

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Thiago Matheus Tortelli

A (IN) EFICÁCIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO
BRASIL E AS POLÍTICAS CRIMINAIS DO ESTADO

Passo Fundo
2012

Thiago Matheus Tortelli

A (IN) EFICÁCIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO
BRASIL E AS POLÍTICAS CRIMINAIS DO ESTADO.

Monografia apresentada ao curso de Direito,
da Faculdade de Direito da Universidade de
Passo Fundo, como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais, sob orientação do
professor Esp. Álvaro Luiz Pogliã.

Passo Fundo
2012

“...Para que o povo não faça o papel do velho cão estúpido que morde a pedra que nele bate, em vez de procurar a mão que a arremessou...”

Tobias Barreto

RESUMO

A presente monografia jurídica visa o estudo da pena privativa de liberdade, iniciando pelo seu apanhado histórico, seguindo pela análise de suas funções e desaguando no estudo de sua utilização hodierna, isto para que se possa responder ao principal questionamento que diz quanto à ineficácia ou eficácia da pena de prisão no panorama jurídico e social atual. Para tanto, ainda se mostra exigível que as políticas sociais Estatais sejam objeto de avaliação, porquanto banham a utilização da pena privativa de liberdade ora indicando substitutos, ora indicando modos de utilização da mesma. Ao final buscar-se-ão alternativas para o problema da ineficácia da pena de prisão, sendo esta a conclusão final ao questionamento erigido, corroborada pela uníssona voz doutrinária nacional, neste intuito são indicadas as teses de política criminal, no que tangem à utilização da pena privativa de liberdade como última opção ao crime, e tão somente quando de tratar de crimes graves e contra a vida, melhoramento das condições atuais do cárcere para que se mostre profícuo e não deletério e, ainda, a implantação da laborterapia, ou seja, a utilização do trabalho como principal fator de melhora do ser, no intuito principal de afastar a ociosidade e transformar o tempo em prisão num mantenedor, quando possível incrementador, da capacidade produtiva do recluso, afastando com isso o rótulo de criminógena da nossa atual pena privativa de liberdade.

Palavras-chave: Pena Privativa de Liberdade. Política Criminal Brasileira. Ineficácia. Alternativas prisionais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	08
1.1 Evolução histórica	08
1.2 Sistemas penitenciários	11
1.3 Funções da pena	14
1.4 Panorama nacional: o cárcere	21
1.5 Os princípios constitucionais e a massa carcerária	22
2 SUBSTITUTIVOS PENAIIS	24
2.1 Suspensão condicional da pena “sursis”	24
2.2 Suspensão condicional do processo	26
2.3 Pena de multa	27
2.4 Penas restritivas de direitos	28
2.5 Livramento condicional.....	34
2.6 Remição	35
2.7 Progressão de regime.....	36
3 ALTERNATIVAS À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	38
3.1 A falência da pena de prisão.....	38
3.2 Melhoria das condições do cárcere	41
3.3 Prisão como <i>ultima ratio</i>	47
3.4 Laborterapia.....	49
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

A presente monografia jurídica almeja verificar a problemática da ineficácia da pena privativa de liberdade, partindo do pressuposto que ela já não atende suas funções como resposta satisfatória ao crime.

Para tanto se propõe à análise da pena privativa de liberdade e dos institutos com ela correlatos, políticas criminais implementadas pelo Estado, e implementáveis, na busca de uma melhoria do sistema penitenciário atual, verificando todas suas nuances, argumentando acerca destas hipóteses a fim de que a prisão volte a ter um aspecto utilitário ao recluso e à sociedade.

Iniciar-se-á a pesquisa estudando a pena privativa de liberdade, em seu apanhado histórico, desde os tempos da prisão como antessala de suplícios até sua atual e larga utilização como resposta ao crime.

Seguir-se-á com o estudo de suas funções, desde o início de sua utilização até o que se espera atualmente com sua imposição ao criminoso.

Os substitutivos penais implementados pelo ordenamento jurídico pátrio também serão objeto de apreço para que se tenha uma correta noção do que o Estado já fez em sede de alternativas à pena de prisão e se isto se mostra suficiente, ou necessário se faz novas perspectivas prisionais/político-criminais.

Por fim, explicar-se-ão os motivos e fundamentos da falência desta modalidade punitiva em nosso país, falência esta que é a voz majoritária na doutrina nacional e também internacional, apontando as causas e analisando as consequências que a pena privativa de liberdade traz tanto ao recluso quanto à sociedade.

Com esta constatação apontar-se-á um novo ideário na busca de redução ou aniquilamento do problema em foco, as alternativas sugeridas são em síntese: melhoria das condições do cárcere, porquanto, ao recluso, condições razoáveis de vivência devem ser ofertadas, abordando – se a ideia de privatização de serviços carcerários, na medida em que se o estado não consegue cumprir seu dever que a outrem o transfira; utilização da pena privativa de liberdade como *ultima ratio*, delitos sem grande danosidade social devem ser reprimidos de formas diversas que não o encarceramento; ainda, a implementação da laborterapia, que consiste na implantação do trabalho no ambiente prisional na busca de uma melhoria do ser pelo aproveitamento do tempo em reclusão, afastando-se o ócio e transformando o tempo de penao em algo não deletério ao preso e quando possível profícuo.

A justificativa para escolha desse tema surgiu pela sensível relevância social que mostra. A pena privativa de liberdade é, e vem sendo desde há muito, a principal resposta penalógica implementada pelo ordenamento jurídico brasileiro, contudo muitas críticas vem sofrendo, necessário, então, uma análise completa, combinada com novas perspectivas para melhoria do sistema.

O problema jurídico em torno da pena privativa de liberdade enseja a seguinte questão: Em vista da ineficácia da pena de prisão, quais as políticas criminais mais adequadas para a minimização dos danos e da violência decorrentes dos atuais fatores criminógenos dessa modalidade punitiva no Brasil?

Nas páginas que seguem será respondida tal pergunta apontando-se as alternativas para melhoria do cárcere, ponto nevrálgico a ser estudado, na busca de uma sociedade mais justa, humana e desenvolvida.

O método de abordagem utilizado para a realização da presente pesquisa é o hermenêutico, utilizando-se a pesquisa bibliográfica como método de abordagem.

1 – PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

1.1 – Evolução histórica.

Dentre todos que se propuseram a estudar a pena privativa de liberdade em seu apanhado histórico, não se pode dizer que uns tenham dados mais críveis que outros, há, na verdade, muitas diferenças decorrentes desses estudos, pelas diversas linhas cronológicas adotadas.

Todavia, o âmago da questão, a própria pena de prisão, mantém certa simetria de entendimento entre os estudiosos. Utilizar os períodos da história da humanidade para situar a pena de prisão, parece ser o critério mais adequado, dentre os reputados corretos.

Antes de iniciar o estudo da historicidade da pena privativa de liberdade é necessária uma preliminar consideração sobre a ontologia desta, porquanto houve duas formas distintas de utilização da pena de prisão, quais sejam: a prisão custódia e a prisão propriamente como pena. Nas palavras de Prado, uma profícua demonstração da pena como custódia emerge:

[...] no passado, “as verdadeiras penas eram a pena de morte, a mutilação, o exílio, o confisco, enquanto o encarceramento tinha escopo meramente processual, porque servia para assegurar, no processo, a presença do réu”. Evitava-se, desse modo a fuga do acusado. O encarceramento era feito sobretudo em masmorras, mosteiros e poços, como uma espécie de “etapa preliminar” da aplicação das penas corporais ou simplesmente como fruto do arbítrio dos governantes. (2002, p. 448).

A pena de privativa de liberdade entendida como um fim em si, tem suas primeiras experiências com o direito canônico, sendo utilizada para tolher a liberdade, função que persiste até os dias atuais.

A prisão somente surge como pena no direito canônico, através de recolhimento, em cela, dos religiosos que houvessem perpetrado delitos eclesiásticos, bem como aqueles submetidos a julgamento pelos tribunais da igreja. (PRADO, 2002, p.448).

Feitas as considerações iniciais sobre a pena de prisão, está livre o caminho para que se passe à análise de sua historicidade.

Antes de iniciar o estudo do desenvolvimento da pena de prisão através dos séculos, faz-se mister a transcrição do pensamento de Foucault em sua basilar obra vigiar e punir, quando trata da forma-prisão utilizada como pena, em que adverte:

A prisão é menos recente do que se diz quando se faz datar seu nascimento dos novos códigos. A forma-prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais. Ela se constituiu fora do aparelho judiciário [...]. A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como pena por excelência [...]. (2009, p. 217).

1.1.1 – Antiguidade.

A antiguidade não teve a privação da liberdade como sanção, na verdade, existia a prisão-custódia, servindo tão somente para preservar o réu até o momento de se impor a pena cominada, geralmente penas corporais, de morte e infamantes. Além disso, era na prisão onde se praticavam sevícias, atos de tortura, para a busca da confissão. Nas palavras de Bitencourt, em sua obra a falência da pena de prisão, fica claro esta utilização da pena-custódia:

Por isso, a prisão era uma espécie de ante-sala de suplícios. Usava-se a tortura, frequentemente, para descobrir a verdade. Von hentig (La pena, p.158) acrescenta que as masmorras das casas consistoriais e as câmaras de tortura estavam umas ao lado das outras e mantinham os presos até entregá-los ao Monte das Orcas ou às Pedras dos Corvos, abandonando, amiúde, mortos que haviam sucumbido à tortura ou a febre do cárcere [...] (2004, p.7).

Neste momento a pena de prisão ainda teve mais funções, porquanto além de ante-sala de suplícios, era utilizada, para encarcerar o devedor até o pagamento da dívida, Dotti refere tal passagem histórica em seu livro Bases e alternativas para o sistema de penas, comentando que na Grécia era possível o encarceramento do devedor até o pagamento da dívida ou a realização do julgamento. (1998, p.32).

1.1.2 – Idade média.

No período da Idade Média, a pena de prisão não teve um avanço significativo, ainda servindo como custódia para os suplícios ou imposição de penas corporais. Entrementes, surgem duas novas modalidades de prisão, a prisão de Estado e a prisão eclesiástica.

A prisão de Estado era destinada aos inimigos do poder, que tivessem cometido o delito de traição, e aos adversários políticos dos governantes, foi dividida em duas modalidades: a prisão-custódia, entendida como meio para outra pena fim e a prisão detenção, temporal ou perpétua.

Já a prisão eclesiástica era destinada aos clérigos rebeldes e mantinha a ideia de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, primando pelo caráter de penitência e redenção. (BITENCOURT, 2004, p. 13)

A pena de prisão teve grande influência da religião, não é por mero acaso que as primeiras prisões entendidas como privativas da liberdade surgiram como prisão eclesiástica. Como salienta Bitencourt, o direito canônico contribuiu consideravelmente para o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras idéias sobre a reforma do delinquente. (grifo nosso) (2004, p.13).

Foucault ressalta este caráter religioso que a prisão mantém, um pouco à frente na história, em 1843, ele preleciona:

Nessa cela fechada, sepulcro provisório, facilmente crescem os mitos da ressurreição. Depois da noite e do silêncio, a vida regenerada. Auburn era a própria vida regenerada em seus vigores essenciais. Cherry Hill, a vida aniquilada e recomeçada. O catolicismo recupera rapidamente em seus discursos essa técnica quaker.

1.1.3 – Idade Moderna.

Ingressando na idade moderna, a função de privação de liberdade como fim da pena se fortalece.

Experimentava-se um período em que crescia desmesuradamente o número de mendigos e pobres entregues ao ócio, a Europa como um todo buscou uma maneira de controle social, que não morte, expulsão, açoite, já que tais medidas se mostraram ineficazes frente ao número incontrolável de pessoas em mendicância, tudo isso devido às guerras

religiosas, guerras com outros países, expansão dos centros urbanos, etc. A medida encontrada foi a privação da liberdade com a função de reformar o delinqüente por meio do trabalho e disciplina rígida. Bitencourt deixa claro:

[...] O sistema orientava-se pela convicção, como todas as idéias que inspiraram o penitenciarismo clássico, de que o trabalho e a férrea disciplina são um meio indiscutível para a reforma do recluso. Ademais, a instituição tinha objetivos relacionados com a prevenção geral, já que pretendia desestimular outros para a vadiagem e ociosidade. (2004, p.16)

Ainda podem ser apontadas algumas causas pontuais que justificam o aparecimento da pena de prisão: o racionalismo faz com que a ideia de liberdade seja mais valorada, os castigos públicos perderam a boa imagem que tinham anteriormente, a pena de morte e as penas corporais caíram em desprestígio, a utilização da mão-de-obra dos reclusos se mostra mais profícua, dentre outras causas. (BITENCOURT, 2004, p. 17).

