



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

AQUILES HERBERT MACHADO DE ANDRADE

A FALÊNCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E AS  
PENAS ALTERNATIVAS

SOUSA - PB  
2006

AQUILES HERBERT MACHADO DE ANDRADE

A FALÊNCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E AS  
PENAS ALTERNATIVAS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Dr<sup>a</sup>. Jônica Marques Coura Aragão.

SOUSA - PB  
2006

AQUILES HERBERT MACHADO DE ANDRADE

A FALÊNCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E AS PENAS  
ALTERNATIVAS

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado em, \_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

\_\_\_\_\_  
Profª. MSc Jônica Marques Coura Aragão

\_\_\_\_\_  
Examinador (a)

\_\_\_\_\_  
Examinador (a)

Sousa-PB  
Novembro-2006

A pena privativa de liberdade perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece, é uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime. Se não a pudermos eliminar de uma vez, só devemos conservá-la para os casos em que ela é indispensável.

Evandro Lins e Silva



A todos aqueles que como eu defendem a humanização das penas e acreditam em um futuro em que a prisão seja tida como uma coisa do passado.

## AGRADECIMENTOS

Primordialmente, a Deus, criador de todas as coisas, por ter me presenteado com o dom da vida.

Aos meus pais, Maria José e Manoel Vêber, por terem sempre apoiado os meus projetos intelectuais e por termos juntos vencido tantos obstáculos.

Aos meus tios, Miguel Wanderley e George Wads, por terem me incentivado e influenciado no estudo das Ciências Jurídicas.

À minha companheira, Juliana Viana, por tudo o que significa em minha vida, alegrando-a com sua ternura e amor incomparáveis.

À minha professora orientadora, Jônica Marques Coura Aragão, pela paciência, tempo despendido e os ensinamentos compartilhados para a confecção desse trabalho.

A todos os professores do CCJS, em especial, a professora Alba Tânia, exemplo de saber jurídico, que me influenciou de forma significativa ao estudo das Ciências Penais.

Aos amigos conquistados, durante esses anos, em especial ao companheiro Felipe José, "Felipão", que sempre esteve presente na luta diária da vida acadêmica.

À Instituição, Universidade Federal de Campina Grande, que me concedeu a oportunidade de enveredar pelo estudo do Direito e conquistar o título de Bacharel.

## RESUMO

A atual conjuntura do sistema penitenciário nos faz refletir sobre as formas de punição previstas em nosso ordenamento jurídico. Já é de todo comprovado que a privação da liberdade do indivíduo, da forma que se dá atualmente, não satisfaz o ideário de ressocialização, muito pelo contrário, a ressocialização é incompatível com o encarceramento. A ruptura dos laços familiares e outros vínculos humanos e sociais, a convivência promíscua e anormal na prisão, o homossexualismo não escolhido, mas forçado, são fatores que nada ajudam no processo de reintegração do apenado à sociedade. Constatados esses fatos, convém fazer um estudo a fim de buscar alternativas a esse quadro desolador. Para tanto, indaga-se: seria possível ao Poder Judiciário brasileiro, ante a atual conjuntura do sistema penal, decidir-se por reverter o caos instalado nos cárceres, optando por aplicar, em lugar das penas de prisão, penas alternativas? É nessa temática que o trabalho é desenvolvido, abordando as diversas modalidades de penas alternativas, como uma forma de amenizar esses problemas. Será utilizado na elaboração dessa pesquisa o método exegético-jurídico, fundado na leitura e interpretação da legislação pátria e de obras referentes ao tema. Utilizar-se-á, também, o método histórico, com a finalidade de investigar as raízes do problema proposto. Com isso a pesquisa objetiva incentivar a adoção de medidas não-privativas de liberdade por parte dos aplicadores do direito e conscientizar os cidadãos em geral dos benefícios por ela trazidos. Desta feita, à guisa de conclusão, as penas restritivas de direito, enquanto alternativas penais, podem ser tidas como uma luz no fim do túnel, uma saída para a humanização do sistema punitivo estatal.

**Palavras-chave: Sistema Penitenciário. Privação da Liberdade. Alternativas Penais.**

## ABSTRACT

The current conjuncture of the penitentiary system in makes them to reflect on the foreseen forms of punishment in our legal system. Already of it is all proven that the privation of the freedom of the individual, of the form that if gives currently, does not satisfy the objectives of social readjustment, quite to the contrary, the social readjustment is incompatible with the imprisonment. The human and social rupture of the familiar bows and other bonds, the promiscuous and abnormal life in the arrest, the practical homosexual not chosen, but forced, are factors that nothing help in the process of reintegration of the imposed a fine on one the society. Evidenced these facts, it is necessary to make a study in order to search alternatives to this desolating picture. For in such a way, it is inquired: it would be possible to the Brazilian Judiciary Power, before the current conjuncture of the criminal system, to decide itself for reverting the chaos installed in the jails, opting to applying, in place of the alternative penalty, punishments by confinement? It is in this thematic one that the work is developed, approaching the diverse modalities of alternative penalties, as a form to brighten up these problems. The exegetico-legal method will be used in the elaboration of this research, established in the reading and interpretation of the native legislation and referring workmanships to the subject. It will be used, also, the historical method, with the purpose to investigate the origins of the considered problem. With this the objective research to stimulate the adoption of not-privative measures of freedom on the part of the applicators of the right and in general acquiring knowledge the citizens of the benefits for it brought. Of this making, like conclusion, the restrictive penalties of right, while alternative criminal, can be had as a light in the end of the tunnel, an exit for to humanizar of the state punitive system.

**Word-key: Penitentiary System. Privation of the Freedom. Criminal Alternatives.**

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	09
CAPÍTULO 1 DIREITO DE PUNIR E PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE ..	11
1.1 Histórico da pena privativa de liberdade .....	12
1.2 Sistemas prisionais .....	14
1.3 Finalidades e teoria das penas .....	17
1.4 Princípios constitucionais penais .....	19
CAPÍTULO 2 REALIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO .....	26
2.1 Falência da pena privativa de liberdade .....	26
2.2 Diagnóstico do sistema criminal brasileiro .....	29
2.3 Tendências do Direito Penal Moderno .....	31
CAPÍTULO 3 PENAS ALTERNATIVAS .....	35
3.1 Conceito de medidas e penas alternativas .....	36
3.2 As penas alternativas e o princípio da dignidade humana .....	38
3.3 Aplicação da pena alternativa .....	39
CAPÍTULO 4 PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO .....	45
4.1 Requisitos para a substituição .....	46
4.2 Espécies de penas restritivas de direito .....	52
4.2.1 Prestação pecuniária .....	52
4.2.2 Perda de bens e valores .....	54
4.2.3 Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas .....	56
4.2.4 Interdição temporária de direitos .....	59
4.2.5 Limitação de fim de semana .....	63
4.3 Fiscalização e execução das penas restritivas de direito .....	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	66
REFERÊNCIAS .....	68

## INTRODUÇÃO

Diante da atual problemática existente em torno do quadro penitenciário, não só no Brasil, mas em nível mundial, surge a necessidade de se repensar de forma bastante criteriosa a atividade punitiva realizada pelo Estado, colocando em confronto correntes e teorias, até então existentes, com novas tendências e formas de pensamento.

Neste sentido, busca-se o estudo crítico e acurado dos institutos inerentes às diversas modalidades de penas e os elementos caracterizadores que as circundam.

O assunto a ser abordado nesse trabalho é bastante atual e a muito objeto de estudos, debates em seminários e congressos, todos com o objetivo de se buscar soluções a respeito da necessidade de se incrementarem substitutivos penais à pena privativa de liberdade.

Será utilizado na elaboração dessa pesquisa o método exegético-jurídico, fundado na leitura e interpretação da legislação pátria e de obras referentes ao tema. Utilizar-se-á, também, o método histórico, com a finalidade de investigar as raízes do problema proposto.

Preliminarmente, serão abordados temas referentes aos fundamentos do direito de punir, fazendo um apanhado geral sobre a modalidade pena privativa de liberdade, enfocando seus fundamentos históricos, características, as teorias que buscam explicar os seus objetivos, bem como os princípios constitucionais que devem ser observados na cominação das penas.

No capítulo subsequente serão discutidos temas inerentes a realidade do sistema penal brasileiro, a falência da pena privativa de liberdade e as novas

tendências que objetivam atenuar primordialmente a violência punitiva e a criminalidade.

No terceiro capítulo serão analisadas as penas alternativas, expedindo conceitos e analisando as diferenças entre medidas e penas alternativas, bem como a necessidade da aplicação do princípio da dignidade humana às penas.

No último capítulo serão aprofundados os estudos sobre as penas alternativas restritivas de direito, onde serão abordados os aspectos referentes à sua cominação, os requisitos e pressupostos necessários à sua aplicação, analisando-se de forma crítica cada modalidade de pena restritiva de direito existente em nosso ordenamento jurídico, bem como a importância da fiscalização e execução das mesmas.

Busca-se com essa pesquisa, trazer conhecimentos sobre essas novas modalidades de penas que aos poucos vêm ganhando adeptos entre os estudiosos do direito e despertar no leitor o sentimento de insatisfação diante do atual panorama penitenciário.

## CAPÍTULO 1 DIREITO DE PUNIR E A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Os fundamentos do direito de punir se discernem com clareza por meio do contratualismo, ou seja, da teoria do contrato social, que expõe a idéia de que o homem vivia inicialmente num estado de natureza, desagregados, desorganizados, prevalecendo então um estado de liberdade. Com o passar dos tempos o homem teve a necessidade de unir-se, agrupando-se em sociedade.

O convívio social traz consigo inevitavelmente, pretensões sobrepostas, desavenças e ambições, emergindo com isso a necessidade da existência de uma organização estatal para defender o bem-estar social e a paz pública, ou seja, uma força superior a coordenar as vontades individuais em nome da vontade geral.

O *Jus puniendi* surge da necessidade da organização social do Estado, ente apto a garantir a coexistência pacífica dos seus membros, como uma forma de racionalizar a vingança privada, e de evitar a utilização da força e da autotutela entre os cidadãos.

