilateral entre Estado e infrator”, tal como sempre se entendeu no modelo clássico de Justiça Penal, que “roubou o conflito intersubjetivo” (Chistie), contemplando desse modo a vítima como simples sujeito passivo da infração e a comunidade como sujeito secundário. Na concepção clássica, com o delito o criminoso contrai uma dívida com o Estado (exclusivamente com ele), desvinculando-se o acontecimento de todos os interesses circundantes individuais (vítima) e sociais (comunidade), daí a conseqüente solução formal, impessoal (despersonalização do conflito e a pobreza do marco de expectativas de cada um dos protagonistas do fenômeno delituoso).

Assim, as Regras de Tóquio buscam incentivar a adoção de medidas alternativas à pena restritiva de liberdade, como sendo uma forma de ressocialização do delinqüente, o que faria com que reduzisse a reincidência e auxiliaria no combate à criminalidade.

5 - PENAS ALTERNATIVAS

Tomando como pressuposto que as penas têm a função de reeducar o infrator e defender a sociedade, tem-se o estabelecimento das penas alternativas como opção para os casos em que o apenado não ofereça graves riscos à sociedade. É uma forma de a sociedade participar da solução dos seus próprios problemas.

Pena alternativa é uma sanção decorrente de sentença proferida pelo juiz condenando o autor do fato pelo crime de menor potencial ofensivo ou em substituição à pena privativa de liberdade, desde que esta não ultrapasse a quatro anos e o crime não tenha sido cometido mediante violência e grave ameaça.

Com muita propriedade, o professor Damásio E. de Jesus (2000, p. 28), conceitua

Alternativas penais, também chamadas substitutivos penais e medidas alternativas, são meios de que se vale o legislador visando impedir a que ao autor de uma infração penal venha a ser aplicada medida ou pena privativa de liberdade.

Embora seja cumprida em liberdade, a pena alternativa não deixa de ser sanção imposta pelo Estado ao autor de um delito. Ela deverá, portanto, contribuir para o bem maior da sociedade e do apenado, além de considerá-lo como sujeito de sua própria mudança, no complexo contexto das relações sociais em que se encontra.

5.1- As Penas Alternativas e o Princípio da Dignidade Humana

É notória a falência do sistema penitenciário brasileiro, tendo em vista a larga distância que existe entre a teoria desse sistema e o que se executa. Dentre os problemas encontrados, pode-se destacar a ausência de respeito aos presos, de tratamento médico regular, de atividades laborativas dentro dos presídios, a

superlotação. Todos esses fatos fazem com que os presos sejam desumanizados, o que gera constantes rebeliões, que é um modo negativo de se demonstrar sua inconformidade com o sistema vigente.

Como agente ativo de um crime, o apenado condenado à pena privativa de liberdade merece ser punido, sim, porém, enquanto ser humano, centro do universo social e jurídico, merece ter respeitado seus direitos à vida, à imagem e à dignidade, o que não se faz presente dentro dos presídios, onde se oculta todo e qualquer direito fundamental que a ele caiba.

O direito penal deve buscar punir com o objetivo de reparar o mal cometido pelo infrator, devendo causar impacto tanto sobre o culpado quanto sobre a sociedade, para que intimide os demais membros da coletividade, que poderão vir a ser infratores. O direito de punir não pode ir de encontro aos princípios que protegem os seres humanos, pois, caso isso ocorra, constitui-se abuso, e não justiça.

Leal (1998) ratifica a falência do sistema carcerário e revela a falta de dignidade humana existente nesse confinamento. Para ele falar sobre o respeito à integridade física e moral em prisões onde convivem pessoas sadias e doentes; onde o lixo e os dejetos humanos se acumulam a olhos vistos, e as fossas abertas, nas ruas e galerias, exalam um odor insuportável; onde as celas individuais são desprovidas por vezes de instalações sanitárias; aonde os alojamentos coletivos chegam a abrigar 30 ou 40 homens; onde permanecem sendo utilizadas, ao arripio da Lei 7.210/84, as celas escuras, as de segurança, em que os presos são recolhidos por longos períodos, sem banho de sol, sem direito a visita; onde a alimentação e o tratamento médico e odontológico são muito precários e a violência sexual atinge níveis desassossegados.

Tendo um sistema carcerário atuando dessa forma, quem termina sofrendo as conseqüências dessa ressocialização ilusória é a própria sociedade, que fica a espera dos delinqüentes “ressocializados”.

