

UNIVERSIDADE ESTADUAL VALE DO ACARAÚ
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ
Curso de Especialização em Direito Constitucional

Kelly Stefany Martins Araújo Gonzalez

A PENA ALTERNATIVA DE PRESTAÇÃO DE
SERVIÇOS À COMUNIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO
ÂMBITO DE UMA EXECUÇÃO PENAL DIGNA

FORTALEZA – 2009

Kelly Stefany Martins Araújo Gonzalez

**A PENA ALTERNATIVA DE PRESTAÇÃO DE
SERVIÇOS À COMUNIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO
ÂMBITO DE UMA EXECUÇÃO PENAL DIGNA**

Monografia apresentada à Universidade Estadual Vale do Acaraú como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Ms. Flávio José Moreira Gonçalves.

Fortaleza - 2009

Kelly Stefany Martins Araújo Gonzalez

A PENA ALTERNATIVA DE PRESTAÇÃO DE
SERVIÇOS À COMUNIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO
ÂMBITO DE UMA EXECUÇÃO PENAL DIGNA

Monografia apresentada à Universidade Estadual Vale do Acaraú como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional.

Monografia aprovada em: 14 de abril de 2009

Orientador: _____

Prof. Ms. Flávio José Moreira Gonçalves

1º Examinador: _____

Prof. Esp. Haroldo Correia de Oliveira Máximo

2º Examinador: _____

Prof. Dr. César Barros Leal

Coordenador do Curso:

Prof. Ms. Flávio Gonçalves

Aos meus filhos Raissa e Renan, minha vida,
pelos momentos de convivência que deixamos de
usufruir.

Ao René, marido e companheiro, que
compreendeu minhas ausências e ansiedades.

Aos meus pais, que me possibilitaram mais essa
conquista.

AGRADECIMENTOS

A DEUS, pela sua presença constante em minha vida.

Ao Dr. Haroldo Correia de Oliveira Máximo, juiz titular da Vara de Execução de Penas Alternativas da Comarca de Fortaleza, pela rica contribuição teórica, indispensável para a realização deste trabalho.

Ao Dr. César Barros Leal, pela gentileza de aceitar participar da banca examinadora desta monografia.

Ao professor Flávio Gonçalves, por aceitar a tarefa de orientação e pelo apoio prestado na realização deste trabalho.

A minha amiga Hagessandra, por sua inestimável contribuição.

“Há, hoje, um consenso universal, a partir da Organização das Nações Unidas, que preconiza a adoção de penas alternativas, em substituição à pena de prisão, destinada esta, última ratio, para a segregação dos delinqüentes criminosos.”

Evandro Lins e Silva

RESUMO

A importância da pesquisa sobre o tema “A Pena Alternativa de Prestação de Serviços à Comunidade como direito fundamental a no âmbito de uma execução penal digna” está em sugerir que essa modalidade de pena possa servir como exemplo de um direito fundamental implícito. O que se pretende com este trabalho é demonstrar como essa modalidade de alternativa penal respeita o princípio da dignidade humana em vários aspectos. Analisa, ante o fracasso da pena de prisão, as vantagens das penas e medidas alternativas, notadamente a de prestação de serviços à comunidade, que se consolidou em âmbito nacional como a alternativa de maior aceitação pela sociedade e pela comunidade científica, em virtude dos seus inúmeros benefícios, tais como o de viabilizar uma maior integração infrator-comunidade e o de propiciar a participação direta e efetiva da sociedade na execução da pena.

Palavras – chave: Penas Alternativas. Prestação de Serviços à Comunidade. Direito Fundamental. Execução Penal. Dignidade Humana.

ABSTRACT

The importance of the research on the subject “the Alternative Punishment of Community Service as a fundamental right in the scope of a penal enforcement with dignity” is in suggesting that this modality of sanction can serve as example of an implicit fundamental right. What is intended with this work is to demonstrate how this modality of penal alternative respects the principle of human dignity in various aspects. It analyses, in the face of the failure of prison sentence, the advantages of the alternatives penalties and measures, mainly Community Service that was consolidated in national scope as the alternative of bigger acceptance by the society and by the scientific community, in virtue of its innumerable benefits, such as to make possible a bigger integration infractor-community and to propitiate the direct and effective participation of the society in the penal enforcement.

Keywords: Alternative Penalty. Community Service. Fundamental Right. Penal Enforcement. Human Dignity

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1 FRACASSO DA PENA DE PRISÃO | 14 |
| 1.1 O SISTEMA PUNITIVO ANTERIOR À PENA DE PRISÃO..... | 14 |
| 1.2 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMO PRINCIPAL SANÇÃO DO SISTEMA PUNITIVO..... | 17 |
| 1.3 ASPECTOS NEGATIVOS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE..... | 25 |
| 2 ALTERNATIVAS PENAIIS – PANORAMA GERAL NO DIREITO PÁTRIO | 30 |
| 2.1 BREVE HISTÓRICO | 30 |
| 2.2 AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELAS LEIS 9099/95 E 9714/98 | 35 |
| 2.3 AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS EM ESPÉCIE..... | 41 |
| 3 DIREITOS HUMANOS | 48 |
| 3.1 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS..... | 48 |
| 3.2 OS DOCUMENTOS HISTÓRICOS CONSAGRADORES DOS DIREITOS HUMANOS E A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO PENAL.... | 53 |
| 3.2.1 A Magna Carta | 53 |
| 3.2.2 A lei de Habeas –Corpus..... | 54 |
| 3.2.3 A Declaração de Direitos (Bill of Rights) | 54 |
| 3.2.4 A Declaração do Estado Americano de Virgínia..... | 55 |
| 3.2.5 A Declaração de Independência dos Estados Unidos..... | 55 |
| 3.2.6 A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e as constituições francesas..... | 56 |
| 3.2.7 A Declaração Universal dos Direitos Humanos..... | 57 |

| | |
|---|-----------|
| 3.2.8 As Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros | 59 |
| 3.2.9 A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José..... | 59 |
| 3.2.10 A Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes | 59 |
| 4 A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E O RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | 61 |
| 4.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PÁTRIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | 61 |
| 4.2 A PENA ALTERNATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE | 63 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 69 |
| | |
| REFERÊNCIAS | 71 |
| | |
| ANEXOS..... | 75 |
| ANEXO A – Lei 9714 de 25 de novembro de 1998..... | 76 |
| ANEXO B – Evolução histórica das penas e medidas alternativas (PMAS) no Brasil.... | 78 |

INTRODUÇÃO

No início da vida em sociedade, o homem não possuía o direito escrito como balizador de sua conduta. Esta era determinada pelo livre arbítrio dos governantes. Diante disso, os governados não possuíam qualquer garantia de um julgamento justo e legal. O Código de Hamurabi, 1694 a.C., contendo diversas normas que regulavam várias áreas do comportamento humano, representa o começo do direito escrito no ocidente e o início de alguma garantia dos súditos em face das investidas tirânicas dos monarcas. Contudo, na seara penal, a grande desproporção entre o delito cometido e a pena imposta era constante, e a pena capital era a mais aplicada e punia tanto o dano causado à casa alheia quanto o roubo de um filho de outrem.

Embora o Código de Hamurabi seja apontado como o primeiro documento jurídico escrito, é com a Lei das XII Tábuas que se pode vislumbrar a gênese de alguns direitos humanos relacionados à propriedade e à liberdade. Aqui, também, o direito penal está longe de alcançar o mínimo de humanidade, pois as penas são cruéis e desproporcionais, como a fustigação e o lançamento ao fogo daquele que fez pastar o seu rebanho em terreno alheio.

Passada a era do horror do direito penal, vivenciada com grande ênfase na Idade Média, com o espetáculo público das punições cruéis, a humanidade, para amenizar o pesar da consciência pelas atrocidades cometidas, reinventa a prisão como forma de punição mais humana.

Não obstante à época do seu surgimento a prisão ter se constituído na resposta mais branda e humana de sanção penal, uma vez que as penas de então em sua maioria eram as de castigos corporais (mutilações, açoites) e pena de morte, a verdade é que ela fracassou em seus objetivos de “ressocializar”, de “tratar” o delinqüente.

Neste contexto de total descrença na pena privativa de liberdade -sistema clássico-, surge o sistema alternativo, cujos postulados mais significativos são garantir a proporção entre a gravidade da infração e a sanção imposta e a utilização prioritária das penas e medidas alternativas à pena de prisão. As alternativas penais, também chamadas de substitutos penais, constituem um dos pilares do Direito Penal Mínimo.

Dentre estas sanções alternativas, destaca-se nesta monografia a Prestação de Serviços à Comunidade -PSC, posto ser essa a modalidade que detém um maior significado educativo e possibilita uma integração maior entre infrator e sociedade.¹ Ademais, é a pena alternativa que exige grande participação da comunidade na sua execução, na administração da justiça penal. Sem a participação efetiva da sociedade, através de suas instituições, a PSC não tem como ser executada.

No decorrer, alguns questionamentos serão abordados, tais como: a crise do sistema prisional contribuiu para o surgimento das penas alternativas? Após mais de uma década da edição das leis n.9099/95 e n.9714/98, como vem sendo efetivada a Prestação de Serviços à Comunidade ou a Entidades Públicas no Brasil? Pode essa ser considerada uma forma de concretização do princípio da dignidade humana, constituindo-se, assim, num direito fundamental no âmbito de uma execução penal digna?

A realização desta pesquisa justifica-se pela atualidade e necessidade de estudo sobre o tema. Este não poderia ser mais atual. Com frequência, nossos lares são “invadidos” por noticiários sobre rebeliões nos presídios, explosões de violência, atribuídas às facções criminosas nos grandes centros urbanos. Por outro lado, também ficamos horrorizados com o tratamento desumano e cruel a que estão submetidos os reclusos do sistema penitenciário. Divulgar as vantagens e a eficácia da pena de Prestação de Serviços à Comunidade, como alternativa à prisão, faz-se imperioso tendo em vista o seu caráter preventivo e não-segregador.

De acordo com o então diretor do Departamento Penitenciário Nacional, em 1998, ano de aprovação da Lei 9714, apenas 2 mil pessoas cumpriam pena alternativa, ao passo que em 2007, este número subiu para 180 mil. (KUEHNE, 2007). Não obstante a aplicação de penas alternativas haver crescido nos últimos anos, muitos condenados, que poderiam estar cumprindo pena em meio livre, encontram-se recolhidos nos estabelecimentos prisionais.²

Ampliar os horizontes da pesquisa, ao estudar a Prestação de Serviços à Comunidade como direito fundamental a uma execução penal digna, é relevante porque possibilita a construção de uma identidade desta modalidade de pena, vinculando-a com o princípio da dignidade humana. Isto consolida as vantagens desta alternativa penal, o que poderá

¹ Confira argumentação disponível nas páginas 63, 64, 66 e 67.

² Dados mais recentes do Ministério da Justiça indicam que metade da população carcerária está em situação provisória. E destes 30% estão sujeitos a receber, caso haja condenação, penas alternativas à prisão, pelo fato do delito cometido não ultrapassar quatro anos. (BRASIL, 2009)

possibilitar uma maior aplicação desta.

O objetivo geral desta pesquisa consiste em revelar a pena alternativa de Prestação de Serviços à Comunidade como direito fundamental no âmbito de uma execução penal digna, haja vista sua estreita vinculação com o princípio da dignidade humana. Os específicos são: verificar como a crise do sistema prisional contribuiu para o surgimento das Penas Alternativas; analisar como a pena de Prestação de Serviços à Comunidade está sendo efetivada no Brasil, após a edição das leis 9099/95 e 9714/98; verificar como os direitos humanos foram se concretizando no decorrer da história, através das suas dimensões; analisar, com base nos documentos jurídicos internacionais, como o direito penal foi se humanizando até se chegar às penas alternativas.

No que concerne aos aspectos metodológicos, as hipóteses foram investigadas através de pesquisa bibliográfica, baseando-se em estudos já publicados, livros, revistas, e de documental, baseando-se em leis, projetos, resoluções sobre o assunto. No que tange à tipologia da pesquisa, isto é, segundo a utilização dos resultados, é pura, uma vez que busca ampliar o conhecimento sobre o tema para realizar nova tomada de posição. A abordagem é quantitativa, através da pesquisa de fatos e dados objetivos, e qualitativa, buscando conhecer as relações humanas e observando os fenômenos sociais de maneira mais profunda, para uma melhor compreensão destes. A pesquisa é exploratória, definindo objetivos e buscando maiores informações sobre o tema em questão, e descritiva, descrevendo fatos, natureza, características, causas e relações com outros fatos pertinentes ao tema.

No primeiro capítulo, intitulado Fracasso da Pena de Prisão, faz-se um breve histórico da pena privativa de liberdade para se compreender como ela se constituiu, durante muito tempo, na principal sanção do sistema punitivo. Neste capítulo, os aspectos negativos da pena de prisão, que a levaram à falência, também são abordados, contradizendo suas origens de resposta penal humana e eficaz para se tornar um verdadeiro fator criminógeno.

No segundo capítulo, trata-se das Alternativas penais – panorama geral no direito pátrio, fazendo-se um breve histórico do surgimento das penas alternativas como resposta ao fracasso da pena de prisão, e como elas se desenvolveram no Brasil. Abordam-se, ainda, as inovações trazidas pelas Leis 9099/95 e 9714/98, a ampliação das possibilidades de aplicação e das espécies de penas alternativas conferidas por esses dispositivos legais. A aplicação, a execução e as espécies de penas restritivas de direitos, objeto da Lei 9714/98, foram tratadas com destaque, haja vista a delimitação do objeto desta pesquisa ser a pena de prestação de serviços à comunidade.

O terceiro capítulo, Direitos Humanos, analisa a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais e como esses foram se agrupando em dimensões, de acordo com os valores defendidos. Demonstra, também, como a humanização do direito penal foi ganhando positividade através dos documentos jurídicos internacionais.

O quarto capítulo, A prestação de serviços à comunidade e o respeito à dignidade humana, enfoca a vinculação dessa espécie de pena ao princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo-se, assim, num direito fundamental no âmbito de uma execução penal digna. Descreve, ademais, como esta modalidade penal desde a sua origem foi bem aceita na sociedade e entre os estudiosos, em virtude de suas inúmeras vantagens.

Logo, este trabalho aborda a pena de prestação de serviços à comunidade no ordenamento pátrio e sua vinculação com o princípio da dignidade humana, para, enfim, atingir-se o objetivo maior dessa pesquisa, qual seja: consolidar o reconhecimento da eficácia desta pena, em face de sua natureza educativa, socializadora e expressiva de um direito fundamental no âmbito de uma execução penal digna.

1 FRACASSO DA PENA DE PRISÃO

Não obstante os ideais humanitários e ressocializadores que estiveram presentes quando do aparecimento da pena de prisão como sanção penal, a verdade é que esta fracassou, em virtude dos aspectos negativos inerentes ao encarceramento. Apresentar-se-á, a seguir, um breve histórico da pena de prisão, como ela se converteu na principal sanção do sistema punitivo, ao mesmo tempo em que se constatava sua falência como meio incapaz de prevenir o delito e tratar o delinqüente.

1.1 O SISTEMA PUNITIVO ANTERIOR À PENA DE PRISÃO

A história do direito penal inicia-se com a própria história da humanidade. Não obstante, nos tempos primitivos não haver um sistema elaborado e organizado de punição, pode-se afirmar que, desde o momento em que homem passou a viver em sociedade, surgem as primeiras regras de convivência e por conseguinte surgem também as sanções decorrentes da violação de tais regras.

Nesta fase inicial de vida em sociedade, o delito normalmente correspondia à quebra de uma regra que era considerada sagrada para aquele clã. A punição por esta violação consistia na perda da paz, ou seja, na expulsão do violador do grupo e este, longe da proteção da tribo, fatalmente não sobreviveria.

Posteriormente inaugura-se o sistema da vingança privada, que consistia em fazer justiça com as próprias mãos. A pena correspondia ao direito da vítima de se vingar do ofensor, este por sua vez também se achava no direito de revidar a resposta sofrida. Esta prática gerava um círculo vicioso que, somado à desproporcionalidade entre o mal sofrido e a resposta da vítima³, levaria ao extermínio dos povos. Por este motivo esta forma de punição não perdurou por muito tempo.

³ Nesta fase da história da humanidade, a relação entre a ofensa sofrida e a pena/vingança era tão desproporcional que atingia toda a família do agressor. A vingança de sangue gerava uma verdadeira guerra entre o grupo do ofendido e o grupo do agressor.

Em um estágio seguinte, com a evolução política da comunidade, o direito de punir passa a ser exercido pelo chefe da tribo e não mais pelo ofendido. O sacerdote utiliza o talião (olho por olho, dente por dente), bastante aplicado nas legislações antigas como o Código de *Hamurabi*. Era a fase da vingança pública.

A prisão remonta aos tempos primitivos; contudo, não se constituía numa espécie de sanção penal. Nas civilizações antigas, assim como no Direito Germânico, a finalidade da prisão consistia em custodiar e torturar o infrator, além de ser empregada como meio impeditivo de fuga até que a sua pena fosse imposta. Esta, em sua grande maioria, era a pena de morte e as penas corporais.

Na Idade Média o Direito Penal sofreu influência dos Direitos Romano, Canônico e Germânico. Também neste período a prisão não existia como pena propriamente dita. A pena capital era utilizada com frequência e sempre acompanhada por suplícios e requintes de crueldade. As penas corporais, revestidas de açoites e mutilações, também eram utilizadas como resposta penal para um número significativo de infrações.

Durante o curso da Idade Média, as sanções criminais estiveram submetidas à vontade da Igreja e posteriormente ao arbítrio do soberano. Crime e pecado, pena e castigo se confundem numa época em que o crime é visto como uma afronta à vontade de Deus. Mesmo com o fortalecimento do Estado Absolutista, o caráter religioso da pena não se afasta, uma vez que se concebia o poder do rei como uma extensão do poder divino. Assim, ao contrariar a vontade do rei, o infrator estaria contrariando o próprio Deus. Era preciso punir para que se expiasse a sua culpa.

Este período, marcado pela supremacia da pena capital e pela crueldade na forma de punir, destacou-se também pela existência dos suplícios e do espetáculo na execução da pena.