Segundo Cesare Beccaria (1997, p.41):

As leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de sua conservação. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranqüilidade. A soma dessas porções de liberdade sacrificada ao bem comum forma a soberania de uma nação e o soberano é o seu legítimo depositário e administrador. Mas não basta constituir esse depósito. Havia que defendê-lo das usurpações privadas de cada homem em particular, o qual sempre tenta não apenas retirar do depósito a porção que lhe cabe, mas também apoderar-se daquela dos outros. Faziam-se necessários motivos sensíveis suficientes para dissuadir o espírito despótico de cada homem de novamente mergulhar as leis da sociedade no antigo caos. Esses motivos sensíveis são as penas estabelecidas contra os infratores das leis.



Dessa forma, cabe ao Estado instituir leis penais, pelas quais exerce esse poder de punir. A norma penal é composta por duas partes: o preceito primário e a sanção ou preceito secundário. O preceito primário dá ao Estado o direito de punir o infrator da norma, mediante a aplicação do preceito secundário. Assim, por exemplo, quando o artigo 121 do Código Penal reza "matar alguém" esta implícita a norma é proibido matar. Com isso, quando alguém desobedece à norma deve ser submetido a uma pena de reclusão entre 6 e 20 anos, preceito secundário, dependendo das circunstâncias do crime.

Assim, no dizer de Fernando Capez (2004, p.9) : " No momento em que é cometida a infração, esse poder, até então genérico, concretiza-se, transformando-se numa pretensão individualizada, dirigida especificamente contra o transgressor".

Frederico Marques (1999, p.3) conceitua o direito de punir como sendo " o direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário causando um dano ou lesão jurídica, de maneira reprovável."

Esse direito de punir, se manifesta através da pena, que no decorrer dos tempos vêm modificando e evoluindo para uma forma mais justa de punição.

### 1.1 Histórico da pena privativa de liberdade

O encarceramento de delinqüentes existiu desde os tempos mais remotos, contudo, na antiguidade a pena privativa de liberdade não era reconhecida como sanção, não tinha assim o caráter de pena. Conforme salienta Bittencourt: " Até o fins do século XVIII a prisão somente serviu à contenção e guarda de réus para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados." (1999, p.456)

Durante esse período verifica-se que as penas tinham características extremamente aflitivas, como a pena de morte, às penas corporais etc. O corpo do agente é que pagava pelo mal por ele praticado.

Michel Foucault (2000, p.9) narra sobre uma execução ocorrida no ano de 1757, dizendo:

Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757, a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris aonde devia ser levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; em seguida, na dita carroça, na praça de Grève, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado, relata a Gazette d'Amsterdam. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como se isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas. Afirma-se que, embora ele sempre tivesse sido um grande praguejador, nenhuma blasfêmia lhe escapou dos lábios; apenas as dores excessivas faziam-no dar gritos horríveis, e muitas vezes repetia: 'Meu Deus, tende piedade de mim; Jesus, socorrei-me'.

No século XVIII, finalmente a prisão tomou forma de sanção principal, ocupando o lugar de outras formas de repressão, se bem que apresentando condições de encarceramento primitiva e desumanas, sem quaisquer outras preocupações.

Com o surgimento das idéias iluministas, um marco inicial para a mudança de mentalidade no que diz respeito à cominação das penas, e às proposições concretizadas principalmente por Cesare Beccaria, a pena passa a ganhar um sentimento de humanidade. A Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos Humanos também contribuíram de forma significativa com esse fim.

Dessa forma, afirma Leonardo Sica (2002, p.54):

A humanização dos castigos, deve-se ao desenvolvimento da idéia dos Direitos Humanos. Partindo da vingança privada e desmedida, passando pelo Talião, vingança pública, fianças, suplícios corporais, infâmias, banimentos, trabalhos forçados, chegamos à prisão, que há cerca de dois séculos assumiu o centro do sistema penal, estagnando essa linha de humanização das penas, que, por mais tênue e difusa que seja, é tangível.

Em contraposição a tudo isso, atualmente, países que se dizem desenvolvidos e cultos adotam a pena capital sob diversas formas.

Contudo, no decorrer da história das penas privativas de liberdade, podemos observar uma evolução em sua forma de cumprimento e execução, uma forma de evolução até se chegar ao nosso atual sistema progressivo.

## 1.2 Sistemas prisionais

As penas privativas de liberdade, como penas principais, hoje questionadas, significaram um avanço em face da pena de morte e das penas de caráter aflagante, onde o corpo do delinqüente pagava pelo mal que ele praticara, assim, era crucificado, açoitado, esquartejado, esfolado vivo, enfim, punido de forma bastante cruel e desumana.

Como dito anteriormente, a prisão, originariamente, era utilizada como forma de manter o acusado sob custódia enquanto se dava o julgamento e a posterior execução da pena.

A expressão "sistema penitenciário", tem sua origem na idéia católica de penitência, pois foi com a influência da igreja católica, que surgiu a idéia de prisão destinada à correção do delinqüente, permitindo o aparecimento dos primeiros cárceres organizados.

Dentre os sistemas penitenciários que mais se destacaram ao longo dos tempos, podemos apontar três sistemas básicos: O Sistema Pensilvânico ou da Filadélfia, o Auburniano e o Irlandês ou Progressivo.

O Sistema Pensilvânico, é também conhecido como Sistema da Filadélfia, por ter surgido nos Estados Unidos da América, na cidade de Filadélfia. Esse consistia no isolamento completo do condenado durante o dia e durante a noite, não podendo trabalhar ou mesmo receber visitas, sendo estimulado a meditar e alcançar o arrependimento, por meio da leitura unicamente da Bíblia e de outros livros religiosos. A pena era executada assim numa célula individual, esse sistema era chamado de *solitary system*, da qual o condenado não saía.

Bitencourt (1999, p. 126) cita as características desse sistema da seguinte forma:

A características essenciais desta forma de purgar a pena fundamenta-se no isolamento celular dos intervalos, a obrigação estrita do silêncio, a meditação e a oração. Este sistema de vigilância reduzia drasticamente os gastos com vigilância, e a segregação individual impedia a possibilidade de induzir uma organização do tipo industrial nas prisões.

O Sistema Auburniano surgiu na cidade de Auburn, no Estado de Nova York, consistia em manter o condenado isolado durante a noite, em célula individual e durante o dia trabalhando com os demais presos, sendo proibida a comunicação, sob pena de castigos corporais, razão pela qual também ficou conhecido como *silent system*, assim os detentos não podiam falar entre si, somente com os guardas, com licença prévia e em voz baixa. Esse sistema, na verdade, consiste em uma evolução do sistema da Filadélfia.

Esse sistema também foi falho, no que diz respeito a regra desumana do silêncio, onde os presos eram incomunicáveis, como também existia a proibição à

visitas pelos familiares é a inexistência de instrução e aprendizado ministrado aos presos, prejudicando ou impossibilitando a ressocialização do apenado.

O Sistema Irlandês ou progressivo concilia as regras dos sistemas vistos anteriormente, concebendo um sistema de cumprimento de pena privativa de liberdade baseado na progressão. Assim, o cumprimento é realizado aqui em estágios. No primeiro estágio, conhecido como período de prova, o preso era mantido completamente isolado, a exemplo do que acontecia no Sistema Pensilvânico. Depois, seria mantido o isolamento noturno, com trabalho diurno e manutenção do silêncio, como preconizava o Sistema Auburniano. Em seguida, o condenado seria transferido para uma penitenciária industrial ou agrícola, onde trabalharia durante o dia, sem obrigação de silêncio e, por último, ganharia o livramento condicional.

Bitencourt (1999, p.134) identifica, de forma bastante clara as fases de execução de pena desse sistema:

O regime irlandês ficou, assim, composto de quatro fases:

1º - Reclusão celular diurna e noturna – sem comunicação, com alimentação reduzida e sem qualquer favor, era cumprida em prisões centrais ou locais.

2º - Reclusão celular noturna e trabalho diurno em comum – com a obrigação de manter rigoroso silêncio, consagrado no sistema auburniano. Nesta fase, como no regime anterior, os apenados também se dividem em classes e obtêm a progressão através das marcas ou acumulação de pontos. A passagem de uma classe para a outra, significava uma evolução do isolamento celular absoluto, para um estágio mais liberal, propiciando a aquisição gradual de privilégios e recompensas materiais, maior confiança e liberdade.

3º - Período intermediário – Este período era executado em prisões especiais, onde o preso trabalhava ao ar livre, no exterior do estabelecimento, em trabalhos preferencialmente agrícolas. Nesse período a disciplina era mais suave e era cumprido em prisões sem muros nem ferrolhos, mais parecida com um asilo de beneficência do que com uma prisão. Muitas vezes os apenados viviam em barracas desmontáveis, como trabalhadores livres dedicando-se ao cultivo ou à indústria.

4º - Liberdade condicional – recebia uma liberdade com restrições e que, como o passar do tempo e o cumprimento das condições impostas, obtinha, finalmente, a liberdade definitiva.

Atualmente nosso Código Penal Brasileiro adota um sistema progressivo de cumprimento de penas privativas de liberdade, onde essas penas serão cumpridas progressivamente em três regimes, fechado, semi-aberto e aberto, com a possibilidade também de livramento condicional e também a regressão de regime mais brando ao mais severo.

Nesse sistema, o condenado cumprindo um sexto da pena, mais mérito, será transferido do regime mais severo para o mais brando, como forma de recuperar o condenado, possibilitando que o mesmo consiga, paulatinamente, a sua liberdade, conforme seu merecimento.

Atualmente, mesmo no sistema progressivo de cumprimento de pena, podemos observar, que a pena privativa de liberdade não está de forma eficiente atingindo suas finalidades e objetivos.

### 1.3 Finalidades e teorias das penas

As bases e fundamentos de punir e os fins da pena são explicados, de acordo com a unanimidade dos doutrinadores, através das teorias absolutas, relativas e mistas.

Os adeptos da teoria absoluta defendem ser a pena justa por si mesma, é necessária em si e por si. Sua finalidade é unicamente punir o autor de uma infração penal. Como bem assevera Roxin (apud Greco, 2004, p.537):

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se atribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria absoluta porque para ela o fim da pena é independente, desvinculado de seu efeito social. A concepção da pena como

retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade. A pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito que o compense.

