



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A crise no sistema prisional

Isabela Serpa Costa Ribeiro

Rio de Janeiro
2010

ISABELA SERPA COSTA RIBEIRO

A crise no sistema prisional

Artigo Científico apresentado à Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro,
como exigência para obtenção do título de
Pós- Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a Mônica Areal.

Rio de Janeiro
2010

A CRISE NO SISTEMA PRISIONAL

ISABELA SERPA COSTA RIBEIRO

Graduada pela Universidade
Federal do Rio de Janeiro - UFRJ.
Advogada.

Resumo: Ao analisar o desenvolvimento histórico das legislações, constata-se que quando a prisão se converteu na principal resposta penológica, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para prevenir delitos, bem como conseguir a reabilitação do delinqüente. Todavia, apesar de ter contribuído para a eliminação das reprimendas aflitivas, dos castigos corporais, das mutilações, a pena de prisão não tem correspondido às expectativas para as quais foi idealizada. A essência do trabalho é abordar as mazelas desse tipo de pena e apresentar possíveis soluções para o problema.

Palavras-chave: Direito Penal; Penas Privativas de Liberdade; Crise.

Sumário: Introdução; 1. Pena. 1.1. Conceito 1.2. As Teorias da Pena. 2. As Penas no Direito Brasileiro. 2.1. Modalidade de Penas Previstas no Código Penal Brasileiro 3. A Pena Privativa de Liberdade 3.1. A crise no sistema 3.2. Reforma do Sistema de Penas 4. Propostas de Alternativas para o Sistema de Penas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda a ineficiência do sistema carcerário no país como forma de reabilitação e reinserção de indivíduos que cometeram crimes. Para tal, demonstra que o ambiente prisional possui fatores materiais, psicológicos e sociais que estimulam a delinqüência quando deveriam inibi-la.

A experiência histórica demonstra que a pena privativa de liberdade não é a única nem a melhor solução no combate e prevenção à criminalidade. O custo econômico e o grande índice de reincidência dos submetidos à pena de prisão revelam a crise desta modalidade de resposta penal ao delito de pequena e média lesividade social, afastando-se do ideal de reabilitação do autor do ilícito à comunidade.

Objetiva-se demonstrar as mazelas desse tipo de pena, a exclusão do preso que dificilmente conseguirá se reinserir à sociedade, além da influência negativa que o ambiente prisional proporciona aos detentos, tornando-os ainda mais agressivos.

A pena não termina com a saída do condenado do cárcere já que as penitenciárias oferecem nenhuma, ou poucas, oportunidades de formação prisional para se enfrentar o mercado de trabalho quando posto em liberdade. Com as novas condições econômicas, a competição no mercado aberto entre os produtos do trabalho na prisão e os do trabalho livre torna-se desleal. Há um verdadeiro abismo que separa o réu da sociedade, o que faz com que o indivíduo, após sair da instituição seja condenado à exclusão e marginalidades sociais.

Neste contexto, o presente trabalho busca aprofundar as principais deficiências da prisão, as causas que originam ou evidenciam sua crise, as quais impedem, invariavelmente, a ressocialização do condenado bem como a inclusão social do egresso.

Ao longo do artigo serão analisados os seguintes tópicos: o conceito e as teorias da pena, as penas no Direito Brasileiro e suas modalidades no Código Penal, a pena privativa de liberdade e a crise no sistema de penas.

Por fim, será apresentada uma possível reforma do sistema de penas, revelando a existência de outras alternativas para o seu cumprimento que substituam o encarceramento, com a finalidade de que haja sempre o respeito à dignidade humana daquele que praticou um crime, para que este possa ser reinserido na sociedade e conseqüentemente haja a redução da criminalidade no país.

1 - PENA

1.1.CONCEITO

Inicialmente, deve-se buscar a origem da palavra. O termo vem do latim *poena*, que significa castigo, suplício, ou ainda, *punere* (por) e *pondus* (peso), no sentido de contrabalançar, em face do equilíbrio dos pratos da balança da Justiça.

A pena criminal é a sanção imposta pelo Estado e consiste na perda ou restrição de bens jurídicos do autor da infração, em retribuição à sua conduta e para prevenir novos ilícitos. DOTTI (2004). Como fins da pena, menciona o dever de prevenir e reprimir as condutas ilícitas e culpáveis.

CARRARA (2002) pondera que a palavra pena tem três significados distintos: em sentido geral, exprime qualquer dor, ou aquilo que ocasione dor; em sentido especial, designa um mal que sofremos por causa de um fato nosso, perverso ou incauto; e desse modo compreende todas as penas naturais; em sentido especialíssimo, indica o malefício que a autoridade pública inflige a um culpado em razão de um delito por ele praticado.

Ainda segundo CARRARA (2002), dificilmente se abrangem com a definição de um objeto, seus fins e suas causas. Estes elementos, assim, concernem ao desenvolvimento da teoria. Desta forma, define pena como o mal que inflige o Magistrado àqueles que, observadas as formalidades devidas, tenham sido reconhecidos culpados por um delito. Impor um mal a quem seja inocente, ou sem lei definidora, ou de modo arbitrário, caracterizaria uma vingança, uma violência, e nunca uma pena, no sentido jurídico. Se por outro lado, o legislador cominou

a pena por fins irracionais, ou com exorbitância da razão punitiva, a pena será injusta, abusiva, mas obviamente será uma pena.

