
PEDRO NELSON FELIZ

**A IMPORTÂNCIA E A APLICABILIDADE DAS PENAS
ALTERNATIVAS SOB A ÓTICA DO DIREITO PENAL
MODERNO**

PEDRO NELSON FELIZ

**A IMPORTÂNCIA E A APLICABILIDADE DAS PENAS
ALTERNATIVAS SOB A ÓTICA DO DIREITO PENAL
MODERNO**

Trabalho de Conclusão de curso apresentado à
Faculdade Unopar Ponta grossa, como
requisito parcial para a obtenção do título de
graduado em Direito.

Orientador(a): Ana melatti

PEDRO NELSON FELIZ

**A IMPORTÂNCIA E A APLICABILIDADE DAS PENAS
ALTERNATIVAS SOB A ÓTICA DO DIREITO PENAL MODERNO**

Trabalho de Conclusão de curso
apresentado à Faculdade Unopar Ponta
grossa, como requisito parcial para a
obtenção do título de graduado em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof^(a). Titulação Nome do Professor(a)

Prof^(a). Titulação Nome do Professor(a)

Prof^(a). Titulação Nome do Professor(a)

Ponta grossa, 08 de fevereiro de 2022.

Dedico este estudo a Deus, pois "agindo Deus quem impedirá?"

Dedico a minha família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos professores da Faculdade, Curso de Direito, por me passar seus conhecimentos valiosos e em especial a minha orientadora.

Quereis prevenir delitos? Fazei com que as leis sejam claras e
simples.

Cesare Beccaria, Escola Clássica do Direito Penal

Nelson Feliz, Pedro. **A importância e a aplicabilidade das penas alternativas sob a ótica do direito penal moderno**. 2021. 59 f. Trabalho De Conclusão De Curso (graduação em direito) – Faculdade Unopar - Ponta Grossa, 2021.

RESUMO

Em face aos inúmeros problemas do sistema carcerário brasileiro como superlotação, ineficiência no que se refere à correção e ao alto índice de reincidência, torna-se cada vez mais necessário a utilização de meios que possam auxiliar na resolução desses problemas, um desses meios seria o das penas alternativas. Utilizadas em muitos países, tais como Rússia, Inglaterra, França, Alemanha, Estados Unidos, Canadá; no Brasil, somente com a Reforma de 1984, foram instituídas, no Código Penal, as chamadas penas restritivas de direitos (prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços a comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana - dispostas no art. 43 do Código Penal; além da pena de multa, disposta no art. 49). As penas alternativas são aplicáveis em substituição à pena privativa de liberdade inferior a um ano, em crimes dolosos ou em crimes culposos qualquer que seja a pena. Atende a requisitos como: não ser reincidente e ter bons antecedentes. As vantagens da aplicação das penas alternativas em crimes de menor potencial ofensivo são que o condenado não é retirado de seu convívio social, não fica exposto aos malefícios da prisão, cumpre pena no exercício de atividade em prol da sociedade sendo possível uma ressocialização do infrator.

Palavras-chave: Sistema carcerário brasileiro. Superlotação. Políticas públicas.

Nelson Feliz, Pedro. **The Importance and Applicability of Alternative Penalties from the Perspective of Modern Criminal Law**. 2021. 59 f. Course Completion Work (Graduation in Law) – Faculdade Unopar – Ponta Grossa, 2021.

ABSTRACT

The custodial sentence used for millennia around the world to punish those who commit crimes. With the application it's the society has the feeling that it's protected from violence and crime. The general objective of this study was to discuss the symbolic function of the custodial sentence, as a means of social control and the State punitive function, in the face of supposed popular adhesion. It's descriptive and dissertative research, through hypothetical and deductive methods, using the qualitative approach. The analysis of the doctrine on the purpose of the sentence in Brazil showed that the sense of security with the application of the custodial sentence is false, since the prisons don't have conditions to return to the social community resuscitated individuals, who will not recur in crime. In fact, when the criminal law and criminal procedure are hardened, as is the case with the Anti-Crime Bill, presented by the federal government, the punitive power of the State increases, especially on the less favored portion of the population. Projects that present good results in terms of recovery of the prisoner and also economic ones, such as the Association of Protection and Assistance to the Convicted (APAC) don't expand by the country, due to the vices of the public administration. Thus, society will continue to have a false sense of security, believing that custodial sentences alone will resolve the issue of crime and violence, when in fact it would be necessary to improve the socioeconomic conditions of the population, to prevent crime

Key-words: Brazilian prison system. Over crowded. Public policy.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF Constituição Federal

APAC Associação de Proteção e Assistência ao Condenado

CNJ Conselho Nacional de Justiça

CoNDege Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais

FBAC Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados

LEP Lei de Execução Penal

ONG Organização Não-Governamental

CP Código Penal

STF Supremo Tribunal Federal

CPC Código de Processo Penal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. A PENA	15
3. AS PENAS ALTERNATIVAS	26
4. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO	49
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS	62

1. INTRODUÇÃO

A pena alternativa constitui tema de indubitável interesse da comunidade jurídica do País, tendo tomado, ultimamente, maiores proporções em decorrência do agravamento das condições sócio-econômicas por que tem passado o Brasil.

Uma vez que, a sociedade encontra-se extremamente preocupada com as fugas e rebeliões que vêm ocorrendo nos estabelecimentos prisionais de todo o território nacional. Pois, quase que diariamente vê-se a imprensa noticiar a falta de vagas nos presídios diante da superpopulação carcerária, bem como, o estado precário desses estabelecimentos, deteriorando as expectativas de recuperação dos apenados.

Mais precisamente, todos os dias, jornais, emissoras de rádio e televisão, noticiam, a título de comentários, que estão falhando os princípios da aplicação das penas de reclusão em face da onda de crimes que aumentam, em lugar de retroceder e que estão falhando os critérios para corrigir e reintegrar os detentos para o convívio social.

As televisões com exhibições de programas, novelas e filmes, que em vez de educar, ou mesmo de ajudar na formação do futuro da nação, ensinam como praticar sexo, como se rouba, como se mata, como se trafica e assim por diante. Os jornais e revistas, esta sinistra imprensa de escândalos, que vive farejando sordícies nos plantões de polícia, através de uma massa obscurecida, cada vez mais deteriorada pela ação repugnante de maus profissionais, pois só mesmo num país onde a ignorância seja generalizada, existem jornais que são capazes de envenenar o espírito público, com manchetes perigosas, produtos de uma supina ignorância.

Levar-se-á também em consideração que, o alto custo para a criação e manutenção dos estabelecimentos carcerários determina um terrível desgaste da responsabilidade do Governo pela questão. Tornando assim, a situação dos presos cada vez mais desanimadora (caótica).

E, por estas razões, a criminalidade, ao invés de diminuir, tende a aumentar cada vez mais numa sociedade que é praticamente dominada pela corrupção, onde se utiliza o crime na repressão ao crime. Porque os verdadeiros responsáveis pelo martírio de se ver tanta violência, são na realidade os responsáveis pela decadência

da instrução e da educação, pela decadência da família, pelo crescimento da miséria, pela precária situação econômica, pelo preço de produtos de primeira necessidade a mercê de exploradores de todo o gênero e as famílias abastadas pelo desregramento dos costumes, jogos de interesses, pela falta de assistência pública, entregues a mãos incompetentes de gente sem o menor preparo, para compreender tais problemas.

Diante desses fatores, a prisão não deve ser vista como único recurso para o controle da criminalidade, como tem ocorrido ao longo da história da humanidade. Hoje, vimos que esta não cumpriu com suas finalidades.

Bem como, que a repressão ao crime, mormente o pequeno delito, não depende da violência das leis penais, depende de fatores múltiplos, instrução, educação, situação econômica, tranquilidade coletiva, equilíbrio social, administração entre outros.

Não se trata apenas da constatação de que o cárcere constitui um local privilegiado para as violações de direitos humanos. As prisões se demonstram ineficientes para a realização dos seus próprios objetivos. Vale ressaltar, que é preciso enfrentar os problemas das prisões de maneira mais racional. Um sistema carcerário violento, promíscuo e superlotado, tenderá a produzir um índice maior de reincidentes, que certamente devolverão à sociedade tudo aquilo que passaram atrás das grades.

Nas mais priscas eras, tinham essas por escopo-mor satisfazer o comum sentimento de *vindita* de que todos os homens são naturalmente investidos. É a pena como automática consequência da ação coletivamente condenada. Ao mal do delito, sobrevinha o mal da pena. Perdurou tal prática por incontáveis anos, sendo, supervenientemente, superada pelo período marcado pela lei de Talião. Surgiam os primeiros indícios da preocupação de aferir o dano causado, a fim de se proporcionar à punição que, inexoravelmente, haveria de se aplicar. Caracterizado por lutas para impedir a postergação dos direitos individuais. Apregoavam ser de inquestionável importância a reforma do sistema penitenciário, um período humanitário.

Surgiu ainda, paulatinamente, o estudo do homem na sua mais substancial natureza, o qual foi introdutoriamente brotado das eruditas colocações de Lombroso, Garófalo e Ferri. Era o nascedouro da criminologia e, irrefutavelmente, a continuação da luta para resguardar os direitos da integridade física e moral do ser humano.

Daí deveria a humanidade jactar-se pelos grandes êxitos logrados no decorrer de sua história, pois inegável é que os direitos e garantias fundamentais estão afixados nas mais variadas constituições do mundo, sendo o tema abordado no Título II da Lei Magna brasileira. Há, de fato, um verdadeiro descompasso entre a realidade concreta e a utopia legal. Para se corroborar tal afirmação, suficiente é que se experimente uma rápida passagem aos cárceres de qualquer grande ou média cidade brasileira e, concomitantemente, aviste-se o que está disposto no art. 5º, XLIX, de nossa Lei Maior, a saber: "é assegurado aos presos o direito à integridade física e moral".

Bem como, conforme estatuído no mesmo artigo, inciso XLVI da CF/88, que regula, as seguintes penas: privação de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. Não obstante isso, a reiterada execução das penas privativas de liberdade ultrapassam, em muito, a das demais.

Não podem os juízes aceitar a tendência à ociosidade, naturalmente imposta ao espírito humano. Ao revés, devem sempre investigar os fatos, observá-los e analisá-los, a fim de aplicarem as penas mais justas para o restabelecimento da capacidade social dos delinqüentes. Devem difundir o uso maior das penas de prestação social, pois estas dignificam o espírito do homem. E, como homens, não podem desprezar a responsabilidade que recai sobre seus ombros, para trazerem de volta, por meio de justas sanções, a harmonia interior da maior quantidade possível de delinqüentes.

Devem estes, pois, achar em cada dissidente da ordem jurídica, através, principalmente, da aplicação de punições sob forma de serviços comunitários, o estímulo para a consecução do fim precípua do Estado: o bem-comum.

Entretanto, os índices de reincidência criminal posteriormente delimitados revelam claramente o fracasso e insucesso das penas privativas de liberdade que trazem efeitos tão profundos e marcantes na vida do detento. A obrigatoriedade de convivência permanente com os demais indivíduos, que nem sempre são tão cordiais e amigos, gera um clima de angústia e inquietação que proporciona o aumento significativo de tensão, violência e revolta dentro da instituição reabilitadora.

Diante da análise, uma das soluções pode ser facilmente encontrada em nossa legislação penal, trata-se da Lei nº 9.714/1998 que modificou o Código Penal no tocante as "penas restritivas de direitos", nos seus respectivos artigos 43, 44, 45,

46, 47, 55 e 77, aplicando-as as Penas Alternativas.

Contudo, no decorrer do trabalho analisar-se-á os aspectos em relação ao tema supracitado, desde a realidade das prisões brasileiras, índices de reincidência dos apenados até a aplicação dos artigos acima discriminados.

2. A PENA

Para melhor compreender as nuances do tema central, é necessário discutir alguns conceitos básicos como direito penal, função social do direito penal e política criminal em uma sociedade organizada. O direito penal e as leis fragmentadas protegem apenas os ativos mais relevantes da sociedade, como a vida, a segurança pessoal e a propriedade. Sua função é suprimir violações de ativos legais protegidos. Por outro lado, a política criminal estuda os crimes e suas formas de combatê-los, buscando coibir e prevenir novos crimes.

No entendimento do autor Julio Fabbrini Mirabete, o qual afirma 10 sobre a função principal da positivação, e esclarecer comportamentos refeedados pela coletividade ao conceder a toda conduta ou falha a definição de uma sanção e concebendo com que os sujeitos não pratiquem crimes. Desta maneira, procura acautelar atitudes inconvenientes a sociedade e caso aconteça, seja reprimida, o qual aduz: —A função principal da positivação é prever as condutas que são reprimidas pelo corpo social, dando a cada ação ou omissão determinada penalidade, e fazendo com que possíveis indivíduos não cometam delitosll. (Júlio, 2015 p.57).

Dessa forma, visa prevenir comportamentos incompatíveis com a sociedade e puni-los quando ocorrerem. A política criminal é o conhecimento detalhado, que engloba os possíveis bens jurídicos protegidos por criminosos e os bens que podem ser protegidos por outros ramos do direito.

Várias teorias se formaram, dentre elas, a retribucionista, na qual a finalidade da pena é o castigo, ou seja, o pagamento do mal praticado, e que para Escola Clássica, que considerava o crime um ente jurídico, a pena era retributiva, não havendo qualquer preocupação com a pessoa do delinqüente, já que a sanção se destinava a restabelecer a ordem pública alterada pelo delito. Já para a teoria utilitária, dava-se à pena um fim exclusivamente prático, pois para a Escola Positiva, a pena não era mais um castigo, mas uma oportunidade para ressocializar o criminoso, e a segregação deste era um imperativo de proteção à sociedade, tendo em vista sua periculosidade. Para as teorias mistas, a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu escopo moral, mas sua finalidade não simplesmente prevenção, mas um misto de educação e correção.