Foucault (1993,p.11) retrata bem esta época do direito penal do terror, época em que o espetáculo da crueldade na execução da pena capital tem a finalidade de incutir na consciência coletiva o medo de ser punido e, por conseguinte, desfazer qualquer intuito criminoso. Para retratar fielmente este período, relata a execução da pena de morte de um condenado por parricídio, ocorrida em dois de março de 1757, em Paris. O condenado, ainda vivo, teve seu corpo atezado em várias partes, nas quais foi aplicado chumbo derretido, e após as carnes de seus membros terem sido cortadas, foi esquartejado através da tração de

quatro cavalos. E por fim o tronco e as outras partes do corpo foram lançados na fogueira, pois a condenação determinara que tudo deveria ser reduzido a cinzas.

A pena de galé também foi utilizada neste período. Era conhecida como prisão flutuante, por consistir em obrigar o condenado a remar sob ameaça de açoite. A aplicação da pena de galé coincide com o período do avanço das descobertas marítimas e manteve-se em alguns países europeus até o século XVIII. Os trabalhos forçados também representavam uma espécie de sanção penal muito aplicada e consistia em obrigar o condenado a executar serviços em obras públicas e minas.

A história da pena de prisão não pode ser contada de forma linear, tampouco se pode afirmar que a prisão como forma de sanção penal apareceu em determinado período, sem nenhum registro de antecedente na história.

Na Idade Média, por exemplo, pode-se detectar a existência da prisão eclesiástica, destinada aos clérigos rebeldes. Estes eram recolhidos a uma cela, na qual respeitavam o mais absoluto silêncio, recolhidos à penitência e à oração como forma de purgar seus pecados. Havia ainda a prisão do Estado, destinada aos inimigos do rei, aqueles que cometeram crimes de traição. Este tipo de prisão poderia servir como custódia, mas foi utilizada também como pena propriamente dita, pois para ela poderia ser encaminhado o condenado que ali permaneceria até o fim da vida, ou ainda até receber o perdão do rei:

Cuello Cálon indica o aparecimento efêmero da prisão: um édito de Luitprando, Rei dos longobardos (712-744) dispunha que cada juiz tivesse em sua cidade um cárcere para prender os ladrões pelo tempo de um ou dois anos. Também uma capitular de Carlos Magno (813) ordenava que as pessoas *boni generi* que tivessem delinqüido poderiam ser recolhidas à prisão por determinação do Rei até que se corrigissem. Mas, como adverte o mesmo escritor, os exemplos indicam o caráter raro da imposição do encarceramento como sanção autônoma [...] (DOTTI,1998,p.33) (grifo do autor).

Como nesta época a finalidade precípua da prisão era custodial, não havia estabelecimentos construídos especialmente para o cárcere, aproveitavam-se espaços destinados para outros fins e utilizavam-nos para a privação da liberdade. Assim, transformavam-se em prisão os castelos e conventos abandonados.

A idade Moderna assiste a um grande aumento da pobreza e da criminalidade. O estado via-se na constante atribuição de lidar com um exército cada vez maior de vagabundos e mendigos.

As cidades, para enfrentar esse fenômeno sócio-criminal que as assolava, passaram a criar instituições de correção onde o trabalho e a disciplina imperavam. Exemplo desse modelo de casa correcional é o castelo de Bridwell, na Inglaterra. No fim do século XVI, foram inauguradas, em Amsterdã, várias casas de correção, com ênfase na reeducação do infrator. Posteriormente, várias outras casas correcionais (*house of correction*) foram inauguradas e na segunda metade do século XVII atingem o ápice de sua utilização. Estudiosos apontam as casas de trabalho ou de correção como os embriões para o surgimento da pena privativa de liberdade.

A Idade Moderna assiste também ao florescimento das idéias humanistas e iluministas, isto contribui para a instituição da prisão como resposta penal mais humana e digna. O movimento iluminista repercutiu consideravelmente no Direito Penal, através do sentimento humanitário, contribuiu para a reformulação das penas e de sua execução. A justiça começou a tomar ares de mais justa e igualitária, as penas devem ser mais brandas e baseadas na lei:

Desaparece, destarte, em princípios do séc.XIX, o grande espetáculo da punição física: o corpo do supliciado é escamoteado; exclui-se do castigo a encenação da dor. Penetramos na época da sobriedade punitiva. Podemos considerar o desaparecimento dos suplícios como um objetivo mais ou menos alcançado, no período compreendido entre 1830 e 1848. (FOUCAULT, 1993, p.19).

O aparecimento da guilhotina⁴ representa bem a preocupação que se tem, nesta época, com o sofrimento do condenado e com a igualdade da justiça. A guilhotina representava a forma mais rápida e menos dolorosa de se executar a pena de morte. A partir de então, independente da classe social, os condenados deveriam ser executados com este instrumento; antes apenas os nobres eram decapitados com um machado, aos pobres o suplício da roda e os longos e torturantes processos para se chegar à morte.

1.2 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMO PRINCIPAL SANÇÃO DO SISTEMA PUNITIVO

Como já mencionado, o aumento da pobreza e da criminalidade na Europa nos idos dos séculos XVI e XVII corroborou para o aparecimento de outras formas de punir. Ademais, o prestígio da pena de morte encontrava-se em pleno declínio, ante o florescimento

⁴ Criada em 1792, pelo professor da Faculdade de Medicina de Paris, D. Joseph-Ignace Guillotin, que ao presenciar a primeira execução da pena capital com sua invenção teria exclamado: “a vítima nada sofreu. Apenas sentiu uma ligeira impressão no pescoço”.

das idéias iluministas. Percebeu-se também que as penas corporais, os suplícios, o espetáculo do terror não serviam mais para inibir na população o cometimento de crimes; ao contrário, era incontestável o aumento da criminalidade.

Por questão, até mesmo de política criminal, era preciso encontrar novas formas de punir, pois seria inviável condenar o enorme contingente de criminosos à pena capital. Acrescente-se o fator econômico como colaborador para esta transição da pena de morte para pena privativa de liberdade como nova resposta penal:

[...] a razão econômica foi um fator muito importante na transformação da pena privativa de liberdade.[...] Agora já não se trata de encerrar os desempregados, mas de dar trabalho àqueles que estão encerrados e fazê-los úteis à prosperidade geral. A alternância é clara: mão-de-obra barata, quando há trabalho e salários altos; e, em períodos de desemprego, reabsorção dos ociosos e proteção social contra a agitação e motins. Não esqueçamos que as primeiras casas de internação apareceram na Inglaterra nos pontos mais industrializados do País[...] (BITENCOURT, 2004,p.29).

Foi com o Iluminismo e com a proliferação dos ideais de democracia, liberdade e dignidade humana, que as penas corporais passaram a perder espaço para a pena privativa de liberdade:

Somos herdeiros de um sistema que encontrou o seu apogeu no *século das luzes* quando o reconhecimento formal dos direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, impunha a abolição das penas cruéis. E a prisão não seria, portanto, uma pena cruel principalmente porque ela mantinha a vida que tão freqüentemente era o preço do resgate do crime cometido.(DOTTI, 1998,p.106) (grifo do autor).

As penas corporais e a pena capital não se encaixam nessa nova fase da humanidade. É preciso implantar uma nova resposta penal, mais condizente com os valores humanitários de então. Assim, a prisão como forma de sanção propriamente dita surge no final do século XVIII para atingir seu apogeu na segunda metade do século XIX. “No fim do séc.XVIII e princípio do séc.XIX se dá a passagem a uma penalidade de detenção, é verdade; [...] A prisão, peça essencial no conjunto das punições, marca certamente um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à humanidade.” (FOUCAULT, 1993, p.207).

Tão logo se inaugura esse novo sistema penal, já se evidenciam os seus problemas. A literatura especializada aponta que a história dos problemas da prisão aparece junto com o próprio surgimento da prisão. A tão propagada reforma do sistema penitenciário não é assunto exclusivo de nossos dias, ela já foi pensada desde o nascimento da prisão como sanção penal. Os mesmos pensadores iluministas procuraram encontrar soluções para os males do cárcere.

Para uma melhor compreensão acerca da pena privativa de liberdade e como esta se transformou na linha dorsal do direito penal, necessária se faz uma breve análise acerca dos pensadores iluministas, Beccaria, Bentham e Howard, cujas idéias repercutiram demasiadamente no direito penal e na reforma da pena de prisão. Não menos importante para o entendimento é o estudo sobre os sistemas penitenciários, que acompanharam a evolução da pena privativa de liberdade.

O filósofo italiano Bonesana (1738-1794), o Marquês de Beccaria, consagrou-se como fundador da Escola Clássica do Direito Penal. Seus postulados foram condensados no livro *Dos Delitos e Das Penas*, publicado em 1764. Seu pensamento foi de tamanha importância que muitas de suas idéias foram albergadas pela Declaração dos Direitos dos Homens (1789).

Beccaria (2002) criticava o sistema de aplicação da justiça de sua época, desproporcional e injusta, bem como a condenação e a execução de penas desumanas e cruéis. Dentre os pontos mais importantes de sua doutrina, pode-se citar: 1) As leis decorrem do contrato social que os homens firmaram para viverem em sociedade, portanto somente o legislador (representante do povo) poderia elaborá-las; 2) Aos juízes não é dado o poder de interpretar as leis; 3) O processo deve ser público; 4) As penas devem ser previstas em lei e devem ser proporcionais ao crime praticado, não devem ser infamantes ou cruéis; 5) As leis têm como destinatário o povo, portanto não devem ser obscuras e sim de fácil compreensão; 6) A tortura não deve ser admitida como meio de persecução criminal.

Acrescente-se aos seus ensinamentos o caráter preventivo que atribuía à pena de prisão. Sua concepção utilitarista creditava à pena os poderes de impedir que o delinqüente voltasse a cometer crime e de inibir os demais cidadãos de ingressarem na criminalidade. Inaugura, portanto, a Teoria Relativa ou Preventiva da pena com os pressupostos da prevenção especial e geral, como adiante será analisado.(BITENCOURT, 2004).

John Howard, jurisconsulto inglês, também um dos fundadores da Escola Clássica, acreditava que a pena deveria ter o propósito de emendar o criminoso para que este não tornasse a delinqüir. Destacou-se como penitenciário e pela sua luta em melhorar as condições das prisões; defendeu um tratamento mais humano ao prisioneiro que deveria ter o direito à assistência religiosa, à alimentação e à higiene assegurado. Lutou também contra a doutrina dominante de então que via na pena somente o caráter retributivo e de controle

social. (BITENCOURT, 2004).

Em 1777 escreveu a obra *The State of Prisons* e passou a ser considerado por muitos como o “pai da ciência penitenciária”. Muito do seu saber penitenciário foi fruto da sua própria experiência de prisioneiro no Castelo de Brest e posteriormente na prisão de Morlaix. Percorreu toda a Europa para investigar os deficientes sistemas penitenciários.

Seu pensamento influenciou uma corrente de penitenciaristas preocupados com as condições dos estabelecimentos penais. Dentre os seus postulados, destacam-se o emprego do trabalho e da religião como instrumentos valiosos para a regeneração moral do infrator; o isolamento celular noturno como forma de evitar a promiscuidade e a seleção do pessoal penitenciário, que deveria ter como características humanidade e honradez, pois acreditava na função reabilitadora da pena de prisão. Por fim, defendia que a prisão deveria ser fiscalizada por magistrados para averiguar se as leis estariam sendo cumpridas.

O outro reformador é Bentham (1748-1832), adepto da teoria utilitária da pena, que considerava que esta se justifica por sua utilidade, qual seja a prevenção geral. A pena de prisão deve servir para intimidação dos demais para que não pratiquem o delito. Apesar de enfatizar a prevenção geral da pena, também acreditava no caráter reabilitador desta, mas este era renegado a segundo plano. A prisão é um meio para se alcançar a recuperação do recluso e, a exemplo dos outros reformadores, acreditava que o trabalho deveria ser utilizado como instrumento de reabilitação. (BITENCOURT, 2004).

Bentham, apesar de ser considerado como um dos reformadores e suas idéias terem contribuindo para melhoras as condições de vida da população carcerária, combatendo o excesso de castigo que ocorriam nas prisões, acredita que a sanção penal deve conter um certo grau de severidade com o objetivo de prevenção.

Sem dúvida sua contribuição mais importante foi o panóptico. Um protótipo de arquitetura penitenciária, cuja principal característica é o poder de vigilância e controle exercido sobre um grande número de pessoas. Sua estrutura corresponde basicamente a uma torre central, na qual é exercida a vigilância, rodeada por um anel periférico onde ficariam as celas, de modo que quem estava ali se sentia o tempo todo vigiado, mesmo que efetivamente não estivesse:

Por isso Bentham colocou o principio de que o poder devia ser visível e inverificável. Visível: sem cessar o detento terá diante dos olhos a alta silhueta da torre central de onde é espionado. Inverificável: o detento nunca deve saber se está sendo observado, mas deve ter a certeza de que sempre pode vê-lo. (FOUCAULT, 1993, p.178).

O panótico mostrou-se à época de seu nascimento uma boa alternativa ao modelo arquitetural das prisões de então, as quais se constituíam numa masmorra escura e escondida, com uma estrutura pesada. Na idéia de Bentham, o panótico traduz transparência e leveza. “O peso das velhas <<casas de segurança>>, com sua arquitetura de fortaleza, é substituída pela geometria simples e econômica de uma << casa de certeza>>” (FOUCAULT, 1993, p.179).

Apesar do panótico⁵ não ter sido executado de forma generalizada como prisão, foi utilizado como modelo de arquitetura para outras instituições e muitas de suas características ainda se encontram presentes nas penitenciárias atuais, como o desenho radial e a vigilância individual através do prontuário dos presos:

É polivalente em suas aplicações: serve para emendar os prisioneiros, mas também para cuidar dos doentes, instruir os escolares, guardar os loucos, fiscalizar os operários, fazer trabalhar os mendigos e ociosos [...] Cada vez que se tratar de uma multiplicidade de indivíduos a que se deve impor uma tarefa ou um comportamento, o esquema panótico poderá ser utilizado. (FOUCAULT, 1993, p.181).

Foi mencionado anteriormente que os reformadores Beccaria e Bentham foram os fundadores da Escola Clássica. Necessário se faz, portanto, um breve comentário sobre a referida corrente doutrinária.

A Escola Clássica surgiu da influência das idéias iluministas, na área do direito. Dividiu-se em dois períodos: o primeiro, conhecido como filosófico ou teórico, do qual Beccaria foi o seu representante e o segundo denominado jurídico ou prático, cujo expoente foi Francisco Carrara. No que tange à explicação acerca da finalidade da pena, no âmbito da Escola Clássica, desenvolveram-se três teorias distintas: a absoluta, a relativa e a mista.

A Teoria Absoluta ou Retributiva desenvolveu-se no Estado Absoluto, no qual o poder do rei era a expressão do poder divino, o crime confundia-se com o pecado, um mal cometido contra as leis de Deus. A função da pena seria a de fazer com que o criminoso/pecador expiasse a sua culpa através do castigo, necessário para sua absolvição. A

⁵ A arquitetura radial do panótico foi construída pela primeira vez em 1800, nos Estados Unidos. A disciplina e a vigilância pregadas pelo panótico o revestia de tamanha eficácia que foi construído para atender outras instituições como manicômios, escolas e hospitais.

pena tinha um carácter retributivo, um mal para devolver ao infrator o mal praticado por ele. Pune-se porque delinuiu. Com o advento do Estado Burguês, o fim retributivo da pena continua em vigor, a diferença está em punir o delinqüente não por que este havia ofendido ao soberano e por conseguinte a Deus, mas sim por que ao cometer o delito violou o contrato social. Os maiores defensores da Teoria Retributiva da pena são Kant e Hegel:

[...]Kant considera que o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinqüido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais integrantes da sociedade. Com esse argumento, Kant nega toda e qualquer função preventiva – especial ou geral- da pena. A aplicação desta decorre da simples infringência da lei penal, isto é, da simples prática do delito. (BITENCOURT, 2004, p. 111).

Em confronto à Teoria Retributiva, surge a Teoria Relativa ou Preventiva da pena. A pena não é vista unicamente em relação ao delinqüente, e não servia apenas para que este pagasse o mal que cometeu. Ao contrário, a pena deve ter um fim social, sua função consiste tanto em fazer com que o delinqüente não volte a delinquir (prevenção especial), como deve servir de exemplo para inibir os demais membros da sociedade a praticarem delito (prevenção geral). Beccaria e Feuerbach foram seus maiores expoentes, assim como Von Liszt:

A necessidade da pena, segundo Von Liszt, mede-se com critérios preventivo-especiais, segundo os quais a aplicação da pena obedece a uma idéia de ressocialização e reeducação do delinqüente, à intimidação daqueles que não necessitem ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis. (BITENCOURT, 2004, p.129).

A terceira teoria que tenta explicar os fins da pena é a Mista ou Unificadora, cujos postulados albergam às máximas das teorias retributiva e preventiva. A retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial devem ser atingidas pela pena. Sua elaboração começou no começo do século XX, na Alemanha e mantém-se viva na opinião de vários doutrinadores, bem como foi alicerçada pelo nosso código penal, no seu art.59. No pensamento de Nucci (2006, p.359), por exemplo, pena “É a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e à prevenção a novos crimes. O carácter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e específico.”

Após o período humanitário e sua representação na Escola Clássica, inaugura-se o período criminológico ou científico do direito penal, que foi representado pela Escola Positiva. Nesta época, a filosofia e a ciência estavam impregnadas dos preceitos do positivismo de August Comte e do Evolucionismo de Darwim. Para esta escola o fim da

pena seria não só o de retribuir o mal causado, como também o de visar à proteção social com a correção do delinqüente e a intimidação.

O maior representante da Escola Positiva foi o médico psiquiatra Lombroso, que em 1880 publicou a obra *Sociologia Criminal*. Para ele o delito era um fenômeno biológico, porquanto o criminoso já nasce delinqüente, sua própria natureza o faria delinqüir sempre que reunidas determinadas condições favoráveis para o ato criminoso. Outro nome importante da Escola Positiva é Henrique Ferri. Sua contribuição está em acrescentar os fatores antropológicos e sociais ao fator físico como causas do delito. Concebeu, assim, o trinômio: fatores antropológicos, sociais e físicos como elementos explicativos para o crime.

Retomando a trajetória da pena privativa de liberdade rumo a sua consolidação como resposta penal por excelência, encontramos a formação dos sistemas penitenciários que foram os meios pelos quais os estados viabilizaram a pena de prisão. Os mais importantes foram o pensilvânico, o auburniano e o progressivo.