1.2.AS TEORIAS DA PENA

A partir do momento em que o indivíduo passa a viver em sociedade, cede parcela de seus direitos e também recebe, em contrapartida, direitos e obrigações. Surge, então, o direito de punir do Estado, na medida em que ele dita as regras a serem cumpridas pela coletividade e estabelece a pena a ser aplicada ao infrator destas regras. A incriminação de certos comportamentos destina-se à proteção de determinados bens e interesses, considerados de grande valor para a vida em sociedade. O que se busca, através da incriminação, é a imposição da sanção e de sua efetiva execução, evitando que esses comportamentos se realizem.

Dessa forma, é o Estado o centralizador de um sistema punitivo que constitui rigoroso instrumento de controle social, perpetrado através da mais grave sanção jurídica, qual seja a pena, juntamente com a medida de segurança, em alguns casos especiais.

Estado, pena e culpabilidade são elementos diretamente correlacionados. Evidentemente, os fins da pena, como teorias que indicam a missão que tem a pena pública, são um meio adequado para concretizar o juízo de culpabilidade. BITTENCOURT (1993).

FOUCAULT (1987, p.86), na forma filosófica e psicológica que lhe é peculiar, discorre sobre a mitigação das penas: “A punição ideal será transparente ao crime que sanciona; assim, para quem a contempla, ela será infalivelmente o sinal do crime que castiga; e para quem sonha com o crime, a simples idéia do delito despertará o sinal punitivo”.

Muitas foram – e têm sido - as justificativas encontradas para a aplicação da pena, bem como sua função, o que impôs a doutrina a analisar as diversas explicações teóricas, ou seja, a missão que tem a pena pública. São elas as mais importantes: teorias absolutas, teorias preventivas, teoria mista ou unificadora e teoria da prevenção geral positiva.

É de bom alvitre esclarecer que função e conceito de pena são de maneira alguma sinônimos. Afirmar ser a pena um mal, um castigo que se impõe pela prática de um delito - conceito genérico de pena - não implica que a sua função seja meramente retributiva. É sobre as teorias absolutas da pena, também chamadas retribucionistas, que iniciaremos a abordagem do assunto.

As primeiras teorias a serem estudadas são as Teorias Absolutas. Historicamente, o Estado Absolutista, com seu soberano autocrático e demais elementos que compuseram certo período da Idade Média, é considerado, para muitos, um Estado de transição entre o Estado feudal e o Estado burguês. O surgimento do mercantilismo deu início a um processo de debilitação e decomposição deste Estado absoluto, dando lugar a um Estado burguês, aplicador da teoria do Contrato Social. O aumento da burguesia - e seu efetivo desenvolvimento – trouxe a necessidade de implementação de meios que protegessem o capital que vinha se acumulando. A pena não podia mais ser concebida como vinha sendo até então, precisava ser um meio a mais na realização do objetivo capitalista. É quando este Estado do contrato social passa a conceber a pena como a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis, e não mais com fundamento na identidade entre Deus e soberano ou religião e Estado.

Para essas teorias, então, a pena é um fim em si mesma e se trata de exigência da justiça. Quem pratica um mal deve sofrer um mal, sendo justamente retribuído pelo ato praticado. Possui um caráter essencialmente retributivo, qual seja o de punir o agente pelo

crime que cometeu, e fundamento essencialmente ético e moral, subentendido em um fundo filosófico.

As teorias preventivas, também chamadas de relativas ou utilitárias, buscam fins preventivos posteriores, com fundamento na necessidade de sobrevivência do grupo social. Aqui não mais se visa retribuir o fato delitivo cometido, mas prevenir que ele se concretize. Pune-se não para fazer um mal ao delinqüente, mas para evitar que volte a delinqüir ou para que não incentive outros a fazê-lo. A punição não é retribuição, é, na realidade, um instrumento que visa coibir o crime através da imposição de um mal.

Utilizada como meio de segurança social e defesa da sociedade, tal prevenção pode ser obtida através de duas formas: a prevenção geral, ao ser cominada abstratamente intimidando todos os componentes da coletividade; e a prevenção particular ou especial, voltada ao próprio delinqüente, que objetiva impedir que ele pratique novos crimes, intimidando-o e corrigindo-o no caso concreto, o que evitaria a reincidência.

Essas idéias prevencionistas desenvolveram-se na época do Iluminismo, na transição do Estado absoluto ao Estado liberal.

As Teorias Mistas, conhecidas também como Ecléticas ou Unificadoras unem as teorias absolutas e relativas, tentando agrupar em um conceito único os fins da pena.

Referidas teorias atribuem ao Direito Penal a função de proteção à sociedade; aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores das exigências de prevenção, e não permitem que a pena vá além da responsabilidade decorrente do fato praticado.

2. AS PENAS NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 MODALIDADES DE PENAS PREVISTAS NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Em sua redação original, o Código Penal classificava as penas em principais e acessórias. Estas consistiam na perda da função pública, nas interdições de direitos e na publicação da sentença; aquelas consistiam na reclusão, detenção e multa. As acessórias não se aplicavam isoladamente, mas ao lado das principais.

Numa classificação atual das penas, costuma-se estabelecer dois tipos: penas institucionais e penas alternativas. Estas são sanções menos graves que a perda da liberdade, traduzindo-se em nosso sistema na reclusão, detenção e prisão simples, não se confundindo, ressalte-se com as penas restritivas de direitos. Aquelas são penas cumpridas nas denominadas instituições completas e austeras, as conhecidas penitenciárias, guardando internos de qualquer tipo.