Atualmente é difícil encontrar quem defenda essa teoria, entretanto, ela traz em seu bojo uma importante contribuição à formulação da teoria da pena, limitando a mesma à culpabilidade do agente, criando uma proporção entre os males como afirma Capez (2003, p. 332) sobre a teoria absoluta: " A pena é a retribuição do mal injusto, praticado pelo criminoso, pelo mal justo previsto no ordenamento jurídico".

Em contraposição às teorias absolutas, as teorias relativas somam à pena uma finalidade de prevenção geral ou especial do crime.

Segundo os ensinamento de Noronha (1997, p.225):

As teorias relativas procuram um fim utilitário para a punição. O delito não é causa da pena, mas ocasião para que seja aplicada. Não repousa na idéia de justiça, mas de necessidade social. Deve ela não só ao que delinqüiu, mas advertir aos delinqüentes em potencial que não cometam crime. Conseqüentemente, possui um fim que é a prevenção geral e a particular.

Para essas duas teorias, absolutas e relativas, a pena é considerada um mal necessário, porém para as teorias relativas ela não está voltada para a idéia de realizar justiça, mas sim de prevenir a prática de novos delitos, subdividindo-se em teorias relativas de prevenção geral e especial.

As teorias relativas de prevenção geral são representadas como instrumentos de intimidação geral, dirigida ao ambiente social. As pessoas diante da ameaça da imposição da pena ficam motivadas a não transgredir a norma penal, elas não delinqüem porque têm medo de receber a punição.

As teorias relativas de prevenção especial defendem a pena com a finalidade de impedir que o criminoso volte a delinqüir.

No dizer de Bitencourt (1999, p.114):

A prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinqüiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais.

Tal teoria é bastante criticada, pois se a pena visa corrigir o criminoso, este só poderia ganhar a liberdade caso se atinja esse fim, não ocorrendo ficaria preso por tempo indeterminado. Como também, vale lembrar, pessoas que cometem um único crime e não mais voltam a delinqüir, caso em que a pena não teria finalidade alguma.

As teorias mistas procuram conciliar os aspectos mais relevantes das teorias absolutas e relativas. Para elas a pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime, pela reeducação e pela intimidação coletiva.

Nossa lei penal adota essa teoria, como podemos observar na parte final do *caput* do art. 59 do nosso código vigente, quando faz alusão à necessidade da reprovação e prevenção do crime, fazendo assim uma união dos fundamentos das teorias absolutas, que se fundam na retribuição, e relativas, na prevenção.

#### 1.4 Princípios constitucionais penais

Na cominação e aplicação das penas, devem ser observados inúmeros princípios, que objetivam, limitar o poder do Estado e assegurar garantias para o indivíduo.

Como o primeiro deles, pode-se citar o princípio da legalidade, que é de suma importância para o Direito Penal, ele é extraído do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, ao proteger os direitos e garantias fundamentais, como



também é expresso no art. 1º do Código Penal, que diz: “ Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Com isso podemos concluir ser a lei a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção, assim a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, ou seja, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente.

Tal princípio foi traduzido na conhecida fórmula em latim *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, por Paul Juhann Anselm von Fevrbach, considerado o pai do Direito Penal Moderno, e sua origem atribui-se a Magna Carta Inglesa, de 1215, editada ao tempo do Rei João Sem Terra, cujo seu art. 39 vinha assim redigido:

Art 39. Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não podemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País. (GRECO, 2004, P.106)

Esse princípio foi previsto expressamente em todos os nossos códigos, desde o Código Criminal do império, de 1830, até a reforma da parte geral do Código de 1940, ocorrida em 1984.

Rogério Greco (2004, p. 107) identifica quatro funções fundamentais ao princípio da legalidade:

1. Proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*);
2. Proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*);
3. Proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*);
4. Proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

Outro princípio também de suma importância que deve ser utilizado para a cominação da pena, é o princípio da personalidade, também conhecido como princípio da responsabilidade pessoal ou da intranscendência da pena, que está definido no inciso XLV do art. 5º de nossa Carta Magna, da seguinte forma:

Art. 5º, XLV. Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Dessa forma somente o condenado será submetido à sanção imposta pelo Estado, sendo assim, a pena considerada uma medida estritamente pessoal, que tem como objetivo primordial a ressocialização e recuperação do condenado.

De acordo com o art. 5º ora mencionado, se estivermos diante de uma responsabilidade de caráter não penal, como a obrigação de reparar o dano, nada impede que com a morte do condenado, e tendo havido a transferência de seus bens aos sucessores, que estes respondam até o limite da herança, diferente do que ocorre com a pena de multa, que não pode ser cobrada aos herdeiros do condenado, pois esta pena é uma das três modalidades de penas previstas pelo art. 32 do Código Penal Brasileiro.

O princípio da individualidade defende que a imposição e o cumprimento da pena deverão ser individualizados de acordo com a culpabilidade e o mérito do sentenciado.

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XLVI, preconiza:

Art. 5º, XLVI: A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

Analisando o texto constitucional acima, podemos dizer que o primeiro momento da individualização da pena, ocorre quando o legislador seleciona as condutas que atacam os bens jurídicos mais importantes, cominando penas que variam de acordo com o grau de importância que representam esses bens. Ocorrendo o ilícito e sendo esse típico e culpável, o julgador aplicará a pena a ele correspondente, observando as determinações contidas no art. 59 do Código Penal, com isso a individualização sai do plano abstrato e passa para o plano concreto. Como podemos observar na orientação do Superior Tribunal de Justiça:

Pena – Individualização (CP, art. 59)

A individualização da pena é exigência do Código Penal, com assento da Constituição da República. Cumpre ao magistrado ponderar os requisitos mínimos do art. 59 do Código Penal. Em seguida, a pena-base, considerará as circunstâncias agravantes e atenuantes. Por fim, causa de aumento e diminuição. A sentença será fundamentada, exigindo-se, como tal, explicitação dos fatos, de modo que se conheçam como foram ponderados. (STJ, RHC nº 0895 – MG, 6ª Turma – Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJ 1º/4/1991, p. 3.427)

A individualização também ocorrerá na fase de execução penal, conforme determina o art. 5º da lei nº 7.210/84, Lei de Execução Penal: “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”.

Mirabete (1990, p.60), em relação à individualização da pena no momento da execução, preleciona:

Com os estudos referentes à matéria, chegou-se paulatinamente ao ponto de vista de que a execução não pode ser igual para todos os presos – justamente porque nem todos são iguais, mas sumamente diferentes – e que tampouco a execução pode ser homogênea durante todo o período de seu cumprimento. Não há mais dúvida de que nem todo preso deve ser submetido ao mesmo programa de execução e que, durante a fase executória da pena, se exige um ajustamento desse programa conforme a reação observada no condenado, só assim se podendo falar em verdadeira

individualização no momento executivo. Individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e elementos necessários para lograr a sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto. A individualização, portanto, deve aflorar técnica e científica, nunca improvisada, iniciando-se com a indispensável classificação dos condenados a fim de serem destinados aos programas de execução mais adequados, conforme as condições pessoais de cada um.

Outro princípio a ser observado é o da proporcionalidade que é de grande importância para se fazer justiça no âmbito da cominação da pena; assim exige-se que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem lesionado (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena).

A proporcionalidade tem como conseqüência um duplo destinatário: o poder legislativo, que tem que estabelecer penas proporcionais, em abstrato, à gravidade do delito, e o juiz, impondo penas ao autor do delito proporcionais a sua concreta gravidade.

As raízes desse princípio remontam a antiguidade, porém, só no período iluminista, principalmente com as idéias do Marquês de Beccaria (2005, p. 68), em sua grandiosa obra, *Dos Delitos e Das Penas*, conseguiu se firmar, assim:

O interesse geral não é apenas que se cometam poucos crimes, mas ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente.

Se dois crimes que afetam desigualmente a sociedade recebem idêntico castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo que recear uma pena maior para o crime mais hediondo, resolver-se-á com mais facilidade para o crime que lhe traga mais vantagens; e a distribuição desigual das penas fará nascer a contradição, tanto notória quanto freqüente, de que as leis terão de castigar os delitos que fizeram nascer.

Se for estabelecido um mesmo castigo, a pena de morte, por exemplo, para aquele que mata um faisão e para quem mata um homem ou falsifica um documento importante, em pouco tempo não se procederá a mais nenhuma diferença entre esses crimes; serão

destruídos no coração do homem os sentimentos de moral, obra de muitos séculos [...]

A idéia do Talião, olho por olho, dente por dente, apesar de aparentemente proporcional, fere o princípio da humanidade, pois a dignidade da pessoa humana é fundamental no nosso atual Estado Democrático de Direito.

O princípio da humanidade defende que o poder punitivo do Estado não pode aplicar sanções que atentem à dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica do condenado.

A Constituição Federal, visando impedir qualquer tentativa de retrocesso quanto à cominação das penas levadas a efeito pelo legislador, preceitua no inciso XLVII de seu art. 5º:

Art. 5º. XLVII: Não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis.

O princípio da humanidade está relacionado diretamente à dignidade da pessoa humana, gerando limites para o Estado em relação a qualidade e quantidade das penas adotadas, por isso estes devem orientar toda a atividade legislativa.

Há muito vem se discutindo a possibilidade da imposição da pena de morte como forma de redução da criminalidade. Contudo, nosso ordenamento jurídico vetou expressamente esta possibilidade, salvo nos casos previstos em lei.

Nas palavras de José Afonso da Silva (1999, p.204):

Ao direito à vida contrapõe-se a pena de morte. Uma constituição que assegure o direito à vida incidirá em irremediável incoerência se admitir a pena de morte. É da tradição do Direito Constitucional Brasileiro vedá-la, admitida só no caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX (art. 5º, XLVII, a), porque aí, a Constituição

tem que a sobrevivência da nacionalidade é um valor mais importante do que a vida individual de quem porventura venha a trair a pátria em momento cruciante.