Foucault expõe um motivo de suma importância para que a pena de prisão se tornasse, logo que surgiu, a pena por excelência, lastro de todos os modelos penais das sociedades atuais:

Como não seria a prisão a pena por excelência numa sociedade em que a liberdade é um bem que pertence a todos da mesma maneira e ao qual cada um está ligado por um “sentimento universal e constante”? Sua perda tem portanto o mesmo preço para todos; melhor que a multa, ela é o castigo “igualitário”. (2009, p. 218).

A consciência de que quando se retira a liberdade do condenado, não apenas a vítima, mas toda uma sociedade lesada são reparados, faz com que a reparação do dano receba um caráter geral se feita pela pena privativa de liberdade. (FOUCAULT, 2009, p.218).

1.2 – SISTEMAS PENITENCIÁRIOS.

Imprescindível para a análise escarpada da pena de prisão e seus corolários é o estudo dos principais sistemas penitenciários.

Primeiramente, uma breve alusão sobre o assunto mostra-se profícua, conforme Zaffaroni e Pierangeli chama-se “regime penitenciário” o conjunto de normas que regulam a

vida dos reclusos dentro dos estabelecimentos penais, e entende-se por “sistema penitenciário” as diretrizes e elementos essenciais da execução das penas privativas de liberdade. (2008, p.682).

1.2.1 – Sistema Filadélfico ou Celular.

O sistema celular ou Filadélfico foi implantado no século XVIII na Filadélfia.

Consistia no absoluto isolamento do interno, pois esta prática era considerada moralmente benéfica. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2008, p 682).

As principais características do sistema eram: isolamento em uma cela – por tal justifica-se o nome de sistema celular -, oração, meditação, abstenção total de bebidas alcoólicas e aplicação rigorosa da lei do silêncio. (BITENCOURT, 2004, p.60).

O objetivo deste modelo de privação da liberdade era a reeducação do apenado, através da oração e do isolamento, pois em tal clausura o indivíduo estava a sós consigo e assim expiaria sua culpa. (BITENCOURT, 2004, p 63).

As críticas acerca do sistema Filadélfico foram inexoráveis, visto que era uma tortura refinada, que não deixava marcas no corpo do apenado, Bitencourt citando Ferri aduz:

“A prisão celular é desumana porque elimina ou atrofia o instinto social, já fortemente atrofiado nos criminosos e porque torna inevitável entre os presos a loucura ou a extenuação (por onanismo, por insuficiência de movimento, de ar, etc.)... a psiquiatria tem notado, igualmente, uma forma especial de alienação que chama loucura penitenciária.[...] (2004, p.65)

O que restou cediço neste sistema de privação de liberdade foi seu caráter de controle e dominação, nas palavras de Bitencourt. (2004, p.69).

1.2.2 – Sistema Auburniano.

O sistema auburniano fora implementado na penitenciária de Auburn em Nova York, neste sistema vigorava a regra do trabalho em comum durante o dia e o isolamento solitário durante a noite, tudo sobre a égide do silêncio absoluto. (BITENCOURT, 2004, p. 71).

A comunicação somente se dava em sentido vertical (reclusos com agentes penitenciários) nunca de forma horizontal (reclusos com reclusos). A severidade e

impessoalidade são marcas digitais do sistema em comento, caracterizando uma estrutura quase militar e um modelo de sociedade perfeita, como asseverou Bitencourt na obra a falência da pena de prisão. (2004, p.77).

O mesmo autor refere a uma característica importante:

O auburniano, da mesma forma que o filadélfico, pretende, consciente ou inconscientemente, servir de modelo ideal à sociedade, o microcosmos de uma sociedade perfeita, onde os indivíduos se encontrem isolados em sua existência moral, mas reunidos sob um enquadramento hierárquico estrito, com o fim de resultarem produtivos ao sistema. (2004, p.73).

1.2.3 – Sistema Inglês progressivo ou *Mark sistem*.

Este sistema consistia em medir a duração da pena por uma soma de trabalho e de boa conduta imposta ao condenado, era uma espécie de condenação indeterminada, pois a duração efetiva da pena estava nas mãos do recluso. Ao apenado eram creditadas marcas conforme sua boa conduta e relevância no trabalho, com isso progrediria até conseguir a liberdade.

Havia três períodos: o primeiro era o isolamento celular diurno e noturno, para que o apenado refletisse sobre seu delito, neste período o trabalho obrigatório e duro poderia ser a ele imposto; o segundo era o trabalho em comum sobre a regra do silêncio; o terceiro período era o da liberdade condicional. (BITENCOURT, 2004, p. 84-85).

1.2.4 – Sistema progressivo irlandês.

O sistema progressivo Irlandês é, em seu substrato, um aperfeiçoamento do sistema progressivo Inglês. Idealizado por Walter Crofton, buscou através de uma mudança nos períodos pelos quais passava o apenado em sua expiação, implantando o período intermediário, criar uma oportunidade que facilitaria, ao apenado, o regresso à sociedade. (BITENCOURT, 2004, p.86).

Zaffaroni e Pierangeli definem esse sistema utilizando uma explicação relacionada com os anteriores:

O sistema irlandês ou progressivo [...], consistia em uma aplicação do sistema celular durante uma primeira etapa, do sistema auburniano numa segunda etapa, de trabalho ao ar livre numa terceira, e, por fim, uma quarta etapa de liberdade condicional. A passagem de uma etapa à outra dependia do comportamento do apenado, que ia sendo premiado com um sistema de tíquetes. (2008, p.675).

O sistema em tela quis preparar melhor o apenado para a volta à comunidade, é neste aspecto que foi considerado um aperfeiçoamento dos sistemas progressivos anteriores. (BITENCOURT, 2004, p.86).

1.2.5 – Sistema de Montesinos.

De todos os sistemas progressivos este sem dúvida é o mais liberal, o sistema de Montesinos foi implementado por Manuel Montesinos e Molina que deu aos reclusos uma relação baseada em confiança e estímulo, como confirma Bitencourt:

Um dos aspectos mais interessantes da obra prática de Montesinos refere-se à importância que deu às relações com os reclusos, fundadas em sentimentos de confiança e estímulo, procurando construir neles uma definida autoconsciência [...]. (2004, p.89).

Esses sistemas penitenciários supracitados são os mais importantes e constituem a base dos atuais sistemas penais, seja por uma combinação de sistemas ou pela transformação a que passaram no decorrer do tempo.

1.2.6 – Sistema pátrio.

No Brasil, segundo o artigo 33, §2º, do código penal, adota-se um sistema progressivo de cumprimento da pena, estabelece que a execução da pena deverá ser feita de modo progressivo, segundo o mérito do condenado e com a atenção a alguns critérios. Prado argumenta que o código penal de 1940 adotou o sistema progressivo nos moldes Irlandeses, imprimindo-lhe, todavia, significativas modificações. (2002, p.452).

1.3 – FUNÇÕES DA PENA.

Quando uma pena é imposta pelo Estado a alguém que tenha cometido um injusto, busca-se nela objetivos, eis as funções da pena.

Segundo Foucault a pena privativa de liberdade é a detestável solução, de que não podemos abrir mão. (grifo nosso) (2009, p.218). Ela deve visar a desideratos que em cada momento histórico sofrem modificações, juntamente com os modelos de Estado que se firmam ao longo dos anos, pois como assevera Bitencourt pena, Estado e culpabilidade formam conceitos dinâmicos, inter-relacionados e ainda salienta:

Destacamos a utilização que o Estado faz do direito penal, isto é, da pena, para facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade. Apesar de existirem outras formas de controle social – algumas mais sutis e difíceis de limitar que o próprio direito penal -, o Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos, assim considerados em uma organização socioeconômica específica. Pena e Estado são conceitos intimamente relacionados entre si. (2004, p. 103).

Se pena e Estado são conceitos que intimamente se relacionam e aquela se mostra indispensável, no mínimo deve haver funções que a legitimem ou tentem legitimá-la.

Tais teorias acerca das funções da pena serão estudadas doravante.

1.3.1 – Teorias absolutas ou retributivas.

Para tal teoria acerca dos fins da pena, esta era vista como um fim em si mesma. Em Queiroz a pena de prisão, quer como expiação de um mal, quer por razões de outra índole, justificava-se pura e simplesmente pela verificação de um fato criminoso, cuja punição era imposta categoricamente.

A pena legitima-se por que pecou, nisto esgotando seu conteúdo, ela até pode atingir finalidades benéficas frente ao recluso, todavia tais finalidades não fazem parte de sua essência. (2005, p.17).

Bitencourt fala que a teoria retributiva teve a difícil incumbência de tão somente realizar justiça.

O mesmo autor faz referência ao modelo Estatal que acompanhou a pena de prisão enquanto retribuição pura e simples ao delito praticado, o Estado absolutista, no qual o

soberano se confundia com o Estado, a moral se confundia com o direito e o Estado com a religião, onde a ideia de que o poder do soberano emanava de Deus. Neste cenário surgiu a tese retributiva.

A ideia que então se tinha da pena era a de ser um castigo com o qual se expiava o mal (pecado) cometido. De certa forma, no regime do Estado absolutista, impunha-se uma pena a quem agindo contra o soberano, rebelava-se também, em sentido mais que figurado, contra o próprio Deus. (2004, p. 105).

Quando o Estado absolutista começa a se decompor, surge outro modelo estatal chamado de Estado Burguês, que formalizou no modelo jurídico-social a teoria do contrato social. Nesse período a pena ainda mantém seu status absoluto, porém passa a ser concebida como:

[...] ”a retribuição à perturbação da ordem jurídica adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida. À expiação sucede a retribuição, a razão divina é substituída pela razão do estado, a lei divina pelas leis dos homens”. (BITENCOURT, 2004, p.106).

Para essas teorias, é só legítima, portanto, a pena justa, ainda que não seja útil, assim como uma pena útil, embora injusta, carecerá, igualmente, de legitimidade. (grifo nosso) (QUEIROZ, 2005, p. 18).

Os dois maiores expoentes desta teoria acerca da função da pena são Kant e Hegel. Forçoso é o estudo das ideias de cada um de modo separado.

Em Kant a pena deriva de um imperativo categórico, ou seja, a pena basta por si só para a realização da justiça, pois as penas são, em um mundo regido por princípios morais, categoricamente necessárias. Não almejam algum propósito que não seja retribuir o mal cometido. Assim sendo, Kant considerava a verdadeira justiça o princípio talonial. (QUEIROZ, 2005, p.20).

[...] Portanto, seja qual for o dano imerecido que a outrem ocasionas no povo, a ti mesmo o fazes. Se o injurias, a ti próprio te injurias; se o roubas, a ti mesmo te roubas; se lhe bates, a ti mesmo bates; se o matas, a ti mesmo te matas. [...] (KANT, 2004, p.147).

Já em sua teoria, Hegel, explica a necessidade da imposição da pena pela razão, através de um processo dialético inerente ao conceito de direito. Vale dizer:

[...] o delito é uma violência contra o direito, a pena uma violência que anula aquela primeira violência; é, assim, a negação da negação do direito representada pelo delito (segundo a regra, a negação da negação é sua afirmação). (QUEIROZ, 2005, p. 21).

Hegel, como Kant, atribui à pena o princípio talonial, entretanto, apenas demonstra que a pena deve recuperar o equilíbrio perdido com o cometimento do crime, não fixando sua modalidade literalmente, como em Talião, mas sempre buscando uma necessária identidade valorativa entre delito e pena. (BITENCOURT, 2004, p.113).

Em suas próprias palavras Hegel disserta:

A supressão do crime é remissão, quer segundo o conceito, pois ela constitui uma violência contra a violência, quer segundo a existência, quando o crime possui uma certa grandeza qualitativa e quantitativa que se pode também encontrar na sua negação como existência. [...] (HEGEL, 1997, p. 90).