Vários foram os motivos que ensejaram à criação das penas alternativas, que tiveram expressivo avanço através das Leis nº 6.416/77 e nº 7.209/84. Pode-se dizer que foram uma reação à maldição, ao tormento, à morte, às mutilações, enfim, às reações brutais que se alternaram no curso da história da humanidade e do Direito Penal com relação ao condenado.

A Constituição da República apresentou duas novas vertentes defensoras da aplicação das penas alternativas: a obrigação de motivar as decisões judiciais e a prestação social alternativa. Uma dirigida ao juiz; outra ao condenado. E saliente-se que nenhuma outra

Carta Política as hipóteses de reação penal e os moldes de segurança apresentaram-se de maneira tão clara e impositiva.

Enfim, com a reforma trazida pela Lei nº. 7.209/84, consagrou-se a existência de três espécies de pena no Código Penal Brasileiro, que estão assim previstas no seu artigo 32: penas privativas de liberdade; penas restritivas de direitos e pena de multa.

Não obstante haja a previsão desses três tipos de reprimenda em nosso Código Penal, importa ressaltar que a legislação especial prevê ainda outras modalidades: a prisão simples (Lei das Contravenções Penais), a pena de morte (crimes militares em tempo de guerra), a prisão, a suspensão de exercício do posto e a reforma (Código Penal Militar), bem como as penas acessórias inscritas nos artigos 12 da Lei das Contravenções Penais, 2º do Decreto-lei n. 4.126/42, etc.

A Pena Privativa de Liberdade é a mais grave sanção prevista em nosso ordenamento jurídico-penal. Reconhece-se, entretanto, ser a providência estatal mais adequada à prevenção e à repressão da criminalidade no que diz respeito às formas graves de ilicitude e temeroso comportamento humano.

As penas privativas de liberdade são de duas espécies: reclusão e detenção. Atualmente, tal distinção tornou-se quase que puramente formal, havendo forte tendência na legislação atual de aboli-la, transformando-a em uma única espécie. Entretanto, a Reforma Penal Brasileira de 1984 adotou “penas privativas de liberdade” como gênero, permanecendo a reclusão e a detenção como espécies, o que efetivamente parece-nos correto, por existirem profundas diferenças entre reclusão e detenção.

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 33, *caput*, prevê que a pena de reclusão deverá ser cumprida em regime fechado, semi-aberto, ou aberto; a pena de detenção, porém, terá seu cumprimento iniciado em regime semi-aberto ou aberto – admitindo-se excepcionalmente a regressão para o regime fechado.

O sistema de cumprimento da pena privativa de liberdade prevê a possibilidade de progressão e regressão de regimes, de acordo com o cumprimento da pena e o comportamento do condenado, sempre produto de uma sentença penal condenatória. A Lei prevê esta modalidade de mudança no *status* do réu nos arts. 33, §2º, do CP e 112 da LEP.

Na progressão evolui-se de um regime mais rigoroso para um menos rigoroso, por determinação do juiz, e se dá quando houver o cumprimento de ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior para crimes comuns, 2/5 (dois quintos) no caso de réu primário e 3/5 (três quintos) para reincidente em virtude da prática de crimes hediondos. Além disso, devem ser observados os requisitos de ordem subjetiva, ou seja, bom comportamento carcerário. Nas hipóteses de progressão não ocorre de um condenado ser transferido de um regime fechado para um aberto diretamente; necessário se faz que passe, antes pelo regime semi-aberto. Ou seja, é vedada a progressão em saltos. Este sistema serve para a gradual readaptação do condenado à sociedade, já que propicia ao recluso a possibilidade de evoluir para um regime mais benéfico, proporcionando-lhe maior contato com a família e com a sociedade como um todo.

Entretanto, no sistema da regressão, o condenado pode passar do regime aberto diretamente para o fechado. Isso ocorre porque a regressão é a transferência de um regime para outro mais rigoroso, na hipótese de o condenado beneficiado pela progressão venha a demonstrar sua incompatibilidade com o novo regime, trazendo graves prejuízos à defesa social e aos fins da pena. Ainda, prevê-se a regressão, obrigatoriamente, quando o sentenciado praticar fato definido como crime doloso ou falta grave ou sofrer condenação por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (art. 118, LEP). Se o condenado, no regime aberto, frustra o fim da execução ou, podendo, não paga multa a ele imposta, também há regressão de regime (art. 118, § 2º, LEP).

As Penas Restritivas de Direitos constituem uma nova visão dos problemas do delito, do delinqüente e das reações penais, contendo indiscutível acento didático e utilitário.

A denominação dada às penas restritivas de direitos não é das melhores, visto somente uma modalidade, dentre as previstas naquelas sanções, dizem respeito especificamente à restrição de direitos. A prestação pecuniária e a perda de bens e valores possuem natureza pecuniária.

Sabe-se que as penas alternativas à privativa de liberdade (marco da humanização da sanção criminal) são sanções modernas, pois os próprios reformadores, como Beccaria, Howard e Bentham, não as conheceram. A verdade é que é claro o fracasso da pena privativa de liberdade em seus objetivos declarados.

As Penas Restritivas de Direitos são reações contra o autor da infração, as quais limitam o exercício de certos direitos, liberdades ou garantias. Atualmente, as penas restritivas de direitos previstas em nosso ordenamento penal, estão previstas no art. 43.

A pena de multa é uma alternativa das mais antigas às penas corporais, de larga aplicação na Antigüidade – quando possuía caráter indenizatório -, ressurgindo, depois, na Idade Média. Após, foi sendo gradualmente substituída pelo severo sistema de penas corporais e a morte, as quais, por sua vez, foram abarcadas pela pena privativa de liberdade, em meados do século XVII.