Mesmo diante da insegurança que se instalou no país, tornando a sociedade insegura ao sair às ruas e até mesmo dentro de casa, prestes a sofrer algum tipo de violência a qualquer instante, não é falso moralismo discutir a dignidade do presidiário, pois é preciso que todos saibam que por mais desumano que seja o ato

praticado pelo delinqüente, a marca indelével de ex-presidiário modifica a sua condição humana, retirando-lhes, inclusive, alguns direitos fundamentais, modificando-os definitivamente, o que o torna muito mais perigoso ao convívio social quando posto em liberdade.

A Constituição Federal assegura a qualquer cidadão, em seu art. 1º, inciso III, como direito fundamental, a dignidade da pessoa humana. Esse princípio constitui-se de um direito basilar, exigindo-se a todos o respeito ao próximo para que se possa viver em harmonia.

Assim como a dignidade humana existem também outras garantias estabelecidas na Carta Magna vigente, como por exemplo, a determinação de que nenhuma pena passará da pessoa do preso, caracterizando a pessoalidade da pena; a divisão de estabelecimentos para cumprimento das penas de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; o respeito a integridade moral e física dos delinqüentes; a indenização ao condenado que por erro judiciário for preso ou ficar preso além do tempo fixado na sentença.

As penas alternativas surgiram devido à reflexão sobre esse caráter ressocializador das penas. É um modelo de sanção que vem proporcionando aos apenados se reinserir na sociedade e cumprir pelo ato criminoso que cometeu. Porém, o juiz deve ter bastante cuidado ao escolher a penalidade alternativa que irá aplicar ao caso concreto, bem como o local onde será aplicada a pena, tendo em vista que deve preservar a dignidade humana, tanto na pessoa do agressor quanto do ofendido.

6 - A REFORMA PENAL BRASILEIRA E AS PENAS ALTERNATIVAS

Com a aprovação da Lei nº 9.714/98, houve uma considerável mudança no sistema de penas, onde se aumentou não apenas o rol das penas restritivas de direito, mas também as possibilidades de sua aplicação. As penas alternativas passaram a ser as seguintes: prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana, multa, e mais duas, que são prestações pecuniárias e perda de bens e valores.

A partir da reforma de 1984, o juiz só poderia substituir as penas privativas de liberdade de até um ano de duração e se o réu não fosse reincidente, e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que a substituição seja mais eficiente. Quando a pena aplicada não era superior a dois anos, a execução da pena poderia ser suspensa, em razão do *sursis*, e quando era cominada até quatro anos, ela poderia ser cumprida em regime aberto. Essa divisão de acordo com a duração da pena privativa de liberdade significa que o sistema penal se compunha de uma gradação harmônica.

Conforme Delmanto (1991), os autores da reforma penal de 1984 tentaram encontrar fórmulas que pudessem substituir as penas de prisão. Nas palavras da Exposição de Motivos, seria uma experiência pioneira. Dentro desse contexto, foram imaginadas as penas restritivas de direitos: são sanções autônomas, que substituem as penas privativas de liberdade (reclusão, detenção ou prisão simples) por certas restrições ou obrigações, quando preenchidas as condições legais para a substituição.

Com a Lei 9.099/95, ampliou-se a possibilidade de aplicação das penas alternativas para infrações que teriam pena aplicada superior a um ano. A Lei 9.714 reformou, mais uma vez, a parte geral do Código Penal. Diante de todas essas alterações, o ordenamento penal brasileiro ficou constituído por dez modalidades de penas alternativas: prestação pecuniária em favor da vítima, perda de bens e valores, proibição de freqüentar determinados lugares, prestação de outra natureza, multa, prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana, proibição

do exercício do cargo ou função, proibição do exercício de profissão e suspensão da habilitação para dirigir veículo.

A natureza das penas alternativas é de autonomia e de substitutividade em relação à pena privativa de liberdade. O juiz comina a pena privativa de liberdade cabível ao caso concreto e o seu regime de cumprimento, e só após isso é que analisa a possibilidade de substituição por uma pena restritiva de direito.

Segundo Mirabete (1999, p. 320), “As penas restritivas de direitos não são cominadas abstratamente para cada tipo penal, mas aplicáveis na sentença a qualquer deles, independentemente de cominação na parte especial”.

Essas penas restritivas de direitos só podem substituir as penas privativas de liberdade quando se tratar de crime culposos ou quando a pena privativa de liberdade não for superior a quatro anos. Quando no crime for empregada violência ou grave ameaça, não poderá a pena privativa de liberdade ser convertida em restritiva de direito.