No cenário jurídico e social hodierno, o direito de punir não pode ter seu baluarte somente nesta teoria. Diversas críticas lhe são apontadas, dentre as quais: a missão do Estado/direito não é realizar justiça; para que haja legitimação dessa teoria, direito e moral devem estar confundidos; a pena deveria preexistir ao delito sem o questionamento de quais pressupostos devem orientar a punição; absolutizando o direito de punir, se absolutizariam os fins do Estado, o que modernamente não é concebível. (QUEIROZ, 2005, p. 25-29).

Gomes e García-Pablos ainda advertem:

Como é possível supor, senão em virtude de um (cego) “ato de fê”, que o mal causado pelo delinquente possa ser “compensado” com outro mal proporcionado e equivalente? Não se trataria, pelo contrário, de encobrir e racionalizar com esta fórmula os instintos humanos de vingança, dotando-os de uma roupagem atrativa e pseudolegitimadora? (2007, p.667).

1.3.2 – Teorias preventivas ou relativas.

Para essas teorias a pena não busca a retribuição do fato delitivo cometido, e sim prevenir uma futura comissão. Sua formulação vem desde Sêneca que afirmou “nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar” (grifo nosso) (BITENCOURT, 2004, p.121.).

Assim como nas teorias retribucionistas, estas teorias preventivas têm a pena como um mal necessário, só que, como bem assinala Bitencourt, diferem na finalidade, e explica: essa necessidade da pena não se baseia na ideia de realizar justiça, mas na função, já referida, de inibir, tanto quanto possível, a prática de novos fatos delitivos. (grifo nosso) (2004, p.121).

Queiroz assevera o fim utilitário da pena nessa concepção:

Em oposição às absolutas, as teorias relativas, também conhecidas como prevencionistas, são marcadamente teorias finalistas, já que vêem a pena não como um fim em si mesmo, mas como um meio a serviço de determinados fins; considerando-a, pois, utilitariamente. [...] (2005, p.32).

A teoria da função preventiva da pena se divide em duas correntes: as teorias da prevenção geral, negativa e positiva e as teorias da prevenção especial.

Na tese da prevenção geral negativa, é almejado que os potenciais infratores abstenham-se de praticar o crime, bastando isso para que a pena tenha alcançado sua função. Seu principal precursor foi Feuerbach que distinguia a aplicação da pena em dois momentos: em um primeiro, da cominação, o objetivo da norma é a intimidação de todos possíveis delinquentes; em um segundo momento, da efetivação, é função da pena dar o fundamento efetivo à cominação legal. (QUEIROZ, 2005, p.33-34).

No bojo desta teoria reside a ideia da “coação psicológica”, porquanto a pena é uma ameaça da lei para com os cidadãos no desiderato de que estes não cometam crimes, evitando assim o fenômeno delitivo. O homem racional deveria pensar que não vale a pena praticar o delito que é castigado. (BITENCOURT, 2004, p.123).

Ainda pelo pensamento de Feuerbach, se a pena alcançasse outros fins como o da correção do delinquente isto seria apenas acidental, casual, como asseveram Gomes e García-Pablos. (2007, p. 671)

Várias críticas foram endereçadas a esta concepção da função da pena, entre as mais contundentes mostra-se que o homem seria um instrumento a favor do Estado, pois com sua punição ocorreria a intimidação dos demais; também não está demonstrado empiricamente se a norma penal tem o condão de reprimir condutas delitivas. (QUEIROZ, 2005, p.35-36).

Ainda, consoante Bitencourt tais teorias incitariam ao terror estatal, visto que se com a pena deve haver coação, esta deve ser o mais coativa possível, e argumenta citando Sauer:

[...] Este é o “defeito ético-social” da prevenção geral demonstrado por Sauer: ”nenhum indivíduo, sob nenhuma justificação, deve ser castigado em benefício de outros”. (2004, p.126).

Já a prevenção geral positiva ou integradora tem o propósito de infundir na consciência coletiva a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social. (grifo nosso) (QUEIROZ, 2005, p. 37).

Kaufmann leciona que à prevenção geral positiva corresponderiam três funções: uma informativa que advertiria o cidadão do que está proibido e do que deve fazer; uma de reforço e manutenção da confiança no ordenamento, para que seja imposto e triunfe; e a terceira impondo na população uma atitude de respeito ao direito (GOMES E GARCÍA-PABLOS, 2007, P. 677).

Entendeu Durkheim que a pena, dentro desta função, simbolicamente, seria a restauração da integridade dos sentimentos coletivos lesados pelo delinquente, logo, uma necessária estabilização social (QUEIROZ, 2005, p. 37).

Bitencourt traz à lume, ainda, duas subdivisões quais sejam a prevenção geral positiva fundamentadora e prevenção geral positiva limitadora.

Para a primeira, o que o direito penal busca é a garantia da vigência real da ação da atitude jurídica, a natureza ético-social deve ser o escopo fundamental do direito penal através da pena, buscando sempre a fidelidade ao direito (2004, p.145).

Críticas a tal teoria não tardaram a florescer Bitencourt assevera:

Resumindo, a teoria da prevenção geral positiva fundamentadora não constitui uma alternativa real que satisfaça as atuais necessidades da teoria da pena. É criticável também sua pretensão de impor ao indivíduo, de forma coativa, determinados padrões éticos, algo inconcebível em um estado social e democrático de direito (2004, p.149).

Na segunda asserção a pena deve obedecer a uma formalidade pautada em garantias e somente pode ser imposta se estiver lastreada pelo fato e pela proporcionalidade, o sentido mais profundo desta teoria é que ela traduz-se em um limite ao poder punitivo estatal (2004, p. 150-151).

1.3.3 – Teorias unitárias.

A explicação de tal teoria acerca dos fins da pena não poderia ser melhor desmistificada nas palavras de Queiroz, que preleciona:

Dizem-se unitárias (ou mistas ou ecléticas) todas as teorias – francamente dominantes na atualidade – que, almejando superar as antinomias entre as diversas formulações teóricas apresentadas, pretendem combiná-las ou unificá-las ordenadamente (2005, p. 61).

O que importa é conseguir uma equilibrada relação entre todos os fins da pena, traçar um caminho que busque a justiça guiado pela utilidade. A pena, ainda que justa, não será legítima, no caso de ser desnecessária, tanto quanto se, embora necessária, não for justa (QUEIROZ, 2004, p.62).

1.3.4 – Funções da pena no Direito brasileiro.

Apesar constituição não se posicionar expressamente sobre o tema, em muitos institutos legais perceber deixas do legislador no sentido de orientar a um modelo de arcabouço penal inclinado para a teoria mista da função da pena, que unifica em em desiderato as ideias de retribuição e prevenção.

Como bem salientam Gomes e García-Pablos, o artigo 59 do código penal em sua parte final versa sobre reprovação e prevenção, o artigo 1º da lei de execuções penais aduz ao objetivo de proporcionar as condições necessárias a uma harmônica integração social do

condenado, o mesmo diploma legal em seu artigo 22 mostra que o preparo do preso ao retorno em liberdade é uma das preocupações da execução da pena, ainda nos respalda em nível convencional, a Convenção Americana de Direitos Humanos, que preleciona no sentido da pena privativa de liberdade buscar a reforma e readaptação do condenado (2007, p.703).

Em nosso ordenamento a função retributiva, ínsita à pena, não adota o sistema retributivo puro, como aduzem Gomes e García-Pablos:

Nosso Código penal e o retribucionismo flexível: de qualquer forma, não parece válida a conclusão de que nosso código siga o sistema retributivo puro. Admite-o como ponto de partida, mas não se orienta pelo retribucionismo inflexível (ou Kantiano). O juiz conta com uma maleabilidade no momento da fixação da pena [...] e numerosos institutos desmentem as exigências lógicas derivadas das teorias absolutas ou retribucionistas [...]. (2007, p. 702).

Importante salientar que no momento da sentença a pena deve ser aplicada no sentido retributivo e preventivo, no momento da execução o que salta aos olhos é a função de prevenção especial. (GOMES E GARCÍA-PABLOS, 2007, p.705).

1.4 – Panorama nacional: o cárcere.

A pena privativa de liberdade já não corresponde, se é que já correspondeu, aos anseios sociais que brotam frente ao cometimento de um ato ilícito, neste sentido mostra-se perfunctória.

Um dos aspectos que geram esta falta de eficácia é o aparato estatal pouco idôneo para a atenção eficaz dos fins da pena para que esta se mostre proba, tais aspectos serão desde já escalpelados.

Dotti citando Ibrahim Abi-Ackel comenta que a os presídios brasileiros são verdadeiros depósitos de pessoas e permanentes fatores criminógenos (1998, p.117). Não foge à realidade atual esta citação de 1998, a bem da verdade, ampliou-se esta ideia.

Para se ter uma noção do contingente carcerário Fernandes traz à lume alguns dados estatísticos.

A população carcerária no Brasil, assim como no resto do mundo, é formada por jovens, pobres, homens com baixo nível de escolaridade. Pesquisas sobre o sistema prisional indicam que mais da metade dos presos têm menos de trinta anos; 95% são pobres, 95% são do sexo masculino e dois terços não completaram o 1º grau (carca de 12% são analfabetos) [...] (2000, p. 162).

Apesar de antigos, tais dados não obtiveram significativas modificações, sendo de 2 a 3% as mudanças em 11 anos, excetuando-se o grau de escolaridade, neste tocante o número de analfabetos caiu para 4,10%.

Todo o exposto das estatísticas atuais da massa carcerária podem ser conferido no sítio da SUSEPE (<http://www.susepe.rs.gov.br>, acesso em 25 de setembro de 2011).

Ainda em termos de dados estatísticos temos como amparo para um melhor entendimento as informações do Infopen – sistema integrado de informações penitenciárias – atualizado em dezembro de 2010, que oferece os dados nacionais em relação ao sistema carcerário.

Neste informe a população carcerária aparece com um contingente de 496.251 pessoas, sendo que até tal data a população brasileira estava na casa de 191.480.630, gerando um percentual de 259,17 presos por 100.000 habitantes.

Para acomodar este grupo o país conta com 471 penitenciárias, 34 colônias agrícolas e industriais, 62 casas de albergados, 1224 cadeias públicas, 33 hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, 13 patronatos.

Gerenciando todo este sistema o Estado se utiliza de 93.757 servidores penitenciários na ativa, compreendidos neste número agentes penitenciários, médicos, advogados, professores, terapeutas, policiais, assistentes sociais, etc.

Todo o exposto se verifica no sítio do Ministério da Justiça. (<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.html>, acesso em 07 outubro de 2011).

5– Os princípios constitucionais e a massa carcerária.

Pelo acima exposto, principalmente quanto ao contingente carcerário, é mister que venha à lume o questionamento acerca das garantias básicas que, inerentes a todo ser humano, não podem ser dispensadas aos transgressores da lei por serem sujeitos de direito.

Em nosso sistema pátrio, aos presos, por força constitucional, são assegurados uma série de preceitos garantidores de um mínimo existencial, tal disciplina constitucional nos guia pela via legítima quanto ao tratamento dispensado aos presos.

Silva comenta o inciso XLIX do artigo 5º da carta magna, e preleciona:

Agredir o corpo humano é uma forma de agredir a vida, pois esta se realiza naquele. A integridade físico corporal constitui, por isso, um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo. Daí por que as lesões corporais são punidas pela legislação penal. Qualquer pessoa que a provoque fica sujeita às penas da lei. Mas a constituição foi expressa em *assegurar o respeito à integridade física dos presos*. (2008, p. 199).

O mesmo autor ainda relaciona com este inciso a proibição do inciso III do artigo 5º da carta política, em que a tortura e o tratamento desumano ou degradante a ninguém serão permitidos, pugnando que a constituição além de garantir o respeito à integridade física e moral veta expressamente as práticas supramencionadas, arrematando o tema das garantias constitucionais, nos ensina:

A fim de dotar essas normas de eficácia, além da cominação de penas, a atual carta magna preordena várias garantias penais apropriadas, como o dever de comunicar, imediatamente, ao juiz competente e à família ou pessoa indicada, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre; o dever também de informar ao preso seus direitos, entre os quais de permanecer calado, assegurada a assistência da família e advogado; e o direito do preso à identificação dos responsáveis por sua prisão e interrogatório policial. (2008, p. 199).