A pena pecuniária, que em sentido amplo corresponde a *multa* e o *confisco*, pode ser definida como a sanção reversível em dinheiro (*pecúnia*). A multa seria uma “obrigação imposta ao condenado de pagar ao fundo penitenciário uma quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa”. DOTTI (1999, p.475)

A classificação mais aceita das penas pecuniárias é:

- a) confisco;
- b) multa reparatória e

c) multa

A multa não acarreta perda da liberdade, não tem o caráter infamante da prisão; a multa não restringe direitos, ao contrário das sanções restritivas de direitos; por fim, a multa deve ser proporcional às condições econômicas do condenado.

3. A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

3.1. A CRISE DO SISTEMA

Em uma análise histórica das legislações, quando a prisão se converteu na principal resposta, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para prevenir delitos, bem como conseguir a reabilitação do delinqüente. Durante muito tempo, pairou nas comunidades um sentimento otimista acerca da validade da prisão, no que tange à realização de todas as suas finalidades. Todavia, apesar dela ter contribuído para a eliminação das reprimendas aflitivas, dos castigos corporais, das mutilações, a pena de prisão não tem correspondido às expectativas para as quais foi idealizada. Bem pelo contrário, na realidade, o que se verifica é a sua aplicação pelas vias da injustiça e da ilegalidade. Não cumpre seus fins previstos e, longe de edificar o povo, desmoraliza-o, destruindo qualquer sensibilidade, qualquer virtude, os laços de solidariedade e a perda de sentido.

A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, tendo-se em vista que grande parte dos questionamentos com relação à prisão refere-se à

impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado. BITTENCOURT (2002).

Verifica-se que a pena, sendo um mecanismo de harmonização social, na medida em que procura evitar e punir a prática de determinados atos considerados nocivos à sociedade, exerce papel de fundamental importância no nosso contexto, implicando no dever do Estado em zelar pela sua execução dentro dos parâmetros da legalidade e da finalidade para qual foi idealizada.

Ademais, a pena privativa de liberdade está envolta num sentimento moral. Isto significa que a sociedade retira da esfera privada o direito de punir, remetendo tal atribuição ao poder público, que representa um poder equilibrado, neutro, preciso e isento. Para que o *jus puniendi* do Estado atinja seus objetivos, que é manter a paz social, zelando pela correta execução de seus meios coercitivos, a pena deve ter um papel de controle, de punição, repressão, prevenção e ressocialização.

Em momentos históricos passados, como vimos, a privação da liberdade chegou a representar um freio no comportamento humano, sendo vista com respeito ou, pelo menos, fazendo surtirem os efeitos desejados pela política criminal da época. Entretanto, atualmente, os fins da prisão não vêm sendo realizados de forma plena e indiscriminada, trazendo à tona discussões a respeito da eficácia da pena privativa de liberdade, seus princípios e suas finalidades. Tais discussões estão alicerçadas, basicamente, em dois argumentos, que podem ser assim resumidos:

a) Considera-se que o ambiente carcerário, em razão de sua antítese com a comunidade livre, converte-se em meio artificial, antinatural, que não permite realizar nenhum trabalho reabilitador sobre o recluso.

b) Sob outro ponto de vista, menos radical, porém igualmente importante, insiste-se que na maior parte das prisões do mundo as condições materiais e humanas tornam inalcançável o objetivo reabilitador.

Atualmente, existe nos países profundo interesse pelos assuntos penitenciários, quais sejam os problemas das prisões, os direitos dos presos, os fatos escandalosos, guerrilhas e motins que ocorrem nas prisões etc. Adentrar em assunto tão polêmico não se fará possível sem antes analisarmos a história da formação social brasileira.

Efetivamente, estudar a história da formação social brasileira é se referir a um quadro de violência, de exclusão, de desigualdade, de privação de bens e direitos. A exata compreensão deste quadro, que marca tão fortemente a história de nossa formação social, é trazer, desde nossas raízes, a dramática marca da exclusão e da desigualdade social. Necessário também se faz, identificar as necessidades humanas fundamentais e os direitos dela decorrentes, quais sejam o direito à família, à cidadania, à dignidade social, ao desenvolvimento cultural e espiritual, direito à juventude e velhice dignas, direito a um meio ambiente saudável, à habitação e moradia dignas, etc. Não obstante o reconhecimento destes direitos fundamentais e direitos deles decorrentes, é seu desatendimento que constitui a regra da história da formação social brasileira, que traz como marca mais característica a distribuição desigual dos bens e oportunidades sociais gerando enormes contrastes entre a imensa maioria que vive em condições de miséria, pobreza, indigência, e uma pequena minoria, especialmente ligada ao capital internacional, que desfruta de riqueza. O quadro de violência que marca a história da nossa formação social esta muito além, porém, do âmbito estreito das ações criminalizadas. A pena é uma desigual e seletiva manifestação de poder.

Nossos cárceres são abrigados por parcela significativa de vítimas da indigência, da ignorância, da ociosidade, de um arsenal de carências de toda ordem, retornaremos à problemática inicial, qual seja, a do descaso e abandono de nossa população mais necessitada.

Aqui, não estamos afirmando, de maneira alguma, que os indivíduos desprovidos de bases materiais necessariamente sejam convertidos em criminosos. A conclusão a que chegamos é a de que os mesmos fatores geradores da miséria são também direcionadores da ação criminal, ou seja, que a prática delituosa tenha se tornado uma estratégia de sobrevivência.