Por essa vedação constitucional à pena de morte se encontra na parte referente aos direitos e garantias fundamentais, o art. 60, §4º, inciso IV, proíbe a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir esses direitos e garantias.

A pena de morte deve ser assim considerada como algo que fere os princípios gerais de direito, como o da dignidade da pessoa humana.

A vedação constitucional de penas de trabalho forçado e cruéis deve ser entendida como a vedação de qualquer trabalho que humilhe o condenado pelas condições como é executado, assim o condenado não pode ser espancado para forçá-lo ao trabalho.

A lei de Execução Penal em seu texto, menciona sobre a obrigatoriedade do trabalho do preso, como o art. 39, inciso V, que diz ser dever do condenado a execução do trabalho, ou o art. 114, inciso I, que somente possibilita o ingresso no regime aberto o condenado que estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo.

O trabalho para o condenado é uma das formas mais eficazes para se atingir a ressocialização, evitando o mal da ociosidade e incentivando a disciplina e a conquista de benefícios, como a possibilidade da progressão de regime e a remição da pena.

A pena cruel é toda aquela aplicada desconsiderando o homem como pessoa. A integridade físico-corporal constitui, por isso, um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo.

No Estado Democrático de Direito, o aplicador do direito deve respeitar, todos esses princípios, sob pena de agir de forma arbitrária e ilegal.

## CAPÍTULO 2 REALIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

O sistema penal brasileiro, da forma como se apresenta atualmente, necessita de uma reavaliação de seus institutos, de forma a garantir os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, principalmente no que tange a execução da pena de prisão.

### 2.1 Falência da pena privativa de liberdade

Há muito vem se discutindo sobre a falência da pena privativa de liberdade, contudo, houve tempos em que se lutou para que ela fosse implantada em substituição às penas existentes, que na época, eram mais desumanas e cruéis.

A pena privativa de liberdade já representou, em determinada época da história, um avanço do sistema penitenciário. Atualmente sabe-se que ela está desacreditada em decorrência da discrepância entre a teoria e a prática, gerando assim uma crise no Direito Penal.

Contudo, não é a pena privativa de liberdade que terá falido, mas sim, a forma pela qual é executada, sua previsão exagerada, como se não houvesse outra maneira de o delinqüente quitar seu débito com a sociedade. Tudo isso, gerando a superlotação carcerária, a falta de estabelecimentos adequados a cada fase de cumprimento da pena, a má individualização penal, quando esta é realizada, e a não obtenção dos efeitos esperados, entre eles, a ressocialização do condenado.

Essa crise por qual passa o Direito Penal, não será solucionada com o uso de legislações de impacto, muitas vezes motivadas por pressões de determinados grupos sociais, mas sim por uma reavaliação do sistema de punição e execução da pena.

Isso não quer dizer que a pena privativa de liberdade deve ser extinta, pois sempre haverá criminosos que pela periculosidade e gravidade de seus atos necessitem desse tipo de pena.

Nesse sentido assevera Michel Foucault (1997, p. 196): “Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não, inútil. Entretanto, para certos casos, não vemos o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução de que não se pode abrir mão.”

Mesmo nesses casos em que a prisão é necessária, vemos que não é somente colocar o delinqüente atrás das grades; é necessário que se adote um devido tratamento de recuperação, aplicando a pena de forma racional e correta, através de uma prisão humanizada, de acordo com os pressupostos da lei de execução penal.

Nossa Constituição Federal não admite penas perpétuas, por mais altas que sejam, conseqüentemente o delinqüente não curado ou não readaptado voltará ao seio social, e se não trabalhado no período em que esteve cumprindo pena, provavelmente irá reincidir nos erros do passado, voltando a cometer delitos e danos à sociedade. O apenado maltratado e punido com rigor excessivo se revolta e se torna cada vez mais violento.

Para alcançar a finalidade da pena privativa de liberdade, contudo, há necessidade de condições que valorizem, por exemplo, o sistema progressivo, o trabalho do preso, a individualização da pena, o direito à integridade física e moral e principalmente à dignidade da pessoa humana, preparando o condenado para a vida livre.



Diante desse quadro, e como forma de amenizar esses problemas, surgem as penas alternativas como forma de diminuição da violência punitiva e valorização dos direitos humanos.

É certo que os delinqüentes com sanções restritivas de direitos possuem um histórico menor de reincidência, quando comparados com os criminosos punidos com reclusão; com isso surge a necessidade de se aperfeiçoar os sistemas alternativos de pena, dentro da realidade brasileira.

Um maior incentivo voltado à aplicação das penas alternativas proporcionará inúmeros benefícios tanto para o poder público, como para o próprio beneficiário. Dessa forma, as penas alternativas diminuem o custo do sistema repressivo e aliviará o problema da superlotação carcerária do país, permitem ao juiz adequar a reprimenda penal à gravidade objetiva do fato e às condições pessoais do apenado; evitam o encarceramento do condenado nas infrações de menor grau de ofensividade; afastam o condenado do convívio com outros delinqüentes, permanecendo no convívio da família e da comunidade, sem abandonar suas responsabilidades e seu emprego.

Decerto, as penas alternativas não são a solução para o problema penitenciário, contudo, servem elas para mostrar que a prisão deverá ser destinada apenas aos crimes de maior gravidade e, conseqüentemente, para os criminosos que ofereçam maior perigo à paz social.

Assim, devem os aplicadores do direito, imbuídos do mais verdadeiro sentimento de justiça, adotar essas modalidades de penas, como forma de amenizar esses graves problemas por que passa o nosso sistema punitivo.

## 2.2 Diagnóstico do sistema criminal brasileiro

O ordenamento penal brasileiro sempre apresentou uma política fragmentária e de intervenção mínima, onde o Direito Penal visa a proteção dos bens jurídicos mais importantes e fundamentais à sociedade, incriminando exclusivamente as condutas de maior gravidade. De acordo com essa posição fragmentária, o Direito Penal só deve agir quando os demais ramos do direito, os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela.

Entretanto, nos últimos anos, com a difusão incontrolada de crimes como latrocínios, estupros, homicídios, chacinas etc, como também notícias de escândalos relacionadas à corrupção e falcatruas, geram na população um sentimento de total insegurança. Surgindo com isso, cada vez mais, adeptos do movimento da lei e da ordem, defendendo medidas repressivas cada vez mais severas e a formulação de novos tipos criminais, relacionados aos mais variados setores da vida humana, como eleitoral, empresarial, relacionados à informática etc.

Diante de tudo isso, o sistema criminal brasileiro está perdendo seu caráter fragmentário e de intervenção mínima, adquirindo a natureza de um conjunto de normas de atuação primária e imediata, com a sanção penal passando a ser considerada como indispensável para a solução de todos os conflitos.

Dessa forma preleciona Damásio de Jesus(1999, p. 05):

É o que está acontecendo no Brasil, onde movimentos de opinião partidária do princípio da lei e da ordem pressionam os congressistas à elaboração de leis penais cada vez mais severas e iníquas. Entram em vigor, 'na mesma data de sua publicação', leis a granel, umas sobre as outras, malfeitas, sem técnica, formando um emaranhado confuso e contraditório.

Os meios de comunicação contribuem de forma bastante expressiva para o agravamento desse quadro, através da enorme publicidade de delitos de maior gravidade como assaltos, estupros, seqüestros etc. gerando na população uma síndrome de vitimização, onde o cidadão passa a crer que a qualquer momento pode ser vítima de um crime, criando um sentimento de necessidade de agravação das penas e da definição de novos tipos penais para a garantia da tranqüilidade.

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes, " duas vem sendo as premissas básicas dessa política puramente repressiva no Brasil: a) Incremento das penas (penalização); b) restrição ou supressão das garantias do acusado."

A pena privativa de liberdade como sanção principal, há tempos mostra-se falida, não conseguindo atingir os seus objetivos, pelo contrário, corrompe e deforma o condenado, e mesmo assim é aplicada para os delitos de grande e pequeno poder ofensivo, onde encontram-se infratores de intensa periculosidade cumprindo pena juntamente com condenados que poderiam estar submetidos à penas alternativas. A pena privativa de liberdade, quando aplicada genericamente a crimes graves e leves, o que Michel Foucault (1997, p. 69), chamaria de " punição generalizada" só intensifica o drama carcerário e não reduz a criminalidade, principalmente diante da precariedade dos estabelecimentos prisionais no Brasil.

A aplicação irrestrita da pena de prisão e seu agravamento, como vem acontecendo no Brasil, não reduzem a criminalidade, prova disso é que não conseguiram diminuí-la após o advento da lei de crimes hediondos.

Diante desse quadro, surge a necessidade de que a pena de prisão somente seja imposta em relação aos crimes graves e aos delinqüentes de intensa periculosidade, nos outros casos, deve ser substituída por medidas ou penas

alternativas e restritivas de direito, como multa, prestação de serviço à comunidade, limitação de fim de semana, interdições temporárias de direitos, sursis.

### 2.3 Tendências do direito penal moderno

O Direito Penal vem sendo objeto de estudos e pesquisas voltados principalmente ao problema relacionado a sua atuação, através da aplicação de sanções, onde estudiosos das mais variadas áreas do conhecimento científico buscam soluções para atenuar primordialmente a violência punitiva e a criminalidade.

Uma dessas tendências, o Abolicionismo, é uma corrente criminológica do direito penal moderno que defende a extinção das prisões e do próprio Direito Penal, sendo os conflitos existentes resolvidos com base no diálogo, da concórdia, instrumentos estes que podem conduzir a privatização dos conflitos, ou seja, propõe que os conflitos sejam resolvidos pela própria sociedade ou, quando muito, pela aplicação da justiça cível ou administrativa.

Nas palavras de Edmundo Oliveira <sup>1</sup>:

Os abolicionistas consideram o Direito Penal um mal gerador de dificuldades e, por conseguinte, um instrumento impossibilitado de resolver as colisões em uma sociedade de desigualdades. O sistema penal em lugar de ressocializar, fabrica rotineiramente culpados, prolifera a violência, estigmatiza a personalidade do condenado, não satisfaz a vítima, cria e reduz a delinqüência, sem nada resolver satisfatoriamente. O juiz penal, que deveria ser o primeiro a se rebelar contra esse *status quo*, está distante do homem a quem condenou e, freqüentemente, pertence a uma classe social que não é a das pessoas menos favorecidas, as quais constituem a clientela da ordem legal.