Embora o pensamento dominante se funde sobre a ressocialização, não podemos esquecer que o direito, o processo e a execução penal constituem apenas um meio para a reintegração social, logicamente indispensável, mas nem por isso de

maior alcance, porque a melhor defesa da sociedade se obtém pela política social do Estado e pela ajuda pessoal. A finalidade da pena como medida de integração social do condenado tem sido contestada pela Criminologia Crítica, que acredita que a criminalidade é um fenômeno social "normal" de toda estrutura social, sendo até útil ao desenvolvimento sócio-cultural, e não estado patológico social ou individual.

Na lei da Idade Média, os atos criminosos se cruzam por meio de choques, resultando nas mais terríveis sanções. Os indivíduos morrem nas praças públicas das formas mais sanguinárias, como fogueiras, afogamentos e enforcamentos, com o objetivo de intimidar toda a sociedade. As penalidades são baseadas nas condições sociais do infrator. Diante desse comportamento bárbaro, destaca-se um trecho de uma obra clássica, relatando o sofrimento de seus compatriotas sem senso de justiça. O doutrinador Foucault acrescentou:

Danmies fora condenado, a 2 de março de 1757 [...] na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barriga das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinza, e suas cinzas lançadas ao vento.(nucci 1987, p. 7).

Diante desses fatos bárbaros, bárbaros e bárbaros, isso prova que existem princípios e salvaguardas para fazer cumprir a pena, pois em uma sociedade brutal e violenta, deve haver regras que limitem o poder de punição do Estado e atribuam importância às sanções retaliatórias. O réu educa e socializa. Desta forma, violou o princípio cruel de que toda a dor foi colocada no réu na época, e serviu de exemplo para os outros.

A tendência moderna é a de que a execução da pena deve estar programada de molde a corresponder à idéia de humanizar, além de punir. Deve afastar-se a pretensão de reduzir o cumprimento da pena a um processo de transformação científica do criminoso em "não criminoso". Nem por isso, deve deixar-se de visar à educação do condenado, criando-se condições por meio das quais possa, em liberdade, resolver os conflitos próprios da vida social, sem recorrer ao caminho do delito.

A população, assustada pela escalada da criminalidade violenta, clama por

leis penais e processuais penais mais rigorosas, não sendo raras as reivindicações de introdução da pena de morte (que, em termos constitucionais, não pode ser sequer objeto do poder de emenda, pois se trata de cláusula pétrea).

Uma posição à parte ocupa a polícia preventiva e a polícia judiciária, as quais, na apuração dos crimes, usam por vezes métodos condenáveis, que vulneram a Constituição.

O conflito entre a posição dos especialistas e a pressão popular, alimentada por uma imprensa alarmista e sensacionalista, o legislador brasileiro, principalmente a partir de 1990, preferiu dar satisfação à sociedade civil, tendo produzido leis penais e processuais penais extremamente rigorosas, frequentemente desarmônicas, numa linha páleo-repressiva de políticas criminais duras, tendo por base o mito da eficiência da repressão, tudo mediante a criação de tipos penais novos, a agravação das penas, a redução das garantias processuais.

Os resultados dessa política criminal repressiva em nada contribuíram para diminuir a escalada do crime violento e organizado, até porque a gravíssima situação carcerária em que o País se debate, com 150.000 presos para 75.000 vagas, sequer possibilita o recolhimento à prisão de todos os condenados, havendo, no país, cerca de 300.000 Mandados de Prisão a serem cumpridos.

Em função destas constatações acima referidas, percebe-se uma tendência dos sistemas penais modernos no sentido de incorporar providências outras que não aquelas restritas à privação da liberdade.

De acordo com Americano:

Em atenção às considerações de que a pena existe porque é indispensável à resposta do Estado à violação dos princípios básicos da convivência humana e que é indispensável a recuperação dos criminosos, pelo menos sempre desejável, os Códigos Penais modernos, têm procurado acrescentar ao rol das medidas punitivas outras providências que indicam a repugnância do Estado à privação de liberdade, sem os inconvenientes do afastamento total do criminoso do meio social em que vive.

Portanto, se faz importante medidas alternativas a fim de ressocialização dos envolvidos em crimes de menor gravidade e com autores não reincidentes.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA DE PRISÃO

O homem primitivo para sobreviver às adversidades da natureza, para conquistá-la e para sobrepor-se às demais espécies de vida existentes, os animais de grande porte e grande ferocidade, sentiu, desde o limiar de sua existência, a necessidade imperativa de associar-se a seus iguais. Tinha início a sociedade.

Agrupado, sentiu o homem a inafastável necessidade de criar normas procedimentais de conduta individual e coletiva a fim de permitir a convivência grupal, necessária à sobrevivência de todos e de cada qual.

Surgia o direito, como norma de conduta para preservação dessa sociedade rudimentar, de seus valores éticos e morais. O direito e a sua aplicação jurisdicional são os instrumentos de preservação das sociedades e dos estados. Sem esses instrumentos eles não existiriam. Inexistiria a própria vida humana.

De remota origem, nascida com caráter aflitivo, com maior ou menor grau de aceitação (*malum propter malum*), como instrumento de expiação e castigo, foi ao longo dos tempos, de par com a evolução das sociedades, com o desenvolvimento cultural e social dos homens, ganhando caráter de ressocialização do apenado, como instrumento de sua reintegração social sadia.

O confinamento prisional do infrator perde o caráter da punição para transformar a pena num instrumento de recuperação do homem ao convívio social. Daí, o homem vem tentando desde os tempos mais remotos garantir a ordem da vida social e para isso utiliza-se das sanções. As sanções são a maneira encontrada para coibir a desobediência às normas impostas pela sociedade. Entre essas regras merece destaque as jurídicas, pois a desobediência a elas sempre foi responsável pelas sanções mais rigorosas e por isso mesmo chamadas de penas, palavras que no seu sentido original tem o sentido de dor, aflição e lástima.

Passando a prisão passa a ser um meio para atingimento do fim colimado. Não perde ela de todo, até por conseqüência lógica, o seu caráter aflitivo e expiatório, pela segregação e confinamento forçados, mas pode funcionar, quando bem administrada por uma política criminal correta, como eficaz instrumento de desencorajamento psicológico da reiteração da prática infracional.

Não basta, entretanto, só caráter aflitivo. A pena pela pena. A segregação como castigo. É preciso que essa segregação seja também etapa, instrumento de uma política criminal que tenha por desiderato a recuperação do apenado, a sua ressocialização, a sua reintegração ao convívio da sociedade, da qual foi retirado, como se retira de uma cesta

uma fruta podre para que não apodreça as demais.

2.1.1 Na Antiguidade

A Antiguidade desconheceu totalmente a privação de liberdade, estritamente considerada sanção penal. Mesmo havendo o encarceramento de delinqüentes, esta não tinha caráter de pena, e sim de preservar os réus até seu julgamento ou execução. Recorria-se à pena de morte, às penas corporais e às infamantes.

À época os criminosos nunca tiveram direitos de espécie alguma, eram tratados sem misericórdia. Ladrões recebiam marcas de ferro em brasa em parte visível do corpo, para ficarem conhecidos por toda sociedade; os que caluniavam, difamavam ou injuriavam, tinham suas línguas cortadas; mulheres adúlteras eram mortas a pedradas, ora afogadas (registram algumas crônicas que em algumas regiões da China a condenação consistia em mutilações paulatinas: o carrasco tinha que cortá-las em 200, 300, 500 e até mil pedaços; um dia cortava um pedaço dum dedo, no outro um dedo, a seguir outro dedo, e assim sucessivamente por meses a fio).

Esquartejamentos, mutilações, olhos arrancados, torturas terríveis, mortes na fogueira, na roda, desterro; condenações às galés (o condenado ficava remando durante anos e quase sempre morria antes de cumprir o tempo da pena); ocasionalmente atirava-se o condenado às feras; muitos foram enterrados vivos.

Durante vários séculos a prisão serviu de contenção nas civilizações mais antigas (Egito, Pérsia, Babilônia, Grécia etc.), a sua finalidade era a de lugar de custódia e tortura.

A primeira instituição penal na antiguidade, foi o Hospício de San Michel, em Roma, a qual era destinada primeiramente a encarcerar *meninos incorrigíveis*, entretanto, era denominada Casa de Correção. Os lugares onde se mantinham os acusados até a celebração do julgamento eram diversos, já que não existia ainda uma arquitetura penitenciária própria. Utilizavam-se de calabouços, aposentos em ruínas ou insalubres castelos, torres, conventos abandonados, entre outros.

O direito era exercido através do Código de Hamurabi, diante o princípio de Talião, que ditava: “olho por olho, dente por dente”, que tinha base religiosa e moral vingativa.

2.1.2 Idade Média

As sanções da Idade Média estavam submetidas ao arbítrio dos governantes, que as impunham em função do *status* social a que pertencia o réu. A imputação dos braços, a forca, a roda e a guilhotina constituem o espetáculo favorito das multidões desde o período histórico. Penas em que se promovia o espetáculo e a dor, como por exemplo, a que o condenado era arrastado, seu ventre aberto, as entranhas arrancadas às pressas para que tivesse tempo de vê-las sendo lançadas ao fogo. Passaram a uma execução penal, a um novo tipo de mecanismo punitivo.

Com o Império Bizantino, aglomerado étnico de até povos diferentes: civilização cristã, direito romano e cultura grega, com influência helenística, foi criado o *Corpus Iuris Civilis*, pelo Imperador Justiniano, visando restabelecer a ordem, com suas obras: Código, Digesto, Institutas e Novelas.

2.1.3 Idade Moderna

Durante os séculos XVI e XVII a pobreza se abate e estende-se por toda a Europa. E contribuíram para o aumento da criminalidade: os distúrbios religiosos, as guerras, as expedições militares, as devastações de países, a extensão dos núcleos urbanos, a crise das formas feudais e da economia agrícola.

Ante tanta delinquência, a pena de morte deixou de ser uma solução adequada. Já na metade do século XVI iniciou-se um movimento de grande transcendência no desenvolvimento das penas privativas de liberdade, criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados.

A suposta finalidade das instituições consistia na reforma dos delinquentes por meio do trabalho e da disciplina. Tinham objetivos relacionados com a prevenção geral, já que pretendia desestimular a outros da vadiagem e da ociosidade.

Antes das casas de correção propriamente ditas, surgem casas de trabalho na Inglaterra (1697) em Worcester e em Lublin (1707). Nessas casas, os prisioneiros estavam divididos em 4 classes: os explicitamente condenados ao confinamento solitário, os que cometeram faltas graves na prisão e a última aos bem conhecidos e velhos delinquentes.

A mais antiga arquitetura carcerária em 1596, foi a de Amsterdã, *Rasphuis*, para homens, que se destinava em princípio a mendigos e jovens malfeitores a penas leves e longas com trabalho obrigatório, vigilância contínua, exortações,

leituras espirituais. Historicamente, liga teoria a uma transformação pedagógica e espiritual dos indivíduos por um exercício contínuo, e as técnicas penitenciárias imaginadas no fim do século XVII, deu direcionamento às atuais instituições punitivas.

Em 1597 e 1600, criaram-se também em Amsterdã, *Spinhis*, para mulheres e uma seção especial para meninas adolescentes, respectivamente.

Enfim, com a evolução cultural e intelectual do homem, surgiu na tentativa de humanizar a pena, o conceito de pena com privação de liberdade e a segregação do criminoso, como medida de segurança da sociedade.

Ao longo dessa evolução, com a valorização dos direitos humanos e a conclusão de que cárcere muitas vezes torna-se uma punição desumana sem nenhum proveito para o réu, tampouco para a sociedade, fazendo surgir uma nova visão que leva em conta não só a punição do indivíduo, mas também a sua reeducação e readaptação à sociedade através do que se convencionou chamar de pena alternativa.

2.2 TEORIA DAS PENAS

A sistemática de penas alternativas reformula a concepção clássica da pena como medida eminentemente punitiva e introduz a idéia da pena como medida sócio-educativa.

O estudo da pena é feito por três grupos que compreendem as teorias absolutas, as relativas e as mistas. Na teoria absoluta, pune-se porque se cometeu um crime, é uma retribuição do Estado ao criminoso em vista do crime praticado por ele. Já a teoria relativa visa um fim utilitário, reeducativo e preventivo. "E, na teoria mista, existe um pouco de cada uma das outras teorias, tendo a pena índole retributiva, mas que também visa aos fins utilitários de reeducação do criminoso".¹

O entendimento, é o de que, com a evolução do Direito de Penal (Direito de Punir), há um princípio de humanização das penas, deixando de serem aplicadas penas mais severas, desnecessárias, desumanas, cruéis ou degradantes.

Esta insuficiência do sistema penal repressivo/punitivo deve-se a uma contradição em sua concepção e a finalidade da pena, como bem assevera Costa:

¹ JESUS, Damásio E. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 457.

Como já foi observado, há uma contradição entre o processo de encarceramento e a finalidade de recuperação do apenado. Edicutei em minha Criminologia que a sociedade fechada deforma a personalidade do condenado, alimenta a sua revolta, corrompe e avilta, pois as prisões possuem um tripé de vulnerabilidade sistêmica (superlotação, promiscuidade e ociosidade). “É indubitável que quanto mais tempo o apenado permanecer na fechada mais inapto estará para se reintegrar à sociedade aberta”.²

Em função destas constatações acima referidas, percebe-se uma tendência dos sistemas penais modernos no sentido de incorporar providências outras que não aquelas restritas à privação da liberdade.