O grande desequilíbrio e a exclusão social que marcam nossa formação, ou seja, a ostentação para uma minoria e o desfavorecimento total para a grande massa, é causa consubstanciada de indução ao crime.

A degradação do sistema penitenciário chegou a níveis intoleráveis, caracterizando-se, as prisões, em verdadeiros depósitos de pessoas.

Neste sentido, muito se tem falado no sentido de que o problema da prisão é a própria prisão, ou seja, está na sua essência. A prisão é uma fábrica de delinquentes, e esta afirmação é dita em seu sentido mais literal, quando se percebe que aquele indivíduo que vai para a prisão, às vezes por praticar um roubo de sete reais, ao sair do cárcere volta é devolvido à sociedade como um grande delinqüente. É comum dizer que o indivíduo que vai pra prisão perde a sua liberdade; teoricamente deveria perder só aquilo, mas, entretanto, é cediço que perde sua própria dignidade.

O sistema carcerário nas sociedades capitalistas contemporâneas transformou-se num verdadeiro mecanismo de marginalização, produtor de uma população criminosa, administrando-a em nível institucional, de modo a torná-la inconfundível e a adaptá-la a funções próprias. A comunidade carcerária possui características constantes, predominantes em relação às diferenças nacionais, o que permitiu a construção de um verdadeiro modelo. E as características de tal modelo encontram-se consubstanciadas no fato de que os institutos de detenção produzem efeitos contrários àqueles esperados, ou seja, a reeducação e reinserção do condenado. É um modelo de inserção do condenado à população criminosa.

O cárcere é contrário a qualquer modelo ideal educativo. Lá o indivíduo (porque o preso é, acima de tudo, ser humano como nós) é destruído moralmente, degradado, excluído, inserido num modelo de terror. Um exemplo desta degradação moral do encarcerado são as cerimônias de início da detenção, com as quais o indivíduo é despojado dos símbolos exteriores de sua própria autonomia, como vestuários e objetos pessoais. A educação promove o sentimento de liberdade e de espontaneidade do indivíduo: a vida no cárcere, como universo disciplinar, tem um caráter repressivo e uniformizante. BARATTA (2002)

O condenado a pena privativa de liberdade passa por um processo de desculturação, ou seja, é desadaptado às condições necessárias para a vida em liberdade, distanciando-se progressivamente dos valores e dos modelos de comportamento próprios da sociedade externa. Ao contrário, é submetido a um processo de aculturação prisional, ou como antes mencionado, marginalização, inserindo-se e convertendo-se ao sistema penitenciário, adotando valores característicos da subcultura carcerária. Estes aspectos da subcultura carcerária são inversamente proporcionais às possibilidades de reinserção do indivíduo na sociedade livre – pré-conceituosa, desigual e burocrata.

Após passar por todo este processo de marginalização, fruto deste famigerado Direito Penal do Terror, ou como alguns costumam chamar, desta inflação legislativa penal, o encarcerado é convidado a retornar à sociedade, momento em que se estabelece, antes de tudo, uma relação entre quem exclui (sociedade) e quem é excluído (preso). A pena não termina com a saída do condenado do cárcere. Estudos mostram que em 9 de cada 10 casos a pena não termina nunca, pois o indivíduo sai da prisão sem as mínimas condições de laborar, sendo excluído e impossibilitado de exercer suas funções como cidadão, encontrando solução no crime, novamente. O processo de exclusão implicado no mercado de trabalho representa um dentre vários efeitos negativos das prisões.

Um dos mais graves problemas que a reclusão produz é a segregação, a exclusão social do indivíduo cumpridor de pena privativa de liberdade. Trata-se de uma desadaptação tão profunda que resultam quase nulas as chances de reinserção social do delinqüente, especialmente no caso de pena superior a dois anos (que se sabe pode ser cumprida em regime aberto, conforme preceitua o Código Penal Brasileiro nos casos especificados).

Diversos estudos foram feitos a fim de se fazer um levantamento de números e estatísticas com relação ao perfil do preso, e as conseqüências da reclusão. Um dado freqüentemente referido como de efetiva demonstração do fracasso da prisão são os elevados índices de reincidência, na contramão do ideal de reabilitação do interno. Os países latino-americanos, infelizmente, ainda não apresentam índices estatísticos confiáveis, porém um levantamento pode ser feito, estimando-se que em torno de 85% dos presos brasileiros são reincidentes. O custo é quase tão alarmante: cinco salários mínimos ao mês por preso.

Por óbvio que atribuir o fracasso do sistema penal exclusivamente às altas taxas de reincidência seria um equívoco. São diversos os fatores que ensejaram o atual paradigma de falência da pena de prisão, e as pesquisas lutam por chegar a conclusões contundentes, analisando as causas, efeitos e perfil do encarcerado.

Facilmente percebe-se que a volta ao crime é resultado de fatores sócio-econômicos. As penitenciárias oferecem poucas oportunidades de formação profissional para se enfrentar o mercado de trabalho quando posto em liberdade. O trabalho, no âmbito do sistema penal, que em tempos remotos significou um papel específico da pena, hoje pode ser considerado instrumento de readaptação social do detento, o que, infelizmente, não é o que ocorre. Com as novas condições econômicas, a competição no mercado aberto entre os produtos do trabalho na prisão e os do trabalho livre tornou-se um problema sério. Há um verdadeiro abismo que separa o réu da sociedade, fazendo do condenado, após sair da instituição total, condenado no sentido real da palavra: condenado à exclusão e marginalidades sociais.

O objetivo principal das prisões é, como todos sabem, a proteção da sociedade, e aqui residem profundas contradições no que se refere ao objetivo ressocializador que se atribui à pena privativa de liberdade.