Anteriormente foi dito que, na Idade Média, a Igreja punia os clérigos infratores submetendo-os ao isolamento em celas para que através do silêncio e da oração alcançassem o arrependimento. Esta experiência monástica de isolamento celular foi trazida para o sistema punitivo do estado e incorporada às prisões holandesas e inglesas do século XVI e mais tarde nos Estados Unidos, através do denominado sistema pensilvânico.

Este sistema, fortemente influenciado pelo Direito Canônico, foi implantado na Filadélfia, no século XVIII, precisamente em 1790 com a criação do regime de confinamento solitário dos presos na *Walnut Street Jail*. Não se pode negar que sua implantação fora impulsionada pela sociedade da Filadélfia, imbuída de fortes valores religiosos e morais, que via na pena privativa de liberdade a forma ideal para a recuperação do criminoso.

A principal característica deste sistema é o isolamento absoluto e ininterrupto do criminoso: em qualquer hora do dia, o preso estava só. Acreditava-se que o isolamento celular e o silêncio absoluto propiciavam a reflexão e a oração. O trabalho era proibido, assim como receber visitas. O precário trabalho exercido nas celas não aliviava a situação dos encarcerados, por ser uma atividade tediosa e vazia de significado.

Não demorou muito até que se verificasse o fracasso do isolamento absoluto, em virtude dos prejuízos que este acarretava à saúde física e psíquica dos condenados. Acrescente-se o alto custo para se construir e manter um sistema celular e a impossibilidade financeira de sua continuidade numa realidade em que a população carcerária crescia demasiadamente.

O sistema auburniano foi implantado no começo do século XIX, nos EUA, precisamente em 1816 com a construção da prisão de Auburn. Surgiu com o objetivo de superar o fracasso do sistema pensilvânico, mas na verdade tratava-se de uma espécie de sistema celular mitigado: a diretriz do isolamento continua, a diferença é que este será observado apenas de noite. Durante o dia era permitido o trabalho em comum dos presos, mas com a obediência absoluta ao silêncio, qualquer tentativa de comunicação entre os presos era punida com penas severíssimas. A única comunicação possível era com os guardas e ainda assim revestida de respeito e obediência exacerbados. Imperava o propósito disciplinador da pena; aqui não existiam o otimismo e a pretensão de se recuperar o delinqüente como no sistema filadélfico.

Os dois sistemas priorizavam a estrutura do poder e o isolamento concebido por ambos objetivava garantir a disciplina e a vigilância:

Na oposição entre esses dois modelos, veio se fixar toda uma série de conflitos diferentes: religioso (deve a conversão ser a peça principal da correção?), médico (o isolamento completo enlouquece?), econômico (onde está o menor custo?), arquiteturais e administrativos (qual é a forma que garante a melhor vigilância). Donde, sem dúvida, o tamanho da polêmica. Mas no centro das discussões e tornando-as possíveis, este objetivo primeiro da ação carceral: a individualização coercitiva, pela ruptura de qualquer relação que não seja controlada pelo poder ou ordenada de acordo com a hierarquia. (FOUCAULT, 1993, p.214).

Com o declínio dos dois sistemas, abriu-se espaço para o aparecimento de um outro sistema, cujo postulado maior era a preparação paulatina para a vida em liberdade: o sistema progressivo.

A Espanha, no início do século XX, inaugurou o sistema progressivo. Sua principal característica é dividir o tempo da condenação em fases, nas quais são agregados determinados privilégios. O condenado passará para a fase seguinte mediante o seu bom comportamento e o desempenho no trabalho.

Reza a doutrina que o precursor do sistema progressivo foi o coronel Manoel Montesinos e Molina, que, durante sua gestão como governador do Presídio de Valência, em

1835, instituiu um tratamento humanitário aos reclusos e estabeleceu um programa de prêmios (vales), baseado no trabalho e na boa conduta. Outros creditam ao Capitão Alexander Maconochie, governador da Ilha de Norfolk, Austrália, o estabelecimento do sistema progressivo.

Posteriormente, com o aperfeiçoamento do sistema progressivo de Maconochie, surgiu o sistema progressivo irlandês. Neste a principal característica foi a instituição de uma etapa intermediária entre o regime fechado e a liberdade condicional, na qual o recluso mantinha contato com a sociedade, não usava uniforme e tinha mais chances de obter a reintegração social ao fim da pena.

A pena privativa de liberdade conhece seu apogeu no século XIX. Ela é definitivamente concebida como a espinha dorsal do sistema penal, com o abandono das penas de morte, trabalho forçado e deportação às colônias. Sua predominância coincide com o estabelecimento do sistema progressivo e com a busca de um tratamento que efetivamente buscasse a recuperação do condenado. Não obstante a pena privativa de liberdade haver se constituído na resposta penal predominante, sabe-se que a história da sua criação e do seu apogeu se entrelaça com a história de seu fracasso e de seus fatores negativos. “Devemos lembrar também que o movimento para reformar as prisões, para controlar seu funcionamento, não é um fenômeno tardio [...] A <<reforma>> da prisão é mais ou menos contemporânea da própria prisão.” (FOUCAULT, 1993, p.209).

1.3 ASPECTOS NEGATIVOS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Ao se analisar a crítica que os especialistas tecem à pena de prisão, verifica-se ser comum a indicação de certos fatores, os quais associados resultaram no fracasso de referida pena. Tais elementos já foram diagnosticados quase que concomitante ao surgimento da pena privativa de liberdade e continuam perceptíveis em nossos dias. A seguir destacamos os aspectos negativos mais comentados na literatura especializada.

O primeiro deles refere-se ao atributo que a prisão tem de estimular a criminalidade. Por suas próprias condições, pelo tipo de vida imposta aos prisioneiros com as constantes violações e limitações sofridas por estes, a prisão não pode deixar de produzir delinquentes. É o que a doutrina diagnostica como fator criminógeno da prisão. “Considera-se que a prisão, em vez de frear a delinqüência, parece estimulá-la, convertendo-se em um instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade. Não traz nenhum

benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda sorte de vícios e degradações.” (BITENCOURT, 2004, p.157).

Outro aspecto relevante propulsor do fracasso da pena de prisão são os efeitos sociais decorrentes do encarceramento, tais como a subcultura carcerária, a ruptura com o mundo extra-muros, a convivência forçada com os demais reclusos, o abandono familiar, a quebra do vínculo familiar e o difícil retorno à sociedade.

Segundo Goffman, sociólogo americano, o presídio é uma instituição do tipo total. Neste tipo de instituição, o indivíduo é completamente absorvido pela entidade, todo o seu tempo é destinado a cumprir as regras que lhes são impostas e quase não há contato com o mundo extra-institucional. Desde que entra na instituição presidiária, o indivíduo tem que se adaptar às regras já estabelecidas, aprende rápido que deverá obedecer à disciplina imposta pelo órgão oficial, como também ao código de convivência dos reclusos. Bitencourt (2004, p.181) leciona que o Código dos Reclusos “É a expressão mais elaborada das regras básicas da sociedade carcerária [...] implica o estabelecimento de determinadas normas de cumprimento obrigatório, e eventual desobediência significa a imposição coercitiva de alguma sanção.”

A subcultura carcerária é o que os estudiosos apontam como a organização da sociedade prisional, os valores, a forma de relacionamento entre os reclusos, a linguagem, os usos, os costumes, ou seja, o modo de vida próprio da vida presidiária. Dostoiévski (1952, p.45), quando de sua prisão, diagnosticou com maestria a existência desta obediência aos ditames da instituição: “Ninguém, entretanto, ousaria insurgir-se contra as regras e hábitos consagrados [...] o novato depressa compreendia que não caíra em lugar propício a surpresas, e não demorava a adotar o tom comum.”⁶

Da subcultura carcerária decorre o fenômeno da prisionalização que consiste na forma como aquela é absorvida pelos internos. A aquisição dos hábitos da prisão varia de recluso para recluso e depende de certos fatores tais como o tempo da condenação e a continuidade de relações com pessoas fora do sistema. Quanto maior a pena e mais isolado do convívio exterior, maior será a intensidade da prisionalização sobre o recluso e maior a dificuldade de

⁶ Nasceu em Moscou em 30.11.1821, foi preso em 1849 e condenado por crime político à pena capital, a qual foi transformada em trabalhos forçados por quatro anos na Sibéria. Da sua experiência como prisioneiro escreveu Recordações da Casa dos Mortos, editada em 1863, obra que revelou os problemas e as angústias vividos pelos reclusos.

se atingir a ressocialização deste:

A prisionalização é terapia de choque permanente, cuja natureza e extensão jamais poderiam autorizar a tese enfadonha de que constitui uma etapa para a liberdade, assim como se fosse possível sustentar o paradoxo de preparar alguém para disputar uma corrida, amarrando-o na cama.(DOTTI, 1998, p.116).

As relações sociais dentro da prisão são impregnadas de valores antagônicos aos da sociedade livre. A coabitação obrigatória faz surgir relações superficiais entre os reclusos, repletas de vícios e dissimulações. “[...] a calúnia, a intriga, os mexericos, a inveja, o ódio, ocupavam o primeiro plano naquela vida condenada.” (DOSTOIEVSKI, 1952,p.46).

Por outro lado, esta mesma convivência forçada faz com que se crie uma certa solidariedade entre os reclusos, subordina-os a uma rotina já pré-estabelecida, com postos sociais já definidos e fomenta as relações de poder. “A prisão torna possível, ou melhor, favorece a organização de um meio de delinquentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras.” (FOUCAULT, 1993,p.235).

Os efeitos negativos da prisão não se limitam aos aspectos sociais, graves e inúmeras são também as conseqüências nefastas à psiquê do recluso, o que modernamente se denominam de reações carcerárias. Estas reações podem ser passageiras, como aquelas ligadas ao momento do ingresso ao cárcere, expressadas por um conjunto de movimentos fortes, histeria e agressões, mas podem também culminar na mais grave conseqüência psicológica ao recluso, o suicídio.

A perda da identidade e da individualidade também afeta a auto-estima do recluso. Desde o seu ingresso e durante toda a execução da pena privativa de liberdade, o preso vê seu autoconceito se dissipar. A coabitação obrigatória, anteriormente citada, e a conseqüente falta de privacidade, até mesmo no momento de satisfazer suas necessidades orgânicas, agridem excessivamente a personalidade do recluso. “[...] não poderia conceber nunca o tormento espantoso de não poder ficar só - um minuto que fosse-durante os dez anos que estive preso [...] e nenhuma vez a solidão!” (DOSTOIEVSKI, 1952, p.43).

Outro grave problema inerente à pena privativa de liberdade diz respeito à questão sexual nos presídios. O instituto sexual não acaba simplesmente porque o homem se encontra preso. O recluso encontra soluções deformantes e prejudiciais para a sua saúde e sua identidade. As formas mais utilizadas para resolver o problema sexual são o homossexualismo e o onanismo. Pode-se citar ainda a repressão total do instinto sexual.

Varella (1999) realizou pesquisa entre os presos da Casa de Detenção de São Paulo, onde constatou que 17,3% dos reclusos investigados estavam infectados pelo HIV. Numa outra pesquisa, com um grupo de travestis, detectou-se que 78% eram portadores do vírus. Este índice passa para 100% se a amostra se limitar àqueles com mais de seis anos de presídio.

As relações homossexuais, principalmente as utilizadas com abuso de poder, produzem traumas insuperáveis no recluso, pois deforma sua auto-imagem e dificulta até mesmo o retorno às relações heterossexuais, o que traz outro problema social, o desfazimento da vida conjugal. A masturbação no presídio é uma forma freqüente de atenuar o desejo sexual. No entanto, com o tempo esta atividade não mais resulta em satisfação, tornando o indivíduo dependente, o que pode trazer graves desequilíbrios psicológicos e físicos.

A todos esses aspectos negativos que contribuíram para o fracasso da pena de prisão, acrescente-se a falta de condições mínimas para uma existência digna da pessoa humana, além da falta de pessoal preparado para lidar com os reclusos e a ausência de programas eficazes da ocupação do tempo dos reclusos, com trabalho e esporte.

Nas prisões as condições materiais são precárias. Falta tudo. Desde produtos básicos de higiene até medicamentos indispensáveis. O quadro é desolador: precária ou total ausência de assistência à saúde, alimentação de má qualidade, quadro este agravado pela superpopulação carcerária. Dados do Ministério da Justiça/DEPEN informam que em dezembro de 2006, a população prisional do Brasil era de 339.580 pessoas, sendo que o número de vagas no sistema prisional era de 236.148, logo o déficit é de 103.432 vagas.

Todos esses problemas interligados e que levaram ao fracasso da pena de prisão revelam-se nas rebeliões carcerárias comumente divulgadas pela mídia e nos índices de reincidência, prova cabal de que a prisão não recupera ninguém.

Foucault assinala que as críticas aos problemas inerentes à prisão rebate-se com a própria prisão, ou seja, encontram “a solução” para a crise da pena de prisão na reativação das técnicas penitenciárias. Desde que a prisão revelou seu fracasso, apontam-se diretrizes para um eficaz regime penitenciário. Dentre essas máximas, pode-se citar: a classificação e separação dos reclusos de acordo com a gravidade da condenação; o trabalho e a educação como meios para se atingir a ressocialização; a qualificação do pessoal penitenciário e assistência ao egresso.

Estes princípios há quase dois séculos são pregados para enfrentar a crise da pena privativa de liberdade. No entanto, o que se percebe é que as várias reformas realizadas só contribuíram para atestar ainda mais a falência da pena de prisão. Portanto, como apontam Foucault e outros especialistas, o desafio em torno da prisão é encontrar alternativas à própria prisão:

A experiência com o sistema prisional resultou, sabidamente, negativa, restando a prisionalização como deletéria, até porque componente causal de reincidência. Assim, começaram a surgir as sanções penais restritivas, e dentre elas, primeiro, a pena de prestação de serviços à comunidade no Código Penal soviético, de 1926. (DOTTI, 1998, p.370).

A pena privativa de liberdade conhece seu apogeu e sua crise em um curto espaço de tempo, em termos históricos. As penas alternativas surgiram em consequência da busca dos intelectuais e da sociedade em geral por uma resposta penal mais eficaz. Após o aparecimento dos institutos iniciais do sursis e do livramento condicional, as alternativas penais vão se constituindo em várias outras espécies que possibilitam o cumprimento da pena em meio aberto, como se verá a seguir.

2 ALTERNATIVAS PENAIS – PANORAMA GERAL NO DIREITO PÁTRIO

Com o fracasso da pena de prisão, as alternativas penais passam a ocupar lugar de destaque no sistema punitivo. No Brasil, com a edição da Lei 9714/98, aumentam-se as possibilidades de sua aplicação. Nas seções seguintes, far-se-á um breve histórico das alternativas penais, o aparecimento destas vinculado ao fracasso da pena privativa de liberdade e uma análise das espécies de alternativas previstas no ordenamento.

2.1 BREVE HISTÓRICO

Com a constatação dos malefícios da pena de prisão e diagnosticado o seu fracasso, fez-se imperiosa a reformulação do sistema punitivo vigente. Assim, já em meados do século XIX, inicia-se a construção de um novo paradigma de sanção penal, mais condizente com a nova proposta de política criminal, preocupada com a reintegração dos condenados. Vários congressos na área penitenciária começaram a debater e vislumbrar esse novo tratamento “Enfim, a prisão fracassava em todos os seus objetivos declarados [...] Fazia-se necessária uma ‘nova ideologia’. Era indispensável a busca de outros meios para substituir a clássica pena privativa de liberdade, pelo menos aquela de curta duração” (BITENCOURT, 2004, p.235).

Os especialistas passam a se preocupar em encontrar soluções que ultrapassem a mera reforma do sistema prisional e alcancem proposições alternativas à própria prisão:

A falência ou fracasso da pena de prisão é, por isso mesmo, o fator preponderante para a difusão das penas e medidas alternativas que, no princípio, começaram pretendendo exclusivamente o encurtamento da sua duração [...] para depois apresentarem-se como verdadeiras alternativas, isto é, como penas autônomas e distintas, que contam com a pretensão de ocupar o lugar da prisão (em razão de sua desproporcionalidade, desumanidade, crueldade etc). (GOMES, 1999, p.31).

Surge, então, um novo modelo de resposta penal consistente na aplicação das penas e medidas alternativas à prisão, que visa a evitar a execução desta, no início, pelo menos, com relação à pena de curta duração. São as alternativas penais que vêm cumprir esta missão.

De início vale esclarecer que Alternativas Penais é o gênero, do qual são espécies as penas e as medidas alternativas. Há no campo doutrinário e na práxis forense verdadeira confusão terminológica quando se deseja designar as alternativas à pena privativa de liberdade. Das diversas nomenclaturas (penas alternativas, medidas alternativas, penas restritivas de direitos, alternativas à prisão) a expressão “Penas Alternativas” ganhou notória preferência dos estudiosos e dos operadores do direito, especialmente após a edição da lei n.9714/98. No entanto, não se trata de institutos jurídicos idênticos, ao contrário são termos que expressam situações processuais diferentes. Distingue Capez (2001,p.369-370) esses institutos:

Medidas Alternativas: constituem toda e qualquer medida que venha a impedir a imposição da pena privativa de liberdade [...] Não se trata de penas, mas de institutos que impedem ou paralisam a persecução penal, não se confundindo, portanto, com as penas alternativas.

.....
Diferem das penas alternativas porque não constituem penas, mas opções para evitar a persecução penal e, por conseguinte, a imposição da pena privativa de liberdade, por sentença judicial.

Penas e Medidas Alternativas são, portanto, espécies do gênero Alternativas Penais, como preceitua Jesus, (apud GOMES ,1999,p.23):

Há uma diferença fundamental entre penas e medidas alternativas: aquelas são [...] sanções de natureza criminal diversas da prisão, como a multa, a prestação de serviços à comunidade e as interdições temporárias de direitos (*são penas distintas*); estas, por sua vez (são institutos ou instrumentos que) visam impedir que ao autor de uma infração penal venha a ser aplicada (ou executada) pena privativa de liberdade. Ambas, entretanto, pertencem ao gênero ‘alternativas penais’. (grifo do autor).

A busca por alternativas no sistema de pena pretendia, a princípio, evitar o encarceramento de curta duração. Acreditava-se que a pena privativa de liberdade de curto prazo não conseguia realizar seus propósitos de recuperação do delinqüente, mas, por outro lado, o pouco tempo de presídio era suficiente para incutir neste as mazelas da reclusão. O sursis e o livramento condicional foram algumas das primeiras espécies de medidas alternativas que buscavam evitar o encarceramento ou tornar mais curta a sua existência.