Banhando todas essas diretrizes procedimentais o princípio norteador é o da dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III, do artigo 1º da constituição federal, princípio este que sustenta nosso sistema constitucional pátrio.

2 – SUBSTITUTIVOS PENAIIS.

Para que se tenha uma correta noção de onde estamos insertos, por um prisma jurídico-penal, forçosa se faz a análise dos substitutivos penais implementados no ordenamento jurídico brasileiro que visam a uma tentativa de solucionar ou amenizar a problemática prisional.

Além dos substitutivos estudar-se-á institutos correlatos que militam para uma panorama penal humano e eficaz.

2.1 – Suspensão Condicional da pena “sursis”.

Iniciar-se-á com a suspensão condicional da pena, também chamada de *SURSIS*, que tem seu fundamento legal nos artigos 77 a 82 do código penal brasileiro.

Como introito para o tema em epígrafe, Prado ensina que o Brasil adota o sistema franco-belga (*sursis*) e o conceitua como:

A suspensão condicional da pena é a suspensão da pena privativa de liberdade de curta duração por determinado prazo, desde que cumpridas certas condições e observados os requisitos previstos no artigo 77 do código penal. O magistrado poderá suspender a execução da pena privativa de liberdade – satisfeitos os pressupostos legais – devendo, necessariamente, quer a conceda, quer a denegue (cf. art.157, Lei de Execuções Penais), manifestar-se a esse respeito na sentença condenatória. (2002, p.554-555).

Delmanto preleciona existirem três tipos de *sursis*; o simples, indicado no artigo 77 caput e incisos, o especial indicado no artigo 78, §2º, difere do simples por ser mais brando porém com mais requisitos, e o etário ou por motivo de saúde, dispensado aos condenados com mais de 70 anos ou com saúde debilitada, este tem base no artigo 77, §2º, todos do código penal. (2010, p.330).

Como é cediço que a pena de curta duração tem um efeito nefasto ao condenado, buscou-se uma alternativa para o problema com tal instituto, nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli:

Desde o século passado, se vêm buscando substitutivos para as penas privativas de liberdade, reconhecendo-se o caráter negativo que a efetiva execução das penas cria. O primeiro e mais elementar substitutivo das penas curtas foi a suspensão das penas e sujeição à prova ou condição. (2008, p.725).

Oliveira destaca os requisitos de cada tipo de *sursis*, aduzindo: o *sursis* simples, enseja a prestação de serviços à comunidade ou a limitação de final de semana; o *sursis* etário, necessita para ser concedido que o condenado tenha setenta anos ou mais, e ainda preencha os requisitos do *sursis* simples; já o *sursis* especial difere substancialmente dos dois primeiros, neste o condenado que tiver reparado o dano (salvo se impossível), e as circunstâncias judiciais do artigo 59 do código penal forem favoráveis terá em seu favor a concessão do benefício, ficando proibido de: frequentar determinados lugares, ausentar-se da comarca sem autorização judicial, ou deverá apresentar-se na comarca, mensalmente, pelo período de dois a quatro anos.

No *sursis* simples, ao condenado não pode ter sido fixada uma pena maior que dois anos, no etário a pena não pode exceder quatro anos e no especial não há limite de condenação, mas sim a necessidade da reparação do dano e de todas circunstâncias judiciais verificarem-se favoráveis. (OLIVEIRA, 1995, p.55).

O que se destaca é que há sentença, suspendendo-se a execução, nisto difere da suspensão condicional do processo que será analisada adiante.

Imprescindível a noção de subsidiariedade do *sursis*, pois resta prejudicado o benefício em tela caso seja indicada a concessão de substituição de pena por pena restritiva de direitos. (DELMANTO, 2010, p.330).

Como fica claro, o que se busca é a não imposição da pena privativa de liberdade em casos que ela se mostre prescindível, constituindo-se o *sursis* em um

[...] substitutivo penal impeditivo da execução e extintivo da pena privativa de liberdade aplicada pelo juiz na sentença criminal, com o objetivo de evitar os malefícios da prisão... [...] (BITENCOURT, 2004, p. 238).

Finalizando a análise do instituto em epígrafe vêm Gomes e Molina aduzindo acerca de seu esvaziamento, prelecionam:

Como se vê, as exigências legais para a pena substitutiva são mais flexíveis que o *sursis*. Disso se extrai a conclusão óbvia de que houve um esvaziamento desse instituto. (2007, p. 819).

2.2 - Suspensão condicional do processo.

Instituto semelhante é a suspensão condicional do processo, instituída pela lei 9099 de 1995, que criou os juizados especiais criminais. Em seu artigo 89, caput, lê-se: nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta lei, o ministério público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (art.77 do código penal).

Bitencourt explica que no fim do período de prova ocorrerá a extinção da punibilidade, que se perfectibiliza com o decurso do prazo, mesmo que não haja despacho judicial o declarando. Preleciona ainda que mesmo com todas benesses que tal instituto cria, sua aceitação é uma faculdade. (2009, p.687).

O que interessa na análise deste substitutivo penal é que não há sentença, há na verdade um não-processo. Como afirma Aury Lopes Jr.:

O presente instituto não se confunde com a suspensão condicional da pena, pois, naquela, há processo com sentença condenatória, ficando a execução da pena privativa de liberdade suspensa por um período. Aqui, é o processo que fica suspenso, desde o início, logo, sem que exista uma sentença condenatória. (2010, p. 248).

Grinover, juntamente com Gomes Filho, Scarance Fernandes e Gomes, trazem à lume duas importantes características do instituto em comento, dizem que a suspensão condicional do processo é lacônica e tem em si a noção do *nolo contendere*.

Lacônica, pois todo seu regramento reside em apenas um artigo, fixando a moldura mínima do instituto, restando para a jurisprudência e doutrina revelarem suas novas nuances.

O *nolo contendere* consiste numa forma de defesa em que o acusado não contesta a acusação, e nem se declara culpado ou inocente, porém necessitando reparar os danos causados, caracterizando o modelo consensual.(2005, p.253, 256)

É outro método para que os efeitos nocivos da prisão não atinjam contraventores e delinquentes não habituais, segundo os mesmos autores supramencionados, as finalidades da suspensão condicional do processo são múltiplas:

[...]evitar a aplicação da pena de curta duração, reparação dos danos, desburocratizar a justiça etc. [...] acima de tudo, o escopo da suspensão condicional do processo é evitar a estigmatização derivada do próprio processo [...]. (205, p.263).

Bitencourt ao analisar a suspensão condicional do processo argumenta se tratar do mais significativo avanço do atual Direito Penal brasileiro, com inúmeras vantagens se comparado com os outros institutos ora estudados, sendo possível até mesmo erigi-lo como modelo de justiça consensual. (2009, p.684).

Requisitos especiais do instituto: pena mínima cominada igual ou inferior a um ano; que o acusado não esteja sendo processado e que não tenha sido condenado por outro crime.

Requisitos gerais: natureza e quantidade de pena que deve ser privativa de liberdade e ter sua cominação mínima em uma ano; inaplicabilidade de penas restritivas de direito; não reincidência em crime doloso; prognose de não voltar a delinquir.

Condições necessárias para a suspensão condicional do processo: reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização judicial; comparecimento mensal em juízo; ainda há condições que o juiz poderá discricionariamente especificar. (BITENCOURT, 2009, p.671-684)

2.3 – Pena de multa.

Outra opção do legislador como alternativa para a pena de prisão é a pena de multa, prevista nos artigos 49 a 52 do código penal brasileiro.

Esta consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será no mínimo de 10 (dez) e no máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa (art.49, código penal brasileiro).

Os valores variarão entre um trigésimo do maior salário mínimo vigente ao tempo do fato e cinco vezes este salário. (art.49, §1º, código penal brasileiro)

Nos delitos de menor gravidade, em que a intervenção estatal não deva tolher a liberdade, pois a retribuição jurídica ao injusto e a tentativa do estado em emendar o sujeito devem estar coadunados com a gravidade do dano, a sanção patrimonial é a melhor escolha dentre as sanções elencadas. Esta é definida como uma diminuição de nossas riquezas, aplicada por lei, como castigo a um delito cometido. (BITENCOURT, 2004, p.273).

Aqui há que se fazer uma distinção entre a pena de multa e a pena de prestação pecuniária, segundo Delmanto:

[...] A prestação pecuniária destina-se à vítima, a seus dependentes ou a entidades públicas ou privadas com fim social, tendo um caráter primordialmente indenizatório; já a pena de multa destina-se sempre ao Estado, possuindo natureza punitiva. A prestação pecuniária se descumprida, injustificadamente, poderá ser convertida em pena privativa de liberdade (art. 44, §4º, do CP); por sua vez, a pena de multa, se não paga, jamais poderá ser convertida em pena privativa de liberdade, em face da redação do artigo 51 do CP. (2010, p.260).

Zaffaroni e Pierangeli tecem à pena de multa uma ressalva, prelecionam:

[...] a multa não é uma pena adequada aos setores mais carentes da população, que se encontra no limite de sua subsistência, e que viria a agravar, ainda mais, uma situação social que, em definitivo, é uma condicionante do delito. (2008, p.696).

Os mesmos autores explicam a origem e desenvolvimento do instituto, afirmando a pena de multa ter antecedentes em todas as legislações penais antigas, originando-se na reparação do dano do direito germânico e se desenvolvendo até ser o instituto que hoje busca a contra motivação do condenado, sem perder sua primeva característica de reparação e prevenção.(2008, p.696).

2.4 – Penas restritivas de direitos.

As penas restritivas de direito são consideradas, como alternativas ao encarceramento e se prestam aos crimes em que este se mostre prescindível, em alguns casos mais que prescindível, deletério.

São penas restritivas de direitos: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas, interdição temporária de direitos; limitação de fim de semana. Previstas, todas, entre os artigos 43 e 48 do código penal brasileiro.

As palavras de Bitencourt mostram-se indispensáveis nesta passagem:

Busca-se com as penas “restritivas de direitos”, complementando as alternativas concretizadas por meio da multa, da suspensão condicional da pena e até mesmo do livramento condicional, dar solução mais realista e humana ao grave problema da prisão, ao menos quanto às penas de curta duração. (2004, p.294).

Parafraseando Dotti, tais modalidades punitivas são necessárias, visto que as punições devem acompanhar a modernidade, porém devem permanecer, ou tornar-se, aptas para a função a que se destinam, mantendo-se medidas punitivas antigas frente à evolução da sociedade estaríamos caindo em erro e promovendo injustiça. (1998, p.370).

A aplicação das penas restritivas de direito é feita de maneira autônoma em relação as penas privativas de liberdade que não sejam superiores a quatro anos, desde que o crime não tenha sido cometido com o emprego de violência ou grave ameaça, no caso de crimes culposos independe do quanto de pena, aplicando-se sempre. (ZAFFARONI E PIERANGELI, 2008, p.691)

Para que tais penas sejam convertidas em privação de liberdade é necessário que ocorra ou o descumprimento injustificado da restrição imposta ou quando sobrevier condenação à pena privativa de liberdade por outro crime. (ZAFFARONI E PIERANGELI, 2008, p.692).

Sua abordagem história remonta de 1990, quando o 6º congresso das nações unidas, percebendo a necessidade de buscar novas alternativas à pena privativa de liberdade, delegou ao instituto da Ásia e do Extremo Oriente estudar novas alternativas ao indigitado problema. Tal estudo ficou conhecido como Regras de Tóquio, que em seu substrato objetivam “promover o emprego de medidas não privativas de liberdade” (CAPEZ, 2011, p.428).

Passemos à análise de suas modalidades.

2.4.1 – Limitação de fim de semana

Esta medida consiste na obrigação do condenado permanecer durante cinco horas, sábados e domingos, em casa de albergado ou instituição similar.(art.48 do código penal brasileiro).

Busca, esta espécie punitiva, evitar o contato entre presos residuais e primários ou que tenham cometido um crime de pouca gravidade, e, além disso, quer que o trabalho e a vida normal do condenado não sejam atingidos, o sendo apenas os dias de ócio, consoante Bitencourt, comentando acerca da prisão, a limitação de fim de semana milita para:

[...] Fundamentalmente, impedir o encarceramento, com o inevitável contágio do ambiente criminógeno que essa instituição total produz e todas as consequências decorrentes, sem descuidar a prevenção especial. (2004, p.309).