A instituição total transforma o interno em um ser passivo, produzindo nele uma série de degradações, depressões e humilhações. A barreira, ou mesmo um verdadeiro abismo que as instituições totais levantam entre o interno e a sociedade exterior representa a primeira mutilação, na medida em que desde o momento em que o indivíduo é extraído da sociedade, é despojado da função que nela cumpria.

Posteriormente, o interno é submetido aos procedimentos iniciais de inclusão no sistema, implicando numa “coisificação da pessoa”, sendo transformado através de operações de rotina. BITTENCOURT (2002)

A prisionalização é a forma como a cultura carcerária é absorvida pelo interno, assimilando-se ao conceito que a sociologia dá à assimilação. À medida em que o recluso é submetido a um processo de aprendizagem (de delinquência, marginalização, manias e poder) há a possibilidade de se integrar ou não, em maior ou menor grau, à subcultura carcerária, produzindo-se dificuldades aos esforços que se faz em favor de um tratamento ressocializador.

Trata-se de um fenômeno criminológico comum a todas as instituições fechadas, na medida em que o recluso adapta-se à nova forma de vida, adotando novos usos, costumes, uma nova forma de linguagem, impostos pelos próprios internos no estabelecimento penitenciário, porque não tem outra alternativa.

Há diversos fatores determinantes do grau de prisionalização do recluso, como o tempo de duração da pena, a personalidade do indivíduo, o contato com pessoas que não estão reclusas, etc.

Desta forma, mostra-se evidente a execução de alternativas à pena privativa de liberdade a indivíduos não perigosos, condenados a penas curtas, não merecedores desta falida e degradante instituição denominada prisão.

3.2. REFORMA DO SISTEMA DE PENAS

A prisão é uma amarga necessidade de seres imperfeitos que são os homens. A prisão é uma exigência amarga, mas imprescindível. Pode-se dizer que a pena de prisão já nasceu falida, mas seu nascimento foi necessário para dar fim às soluções drásticas da época, ou seja, as penas corporais e a morte. BITTENCOURT (2002)

Ainda não se pode abrir mão da pena privativa de liberdade. É inviável a abolição da prisão. O que se impõe é transformar radicalmente a instituição total, buscar alternativas penais à privação da liberdade, para tornar menos graves aquelas distorções. Enquanto não houver condições políticas, econômicas e sociais para a total abolição da prisão, devemos advogar reformas e medidas alternativas a ela, ou seja, aperfeiçoar a pena privativa de liberdade, quando necessária, e substituí-la, quando possível e recomendável. As penas privativas de liberdade deveriam limitar-se às penas de longa duração e àqueles condenados perigosos e de difícil recuperação. Caminha-se, portanto, em busca de alternativas para a pena de prisão.

Traça-se, no horizonte do terceiro milênio, um quadro de transição das penas privativas de liberdade, sob a égide de princípios tão remotos – e porém, ainda inaplicados – como os que iluminaram a vitoriosa Revolução Francesa (1789), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a República Federal da Alemanha.

A transição da pena privativa de liberdade para outras espécies de sanções capazes de atender às reações criminais, implica em uma reforma sistemática, cujos pilares não subsistirão sem as garantias de um regime político forte e protetor, estabelecido pelo Estado Liberal de Direito. Além do amparo político e institucional, para o estabelecimento de bases a uma reforma do sistema penal, é mister que se garanta ao povo o direito de contribuir ativamente nos projetos de reforma. E aqui, o princípio da publicidade, exprimido na liberdade de imprensa, deflui de forma expressa.

O que não se pode continuar a tolerar é a função da pena como mera manifestação de poder, como se vê atualmente.

A Lei nº 7.209, de 11.07.1984, que reformou a Parte Geral do Código Penal Brasileiro, está em sintonia com a concepção democrática de pena, estabelecendo ser a culpa fundamento para escolha e quantificação da pena, enquanto a periculosidade é a base para a medida de segurança. Desta forma, é imperativa a individualização da pena, encontrando-se aí o principal ângulo de funcionalidade do sistema enquanto instrumento de revolução à estrutura sócio-econômica dominante, incentivando a crença nos meros desvios individuais, que devem ser combatidos.

Reunidos os elementos da conduta punível (ação típica, antijurídica e culpável) e inexistindo causa de não-aplicação da pena (ex.: art. 140, § 1º, do CP) ou extintiva da punibilidade (art. 107 do CP), cumpre ao juiz, na sentença, aplicar a sanção penal prevista para o caso. E essa sanção, por preceito constitucional (art. 5º, XLVI), deve ser individualizada. A individualização já começa na elaboração da lei (individualização legislativa), quando são escolhidos os fatos puníveis, as penas aplicáveis, seus limites e critérios de fixação. A individualização feita na sentença, ao réu, no caso concreto, corresponde à segunda fase (individualização judicial), seguida da individualização executória, durante o cumprimento da pena.

A individualização judicial é uma garantia do réu e deve ser sempre fundamentada, não de forma vazia, com a repetição dos dizeres da lei e termos abstratos, mas com a indicação precisa dos fatos provados nos autos. A boa individualização judicial depende de o juiz ter-se preocupado, durante a instrução do feito, com a colheita e o registro dos elementos que serão necessários para a posterior definição da pena.