Parte da doutrina leciona que o sursis surgiu nos Estados Unidos, em meados do século XIX, época em que sua aplicação restringia-se aos menores infratores. Contudo, a maioria dos doutrinadores atribui à Bélgica o título de primeiro país a adotar oficialmente o instituto, no ano de 1888. Consistia em suspender condicionalmente a execução da pena. O direito

pátrio adotou o sursis em 1924 nos moldes do modelo belgo-francês⁷ e encontra-se disciplinado nos art.77 a 82 do Código Penal com a denominação de Suspensão Condicional da Pena. Tal como o concebem Damásio, Dotti e Bitencourt, o sursis “Em realidade é uma alternativa aos meios sancionatórios tradicionais com que conta o moderno direito penal”(BITENCOURT, 2004,p.247).

Durante muitos anos o sursis foi desacreditado no cenário nacional, uma vez que a única condição imposta era a apresentação semestral ao juízo. Com a sistemática atual exige-se uma contrapartida maior por parte do sentenciado. O juiz pode estabelecer outras condições, além de determinar a pena de prestação de serviços à comunidade ou a de limitação de fim de semana, no primeiro ano da suspensão. Ocorre que, não obstante o enrijecimento do instituto, em muitas comarcas não há estrutura para fiscalizar as condições impostas e se promover sua execução. Isto faz com que o sursis continue desacreditado e não consiga livrar-se do estigma de “quase-nada jurídico”. “A aplicação do sursis entre nós equivale, hoje, à absolvição, uma vez que inexistente fiscalização durante o período de prova” (JESUS, 1998, p.17).

Vale salientar que as penas restritivas de direitos preferem ao sursis. Um dos pressupostos para concessão deste é que não seja indicada ou cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos:

Tendo em vista a ampliação da possibilidade de incidência das penas restritivas (nos crimes culposos, sem limite de penas; nos dolosos, com pena até quatro anos), operou-se um certo esvaziamento de várias outras medidas ou institutos alternativos, como o sursis e o regime aberto. (GOMES, 1999, p.119).

O livramento condicional, para a maioria da doutrina, surgiu nas colônias inglesas da Austrália em 1840. No Brasil somente veio a ser aplicado bem mais tarde, com a edição do decreto n.16665 de 1924 e hoje é disciplinado pelos artigos 83 e seguintes do Código Penal. Dotti, citado por Bitencourt (2004, p.341), define o instituto como “uma medida penal de fundo não institucional, restritiva da liberdade de locomoção”.

Esta medida permite que o sentenciado à pena privativa de liberdade, no prazo final da execução desta, obtenha sua liberdade de forma antecipada. Para tanto é necessário o cumprimento de determinadas condições, tais como a obtenção de trabalho lícito e não

⁷ Há duas espécies de sursis. Uma conhecida como modelo belgo-francês e outro como modelo anglo-saxão. No primeiro modelo a condenação é proferida e o que se suspende é a execução da pena, no segundo o que se suspende é a própria ação penal, a própria condenação que não chega ser decretada.

mudar do território da comarca, sem prévia autorização judicial. O descumprimento das condições impostas pelo juiz poderá acarretar o retorno à prisão para a conclusão da pena.

No final do século XIX a pena de multa, tão utilizada na antiguidade e esquecida por algum tempo, ressurge para fazer frente à pena privativa de liberdade, assim como a pena de prestação de serviços à comunidade que surge na Rússia em 1926.

O fato é que desde a luta de Von Liszt, com o Programa de Marburgo, em 1882, contra os malefícios trazidos pela pena privativa de liberdade, inicialmente com referência apenas à de curta duração, as alternativas penais, nas suas mais variadas espécies, vêm se consolidando em diversos países como resposta penal mais utilizada. Segundo Gomes (1999, p.95), o índice de aplicação de penas alternativas é de 85% na Alemanha, Cuba e Japão; 68% nos EUA e 50% na Inglaterra.

Para fomentar a aplicação das alternativas penais, a ONU edita em 1990 as Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não Privativas de Liberdade. Na mesma seção que aprovou referido diploma legal foi determinado que este seria chamado de Regras de Tóquio, em homenagem à cidade que sediou os debates e intercâmbio promovidos pelo Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente que elaborou o projeto das referidas regras.

As Regras de Tóquio constituem um conjunto de princípios e orientações para incentivar a aplicação de alternativas penais, bem como estabelecer diretrizes para resguardar as garantias mínimas das pessoas submetidas ao cumprimento de penas e medidas alternativas. São também seus objetivos incentivar a participação da comunidade na administração da justiça penal, como aspecto fundamental para o sucesso de tais medidas, e resguardar os direitos da vítima. Apontam diretrizes para todas as etapas da justiça penal. A regra 1.5. resume de forma eficaz o espírito deste diploma internacional:

Os Estados-membros devem introduzir medidas não-privativas de liberdade em seus sistemas jurídicos para propiciar outras opções, reduzindo deste modo a aplicação das penas de prisão e racionalizar as políticas de Justiça Penal, levando-se em consideração o respeito aos direitos humanos, as exigências da justiça social e as necessidades de reabilitação do delinqüente.

Na Regra 8.2. estão elencadas várias espécies de medidas que poderão ser adotadas, em conformidade com a “necessidade de ressocialização do delinqüente, a proteção da sociedade e os interesses da vítima, que deve ser consultada sempre que isso for conveniente” (REGRA 8.1). Além da possibilidade de combinação entre as medidas

elencadas, viabiliza ao juiz aplicar qualquer outro regime que não contenha prisão. Damásio Evangelista de Jesus, ao traduzir às Regras de Tóquio, posicionou-se no sentido de considerar esta última hipótese inaceitável para ser aplicada no direito pátrio, por ferir o princípio da reserva legal (art.5º, XXXIX, CF). Por outro lado considerou que esta discricionariedade, desde que observados os princípios da segurança social e da dignidade humana, é condizente com o ideal da justiça criminal.

Outra diretriz importante refere-se à execução das medidas não privativas de liberdade que objetiva a não-reincidência de quem as cumprem. Vigilância e apoio na reintegração social do delinqüente devem caminhar juntos para o êxito das medidas. “Quando necessário, deve ser prestada aos delinqüentes assistência psicológica, social e material, e oferecidas oportunidades para fortalecer os vínculos com a comunidade e facilitar sua reintegração social” (REGRA 10.4).

As Regras de Tóquio são expressão do movimento denominado Direito Penal Mínimo⁸. Os pressupostos deste são minimizar a aplicação do direito penal através da descriminalização (retirar a ilicitude de uma conduta, para que esta não seja mais considerada criminosa) e da despenalização (reduzir a intensidade das penas e restringir a aplicação da pena de prisão). Os princípios de intervenção mínima encontram-se presentes na Regra 2.7: “A utilização de medidas não-privativas de liberdade deve ser parte do movimento em prol da despenalização e descriminação, em vez de interferir ou retardar as iniciativas nesse sentido.”

Em síntese, o Direito Penal Mínimo e as Regras de Tóquio vêem a pena de prisão como último recurso, somente deve ser utilizada para os criminosos contumazes e perigosos, que cometeram delitos graves. Para os demais, devem ser utilizados os substitutos penais.

Quanto à utilização dos substitutos penais no direito pátrio, estes foram paulatinamente sendo agregados ao ordenamento jurídico. O código penal de 1940 conservou a pena privativa de liberdade como espinha dorsal do sistema punitivo. Dotti (1998, p.68) afirma que a detenção é a resposta penal para mais de 170 delitos descritos no Código Penal e que a

⁸ Há no mundo jurídico contemporâneo, três correntes doutrinárias no direito penal: o abolicionismo, o movimento de Lei e Ordem e o modelo alternativo ou do Direito Penal Mínimo. O primeiro defende que não basta a simples reforma da prisão ou a abolição desta, é preciso derrubar todo o sistema. Prega a extinção do próprio direito penal. O segundo prega que a ampliação da intervenção do direito penal é a solução para a criminalidade. Seus princípios são a criação de novos tipos criminais, o agravamento das penas, bem como a supressão das garantias e direitos dos reclusos. No Brasil, a lei dos crimes hediondos e a do crime organizado refletem bem esse movimento.

reclusão pune mais de 130 infrações. As penas se dividiam em privativa de liberdade, em suas espécies de reclusão e detenção, multa e penas acessórias, como as interdições de direitos e a publicação da sentença que eram aplicadas cumulativamente às penas principais (prisão e multa). Uma tímida tentativa de desprisonalização ocorreu com a edição da Lei 6416/77 que instituiu a adoção dos regimes fechado, semi-aberto e aberto e ampliou a possibilidade de aplicação do sursis e do livramento condicional.

Alguns anos mais tarde, a reforma introduzida pela Lei 7209 de 11 de julho de 1984 alterou a Parte Geral do Código Penal. Duas das alterações mais importantes foram a extinção das penas acessórias e a elevação das penas restritivas de direitos ao patamar de principais e autônomas, não obstante seu caráter substitutivo. As penas restritivas de direitos de então eram a prestação de serviços à comunidade, a interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. Somente com a edição das leis 9099/95 e 9714/98 as alternativas penais passaram a ter expressão significativa no cenário nacional.

2.2 AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELAS LEIS 9099/95 E 9714/98

A lei 9099 de 26 de setembro de 1995 dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dirige-se às infrações de menor potencial ofensivo⁹. Sua edição inaugurou no país um novo modelo de Justiça Criminal. Por um lado, introduz uma proposta despenalizadora e por outro coloca a vítima numa posição de destaque, de acordo com a finalidade da pena defendida pela Justiça Reparadora, qual seja a de reparar os danos sofridos em decorrência do crime.

A Justiça Reparadora contrapõe-se ao clássico modelo de Justiça Criminal Retributiva para a qual a pena tem como função apenas reprovar e castigar o infrator, sem se preocupar com a vítima. Diverge, ainda, do modelo Reabilitador para o qual o fim da pena consiste em tratar o infrator, para que este não volte a delinquir, relegando os interesses da vítima a um plano secundário. Para Jesus (1999, p.27), a Justiça Reparadora é o modelo de justiça mais compatível com o Estado Democrático de Direito uma vez que “[...] visa ressocializar o delinqüente, reparar o dano sofrido pela vítima e prevenir o delito.”

⁹ Com a edição da lei 9099/95, crime de menor potencial ofensivo são as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano (art.61). Posteriormente, entrou em vigor a Lei 10259/2001 que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal. Esta nova lei definiu o crime de menor potencial ofensivo como aqueles a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa. (art.2º, parágrafo único) .

Através dos institutos da transação penal (art.76), da suspensão condicional do processo (art.89) e da necessidade de representação para os crimes de lesões corporais culposas e dolosas leves (art.86), além da previsão de composição civil extintiva da punibilidade, atende aos preceitos das Regras de Tóquio que coloca a prisão como *ultima ratio* e os interesses da vítima em posição destacada (Regra 8.1, já citada).

Conforme dispõe a Lei 9099/95, na audiência preliminar é dada a oportunidade do suposto autor do fato e da vítima realizarem a composição dos danos civis, que no caso de crime perquirido através de ação penal privada ou pública condicionada resultará na renúncia do direito de queixa ou de representação. A composição civil é, portanto, uma medida alternativa consensual, através da qual a vítima tem uma participação ativa no desfecho do caso. Propõe-se não só a satisfazer os interesses desta, como também os do autor do fato, ao liberá-lo do difícil e estigmatizante processo criminal. Se não houver acordo ou se a ação pertinente for a pública incondicionada, compete ao representante do Ministério Público propor a imediata aplicação da pena restritiva de direitos, em sede de transação penal (art.76).

A transação penal consiste num acordo realizado entre o suposto autor do fato¹⁰ e o representante do Ministério Público, homologado pelo juiz. Ao primeiro cabe cumprir uma pena de multa ou restritiva de direitos, como, por exemplo, prestar serviços à comunidade por um determinado período. Ao segundo cabe não efetuar a denúncia. A lei fala em pena; contudo, não houve o início da ação penal, muito menos a condenação, logo a rigor não se poderia falar em pena e sim em medida. A transação penal só poderá ocorrer com expressa aceitação do suposto autor do fato e esta aceitação não poderá nunca ser entendida como uma declaração judicial de sua culpa. Por fim, ressalte-se que a transação penal não gera reincidência, tampouco constará na certidão criminal.

Outro instituto despenalizador trazido pela Lei 9099/95 é a suspensão condicional do processo, também conhecido como *sursis processual* (art.89). Mediante a existência de certos pressupostos, o representante do *parquet* propõe a suspensão do processo por um período de dois a quatro anos. Durante a suspensão, o denunciado se submeterá a um período de prova, com o estabelecimento de certas condições. Findo o período sem a revogação do

¹⁰ A lei e prática forense denominam “autor do fato” aquela pessoa que foi apontada pela vítima como infrator, contudo ninguém poderá ser considerado culpado, sem que haja sentença judicial condenatória transitada em julgado.(art.5ºLVII,CF/88).

instituto, o juiz determinará a extinção da punibilidade, sem que houvesse ocorrido a decretação de sentença condenatória e os conseqüentes prejuízos por ela trazidos.

Indubitavelmente, foi com a edição da Lei 9714/98 que as penas restritivas de direitos passaram a se destacar no cenário nacional. Esta lei não só introduziu novas espécies de penas alternativas e aperfeiçoou as já existentes, como aumentou o tempo de condenação à pena privativa de liberdade passível de substituição. Na atual sistemática, as penas alternativas compreendem as penas restritivas de direitos e a multa.

Antes da Lei 9714/98 eram previstas apenas três espécies de penas restritivas: a prestação de serviços à comunidade, a limitação de fim de semana e a interdição temporária de direitos. Esta última dividia-se em três subespécies: I- proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública e mandato eletivo; II- proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; III- suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo automotor.

Com o advento da mencionada lei, foram acrescentadas as penas de prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de outra natureza, além da interdição temporária de direitos consistente na proibição de freqüentar determinados lugares. Estavam previstas ainda as penas de recolhimento domiciliar, advertência, freqüência a curso e submissão a tratamento. Contudo as duas primeiras espécies foram objeto de veto presidencial fundamentado na ausência do caráter coercitivo de tais sanções que por tal motivo seriam contrárias ao interesse público. As duas últimas o foram em razão da proibição contida no artigo 66, § 2º da Constituição Federal¹¹.

Outra inovação da lei em estudo diz respeito ao aumento do limite temporal da pena privativa de liberdade aplicada passível de substituição que passou de um para quatro anos, no caso de crime doloso e cometido sem grave ameaça ou violência à pessoa (art. 44, I do CP).

Para que ocorra a substituição, é preciso que todos os pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal estejam presentes na época da sentença condenatória. Na falta de um deles aquela não se efetivará. O primeiro pressuposto é o lapso temporal citado acima. Convém ser

¹¹ O veto presidencial pode ser total ou parcial. A constituição exige que o veto parcial abranja texto integral de artigo, parágrafo, incisos ou alínea, proíbe, portanto, o veto de palavras. As penas de freqüência a curso e a de submissão a tratamento estavam previstas no art.44, § 1º, logo, não entraram em vigor em virtude do veto a pena de advertência, prevista no mesmo artigo.

esclarecido que o tempo em questão é o da condenação em concreto, a pena efetivamente aplicada e não a pena abstrata, prevista no preceito secundário na norma penal incriminadora.

O segundo pressuposto é que o crime não seja cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. A doutrina autorizada ressalva que a constatação desse pressuposto deve ser feita no caso concreto e reconhecida na sentença condenatória, devidamente fundamentada. Não basta a simples previsão da violência ou grave ameaça no tipo penal para impedir a substituição. Em tese, até mesmo nos crimes hediondos, presentes os demais requisitos, poderia haver a substituição:

Basta considerar que um beijo lascivo, por si só, para além de ter pena mínima de seis anos (igual a um homicídio), é reputado crime hediondo pelo legislador. Essas injustiças *in abstracto* devem necessariamente ser corrigidas pelo juiz *in concreto*, sob pena de se retirar a legitimidade do Direito Penal. Não é a 'gravidade' *in abstracto* que impedirá a substituição, senão a eventual demonstrada 'gravidade concreta'. (GOMES, 1999, p113) (grifo do autor).

Se este raciocínio não fosse correto, crimes que contenham na sua descrição violência ou grave ameaça à pessoa não poderiam ser passíveis de aplicação de penas alternativas. Contudo esta assertiva não é verdadeira. Crimes como lesão corporal leve dolosa (art.129), constrangimento ilegal (art.146) e ameaça (art.146), todos do Código Penal, que já foram valorados por lei anterior (Lei 9099/95) como de menor potencial ofensivo são passíveis de aplicação de penas alternativas. Gomes (1999,p.111) sugere uma interpretação contextualizada para dirimir a suposta contradição “[...] de fato, crimes cometidos com grave ameaça não admitem a substituição, exceto quando já admitem a aplicação de outras formas alternativas de sanção, porque nesse caso o legislador já fez alhures uma valoração menos severa dessa infração”. Segue o mesmo pensamento Greco (2006, p.570) “[...] se a infração penal for de competência do Juizado Especial Criminal, em virtude da pena máxima a ela cominada, entendemos que mesmo que haja o emprego de violência ou grave ameaça será possível a substituição”.

O terceiro pressuposto refere-se à reincidência. Afirma o texto legal que as penas restritivas de direitos substituem as privativas de liberdade quando o réu não for reincidente em crime doloso (art. 44,II CP). Antes da Lei 9714/98, era suficiente que o réu fosse reincidente, seja em crime doloso ou culposo para impedir a substituição. Complementa a questão o parágrafo 3º do mesmo artigo ao ressaltar que, mesmo na ocorrência de reincidência, poderá ocorrer a substituição, desde que aquela não seja específica, ou seja, não

se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. Portanto, do estudo integrado do inciso II e parágrafo 3^a do art. 44, conclui-se que somente a reincidência dolosa específica obsta a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos:

A própria *reincidência em crime doloso*, agora, não é fator de impedimento absoluto, pois, “em face de condenação anterior”, a medida (substituição) poderá ser “socialmente recomendável” [...] Somente a *reincidência específica* (art. 44, § 3^o, *in fine*) constitui *impedimento absoluto* para a aplicação de pena restritiva de direitos em substituição à pena privativa de liberdade aplicada. (BITENCOURT, 2006,p.599) (grifo do autor).