Deve-se observar, também, na aplicação dessas penas alternativas, se o réu é reincidente em crime doloso, pois, caso isso ocorra, não poderão ser aplicadas tais penas. Também devem ser levados em consideração aspectos tais como a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado.

Se estiverem presentes as condições de admissibilidade para substituição das penas privativas de liberdade pelas penas alternativas, ela torna-se obrigatória, constituindo um direito do réu, e não uma simples faculdade do magistrado.

Nesses termos, o art. 44 do Código Penal define os pressupostos objetivos e subjetivos necessários à aplicação das penas alternativas:

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.

Podem-se observar inúmeras vantagens de se aplicar as penas alternativas, dentre elas: a diminuição do custo do sistema repressivo; o juiz pode adequar a pena à culpabilidade do condenado e às suas condições e características pessoais; evitam que infratores de menor potencial ofensivo sejam encarcerados, afastando-os, conseqüentemente, do convívio com outros delinqüentes; reduzem o número de reincidência; o apenado continua suas atividades habituais e profissionais, não se afastando do seio familiar.

Como nem todo ordenamento jurídico é perfeito, tendo em vista que é fruto da atividade humana, podem-se observar também algumas desvantagens, das quais podemos citar: não reduzem o número de encarcerados existentes; não têm caráter intimidativo, mas apenas tentam suscitar na mente do condenado às regras da boa conduta.

6.1 – Alternativas à adoção das penas restritivas de liberdade

Zaffaroni e Pierangeli apontam algumas alternativas para a pena restritiva de liberdade, vale iniciarmos a discussão do problema com as palavras dos professores:

Assim, em geral se propôs a diminuição do standard ou nível de vida do sujeito, impondo a ele uma limitação temporária de renda, de maneira a forçá-lo a prescindir do luxo. Do mesmo modo, embora não tivesse relação com o fato, propôs-se a privação de certos direitos comumente apreciados na vida moderna como, por exemplo, a licença para conduzir veículos automotores e a permissão de caça ou de pesca. Uma forma de privar o sujeito de seu tempo livre é o chamado arresto ou “trabalho de fim-de-semana”, em que se obriga a prestar trabalho gratuito durante certo número de horas, em local fora de suas ocupações habituais, geralmente lugares como hospitais, escolas, etc. em algumas legislações, o trabalho de fim-de-semana converteu-se em uma verdadeira ressurreição do pelourinho, por exemplo, quando se obriga o sujeito a servir de carregador em aeroportos e estações ferroviárias.

Há que se frisar que há diferença entre as chamadas “penas alternativas” e as “medidas alternativas”, conforme ensina Luiz Flávio Gomes:

Há uma diferença substancial entre penas e medidas alternativas: aquelas são como nos ensina Damásio de Jesus, sanções de natureza criminal, como a multa, a prestação de serviços à comunidade e as interdições temporárias de direitos (são penas distintas) estas, por sua vez (são institutos ou instrumentos que), visam impedir que ao autor de uma infração penal venha ser aplicada (ou executada) pena privativa de liberdade. Ambas, entretanto, pertencem ao gênero “alternativas penais”.

Outro ponto importante a ser tocado, antes de propormos algumas soluções para o problema das penas restritivas de liberdade, é o que tange aos princípios penais que devem ser obedecidos na substituição. Assim, para que seja viável a substituição, a medida alternativa deve ser suficiente e necessária à reparação do mal causado pelo delito, assim, deverá ser obedecido o princípio da proporcionalidade, nos termos do art. 59, caput, parte final do Código Penal . A medida substitutiva deve ser proporcional ao bem jurídico lesado, sob pena de se fazer com que o criminoso se sinta motivado a delinquir.

Vale ressaltar ainda que a substituição da pena em delitos considerados graves, como o tráfico de entorpecentes, é possível, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, vejamos:

Condenação. Tráfico de entorpecente. Crime hediondo. Pena privativa de liberdade. Substituição por restritiva de direitos. Admissibilidade. Previsão legal de cumprimento em regime integralmente fechado. Irrelevância. Distinção entre aplicação e cumprimento de pena. HC deferido para restabelecimento da sentença de primeiro grau. Interpretação dos arts. 12 e 44 do CP, e das Leis nºs 6.368/76, 8.072/90 e 9.714/98. Precedentes. A previsão legal de regime integralmente fechado em crime hediondo para cumprimento de pena privativa de liberdade, não impede que esta seja substituída por restritiva de direitos.