A criminologia abolicionista está dividida em três subcorrentes:

---

<sup>1</sup> Disponível em: [www..ufpa.br/posdireito/caderno3/texto2\\_c3.html](http://www.ufpa.br/posdireito/caderno3/texto2_c3.html)

A primeira prega a abolição do sistema penal, não admitindo a intromissão do Estado na solução dos conflitos. Tem como seu grande líder o professor holandês Louk Hulsman.

A segunda subcorrente abolicionista prega apenas pela abolição das prisões, com base no raciocínio de que o cárcere é mero instrumento de ação política contra as classes sociais mais pobres, nada resolvendo, entretanto sempre criando dificuldades tanto para a sociedade como para a própria eficácia do sistema penal. Essa subcorrente é defendida por Thomas Mathiesen.

A última das subcorrente abolicionista, defende a extinção de toda e qualquer sanção penal que infligir dor ou sofrimento pessoal e, conseqüentemente, provocar desvio para um comportamento moral insuportável. Tem como principal expoente Nils Crhistie.

A adoção desse sistema abolicionista, não é tarefa imediata para qualquer sistema de justiça. Fatores como a realidade social, a estrutura dos governos e do poder judiciário não propiciam estímulos para a adoção desses princípios abolicionistas. Contudo, se faz necessário, sempre que possível, para o aprimoramento da justiça, as ferramentas da descriminalização, da despenalização e da desprisionalização.

Como outra tendência do direito penal, podemos citar o movimento de lei e ordem, que defende a criação de novos tipos incriminadores, bem como medidas repressivas cada vez mais severas. Além disso, preconiza a supressão ou diminuição dos direitos penais públicos subjetivos de liberdade dos delinqüentes.

Como uma crítica a essa corrente de pensamento, Bitencourt (1999, p.42) afirma que:

Os legisladores contemporâneos – tanto de primeiro como de terceiro mundo – têm abusado da criminalização e da penalização, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da “inflação legislativa” reinante nos ordenamentos positivos.

Outra tendência do Direito Penal moderno é o modelo alternativo, ou do Direito Penal Mínimo. Segundo essa tendência, o Direito Penal só deve preocupar-se com os bens mais importantes e necessários à vida em sociedade, assim somente sendo solicitado quando os demais ramos do direito, comprovadamente, não forem capazes de proteger tais bens.

Neste ponto é importante citar as palavras de Bitencourt (1999, p. 41):

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o estabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. Resumindo, antes de se recorrer ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social.

Rogério Greco (2004, p.52) identifica mais um elemento também defendido pelos adeptos do Direito Penal Mínimo:

O Princípio da Intervenção Mínima é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem especial atenção do Direito Penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a descriminalização. Se é com base neste princípio que os bens são selecionados para permanecer sob a tutela do Direito Penal, porque considerados de maior importância, também será com fundamento nele que o legislador, atento às mudanças da sociedade, que com a sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado, eram de maior relevância, fará retirar do nosso ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores.

Assim, este é o modelo que mais se ajusta ao Estado Democrático de Direito em que vivemos, pois considerando o Direito Penal como o mais violento instrumento normativo de regulação social, principalmente pela aplicação da pena privativa de liberdade, deve ser ele minimamente utilizado, somente sendo aplicado em casos de rigorosa necessidade, aos criminosos perigosos que cometerem crimes graves. Nos outros casos, convém que sejam impostas penas alternativas, garantindo assim os direitos penais públicos subjetivos de liberdade do cidadão e a segurança social.

Diante de tudo isso, pode-se observar que o Direito Penal Brasileiro não tem um rumo certo, ou seja, inexistente uma política criminal única. Em certo momento posiciona-se em favor da corrente do modelo alternativo e do direito penal mínimo, como podemos citar como exemplo a edição das leis dos juizados especiais criminais (lei n.9.099/95) e das penas alternativas (lei n.9.714/98); em outros adota o movimento da lei e da ordem, que como dito, não consegue baixar a criminalidade a índices razoáveis, gera a consciência popular da impunidade, a morosidade da justiça criminal, além de graves problemas penitenciários.

### CAPÍTULO 3 PENAS ALTERNATIVAS

Foi a lei n. 7.209/84, responsável pela reforma do Código Penal de 1940, que inseriu as penas alternativas de prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana e interdição temporária de direitos, denominando-as como espécies de penas restritivas de direitos, em nosso ordenamento jurídico.

Em quatorze de dezembro de 1990, a Assembléia Geral da ONU, através da resolução 14/110, aprovou as Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as medidas não-privativas de liberdade, também chamadas de Regras de Tóquio, contendo sugestões, recomendações e orientações acerca da aplicação e execução das alternativas penais.

Dentre os objetivos das Regras de Tóquio encontram-se: a promoção de aplicação de medidas não privativas de liberdade; o incentivo para que a comunidade participe ativamente na administração da Justiça Penal; o estímulo ao senso de responsabilidade do delinqüente em relação à sociedade; a redução da aplicação da pena de prisão.

Cabe observar que as Regras de Tóquio, por tratar-se de um documento de caráter internacional, reveste-se de certa maleabilidade e adaptabilidade, respeitando as peculiaridades de cada país signatário.

O Brasil, seguindo essa moderna tendência de intervenção mínima do Direito Penal, editou a lei n. 9.714/98, que trouxe profundas modificações na parte geral do Código Penal, instituindo novas modalidades de penas alternativas e aperfeiçoando as já existentes até então.



### 3.1 Conceito de medida e pena alternativa

Alternativas penais constituem sanções e medidas que não envolvem a perda da liberdade. Pode-se observar em todo o texto das Regras de Tóquio a expressão medida não-privativa de liberdade referindo-se a qualquer providência determinada por decisão proferida por autoridade competente, em qualquer fase da administração da justiça penal, pela qual uma pessoa suspeita ou acusada de um delito, ou condenada por um crime, submete-se a certas condições ou obrigações que não incluem a prisão. A expressão faz referência especial às sanções impostas por um delito, em virtude das quais o delinqüente deva permanecer na comunidade e obedecer a determinadas condições.

Assim, alternativas penais são todas as opções oferecidas pela lei penal a fim de que se evite a pena privativa de liberdade. Comportam duas espécies: as medidas alternativas e as penas alternativas.

As medidas alternativas constituem toda e qualquer medida que venha a impedir a imposição da pena privativa de liberdade, tais como a reparação do dano extintiva da punibilidade, exigência de representação do ofendido para determinados crimes, transação penal, suspensão condicional do processo, composição civil caracterizadora da renúncia do direito de queixa ou representação etc.

Deve-se observar que essas medidas não se tratam de penas, mas de institutos que impedem ou paralisam a persecução penal, não se confundindo portanto, com as penas alternativas.

Essas medidas alternativas conforme dependam ou não da concordância do acusado, classificam-se em consensuais ou não consensuais. Como exemplo das

primeiras pode-se citar a suspensão condicional do processo, e das segundas o *sursis* e o perdão judicial.

Fernando Capez (2003, p.355) deixa clara a diferença existente entre esses institutos da seguinte forma:

Medidas alternativas são soluções processuais ou penais para evitar o encarceramento cautelar provisório ou a prisão imposta por condenação criminal definitiva (p, ex.: suspensão condicional do processo, ampliação das hipóteses de cabimento de fiança, facilitação da progressão de regime, maior acesso ao livramento condicional e ao *sursis* etc.) Diferem das penas alternativas porque não constituem pena, mas opções para evitar a persecução penal e, por conseguinte, a imposição da pena privativa de liberdade, por sentença judicial.

As penas alternativas ao contrário das medidas alternativas, constituem verdadeiras penas, as quais impedem a privação da liberdade. Compreendem as penas restritivas de direitos e a pena de multa.

Damásio de Jesus (1999, p.33), fazendo um estudo comparado, menciona algumas espécies de penas alternativas cominadas nas legislações estrangeiras:

01. Tarefas (ex.: visitas a hospital, estabelecimentos de auxílio infantil, casas de caridade, prontos-socorros, residências de vítimas de trânsito etc.);
02. Exílio local (limitação de residência; confinamento): obrigação de residir em certo lugar;
03. Frequência a cursos escolares e profissionalizantes;
04. Prisão domiciliar com permissão para saídas (*house arrest*);
05. Pedido de desculpas à vítima (pela imprensa ou em particular, perante a comunidade, em local público, v.g., nas escadas da prefeitura; discurso em público, de pelo menos um minuto, desculpando-se perante a vítima);
06. Tratamento de desintoxicação;
07. Suspensão de licença para uso de arma de fogo;
08. Caução de não ofender (compromisso de não cometer novo delito)
09. Compromisso de manter tranquilidade e boa conduta;
10. Reconciliação com o ofendido;
11. Submissão a programa de reabilitação social (*referral to na attendance centre*): sessões de terapia social ou psicológica;
12. Mudança de residência ou de bairro;
13. Proibição de residência (obrigação de não morar em determinado lugar);

14. Toque de recolher (“toque de queda”; *curfew order*): obrigação de a pessoa recolher-se à residência em determinadas horas do dia.

Algumas dessas penas são aplicadas pelo nosso ordenamento jurídico como efeitos da condenação, condições do sursis e do livramento condicional. Conduto, não se deve olvidar, que as penas alternativas devem ser impostas em consonância com os direitos fundamentais do indivíduo relacionados à dignidade da pessoa humana e os princípios inerentes ao estado democrático de direito.

### 3.2 As penas alternativas e o princípio da dignidade humana

A Constituição da República Federativa do Brasil, assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, segundo a regra de que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante. Estes mandamentos são também aplicáveis às penas restritivas de direito. Nesse mesmo sentido a Lei de Execuções Penais em seu art. 40, impõe a todas as autoridades respeito à integridade moral dos detentos, determinando que a execução da pena tem por objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado, o que não se obterá se ficar sujeito ao escárnio da coletividade em face da natureza da sanção imposta.