De acordo com Americano:

Em atenção às considerações de que a pena existe porque é indispensável à resposta do Estado à violação dos princípios básicos da convivência humana e que é indispensável a recuperação dos criminosos, pelo menos sempre desejável, os Códigos Penais modernos, têm procurado acrescentar ao rol das medidas punitivas outras providências que indicam a repugnância do Estado à privação de liberdade, sem os inconvenientes do afastamento total do criminoso do meio social em que vive.³

Nesse sentido, ressaltada a necessidade de incorporar providências outras que não àquelas restritas à privação da liberdade.

2.3 DIREITO PENAL

A justiça criminal deve se modernizar para conseguir um controle razoável da criminalidade. Tendo vários meios e instrumentos político-criminais, que podem atender a resposta jurídica adequada para cada conduta desviada, resposta que ao mesmo tempo deve ser justa e útil, nota-se uma forte tendência metodológica para separar a "grande" da "pequena e média" criminalidade. Cabe ao ordenamento jurídico prever para espécie de criminalidade sanções não só quantitativa, como também qualitativa.

As penas privativas de liberdade devem ser compatíveis com o direito processual penal, cuja aplicação seria a delitos de alta reprovabilidade,

² COSTA, Álvaro Mayrink da. Curso de direito penal: parte geral. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 449-466.

³ AMERICANO, Odin I. do Brasil. Manual do direito penal. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 391.

especialmente a “criminalidade organizada”, cuja eficiência é cada vez maior no cometimento de crime doloso com violência ou grave ameaça contra a pessoa, crimes patrimoniais ou econômicos com grande repercussão socioeconômica e outros crimes com intenso dano social.

A “criminalidade organizada” tem como alvo pessoas com certo destaque social. O movimento político criminal, no que se refere à criminalidade “pequena e média”, deve aplicar o princípio da intervenção mínima, ou seja, evitar o excesso de intervenção no sistema legal, restringindo-se o mais possível à imposição de qualquer pena.

O sociólogo Loïc Wacquant assim se expressa sobre as prisões brasileiras:

O sistema penitenciário brasileiro acumula, com efeito, as taras das piores jaulas do Terceiro Mundo, mas levadas a uma escala digna do Primeiro Mundo por sua dimensão e pela indiferença estudada dos políticos e do público. [...] campos de concentração para pobres [...] depósito industrial de detritos sociais (WACQUANT, 2001, p. 11).

A assistência jurídica aos presos é precária ou inexistente, pois há déficit de profissionais na Defensoria Pública, principalmente nos locais mais afastados dos grandes centros. Os salários para os defensores públicos são baixos, visto que os advogados recebem por causa defendida e não um salário fixo, as condições de trabalho são precárias e o preso não tem o direito de escolher aquele que irá defendê-lo, sob o argumento de que não tem conhecimentos jurídicos suficientes para isso (SILVA; ESTEVES, 2019).

Além da falta de assistência jurídica, o preso brasileiro também carece de assistência social, pois na maioria dos presídios não existe a figura de profissional qualificado para orientá-lo quando é colocado em liberdade, necessitando conseguir emprego, regularizar sua documentação e voltar à vida social. Esse trabalho tem sido realizado geralmente por Igrejas e voluntários. No entanto, a LEP, em seu artigo 11, menciona que o preso tem direito à assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, as duas primeiras para garantir a sua sobrevivência e as outras para proporcionarem a ressocialização (SOUSA, 2018).

Devido à pobreza e à situação de exclusão social, a população negra e mestiça (pardos) é a que mais está encarcerada no Brasil, como se a cor da pele fosse um atestado de criminalidade certa ou provável. Quase 46 mil mulheres cumpriam pena privativa de liberdade em 2016. Cerca de 75% dos presos possuíam

apenas o Ensino Fundamental (BRASIL, 2017).

O registro da cor da pele pelo escrivão da Polícia Civil só tem sentido se a cor tiver significado em um sistema de ideologias raciais, onde:

[...] o negro ocupa posição nitidamente aproximada à ocupada pelo escravo de antes, marcada pela marginalização, pela indiferença, pela subinclusão. A diferença é que agora essa violência é institucionalizada, autorizada por um Estado negligente e que fundamenta na sua negligência o discurso da ordem e do progresso. O sistema de Justiça criminal é seletivo, portanto, o sistema penitenciário apenas corrobora com tal circunstância (WANDERLEY, 2018, p. 5).

O artigo 41 da LEP estabelece os direitos do preso no sistema carcerário, com destaque para alguns como trabalho remunerado, com tempo proporcional para descanso e recreação, proteção contra qualquer forma de sensacionalismo, chamamento pelo nome, igualdade de tratamento, representação e petição às autoridades e contato com o meio exterior (BRASIL, 1984).

O modelo político-criminal brasileiro teve sua época páleo-repressiva com o advento da Lei dos crimes hediondos e depois a Lei de combate ao crime organizado, tendo como escopo, o endurecimento das penas, cortes de direitos e garantias fundamentais e o agravamento da Execução Penal.

A ineficácia do sistema que privilegia a aplicação da pena privativa de liberdade para combater ou prevenir a criminalidade é fato comprovado, atestado pelos altos índices de criminalidade e de reincidência que se verifica por toda parte.

Aliado à insuficiência de estabelecimentos prisionais existentes e às dificuldades encontradas pelo Estado em construí-lo e equipá-los, bem como a impossibilidade de promover a recuperação social dos condenados pela ausência de qualquer tratamento durante a execução da pena, motivar a busca de medidas alternativas para as penas de prisão como uma tendência irreversível no moderno direito penal, que se diversifica nos vários países e sistemas legais em inúmeras possibilidades que se destinam a solucionar o desprestígio da repercussão penal provocada pela falência da pena privativa de liberdade como pena principal.

As penas alternativas ou substitutos penais aplicam-se sobretudo às infrações sujeitas a penas de curta duração, no mesmo tempo que se defende a aplicação da pena privativa de liberdade limitada apenas aos delitos mais graves, destinadas a

retirar do convívio social os indivíduos mais perigosos.

3 AS PENAS ALTERNATIVAS

3.1 DEFINIÇÃO

A pena alternativa é mais um instrumento de Direito Penal, com função de correção para o cidadão que cometeu pequena infração. É uma punição, que não segue as formas convencionais, mas um novo método com um teor punitivo-educativo em sua estrutura de aplicação.

A pena alternativa se caracteriza pela busca (desesperada e urgente) de um instrumental prático-teórico destinado a profissionais que ambicionam colocar seu saber-atuação na perspectiva de uma sociedade radicalmente democrática.

Segundo Amilton B. de Carvalho, Desembargador do Rio Grande do Sul, a pena alternativa é:

Uma atividade comprometida com a utopia da vida digna para todos, com abertura de espaços visando à emancipação do cidadão, tornando o direito em instrumento de defesa/libertação contra qualquer tipo de dominação. Envolvendo, pois, o saber dos humanistas dialéticos, sociólogos, antropólogos do Direito, e principalmente, dos juristas vinculados à teologia da libertação.⁴

Visa estabelecer a distância necessária entre o pequeno e o grande infrator, evitando existir nesse convívio uma verdadeira escola do crime.

A pena alternativa é, também, um fator importante de redução do preconceito, já arraigado na sociedade para com os egressos de uma penitenciária.

⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de. Direito alternativo em movimento. 3. ed. Niterói: Luam, 1999. p. 78.

3.2 ANTECEDENTES

A pena alternativa é, hoje, um tema muito discutido e apreciado nos meios acadêmicos e fora deles como sabemos, mas se observarmos a História veremos que a pena alternativa esteve presente em várias partes da História da humanidade; tem-se de certa forma utilizado desde que as sanções passaram a ser um meio de controle e manutenção da sociedade.

Pode-se encontrar a pena alternativa em vários períodos da História. Porém, dois exemplos da aplicação da pena alternativa em épocas diferentes, as quais, pode nos demonstrar mais claramente a sua existência:

Sócrates, importante filósofo grego, que viveu em Atenas no período de 470-399 a.C. foi, no ano de 399 a.C., condenado à morte por corromper a juventude, mas a Sócrates foi dada a opção de escapar da pena capital se esse concordasse em viver fora de Atenas, opção por ele recusada.

Galileu, físico italiano que viveu de 1.564 a 1.642 d.C., também foi condenado à morte por contestar os dogmas da Igreja Católica, mas para escapar da pena foi dada a Galileu a opção de negar todo o seu estudo e viver isolado em um castelo até o fim de seus dias.⁵

Segundo Cezar Roberto Bitencourt que a Rússia foi a pioneira em penas alternativas, inaugurando, em sua legislação de 1926, a prestação de serviços à comunidade, prevista nos arts. 20 e 30 do Código Penal Soviético. Mais tarde o diploma penal russo (1960) criou a pena de trabalhos correccionais, sem privação de liberdade, que deveria ser cumprido no distrito do domicílio do condenado, sob a vigilância do órgão encarregado da execução da pena, sendo que o tempo correspondente não poderia ser computado para promoções ou férias. Fora da Europa Continental, a Inglaterra introduziu a “prisão de fim de semana”, mediante o *Criminal Justice Act*, em 1948, e a Alemanha fez o mesmo com uma lei de 1953, somente para infratores menores. Em 1963, a Bélgica adotou o arresto de fim de semana, para penas detentivas inferiores a um mês. Em 1967, o Principado de Mônaco adotou uma forma de “execução fracionada” da pena privativa de liberdade, um pouco parecida com o arresto de fim de semana, sendo que as frações consistiam em detenções semanais⁶.

O centro de preocupações criminológicas voltou-se para um novo sistema de penas. Damásio E. de Jesus informa que as Nações Unidas não estiveram alheias

⁵ HERKENOFF, João Batista. **Crime**: tratamento sem prisão. São Paulo: Vozes, 1997, p. 135.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Limitação de fim de semana: uma alternativa inviável no Brasil. Revista dos Tribunais, v. 82, n. 693, p. 397-308, jul. 1993.

ao problema. No 9º Congresso da ONU sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, realizado no Cairo (abril/maio de 1995), como nos congressos anteriores (Gênova, 1955; Londres, 1960; Kioto, 1970; Estocolmo, 1975; Gênova, 1975; Caracas, 1980; Milão, 1985; e Havana, 1990), recomendou-se a utilização da pena detentiva em último caso, somente nas hipóteses de crimes graves e de condenados de intensa periculosidade; para outros delitos e criminosos de menor intensidade deliçüencial, medidas e penas alternativas. As Resoluções n. 8 e 10 do 6º Congresso da ONU (Caracas, 1980), em caráter prioritário, encareceram a urgência dessas medidas. “E a Resolução n. 1/83, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, recomendou a aplicação daquelas duas Resoluções”⁷.

Hodiernamente, procura-se fazer uma distinção entre criminalidade mínima, média e máxima, sob o ângulo da periculosidade que ela representa. A tendência, como se fez no Brasil é limitar a prisão à criminalidade máxima, cujo convívio social torna-se insuportável.

A substituição da sanção detentiva por outras tem por alvo os criminosos de nível mínimo ou médio. Procura-se atingir um bem valorizado, sendo sua supressão o conteúdo de sacrifício imposto e que acaba por realizar o sentido preventivo, a coação psicológica.

A multa, que encontra suas raízes nos tempos remotos da *compositio*, que visava evitar a pena de morte e a supressão do número de guerreiros, sempre constituiu-se numa resposta de eficácia duvidosa. A desigualdade que engendra relega às prisões as pessoas pobres, que, afora isso, ainda são a clientela das ações policiais. Aqui pode-se incluir a reparação do dano como resposta penal.

A prestação de serviços também é antiga. As galés levavam os criminosos, que, como mão-de-obra gratuita, viabilizavam as conquistas territoriais. O serviço forçado também é conhecido.

No entanto, na atualidade concretizou-se a imposição de prestação de serviços à comunidade, sem a conotação de peso e dor que quase transformava tal sanção em pena corporal. As interdições de direito ganharam espaço, limitando-se atividades por meio das quais se chegou ao crime. Limitações à liberdade, em finais de semana, ou prisão domiciliar são cogitadas.

Enfim, procura-se descobrir alternativas à prisão, mas que não gerem o

⁷ JESUS, Damásio E. de. Lei dos juizados especiais criminais anotada. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 7.

sentimento de impunidade.

3.3 EXECUÇÃO DAS PENAS NO BRASIL

Em meados dos anos 50, o Direito Penal tinha uma feição tutelar, fragmentária e de intervenção mínima. A norma penal incriminadora visava a proteger os bens jurídicos fundamentais da sociedade. Não de forma absoluta, resguardava somente os bens considerados os mais relevantes, como a vida, a incolumidade física, a honra, entre outros. “E em relação aos interesses mais importantes, não os amparava de todas as condutas ofensivas, incriminando exclusivamente as de maior gravidade”⁸.

No final do século passado, a introdução de um novo Direito Penal brasileiro, excessivamente intervencionista e preventivo, com fundamento na infusão do medo na população e na sugestão da suposta garantia da tranquilidade social, diante da difusão incontrolada de fatos aterradores, como latrocínios, estupros, homicídios, chacinas, etc., produzindo na população uma sensação de total insegurança na sociedade⁹.

Atualmente, o Direito Penal descreve normas incriminadoras relacionadas a um sem-número de setores da atividade humana, pouco importando a natureza do fato. Atribuindo-lhe a tarefa de disciplinar os conflitos antes mesmo de serem regulamentados pelas disciplinas próprias dessas áreas, perdendo o caráter de intervenção mínima e última, adquirindo natureza de um conjunto de normas de atuação primária e imediata, passando a ser considerada pelo legislador como indispensável para a solução de todos os conflitos sociais.