Os demais pressupostos que o juiz deve analisar para efetivar ou não a substituição são: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como se os motivos e as circunstâncias indicam tal substituição (art. 44, III CP). O legislador permitiu que o juiz, em avaliação criteriosa e prudente, decida se a substituição é recomendável, face à subjetividade contida neste inciso.

Presentes os pressuposto favoráveis para a substituição, está ocorrerá de forma distinta, conforme o tempo de condenação. Se a pena privativa de liberdade não for superior a um ano, a substituição será por uma pena de multa ou por uma pena restritiva de direitos. Superior a um ano a condenação, a substituição será por multa e uma restritiva de direitos, ou por duas espécies de restritivas de direitos.

A conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade poderá ocorrer se houver: a) descumprimento injustificado das restrições impostas; b) condenação à pena privativa de liberdade, por outro crime. No primeiro caso, se os motivos forem justos, a conversão não deve ocorrer. Se houver a conversão em virtude de descumprimento injustificado, deverão ser obedecidos os princípios do contraditório e da ampla defesa, antes da decisão judicial. No segundo caso, a conversão poderá não ocorrer se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior (art.44,§ 5^o do CP). É preciso que a condenação posterior tenha ocorrido em face do cometimento de outro crime; excluem-se, portanto, as contravenções. É necessário, ainda, que a sentença condenatória já tenha sido transitada em julgado. O mero indiciamento ou o oferecimento da denúncia são insuficientes para a conversão.

A Lei 9714/98 trouxe uma importantíssima inovação no que concerne à conversão. No regime anterior, quando ocorria a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, esta deveria ser cumprida integralmente pelo tempo da condenação. O tempo de cumprimento da pena restritiva de direitos convertida era desconsiderado. Com a nova lei, há

de ser considerado o tempo de cumprimento da pena restritiva de direitos objeto da conversão, debitado este para o cálculo da pena privativa de liberdade a ser cumprida, que não poderá ser inferior a trinta dias (Art.44,§ 4º).

Não obstante a nova forma de conversão ser mais justa do que a anterior, a posição de doutrinadores autorizados é que o respeito ao mínimo de trinta dias de reclusão constitui-se uma injustiça e fere vários preceitos constitucionais:

Consoante nosso juízo, e com a devida vênia, é uma aberração o que está escrito na parte final do § 4º [...] Logo, na nossa visão, devemos simplesmente ignorar a parte final do §4º, por ser inconstitucional (leia-se vários princípios constitucionais serão violadas em caso de sua aplicação: proporcionalidade, culpabilidade, proibição de excesso etc. (GOMES, 1999, p.129).

Já para Bitencourt (2006, p.629) a ressalva dos trinta dias faz-se necessária como pressuposto de coercibilidade e para evitar o descumprimento injustificado nos últimos dias da execução da pena, apesar de ser um defensor da aplicação das penas alternativas e tecer críticas ferozes à pena de prisão.

Foi afirmado anteriormente que as Penas Alternativas compreendem as Penas Restritivas de Direitos e a Multa. Aquelas serão analisadas posteriormente, em unidade própria. Antes será feita uma breve análise da pena de multa.

O Código Penal estabelece as espécies de pena que deverão ser aplicadas pelo judiciário: privativa de liberdade, restritivas de direitos e multa (art.32). Portanto, a multa é uma das penas previstas no ordenamento e consiste no pagamento ao fundo penitenciário nacional. A quantia da multa será fixada entre o mínimo de 10 e o máximo de 360 dias-multa¹². Cada dia-multa é calculado com base no salário-mínimo vigente à época do fato e corresponde a no mínimo 1/30 e no máximo cinco vezes esse salário.

A multa é prevista como pena cominada e como pena substitutiva. A primeira é a que está contida no preceito secundário na norma penal incriminadora, ou seja, vem prevista no próprio tipo penal, na parte especial do código. É aplicada isolada ou cumulativamente com a pena privativa de liberdade prevista em cada delito. A segunda, também chamada vicariante, é prevista no art.44, parágrafo único do CP e substitui a pena privativa de liberdade. Poderá ser utilizada isoladamente, em caso de substituição à pena privativa de liberdade inferior a um ano, ou cumulativamente com uma pena restritiva de direitos, no

¹² O sistema de dias-multa foi instituído na reforma de 1984 e aboliu os valores expressos nos tipos penais. Essa mudança foi muito positiva, pois permite uma quantificação sempre atualizada.

caso de condenação superior a um ano. “Nos dois casos, a multa, em si, é a mesma [...] A diferença só existe na cominação, a primeira é pena cominada, a segunda, substitutiva da sanção privativa de liberdade” (JESUS, 1999, p.118).

Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa passa a apresentar caráter extrapenal e será considerada dívida de valor a ser executada de acordo com a Lei de Execução Fiscal. Portanto, a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade não se aplica no caso de descumprimento injustificado da pena de multa:

[...] uma vez passada em julgado a sentença que impõe a pena de multa, esta se transforma *ex vi legis* em “dívida de valor” (CP, art.51). Por força de lei, é dívida de valor. E ninguém pode ser preso por dívida, salvo o responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e o depositário infiel (CF, art.5º, inc.LXVII). (GOMES, 1999, p.127) (grifo do autor).

Como já foi mencionado anteriormente, a Lei.9714/98 ampliou o leque das espécies de penas restritivas de direitos. Faz-se necessária, portanto, uma breve referência sobre as referidas penas no ordenamento pátrio.

2.3 AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS EM ESPÉCIE

A primeira pena restritiva de direitos elencada no rol do art.43 do CP é a prestação pecuniária. Esta consiste no pagamento em dinheiro fixado entre um e trezentos e sessenta salários-mínimos. Os destinatários de referido pagamento serão, em ordem de preferência, a vítima, seus dependentes e entidade pública ou privativa com destinação social (art.45, §1º). Se os beneficiários forem coincidentes, o valor pago será deduzido numa eventual condenação em ação de reparação civil. “No que diz respeito à vítima ou seus dependentes, a prestação pecuniária possui *cunho indenizatório*, seja de danos materiais, seja de danos morais. Quanto às entidades públicas e privadas com destinação social, a referida prestação tem *cunho beneficente*.” (GOMES, 1999, p.131) (grifo do autor).

Por inexistência de previsão legal e seguindo ensinamentos de doutrinadores como Gomes, entendemos que a prestação pecuniária tem natureza jurídica penal. Após o trânsito em julgado da sentença condenatória, não se transforma em dívida de valor, como acontece com a pena de multa. Logo o seu descumprimento injustificado cai na regra geral do art. 44, §4º do Código Penal e a prestação pecuniária converte-se em privativa de liberdade. Contudo há entendimentos contrários, como o de Cruz (2000, p.87):

Ora! Em se considerando que a Pena de Multa, estabelecendo uma situação de débito e crédito entre o condenado e o Estado, a que se pode dizer como em sendo

uma relação de Direito Público, recebeu, através da Lei, natureza de dívida de valor a afastar, ante a inadimplência, a conversão em Pena Privativa de Liberdade, com maior razão, assim há de ser em relação a Prestação Pecuniária, em que a situação de débito e crédito desenvolve-se entre particulares, formando uma relação de Direito Privado.

A prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza, se houver consentimento do seu beneficiado. Esta liberalidade de permitir ao juiz o estabelecimento da pena, para alguns afronta a Constituição Federal, ao prever uma pena indeterminada. O princípio constitucional da reserva legal proíbe a ocorrência de penas incertas e indeterminadas. A polêmica quanto a esse novo tipo de pena alternativa não pára por aí. Há diferentes posições acerca do que vem a ser esta outra natureza da prestação pecuniária. Para uns, a prestação de outra natureza seria uma pena que não envolvesse caráter pecuniário, como, por exemplo, uma obrigação de fazer (prestar serviços à vítima). Para outros, de interpretação mais restrita, a outra natureza, mantém o caráter pecuniário, mas será cumprida através de outro valor, diverso do dinheiro.

A perda de bens e valores também é uma inovação trazida pela Lei.9714/98. Assim como a pena de multa terá como beneficiário o Fundo Penitenciário Nacional, desde que não haja outra destinação prevista em lei especial. Encontra respaldo constitucional no art.5º, XLVI, alínea b.

O juiz fixará o montante de acordo com o maior valor encontrado, considerando o prejuízo causado ou o provento obtido pela prática do crime. Os bens e os valores desta pena restritiva de direitos são lícitos e jurídicos, já faziam parte do acervo patrimonial do condenado antes da ocorrência do crime, portanto diferenciam-se dos bens referentes ao confisco previsto no art.91 do CPB:

[...] no contexto dos bens, incluem-se as coisas corpóreas e incorpóreas que possuam conteúdo econômico, enquanto que por valores, hão de ser considerados todos os papéis suscetíveis de representação de valor ou conteúdo econômico, tais como Títulos de Crédito, Apólices de Dívida Pública, Ações Nominativas etc. (CRUZ, 2000, p.93).

As penas de interdição temporária de direitos, com a edição da Lei 9714/98, consistem em quatro subespécies. Como a própria nomenclatura esclarece são interdições temporárias. Finda a execução da pena, o direito volta ser utilizado em sua plenitude. As três primeiras interdições devem ser aplicadas quando do cometimento de crime relacionado com os direitos nelas interditos (arts.56 e 57 do CP) e não se confundem com os efeitos da condenação previstos no art.92 do CP que produziram uma incapacidade definitiva. A última

pena de interdição temporária pode ser aplicada genericamente.

A primeira interdição consiste em proibição do exercício do cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo. Será aplicada se quando do cometimento do crime houver violação dos deveres funcionais. Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz cientificará a autoridade administrativa competente que por sua vez baixará ato administrativo com o qual iniciará o cumprimento da pena. Como se trata de uma interdição temporária, se não houver impedimento na seara administrativa, o funcionário voltará ao exercício normal de suas atividades, cumprida a condenação.

A segunda interdição é a proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou de autorização do poder público. Assim como a interdição supra, só será utilizada no caso de crime ocorrido no exercício da profissão, do ofício ou da atividade mencionados e se houver a violação dos deveres que lhes são próprios.

A terceira espécie de interdição consiste na suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo. Sua utilização limita-se aos casos de delitos de trânsito culposos (art.57 do CP). Vale ressaltar que o Código de Trânsito Brasileiro prevê a suspensão da habilitação como pena principal e cumulativa em delitos culposos de trânsito. Por conseguinte, em se tratando de veículo automotor, a suspensão de habilitação como pena restritiva de direitos resta prejudicada. Mantém-se, entretanto, a interdição referente à suspensão da autorização, que se refere aos veículos de propulsão humana ou de tração animal.

A proibição de freqüentar determinados lugares como pena restritiva de direitos foi introduzida pela Lei 9714/98, não obstante já haver sido prevista anteriormente como uma das condições da suspensão condicional da pena. Mais uma vez, o legislador deixou ao critério do juiz dar certeza e determinação à pena. Deve, portanto, na sentença especificar quais lugares não poderá o condenado freqüentar, sob pena de descumprimento da restrição imposta. É prudente que se definam os lugares que não deverá freqüentar embasado na relação que estes têm com o crime:

Na verdade, essa *proibição* pressupõe que o 'lugar determinado' exerceu ou possa exercer alguma relação ou *influência criminógena* sobre o infrator [...] será fundamental que tal local não tenha sido meramente ocasional, circunstancial ou acidental na ocorrência do fato delituoso." (BITENCOURT, 2006, p.625) (grifo do autor).

A Limitação de Fim de Semana consiste na obrigação de permanência em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, aos sábados e domingos, por quatro horas em cada um desses dias. Na verdade, sua natureza jurídica está mais próxima de uma restrição de liberdade, do que de uma restrição de direitos propriamente dita. Para evitar o ócio tão comum no sistema penitenciário, a lei previu a possibilidade de serem ministrados cursos e palestras durante a permanência do cumprimento da pena, o que reflete o seu caráter pedagógico.

Não obstante, a estrutura desse tipo de estabelecimento ser diferenciada da arquitetura prisional, pois, segundo a Lei de Execução Penal, não terá obstáculo físico contra a fuga, apenas o fato de estar limitado o direito de liberdade já acarretará prejuízo, pelo menos de ordem psicológica, ao indivíduo. Ocorre que, na maioria das comarcas brasileiras, as casas de albergados não passaram de uma previsão legal. Por conseguinte, a aplicação da pena de limitação de fim de semana restou prejudicada, o que levou a uma conseqüente preferência na aplicação de outras restritivas de direitos.

Convém fazer referência à experiência da Vara de Execução de Penas Alternativas da Comarca de Fortaleza, que executa de forma original e exitosa a pena de limitação de fim de semana. Através de convênio firmado com a Secretaria de Educação Básica do Ceará, há três anos, a pena de limitação de fim de semana é levada a efeito junto ao Centro de Educação de Jovens e Adultos Paulo Freire, colégio da rede pública de ensino, que aos finais de semana funciona apenas para a efetivação da referida pena. Os sentenciados são matriculados na rede estadual de ensino e têm a oportunidade de concluírem o ensino fundamental e médio, através do cumprimento da pena. São disponibilizados vales-transporte, alimentação e material didático durante a permanência no programa.

Neste capítulo fez-se uma análise sobre os substitutos penais previstos no código penal e na lei 9099/95. Contudo, este estudo estaria incompleto se não fosse feita menção às penas alternativas previstas nas legislações extravagantes. Para evitar esta lacuna, citaremos as penas alternativas previstas no Código de Defesa do Consumidor, no Código de Trânsito Nacional, na Lei dos Crimes Ambientais e na nova lei das drogas, de forma superficial, haja vista que um estudo mais detalhado desses instrumentos legais requereria uma outra pesquisa.

Bem antes das edições das Leis 9099/95 e 9714/98, o Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei 8078 de 11 de setembro de 1990, estabeleceu penas restritivas de direitos para serem utilizadas cumulativa ou alternadamente às penas de privação de liberdade e multa, nos crimes contra a relação de consumo. São elas: I-a interdição temporária de direitos; II-a publicação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, às expensas do condenado, de notícia sobre os fatos e a condenação; III – prestação de serviços à comunidade (art.78).

O novo Código de Trânsito Nacional, instituído pela Lei 9503 de 23 de setembro de 1997, havia previsto a sua própria pena restritiva de direitos: a suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Neste diploma, a pena alternativa é aplicada de forma distinta das previstas no CPB, pois é utilizada cumulativamente com a pena privativa de liberdade e não como substitutiva desta.

A suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor pode ser imposta como pena principal, isolada ou cumulativamente com outras penalidades (art.292 da Lei 9503/97). Essa utilização simultânea não impede a substituição da pena privativa de liberdade aplicada em outra espécie de pena restritiva de direitos, caso estejam presentes os pressupostos favoráveis à substituição.

A Lei 9605 de 12 de fevereiro de 1998 que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente também foi introduzida no ordenamento pátrio antes da Lei 9714/98. A lei dos crimes ambientais inovou com a previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. No que se refere às penas alternativas, introduziu novos tipos de restritivas de direitos e especificidades às já existentes. As penas restritivas de direitos possuem aplicação semelhante às previstas pelo CPB, ou seja, são autônomas e substituem a pena privativa de liberdade. Seu artigo 8º elenca as penas restritivas de direitos: I- prestação de serviços à comunidade; II- interdição temporária de direitos; III- suspensão parcial ou total de atividades; IV – prestação pecuniária e V- recolhimento domiciliar.

Como a pena de prestação de serviços à comunidade não foi analisada ainda, convém esclarecer, por hora, apenas que, para efeito desta lei, a instituição recebedora dos serviços prestados deverá ser jardins ou parques públicos. A prestação de serviços também poderá ser a restauração do objeto danificado. Se o responsável for pessoa jurídica, a prestação de

serviços consistirá em custeio de programas ou de projetos ambientais, execução de obras de recuperação de áreas degradadas, manutenção de espaços públicos e contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas (art.23).

As interdições temporárias de direitos específicas deste diploma legal consistem na proibição do condenado de contratar com o Poder Público, de receber incentivos fiscais ou quaisquer outros benefícios e de participar de licitações (art.10). No caso de pessoa jurídica, prevê também a pena de interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade.

A suspensão parcial ou total das atividades também é uma pena restritiva de direitos específica desta lei. Será aplicada no caso de desobediência aos pressupostos legais por parte das empresas.

O recolhimento domiciliar consiste em se manter recolhido nos períodos de folga na sua residência ou outro local destinado à moradia; baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. Recorde-se que esta modalidade de pena não foi objeto de veto presidencial quando da edição da lei, em fevereiro de 1998 e, posteriormente, no final do mesmo ano, foi vetada quando da edição da lei 9714, pelos motivos já analisados.

Por fim há de se anotar a mais recente inovação no direito penal no que concerne às penas alternativas: a Lei 11343 de 23 de agosto de 2006. A novidade está no art.28 desse novo diploma legal que cuida do delito de uso de drogas e prevê, além da prestação de serviços à comunidade, novos tipos de alternativas penais quais sejam: a submissão do usuário de drogas à advertência sobre os efeitos das drogas e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Como o tempo máximo da pena aplicada neste caso é de cinco meses e, no caso de reincidência, 10 meses, o delito é considerado de menor potencial ofensivo, logo de competência dos juizados especiais criminais. A prestação de serviços à comunidade deve ser levada a efeito em estabelecimentos que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.¹³

¹³ A Vara de Execução de Penas Alternativas firmou convênio com a Prefeitura Municipal de Fortaleza, com a interveniência da Secretaria Municipal de Saúde, com objetivo de viabilizar a execução desse tipo de medida, através do encaminhamento dos usuários aos Centros de Atenção Psicossocial – Álcool e Drogas (CAPS-AD). Nestes estabelecimentos as pessoas submetidas a tal medida são acompanhadas por uma equipe interdisciplinar, composta por assistente sociais, psicólogos, médicos e demais profissionais de saúde.

Visto o panorama geral da aplicação das penas e medidas alternativas no direito pátrio, o próximo capítulo será destinado aos direitos humanos e como estes foram se positivando através dos documentos jurídicos internacionais.

3 DIREITOS HUMANOS

A expressão direitos humanos, compreendida na concepção de direito natural, significa aqueles direitos inerentes ao ser humano, pelo simples fato de pertencer ao gênero humano. Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar que a história dos direitos humanos remonta à antigüidade, com a detecção de seus princípios nos primórdios do cristianismo e na filosofia antiga. Durante o curso da História, os direitos humanos foram se afirmando e se revelando através de dimensões.