Sendo assim, frente a qualquer imposição de sanção pelo Estado ao indivíduo, principalmente diante da missão social da pena alternativa, deve ser respeitada a garantia do respeito aos direitos humanos e à dignidade humana.

Nosso ordenamento jurídico permite ao juiz a aplicação de penas restritivas de direito, nela se incluindo a prestação de serviço à comunidade, espécie de maior expressão e utilidade (CP, arts. 43, I e 46), que exige do magistrado especial cuidado em sua escolha, afim de não prejudicar o autor do fato ou condenado. A

jurisprudência é farta em acórdãos que cassam condições do sursis que expõem a pessoa ao ridículo, à humilhação, ao vexame ou ao constrangimento, como por exemplo: visitar a vítima (RT, 553:381), fazer redação sobre os perigos da direção imprudente (RT, 447:497), freqüentar culto diverso da sua religião (RT, 520:410), carregar latas de água para a cadeia pública (RTJ, 100:329), comprovar, o aposentado, ocupação lícita (RT, 597:331) etc. O princípio extraído desses acórdãos, que se fundamentam no respeito à dignidade humana, é aplicável à natureza do serviço a ser prestado à comunidade ou a entidades públicas. Assim não se deve impor prestação de serviço em zoológico a quem foi condenado por crime contra a fauna; prestar assistência em escola, a quem foi condenado por maus-tratos a menor; varrer ruas a médicos etc.

Não se deve olvidar, portanto, que a espécie de prestação de serviço à comunidade deve atender não só a natureza do crime cometido, mas também, as aptidões do condenado (art. 149, I, LEP), respeitando os direitos e a dignidade humana.

Dessa forma o juiz deve aplicar a pena, de acordo com os critérios legalmente previstos no Código Penal e respeitando os direitos e as garantias inerentes ao cidadão.

### 3.3 Aplicação da pena alternativa

De acordo com o nosso Código Penal, a pena alternativa, na sua forma de restritiva de direitos, é aplicada de forma subsidiária, ou seja, o juiz primeiramente aplica a pena privativa de liberdade, observando as várias fases necessárias para

essa aplicação, para logo após, analisando certos requisitos, substituí-la por uma pena restritiva de direitos.

Conforme o artigo 68 do Código Penal, a pena deve ser aplicada observando-se três fases distintas. Assim, “a pena base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Dessa forma, na primeira fase de aplicação da pena, o juiz fixa a pena de acordo com as circunstâncias judiciais, na segunda fase, o juiz leva em consideração as circunstâncias agravantes e atenuantes e por último, na terceira fase, as causas de aumento ou diminuição da pena.

De acordo com o ensinamento de Fernando Capez (2004,p.396):

Este é o sistema que deverá ser respeitado pelo juiz ao calcular a pena imposta ao réu na sentença condenatória, em atenção à norma constitucional que obriga a lei a regularizar a individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI). Importante lembrar que, antes de iniciar a aplicação da pena, o juiz deve verificar se existe ou não qualificadora, a fim de saber dentro de quais limites procederá à dosimetria (se o homicídio for simples, a pena será fixada entre o mínimo de 6 e um máximo de 20 anos, mas, se estiver presente a qualificadora, a dosagem dar-se-á entre 12 e 30 anos). Assim, antes de dar início a primeira fase, o juiz deve verificar se o crime é simples ou qualificado.

Existem ainda posicionamentos doutrinários da existência de uma quarta fase de aplicação da pena, que consiste na operação de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos.

Conforme reza o artigo 68 do Código Penal, a primeira fase da aplicação da pena constitui a fixação da pena-base conforme os critérios do artigo 59, que reza:

Art. 59 do código Penal:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima,

estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação do crime:

- I. as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II. a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III. o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV. A substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Na leitura do artigo acima, encontra-se as circunstâncias judiciais, que deverão ser obrigatoriamente analisadas pelo julgador quando da aplicação da pena-base. Essas circunstâncias são também conhecidas como inominadas, pois não são elencadas exaustivamente pela lei, que apenas fornece parâmetros para sua identificação na análise do caso concreto.

Essas circunstâncias devem ser analisadas e valoradas individualmente, não podendo o juiz se referir a elas de forma genérica, havendo assim a necessidade de sua fundamentação. Nesse sentido podemos citar o posicionamento de nossos tribunais:

Traduz situação de injusto constrangimento o comportamento processual do magistrado ou do tribunal que, ao fixar a pena-base do sentenciado, adstringe-se a meras referências genéricas pertinentes às circunstâncias abstratamente elencadas no art. 59 do Código Penal. O juízo sentenciante, ao estipular a pena-base e ao impor a condenação final, deve referir-se, de modo específico, aos elementos concretizadores das circunstâncias judiciais fixadas naquele preceito normativo. (STF – HC 69.141-2-1- Rel. Celso de Melo – DJU, de 28/8/1992, p. 13.453).

Conforme o art. 59, II, o juiz, jamais pode nessa primeira fase de fixação da pena, aumentar além do máximo, ou diminuir aquém do mínimo, como também da observação das circunstâncias atenuantes ou agravantes, que não podem extrapolar esses limites, conforme orienta a súmula 231 do STJ: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"

Encontrada a pena-base, em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes ou agravantes, previstas na parte geral do Código Penal (arts. 61 e 65),

diminuindo ou aumentando a pena em certa quantidade, que resulta na chamada pena provisória, segunda fase de aplicação da pena.

As circunstâncias atenuantes e agravantes não podem extrapolar os limites legais da pena em abstrato, nas palavras de Bitencourt (1999, p.588):

As atenuantes e agravantes não podem levar a pena para alguém ou para além dos limites estabelecidos no tipo penal infringido, sob pena de violar-se o primeiro momento da individualização da pena, que é legislativo, privativo de outro poder, e é realizada através de outros critérios e com outros parâmetros, além de infringir os princípios da reserva legal e da pena determinada (art. 5º, incs. XXXIX E XLVI, da Constituição Federal), recebendo a pecha de inconstitucional, por aplicar pena não cominada.

De acordo com o Código Penal Brasileiro são circunstâncias atenuantes:

Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

- I. ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;
- II. o desconhecimento da lei;
- III. ter o agente:
  - a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
  - b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;
  - c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
  - d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
  - e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

As circunstâncias agravantes estão previstas no art. 61 do Código Penal:

Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

- I. a reincidência;
- II. ter o agente cometido o crime:
  - a) por motivo fútil ou torpe;
  - b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;
  - c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;
  - d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

- e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;
- f) com abuso de autoridade ou prevalecendo re relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade;
- g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;
- h) contra crianças, velho, enfermo ou mulher grávida;
- i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção de autoridade;
- j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular o ofendido;
- l) em estado de embriaguez preordenada.

Vale salientar que o Código Penal não estabeleceu um *quantum* determinado para o cálculo de atenuação ou agravação da pena, ao contrário das causas de aumento e diminuição, que são observadas no terceiro momento de aplicação da pena. Dessa forma esse *quantum* é deixado à discricionariedade do juiz. Nas palavras de Rogério Greco (2004, p.621):

Ante a ausência de critérios previamente definidos pela lei penal, devemos observar o princípio da razoabilidade como sendo o princípio reitor para essa atenuação ou agravação da pena. Contudo, face a fluidez desse conceito de razoabilidade, a doutrina tem entendido que 'razoável' seria agravar ou atenuar a pena-base em até um sexto do *quantum* para ela fixado, fazendo-se, pois, uma comparação com as causas de diminuição e de aumento de pena.

No art. 66 do Código Penal encontramos ainda os casos de atenuantes inominadas, que não estão especificadas no art. 65, e podem ser anteriores ou posteriores ao crime. Assim " a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei". Podemos citar como exemplo, casos como o do agente que se encontra desesperado em razão de desemprego, moléstia grave na família, ou o caso do arrependimento ineficaz.

No terceiro momento da aplicação da pena, analisam-se as causas de aumento e diminuição. Esse processo deve incidir sobre a pena até então encontrada.



Greco (2004, p.613) diferencia de forma bastante clara as circunstâncias atenuantes e agravantes das causas de aumento e diminuição da pena. Dessa forma:

Vale, nessa oportunidade, fazer a diferença entre as circunstâncias atenuantes e agravantes e as causas de aumento e diminuição de pena, tal distinção, é de suma importância, pois que, como vimos, quando da aplicação da pena, são aferidas em momentos distintos. A diferença fundamental entre elas reside no fato de que as circunstâncias atenuantes e agravantes são elencadas pela parte geral do Código Penal e o seu *quantum* de redução e de aumento não vem predeterminado pela lei, devendo o juiz, atento ao princípio da razoabilidade, fixá-lo no caso concreto; as causas de aumento e de diminuição podem vir previstas tanto na parte geral quanto na parte especial do Código Penal, e seu *quantum* de redução e de aumento é sempre fornecido em frações pela lei, a exemplo do §4º do art. 121 do Código Penal, que diz que “no homicídio culposo, a pena é aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada em um terço, se o crime é praticado contra menor de 14(quatorze) anos”. A redução pela tentativa também é um exemplo de causa de diminuição de pena, pois que o parágrafo único do art. 14 diz que ‘salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

Encontrada a pena definitiva, deve o juiz fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, mesmo que esta venha a ser substituída ou suspensa.

Alguns ainda defendem a existência de uma quarta fase, onde o juiz procede a operação de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito, de acordo com a natureza do crime e a quantidade da pena privativa de liberdade imposta.

## CAPÍTULO 4 PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

Com o advento da lei n. 9.714/98, foi ampliado o rol das penas restritivas de direito elencadas pelo art. 43 do Código Penal. Duas foram adicionadas e outra recebeu um acréscimo. Nos termos do referido artigo, as penas restritivas de direito são as seguintes:” I. Prestação pecuniária; II. Perda de bens e valores; III. Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; IV. Interdição temporária de direitos e V. Limitação de fim de semana.”

Vale observar que nem todas as penas previstas nesse rol são restritivas de direito, como é o caso da perda de bens e valores, multa e prestação pecuniária, de natureza pecuniária. A prestação de serviço à comunidade e a limitação de fim de semana são restritivas de liberdade do condenado. Sob outro aspecto, a limitação de fim de semana também pode ser considerada forma de cumprimento de pena privativa de liberdade e não alternativa penal.