Dotti ainda ressalta mais benesses desta pena restritiva de direitos:

Fala-se, coerentemente, em limitação de fim de semana e não em prisão, posto que o sentenciado, no decorrer deste período, não será subtraído, de todo, ao convívio de seus familiares, o que, por certo, terá efeitos benéficos sobre sua personalidade; sem a ocorrência, em contrapartida, de desvirtuamento da atividade sancionatória. (1998, p. 379).

Gomes e Molina refletem sobre a limitação de fim de semana e dissertam sobre seu fracasso ao comentar que na prática não se tem casa de albergado na maioria das comarcas, aduzem ainda que há empecilho do próprio judiciário para que seja posta em plena potência a limitação, visto que a lei faculta outro estabelecimento que não a casa de albergado, mesmo assim não se vê a plenitude do substitutivo em comento.(2007, p.811.)

Bitencourt assevera as críticas acerca da limitação de fim de semana, prelecionando que tal medida foi a que menos aplausos recebeu, a absoluta falta de infraestrutura torna inaplicável o instituto, ainda, argumenta no sentido de que apenas transportar institutos de outros países sem a necessária resolução de questões locais é inadequado. (2009, p.535).

2.4.2 – Prestação de serviços à comunidade.

Prosseguindo, temos a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (artigo 46 do código penal brasileiro), por esta sanção há o dever de prestar determinada quantidade de horas de trabalho não remunerado e útil para a comunidade durante o tempo livre, em benefício de pessoas necessitadas ou para fins comunitários. (BITENCOURT, 2009, p.535).

É necessário ressaltar um ponto, em nada se confunde esta espécie de pena restritiva de direitos, com a pena de trabalhos forçados, visto que existe restrição e não privação da liberdade física. (DOTTI, 1998, p.378).

O caráter personalíssimo da medida é um ponto chave da mesma:

[...] Sobressai, desde logo, como se vê, o caráter personalíssimo da prestação de serviços: ninguém poderá prestá-lo no lugar do condenado (nenhuma pena, aliás, pode passar da pessoa do delinquente, consoante o princípio de personalidade da pena – CF art.5º, XLV).(GOMES E MOLINA, 2007, p.805).

Prado, citando Pozuelo Pérez, afirma que esta espécie de pena procura uma integração entre as atividades do condenado e a ação da comunidade, o que se mostra salutar para todas partes envolvidas.(2002, p.486).

2.4.3 – Interdição temporária de direitos.

Seguindo a baila, a interdição temporária de direitos é outra espécie do gênero penas restritivas de direito, consistindo, segundo o artigo 47 do código penal brasileiro, em: proibição do exercício de cargo, ou atividade pública, bem como mandato eletivo; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; proibição de frequentar determinados lugares.

A interdição temporária de direitos ao contrário das outras medidas alternativas é específica, e não genérica, pois aplica-se a determinados crimes, tem um caráter preventivo muito eficaz, sendo a única sanção que restringe efetivamente a capacidade jurídica do condenado. (BITENCOURT, 2009, p. 539).

Imprescindível a alusão à Dotti, citando Manoel Pedro Pimentel:

Conforme Manoel Pedro Pimentel “a adoção desta forma alternativa de punir trará muitos benefícios, especialmente porque é pena que atinge fundo os interesses econômicos do condenado, sem acarretar os males representados pelo recolhimento à prisão por curto prazo. Os interditos sentirão de modo muito mais agudo os efeitos da punição de tipo restritivo ao patrimônio”. (1998, p.380).

Verifica-se que o legislador conferiu autonomia às antigas penas acessórias de interdição de direitos que constavam anteriormente do código penal de 1940.(PRADO, 2002, p.488).

2.4.4 – Prestação pecuniária.

A prestação pecuniária tem seu lastro no artigo 45, §1º, do código penal brasileiro, e consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário-mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários-mínimos, sendo o valor pago deduzido de eventual condenação em ação civil, se coincidentes os beneficiários.

A finalidade precípua desta sanção é reparar o dano causado pela infração penal, o valor pago deverá ser deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, só excepcionalmente o resultado desta condenação poderá ser destinada a outro destinatário. (BITENCOURT, 2009, p.527).

Não se confunde tal medida com a pena de multa, a despeito de possuírem mesma natureza penal, porquanto esta se destina sempre ao estado, ao passo que a prestação pecuniária destina-se à vítima, clara índole indenizatória, ainda há outra diferença, nas palavras de Delmanto em seu código penal comentado:

A prestação pecuniária, se descumprida injustificadamente, poderá ser convertida em pena privativa de liberdade (art.44, §4º, do CP); a pena de multa, se não paga, não poderá ser convertida em pena privativa de liberdade, em face da atual redação do artigo 51 do CP. (2010, p.252)

Prado tece algumas críticas a esta modalidade de sanção substitutiva, primeiramente preleciona se tratar de uma forma de reparação civil travestida de sanção criminal, a fim de facilitar o seu cumprimento e agilizá-lo, corrobora seu entendimento a expressão constante de indigitado artigo 45, §1º, do CP que diz “o valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários”. (2002, p.484).

Ainda, o mesmo autor, refere-se a prestação pecuniária inominada, artigo 45, §2º, do CP, que é uma prestação diversa da prestação pecuniária no caso de aceitação do beneficiário, dissertando:

A denominada prestação pecuniária *inominada* é exemplo de incontestável violação ao princípio da legalidade dos delitos e das penas. A indeterminação dessa pena contrasta com as exigências mais elementares de certeza e segurança jurídica, sendo sua inconstitucionalidade, no mínimo, questionável. (2002, p. 484).

Cabe aqui uma ressalva acerca de uma questão controvertida na doutrina, o artigo 44, teria revogado tacitamente o artigo 60, §2º do Código Penal, multa substitutiva ou vicariante? Consoante Delmanto, não, porque o indigitado artigo 44, I normatiza a substituição da pena privativa de liberdade em crimes culposos ou sem violência ou grave ameaça à pessoa que tenham pena cominada até 4 anos, já o artigo 60, §2º, continua a reger as condutas dolosas com violência ou grave ameaça à pessoa que tenham a pena cominada de até 6 meses. (2010, p.249).

2.4.5 – Perda de bens e valores.

No rol supra indicado de medidas restritivas de direitos, ainda cumpre a referência acerca da perda de bens e valores, amparada legalmente no artigo 45, §3º, do código penal brasileiro.

Nesta, os bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-ão, ressalvada legislação especial, em favor do fundo penitenciário nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime. Cabe aqui a lição de Zaffaroni e Pierangeli:

Ressaltamos que não se deve confundir a pena de perda de bens e valores estabelecida pelo código penal (art. 43, II) com o confisco (art. 91, II), posto que este constitui efeito da condenação e atinge os instrumentos e o proveito do crime. Os bens podem ser móveis ou semoventes e imóveis, e como valores são considerados os títulos de crédito, as ações e outros papéis que representem um valor econômico, desde que havidos legitimamente e nessa situação incorporados ao patrimônio do condenado. (2008, p. 693).

A perda de bens e valores restringe-se ao patrimônio do condenado, seus bens lícitos, Gomes e Molina são claros ao tratar do tema, dizem eles que a diferença fundamental entre a perda de bens e valores e o confisco do código penal reside no seguinte:

Só cabe confisco dos instrumentos do crime (*instrumenta sceleris*) e dos produtos do crime (*producta sceleris*) ou do proveito obtido com ele (CP, art.91), isto é, bens intrinsecamente antijurídicos; por seu turno, a perda de bens não requer que sejam bens frutos do crime (*fructus sceleris*). O que o condenado vai perder são bens ou valores legítimos seus, os que integram seu patrimônio lícito. Nesse caso, portanto, dispensa-se a prova da origem ilícita deles. (2007, p.803).

Bitencourt assevera duras críticas a esta modalidade de pena restritiva de direitos, aduz que houve um retrocesso, visto que se trata propriamente de confisco, perda de bens seria apenas um eufemismo para a expressão pena de confisco, que é vista pela maioria das constituições como uma pena aberrante, impolítica e desumana. (2009, p.529).

2.5 – Livramento condicional.

O livramento condicional, é disciplinado pelo Código Penal do artigo 83 ao 90.

Segundo Bitencourt não se pode denominá-lo de substituto penal, porquanto não substitui a prisão, tampouco põe termo à pena, mudando apenas a maneira de executá-la, citando Juarez Cirino dos Santos, argumenta:

[...] “a liberdade condicional constitui a fase final desconstitucionalizada de execução da pena privativa de liberdade, com o objetivo de reduzir os malefícios da prisão e facilitar a reinserção social do condenado (...)”. (2004, p.338).

Delmanto conceitua o instituto como sendo direito subjetivo do acusado, quando preenchidos os requisitos legais, é, em verdade, a antecipação provisória da liberdade, uma forma de sofrimento da pena privativa de liberdade porém em meio livre. (2010, p.342).

O mesmo autor aduz as condições do livramento condicional: a pena precisa ser privativa de liberdade, e igual ou superior a dois anos; é necessário que o apenado tenha cumprido parte da pena, mais de um terço se não reincidente em crime doloso e tenha bons antecedentes e mais da metade quando reincidente, nos casos de crime hediondo, prática de tortura; tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo deverá o apenado cumprir mais de dois terços da pena quando não reincidente em crimes da mesma natureza; bom comportamento na execução da pena e aptidão para garantir a própria subsistência por fim que haja reparado o dano, salvo quando impossível. As condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir serão aferidas nos casos de crime doloso cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa para concessão do benefício. (2010, p.342-343).

Capez o conceitua e mostra sua natureza jurídica nas palavras de Damásio:

[...] incidente na execução da pena privativa de liberdade, consiste em uma antecipação provisória da liberdade do condenado, satisfeitos certos requisitos e mediante determinadas condições.
 Natureza jurídica: para Damásio, trata-se de forma de execução da pena privativa de liberdade; [...] (2011, p.533).

Zaffaroni e Pierangeli comentam acerca da revogação do livramento condicional, dividindo-se em duas espécies, obrigatória e facultativa.

Na revogação obrigatória, deve ocorrer a condenação irrecorrível a um pena privativa de liberdade, pela prática de delito anterior ou posterior à concessão do livramento.

Na revogação facultativa, o liberado deve descumprir as condições estabelecidas, ou ser condenado irrecorrivelmente por contravenção penal ou crime que não enseje pena privativa de liberdade. (2008, p.690).

2.6 – Remição.

A remição consiste em:

[...] um direito do condenado em reduzir pelo trabalho prisional o tempo de duração da pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado ou semi-aberto. Trata-se de um meio de abeviar ou extinguir a pena. Oferece-se ao preso um estímulo para corrigir-se, abreviando o tempo de cumprimento da sanção[...].(MIRABETE, 1997, p.290.

Este conceito apesar de antigo continua atual, salvo pela mudança trazida pela lei 12.433/2001, que adicionou ao artigo 126 da LEP a expressão “ou por estudo”, sendo que trabalho ou estudo servem para efeitos de remição da pena.(lei nº7210/84, art. 126)

Para fins de remição, o indigitado artigo considera que a cada três dias trabalhados ou a cada doze horas de frequência escolar será remido um dia de pena. Esse estudo poderá se dar presencialmente ou à distância. (lei nº7210/84, art. 126).

Quando não houver no local da prisão disponibilidade de trabalho para o detento, não há como o direito à remição ser a ele estendido, contudo, neste caso, deve ao recluso ser oportunizado o estudo, com os mesmos efeitos da remição, sob pena de ser inquinado o princípio da igualdade. (GOMES E MOLINA, 2009, p.594).

2.7 – Progressão de regime.

Seguindo temos o instituto da progressão de regime, como preleciona Bitencourt, na progressão se evolui de um regime mais rigoroso para outro menos rigoroso, há condicionamentos a que deve se submeter o apenado. (2009, p.489).

O regramento para a progressão de regime se encontra no Código Penal, artigo 33, §2º e artigo 112 da LEP (lei 7210/84).

Os requisitos para que seja concedida a benesse são: cumprimento de ao menos um sexto da pena no regime anterior e bom comportamento carcerário. (lei nº7210/84, art. 112).