3.1 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Karl Jaspers aponta que os fundamentos dos direitos humanos foram semeados ainda no período que ele denominou de axial, compreendido entre os séculos VIII a II a.C., quando do nascimento da filosofia:

[...] é a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se assim os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes. (COMPARATO, 2008, p.11).

Ainda na Antigüidade, verifica-se a existência de elementos que se constituíram a base para a formulação dos direitos humanos, como a disseminação de valores como a liberdade e a igualdade entre os homens. A doutrina jusnaturalista difundiu a concepção de que os direitos naturais, assim designados por serem da essência da natureza humana e por conseguinte todos os homens serem seus titulares, são direitos inalienáveis.

A contribuição da doutrina cristã reside na elevação da condição humana ao patamar de ser criado à imagem e semelhança de Deus, portador de uma dignidade e de direitos sem equivalência entre os demais seres vivos. Na Idade Média, o pensamento tomista contribuiu sobremaneira para a construção dos direitos humanos, ao defender a idéia de que em decorrência da natureza racional do homem, emerge o direito natural que deverá ser respeitado pelos dirigentes: “a desobediência ao direito natural por parte dos governantes, poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da

população” (SARLET, 2006, p.46).

Com as revoluções da modernidade, fomenta-se o processo de afirmação dos direitos humanos, paralelamente à necessidade de limitação do poder estatal¹⁴. No curso da História, várias expressões foram sendo utilizadas para designá-los, o que findou por ocasionar uma confusão conceitual e terminológica. É comum a utilização do uso de expressões como direitos humanos, direitos do homem, direitos naturais, liberdades individuais, direitos fundamentais, entre outros. Muitas vezes tais expressões são utilizadas como sinônimas, quando na verdade referem-se a categorias próprias. Contudo, já se aponta no campo doutrinário uma certa distinção, pelo menos no que se refere aos termos direitos humanos e direitos fundamentais.

Quando se utiliza a expressão “direitos humanos”, refere-se aos direitos consagrados como naturais ao ser humano, inerentes a este em virtude unicamente de sua condição humana. São adquiridos naturalmente, tendo como pressuposto pertencer ao gênero humano. A condição de ser titular desses direitos independem de pertencer a este ou aquele estado, são, portanto, direitos universais.

Por outro lado, direitos fundamentais referem-se aos direitos positivados em determinado ordenamento jurídico, em período definido. São aqueles direitos axiologicamente definidos como fundamentais para aquela nação, em determinado momento de sua história. Por sua natureza essencial e fundamental para aquele ordenamento, foram positivados através de normas constitucionais ou de tratados internacionais. Portanto, a positivação dos direitos humanos pode ocorrer na ordem interna ou numa esfera planetária, através das declarações, tratados, convenções e demais instrumentos jurídicos do direito internacional, do qual o Estado seja parte.

Não obstante a distinção acima exposta, deve-se considerar que a positividade ou o reconhecimento estatal não é o fundamento dos direitos humanos. Há direitos humanos que ainda não foram positivados em determinado ordenamento. Ademais existem alguns ordenamentos que positivaram como direitos fundamentais direitos que beneficiam apenas alguns grupos e não o gênero humano. “Daí por que os direitos humanos autênticos existem, independentemente de seu reconhecimento na ordem jurídica estatal, e mesmo contra ela, ao

¹⁴ Herkenhoff (2008) leciona que não é a limitação do poder do soberano o critério limitar para a afirmação histórica dos direitos humanos, os valores e as contribuições de culturas antigas que privilegiavam a pessoa humana não podem ser preteridas na construção da idéia do que hoje concebemos por tais direitos.

passo que alguns direitos, qualificados como fundamentais na Constituição de um país, podem não ter a vigência universal, própria dos direitos humanos. (COMPARATO, 2008, p.181).

Não há, portanto, uma necessária identidade entre direitos humanos e direitos fundamentais e por conseguinte não é obrigatória a positivação na ordem interna dos direitos humanos declarados na ordem mundial:

[...] por vezes, o catálogo dos direitos fundamentais constitucionais fica aquém do rol dos direitos humanos contemplados nos documentos internacionais, ao passo que outras vezes chega a ficar - ressalvadas algumas exceções- bem além , como é o caso da nossa atual constituição. (SARLET. 2006, p.40).

Portanto, não é a positividade que validará os direitos humanos, e sim a sua estreita vinculação com o princípio da dignidade humana, que uma vez assentada na consciência coletiva do povo, permite a este que se reconheça como titular desses direitos, ao mesmo tempo que impunha a obrigação de respeitá-los, independente da ordem jurídica já lhe haverem conferido normatividade.

Os direitos humanos, ao longo de sua trajetória, foram se revelando, de acordo com cada momento histórico, através de categorias específicas, permitindo a identificação desses direitos através do enquadramento em dimensões ou gerações. De logo, mister se faz esclarecer a preferência pela expressão dimensão. A utilização da terminologia geração conduz à falsa idéia de que os direitos humanos são estanques e assim o surgimento de uma geração equivaleria ao fim dos direitos colimados na geração anterior. Tal assertiva não corresponde à verdade. Os direitos humanos posteriores foram historicamente se agregando aos seus antecessores. A história é dialética, e a humanidade caminha, ao preço de revoluções, guerras e atrocidades, para uma crescente agregação e não supressão dos direitos humanos.

Os direitos de primeira dimensão emergem em meio à decadência do Estado Absolutista. Neste havia a supremacia do poder monárquico, o rei era o Estado. O poder real era absoluto, não conhecia nenhum limite. Com o declínio do Estado Absolutista, e o concomitante surgimento do Estado Liberal, marca-se um novo período também na história do Direito: o início do constitucionalismo. Vincula-se à fase inaugural do constitucionalismo ocidental, os direitos fundamentais de primeira dimensão, cujo valor supremo era a Liberdade, positivada nas constituições liberais através dos direitos civis e políticos.

Havia neste período uma premência em restringir demasiadamente a intervenção estatal, através da limitação do poder real. A quebra da correspondência entre a vontade do rei e a vontade do estado foi a primeira bandeira a ser levantada pelos revolucionários. Isso era reflexo do recente passado no qual o rei-estado podia interferir, sem qualquer restrição, em todas as esferas da vida do indivíduo. Urge, portanto, a afirmação dos direitos de defesa do indivíduo contra o Estado.

A luta pelo reconhecimento dos direitos humanos de primeira dimensão era a luta da burguesia rica que, sem os privilégios do clero e da nobreza, era comprimida pelo poder real. Note-se que a liberdade para os liberais era entendida como a liberdade de não ter o Estado regulando e pondo obstáculos às atividades comerciais. Era preciso ser livre para se locomover, para contratar e exercer o comércio. A liberdade tão almejada correspondia à não-intervenção estatal na ordem privada. Daí decorre o caráter negativo desses direitos, pois basta que o Estado não intervenha para serem eficazes.

Por se preocuparem apenas com o indivíduo e com a limitação do poder estatal, os direitos humanos de primeira dimensão não deram conta de regulamentar as relações sociais conflitantes entre o capital e o trabalho, a burguesia e o proletariado que eclodiam nos grandes centros urbanos. A “questão social”, produto, dentre outros elementos, da generalização do trabalho livre, ganha expressividade no momento em que os movimentos sociais invadem as cidades.

O proletariado urbano se amontoava ao redor das indústrias, vivia em condições insalubres. Insalubres também eram as condições nas quais trabalhava. Não havia o mínimo de segurança nas indústrias, as jornadas de trabalho eram exaustivas. Acidentes de trabalho eram freqüentes, e suas vítimas não tinham direitos à indenização, nem recebiam assistência do Governo. Eram prejudicadas tanto por sofrerem o acidente, como por ficarem impossibilitadas de venderem o único bem que possuíam: a força do trabalho. O ínfimo salário era insuficiente para manter a família. Crianças e mulheres eram também obrigadas a ingressar no mercado de trabalho. Contudo, o valor da força de trabalho destas era bem menor do que a dos homens.

Neste cenário, tornou-se imperioso o reconhecimento de outros direitos, além dos direitos e liberdades individuais, quais sejam os direitos sociais. Estes são considerados os direitos fundamentais de segunda dimensão e, ao contrário dos da primeira, exigem uma

prestação positiva do Estado, e não a mera abstenção deste para terem eficácia, por isso são mais difíceis de ser efetivados. O valor central dessa gama de direitos corresponde à idéia da igualdade, compreendendo esta no seu sentido material:

[...] os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico (SARLET, 2006, p.57).

Não obstante o emprego da expressão social, os direitos humanos de segunda dimensão também se dirigem aos homens em sua individualidade. Esses direitos não apresentam uma natureza difusa e coletiva. Somente após a emersão dos direitos humanos de terceira dimensão é que vislumbramos a noção de humanidade e de coletividade como titulares desses direitos. Como que confirmando o lema profético da revolução Francesa “Liberdade, Igualdade, Fraternidade”, os direitos humanos, após se positivarem em direitos fundamentais de primeira dimensão (liberdade) e de segunda dimensão (igualdade), passam a consagrar direitos cujo titular é a própria humanidade, e não apenas o indivíduo, um grupo ou uma nação:

Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. (BONAVIDES, 2000, p.523).

Ainda não há consenso sobre uma quarta dimensão dos direitos humanos. Paulo Bonavides é um dos defensores da existência de tais direitos, como o direito à democracia direta, à informação e ao pluralismo. Para ele a humanidade está vivendo um momento histórico de globalização política dos direitos fundamentais. Isso significa que estes só obterão legitimidade se forem universalizados.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas – ONU, em 1948 é o instrumento jurídico positivo que consubstancia de forma universal as dimensões dos direitos humanos. O caráter universal se expressa também por eleger o homem, e não o cidadão deste ou daquele Estado, como titular de tais direitos.

Porém, até se culminar neste documento ímpar para a igualdade dos povos, os direitos humanos percorreram uma longa trajetória de efetivação. No próximo item far-se-á uma breve análise de alguns dos documentos consagradores dos direitos humanos, que

paulatinamente foram contribuindo para a humanização da pena e fomentando os alicerces para o que hoje designamos penas alternativas.

3.2 OS DOCUMENTOS HISTÓRICOS CONSAGRADORES DOS DIREITOS HUMANOS E A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

Os direitos humanos, como afirmado anteriormente, foram se positivando através de documentos jurídicos. A importância desses documentos consiste justamente em perpetuar para a humanidade o quão dolorido fora o reconhecimento desses direitos que permeiam, ou devem permear, todas as esferas de convivência da espécie humana. Contudo, com o objetivo de subsidiar a presente pesquisa, ao se analisar referidos instrumentos, serão pinçados os valores e as regras que nortearam a construção de um direito penal mais justo e humano.

O Código de Hamurabi, 1694 a.C. representa o começo do direito escrito no Ocidente. Reunia diversas normas que regulavam as várias áreas do comportamento humano, podendo ser utilizado como garantia pelos súditos contra os arbítrios dos governantes. Na seara penal, vigorava a lei de talião e a desproporção entre o delito cometido e a pena a ser aplicada, na maioria dos casos a pena de morte. Esta era aplicada tanto no caso de se danificar a casa de outrem como no de roubar um filho de outrem.

A lei das XII Tábuas, 450 a.C, foi o resultado da luta dos plebeus em Roma contra os julgamentos tendenciosos dos juizes patrícios. Contudo, vivia-se ainda o período da desproporcionalidade e crueldade da punição. Cite-se, por exemplo, a sanção de ter o corpo fustigado e lançado ao fogo por haver cometido o delito de permitir o pasto de rebanho em terreno alheio. Se o crime fosse o parricídio ou o matricídio, a pena correspondente era ser colocado em um saco costurado e lançado ao rio.

Com a vigência da Magna Carta, 1215, começa-se a vislumbrar algum indício de inauguração de um direito penal menos injusto.

3.2.1 A Magna Carta

Este documento, de 1215, consiste numa declaração formal do então rei da Inglaterra, João Sem-Terra, de reconhecimento aos direitos próprios dos barões e do clero. Não obstante consistir preponderantemente no reconhecimento dos privilégios desses dois estamentos, a

importância para a construção dos direitos humanos está no fato de haver deixado o ensinamento de que os governados possuem direitos subjetivos que limitam o poder do governante e que independem da outorga deste. É considerada pela doutrina como o instrumento jurídico que inicia o processo de positivação dos direitos humanos.

No que interessa a esta pesquisa, a Magna Carta plantou a semente do princípio da proporcionalidade entre o delito cometido e a sanção aplicada, inobstante o caráter eminentemente seletivo de criminalização em razão da condição social do infrator: “Os Condes e Barões só poderão ser condenados a penas pecuniárias por seus Pares, e segundo a qualidade da ofensa”(art.27). Ademais, não haveria punição se o delito fosse de pequeno porte, desde que quem o tivesse cometido fosse um homem livre: “Um possuidor de bens livres não poderá ser condenado a penas pecuniárias por faltas leves, mas pelas graves, e, não obstante isso, a multa guardará proporção com o delito, sem que, em nenhum caso, o prive dos meios de subsistência” (art.25). Já se pode falar também de uma certa formação do princípio da legalidade: “Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado dos seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus Pares segundo as leis do país” (art.48).

3.2.2 A lei de Habeas –Corpus

Esta lei inglesa de 1679 trouxe como garantia regras processuais para proteger o direito de locomoção. Tamanha a sua importância para a construção dos direitos humanos que o instrumento passaria a ser usado não só para se proteger da prisão arbitrária, como também da simples ameaça ao direito de ir e vir.

3.2.3 A Declaração de Direitos (Bill of Rights)

A importância histórica desta declaração consiste em pôr fim à Monarquia Absoluta na Inglaterra, com a transferência do poder de legislar e de criar tributos ao Parlamento, instaurando-se a separação de poderes como um dos pilares para a consecução dos direitos humanos.

No caminho da humanização das penas o *Bill of Rights* contribuiu com a expressa proibição de penas inusitadas ou cruéis: “não se exigirão fianças exorbitantes, impostos excessivos, nem se imporão penas demasiado severas”. (art.10). Acrescente-se a positivação da exigência de culpa formada para aplicação de pena, conforme dispõe o seu art.12: “são

contrárias as leis, e, portanto, nulas, todas as concessões ou promessas de dar a outros os bens confiscados a pessoas acusadas, antes de se acharem estas convictas ou convencidas”.

3.2.4 A Declaração do Estado Americano de Virgínia

Datada de 12 de junho de 1776, precedeu em cerca de um mês a Declaração de Independência dos Estados Unidos. O documento reconhece a existência de direitos inatos aos seres humanos. A liberdade é um valor enaltecido e com base nesta eleva-se o instituto do Tribunal do Júri como um bem sagrado. O caminho da humanização da pena continua sendo lapidado através da proibição de penas exorbitantes: “Não devem ser exigidas cauções excessivas, nem impostas multas demasiadamente fortes, nem aplicadas penas cruéis e desusadas” (art.11).

3.2.5 A Declaração de Independência dos Estados Unidos

Inaugura-se com esta declaração a era dos princípios democráticos na idade moderna que tem a Constituição como a suprema guardiã dos direitos do cidadão contra os arbítrios dos governantes.

Segundo o modelo do *Bill of Rights* britânico, os Estados Unidos deram aos direitos humanos a qualidade de direitos fundamentais, isto é, direitos reconhecidos expressamente pelo Estado, elevando-os ao nível constitucional, acima portanto da legislação ordinária”(COMPARATO, 2008, p.112).

À constituição americana, inicialmente desprovida de uma carta de direitos, foram acrescentadas dez emendas que consubstanciaram os direitos fundamentais.

Na seara do presente estudo, a exemplo da Declaração de Virgínia, também se proíbe a exigência de fianças ou multas excessivas, bem como a aplicação de penas cruéis ou aberrantes. Constitui avanço a elevação ao patamar de direito fundamental a proibição de cumprir pena que afetem a vida ou a integridade física duas vezes pelo mesmo crime, além do direito de abster-se de testemunhar contra si próprio e a garantia do devido processo legal:

[...] o grande elemento revitalizado dos direitos fundamentais nos Estados Unidos tem sido, inegavelmente, a fórmula geral do necessário respeito ao “*due process of law*”.[...] além dos efeitos processuais (notadamente o direito a uma ampla defesa em todo processo-crime), a cláusula tem também um elemento substancial: toda vez que uma lei restringir ou suprime indevidamente a liberdade individual, ela viola um direito inato da pessoa, cuja proteção constitui a finalidade de toda organização estatal. (COMPARATO, 2008, p.125).

3.2.6 A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e as constituições francesas

Votada definitivamente em 2 de outubro de 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é sem dúvida o marco histórico da alavancada definitiva dos direitos humanos. A grande diferença entre os ideais dos revolucionários franceses e os libertadores americanos consiste no fato de que os primeiros se consideravam imbuídos de uma missão transformadora de ordem mundial, ao passo que as declarações americanas dirigiam-se ao povo americano. Daí decorre também a abstração maior dos direitos proclamados pelos franceses.

Em que pese as críticas ao caráter seletista dos direitos conquistados pela Revolução Francesa ¹⁵, não se pode negar a grandiosa contribuição empreendida na história dos direitos humanos, a partir de então. Em relação aos delitos e à execução da pena, direitos foram conferidos, tais como o da proibição da acusação, condenação e prisão sem a previsão legal. Proíbe a imposição de penas cruéis, edificando-se o princípio da proporcionalidade entre o delito cometido e a sanção aplicada, além da previsão do princípio da presunção de inocência:

VII -Nenhum homem pode ser acusado, sentenciado, nem preso se não for nos casos determinados pela lei e segundo as formas que ela tem prescrito. O que solicitam, expedem, executam ou fazem executar ordens arbitrárias, devem ser castigados; mas todo cidadão chamado ou preso em virtude da lei deve obedecer no mesmo instante; torna-se culpado pela resistência.

VIII -A lei não deve estabelecer senão penas estritamente e evidentemente necessárias e ninguém pode ser castigado senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada.

IX -Todo homem sendo julgado inocente até quando for declarado culpado, se é julgado indispensável detê-lo, qualquer rigor que não seja necessário para assegurar-se da sua pessoa deve ser severamente proibido pôr lei.