Com bem assevera César Roberto Bitencourt (1999, p.437):

A denominação pena restritiva de direito não foi muito feliz, pois, de todas as modalidades de sanções sob a referida rubrica, somente uma refere-se especificamente à restrição de direitos. As outras – prestação pecuniária e perda de bens e valor – são de natureza pecuniária; prestação de serviço à comunidade e limitação de fim de semana referem-se mais especificamente à restrição da liberdade do apenado.

Essas penas restritivas de direitos, embora o artigo 44 do Código Penal diga que são autônomas, na verdade não existem tipos penais, ainda, nos quais as penas previstas no seu preceito secundário seja única e exclusivamente a restrição de direitos. Tais penas são substitutivas, ou seja, primeiramente aplica-se a pena privativa de liberdade e quando possível, presentes os requisitos legais, será procedida a sua substituição.

#### 4.1 Requisitos para a substituição

Para ser possível a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos se faz necessário a observância de certos requisitos exigidos pelo nosso Código Penal Brasileiro. Dessa forma o artigo 44 elenca esses requisitos indispensáveis para que o juiz possa levar a efeito tal substituição, da seguinte forma:

**Art. 44.** As penas restritiva de direito são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada a pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

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

Pode-se dizer serem esses requisitos cumulativos, ou seja, todos devem estar presentes para que se possa realizar a substituição. A doutrina classifica tais requisitos em: requisitos de ordem objetiva (incisos I e II do art. 44) e de ordem subjetiva (inciso III do art. 44).

O primeiro requisito, de ordem objetiva, constante no inciso I do artigo 44, diz respeito à quantidade da pena aplicada. Dessa forma a substituição somente viabiliza-se se a pena aplicada não for superior a 4 (quatro) anos, nos casos de infrações dolosas, uma vez que para o delito culposos, a substituição será possível independentemente da quantidade da pena imposta. Sendo dolosa a infração e a pena aplicada não superior a 4 (quatro) anos, deve-se ainda verificar se o crime foi cometido com o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, uma vez que,

nesse caso, mesmo a pena permanecendo no limite estipulado pelo inciso I, o agente não pode ser beneficiado com a substituição.

Pretendeu o legislador, através dessa vedação, impedir a concessão do benefício da substituição àqueles condenados a crimes de maior gravidade e que tanto provocam repúdio à sociedade, face a violência ou ameaça empregadas para a sua consecução, buscando privilegiar bens jurídicos considerados tão caros para o indivíduo e para a sociedade.

Tendo sido o crime doloso, quer na sua forma tentada ou consumada, cometido mediante o uso de violência real ou grave ameaça à pessoa, desnecessário se faz analisar os demais requisitos exigidos para a substituição, uma vez que inaplicável.

A substituição, porém, é cabível nos crimes praticados mediante violência presumida. Nos crimes cometidos com a utilização de violência contra a coisa, também poderá dar-se a substituição, tendo em vista que a lei se refere expressamente à violência contra a pessoa.

Nos crimes culposos, a substituição é cabível em qualquer situação e qualquer que seja a pena aplicada, ainda que haja violência, posto que ausente a intenção dolosa.

Como bem observou Damásio de Jesus (1999, p.91), "A substituição é aplicável nas contravenções penais, ainda que cometidas com violência, como é o caso das vias de fato, uma vez que a lei 9.714/98 fala tão-somente de crime."

Vale salientar nesse momento, que a regra é excepcionada quando o delito for considerado de pequena potencialidade ofensiva, porém cometido com o uso de violência ou ameaça à pessoa. Dessa forma afirma Fernando Capez (2004, p.360):

Embora cometidos com violência ou ameaça, admitem a substituição por pena alternativa, pois se trata de infração de menor potencial ofensivo, as quais comportam transação penal e imposição consensual de pena não privativa de liberdade. Assim, se, antes mesmo de instaurada a relação processual, tais infrações penais beneficiam-se de medidas penais alternativas, não há razão para impedi-las na sentença final, quando transcorrido todo o processo. Não se aplica, portanto, o requisito da não-violência ou da ausência de grave ameaça, sendo possível à imposição de pena alternativa.

Traçando um paralelo comparativo com a lei dos juizados especiais criminais, é verificável a existência de uma contradição neste ponto em relação a lei n. 9.714/98.

A lei n.9.099/95 previu a aplicação dos institutos despenalizadores da representação nos crimes de lesão corporal leve e culposa, da transação penal e da composição civil para os crimes considerados de menor potencial ofensivo, não obstante cometidos com violência ou ameaça, como é o caso dos tipos previstos no artigo 129 (lesão corporal), 146 (constrangimento ilegal) e 147 (ameaça) todos do Código Penal.

A maioria dos doutrinadores, de forma acertada, tem esposado o entendimento de que a vedação imposta pelo artigo 44, I do Código Penal em aplicar a substituição da pena de prisão nos crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa não pode ser interpretada de forme literal, do contrário, uma grande injustiça poderá vir a ser cometida.

Desse modo, para os tipos penais que, apesar de cometidos com o emprego de violência ou ameaça à pessoa, admitem a aplicação dos institutos previstos na lei dos juizados especiais criminais, igualmente será cabível a aplicação de pena alternativa à prisão, nos moldes estabelecidos pelo Código Penal.

Para que não sejam cometidos verdadeiros disparates e injustiças, os crimes de lesão corporal leve e culposa, de constrangimento ilegal e de ameaça deverão

comportar a substituição por pena alternativa, uma vez que são considerados crimes de menor potencial ofensivo, sendo aplicáveis aos mesmos, os institutos despenalizadores previstos na lei n. 9.099/95.

A inexistência da reincidência em crime doloso é o segundo requisito exigido pelo inciso II do artigo 44 do Código Penal. Isso quer dizer que, se qualquer uma das infrações penais que estão sendo colocadas em confronto, a fim de aferir a reincidência, for de natureza culposa, mesmo sendo o réu considerado tecnicamente reincidente, isso não impedirá a substituição. Dessa forma, a lei exige como fato impeditivo da concessão da substituição, a reincidência dolosa, isto é, tanto a infração penal anterior como a posterior são de natureza dolosa. Caso contrário, aberta estará a possibilidade de aplicação de pena substitutiva à prisão.

Pelo artigo 63 do Código Penal, é considerado reincidente o agente que “ comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Os efeitos da reincidência deixam de prevalecer quando tiverem decorrido 5 (cinco) anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena (da condenação anterior) e a infração posterior.

O § 3º do artigo 44 do Código Penal fez uma ressalva no sentido de que “ se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude de prática do mesmo crime”. Como se nota, essa regra admite o benefício para todos os reincidentes, somente o impedindo para o reincidente específico. Com isso, podemos observar uma aparente contradição entre o § 3º e o inciso II do artigo 44 do Código Penal. Isto porque esse último é expresso ao proibir o benefício da substituição por pena alternativa ao reincidente em crime

doloso, ao passo que o § 3º do artigo 44 se refere genericamente a todos os reincidentes, exigindo apenas que a medida se revele socialmente recomendável, ressaltando apenas o reincidente específico. Dessa forma, fica a dúvida, se o reincidente doloso tem direito às penas alternativas ou se tanto quanto o reincidente específico não faz jus à substituição.

Assim existe uma divergência de posicionamento entre os doutrinadores, onde uns negam a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade nos casos de reincidente em crime doloso, defendendo que o § 3º do artigo 44 não tem o condão de revogar a letra expressa de seu inciso II, aceitando assim que nem o reincidente em crime doloso nem o reincidente específico têm direito a substituição.

Outra corrente defende tal possibilidade, ou seja, aceitando a possibilidade de substituição, no caso de reincidente em crime doloso, desde que essa medida seja socialmente recomendável. Posição mais coerente e adequada ante o princípio da proporcionalidade e individualização da pena.

Outro ponto bastante relevante é o caso do ora mencionado reincidente específico. O Código Penal no §3º do artigo 44, veda o benefício da substituição da pena privativa de liberdade quando a reincidência se operar em virtude da prática do mesmo crime; logo, em crime da mesma espécie, o chamado reincidente específico.

Sendo o condenado apenas reincidente genérico, a substituição poderá ser feita, desde que, a medida seja socialmente recomendável. Nesse caso, o juiz, utilizando-se de critérios valorativos, apreciará acerca da possibilidade ou não de aplicação das alternativas penais à prisão.

Verificando-se a reincidência em crime culposos, mesmo que específica, a substituição da pena de prisão não ficará a critério do juiz, devendo ser tal sentença

procedida. Não cabendo aqui qualquer avaliação quanto à recomendação social da medida.

Pode-se dizer que a reincidência específica foi uma infeliz inovação trazida pelo legislador infraconstitucional, principalmente ao levarmos em conta que ela se constitui em motivo impeditivo para a substituição da pena de prisão. Dessa forma, não encontramos qualquer fundamento lógico para que o condenado por crimes de espécies diferentes, portanto reincidente genérico, possa ser beneficiado pela aplicação de penas alternativas, enquanto que um condenado por crimes da mesma espécie (reincidente específico) não o possa.

Enfim, o que levou o legislador a entender que um réu reincidente, condenado por crimes de furto e estelionato, por exemplo, possa fazer jus à substituição da pena, e um réu condenado por dois crimes de furto não o possa? Seria a habitualidade?

Ora, tanto o reincidente genérico, quando o específico podem ser infratores habituais, o que os diferencia são apenas as espécies de crimes cometidos, o que não nos autoriza a dizer que este seja mais perigoso do que aquele.

O último dos requisitos para a substituição, de natureza subjetiva, encontra-se no inciso III do artigo 44 do Código Penal, que juntamente com os dois anteriores, possibilita a substituição desde que “ 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”. Assim, esse terceiro requisito serve para orientar o julgador, para que determine a substituição somente nos casos em que se demonstre ser a substituição da pena privativa de liberdade a opção que atenda tanto o condenado, como a sociedade.