No caso de condenado por crime hediondo ou assemelhado, é necessário que o apenado tenha cumprido dois quintos da pena no regime anterior e se reincidente em crime hediondo o cumprimento será na base de três quintos. (lei 8072, art. 2º, a§2º).

Gomes e Molina ensinam que no Brasil a modalidade de progressão por salto não é admitida, visto que o condenado não pode sair do regime fechado diretamente para o regime aberto, contudo a recíproca não é verdadeira, pois a regressão do regime aberto para o fechado pode ser plenamente realizada. Questão das mais interessantes é a progressão alternativa, os mesmos autores preconizam:

[...] depois da lei 11.464/2007, tornou-se possível a progressão alternativa, ou seja, nos crimes hediondos é possível começar a pena no regime fechado e, depois, ir direto para o livramento condicional. Isso será possível porque, para a segunda progressão, a lei determina o cumprimento de mais de 2/5 ou 3/5 da pena (pena restante). Ocorre que, muitas vezes, antes de se cumprir esse quantum, já se alcança o tempo exigido para o livramento condicional [...]. (2011, p.588).

Os institutos estudados acima são uma luz à atual problemática prisional, sem sombra de dúvida, mas lado a lado com eles, mudanças estruturais e políticas devem acontecer para que as mazelas do cárcere sejam ao máximo reduzidas.

3 – ALTERNATIVAS À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

A pena privativa de liberdade no Brasil não atende mais os desideratos que dela se espera, se é que já atendeu em algum momento. Quando da análise de suas funções, é visível a falta de eficácia demonstrada por esta espécie punitiva, a doutrina uníssona afirma a falência da privação de liberdade nos moldes atuais como resposta ao crime, Bitencourt ressalta:

[...] Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possam conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero que a prisão está em crise. (2004, p.154).

Contudo como afirma Foucault, a prisão é a detestável solução de que não se pode abrir mão (2009, p.218). Destarte, deve-se buscar alternativas viáveis, além das já normatizadas pelo ordenamento pátrio para quem nela ingresse.

3.1 – A falência da pena de prisão.

Bitencourt em uma detalhada análise acerca da prisão aponta alguns problemas que levaram, e continuam guiando, a prisão a um rumo diametralmente oposto ao que se esperava de sua implantação, afirmando a tese de sua falência.

Aduz o autor que as mazelas da prisão estão relacionadas a maus-tratos verbais, castigos e crueldades injustificadas, métodos sutis de fazer o recluso sofrer, superpopulação carcerária, falta de higiene, condições deficientes de trabalho e serviços médicos, elevado índice de consumo de drogas, abusos sexuais, onanismo, homossexualismo, dentre muitos mais (2004, p.156).

Fernandes escalpela os fatores que evidenciam a crise da pena privativa de liberdade, e principalmente dispõe que a superlotação é uma das principais mazelas do cárcere nos dias atuais, e cita o exemplo do presídio central em Porto Alegre:

[...] O mais dramático estabelecimento visitado, combinando superlotação e uma péssima infra-estrutura, foi o presídio central de Porto Alegre. Com capacidade oficial de 600 vagas, o presídio mantinha 1.803 presos no dia da visita e até 2.040 durante o ano anterior. (2000, p.199)

Não pode ser olvidado que tais dados são de onze anos atrás, hoje o presídio em comento tem uma capacidade de engenharia para 1.986 presos, porém abriga um total de 4.608 detentos, o que demonstra estar quase três vezes com mais reclusos que sua capacidade máxima. Denota-se que após onze anos o problema continua o mesmo. Todo exposto encontra-se no site da SUSEPE. (http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=203&cod_conteudo=21, acesso em 07/11/11).

Jesus, citando o testemunho de Evandro Lins e Silva, expõe que a pena privativa de liberdade como sanção principal e de aplicação genérica está falida, pois ela não readapta o delinquente, quando ao contrário, perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece, gera reincidência, enfim é uma universidade às avessas onde o diploma que se oferece é o de profissional do crime. (1999, p. 12).

O caráter criminógeno da prisão não pode ser olvidado, visto que é de grande aporte tal tema pelos estudiosos do cárcere.

Bitencourt preconiza:

[...] Considera-se que a prisão, em vez de frear a delinquência parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade. Não traz nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda sorte de vícios e e degradações [...]. (2004, p.157)

Hoje, insurge-se como necessidade uma pena utilitária que possa fazer um contraponto com a pena inútil no âmbito social, como hodiernamente se verifica que tem como rótulo um adjetivo de criminógena.

Neste sentido Vasconcelos preleciona que com frequência, mais que inútil a pena privativa de liberdade está sendo danosa pois entre outros favorece a reincidência (2009, p.363).

Os efeitos criminógenos da prisão podem ser classificados em três: fatores materiais, fatores psicológicos, fatores sociais.

Bitencourt traça alguns pontos essenciais de cada fator.

No primeiro agrupam-se as falhas nas condições infraestruturas, tanto no que versa sobre os alojamentos quanto no tocante aos serviços prestados de forma deficiente pelo estado para a manutenção do mínimo de qualidade de vida dos reclusos.

O segundo fator traz à lume um dos principais problemas que o cárcere gera, a possibilidade de fazer emergir tendências criminosas, visto que no cárcere a rotina de mentiras e dissimulações é acentuada e a convivência com reclusos de diferentes periculosidades pode intensificar um aprendizado criminoso.

Já o terceiro fator diz à respeito da segregação, no momento em que uma pessoa é retirada de seu habitat, por pior que seja, sua psique sofre profunda desadaptação, conseguir uma readaptação, ou ressocialização, neste caso é uma árdua tarefa. (2004, p.158-159)

Ainda, finaliza o autor:

Diante do ritmo em que se desenvolve a vida moderna, em que as transformações se produzem com espantosa rapidez, é muito provável que a prisão venha a ser cada vez mais criminógena. (2004, p.159).

Mais uma vez Fernandes analisa um dos pilares que faltam para a sustentação da pena privativa de liberdade, qual seja a ausência de classificação entre os presos. O autor em sua obra a falência do sistema prisional brasileiro aduz que pouco se faz para uma correta diferenciação entre os reclusos, apesar da lei de execuções criminais, lei 7210/84, disciplinar tal agir, e reflete sobre a mais nociva das miscelâneas que se dá entre presos condenados e que aguardam julgamento, advertindo:

Internos que aguardam julgamento são livremente misturados com aqueles já condenados. Além do grande número de prisioneiros condenados confinados junto com outros ainda não condenados nas cadeias das delegacias policiais, examinado anteriormente, existe ainda, nas penitenciárias, um grande número de presos ainda não julgados colocados junto aos presos já condenados. (2000, p.227).

Mesmo com todas as críticas feita pela doutrina desde o surgimento da prisão, pois como afirma Foucault, a “reforma” da prisão é mais ou menos contemporânea da própria prisão, (grifo nosso) (2009, p. 220), críticas estas não apenas no direito, mas em várias

ciências que tratam do indivíduo, como psicologia a por exemplo, ela tornou-se a principal resposta penalógica ao crime cometido na quase totalidade dos países. O mesmo autor ainda salienta na obra *Microfísica do poder*:

[...] Desde o começo a prisão deveria ser um instrumento tão aperfeiçoado quanto a escola, a caserna ou o hospital, e agir com precisão sobre os indivíduos. O fracasso foi imediato e registrado quase ao mesmo tempo que o próprio projeto. Desde 1820 se constata que a prisão, longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los ainda mais na criminalidade [...]. (2010, p. 131).

Wacquant pergunta-se “[...] para que serve a prisão do século XXI?” o autor afirma não saber por que se trancafiam as pessoas, ainda aduz que estamos enleados naquilo que David Garland chama de “crise do modernismo penal”, não conseguimos responder porque se encarcera, apesar de conhecermos os efeitos destruidores da prisão no ser humano. (GAUER, et. al., 2002, p. 124).

Finalizando este tópico é necessária uma última consideração acerca no número de reincidentes que está em 64%, um nível alto, que mostra o fracasso de uma das funções da pena, a ressocialização. (http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=39&cod_conteudo=123, acesso em 07/11/11)

Como salientado, junto com políticas criminais são necessárias outras reformas no sistema prisional, os substitutivos penais atuam antes do encarceramento ou contemporaneamente o minimizando, porém mesmo assim a prisão continua sem cumprir seu desiderato principal, a ressocialização, para isso faz-se necessário mudanças, doravante analisadas.

3.2 – Melhoria das condições do cárcere.

Como primeira medida para que a prisão seja um lugar que ao menos possa receber e manter pessoas como pessoas por um período de tempo, devemos melhorar as condições do cárcere.

Como advoga Fernandes os presídios:

[...] deveriam ter capacidade para no máximo 500 presos; em alas separadas, na conformidade da natureza do delito, para evitar-se o “contágio moral” entre eles, de acordo com o que foi, também, anteriormente, explicado.(2000, p.499)

Os fatores materiais tem grande impacto na busca da melhora do apenado, como este já está sendo privado da sua liberdade, não é justo que seja também privado de seu mínimo existencial, Bitencourt preleciona que nas prisões clássicas as deficiências de alojamento e e alimentação promovem o desenvolvimento de várias doenças, como a tuberculose. (2004, p.158)

O mesmo autor lista outras deficiências:

Na maior parte dos sistemas penitenciários podem ser encontradas as seguintes deficiências: 1ª) Falta de orçamento. Infelizmente, nos orçamentos públicos, o financiamento do sistema penitenciário não é considerado necessidade prioritária, salvo quando acabam de ocorrer graves motins carcerários. 2ª) Pessoal técnico despreparado. Em muitos países a situação se agrava porque o pessoal não tem garantia de emprego ou não tem uma carreira organizada, predominando a improvisação e o empirismo.[...] 3ª) Nas prisões predomina a ociosidade e não há um programa de tratamento que permita pensar na possibilidade de o interno ser efetivamente ressocializado. (2004, p.231).

Comentando acerca da superpopulação carcerária Fernandez relata que em 1997, na cadeia de Itanhaém, em São Paulo, mantinham-se 213 presos quando a capacidade era de 32, conseqüentemente houve rebelião. (2000, p.189).

O mínimo que o Estado deve oferecer ao condenado à prisão é que não tenha sua saúde deteriorada enquanto permanece no cárcere, para que não seja alcunhada como criminógena, Pavarini, citado por Bachara, aduz que o cárcere não atende mais ao paradigma da pena justa, refere que:

[...] nem todos os crimes merecem a privação da liberdade por mais que temporalmente limitada. Em uma concepção estritamente retributiva nem, nem todas as violações às leis penais podem ser pagas com a liberdade (...) o sofrimento do cárcere, por menor que seja, pode exceder todo limite colocado pela devida proporcionalidade ao ilícito cometido. (2009, p.41).

O problema do cárcere em relação à sua infraestrutura é ponto nevrálgico para que se consiga um fim útil da pena de prisão, mas de nada adianta sem a conjunta melhora na segurança interna do recluso, como relata Fernandes, o índice de morte entre presos, seja por dívidas de drogas, rixas, falta de supervisão efetiva, é alarmante. (2000, p.237).

O mesmo autor preleciona outra mazela que macula o cárcere:

Particularmente na sequência das rebeliões, tentativas de fuga e outros incidentes sérios, mas às vezes mesmo por ofensas triviais, agentes penitenciários e policiais desconsideram as restrições da LEP e recorrem à violência física.(2000, p.252.)

Dotti cita Ibrahim Abi-Ackel que diz serem os presídios brasileiros verdadeiros depósitos de pessoas e permanentes fatores criminógenos (1998, p.116). Para que está presente realidade transforme-se, não só a melhoria no cárcere em si deve ser levada em, mas também a melhora do aparato penal como um todo, Fernandes sugestiona alguns pontos a serem trabalhados, como a implementação de centros criminológicos permanentes para que haja realmente um tratamento do condenado e não somente seu recolhimento. (2002, p.664)

O indigitado autor preleciona variegadas medidas plenamente implantáveis que militam para uma tentativa de solução do problema, salienta:

[...] a instalação de penitenciárias e presídios em áreas compatíveis com sua finalidade; fixação da população carcerária conforme a capacidade da unidade prisional e dentro dos padrões internacionalmente recomendados; [...]. (2002, p.664).