Damásio E. de Jesus, afirma que:

Essa nova fisionomia da legislação criminal brasileira produz efeitos negativos. A natureza simbólica e promocional das normas penais incriminadoras, num primeiro plano, transforma o Direito Penal na mão avançada de correntes extremistas de Política Criminal. É o que está acontecendo no Brasil, onde movimentos de opinião partidária do princípio de lei e ordem pressionam o Congresso a elaborar leis penais cada vez mais severas. Sob outro aspecto, esse movimento faz com que o Direito Penal e o Direto Processual Penal percam a forma. Quanto ao estatuto penal, os tipos passam a ser descritos

⁸ JESUS, Damásio E. de. Sistema penal brasileiro: execução das penas no Brasil. Revista Consulex. Brasília: Consulex, ano I, n. 1, p. 17-20, jan. 1997.

⁹ Ibid.

com a inclusão de normas elásticas e genéricas, enfraquecendo os princípios da legalidade e da tipicidade. Entram em vigor, na mesma data de sua publicação, leis a granel, umas sobre outras, malfeitas, sem técnica, formando um emaranhado confuso e contraditório. No campo do processo penal, encurta-se a distância entre a investigação e o procedimento instrutório, desaparecendo o limite entre as fases investigatória e judícia.¹⁰

Segundo o autor, a execução da pena criminal segundo os princípios de lei e ordem, é de extrema severidade. Como vê-se na Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90), em seu artigo 3º, bem como, na Lei do Crime Organizado (9.034/95).

Separando a sociedade em dois grupos: o primeiro, composto de pessoas de bem, merecedoras de proteção legal; o segundo, de homens maus, os delinqüentes, aos quais se endereça toda a rudeza e severidade da lei penal. Cristalizou-se o pensamento de que o Direito Penal pode resolver todos os males que afligem os homens bons, exigindo-se a definição de novos delitos e o agravamento das penas cominadas aos já descritos, tendo como destinatários os homens maus (criminosos).

Para tanto, os meios de comunicação tiveram grande influência, dando enorme valor aos delitos de maior gravidade. A população passou a crer que a qualquer momento o cidadão poderia ser vítima de um ataque criminoso, gerando a idéia da urgente necessidade da agravação das penas e da definição de novos tipos penais, garantindo-lhe a tranqüilidade.

Enfrenta-se a falsa crença de que somente se reduz a criminalidade com a definição de novos tipos penais, o agravamento das penas já cominadas, a supressão de garantias do acusado durante o processo e a acentuação da severidade da execução das sanções. Sendo de pouca aplicação as penas alternativas, de modo que se encontra cumprindo pena privativa de liberdade, muitas vezes sem separação celular, infratores de intensa periculosidade e condenados que poderiam estar submetidos a medidas sancionatórias não-detentivas.¹¹

O Direito Penal brasileiro se apresenta em péssimas condições, além de não conseguir baixar a criminalidade a índices razoáveis, gerou a sensação popular da impunidade, a morosidade da justiça criminal e o grave problema penitenciário.

O Processo Penal, que o executa, segue-lhe o passo: confuso e

¹⁰ JESUS, op. cit., p. 17.

¹¹ JESUS, op. cit.

casuísta, não é aplicado de modo a tornar célere a resposta penal. O resultado é uma descrença total na Justiça: esta não funciona e, quando o faz morosamente, tropeça na falta de recursos, mau pagamento de seus funcionários, [...].¹²

A pena privativa de liberdade, como sanção principal e de aplicação genérica, está falida, conforme será demonstrado no continuar deste trabalho. Urge que a prisão seja imposta somente em relação aos crimes graves e aos delinquentes de intensa periculosidade. Nos outros casos, deve ser substituída pelas medidas e penas alternativas e restritivas de direitos, como multa, prestação de serviço à comunidade, limitação de fim de semana, interdições de direitos, *sursis*, etc. A aplicação irrestrita da pena de prisão e seu agravamento, como vem acontecendo no Brasil, não reduzem a criminalidade.

Segundo Damásio E. de Jesus, no 9º Congresso da ONU sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquent, realizado no Cairo em de 1995, recomendou a utilização da pena detentiva em último caso, somente nas hipóteses de crimes graves e de condenados de intensa periculosidade; para outros delitos e criminosos de menor intensidade delinqüencial, medidas e penas alternativas. Verificou-se que a reincidência é maior em relação aos condenados que cumpriram pena privativa de liberdade e menor, no tocante aos submetidos a medidas alternativas, como o *sursis* e a *probation*, ou a penas substitutivas ou alternativas, como a prestação de serviço à comunidade, que tem a preferência da comunidade mundial.¹³

É, pois, crença errônea, arraigada na consciência do povo brasileiro, a de que somente a prisão configura a resposta penal. A pena privativa de liberdade, quando aplicada genericamente a crimes graves e leves, só intensifica o drama carcerário e não reduz a criminalidade. Por isso, como diz Raul Eugênio Zaffaroni, a saber: “Devemos estar convencidos de que a pena privativa de liberdade é o recurso extremo com que conta o Estado para defender seus habitantes das condutas antijurídicas de outros”.¹⁴

Todavia, como foi verificado no 9º Congresso da ONU, é bom que se esclareça que esta forma alternativa não significa deixar sem punição os criminosos,

¹² Ibid., p. 18.

¹³ JESUS, op. e loc. cit.

¹⁴ ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Político criminal latino-americana*. Buenos Aires: Editorial Hamurabi, 1982 apud JESUS, op. e loc. cit.

mas sim, aplicar-lhes penas condizentes com a gravidade de seus crimes. Também, não se pretende deixar os criminosos fora das prisões pelo simples fato de não existirem dependências nos presídios. O que se quer, na realidade, é que sejam aplicadas as determinações legais já existentes na legislação penal.

Daí, o porque dos sistemas penitenciários mundial e o brasileiro em especial estarem sob fogo cerrado da crítica. Acusações generalizadas de sua falência são postas em relevo na imprensa com inusitada freqüência. Mudanças são pedidas, via de regra pela solução equivocada da exasperação das penas, como se isso, por si só, tivesse o condão mágico de resolver o gravíssimo problema do incremento assustador da violência, máxime a urbana.

Parte considerável da crítica responsabiliza o sistema penitenciário Pátrio como o grande vilão, o grande ofensor desse ideal de segurança pública, levado aos primeiros lugares nas pesquisas como desejo da população. Nessa esteira, é pedida não só a exasperação das penas dos delitos, mas também a reforma da Lei de Execuções Penais e até cresce o chamar pela pena de morte. Avolumando-se os seus defensores.

Que o sistema prisional brasileiro é deficiente, mais que isso é perverso, ineficaz, verdadeira fábrica de criminosos, universidade do crime, não temos dúvida em concordar. Será, entretanto, que esse sistema está em conformidade com a Lei de Execuções Penais? Será que é preciso mudar a lei ou apenas aplicá-la correta e integralmente?

Uma leitura atenta nos artigos da Lei nº 7.210/84 revelará, com surpreendente clareza, que ela simplesmente ainda não foi aplicada em sua inteireza no sistema prisional brasileiro. Cumpre observar que os estabelecimentos penais, à luz da lei regente, são de seis espécies:

- 1) a Penitenciária, destinada ao condenado à pena de reclusão, cumprida em regime fechado;
- 2) a Colônia Agrícola, Industrial ou similar, reservada para o cumprimento de pena de reclusão ou detenção em regime semi-aberto;
- 3) a Casa do Albergado, para acolher os condenados à pena privativa da liberdade em regime aberto, e bem assim aos condenados à pena limitada aos fins de semana;
- 4) o Centro de Observação, para realização de exames gerais e criminológicos dos apenados;

5) o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, que se destina aos apenados portadores de doenças mentais, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado e aos que apresentem perturbações das faculdades mentais; e

6) a Cadeia Pública, normalmente instaladas nas delegacias de polícia judiciária.

A lei é eficiente. Estabelece a classificação dos presos, observados os seus antecedentes e personalidades, como instrumento de individualização da execução penal, medida de extrema importância para o objetivo da ressocialização.

Determina a realização do exame criminológico para igual classificação prisional, com o mesmo propósito. Determina a assistência material, a assistência à saúde, a assistência jurídica, educacional, social e religiosa do preso. Garante-lhe, como forma de dignidade humana, o direito ao trabalho remunerado, estabelecendo, desde logo, a destinação da receita como meio de indenização aos danos causados à vítima do delito, desde que determinado na sentença condenatória a assistência familiar do apenado, às suas despesas pessoais e ao ressarcimento do Estado, estabelecendo que os saldos porventura existentes serão depositados, por constituição de pecúlio, em caderneta de poupança em nome do preso, como forma de facilitar o seu retorno à sociedade. Fixa normas de assistência ao regresso, enfim, contém os elementos necessários e fundamentais para a ressocialização. Estabelece as progressões da pena, que vão do regime fechado ao aberto, passando necessariamente pelo semi-aberto, desde que cumprido 1/6 da pena e tenha o preso bom comportamento e condições psicológicas indicativas da recuperação.

Para evitar o problema gravíssimo da superlotação carcerária, a lei confere competência ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária para determinar o limite máximo de capacidade do estabelecimento prisional, de conformidade com a sua natureza e peculiaridades (art. 85, parágrafo único da Lei 7.210 de 11/07/1984).

Exatamente no problema da superlotação reside o impedimento maior e mais complexo da adoção dessa boa política penitenciária da Lei 7.210/84, que se conforme com ela e com seus objetivos. O ideal teórico da lei neste particular não encontra ressonância na realidade, porque significaria a necessidade de novos e muitos presídios, de custo financeiro e manutenção fora do alcance dos estados-membros.

Sabidamente afirma o Desembargador do TRF – 2º Região, Ney Moreira da

Fonseca, que:

Todos sabemos que um dos mais graves problemas do país, que exige solução corajosa, urgente e global é o chamado fenômeno da conurbação, isto é, da exagerada concentração populacional urbana. As regiões metropolitanas do país concentram mais de 80% da população brasileira. No Rio essa concentração é ainda maior, o que torna difícil, quando não frustra, todos os planejamentos urbanos e seus serviços públicos de transporte de passageiros, de energia, de gás, de telecomunicações, [...].¹⁵

Depois de brilhante explanação de motivos, as causas são conhecidas. É urgente e fundamental que se estanque e reverta esse ciclo migratório do interior para a cidade, sob pena de riscos seríssimos de toda ordem, inclusive os da segurança pública.

A lei de execuções penais faculta ao juiz da execução determinar o cumprimento da pena em comarca diferente daquela em que se deu a condenação em seu artigo 86. É, entretanto, uma simples faculdade, que não é usada na prática, vez que a regra é a da competência jurisdicional, isto é, que o apenado cumpra a pena no local da prática do crime. Em situações excepcionais, no interesse da segurança pública e do próprio condenado, pode dar-se o cumprimento da pena, em especial as superiores a 15 anos, a serem cumpridas em regime fechado, em locais diversos do da condenação. Não é o que se vê, entretanto, sobretudo em razão direta da jurisdição descentralizada do sistema penitenciário que não obriga um determinado governo estadual de receber preso condenado por outro estado.

Para o atingimento desse desiderato é preciso que seja transferido para a União Federal o controle da política penitenciária, atualmente confiada aos estados-membros, para por fim a descentralização jurisdicional. Pois, poderia então determinar a União Federal que as penas fossem cumpridas onde o condenado tivesse a base de sua família, seja qual for a sua quantidade e o regime de cumprimento. Lá ele teria melhor assistência familiar, que é um dos pilares da ressocialização. Consciente dessa nova regra, as pessoas teriam um freio inibitório maior na perpetração do crime, pelo juízo de censura que ele teria no local onde nasceu, cresceu e está situada a sua base familiar. Seria, sem dúvida, uma fonte importante de inibição da prática infracional, além de fator de redução da superlotação das prisões, atualmente concentradas nos grandes centros urbanos.

¹⁵ Ney Moreira da Fonseca apud JESUS, op. cit., p. 19.

Reafirma o eminente Desembargador acima mencionado, que:

Com a mudança da lei, em vez de ser uma opção do juiz, nunca utilizada pelas complicações imagináveis em matéria de competência e de jurisdição, seria uma determinação legal. Mas não é só. Com essa alteração estrutural e institucional, poderia o sistema penitenciário funcionar de conformidade com os parâmetros da Lei 7.210/84: com seleção dos criminosos, segundo seus antecedentes e personalidade, objetivando a individualização da execução penal, como terapia de ressocialização, a oferta de trabalho, de acordo com a formação profissional do preso, a adoção de treinamento profissional, formação cultural, moral, religiosa, enfim, a efetiva prática de uma política prisional, como consta da prefalada lei e não aplicada... Não se pode, rigorosamente, obter-se qualquer tipo de resultado eficiente em matéria de ressocialização, numa penitenciária com mais de mil presos. É um verdadeiro absurdo [...]. O ideal seria que os presídios fossem constituídos de pequenos núcleos, com no máximo 100 presos. Poderiam ser até construídos em círculos, com uma área central comum para instalação de oficinas, parques de trabalho, v.g., oficinas de carpintaria, marcenaria, sapataria, alfaiataria, mecânica, pintura, borracharia, lanternagem e eletricidade de automóveis, em suma, todo um centro de atividade profissional. Terminada a jornada de trabalho diária de oito horas retornariam os presos a seus presídios, todos próximos. Ter-se-ia economia de escala, com redução de custos. O produto desse trabalho seria colocado no mercado e, principalmente, seria destinado às necessidades do serviço público dos três níveis (federal, estadual e municipal), obrigatoriamente.¹⁶

A lei vigente, com inquestionável acerto, já autoriza a aquisição direta desses produtos pela administração pública, direta ou indireta, sem necessidade de licitação.