Sucedeu à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 a Constituição Francesa de 1791, que constou referida declaração como preâmbulo. Pouco tempo após a sua promulgação, instalou-se a queda da monarquia e uma nova constituição se fez necessária. Nasceu, então, a Constituição de 1793. Esta Carta ratificou alguns princípios da declaração anterior concernentes aos crimes, como o da legalidade, o da presunção da inocência e o do

¹⁵ Karl Marx critica os ideais franceses por considerarem estes exarcebadamente individualistas e por negligenciarem as distorções de classes, privilegiando apenas os direitos burgueses, em detrimento da grande massa do proletariado: “Os ‘direitos do cidadão’ passaram, então, a servir de meio de proteção aos ‘direitos do homem’, e a vida política tornou-se mero instrumento de conservação da sociedade civil, sob a dominação da classe proprietária” (COMPARATO, 2008, p.147). Também foi questionado o fato de a referida declaração consagrar direitos, cujos titulares seriam apenas os cidadãos masculinos. Destaca-se, neste aspecto, a luta da revolucionária francesa Olympe de Gouges que elaborou a Declaração dos Direitos da Mulher, que dentre outros direitos proclamava o direito de a mulher se apresentar na tribuna, uma vez que a esta é imposta a pena capital de subir ao cadafalso.

mínimo constrangimento em caso de prisão cautelar. Ademais, a proporcionalidade entre o crime cometido e a pena aplicada concretizou-se como um direito fundamental, como preconizara Beccaria:

IX -Ninguém deve ser acusado, preso nem detido senão em casos determinados pela lei segundo as formas que ela prescreveu. Qualquer cidadão chamado ou preso pela autoridade da lei deve obedecer ao instante.

XIV- Ninguém deve ser julgado e castigado senão quando ouvido ou legalmente chamado e em virtude de uma lei promulgada anteriormente ao delito. A lei que castigasse os delitos cometidos antes que ela existisse seria uma tirania: - O efeito retroativo dado à lei seria um crime.

XIII -Sendo todo Homem presumidamente inocente até que tenha sido declarado culpado, se julgar indispensável detê-lo, qualquer rigor que não for necessário para assegurar-se da sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei.

XV -A lei não deve discernir senão penas estritamente e evidentemente necessárias:
- As penas devem ser proporcionais ao delito e úteis à sociedade.

Não obstante todo o avanço na humanização da pena, a Constituição Francesa de 1791 manteve a pena de morte como sanção imposta.

A Constituição Francesa de 1848 revela-se importante também para o nosso estudo na medida em que, pela primeira vez, um diploma constitucional aboliu a pena de morte, ainda que a sua proibição estivesse limitada apenas em relação a crime político. Avançou-se na afirmação dos direitos humanos por abolir a escravidão em todo o território francês.

3.2.7 A Declaração Universal dos Direitos Humanos

Passado um século da promulgação da Constituição Francesa de 1791, a Organização das Nações Unidas proclama a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com nítida referência aos ideais dos revolucionários franceses. As conseqüências trágicas das duas grandes guerras mundiais sensibilizaram a humanidade para a elaboração de um documento para proteger os direitos humanos contra a tirania e a opressão e para evitar a barbárie que ultrajou a consciência da Humanidade.

A essência da Declaração vem sintetizada no primeiro artigo, onde estão contidos os pilares da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) para a construção da dignidade humana: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

No que tange à esfera do nosso estudo, a declaração pontua princípios de suma importância que se positivaram com direitos fundamentais no direito pátrio. No art. 5º do

documento da ONU, declara-se a proibição da prática da tortura e de castigos cruéis, desumanos e degradantes. No art.9º proíbe-se a prisão arbitrária, haja vista a liberdade ser um direito fundamental. Também se garante a existência de um tribunal independente e imparcial para a verificação de acusação criminal (art.10). Os princípios da presunção de inocência e da ampla defesa estão assegurados no art.11, que também prevê o princípio da anterioridade do crime e da pena.

Ocorre que, não obstante a sua importância histórica, a Declaração da ONU tratava-se apenas de uma recomendação aos países membros. Só após a elaboração dos Pactos sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, as normas passaram a ter força jurídica.

O primeiro deles só entrou em vigor dez anos mais tarde, em virtude da necessidade do número mínimo de assinaturas. O Brasil mesmo só o aprovou em 1991, entrando em vigor no nosso ordenamento no ano seguinte, já na vigência da nova Constituição. Além de ratificar os princípios supra mencionados, aponta também para um tratamento digno das pessoas encarceradas e para a separação entre presos provisórios e condenados, e entre jovens e adultos, além dos seguintes aspectos: desautoriza a prisão em casa de obrigação contratual; a publicidade do processo, salvo algumas exceções como o da segurança nacional; o princípio de não ser obrigada a produzir provas contra si mesmo; o direito a recorrer da sentença condenatória e da pena e o princípio da retroatividade da lei mais benéfica quanto à estipulação da pena.

No seu art. 6º consagra o direito à vida como inerente à pessoa humana e propugna a abolição da pena de morte, e o direito do condenado à pena capital de pedir indulto ou a comutação da pena, ressalva ainda a impossibilidade de ser ela aplicada nos casos de menores de 18 anos e de mulheres grávidas. Mais tarde, em 1989, a Assembléia Geral da ONU adota o Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos com vista à Abolição da Pena de Morte, contribuindo desta forma para a promoção da dignidade humana. Por este instrumento os estados pactuantes comprometem-se a não executar nenhum indivíduo dentro de sua jurisdição.

3.2.8 As Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros

Adotadas pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra, em 1955, formam um conjunto de princípios e orientações para uma organização penitenciária e um tratamento de prisioneiros pautados na observância dos direitos humanos, dentre eles: a separação dos presos em razão da periculosidade, do sexo e da idade, e da condição de preso provisório ou definitivo; direito à higienização individual, alimentação de qualidade, atividades físicas, assistência médica e religiosa; o desuso de instrumentos tais como algemas, correntes, ferros e coletes como forma de coação e punição; qualificação e capacitação do pessoal penitenciário.

Em 1988 a ONU aprova um conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão, por acreditar que a plena aplicação das Regras Mínimas seria facilitada pela enunciação de princípios básicos nos quais elas se inspiram, reafirmando que este indivíduo deve ser tratado com humanidade e com respeito à dignidade inerente a todo ser humano.

3.2.9 A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José

Este documento, aprovado em 22 de novembro de 1969 na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, reafirmou muitos direitos que já haviam sido consagrados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Contudo, na esfera penal, houve considerável avanço quanto à abolição da pena de morte.

Segundo o art.4º, que consagra o direito à vida, fica expressamente proibido o restabelecimento da pena de morte, naqueles países em que já decretaram a abolição desta. Nos países em que ainda utiliza a pena capital, esta só poderá ser aplicada nos delitos mais graves e desde que já haja sido prevista anteriormente ao cometimento do delito. Outro avanço também ocorreu na proibição da pena de morte por delitos políticos ou comuns conexos com os políticos.

3.2.10 A Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes

Em dezembro de 1984, através da Resolução n. 39/46, a Assembléia Geral das Nações Unidas adota a convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis,

Desumanos ou Degradantes.

Os estados pactuantes comprometem-se a abolir qualquer tipo de tortura, tratamento ou penas desumanas em sua jurisdição, mesmo em caso de circunstâncias excepcionais como estado de guerra. Além disso, a hierarquia militar ou o respeito à autoridade superior não poderão ser invocados para justificar o uso desses instrumentos. Obrigados estão também a tipificar a tortura como crime no ordenamento interno, além de providenciar a educação e informação sobre a proibição da tortura a todo pessoal civil e militar que de algum modo participe do processo de detenção, interrogatório ou de execução de pena.

Todos esses documentos jurídicos sucintamente analisados neste tópico estabelecem a pessoa humana como fundamento e fim a ser atingido, caminhando neste sentido para a efetivação da humanização da pena. No campo das alternativas penais, foram as Regras de Tóquio, vistas no capítulo anterior, o documento de maior importância, uma vez que ressalta as vantagens e fomenta a aplicação destas, destacando-se a prestação de serviços à comunidade, por ser um instrumento de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana na execução penal, como se verificará a seguir.

4 A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E O RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA

Os direitos fundamentais integram o que o constitucionalismo atual enquadra como núcleo material da constituição, juntamente com os princípios estruturais e organizacionais do Estado. Contudo, tais direitos não devem ser limitados aos que estão expressamente positivados nas constituições dos estados. A busca por direitos fundamentais, que estão situados fora do rol constitucional, é pressuposto para a efetiva realização da dignidade humana. Também o é a revelação daqueles direitos fundamentais que estão submergidos nas entrelinhas do texto constitucional, ou seja, os direitos fundamentais implícitos. Para ambos, o princípio da dignidade humana cumpre a função de legitimar o reconhecimento destes.

4.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PÁTRIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Na nossa Carta Magna, o §2º do art.5º possibilitou uma abertura para a existência de direitos fundamentais outros, que não estejam catalogados no título II ou em outras partes da Constituição, e até mesmo fora desta, na legislação infra constitucional ou em documentos jurídicos internacionais:

[...] a citada norma traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo. (SARLET, 2006, p.93)

Não se pode oferecer uma interpretação restritiva ao referido dispositivo, por este haver utilizado apenas o vocábulo “tratados internacionais” como fonte de direitos fundamentais extra catálogo. Se assim fosse feito, vários instrumentos jurídicos formalizados através de convenções, declarações, resoluções restariam excluídos, inobstante sua vinculação estreita com a dignidade humana, princípio este que fundamenta e valida os direitos humanos. Para se saber se determinada posição jurídica possui o status de direito fundamental, deve-se verificar o seu grau de vinculação com o princípio da dignidade humana:

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente enunciado pelo art.1º, inc.III, da nossa CF, além de constituir o valor unificador de todos os direitos fundamentais, que, na verdade, são uma concretização daquele princípio, também cumpre função legitimadora do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais, revelando, de tal sorte, sua íntima relação com o art.5º, § 2º de nossa Lei Fundamental. (SARLET, 2006, p.11).

O valor da dignidade da pessoa humana encontra raízes ainda na Antiguidade, passando pelo pensamento cristão e pela doutrina jusnaturalista. A filosofia kantiana contribuiu de forma considerável para a elucidação deste valor ao estabelecer que todo homem deve ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como meio. Nenhum homem deve ser tratado como objeto.

A dignidade da pessoa humana não é algo fácil de ser definido, trata-se de um conceito aberto, e, ao tentar defini-lo, corre-se o risco de não englobar alguns de seus contornos. Contudo, já se percebe na doutrina um certo consenso sobre a existência de um mínimo de direitos que o homem deve possuir e usufruir para que tenha uma vida digna:

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto de um *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. (BARROSO, 2001) (grifo do autor).

A dificuldade em se formular uma definição não significa que a dignidade da pessoa humana é uma mera abstração ou ficção jurídica. Ao contrário, costuma-se utilizar as diversas formas de agressão e violação do princípio para justamente constatar de maneira inequívoca a sua existência. Nesta linha de raciocínio, pôde-se verificar, no primeiro capítulo, o quanto a pena de prisão constitui-se em instrumento violador da dignidade da pessoa humana.

No caminho inverso, encontram-se as penas alternativas, e em especial a pena de Prestação de Serviços à Comunidade, que se revela uma modalidade ímpar no que concerne ao direito do infrator a ter sua dignidade respeitada no âmbito da execução penal.

4.2 A PENA ALTERNATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE

A doutrina especializada é unânime em afirmar que a pena de prestação de serviços à comunidade surgiu na URSS, como pena prevista no código penal soviético de 1926, portanto constitui-se numa sanção moderna. A partir de então vários outros países passaram a adotá-la.

Não obstante sua origem soviética, foi na Inglaterra, sob a denominação de *Community Service Order* (ordem de serviço comunitário), que ganhou expressão. A utilização desta modalidade de pena fazia parte na nova legislação criminal e penitenciária implantada em 1991, a *Criminal Justice Act*.

Em 1976 o Comitê de Ministros do Conselho da Europa manifestou-se no sentido de se evitar a aplicação da pena privativa de liberdade e de se incentivar a utilização de medidas alternativas já conhecidas como o *sursis* e o livramento condicional. Nesta mesma ocasião recomendou a adoção pelos Estados-membros da pena de prestação de serviços à comunidade, por reconhecer suas vantagens de possibilitar a participação direta e efetiva da sociedade na reabilitação do infrator e a integração deste ao meio social. Recomendou aos governos dos Estados-membros:

- 3.c) examinar as vantagens do trabalho em benefício da comunidade, reconhecidas como verdadeiramente proporcionando:
 - ao delinqüente a oportunidade de purgar sua sanção prestando serviço à comunidade;
 - à comunidade a oportunidade de contribuir ativamente à recuperação social do delinqüente, através da aceitação de sua participação em trabalho benéfico (SHECAIRA, 1993, p.31).

Poucos anos mais tarde, o VI Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, ocorrido em Caracas, em 1980, considerou que “a prestação de trabalho em favor da comunidade caracteriza uma alternativa construtiva e econômica à pena de prisão e constitui um novo meio de se colocar o delinqüente em contato mais próximo aos cidadãos que precisam de ajuda e apoio” (SHECAIRA, 1993, p.32).

O VIII Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, realizado em Havana em 1990, recomendou a adoção das Regras de Tóquio. Este documento internacional enfatiza a aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade e a considera como “uma forma de restituição que beneficia mais a sociedade

do que a vítima individual. Tem a vantagem de impor obrigação ao delinqüente e ao mesmo tempo conseguir um resultado útil, a saber, o trabalho em proveito da comunidade”.

A prestação de serviços à comunidade consolidou-se em vários países como uma das principais penas alternativas, em virtude das suas inúmeras vantagens, como descreve Leal (1997, p.19) “[...] não causa estigma; evita a impunidade; representa um ônus inexpressivo para o Estado; a sociedade a vê com bons olhos, até mesmo porque o trabalho é produtivo e reverte em seu benefício [...]”.

Faz-se necessário afastar qualquer semelhança ou antecedente histórico com os trabalhos forçados. São institutos totalmente distintos. Os trabalhos forçados remontam à antiguidade e foram amplamente utilizados como forma de cumprimento da pena privativa de liberdade. Normalmente eram desproporcionais, penosos, de caráter perpétuo, contrários, portanto, à dignidade humana. No Brasil vigoraram até o advento do Código Penal de 1890 e foram taxativamente proibidos pela Constituição Federal de 1988 (art..5º, XLVII).

No Brasil a pena de prestação de serviços à comunidade foi introduzida através da Lei 7209/84, que a instituiu como espécie de pena restritiva de direitos. Não fora prevista quando da edição do Código Penal em 1940, nem mesmo como pena acessória, a exemplo das interdições temporárias de direitos que foram posteriormente elevadas à categoria de pena principal. Antes era prevista somente como uma das condições que poderia ser imposta na concessão da suspensão condicional da pena (art..698,§ 2º, II CPP). Em 1988, ganhou previsão constitucional sob a denominação de prestação social alternativa (art.5º, XLVI,d).

Como ocorreu com as demais penas alternativas em geral, foi a partir da edição da lei 9714/98 que a prestação de serviços à comunidade passou a ser utilizada de forma mais freqüente e consolidou-se como a pena restritiva de direitos mais aplicada.

Com as inovações trazidas pela referida lei, a prestação de serviços à comunidade passou a ser disciplinada pelo art. 46 do Código Penal. A Lei de Execução Penal a regulamenta em seus artigos 149 e 150. A primeira inovação trazida foi o acréscimo da expressão “entidades públicas”, como entes beneficiados pelo serviço. Antes somente a comunidade, formada pelas instituições e programas com fins sociais e as entidades privadas, desde que realizassem algum programa comunitário, eram destinatárias de tal serviço. Com o acréscimo, todos os entes da administração direta ou indireta, de todas as esferas, de qualquer poder, podem receber pessoas para cumprir aludida pena.

Da conjugação dos parágrafos 1º e 2º do referido art.46, define-se o que vem a ser a pena de prestação de serviços à comunidade: é uma espécie de pena restritiva de direitos que consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado que deverá prestá-las junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários e estatais. O trabalho prestado é a essência deste tipo de pena, logo não é remunerado e afasta-se qualquer possibilidade de vínculo empregatício e de direitos trabalhistas.

A pena será executada à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação. O serviço será prestado em dias e horários que não prejudiquem a jornada normal de trabalho. Antes da Lei 9714/98, a determinação era que se cumprisse uma carga horária de oito horas semanais; hoje esta carga-horária é de sete horas, distribuídas da melhor maneira que atenda às necessidades do cumpridor da pena. Vale salientar que, se a pena for superior a um ano, poderá ser cumprida em tempo menor, observado o limite da metade da pena imposta (art.46, §4º), para tanto cumprirá uma carga-horária semanal maior.

Compete ao juiz da execução designar a entidade ou o programa beneficiado com a prestação de serviços, estes deverão ser credenciados e conveniados, e têm a incumbência de enviar mensalmente o relatório do cumprimento da pena (art.149 da LEP). O cumprimento da pena inicia-se a partir do primeiro dia de comparecimento à entidade.

Na tentativa de se identificar os elementos norteadores de um conceito, ainda que aberto, a doutrina estabelece critérios identificadores para a dignidade da pessoa humana. Dentre eles, estão o respeito à identidade pessoal do indivíduo que engloba elementos como “[...] a liberdade de consciência, de pensamento, de culto, na proteção da intimidade, da honra, da esfera privada, enfim, de tudo que esteja associado ao livre desenvolvimento de sua personalidade [...]” (SARLET, 2006, p.122).

A prestação de serviços à comunidade revela conformidade com os elementos supra e com o princípio da individualização da pena. O cumpridor desta tem suas habilidades e aptidões profissionais respeitadas, pois o trabalho que irá realizar no âmbito da execução da pena deve ser igual ou semelhante ao executado na sua profissão ou no seu ofício exercido normalmente. As tarefas atribuídas devem ser dignas, revestidas de utilidade e de caráter educativo, que possibilitem o desenvolvimento de potencialidades. Afasta-se, portanto, a atribuição de tarefas que afrontem a dignidade humana. Ademais, critérios como nível de

escolarização, adequação aos horários de trabalhos e de estudo e características psicossociais são levadas em consideração.

Até mesmo a religião professada pelo infrator é relevante, para se evitar eventual conflito com instituições que adotem outra linha confessional. A esfera privada também é elemento norteador na escolha da instituição onde irá cumprir a pena. Deve ser respeitado o receio do infrator de cumprir a pena próximo de sua residência ou de seu local de trabalho e vir a passar por alguma espécie de constrangimento ao ver sua condição revelada a pessoas do seu núcleo familiar ou do seu ciclo de amizades quando esta não era sua vontade.