Como a prisão se mostra como uma instituição que supre todas as instâncias da vida do recluso, instituição total, deve fazê-lo de um modo a garantir que sejam supridas tais necessidades, conforme Bitencourt preconiza há uma mortificação do ego do recluso. (2004, p.166)

A reforma do cárcere deve atender todos estes pontos, já que o Estado arvorou para si a custódia do detento, tal período deve ser atravessado com o menos de danosidade possível, sob pena de não se conseguir um dos principais objetivos da pena, que é a reinserção social do apenado, com sua melhora enquanto ser humano.

No documento, Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, são listadas diretrizes que devem imantar qualquer sistema de penas e restrição de liberdade que se diga humano, relevante para o tópico em apreço se mostra o item 58, que normatiza:

O encarceramento e medidas que resultam na exclusão do infrator do mundo exterior são penosos exatamente pelo fato de tirar do indivíduo o direito de autodeterminação por meio de privação de liberdade. Portanto, o sistema penitenciário não deve, exceto como circunstância incidental à segregação justificável ou à manutenção da disciplina, agravar o sofrimento inerente a esta situação. (2009, p.24).

A prisão se tornou um castigo desumano, convergem para corroborar esta tese as mazelas que se verificam atualmente no cárcere, dentre as quais: superpopulação, alimentação deficiente, mau estado das instalações, pessoal técnico despreparado, falta de orçamento, etc., (BITENCOURT, 2004, p.231).

Fernandes vai mais além e argumenta a necessidade de criação de colônias agrícolas em larga escala, prisões-albergue, centros regionais de formação profissional, tudo na tentativa de evitar a deterioração das condições físicas e mentais dos presos. (2002, p.664-665).

Em outra obra o mesmo autor relata algumas condições que trazem à tona a necessidade premente de uma reforma urgente dos estabelecimentos prisionais, tal relato serve para corroborar que a problemática prisional brasileira é o principal fator de ineficácia da pena privativa de liberdade:

Os presos brasileiros são normalmente forçados a permanecer em terríveis condições de vida nos presídios, cadeias e delegacias do país. Devido à superlotação, muitos deles dormem no chão de suas celas, às vezes no bsnheiro, próximo ao buraco do esgoto. Nos estabelecimentos mais lotados, onde não existe espaço livre nem no chão, presos dormem amarrados às grades das celas ou pendurados em redes. A maior parte dos estabelecimentos penais conta com uma estrutura física deteriorada, alguns de forma bastante grave. [...] (2000, p.194).

Conforme as diretrizes básicas para a construção, ampliação e reforma dos estabelecimentos penais, de autoria do Ministério da Justiça, a capacidade dos estabelecimentos penais deve obedecer ao número de:

Penitenciária de Segurança Máxima Especial, capacidade máxima 300.

Penitenciária de Segurança Média ou Máxima, capacidade máxima 800.

Colônia Agrícola, Industrial ou similar, capacidade máxima 1.000.

Casa de Albergado ou similar, capacidade máxima 120.

Centro de Observação criminológica, capacidade máxima 300.

Cadeia Pública, capacidade máxima 800.

Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, capacidade máxima 120. (2006, p.29)

Confrontando tais dados com as estatísticas atuais de lotação prisional, é evidente a superpopulação carcerária.

Na busca de uma melhoria das atuais condições do cárcere, autores como Pastana refletem sobre a ideia da privatização do sistema carcerário. A ideia da privatização dos presídios, não é mais do que uma forma de investir no tratamento e qualidade mínima de vida do apenado, desonerando os cofres públicos, como salienta Fernandes o custo social da criminalidade é muito alto (2002, p.664).

Pastana, em seu artigo Estado punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual, argumenta sobre a privatização dos presídios, a autora inicia prelecionando que:

[...] a legislação brasileira não prevê grandes obstáculos para esse setor produtivo, uma vez que mesmo o texto constitucional não proíbe a participação da iniciativa privada na gestão do sistema penitenciário, a ideia da privatização dos presídios tem ganhado cada vez mais destaque nos debates jurídicos nacionais sobre segurança pública. (2009, p.320).

Segunda a mesma autora, o governo federal, através do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPC), elaborou diretrizes para a adoção das prisões privadas no Brasil, em resumo previam:

Admissão das empresas por concorrência pública, regulação contratual, o setor privado proveria alimentação, saúde, trabalho, educação, além da construção e administração dos estabelecimentos. (2009, p.320).

Em 1999, Luís Barbosa, integrante do PPB, partido progressista brasileiro, de Roraima, apresentou o projeto de lei 2.146, que objetivava autorizar o poder executivo a privatizar o setor penitenciário, o próprio texto prelecionava que seu desiderato era:

[...] “compartilhar o gerenciamento e a participação da iniciativa privada na solução de um grave problema que não havia encontrado resposta enquanto limitado à exclusiva competência do poder público”.(Barbosa, 2006) (PASTANA, 2009, p.321)

Ao apontar hipóteses de solução ao atual problema prisional, Fernandes também arrola dentre outras a possibilidade de privatização de presídios menores com a supervisão estatal, coloca, o autor, que tal medida primeiramente deve se dar em nível experimental. (2002, p.664)

A despeito de ser uma inovação a presente proposta, o Brasil, ainda que timidamente, dá alguns passos nessa direção, haja vista que governos estaduais, através de parcerias público privadas (PPPs) terceiriza alguns serviços prisionais que seriam de sua obrigação realizar, como: vestuário, alimentação, limpeza, controle médico, dentre outros. (PASTANA, 2009, p. 321)

Fernando Capez, citado por Pastana, mostra-se favorável a adoção de tal modelo de administração prisional e salienta que não é uma questão de escolha, mas sim uma necessidade indiscutível, um fato, no momento em que o Estado não cumpre sua obrigação outras vias tem de ser encontradas. (2009, p.326)

A privatização dos presídios é sem dúvida uma hipótese a ser considerada como alternativa ao problema prisional, a despeito disso sofre duras críticas, em especial:

[...] a gestão empresarial dos presídios lucra com a criminalidade, não operando, portanto, para sua diminuição. Assim, o preso deixa de ser sujeito em processo de punição e torna-se objeto de investimento privado. Quanto maior for o número de criminosos detentos, mais a indústria irá prosperar. (PASTANA, 2009, p.327)

Cabe ainda ressaltar que não se transferiria ao particular a administração da justiça, visto que a custódia dos presos em hipótese alguma poderia ser transferida ao particular, haveria nisto uma patente inconstitucionalidade. Tendo isto por base, a direção do presídio,

sua guarda armada e outras responsabilidades que se ligam com a soberania do Estado, estariam sempre sob responsabilidade dos entes da administração pública. (PASTANA, 2009, p.322).

3.3 – Prisão como *ultima ratio*.

Continuando com o estudo das soluções para nosso atual problema carcerário é recorrente na doutrina que a pena privativa de liberdade somente deve ser dispensada àqueles que tenham cometido crimes graves, somente para criminosos que dela realmente não possam prescindir.

É cediço que a inclusão de condenados que tenham um grau de periculosidade baixo, geralmente criminosos primários e de bons antecedentes, com aqueles que têm no crime seu estilo de vida, gera um fator criminógeno. Com acerto traz à tona o assunto Bitencourt:

A execução das penas de curta duração, sendo insuficientes para reeducar os criminosos primários – que eventualmente necessitem da reação pedagógica exercida pela ação penal -, e suficientes para corromper-lhes o sendo moral, nega, portanto uma das principais finalidades, que é a “readaptação social” do condenado, ou, como diz Muñoz Conde, pelo menos evitar “sua não dessocialização”. (2004, p. 235).

Juntar lado a lado criminosos contumazes e transgressores ocasionais não são razoável e certamente um passo em falso na caminhada da melhoria do ser. O que se quer, em termos de política criminal é que a pena de prisão seja utilizada como sanção de longa duração e somente para crimes de maior gravidade (BATOCHIO, 1996, p.448).

O que se pretende, então, é a redução da prisão ao mínimo útil, ou seja, o que se mostrar absolutamente necessário a afastar do convívio social os que se revelaram absolutamente em dissonância com o regramento normativo social. (grifo nosso) (PIRES, 1998, p.112), esta situação se vê em crimes dolosos contra à vida, saúde, integridade física, mas não em crimes contra o patrimônio, bons costumes, por exemplo.

Batochio, trazendo à lume uma citação de Boneville Marsangy, diz que este ainda no século XIX já advertia “a pena privativa de liberdade jamais deverá ser aplicada quando a pena pecuniária for suficiente à repressão” (grifo nosso) (1996, p.448).

Herkenhoff, em seu livro Crime: Tratamento sem prisão busca responder uma pergunta: prender ou não prender, e responde que se deve,

Contudo, com ressalvas feitas, de uma análise global da pesquisa resulta a comprovação do êxito, na 1ª vara criminal de Vila Velha, de uma política criminal fundada na avareza de prender, na limitação do cárcere a situações extremas. (1998, p.92)

Para que a pena privativa de liberdade seja dispensada à quem dela realmente dela necessite, Pires vem em seu artigo: Alternativas à pena privativa de liberdade e outras medidas, expor algumas ideias de política criminal que poderiam ser postas em prática como descriminalização de alguns crimes contra os costumes, crimes desprovidos de danosidade social etc.(...)

Em termos práticos, tem-se a pesquisa feita por Herkenhoff, o qual relata que na análise global feita na 1ª vara criminal de Vila Velha foi alterada a postura de prender como medida costumeira para prender somente em situações extremas. O resultado foi que do grupo de noventa indiciados, acusados e réus, apenas sete voltaram a responder a novo processo. No grupo de indiciados, acusados e réus que foram liberados, mas já tinham sido presos, vinte e cinco, de cento e dezesseis, voltaram a responder novo processo, um número muito maior. (1998, p.93). O que se depreende é que a prisão só pode ser usada quando for a *ultima ratio*, sob pena de seus efeitos ficarem empedernidos na alma e quem dela experimenta. As palavras do autor falam por si:

Sendo a prisão absolutamente nefasta, deve ser evitada ao máximo, em respeito à pessoa humana, enquanto não puder se de todo proscrita, na sociedade que se construirá a partir da eliminação das opressões que sustentam a estrutura social vigente. (1998, p.93).

Fernandes enumera propostas para que a pena privativa de liberdade volte a cumprir suas funções no ordenamento jurídico brasileiro. Aduz o autor:

1º) Os condenados com penas até 4 (quatro) anos de prisão, poderiam ter suas punições substituídas pelas chamadas penas alternativas, com a efetiva fiscalização a ser feita sobre os beneficiários. (2000, p.498).

2º) Aqueles, cuja pena de prisão fossem superior a 4 (quatro) anos e até 20 (vinte) anos seriam recolhidos em presídios de segurança máxima.

3º) Os condenados a mais de 20 (vinte) anos de prisão (acolhendo parte da sugestão do professor Ataliba Nogueira) seriam encaminhados ao sistema prisional, que ele chama de colonização do interior [...]. (2000, p.498).

O que se depreende das propostas de Fernandes é que haja uma utilização da pena privativa de liberdade somente quando se mostre realmente necessária, e mesmo nesses casos os reclusos devem estar divididos segundo patamares de penas evitando, assim, a nefasta miscelânea.

Gomes e Molina também comungam da ideia da prisão como última resposta social para o criminoso, além de comentarem sobre os modelos penais que no Brasil se erigem. Para os mesmos a prisão só se justifica para os fatos de especial gravidade. (2011, p.547).

3.4 – Laborterapia.

Fernandes traz à tona a ideia da terapia pelo trabalho, principalmente para reclusos condenados a penas de grande duração, preleciona o autor:

5º) Os presídios, tanto aqueles destinados aos presos até 20 (vinte) anos, quanto aqueles condenados a mais de 20 (vinte) anos de pena privativa de liberdade deveriam ter características eminentemente agroindustriais, mecânicas manufatureiras, eletrônicas, elétricas e até artes plásticas, etc. É a laborterapia. O grande fator para a recuperação e ressocialização do preso. (2000, p.499).

Esta colocação do autor remete à sua ideia de que todo recluso deve trabalhar, pois o trabalho ocupa a mente e transforma o tempo ocioso em tempo produtivo, mesmo que não haja trabalho, o preso deve de alguma forma se ocupar o autor então menciona um caso prático para defender sua tese, em Presidente Venceslau, apenas a colocação de presos políticos com comuns logrou grupos de estudo, teatro, trabalho, pintura, etc. (2000, p415)

A simples retirada da ociosidade dos reclusos já é uma passo grande na senda da melhoria de nossa sociedade.