O sistema penal brasileiro contempla as penas institucionais, que são as penas privativas de liberdade (reclusão, detenção e prisão simples), e as penas alternativas, que são as penas restritivas de direitos (art. 43, CP), a pena de multa, cominada na norma incriminadora, e a multa reparatória (art. 297 do CTB). O julgador deve examinar ainda a possibilidade de substituição da pena por medida de segurança quando o réu for semi-imputável e necessitar de especial tratamento curativo (art. 98).

Em palestra ministrada no já referido Congresso Brasileiro de Execução de Penas e Medidas Alternativas, a Secretária Nacional de Justiça do Distrito Federal, a Dr^a. Cláudia Maria de Freitas Chagas definiu algumas metas de incentivo à aplicação de penas alternativas à prisão, preconizando que a idéia do Governo Federal não é impor um modelo único de transformação, mas incentivar qualquer modelo que vise à aplicação desses métodos. Lembrou modelos aplicados em Minas Gerais, no Ceará e no Rio Grande do Sul, com sistemas diferentes de monitoramento, mas onde, porém, já se notam mudanças e resultados práticos positivos. Para renomada doutora, a sociedade tem deixado prevalecer a impressão que leis com penas mais rigorosas diminuem a criminalidade, o que na sua opinião é errado.

Fator igualmente urgente entre as bases necessárias à introdução de alternativas à pena de prisão é uma séria e profunda revisão do conjunto das infrações penais. Os ilícitos penais estabelecidos pelo Código de 1940 e as leis que o seguiu, não mais refletem eficazmente os interesses e anseios da comunidade. Daí se vê esta grande “inflação legislativa” atual, expressão oportunamente já citada.

Necessário se faz um processo de descriminalização, quer dizer, o abandono de algumas condutas, ou destipificação de certas infrações com caráter criminal. O processo legal-social de descriminalização deve abranger tanto o Direito comum como o especial; tanto o fundamental como o complementar. Podemos citar algumas destipificações em nosso sistema, como o antigo crime de adultério, o incesto, a inseminação artificial, bem como a expressão “mulher honesta”.

Enfim, destipificação, despenalização, descriminalização são tendências contemporâneas de reforma, em cuja matéria deve sempre vigorar o princípio da intervenção mínima, ou seja, que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques graves aos bens jurídicos mais importantes, cedendo perturbações de outra natureza aos demais ramos do Direito. Desta forma, com a aplicação deste princípio, estar-se-ia limitando o poder punitivo do Estado, que com freqüência tende a se expandir.

4. PROPOSTAS DE ALTERNATIVAS PARA O SISTEMA DE PENAS

Vários setores são mobilizados ao se tratar de penas alternativas à prisão - ou como alguns preferem chamar, medidas alternativas – como a política criminal, a Sociologia, a Psicologia, o Serviço Social etc. A política criminal, especificamente, pretende harmonizar as estratégias de combate à criminalidade com as elaborações teóricas da dogmática jurídico-penal. Isto quer dizer, os resultados para um novo sistema de penas só serão alcançados com a integração de todos os setores, e inclusive com a mobilização e participação popular, pois os esforços manifestados nos diversos setores do pensamento jurídico-penal e criminológico têm importantes pontos comuns.

As análises de programas de tratamento e de reinserção do preso à sociedade devem ser vistas não somente como alvo de projeção, de idealização, mas como uma “utopia realizável”, com o perdão da contradição. Isso porque qualquer programa, na área da cultura, do trabalho, da assistência social, deve estar orientado para uma continuidade pós-carcerária na medida em que trata de problemas que não dizem respeito somente à vida na prisão, mas vinculam-se igualmente a qualquer cidadão.

O Brasil possui alguns substitutivos às penas privativas de liberdade.

A suspensão condicional da pena, ou *sursis* é “principalmente, uma instituição destinada, além de outros objetivos, a substituir as penas curtas privativas de liberdade, ao mesmo tempo individualizadora, em sentido primordialmente subjetivo, baseada fundamentalmente na suposta falta de periculosidade de delinqüente primário e ocasional”.

BITTENCOURT (1993)

Constitui referido instituto em um meio alternativo com índices dos mais elevados da moderna evolução ética, política e científica da Justiça Penal. Daí o grande número de defensores desta política criminal.

De um modo geral, todo o condenado à pena privativa de liberdade não superior a dois anos – não se fazendo mais distinção entre reclusão ou detenção - poderá tê-la suspensa, desde que preencha os requisitos ou pressupostos previstos no artigo 77 do Código Penal.

Na verdade, o *sursis* significa uma suspensão parcial da pena privativa de liberdade, durante certo tempo e mediante determinadas condições. Em outras palavras, é uma modificação na forma de cumprimento da pena suspensa, que é efetivamente executada, no primeiro ano de prazo, na modalidade de pena restritiva de direitos, além das demais condições.

Na concessão do *sursis* ao condenado, o Magistrado deverá, também, verificar se, no caso concreto, não é cabível pena restritiva de direitos, hipótese automaticamente excludente da possibilidade de suspensão condicional da execução da pena.

Outro instituto alternativo à prisão são as penas pecuniárias, dividindo-se na seguinte classificação: confisco, indenização ao ofendido e multa. O confisco foi instituído pela Constituição Federal de 1988, em verdadeiro retrocesso, sob a expressão perda de bens. A multa reparatória ou indenização chegou a ser prevista no anteprojeto da Reforma Penal, sendo, porém, suprimida de seu texto final. E, por último, temos a multa, tradicionalmente consagrada nas legislações, possuindo duas características básicas: a possibilidade de conversão em pena de prisão, caso não seja paga e a impossibilidade de ser transferidas para os herdeiros ou sucessores do apenado.