Assim, por exemplo, dessas oficinas sairiam os móveis das escolas públicas, das universidades públicas. Sairiam os calçados e os uniformes dos militares e das Polícias Militar e do Corpo de Bombeiros. Nelas seriam consertados e mantidos os veículos do Estado, empregados no serviço público, todos, de todas as categorias, inclusive as ambulâncias. Eliminados estariam, por via reflexa, focos de corrupção administrativa, infelizmente comuns nas contratações desses serviços com particulares. Estar-se-ia garantindo mercado para o trabalho dos presos, redução de custos para o Estado na manutenção do sistema prisional e, sobretudo, garantindo-se trabalho para o preso, instrumento inafastável para sua recuperação, fortalecimento de sua dignidade e forma ágil e prática de sua reintegração social. E o que é importante, providências absolutamente factíveis e de adoção simples.

¹⁶ Ney Moreira da Fonseca apud JESUS, op. cit., p. 20.

O trabalho, antes mesmo de ser dever, é direito do preso. Fator de dignidade pessoal inarredável e insubstituível. Não é só direito, mas também dever, obrigação, porque o direito, exceto o indisponível, é renunciável e o trabalho para o preso não o é e nem deveria ser para todos os demais cidadãos. É um dever diretamente ligado à sua dignidade, à sua auto-estima. É um dever que ele tem com a sociedade e com sua ressocialização.

3.4 O DIREITO ALTERNATIVO E A MAGISTRATURA

O ordenamento jurídico é estático, enquanto a vida passa por inúmeras transformações, ocorrendo muitas vezes um desencontro entre as normas vigentes e a realidade atual, cabendo ao intérprete fazer o ajuste entre o ajuste entre esta e o fato novo.

O verdadeiro profissional do direito não é um mero reproduzidor de fórmulas feitas, atrelado às técnicas, e sim aquele que possui outros horizontes, conseguindo através do seu espírito crítico enxergar além do que está escrito.

Busca o direito a realização da Justiça, mas como é relativa a concepção do justo faz-se necessário a reunião de todos os meios disponíveis, para que haja pelo menos uma aproximação deste, pois se isso não ocorre, está se fazendo um mau uso do direito, impedindo, portanto, sua efetivação.

O conflito entre a lei e a justiça faz com que os profissionais do direito adotem uma postura através de uma escolha valorativa, o Direito Alternativo decorre, portanto, do descompasso entre a lei e o direito, pois esse nada mais é do que a aplicação da lei em função do justo, do interesse social e das exigências do bem comum.

Não nega o ordenamento jurídico vigente, apenas demonstra a necessidade de se fazer uma interpretação mais humana e coerente com a realidade social das normas jurídicas, pois a vida é dinâmica, enquanto a lei é fria, morta, cabendo ao jurista fazer a adequação desta com aquela, através do prisma da justiça social, para que o direito possa atingir sua finalidade.

A liberdade do magistrado ao julgar não pode ser excessiva, pois mesmo podendo aplicar a lei com uma certa discricionariedade, deve prender-se pelo menos em parte às regras materiais e processuais nas situações concretas postas ao seu conhecimento.

Os adeptos desse movimento defendem o rompimento de todos os entraves da legalidade, quando estes se tornarem obstáculos, no entendimento do julgador, à dissolução da lide com a justiça. É uma forma de visão do direito onde se prioriza a liberdade e dignidade humana, procurando-se soluções de maior sintonia com o bem comum.

Atualmente, não se pode admitir que estudiosos e operadores do direito sejam robôs, repetidores de fórmulas e regras preconcebidas, sendo completamente destituídos de um espírito crítico, pois é essencial para ser considerado um verdadeiro jurista não está preso as normas escritas com um verdadeiro fetiche.

Ao negar a aplicação da lei quando ela ofende a dignidade da pessoa humana, desatende aos valores sociais do trabalho, contraria a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, quando cria empecilho a erradicação da pobreza e à redução das desigualdades sociais e regionais. Assim, o Direito Alternativo não nega a legalidade, mas sim cumpre o que preceitua a nossa Carta Política.

Entre os requisitos para a democratização do Judiciário está a possibilidade de a Magistratura representar, em seu seio, o conflito que se dá na sociedade. Ou seja, as forças que se apresentam no meio social devem estar representados dentro da Magistratura, a qual, deve abrir horizontes para todas as correntes de pensamento.

Em assim sendo, como resultante de certo pendor democrático, surgirão idéias férteis que fogem à racionalidade conservadora que caracteriza a Magistratura nacional, bem como, abrir espaço a uma militância de vanguarda. Tornando-se, assim, referencial para atores jurídicos que buscam abandonar a visão dogmatizada do fenômeno jurídico.

No Brasil, surgiu um grupo de juízes gaúchos vinculados ao movimento do Direito Alternativo, oriundos do movimento pré-constituente de 1985, quando se reuniram para debater sugestões à Constituição. De início, era um grupo de estudos que buscava pensar o direito comprometido com um novo modelo de sociedade. A partir daí, tiveram forte atuação nas Associações dos Juízes, Escolas de Magistraturas, começando a oxigenar o próprio Poder, com a nova era da produção teórica.¹⁷

O eminente jurista Amilton Bueno de Carvalho discorre sobre a matéria, *in verbis*:

¹⁷ CARVALHO, op. cit.

O movimento do Direito Alternativo busca um instrumental prático-teórico destinado aos profissionais que ambicionam colocar seu saber-atuação na perspectiva da radicalização democrática. Isto é, busca um direito realmente democrático, que sofra a influência da própria sociedade civil (a quem o direito serve deve prestar contas). É da sociedade civil, que vêm os limites de atuação do jurista e as exigências de sua atividade.¹⁸

Esse movimento teve, no seu alvorecer, estes juízes como norte de atuação prática. O movimento alcança (ou tenta alcançar) a práxis destes juízes já em andamento. E, a partir da agressão que estes juízes sofreram, em razão de sua atuação, por parte de setores da imprensa e de atores jurídicos contrários, é que o movimento do direito alternativo floresce. Atualmente, o preconceito em relação a estes, já diluiu, alguns de nossos magistrados defensores dessa corrente, já alcançaram os Tribunais.

O atuar dos juízes alternativos abandona a visão compartimentalizada do direito, jogando-o numa ótica multidisciplinar. Busca-se ter o direito em construção, abandonando-se a visão de se ter como dado. Ou seja, ousa-se criar ao invés de buscar apenas revelar o direito emergente do Estado.

Então o limite do julgador passa a ser numa ponta o fato concreto e na outra os princípios gerais do Direito. E se a legalidade atrita com os princípios ela perde sua legitimidade e se está autorizado a negá-la (âmbito das decisões realmente democráticas).

Na verdade, o operador jurídico não consegue ficar frente à discussão, eis no movimento do Direito Alternativo que o debate ultrapassa a legalidade primária e estreita, atacando os próprios fundamentos do direito. Os atores jurídicos tiram a poeira dos livros e trazem novas teorias à prática.

Ante o caos declarado do sistema, a crítica caminha, cada vez mais, na direção abolicionista: o direito penal não logra cumprir as promessas que tem feito (sua finalidade); ao contrário, há profundo descompasso entre suas declaradas intenções e o resultado emergente, daí porque necessário abolir as penas concebidas e aplicadas pelo sistema penal.

São de Louk Hulsman, de onde se extraem autênticos desabafos:

¹⁸ Ibid., p. 85.

Percebi que, a não ser por um acaso excepcional, o sistema penal jamais funciona como querem os princípios que pretendem legitimá-lo; Eis o que faz da prisão um mal social específico: ela é um sofrimento estéril; o sistema penal é especificamente concebido para fazer o mal.¹⁹

É que o direito penal, por mau, vingativo, ditatorial, excludente, só deve ser reservado para situações-limite, de autêntico caos, onde os demais ramos do direito não logram dar respostas razoavelmente eficazes. Talvez o atuar crítico tenha o próprio abolicionismo, ou seja, que se construa instrumental que possa dar conta do caos sem o socorro do penal.

Diante disso, o Judiciário começa a ter importância quando a democracia chega com ela. A população ousa postular por seus direitos e descobre no Judiciário uma arena onde se pode travar luta pela concretização desses direitos em face da opressão que se lhe impõe.

A necessária independência da Magistratura é ressaltada por Dalmo de Abreu Dallari, ao afirmar que:

Longe de ser um privilégio para os juízes, a independência da Magistratura é necessária para o povo, que precisa de juízes imparciais, para a harmonização pacífica e justa dos conflitos de direito. A rigor, pode-se afirmar que os juízes têm a obrigação de defender sua independência, pois sem esta, a atividade jurisdicional pode, facilmente, ser reduzida a uma farsa, uma fachada nobre para ocultar do povo a realidade das discriminações e das injustiças.²⁰

Para Dallari, o juiz deve ser parceiro de caminhada dos litigantes na construção democrática. Deixar de ser a estrela do espetáculo forense para ser companheiro das partes na busca da autonomia, no sentido de que elas mesmas construam sua história. Como imparcial ético inibirá a possibilidade de o melhor preparado ou do economicamente mais forte transformar o diálogo em instrumento para conquista de vantagens espúrias.

Evidente que poderá surgir hipóteses em que o juiz deverá tomar decisões verticalizadas. Mas elas só deverão vir quando esgotadas todas, absolutamente todas, as possibilidades dialogais, ou seja, no caos do caos da democracia. Todavia, após ter trilhado o caminho do diálogo, o juiz estará melhor preparado à decisão: conhecerá melhor os fatos e as pessoas.

¹⁹ HULSMAN, Louk. Penas alternativas. Niterói: Luam, 1993, p. 45.

²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 45.

Assim, em havendo discordância entre o Direito e a lei, esta precisa ceder espaço àquele. Cumpre, então, ao juiz, gerar a solução alternativa, criar a norma adequada para o caso concreto. A lei deixará de ser expressão do Direito. Aplicá-la será injustiça. Impõe-se gerar a norma justa (proporcionalidade reclamada). O juiz tem dever de ofício de recusar a aplicação de lei injusta.

Com grande magnitude aduz Luiz Vicente Cernicchiaro, que:

A norma alternativa não é aventura, opinião pessoal do magistrado, discordar por discordar. Resulta da apreensão de conquistas históricas, acima de interesses subalternos. Projeta orientação reclamada pelo Direito. Concreção da Justiça! A trincheira de hoje será o galardão de amanhã.²¹

Para Cernicchiaro, o juiz é agente de transformação social. Lei iníqua, impeditiva de realização plena do Estado de Direito Democrático, precisa ser repensada. O juiz repita-se, deve recusar aplicação à lei iníqua, injusta. Impõe-se-lhe invocar princípios. Só assim, a interpretação será sistemática. Criar, se necessário, a norma para o caso concreto.

O Direito Alternativo, portanto, é preocupação com o Direito. A solução alternativa rompe o conservadorismo acomodado; enseja o tratamento jurídico correto. Confere, sem dúvida, eficácia à vigência da norma jurídica.²²

Princípios esse que conferem razoabilidade e adequação aos casos concretos.

3.5 REFLEXÕES SOCIOLÓGICAS DO DIREITO ALTERNATIVO

O Direito, entretanto, não se esgota na lei. O Direito é sistema de princípios (valores); definem, orientam a vida jurídica (inter-relação de condutas). A lei, nem sempre, traduz, projeta esse comando. Não raro, a lei busca impedir, ou, pelo menos, retardar a eficácia do princípio. Nem sempre o concretiza. O salário mínimo, na Constituição da República (art. 7º, IV), é enunciado como “[...] capaz de atender as necessidades básicas do trabalhador e de sua família com moradia, alimentação,

²¹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Direito alternativo. Revista Consulex. Brasília: Consulex, n. 7, p. 15, jul. 1997.

²² Ibid., p. 20.

educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social [...]”.

Não raro, existe descompasso entre o princípio e a lei. O Direito não se confunde com a lei. A lei deve ser expressão do Direito. Historicamente, nem sempre o é. A lei, muitas vezes, resulta de prevalência de interesses de grupos, na tramitação legislativa. Apesar disso, a Constituição determina: “Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer coisa alguma senão em virtude de lei”.

Aparentemente, a lei (sentido material) seria o ápice da pirâmide jurídica. Nada acima dela. Nada contra ela. A Constituição, entretanto, registra também voltar-se para “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito, fundada na harmonia social [...]”.

Ainda que não o proclamasse, assim cumpria ser. A lei precisa ajustar-se ao princípio. Em havendo divergência, urge prevalecer a orientação axiológica. O Direito volta-se para realizar valores. O Direito é o trânsito para concretizar o justo.

O Judiciário, visto como Poder, não se subordina ao Executivo ou ao Legislativo. Não é servil, no sentido de aplicar a lei, como alguém que cumpre uma ordem. Impõe-se-lhe interpretar a lei conforme o Direito. Adotar posição crítica, tomando como parâmetro os princípios e a realidade social. A lei, tantas vezes, se desatualiza, para não dizer carente de eficácia, desde a sua edição.

O Judiciário precisa rever a idéia de normas da Constituição não auto-aplicáveis, dependentes de regulamentação. Na falta de lei específica, invoquem-se os princípios. A solução do caso concreto virá naturalmente. Para homenagear os positivistas, registre-se a viabilidade (posta em lei) de recorrer-se também à analogia e aos princípios gerais do Direito.