As benesses desta simples atitude são inúmeras, pois os reclusos além de terem remuneração pelo trabalho, e os benefícios da previdência social (FERNANDES, 2000, p.332), sairão da instituição sem perda de capacidade laboral.

A legislação brasileira através da Lei de Execuções Penais sentiu que o trabalho é uma necessidade premente para os reclusos e disciplinou que todo preso deve trabalhar, isto gera um aumento significativo nas chances do preso se integrar na sociedade após sua soltura, gerando uma reabilitação realmente eficaz. (FERNANDES, 2000, p.290).

Não obstante a constatação supracitada, as oportunidades de educação e treinamento para o trabalho são escassas em nosso panorama carcerário, como aduz Fernandes:

[...] Apesar das determinações legais, entretanto, os estabelecimentos penais do país não oferecem oportunidades de trabalho para todos os presos. Embora a proporção de detentos que se dedicam a alguma forma de trabalho produtivo varie significativamente de prisão para prisão, apenas em algumas prisões femininas encontramos de fato oportunidades de trabalho abundantes.[...] (2000, p.291).

O tema em epígrafe se liga com a melhoria das condições do cárcere, na medida em que o aumento da oportunidade de trabalho para reclusos não deixa de ter íntima conexão com o aparato estatal carcerário que deve propiciar e fazer valer o que preleciona a legislação quanto a esta temática laboral.

Gomes e Molina argumentam que o trabalho mais do que um trabalho é um dever do preso, aduzem:

[...] Quando ele reúne capacidade para o trabalho, deve trabalhar, mas não se pode impor o trabalho forçado (trabalho desumano ou cruel ou que se reveste de forma desumana ou cruel ou indigna) que é constitucionalmente proibido (CF, art.5º, XLII, c). Não trabalhar, podendo e havendo trabalho, constitui falta de responsabilidade do preso (que deve ser analisada pelo juiz durante toda a execução penal). (2011, p.594).

É tão importante o trabalho do recluso que no tratado sobre Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal é feita uma normatização laboral que visa transformar a prisão em um fator de incremento intelectual do ser humano, e não num ambiente ocioso, propenso a degradação do ser, inicia o diploma:

- 71.(1) O trabalho na prisão não deve ser de natureza insalubre
 (2) Todos os prisioneiros sob sentença devem trabalhar, de acordo com a aptidão física e mental determinada pelo médico.
 (3) Os prisioneiros devem fazer trabalho proveitoso que os mantenha ativos como em um dia de trabalho normal.
 (4) Quando possível o trabalho realizado deve manter ou aumentar a habilidade dos prisioneiros para que possam viver de maneira digna após sua liberação.
 (5) Os prisioneiros devem fazer treinamento vocacional em profissões úteis das quais possam tirar proveito, especialmente os prisioneiros jovens.
 (6) Dentro dos limites compatíveis com a seleção vocacional apropriada e das exigências da administração e disciplina institucional, os prisioneiros devem poder escolher o tipo de trabalho que gostariam de exercer.

Deste primeiro artigo o que salta aos olhos é a normatização do trabalho de modo ao melhor aproveitamento da mão-de-obra do recluso, com estudos e treinamentos a fim de extrair resultados profícuos de sua capacidade laboral. Ainda segue disciplinando:

72. (1) A organização e os métodos de trabalho nas instituições devem ser os mais parecidos possíveis com aqueles realizados fora da instituição, para, desta forma, preparar os prisioneiros para as condições de uma vida profissional normal.
 (2) Os interesses dos prisioneiros e de seu treinamento vocacional, entretanto, não devem ser subordinados à obtenção de lucro financeiro da atividade da instituição.
 73. (1) As indústrias e explorações agrícolas, preferencialmente, devem ser operadas diretamente pela administração e não por contratantes privados.
 (2) Se o local onde os prisioneiros estiverem trabalhando não estiver sob o controle da administração, eles devem sempre permanecer sob a supervisão dos agentes da instituição. A menos que o trabalho seja para outros departamentos do governo, o salário normal deve ser pago à administração pelas pessoas para as quais o trabalho é executado, levando em consideração o rendimento dos prisioneiros.
 74. (1) As precauções fixadas para proteger a segurança e a saúde dos trabalhadores livres devem ser igualmente observadas nas instituições.
 (2) Devem-se adotar procedimentos para indenizar prisioneiros por acidentes de trabalho, inclusive por enfermidades provocadas pelo trabalho, em termos não menos favoráveis que aqueles estendidos pela lei a trabalhadores livres.

Em todo diploma normativo o que fica claro é a intensão de fazer do trabalho do recluso o mais profícuo possível e afastar, de modo perene, a ideia de trabalhos forçados, proibido pela constituição federal, porquanto o trabalho se assemelhará ao extracarcerário em tudo, principalmente na manutenção dos direitos e garantias do trabalhador, buscando sempre que a sua condição de pessoa não desapareça.

75. (1) O número máximo de horas trabalhadas pelos prisioneiros, diária e semanalmente, deve ser fixado em lei pelo regulamento administrativo, levando em consideração as normas do local em relação ao emprego de trabalhadores livres.

(2) As horas assim fixadas devem permitir um dia de descanso por semana e tempo suficiente para instrução e outras atividades exigidas como parte do tratamento e reinserção dos prisioneiros.

76. (1) Deve haver um sistema de remuneração igualitária para o trabalho dos prisioneiros.²⁸ Normas e Princípios das Nações Unidas em Matéria de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal

(2) Dentro do sistema, os prisioneiros deverão ter permissão para gastar pelo menos parte do que ganharem em artigos aprovados para uso próprio e, para enviar uma parte de seus ganhos para sua família.

(3) O sistema deve também possibilitar que uma parte dos ganhos seja reservada pela administração para constituir um fundo de poupança a ser destinado ao prisioneiro quando da sua liberação. (2009, p.27-28)

Vale destacar que a remuneração pelo trabalho será destinada ao recluso e a sua família, visando sempre sua reabilitação, tanto pessoal, e o quanto possível, financeira.

Desde há muito é sabido da relevância do trabalho para a transformação do condenado, Foucault analisa essa questão e defende que o trabalho insere, no ambiente prisional, a ordem, a regra, o trabalho acima de tudo é uma ferramenta que pode requalificar o detento, transformar o ladrão em operário, fazer com que tenha uma expectativa de vida fora do cárcere. (2009, p.228)

O mesmo autor rebate as críticas do século XVIII acerca do trabalho prisional, argumenta que não é fator decisivo na economia e seus benefícios são inúmeros, passagem que merece transcrição é:

O trabalho penal deve ser concebido como sendo por si mesmo uma maquinaria que transforma o prisioneiro violento, agitado, irrefletido em peça que desempenha seu papel com perfeita regularidade. A prisão não é uma oficina; ela é, ela tem que ser em si mesma uma máquina de que os detentos-operários são ao mesmo tempo as engrenagens e os produtos; ela os “ocupa” e isso continuamente, mesmo se fora com o único objetivo de preencher seus momentos. Quando o corpo se agita, quando o espírito se aplica a um objeto determinado, as ideias importuna se afastam, a calma renasce na alma. (2009, p.229)

A utilidade do trabalho penal não é o lucro, é, na verdade, o afastamento da ociosidade.

CONCLUSÃO.

Em termos conclusivos resta a noção firme de que a pena privativa de liberdade ruiu em suas funções, principalmente em se tratando de ser ela uma resposta satisfatória ao crime cometido. Não pode ser outro o entendimento após a análise do panorama carcerário hodierno e também reflexamente do panorama social, que sofre com a reincidência e a falta de punição, por exemplo.

A pena privativa de liberdade não atende ao que dela se espera, é em verdade uma ferramenta que estimula o crime, indo na contramão do que dela todos esperam.

Como a pena de prisão não pode ser abolida, é mister do Estado fazer com que ela se torne um instrumento eficaz contra a criminalidade e não um fator criminógeno que, além de tudo, favorece o aviltamento do ser humano, do recluso.

A resposta para esta problemática é clara, três frentes principais militam para a solução concreta, melhoria do aparato prisional, utilização da pena privativa de liberdade em último caso, e implementação do trabalho no ambiente prisional.

Para que a pena de prisão seja uma resposta social legítima e eficaz ao crime, cumpridora dos seus objetivos, é necessário que haja a melhoria das condições do cárcere, com uma forte mudança na infraestrutura carcerária, disponibilizando ao recluso a manutenção de suas condições dignas de vida, preconiza-se, então, que se o Estado não o consiga fazê-lo, privatizem-se os serviços carcerários de infraestrutura prisional.

O tolhimento da liberdade deve ser a única pena imposta ao recluso, tolhe-lo do mínimo existencial digno, mais que ilegítimo, é uma forma de tortura imposta pelo Estado ao ser.

Juntamente com a melhoria das condições carcerárias, a pena privativa de liberdade somente deve ser aplicada a quem dela realmente necessite, somente delitos com grande danosidade social devem ensejá-la, com isso diminuir-se-á o contingente carcerário e poder-se-á tratar melhor dos delinquentes que dela não prescindam.

Delitos que não sejam dolosos contra a vida não devem ensejar o encarceramento, há melhores vias para que seja feita a justiça no caso concreto.

Para quem esteja tolhido de sua liberdade na prisão, o trabalho deve ser regra, não o trabalho forçado, mas o trabalho que dignifique o ser humano, como alcinha Fernandes, a laborterapia seria incentivada, a ociosidade nefasta estaria afastada e o tempo na prisão seria profícuo, incentivando a melhoria do ser.

A despeito dos substitutivos penais auxiliarem na melhoria do sistema de penas do Brasil, medidas que melhorem o aparato prisional em si urgem realização, com mudanças carcerárias e políticas criminais despenalizadoras, como os substitutivos já implementados, haverá a tão esperada legitimidade do sistema punitivo brasileiro, que desta forma buscará a melhoria do delinquente no mesmo caminho da retribuição e repressão ao injusto.

Fica de forma concreta em nossa mente, após o entendimento de todo o exposto, que não há como continuar sem mudanças nosso aparato prisional, a pena deve ser sempre legítima e correta, a par do desenvolvimento social e cultural, uma mudança neste cenário mais que legitimadora é condição de existência do mesmo a constatação da falência foi feita, as mudanças devem ser o próximo passo.

REFERÊNCIAS

- BATOCHIO, José Roberto. **Formas alternativas de pena criminal**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº733, novembro. 1996, p. 446-451).
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- BRASIL, **Código penal**, Decreto-lei nº2848, de 7-12-1940, 15ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. **Diretrizes Básicas para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais**. Brasília. Ministério da Justiça. 2006.
- DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. São Paulo. Editora Saraiva. 2010.
- DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- FERNANDES, Newton. **A Falência do Sistema Prisional Brasileiro**. São Paulo. Editora RG Editores. 2000.
- FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Editora Graal, 2010.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 36. Ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2009.
- GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Direito penal: parte geral**. Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Direito penal: parte geral**. Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais: comentários à lei 9.099 de 26.09.1995**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2005.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes. 1997.
- HERKENHOFF, João Batista. **Crime: tratamento sem prisão**. 3. Ed., rev. ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998.
- JACKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 3. Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2008.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Penas Alternativas**. São Paulo. Editora Saraiva, 1999.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes, parte I, princípios metafísicos da doutrina do direito**. Lisboa: Editora Edições 70 Ltda, 2004.

LOPES JUNIOR, Aury, **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Volume II, 3. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. **Penas, medidas de segurança e “sursis”: doutrina, jurisprudência e legislação**. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. 1995.

PASTANA, Debora Regina. **Estado punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº77, mar-abr. 2009, p 313-330.

PIRES, Ariosvaldo de Campos. **Alternativas à pena privativa de liberdade e outras medidas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº20, outubro-dezembro. 1997, p. 76-81).

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2002.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal**. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA. **Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal**. Brasília. Ministério da Justiça. 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **A expansão do direito penal: aspectos das políticas criminais nas sociedades pós-industriais**. 2. Ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo. Editora Malheiros Editores Ltda. 2008.