A adoção de medidas alternativas às penas restritivas de liberdade é perfeitamente possível, podendo ser adotada penas restritivas de direitos, tais como trabalhos sociais ou restrição do acesso a determinados locais. Poder-se-ia adotar ainda penas limitativas de rendas, ou seja, limitar os rendimentos do delinqüente a patamares módicos apenas suficientes para a própria subsistência deste, impedindo

seu acesso a artigos luxuosos como carros, etc. Poderiam ser adotadas ainda medidas como a vedação de acesso a determinados documentos que representam direitos, como, por exemplo, a Carteira Nacional de Habilitação. Pode-se ainda determinar a prestação de serviços comunitários, tais como auxílio em hospitais, escolas, creches, etc. Ou, ainda, a determinação de que determinados bens do criminoso fossem utilizados para obras sociais, como a instalação de creches, asilos, escolas, etc., sem que o condenado perdesse a propriedade do bem.

Embora fora editada agora recentemente saída do forno, a Lei 12.403/2011, NOVA LEI SOBRE PRISÃO, a qual em seu contexto procura na realidade desafogar o sistema prisional a exigência de manter a prisão em flagrante ou decretar prisão preventiva somente em situações excepcionais, prevendo a CONVERSAO DA PRISAO EM FLAGRANTE ou SUBSTITUIÇÃO DA PRISAO PREVENTIVA em 09 tipos de MEDIDAS CAUTELARES praticamente inócuas e sem meios de fiscalização.

Daí pode observar que não trará benefícios à população, pois a interpretação equivocada de que a pena restritiva de liberdade esta impotente haja vista que a criminalidade só esta aumentando se faz tão somente pela certeza da não punição ou se punido não da forma devida, necessitando assim de uma formulação muito alem da proposta nessa Lei em vigor, que beneficia o criminoso que dispõe de meios para bancar as manobras jurídicas a beneficiá-lo, ao passo de que este criminoso observando que seria preso e com a política a que ia ser submetido de reinserção a sociedade através de qualificação e aprendizado em alguma profissão aprendida na prisão certamente que a interpretação do CONTEXTO PRISAO seria diferente.

7. Conclusão

A adoção das medidas substitutivas deve se realizar com parcimônia, vez que a pena deve ser proporcional ao delito e à lesão ao bem jurídico-penal tutelado pela norma. Assim, cabe ao julgador, diante do caso concreto, decidir sobre a aplicação de tais normas.

Deve-se observar aos princípios da proporcionalidade e da individualização das penas para a aplicação das medidas substitutivas, assim como para a aplicação de penas privativas de liberdade.

Por fim, conclui-se que a adoção de medidas que não restrinjam a liberdade do condenado é de extrema relevância, vez que, possibilitam o cumprimento da pena com dignidade e a efetiva ressocialização do condenado, sendo de imperiosa contribuição ao falido sistema carcerário brasileiro onde, atualmente, inúmeros seres humanos são amontoados, sem quaisquer condições de dignidade, ao arrepio da lei e da Constituição.

A de se levar em conta eu o apenado de um crime de menor poder ofensivo, colocado entre criminosos ociosos e de maior periculosidade, possivelmente podendo daí contaminar-se ainda mais com o crime, obtendo um resultado inverso do esperado.

E conforme afluado em pesquisa e a olho nu o sistema carcerário sofre de grande inércia quanto à recuperação dos apenados por crime, ora pelo espaço físico em que são colocados ou pela própria ociosidade que lhes é imposta.

Para concluir, tal reparação do sistema carcerário se daria em médio prazo, se fosse adotado um sistema privado da carceragem em convênios com empresas do ramo da iniciativa privado para uma qualificação e aproveitamento da mão de obra inerte junto aos cárceres do país.

8.Referências Bibliográficas

BECCARIA. Cesare Bonesana, Marchesi di. Dos Delitos e Das Penas. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 149 p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.

BUENO. Silveira. Minidicionário da Língua Portuguesa. 6ª edição. São Paulo: Lisa, 1992.

GOMES. Luiz Flávio. Penas e Medidas Alternativas à Prisão. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 199 p.

JESUS. Damásio E. de. Direito Penal – volume 1. 24ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2001. 754p.

ZAFFARONI. Eugenio Raúl. PIERANGELI. José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 890 p.