O Poder Judiciário precisa ponderar que o Direito não é neutro. Fato e norma estão envolvidos pelo valor, traduzindo um significado, indicando assim uma direção. As proclamações dos Direitos Humanos não acontecem por acaso, não se restringem a simples enunciados acadêmicos. Concretizam, isso sim, reivindicações, exigências em homenagem ao homem, parâmetros para realizar o justo. O Judiciário tem importante papel político, suas decisões precisam traduzir o Direito da história (a história do Direito orienta nesse sentido, apesar das inúmeras resistências). Caso contrário, o magistrado, passa a ser servidor burocrático, mero fazedor de estatística.

A formação dada ao jurista é centrada no que se convencionou chamar positivismo jurídico-legalista (seja de direita, seja de esquerda). Tal escola apresenta o direito como neutro, funda-se exclusivamente no direito posto, positivado, gera fetichismo da lei, explica o direito sem preocupações políticas, morais, de consciência ou emergentes do contexto sócio-econômico.

Vê-se, pois, que o direito alternativo rompe com o saber positivista, pois não tem o direito como neutro, mas sim como expressão da vontade de determinada classe (mas, ante sua ambivalência em determinados momentos, expressa conquistas dos pobres) e, como consequência da não-neutralidade, invade o jurídico buscando ser mais um instrumento para emancipação da classe trabalhadora, tendo o jurista e o direito a serviço desta luta. Não se funda basicamente no direito positivado, mas avança pelos caminhos abertos pela luta dos pobres, alargando, assim, o foco do direito, abandonando qualquer atitude dogmática, atuando sempre em busca do valor maior da justiça, elegendo lei, doutrina e jurisprudência como fontes de procura, possibilidades de partida para discussão.

Esse direito representa arma de combate na busca do novo; é um dos instrumentais do ativista jurídico que ambiciona colocar seu saber na perspectiva de novo tipo de sociedade, que quer comprometer-se com os pobres, combatendo à passividade dos juristas.

O direito alternativo em sentido estrito: emerge do pluralismo jurídico. É o direito paralelo, emergente, concorrente, insurgente, achado na rua. É direito construído pela população na sua caminhada libertária, ou seja, o povo constrói direitos na busca de soluções a seus problemas, até em conflito com o direito oficial. Reconhece-se que num mesmo espaço geográfico, num mesmo momento histórico, existem direitos que caminham paralelamente, às vezes em conflito.

Este direito alternativo deve ser efetivado desde que resuma conquistas democráticas, busque sociedade mais justa e tenha por limite os princípios gerais do direito.

É de se ter claro que a alternatividade não advoga inexistência de leis, buscase uma dominação justa em oposição à liberdade de dominação ou às formas injustas de dominação.

É que alguns se revelaram cansados de ter sua atuação dirigida para colocar pobres na cadeia e decretar despejos. Com ajuda de intelectuais, foi descoberto tardiamente que o fenômeno jurídico poderia ser visto de local diferenciado que

desse respaldo à utopia que os animava.

A atuação interpretativa-alternativa ultrapassa os limites da reprodução de práticas consagradas, tornando-se:

- mais próxima do real conflito humano;
- permissiva de discussão axiológica desmascadora da idéia de neutralidade;
- politicamente participativa;
- questionadora da ordem estabelecida e das leis que a mantêm;
- inserida no contexto econômico, e
- possibilitadora de novas soluções aos conflitos.

Enfim, o direito alternativo, por estar comprometido com o diverso do usual predominante, por ter assumido posição de classe, por não ter compromisso com dogmas, permite atuação firme e eticamente definida de estar ao lado do frágil.

Ensina Clémerson Merlin Cléve em precioso artigo que: “O movimento não é necessariamente homogêneo e que, a partir de vários aportes e vias teóricas, pretende favorecer a emancipação das classes populares através do Direito. Ou seja, o Direito para o movimento, desafia novas abordagens e práticas”.²³

Atualmente, o operador desempenha papel vital na consolidação de posições renovadas no contexto social, econômico e político. Cumpre, pois, agora, resgatar a dogmática jurídica. Aliás, é importante dizer que não é possível confundir a dogmática com o dogmatismo. O dogmatismo é o apego preconceituoso e irrefletido a dogmas. O que importa para o jurista participante é impregnante práticas jurídicas, oferecendo, no campo da dogmática, novas soluções, novas fórmulas, novas interpretações, novas construções conceituais.

Brilhante ensinamento de Amilton B. de Carvalho, de que:

A efetivação da norma é momento posterior ao da sua promulgação e depende da correlação de forças entre os diversos segmentos da sociedade. Aqui, além da atividade do operador jurídico, necessária, muita vez, a mobilização popular. Além da concretização, a luta implica não permitir retrocesso na busca permanente e renovável da

²³ CLÉVE, Clemerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo. In: SEMINÁRIO NACIONAL SOBRE O USO ALTERNATIVO DO DIREITO, 1993. Rio de Janeiro. Anais...Rio de Janeiro, jul. 1993.

utópica vida em abundância para todos.²⁴

Claro, pois, que a posição positivação carrega vantagens e é conquista desde que tenha por fim a concretização dos princípios, desde que instrumentalize a aplicação das conquistas da humanidade, que são criados e renovados e destruídos pela sociedade civil na sua caminhada histórica na busca da vida digna. A humanidade no seu andar, pois, constrói direitos que são erigidos à condição de princípios norteadores, universais. Assim o são o direito à vida, à liberdade, à igualdade. Os princípios não são eternos, nem absolutos, mais históricos.

A partir dos princípios, emergem normas legais que buscam colocá-los em prática, ou seja, no mundo real, sob pena de tenderem a servir tão só de adornos. A forma de os princípios se fazerem presentes é através da lei. Eles são pano de fundo donde deve emergir a legalidade e dão o suporte interpretativo ao operador jurídico.

A alternatividade busca, via positividade combativa, estratificar as conquistas legais que permitem que os princípios aterrissem na vida diária. E quanto tal acontece, o jurista deve atuar no limite do positivado como forma de politizar a interpretação.

Cada povo em sua caminhada histórica constrói/destrói direitos na busca de soluções em sua organicidade. E tais direitos podem estar em conflito com aquele oriundo da atividade estatal, isto é, direitos que caminham paralelamente.

Roberto Aguiar ensina que:

[...] Devemos lembrar que não é o Estado que outorga direitos, mas sim a sociedade dos seres humanos que os constrói, preserva, transforma, derruba. Esse direito plural, construído pela luta dos sujeitos coletivos, não tem patrão, porque é obra coletiva e inacabada desse ser concreto e contraditório, que desenha sua trajetória fugaz, buscando consistência nesse momento de vida histórica, limitado entre o mistério da morte e do nascimento.²⁵

Por fim, o direito Alternativo que merece ser efetivado, deve também ter como limite os princípios gerais do direito, mesmo quando ambiciona criar ou destruir princípios positivistas, e ter como norte a real democratização da vida em sociedade.

²⁴ CARVALHO, op. cit., p. 90.

²⁵ AGUIAR, Roberto. A crise da advocacia no Brasil. São Paulo: Alfa-Omega, 1991, p. 78.

Ser alternativo é lutar pela abertura de espaços democráticos para sua concretização.

3.6 PERFIL DO PRESÍDIO E SUA POPULAÇÃO

O êxodo rural, o desemprego, a má distribuição de renda e a própria evolução econômica e social são causas diretas e reconhecidas do aumento da criminalidade em todo o território nacional. Também, a falta de uma política voltada à prevenção da conduta delituosa, que via de regra, começa na infância, contribui violentamente para a não inibição de tal comportamento.

Se a rigidez e as dificuldades sócio-econômicas proporcionam o aparecimento da conduta criminosa e muito pouco vem sendo feito para inibí-la, muito menos tem sido realizado para retirá-la do indivíduo que já a porta.

O próprio descaso por que passa o sistema reabilitador, onde as penitenciárias e os presídios do País assumem simplesmente a condição de depósitos humanos, incapazes de alcançar com plenitude seu propósito de corrigir indivíduos com desvios de conduta social.

Percebe-se, pois, que a pena privativa de liberdade não em alcançado na íntegra o seu objetivo que é punir e reabilitar o infrator para o convívio em sociedade. Incontestável, que no tocante a punição, o objetivo vem sendo com plenitude alcançado; todavia, não podemos dizer o mesmo quanto ao aspecto reabilitador, uma vez que a reincidência criminal é alarmante e tende a cada vez aumentar.

O presídio é um sistema fechado onde o recluso fica preso àquela realidade da qual não consegue se desvincular. Nesse ambiente temos um momento a parte, um mundo bandido, confuso e obscuro, diferente da convivência na sociedade civil. Infelizmente, neste ambiente carcerário a aprendizagem do crime e a formação de grupos delitivos são tristes conseqüências. O indivíduo que entra no presídio acaba entrando numa escola do crime, saindo de lá grande conhecedor dos ilícitos penais das mais variadas formas.

O sistema normativo próprio estabelecido dentro da prisão nasce como forma de estabelecer as relações sociais e hierárquicas e ao mesmo tempo, conciliar interesses difusos lícitos e ilícitos, isto é, leis cruéis que regulam a forma de conviver e suportar a falta de privacidade num ambiente tão pequeno. Existem normas

internas para tudo, desde a organização da forma de manter relações sexuais com as mulheres nos dias de visita, até aplicações de sanções para aqueles que furtam dos demais dentro da cadeia, bem como, para aqueles que cometem delações. Neste local a primeira coisa que se aprende é que para permanecer vivo é preciso não ouvir, não ver e não falar nada.

Prisões abarrotadas, imundas, em vez de melhorar os ruins, pervertem e degradam definitivamente os recuperáveis. Além dos fatores que contribuem para degradação da saúde física e mental. As deficiências de alojamento e de alimentação facilitam o aparecimento da tuberculose, enfermidade, excelências das prisões. As quais, contribuem igualmente, para deteriorar a saúde dos detentos devido às más condições de higiene dos locais originados da falta de ar, a umidade e os odores nauseabundos. A falta de distribuição entre o ócio e o trabalho presume um dano considerável na condição físico-psíquica do interno, pois a falta de trabalho vicia o sujeito a um estado de inoperância e descompasso.

Problemas psicológicos também são constatados como consequência do encarceramento. O ambiente penitenciário perturba e impossibilita o funcionamento dos mecanismos compensadores da psique, que são os que permitem conservar o equilíbrio psíquico e mental. Este ambiente ainda exerce uma influência tão negativa, que a ineficácia dos mecanismos de compensação psíquica propicia a aparição de desequilíbrios que podem ir desde uma simples psicopática momentânea até um intensivo e duradouro quadro psicótico, segundo a capacidade de aptidão de que o sujeito dispõe. Por outro lado, vale ressaltar que muitos indivíduos já entram no presídio com manifestas debilidades psicológicas e sérios desvios de conduta.

A vida na prisão é dura e, como se não bastasse, após o recluso cumprir sua pena, não raras vezes continua pagando por seus erros, agora não os que o levaram à prisão, mas sim os cometidos lá dentro. Como por exemplo, quando o sujeito sai da cadeia e, voltando à sua atividade sexual normal, enfrenta problemas psicológicos de impotência sexual, ejaculação precoce, complexo de culpa pelas relações homossexuais que manteve dentro da prisão, além de grandes dificuldades de retornar à vida matrimonial. Pois, o encarceramento de um dos cônjuges acaba por destruir os laços íntimos, que não conseguem ser compartilhados dentro da prisão, além de impossibilitar contatos mais prolongados e amorosos. Gera, isto, um grande número de divórcios entre estes casais, já nos primeiros anos que são

separados.

De acordo com o jurista Cezar Roberto Bitencourt, sobre o assunto em tela, afirma que:

As esposas são vítimas implícitas da prisão; não sendo raro sofrerem de problemas psicológicos dentre os quais a culpa, solidão, depressão, ansiedade, etc. É óbvio que a vida afetiva do preso é desmoronada pela supressão das relações afetivas e sexuais, gerando também efeitos como infidelidade e o abandono.²⁶

Diante disso, observando a própria auto imagem, o detento nota significativa deformação. Quando é encerrado com outros homens, em um meio que reprime a sua condição natural do sexo, a concepção que tem de si mesmo altera-se, diante o questionamento de identificação sexual. Involuntariamente, é separado de sua mulher e começa a colocar em dúvida o sentido da sexualidade perante o conglomerado masculino, sempre deparado com a falta de existência do sexo oposto.

Ainda com relação à abstinência sexual, esta gera danos ao detento. Assim, alijado de seu ambiente familiar e social, o preso, imerso num mundo peculiar, assentado em regras interpostas pela massa carcerária, poderá conter seus desejos, reprimir seus impulsos sexuais, ou envolver-se, voluntariamente ou sob coação, em práticas homossexuais²⁷.

A abstinência, sobretudo quando prolongada, gera não só problemas de plano individual, provocando tais desequilíbrios psicológicos e favorecendo comportamentos condenáveis, senão também no plano coletivo, dando causa a um clima de agressividade, de tensão e a conseqüentes distúrbios intramuros.

Numa análise mais minuciosa sobre o perfil do detento, é um homem que geralmente proveio de uma família pobre, sempre com muitos irmãos, que teve, quase na totalidade dos casos, uma infância miserável e perturbada, sem noções de valores. Começa a cometer pequenos furtos e roubos desde esta época. Via de regra, tem muitos problemas familiares, como por exemplo: “pai alcoólatra ou extremamente agressivo com os filhos e com a esposa, mãe prostituta, padrasto que se aproveita sexualmente das enteadas, familiares com problemas judiciais, entre

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência das penas de prisão. Porto Alegre: RT, 1993, p. 53.