Observa-se que a multa pode surgir como pena comum (principal) ou alternadamente, e como pena substitutiva da privativa de liberdade. O Código Penal previu duas hipóteses em que a pena privativa de liberdade pode ser substituída por multa: no caso de penas privativas de liberdade não superiores a seis meses, independentemente de se tratar de crime culposo ou doloso (artigo 60, §2º CP) e nos crimes culposos cuja pena seja igual ou superior a um ano de detenção (artigo 44, parágrafo único, CP).

Aos juízes cabe evitar transformar a prestação pecuniária em principal resposta penal ao crime. Esse cuidado deve estar presente especialmente quando a pena privativa de liberdade for alta, pois é impróprio escolhê-la em detrimento de outras alternativas mais eficazes do ponto de vista da repressão penal, como a de prestação de serviços à comunidade. Se houver dano a reparar, a prestação pecuniária será apenas a antecipação da indenização civil, que não será paga pelo desprovido de recursos, categoria a que pertence a maioria dos réus em processos criminais, e não será sentida pelo abonado, porquanto o seu valor máximo é relativamente baixo, muito aquém do que pode ser imposto a título de multa.

As penas restritivas de direitos caracterizam uma medida alternativa à prisão de extrema eficácia, estando condicionadas a determinados pressupostos que devem estar presentes simultaneamente: quantidade de pena aplicada ou natureza do crime cometido; réu não reincidente e prognose de suficiência da substituição.

As penas restritivas de direitos apresentam-se nas seguintes espécies, já analisadas oportunamente: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é a pena restritiva que melhor atinge as finalidades da substituição: afasta o condenado da prisão e exige dele um esforço a favor de entidade que atua em benefício do interesse público, tornando-o partícipe e colaborador de seus programas e objetivos; tem eficácia preventiva geral, pois evidencia publicamente o cumprimento da pena, reduzindo a sensação de impunidade, e é executada de forma digna, de modo socialmente útil e sem maior despesa para o Estado; tem eficácia especial, pois apresenta um dos menores índices de reincidência, conforme evidenciam os relatórios das varas de execução onde instalados a contento os serviços para controle dessa pena. A dificuldade está em que a escolha dessa alternativa depende de um mínimo de organização dos serviços da vara de execuções penais, que deve contar com (1) levantamento prévio das entidades nas quais possam ser prestados os serviços e assinatura de convênio sobre os procedimentos e responsabilidades; (2) serviço estruturado na vara, para manter esse relacionamento com as entidades, organizar a lista de postos de serviços, natureza e localização, receber os condenados e encaminhá-los aos locais adequados; (3) fiscalização do cumprimento da pena. Isso é muito pouco, do ponto de vista administrativo, e depende de poucos recursos, mas parece que tem sido demasiado para o Judiciário, tanto que em apenas poucas comarcas do país foi implantada tal estrutura. Porém, onde o foi de modo adequado e

suficiente, como ocorreu na Vara de Execuções de Porto Alegre a partir de 1988, os resultados são animadores. É da responsabilidade dos juízes impedir que essa solução alternativa, a melhor delas, seja absorvida pelo comodismo da prestação pecuniária.

São requisitos para a substituição: I - no crime doloso, condenação à pena privativa de liberdade não superior a quatro anos (reclusão ou detenção); no crime culposo, não há limite de pena; II - crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa; III - não-reincidência em crime doloso; IV - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do condenado, os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que a substituição é suficiente.

O livramento condicional constitui alternativa à prisão no caso de pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos, conforme disposto no art. 83, do CP, podendo ser aplicado alternativamente à suspensão condicional no caso de pena de dois anos exatos. Para fazer jus ao livramento condicional, o apenado deve, obrigatoriamente, cumprir uma parcela da pena aplicada. Visa este instituto oportunizar a seqüência do reajustamento social do apenado introduzindo-o paulatinamente na vida em liberdade, atendendo, porém, às exigências de defesa social.

O réu não-reincidente goza de certos benefícios legais, como o de iniciar a execução da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto ou aberto; obter a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito ou pela pena de multa. O não-reincidente em crime doloso pode receber a substituição da pena (art. 44, II) e o sursis (art. 77, I).

CONCLUSÃO

De todo o exposto, talvez o mais importante seja considerar e introduzir na sociedade a idéia de que medida alternativa à prisão não é, e nem pretende ser, sinônimo de impunidade, porém de modelo substitutivo de punição.

Por certo que o ato criminoso representa uma opção de natureza desviada em relação aos padrões normais da conduta humana e merece ser punido, e aliás, rigidamente punido. Porém, tornou-se indispensável, talvez para acalmar os anseios da sociedade, contragolpear a lesão cometida com o milenar e conservador ato de encarcerar, de agrupar seres humanos em espaços minúsculos e desumanos, sem sequer atingir o fim último da pena, o de ressocializar. Muito importante, assim, que a execução penal consiga despertar a consciência do condenado ao prejuízo que ele causou à sociedade e, particularmente, à vítima.

As alternativas ao encarceramento devem ser prioridade nas hipóteses de penas leves ou curtas, admoestando o delinqüente, sem contudo desumanizá-lo. A política criminal deve ser aplicada seguindo sempre os princípios norteadores do Direito, impedindo o surgimento de soluções desordenadas. Caso contrário, libertar um delinqüente de grande risco social colocaria em risco a nossa própria liberdade, gerando um despautério e tal hipótese não pode ser admitida.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan: (Instituto Carioca de Criminologia), 2002.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*, v 1. São Paulo: Saraiva, 2003

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1998

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*, Petrópolis: Vozes, 1987