Vale ressaltar que no Brasil há varas especializadas, centrais e núcleos de penas e medidas alternativas que contam com o trabalho de profissionais das áreas de serviço social e psicologia, dentre outros, aptos a acompanhar o cumpridor da pena do início ao fim da execução. Uma das principais atribuições desses profissionais é subsidiar a determinação judicial quanto ao local e à forma de cumprimento, além das atividades que o cumpridor da pena irá desenvolver na entidade que irá recebê-lo.

A antropologia em busca da essência do ser humano identifica alguns de seus atributos, sobre os quais repousa a sua dignidade. Um desses elementos ontológicos é a sociabilidade. O homem é um ser social por excelência:

[...] o indivíduo humano somente desenvolve as suas virtualidade de pessoa, isto é de homem capaz de cultura e auto-aperfeiçoamento, quando vive em sociedade. É preciso não esquecer que as qualidades eminentes e próprias do ser humano – a razão, a capacidade de criação estética, o amor – são essencialmente comunicativas. (COMPARATO, 2009).

Um dos méritos desta pena alternativa é fazer justamente com que o seu cumpridor se integre à sociedade. A inclusão social é um de seus fins. Ao realizar um trabalho útil, o indivíduo sente que contribuiu para a melhoria dos serviços prestados pela instituição. A comunidade, por sua vez, valoriza e reconhece o trabalho realizado; isto estimula o sentimento de pertencer àquela comunidade e a vontade de adotar os valores desta.

A integração entre infrator e sociedade atinge seu ápice quando o senso de responsabilidade e a eficiência no trabalho realizado pelo primeiro geram na entidade uma confiança tal que culmina na contratação do prestador de serviços para compor o quadro de

pessoal desta¹⁶.

Ademais, não são raros os casos em que o cumpridor da pena, após o término desta, permanece na entidade na qualidade de voluntário, como observa o juiz da Vara de Execução Penal do Rio de Janeiro, Dr. César Augusto Rodrigues Costa (2003, p.25):

Nessa forma de execução a experiência tem demonstrado que boa parte dos prestadores, mesmo após o cumprimento, continua na entidade realizando o serviço gratuito, por prazo indeterminado, numa clara demonstração da eficiência da medida.

Outro grande mérito desta pena é a participação direta e ativa da sociedade na administração da justiça penal. A entidade não só tem a atribuição de fiscalizar o cumprimento da pena, ao enviar relatórios e comunicações ao juiz da execução, como exerce um papel fundamental: apoiar e incentivar o cumpridor da pena a não voltar a delinquir. As Regras de Tóquio observam que:

A participação da sociedade pode ajudar os delinquentes a estabelecer vínculos significativos na comunidade, tomar consciência do interesse que a comunidade tem por eles e ampliar as possibilidades de relação e apoio que podem continuar mesmo após ter terminado a aplicação da medida não-privativa de liberdade. Assim, podem contribuir para a reintegração do delincente na sociedade.

No Brasil não há dados atuais sobre o índice de reincidência referente às penas alternativas. A informação mais utilizada pelo Governo e pela doutrina autorizada refere-se a uma pesquisa realizada pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente (ILANUD/Brasil), em 1997, que constatou ser de 12,5% a reincidência das penas alternativas, ao passo que este percentual sobe para 75% para as penas privativas de liberdade¹⁷.

Posteriormente, este mesmo instituto realizou uma pesquisa, entre dezembro de 2004 e janeiro de 2006, intitulada *Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas*, na qual foi apontado que a prestação de serviços à comunidade é a principal modalidade de pena restritiva de direitos no cenário nacional e é a que apresenta maior incidência de aplicação em todas as capitais estudadas. A pesquisa revelou ainda que, em praticamente todas elas, esta pena aparecia com percentuais bastante superiores à pena de prestação pecuniária, segunda espécie mais aplicada.

¹⁶ Na Vara de Execução de Penas Alternativas da Comarca de Fortaleza há arquivo de vários ofícios emitidos pelas instituições beneficiadas que informam ao juiz da vara sobre a contratação dos cumpridores da prestação de serviços à comunidade.

¹⁷ Levantamento realizado pela Central de Penas Alternativas do Distrito Federal afirma que menos de 2% dos condenados que pagam pena por meio da prestação de serviços à comunidade voltou a delinquir. Naquela central, a prestação de serviços à comunidade constitui 77% das penas alternativas em cumprimento.

A preferência doutrinária e jurisprudencial por esta modalidade de pena vem expressar a coadunação desta com o caráter de utilidade da pena, já conclamado pela Declaração Francesa. Esta preferência também ocorre em virtude da PSC abrigar o princípio da dignidade humana como direito fundamental do infrator, no âmbito da execução penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo sobre os direitos humanos e as penas alternativas, enfatizando-se a pena de prestação de serviços à comunidade, permitiu a elaboração de algumas considerações.

Constatou-se que a pena de prisão fracassou quanto aos fins propostos de evitar a reincidência e ressocialização do infrator. A função retributiva também fracassou. Se por um lado deixa de punir em virtude, dentre outros fatores, das inúmeras fugas; por outro lado, quando o faz, pune mal, posto que o castigo ultrapassa a privação de liberdade e atinge outros direitos fundamentais que não foram suspensos pela imposição da pena, tais como o direito à alimentação, à saúde do corpo e da mente, à integridade física. Enfim, viola, demasiadamente, o princípio da dignidade humana e até mesmo o direito à vida.

Em face do fracasso da pena de prisão, passou-se a mitigar a sua aplicação, abrindo espaço jurídico para a adoção de um novo tipo de sistema sancionatório, que permite o cumprimento da pena em meio livre, como a pena de prestação de serviços à comunidade.

Observou-se que a legislação brasileira possibilita uma grande aplicação deste tipo de alternativa, apesar de só haver sido prevista como pena propriamente dita em 1984. O juiz pode utilizá-la para substituir a pena de privação, como condição do sursis e também em sede de transação penal. É bem acolhida na comunidade científica e aceita pela sociedade. Constatou-se ser a pena alternativa mais utilizada no Brasil¹⁸. Antes mesmo da adoção da Lei 9714/98, já era bastante utilizada em sede de transação penal, nos juizados especiais criminais, e foi aos poucos ocupando o espaço das penas pecuniárias e da doação de cestas básicas. Sua utilização em grande escala fez do sursis, medida alternativa mais antiga, um instrumento quase esquecido.

Foi constatado que a prestação de serviços à comunidade em geral foi bem aceita pela sociedade¹⁹. A preferência por sua utilização baseia-se em suas inúmeras vantagens, dentre elas, a participação efetiva da sociedade na execução desta pena e a maior possibilidade de integração infrator-sociedade. Constatou-se, ainda, que a prestação de serviços à

¹⁸ Vide na página 67 dados revelados pelo Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas.

¹⁹ Vide dados contidos na página 67.

comunidade possui a preferência da comunidade científica mundial, organismos como a ONU e o Conselho da Europa manifestam as vantagens desta pena e incentivam a sua adoção pelos países membros. No Brasil, a pena de prestação de serviços à comunidade é a pena alternativa mais aplicada.

Vale salientar que as penas alternativas não vieram, ao contrário do que se imaginava no início de sua eclosão, desafogar o sistema prisional. As pessoas aptas a serem sentenciadas com uma pena alternativa não fazem parte da clientela própria dos presídios, portanto já iriam cumprir a pena em regime aberto. Pode-se afirmar, contudo, que as penas alternativas evitam que essas mesmas pessoas entrem no sistema, uma vez que dificultam a reincidência e conseguem frear a escalada do criminoso, que possivelmente cometeria crimes mais graves, puníveis com prisão.

As penas alternativas em geral e a prestação de serviços à comunidade em particular possuem índices de reincidência menor do que os da pena privativa de liberdade²⁰, o que comprova a eficácia daquelas como medida que se propõe a integrar o infrator na sociedade. Ao se constatar os resultados positivos e as vantagens inerentes à pena de prestação de serviços à comunidade, consolida-se nosso pensamento de que esta é a resposta penal mais eficaz no atual estágio de desenvolvimento da sociedade, em virtude do seu caráter preventivo e de inclusão social.

Ademais, assim como todos os documentos jurídicos analisados caminham para a concretização da dignidade da pessoa humana, maior de todos os direitos humanos, a prestação de serviços à comunidade possui com esta uma estreita ligação. Independente da posituação de tais direitos na Constituição, tratados ou leis internacionais, estes devem ser respeitados e tidos como obrigatórios. É da vinculação do direito ao princípio maior da dignidade humana que decorre a sua força normativa e não somente da sua posituação.

Este raciocínio permite situar a PSC como um exemplo de direito fundamental implícito. Resta apenas a atividade interpretativa de revelá-lo. Para tanto, deve-se utilizar como pano de fundo o direito fundamental expressamente positivado no art.5º, XLVI, d, da Constituição Federal e o Princípio da Dignidade Humana como legitimador do reconhecimento deste direito, no sentido de o infrator possuir o direito a ter sua dignidade respeitada em todo o curso da execução penal, inobstante a gravidade do delito cometido.

²⁰ Vide dados contidos na página 67.

REFERÊNCIAS

LIVROS:

AZEVEDO, Mônica Louise de. **Penas alternativas à prisão - Os substitutos penais no sistema penal brasileiro.** Curitiba: Juruá, 2005.

BASTOS, Núbia M. Garcia. **Introdução à metodologia do trabalho científico.** 4. ed. Fortaleza: Nacional, 2006.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: CD, 2002.

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

_____ **Tratado de direito penal.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____ **Novas penas alternativas.** São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____ **Fundamento dos direitos humanos.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/a_pdf.htm>. Acesso em: 17 jan. 2009.

COSTA, Tailson Pires. **Penas alternativas- reeducação adequada ou estímulo à impunidade?** 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CRUZ, Walter Rodrigues. **As penas alternativas no direito pátrio.** São Paulo: Direito, 2000.

DOSTOIÉVSKI, Feodor Mikhailóvitc. **Recordações da casa dos mortos.** Tradução de Raquel de Queiroz. 3.ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1952.

DOTTI, Renné Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Nascimento da prisão. Tradução de Ligia M. Pondé Vassallo. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 1993.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal** – Parte geral. 6.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. vol.1.

LEMGRUBER, Julita (Org). Alternativas à pena de prisão – conferência promovida pela Secretaria de Justiça do Estado do Rio de Janeiro outubro de 1994. Rio de Janeiro, 1994.

LUZ, Orandyr Teixeira. **Aplicação de penas alternativas**. Goiânia: AB, 2000.

JESUS, Damásio E. **Penas alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Edmundo. **Política criminal e alternativas**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PASCUAL, Mariano Serrano. **Las formas sustitutivas de la prisión em el derecho penal español**. Madrid: Trivium, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

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

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Prestação de serviços à comunidade**. Alternativa à pena privativa de liberdade. São Paulo: Saraiva, 1993.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

DOCUMENTOS JURÍDICOS:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2006.

_____ **Lei n° 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan 2009.

_____ **Lei n° 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

_____ **Lei n° 9.714**, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

_____ **Lei n° 8078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

_____ **Lei n° 9503**, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

_____ **Lei n° 9605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 jan. 2009.

_____ **Lei n° 11343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 jan. 2009.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Regras de Tóquio: Comentários às Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas não Privativas de Liberdade**. Tradução de Damásio Evangelista de Jesus. Brasília: MJ, 1998.

PERIÓDICOS:

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon. As penas alternativas na Inglaterra e nos Estados Unidos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Brasília, v.12, n.49, p.164-198, jul/ago. 2004.

ANDRADE, Vander Ferreira de. Penas alternativas: uma das soluções para a grave crise do sistema penitenciário brasileiro. **Revista do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Guarulhos**. Guarulhos, v.4, n.6, p.281-292, jan/jun. 2002.

BARBOSA, Licínio. As penas e medidas alternativas. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, v.1, n.10, p.85-92, jul/dez. 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n°. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 de jan de 2009

BRASIL. Ministério da Justiça. **Dados consolidados do sistema penitenciário**. 2.ed. 2007. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/Depen/default.htm>> . Acesso em: 12 fev. 2009.

_____ **Levantamento nacional sobre execução de penas alternativas**. 2006. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depem/reintegracao/penas.htm>>. Acesso em: 12 fev. 2009.

_____ Penas alternativas podem minimizar superpopulação nos presídios. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depem.htm>>. Acesso em: 14 fev. 2009.

BISCAIA, Larissa Suzane; SOUZA, Maria Antônia. Penas alternativas: dimensões sócio-educativas. **Publicatio UEPG: Ciências humanas, ciências sociais aplicadas, lingüística, letras e artes**. Ponta Grossa, v.13, n.2, p. 127-135, dez. 2005.

COSTA, Cezar Augusto Rodrigues. Execução penal e princípio da igualdade. **Fórum: debates sobre justiça e cidadania. Revista da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, v.2, n.9, p. 24-25, jul/ago. 2003.

FERREIRA, Ivette Senise. Penas alternativas e substitutos penais. *Papers*, São Paulo, Centro de Estudos Konrad Adenauer, p. 43-60, 1996.

FONTÃO, Helita Barbosa S.Lemos; CUNHA, Edna Regina B.Nunes. Penas alternativas: desafio da nova política criminal. **Revista Jurídica Uniderp**, Campo Grande, v.7, n.1, p.49-76, abr. 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Datavenia**. Direito público em pauta. Disponível em <<http://www.datavenia.net/html>>. Acesso em: 28 abr. 2007.

GOVERNO quer estimular penas alternativas como solução para o sistema penitenciário. **Radiobras**. Brasília, 2 maio 2004. Disponível em: <<http://www.radiobras.gov.br.htm>> . Acesso em: 25 abr. 2007.

HERKENHOFF, João Baptista. **Gênese dos Direitos Humanos**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos.htm>>. Acesso em: 15 dez. 2008.

KUEHNE, Maurício. Penas alternativas – Lei nº 9714, de 25-11-1998. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, v.1, n.12, p.115-126, jul/dez. 1998/1999.

_____ **Radiobras**. Condenados com pena alternativa no Brasil são 180 mil e devem aumentar. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias.htm>>. Acesso em: 24 nov. 2007.

LEAL, César Barros. A prestação de serviços à comunidade como alternativa à privação da liberdade de adultos e adolescentes. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, v.1, n. 9, p.15-25, jan/jul.1997.

MACHADO, Laryssa Mendes. Penas alternativas no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Centro de Ensino Unificado de Teresina -CEUT**, Teresina, v.3, n.1, p.85-105, jan/dez. 2003.

MELLO, Eduardo Queiroz. Penas alternativas. **Cidadania e Justiça. Revista do curso de direito**, Ituiutaba, v.3, n.6, p.43-46, jul/dez. 2000.

MERIGO, Janice. Aplicação e cumprimento da pena alternativa de prestação de serviço à comunidade: um desafio interdisciplinar. **Vidya**, Santa Maria, v.22, n.39, p. 153-168, jan/jun. 2003.

QUEM paga a conta. **Veja**. Disponível em <<http://www.uel.br/cesa/dser/veja.html>>. Acesso em: 28 abr. 2007.

REIS, Wanderlei José. Penas alternativas e o direito penal como última ratio. **Revista Jurídica de Cuiabá**, Cuiabá, v. 4, n.2, p.111-116, jul/dez. 2002.

ANEXOS

LEI Nº 9.714, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1998.

Mensagem de Veto nº 1.447 Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Penas restritivas de direitos

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I – prestação pecuniária;

II – perda de bens e valores;

III – (VETADO)

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

V – interdição temporária de direitos;

VI – limitação de fim de semana."

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior."

"Conversão das penas restritivas de direitos

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

§ 1º A prestação pecuniária 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. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

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

§ 4º (VETADO)"

"Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.

§ 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§ 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

§ 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado,

devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

§ 4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada."

"Interdição temporária de direitos

Art. 47.....

IV – proibição de freqüentar determinados lugares."

"Art. 55. As penas restritivas de direitos referidas nos incisos III, IV, V e VI do art. 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no § 4º do art. 46."

"Requisitos da suspensão da pena

Art. 77.....

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão."

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 25 de novembro de 1998; 177º da Independência e 110º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL
DIRETORIA DE POLÍTICA PENITENCIÁRIA
COORDENAÇÃO GERAL DO PROGRAMA DE FOMENTO ÀS PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS

Evolução histórica das penas e medidas alternativas no Brasil

| Ano | Legislação Vigente | Tempo de cumprimento da PMA | Serviço Público de Monitoramento de PMA | Número de Cumpridores de Penas Restritivas de Direitos | | Número de PMA acumulado | Número de Presos |
|----------------------|--|-----------------------------|---|--|---------|-------------------------|------------------|
| | | | | Medidas | Penas | | |
| 1987 | 7.210/84 | 0 - 1 | 01 Núcleo no RS | Sem informação | 197 | Sem informação | Sem informação |
| 1995 | 7.210/84 9.099/95 | 0 - 1 | 04 Núcleos | 78.672 | 1.692 | 80.364 | 148.760 |
| 2002 | 7.210/84 9.099/95 9.714/98 10.259/01 | 0 - 4 | 04 Varas Especializadas 26 Centrais/ Núcleos | 80.843 | 21.560 | 102.403 | 248.685 |
| 2006 | 7.210/84, 9.099/95 9.714/98 10.259/01 10.671/03 10.826/03 11.340/06 11.343/06 | 0 - 4 | 10 Varas Especializadas 213 Centrais/ Núcleos | 237.945 | 63.457 | 301.402 | 401.236 |
| 2007 | 7.210/84, 9.099/95 9.714/98 10.259/01 10.671/03 10.826/03 11.340/06 11.343/06 | 0 - 4 | 18 Varas Especializadas 249 Centrais/ Núcleos | 333.685 | 88.837 | 422.522 | 423.373 |
| 2008 | 7.210/84, 9.099/95 9.714/98 10.259/01 10.671/03 10.826/03 11.340/06 11.343/06 | 4 | 19 Varas Especializadas 306 Centrais/ Núcleos | 457.811 | 101.019 | 558.830 | 446.764 |

Observações:

Nº de Comarcas existentes no Brasil: 2.510 (fonte: PNUD/ MJ, 2006)

Nº de Comarcas com Serviços Públicos de PMA no Brasil: 325 (13% - fonte: CGPMA/DPP/DEPEN)

% de Reincidência dos ex-cumpridores de Penas Privativas de Liberdade (Presos): 70 a 85%

% de Reincidência dos ex-cumpridores de PMA: 2 a 12% (fonte: ILANUD) (fonte: Nunes, Adeildo, 1996)