²⁷ LEAL, César Barros. Um direito do Preso: visita íntima. Revista Consulex. Brasília: Consulex, n. 41, p. 30-32, 31 maio 2000.

outros”.²⁸

A maioria dos presos freqüentou a escola por pouco tempo e mesmo assim mantém uma falta de freqüência e uma desregularidade nos seguimentos didáticos, ou seja, o sujeito entra e sai várias vezes no mesmo ano letivo, até desistir, definitivamente, no colégio. Quanto à vida profissional, a grande maioria teve poucos trabalhos não especializados e temporários, em regra, nos ramos da construção civil e setores primários da economia brasileira. Diante disso, mantêm uma profunda irregularidade na freqüência e na continuidade dos serviços e ganham pouco.

Por fim, em poucas palavras, pode-se afirmar que a maioria dos detentos em presídios de nosso País são homens desprovidos de condições econômicas desde sua infância, tendo que delinquir desde cedo, persistindo com estas atitudes durante a adolescência e sua maioridade. Sem muita definição de valores, o indivíduo que geralmente não consegue um trabalho onde ganhe o suficiente para conseguir sobreviver, passa a praticar atos contra a sociedade, e após os primeiros crimes mais relevantes, acaba caindo num ciclo vicioso, do qual não consegue se desvincular mais. Depois de um tempo, acaba sendo preso e penetrando num presídio, onde sofrerá, infelizmente, as diversas degradações acima analisadas.

²⁸ BITENCOURT, op. cit. p. 54

4. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

O poder judiciário, como Estado que é, como poder que é (em sentido amplo), tem o dever de executar penas, com a finalidade de contribuir na ressocialização do indivíduo, mantendo assim, da melhor forma, o equilíbrio entre o direito e a justiça.

Uma distribuição desigual das penalidades faz nascer uma contradição dentro do judiciário. Os altos índices de reincidência têm sido, historicamente, invocados como um dos fatores principais da comprovação do efetivo fracasso da pena privativa de liberdade, a despeito da presunção de que, durante a reclusão, os internos são submetidos a um tratamento ressocializador.

Diante da falência da pena privativa de liberdade, que não atende aos anseios do recluso, e nem mesmo da própria sociedade, a tendência moderna é procurar substitutivos penais para esse método sancionador, ou pelo menos, no que se relaciona com os crimes de menor gravidade, criminosos de pequeno porte, cujo encarceramento não é aconselhável.

Restringir os direitos do indivíduo que comete um ato infracional, é fazer com que ele seja punido, mas sem deixar de ser cidadão, contribuindo para seu próprio progresso. A prisão consiste numa fuga diante ao enfrentamento das questões sociais, responsável pela grande parcela do estado criminalidade que impera em meio à sociedade. Assim, a prisão exerce, não se pode negar, forte influência no fracasso do tratamento do recluso.

É impossível pretender recuperar alguém para a vida em liberdade em condições de não-liberdade. Com efeito, os resultados obtidos com a aplicação da pena privativa de liberdade são, sob todos os aspectos, desalentadores.

A prisão, ao invés de conter a delinquência, tem servido-lhe de estímulo, convertendo-se em um instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidades. Não traz nenhum benefício ao apenado, ao contrário, possibilita toda a sorte de vícios e degradações. Enfim, a maioria dos fatores que dominam a vida carcerária imprimem a esta um caráter criminógeno, de sorte que, em qualquer prisão clássica, as condições materiais e humanas, podem exercer efeitos nefastos na personalidade dos reclusos.

Existe, de há muito, uma luta incessante no sentido de se romper com o sistema clássico da pena de prisão, em especial, para determinadas infrações que podem e devem ser punidos com outras formas de sanções menos aviltantes e

menos dispendiosas para o erário público e, muitas vezes, com relevante alcance social e, com isto, mais eficientes.²⁹

Assim, com a nova redação dada a vários dispositivos do Código Penal, aumentaram o número de penas alternativas, com caráter de substituição da pena privativa de liberdade, e extremamente alargadas as possibilidades de incidência no caso concreto. São estas autônomas, e não podem ser aplicadas conjuntamente com as penas privativas, quando preenchidos os requisitos legais do Código Penal.

A Lei nº 9.714 de 25 de novembro de 1998 constitui um verdadeiro marco no direito penal brasileiro. As suas inovações vêm ao encontro da política criminal moderna que busca cada vez mais a erradicação (ou pelo menos a restrição) da pena privativa de liberdade, pelos sabidos efeitos deletérios de sua aplicação, mormente em nosso país.

As novas determinações sobre as penas restritivas de direitos, introduzidas no Código Penal pela referida lei, ampliam consideravelmente os limites temporais anteriormente estabelecidos para o cumprimento de pena no cárcere, admitindo a substituição da pena privativa de liberdade de até 4 (quatro) anos de condenação pela aplicação de penas alternativas.

Além da prestação pecuniária e perda de bens e valores, criou-se entre as penas restritivas, as de interdição temporária de direitos, a proibição de freqüentar determinados lugares. A prestação de serviços à comunidade passou a ser denominada prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

Vale expor:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I - prestação pecuniária;

II - perda de bens e valores;

III - (VETADO);

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V - interdição temporária de direitos;

VI - limitação de fim de semana.

A substituição da pena não é um direito subjetivo do sentenciado, mas o juiz, reconhecendo estarem presentes todos os requisitos legais, é obrigatória a substituição.

Os pressupostos objetivos para substituição da pena são:

²⁹ CARVALHO, op. cit.

O juiz só poderá proceder à substituição, se a pena privativa de liberdade aplicada inicialmente, por crime doloso, não for superior a quatro anos, com exceção da prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, em que ela só é admitida quando a condenação for superior a seis meses (art. 46, *caput*).

No caso de condenação igual ou inferior a um ano, por crime doloso ou culposo, permite-se a substituição por pena de multa.

No caso de crime culposo, é permitida a substituição da pena por restritiva de direitos qualquer que seja a quantidade de pena aplicada.

Havendo concurso de crimes, a substituição é possível quando o total das penas não ultrapassa os limites mencionados, com exceção dos crimes culposos em que ela é sempre admissível.

A substituição não poderá ser feita quando se tratar de crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, nesse caso, qualquer que seja a quantidade da pena privativa de liberdade imposta. Ex.: crimes de roubo, extorsão, estupro, rapto, etc.

Os pressupostos subjetivos para a substituição da pena são:

O condenado não pode ser reincidente em crime doloso. Só poderão ser beneficiados aqueles que embora condenados anteriormente, praticaram o crime antes do trânsito em julgado, e também aqueles reincidentes em que um dos crimes, ao menos, seja culposo.

Aquele que praticou o crime após cinco anos contados da data do cumprimento ou extinção da pena da condenação, computado nesse prazo o período de prova da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional se não ocorreu a revogação desses benefícios.

Caso o condenado seja reincidente, mas não em crime doloso, e desde que os crimes antecedente e posterior não sejam idênticos, ou seja, previstos no mesmo tipo penal, a substituição da pena privativa só deve ser concedida se a medida for socialmente recomendável.

Para ser concedida a substituição é preciso que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social do condenado e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias, indiquem que a substituição é suficiente. Essas circunstâncias pessoais, que também devem ser observadas na fixação da pena privativa de liberdade, é que vão dar a medida de conveniência da substituição. Não têm direito à substituição, portanto, os condenados que, pelos elementos colhidos na

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

4.1 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

4.1.1 Prestação Pecuniária

A prestação pecuniária (art. 45 CP), é fixada com base nos dados disponíveis no processo de modo que, não existe previsão legal, específico de procedimento para calcular o prejuízo resultante da prática do crime. Assim, consiste no pagamento em espécie à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz da condenação.

Dispõe ainda a lei, no novel art. 45, § 2º do CP, que, se houver aceitação do beneficiário, ou seja, do ofendido ou da entidade pública ou privada com destinação social, a prestação pecuniária poderá constituir-se, por decisão do juiz, em prestação de outra natureza, como por exemplo, o fornecimento de cestas básicas. É obrigatória, pois, a consulta ao beneficiário, pelo juiz da execução, para que se efetue a referida substituição.

4.1..2 Perda de Bens e Valores

De acordo com o que reza o dispositivo do art. 45, § 3º, do CP, é o confisco em favor do Fundo Penitenciário Nacional, de quantia que pode atingir até ao valor referente ao prejuízo causado ou do provento obtido pelo terceiro, em consequência da prática do crime, prevalecendo aquele que for maior. Esses bens e valores serão destinados, preferencialmente, ao lesado ou de terceiro de boa-fé.

4.1..3 Prestação de Serviços a Comunidade ou a Entidades Públicas

É o trabalho não remunerado em entidades públicas mencionadas no artigo 46, em programas fixados pelo Estado, ou criados pela comunidade. As tarefas a serem cumpridas são atribuídas pelo juiz da execução, de acordo com as aptidões do condenado. Ao contrário da lei anterior que, determinava que as tarefas deveriam ser de oito horas semanais, a nova lei refere-se ao montante exato das horas trabalhadas, que será o mesmo número de dias da pena privativa de liberdade aplicada originalmente.

4.1..4 Interdição Temporária de Direitos

a) Proibição do exercício de cargo, função, atividade pública e mandato eletivo.

- Cargo público: é o lugar instituído na organização do funcionalismo, com denominação própria, atribuições específicas e estipêndio componente.

- Função pública: é a atribuição ou conjunto de atribuições, que a administração confere a cada categoria profissional, ou comete individualmente a determinados servidores, para a execução de serviços eventuais.

- Atividade pública: é toda aquela efetuada em benefício do Estado, seja remunerada ou não, e que depende da nomeação, escolha, designação etc., por parte do Poder Público.

- Mandato eletivo: exercem os componentes de Legislativo (vereadores, deputados e senadores) ou do Executivo (prefeitos, governadores e presidente da República), eleitos por prazos determinados.

b) Proibição do exercício de profissão atividade ou ofício.

Essa segunda espécie de interdição é a proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que depende de habilitação especial, de licença ou autorização do Poder Público. Existem profissões, ofícios ou atividade que dependem de certos requisitos legais para ser exercidos e que são controlados ou fiscalizados pelo Estado. Aplicado essa pena o condenado fica privado de exercer esse tipos de atividades pelo tempo da pena a ser cumprida, mesmo que esteja legalmente habilitado para exercer.

c) Suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículos.

Esse tipo de suspensão é aplicável exclusivamente aos crimes culposos de trânsito.

d) Proibição de freqüentar determinados lugares.

Nessa espécie, o juiz deverá especificar na sentença os lugares que o sentenciado não pode freqüentar. Essa fixação deve guardar relação com o delito praticado com a pessoa do agente, como forma de prevenir a prática de novo crime pelo condenado.

4.1.5 Limitação de Fim de Semana

O condenado é obrigado a recolher-se a casa de albergado ou outro estabelecimento similar, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em horários estabelecidos pelo juiz da execução.

4.2 A Pena de Morte Versus Violência e Impunidade

Seguindo o estratagema afeto às discussões doutrinárias a respeito da matéria sub examine, imprescindível tecer alguns comentários sobre a pena de morte.

O direito de punir ofertado ao Estado tem uma base concreta e delineada: a segurança da sociedade e, todo o exercício do poder que deste fundamento se afaste constitui abuso e não justiça, já que se trata de um poder de fato e não de direito, passível, pois, de usurpação.

No caso da pena capital pende em seu desfavor a sua desproporcionalidade, senso comungado por todo o seio social, pois que não há crime que se cometa capaz de conceder ao Estado o direito de vida sobre um concidadão.

O direito de punir não pode ser a mola propulsora capaz de transformar o Estado em cometedor de ação cuja ética e a moral reprovam e repudiam os cidadãos. Ademais, apesar da natureza representativa da Casa Congressual, o Estado não pode impor indiscriminada e genericamente a todos os cidadãos o ônus de conviverem com o carma de serem o carrasco que executa a morte de um homem. A democracia de representação tem limites sociais.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil dispõe no artigo 5º,

inciso XLVII, letras a e e, a respeito de penas não praticadas e inadmissíveis no Brasil, aí incluída a *pena de morte*, com as ressalvas dos casos previstos na legislação militar e em tempo de guerra (CF, art. 84, XIX).

De efeito, apesar de pouco tempo passado da negação, pela sociedade brasileira, para a implantação da pena de morte em nosso país, a população nacional, principalmente nos grandescentros urbanos, clama por segurança, força do crescimento indiscriminado de autêntica guerrilha urbana.

Nessa esteira, apesar de ser um direito fundamental, asseveram os defensores da pena capital que o direito à vida também sofre limitações. Tem uma limitação direta quando a Constituição ressalva a possibilidade de aplicação da pena de morte nos casos de guerra declarada. Aparece, em seara ordinária penal, outra limitação, como, por exemplo, a legítima defesa e o estado de necessidade, que permitem o sacrifício do direito à vida, nos moldes especificados nas respectivas normas.

Toda essa questão tem arrimo na doutrina kelsiana do ser e do dever-ser, da tensão existente entre o direito natural e o direito positivo. É a idolatria da Constituição como ser supremo capaz de instituir um direito fundamental e, como conseqüência, limitá-lo e restringi-lo.

No Brasil, por exemplo, em momento algum é permitido a violação ao direito à vida. Este direito fundamental não é limitado pela Constituição, sendo cláusula pétrea intocável, por ser direito natural do homem e não uma conquista social somente. O fato de se permitir as excludentes mencionadas em seara ordinária, não resulta na afirmação de que o povo, hoje em dia, se encontra sob o ataque direto do malfeitor e na batalha de viver ou morrer, como o era no estado selvagem dos primórdios da sociedade, para autorizá-la a determinar a morte de um homem.

O Estado é certo, em termos de acudir o cidadão em decorrência de seu direito constitucional à segurança, e a outros direitos individuais e sociais, está à beira da bancarrota, totalmente falido financeira e ideologicamente, não fornecendo o atual sistema punitivo o amparo capaz de suportar as mazelas comuns da criminalidade.

A competição da vida econômica, a disputa não sempre ética pela posição social, faz do homem um autêntico lobo para o outro homem. As religiões, meritoriamente, tentam mitigar esse quadro a um tempo grave e desolador. O desamor é, não raras vezes, responsável pela terrível tragédia urbana, que às

transgressões diuturnas das leis, às práticas reiteradas dos ilícitos penais e a destruição do homem pelo homem.

Essa é uma fotografia de hoje do mundo, real e sem retoque e nesse quadro sociológico dantesco a pena alternativa exsurge como uma válvula de escape dos governos e também de seus cidadãos em libertar-se desse temor que corroem as suas vísceras: a insegurança. A pena máxima, tal qual a fé, não passa de uma forma de exorcizar os medos e a impotência humana, pois o Estado é diretamente incompetente para garantir a inexistência do crime ou banir do seio social os criminosos virtuais. Os cidadãos, por sua vez, indiretamente carregam a consciência desse fardo.

Porém, o engodo do recrudescimento da punição é latente. Essa solução é imediatista, porquanto fruto da resistência enfraquecida da sociedade em digladiar contra o terror da insegurança, cujo fôlego já se expirou, gerando anseio de não admitir postergações e remédios de solução a médio ou longo prazo.

E então, mesmo embarcando no ataque aos efeitos, preocupa-nos a indagação: e se, apesar da pena de morte, os crimes violentos aumentarem e a incidência de crimes não hediondos generalizar-se? Nem se diga ser isso impossível ou possuir pequena probabilidade, pois os criminosos de crimes bárbaros, como o seqüestro seguido de morte, nem teriam mais o direito ao arrependimento, mas apenas o incentivo de sua folha de antecedentes criminais elencando-o como integrante do grupo a freqüentar o corredor da morte.

No tocante aos criminosos comuns, a tendência será contrária à intimidação, pois inerente será o desprezo à enxovia ou às penas alternativas, força do paradigma da pena de morte, ou seja, a pena capital para os crimes hediondos ofuscará o caráter retributivo das demais penas, incentivando os já numerosos pequenos delitos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim deste trabalho sobre “a importância e a aplicabilidade das penas alternativas sob a ótica do direito penal moderno”, tema que tanto despertar traz hoje no mundo jurídico, além de ter grande acolhida dentro da Magistratura, procurou-se discutir de maneira didática a opinião daqueles que a favor se manifestam.

Em nosso país, os direitos à integridade física e moral ínsitos aos seres humanos são sistematicamente violados, apesar de serem dogmas constitucionais e dos diversos programas defensores dos direitos humanos, o que nos deixa, infelizmente, mais longe do Estado de Direito há tanto perseguido.

Cenário comum dos noticiários nos últimos anos, as rebeliões de presos em penitenciárias são um sintoma inconfundível de que o sistema penal atingiu seu limite, tanto no que diz respeito ao espaço físico quanto ao papel de órgão reabilitador.

Falar em reabilitação é quase o mesmo que falar em fantasia, pois é fato comprovado que as penitenciárias em vez de recuperar os presos os tornam piores e menos propensos a se reintegrarem ao meio social.

Pois, o sistema carcerário, como é atualmente, reduzindo os encarcerados, a qualquer título, a condições subumanas, prescindindo das mais peculiares e básicas necessidades, condenando-os ao jugo (ou subjugo) de uma sociedade prisional regida por valores outros que não aos do homem-cidadão, do homem-natural, é, enfim, um sistema violentador do próprio direito à vida, direito de onde brotam todos os demais direitos; dever do Estado de velar pela garantia indeclinável de sua incolumidade.

Ademais, o fenômeno da assimilação dos padrões vigentes na penitenciária, estabelecidos, precipuamente, pelos internos mais endurecidos, mais persistentes e menos tendentes à recuperação, mormente na atitude sintomática de aquilatar as maestrias do criminoso habitual, desenvolvendo o perfil delinqüente e os denominados fatores universais da prisionização, impingem a situação paradoxal da ressocialização por intermédio da reclusão carcerária.

Do ponto de vista da Psicologia, o isolamento e a segregação humana produzem efeitos maléficos sobre a mente e o comportamento, levando o indivíduo à degeneração física e moral, à própria degenerescência mental, daí porque a absurdidade do sistema prisional para essa ciência que, periodicamente, vem

submetendo os seus princípios e métodos a estudos profundos, altamente aproveitáveis para a ciência jurídica e, esperamos, para a ciência política.

O Direito recorre a outras ciências para explicar a violência. Políticos insistem no argumento de que, quanto mais um criminoso seja mantido na prisão, tanto mais seguros estarão os homens livres. Dos sistemas existentes para lidar com criminosos, a prisão é o mais caro e seu preço recai sobre o povo. Além de tudo, é injusto em si mesmo. Pune os pobres mais que os ricos; os negros mais que os brancos. Adota dosagens de pena que variam sem critério científico, mas mudam freqüentemente ao sabor de fatos isolados.

As penas alternativas são uma tendência mundial pelo consenso da imprestabilidade do efeito reclusivo da prisão, como reprimenda aplicável a crimes de qualquer natureza, sem levar em consideração a sua potencialidade para a sociedade, tendo os efeitos deletérios do sistema prisional fomentado a reincidência, inclusive de condenados recuperáveis que são contaminados, por mais selecionados que sejam dentro do complexo carcerário, pelo vírus maléfico caracterizador da instituição total.

Por isso, o movimento de reforma do sistema punitivo concentra suas proposições na adoção imediata de penas alternativas, demonstrando a absorção da sociedade civil da idéia de que o Estado é mau administrador; não tendo condições estruturais de solver as mais básicas de suas funções, tais como segurança pública, educação e saúde. O plano nacional de privatizações é reflexo direto dessa consciência governamental, que tem apoio incondicional nos mais nobres seguimentos sociais.

A adoção das penas alternativas, em especial a prestação de serviços comunitários ou similar, o contato direto do delinqüente com problemas sociais de profundidade incontestável, os quais farão desabrochar seu sentimento de utilidade para a sociedade na qualidade de bem-feitor, sensibilizando-o para os percalços das vidas de outrens, amenizando a introspecção ao seu mundo violento e marginalizado, despertando-o para o fato de que se o problema vivencial de sua vida é nefasto, de certo há piores.

Assim, vivenciando o despautério da existência de pessoas solitárias, carentes, deficientes e de crianças órfãs e abandonadas ou privadas da convivência familiar por ato abusivo dos pais, a extensão de sua cosmovisão da realidade alargar-se-ia e inquestionavelmente, a reciprocidade dos laços emocionais entre a sua pessoa e os seus assistidos fariam aflorar sentimentos adormecidos no seu ser por

força de sua realidade delinqüente.

Alguns sugerem a idéia da privatização do sistema carcerário, onde o Estado seria mero fiscalizador, deixando a cargo de entidades privadas a gestão e a administração dos presídios e das casas de detenção em geral. Podemos retrucar que, no Brasil, cidadãos livres e no gozo de seus direitos constitucionais são mantidos na condição análoga àquela imposta ao escravo de outrora em diversos latifúndios no interior do país e não há fiscalização, prevenção ou reprimenda do Poder Estatal, impotente por suas deficiências que, de certo, se repetiriam à privatização carcerária.

A Lei Execuções Penais é eficiente. Estabelece a classificação dos presos, observados os seus antecedentes e personalidades, como instrumento de individualização da execução penal, medida de extrema importância para o objetivo da ressocialização. Exatamente no problema da superlotação reside o impedimento maior e mais complexo da adoção dessa boa política penitenciária da Lei de Execuções Penais, que se conforme com ela e com seus objetivos. O ideal teórico da lei neste particular não encontra ressonância na realidade, porque significaria a necessidade de novos e muitos presídios, de custo financeiro e manutenção fora do alcance dos estados-membros.

Todos sabem que um dos mais graves problemas do país, que exige solução corajosa, urgente e global é o chamado fenômeno da conurbação, isto é da exagerada concentração populacional urbana. As regiões metropolitanas do país concentram mais de 80% da população brasileira. As causas são conhecidas. É urgente e fundamental que se estanque e reverta esse ciclo migratório do interior para a cidade, sob pena de riscos seriíssimos de toda ordem, inclusive os da segurança pública.

Complemente-se que, com essas alterações estruturais e institucionais poderia o sistema penitenciário funcionar de conformidade com os parâmetros básicos da Lei de Execuções Penais, com seleção dos criminosos, segundo seus antecedentes e personalidade de cada qual, objetivando a individualização da execução penal. Como terapia de ressocialização, a oferta de trabalho, de acordo com a formação profissional do preso, com a adoção de treinamento profissional concomitantemente com sua formação cultural, moral, religiosa, enfim, a efetiva experiência de uma política prisional, como consta da prefalada lei, nunca efetivamente posta em prática, na sua inteireza.

O ideal seria também que os presídios fossem constituídos de pequenos núcleos, com no máximo cem presos. Poderiam ser até construídos em círculos, com uma área central comum para a instalação de oficinas, parques de trabalho -

oficinas de carpintaria, sapataria, alfaiataria, mecânica, pintura, borracharia, lanternagem e eletricidade de automóveis, em suma, todo um centro de atividade profissional. Terminada a jornada de trabalho diária de oito horas retornaríamos presos a seus presídios, todos próximos. Ter-se-ia economia de escala, com redução de custos.

O produto desse trabalho, por sua vez, seria colocado no mercado e, obrigatoriamente, destinado às necessidades do serviço público dos três níveis (federal, estadual e municipal), com contratação direta, sem licitação. Baratear-se-ia o custo desses produtos para o serviço público, alavancando-se uma efetiva política carcerária, inexistente sem o componente trabalho, efetivo, constante, diuturno e remunerado.

Nessas oficinas seriam feitos os fardamentos dos policiais militares e dos guardas municipais, onde existissem; os seus calçados; os seus móveis e demais equipamentos das escolas públicas dos três estágios da administração e de todos os níveis de ensino; seriam conservados e consertados os veículos automotores das frotas dos serviços públicos, inclusive das administrações indiretas; das autarquias, das fundações, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, inclusive as controladas; os materiais escolares, enfim todas as necessidades operacionais da administração pública.

O trabalho, antes mesmo de ser dever é direito do preso. Fator de dignidade pessoal inarredável e insubstituível. Não é só o trabalho direito do preso, mas também dever, obrigação, porque o direito, exceto o indisponível, é renunciável e o trabalho para o preso não o é e nem deveria ser para todos os demais cidadãos. É um dever diretamente ligado à dignidade, à auto-estima. É dever que o apenado tem com a sociedade e com sua ressocialização.

Por fim, a prisão gera mais problema céticos, sociais, psicológicos e econômicos do que na realidade resolve, e que na prática a reabilitação desejada por muitos sistemas penais no mundo termina em desilusão, desespero e revolta contra a sociedade, que cerra as suas portas aos ex-condenados. Neste ponto surge o questionamento da validade de se infligir uma pena que envolve a perda de direitos civis de uma pessoa que já trouxe a desonra ao seu próprio nome.

A necessidade crescente da aplicabilidade de penas alternativas para os condenados, é claro, excetuando-se aqueles que representam ameaça à sociedade. É necessário que punam o delito e ao mesmo tempo reeduquem o delinquente.

É de se notar, ao fim, portanto, que as penas alternativas, longe de trancafiarem pessoas que cometeram algum pequeno ou médio delito, tornando-as isoladas da sociedade, em cubículos que mais parecem jaulas, aprisionando juntamente gatos e leões ferozes, elas se utilizam de um grande sentido humanístico, ao tentarem reeducar o apenado, fazendo-o viver em sociedade e, principalmente, quando nela prestam algum serviço social. Daí, por que seu uso tem sido crescente em todo mundo e vem mais e cada vez mais capitaneando novos adeptos de uma causa nobre que já não resiste ao trancamento humano, que representa um sistema carcerário historicamente falido e que só macula o homem.

O Estado tem que começar a ser mais seletivo no que concerne a quem deve ficar preso. O importante é que quem cometeu algum delito seja realmente punido. A pena alternativa, longe de ser benefício, é garantia de punição e de justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR, Roberto. **A crise da advocacia no Brasil**. São Paulo: Alfa-Omega, 1991.
- AMERICANO, Odin I. do Brasil. **Manual do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1985.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência das penas de prisão**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 1993.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito alternativo em movimento**. 3. ed. Niterói: Luam, 1999.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Direito alternativo. **Revista Consulex**. Brasília: Consulex, p. 15-16, jul. 1997.
- CLÉVE, Clemerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo, 1993. In: SEMINÁRIO NACIONAL SOBRE O USO ALTERNATIVO DO DIREITO. **Anais...** Rio de Janeiro, jul. 1993.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. **Curso de direito penal**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- HERKENOFF, João Batista. **Crime**: tratamento sem prisão. São Paulo: Vozes, 1997.
- HULSMAN, Louk. **Penas alternativas**. Niterói: Luam, 1993.
- JESUS, Damásio E. de. Sistema penal brasileiro: execução das penas no Brasil. **Revista Consulex**. Brasília: Consulex, n. 1, p. 17-20, jan. 1997.
- JESUS, Damásio E. de. **Direito pena**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1997.
- LEAL, César Barros. Um direito do preso: visita íntima. **Revista Consulex**. Brasília: Consulex, n. 41, p. 30-32, maio 2000.
- MIRABETE, Julio Fabrini. **Código penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999.
- VIEIRA, João Alfredo M. **Noções de criminologia**. São Paulo: Ledix, 1997.
- ZAFFARONI, Raúl Eugênio. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