## 4.2 Espécies de penas restritivas de direitos

Nos termos do artigo 43 do Código Penal, as penas restritivas de direito são as seguintes: " I. Prestação pecuniária; II. Perda de bens e valores; III. Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; IV. Interdição temporária de direitos e; V. Limitação de fim de semana."

### 4.2.1 Prestação Pecuniária

Apesar de incorretamente considerada pelo legislador como sendo espécie de pena restritiva de direitos, a prestação pecuniária foi uma das grandes inovações trazidas pela lei n. 9.714/98, juntamente com a perda de bens de valores.

Essa nova modalidade de pena alternativa, que consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou à entidade pública ou privada com destinação social, tem encontrado uma boa aceitação por parte dos operadores do direito devido a praticidade de sua aplicação, o mesmo se diga em relação à prestação pecuniária de outra natureza.

Dispõe ainda o artigo 45, §1º, do Código Penal, que a prestação pecuniária deverá ter sua importância fixada pelo magistrado num limite mínimo, não inferior a 1(um) salário mínimo e num patamar máximo não superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos.

Muitas críticas tem recebido esse dispositivo pelo fato de o legislador ter preferido adotar como parâmetro para fixação da prestação pecuniária o salário mínimo e não o sistema de dias-multa, pois a grande maioria da clientela das execuções criminais é possuidora de uma precária condição financeira, e portanto, a

fixação da prestação pecuniária em dias-multa seria mais justa porque menos onerosa, possibilitando uma melhor individualização da pena. Como um critério de justiça, é de se admitir o parcelamento do pagamento da pena de prestação pecuniária em parcelas mensais, em conformidade com o artigo 50 do Código Penal.

Quando o juiz do processo de conhecimento condena o réu à pena de prestação pecuniária, vários detalhes devem ser observados, da seguinte forma:

1. A vítima e seus dependentes têm prioridade no recebimento da prestação pecuniária, não podendo o juiz determinar o seu pagamento a entidade pública ou privada quando houver aqueles;
2. Nas infrações penais onde não haja vítima, a exemplo do delito de formação de quadrilha ou bando (artigo 288 do Código Penal), poderá a prestação pecuniária ser dirigida à entidade pública ou privada com destinação social;
3. A condenação tem os seus limites estipulados no mínimo de 1 (um) salário mínimo e no máximo de 360 (trezentos e sessenta) salários;
4. O valor pago à vítima ou a seus dependentes será deduzido do montante em ação de reparação civil, no caso de serem coincidentes os beneficiários.

Vale aqui ressaltar que para que a pena privativa de liberdade possa ser substituída pela prestação pecuniária não há necessidade de ter ocorrido um prejuízo material, podendo ser aplicada nas hipóteses em que a vítima sofra um dano moral.

Atualmente tem-se entendido que a vítima não pode continuar sendo relegada a um plano inferior pelo Direito Penal, constituindo a reparação do dano, parte integrante da própria condenação penal.

Dessa forma, não se pode falar em humanização da justiça penal quando a vítima não for lembrada. As regras de Tóquio, recomendam que a escolha de uma medida não privativa de liberdade deverá basear-se na natureza e na gravidade do

delito, na personalidade e nos antecedentes do delinqüente, e ainda, nos direitos da vítima.

De acordo com o §2º do artigo 45 do Código Penal, “ se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza”.

Rogério Greco (2004, p.587) de forma bastante esclarecedora, menciona essa hipótese:

A exposição dos motivos da Lei n. 9.714/98 nos fornece dois exemplos do que se pode entender como prestação de outra natureza, e que já vinham sendo praticados anteriormente, principalmente nos juizados especiais, sem que houvesse previsão legal para tanto. São eles a oferta de mão-de-obra e a doação de cestas básicas.

Sem a finalidade de limitar o mencionado parágrafo, podemos entender como prestação de outra natureza qualquer prestação que possua um valor econômico, mas que não consista em pagamento em dinheiro. Se, por exemplo, o agente, em vez de pagar à vítima determinada quantia em dinheiro fixada pelo juiz, lhe propuser que receba seu automóvel como pagamento, se esta aceitar a oferta, estará cumprida a pena. Ou também, na hipótese sugerida pela exposição dos motivos, pode o condenado, pedreiro profissional, acertar que o seu pagamento será feito com trabalho, combinando, prévia e expressamente, o serviço a ser realizado.

Diante do exposto, vale destacar a importância dessa espécie de pena alternativa, como forma de se evitar os males da privação da liberdade. Essa medida, de forma bastante eficiente, através da imposição de um ônus de caráter econômico, faz com que o indivíduo reflita sobre a sua conduta delituosa.

#### 4.2.2 Perda de bens de valores

De acordo com o §3º do artigo 45 do Código Penal, 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 do crime.

Trata-se de decretação de perda de bens móveis, imóveis ou de valores, tais como títulos de crédito, ações etc.

Vale salientar, que não se deve confundir a perda de bens e valores, prevista como pena alternativa, com o confisco de bens que constituem instrumento, produto e proveito do crime. Dessa forma, a perda de bens e valores é pena principal, o confisco configura mero efeito secundário extrapenal da condenação.

Luiz Flávio Gomes (1999, p. 136), ressaltando a diferença existente entre a perda de bens e valores e o confisco previsto no Código Penal, assevera:

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

Greco (2004, p. 589) da mesma forma, aponta diferenças existentes entre a perda de bens e valores previstas nos artigos 45, § 3º e 91, II, b, da seguinte forma:

- a) a primeira é pena substitutiva à privação da liberdade, e somente poderá ser aplicada presentes os requisitos dos incisos I, II e III do artigo 44 do Código Penal; a segunda é um efeito da condenação, que poderá ser declarado, agora, quando a pena for superior a quatro anos, para os crimes dolosos;
- b) existe previsão para a perda de bens e valores quando o condenado houver *causado um prejuízo* em virtude da prática do delito, mesmo que não tenha, de alguma forma, sido beneficiado com isso; tal previsão não se encontra prevista na alínea b, do inciso II do artigo 91 do Código Penal, que faz somente menção à perda do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Outro ponto relevante é a possibilidade da obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos

sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Dessa forma, assevera Luiz Flávio Gomes (1999, p. 138) que:

Tanto a pena nova de perda de bens (art. 45, §3º) como a prestação pecuniária (art. 45, §1º), esta nada mais é do que uma antecipação da reparação dos danos, podem ser estendidas aos sucessores e contra elas executadas até o limite do valor do patrimônio transferido. Ambas exprimem as exceções, valendo observar que a mesma ilação não se pode extrair no concernente à multa.

#### 4.2.3 Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas

A URSS foi o primeiro lugar a instituir a pena de prestação de serviços à comunidade no Código Penal Soviético de 1926. Já o Código Penal Soviético de 1960 instituiu os trabalhos correcionais sem privação de liberdade. A partir daí, vários outros países socialistas passaram a adotá-la em seus respectivos ordenamentos jurídicos, em seguida o próprio mundo capitalista rendeu-se aos encantos dessa modalidade de pena.

O VI Congresso da ONU sobre prevenção do delito e tratamento do delinqüente, realizado em 25 de agosto a 5 de setembro de 1980, na cidade de Caracas, reconheceu a prestação de serviços à comunidade como um alternativa à pena prisional.

No Brasil, a pena de prestação de serviços à comunidade foi inserida no Código Penal através da Lei n. 7.209/84.

Essa modalidade de pena, denominada como espécie de restritiva de direitos, embora exija do apenado um esforço laboral, não pode ser encarada como uma forma de enriquecer injustamente o beneficiário do serviço, mas como uma forma de penalizar aquele que cometeu um crime sem, no entanto, destituí-lo de sua

dignidade, livrando-o do estigma da prisão, e mais, possibilita que o infrator recupere a sua auto-estima através da utilidade de seu trabalho para a sociedade.

A prestação de serviços à comunidade, não se pode negar, possui um sentido retributivo, uma vez que impõe ao apenado um ônus, o qual se constitui em utilizar seu tempo livre para cumprir tarefas gratuitas. Por outro lado, possui essa modalidade de pena um nítido caráter ressocializador, possibilitando o infrator se redimir da conduta delituosa praticada sem perder qualquer contato com a sociedade, permitindo-lhe permanecer ao lado dela e ajudá-la, através do desempenho de tarefas das mais variadas. E ainda, a prestação de serviço à comunidade, ao deixar o apenado distante do cárcere, impede a sua dessocialização, ao mesmo tempo em que mantém junto de sua família, de seus pares, de seu meio social e laboral.

Ao traduzir e comentar as Regras de Tóquio, Damásio de Jesus(1999, p.54) atesta que:

A prestação de serviços à comunidade é uma forma de restituição que beneficia mais a sociedade do que a vítima. Tem a vantagem de impor obrigação ao delinqüente e, ao mesmo tempo, conseguir um resultado útil, a saber, o trabalho efetuado em proveito da comunidade.

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, que serão por ele levadas a efeito em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais, sendo que as tarefas que lhe são atribuídas devem ser de acordo com as suas aptidões, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa para cada dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

De acordo com a nova redação dada pela lei n. 9.714/98, o §3º do artigo 46 do Código Penal revogou tacitamente o §1º do artigo 149 da Lei de Execuções Penais, devendo o condenado, agora, conforme suas aptidões, cumprir essas tarefas à razão de 1 (uma) hora de tarefa por dia de condenação. Contudo, podemos entender esse tempo como o mínimo exigido do condenado, uma vez que se por sua vontade tiver o interesse em abreviar a execução de sua pena, assim poderá fazê-lo, haja vista que o §4º do artigo 46 do Código Penal diz que: "se a pena substituída for superior a 1 (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."

Pode-se observar que nesse caso, o legislador deu margem à ocorrência de situações injustas ao prever esse encurtamento da prestação de serviços à comunidade somente para aqueles condenados a uma pena superior a 1(um) ano, pois dessa forma, um condenado a uma pena de prisão de 8 (oito) meses não pode encurtar de forma alguma a prestação de serviço à comunidade, mas o condenado a uma pena de 16 (dezesesseis) meses pode encurtá-la e cumpri-la em até 8 (oito) meses.

Não há qualquer justificativa plausível para impedir o uso de tal faculdade àqueles cuja pena imposta seja inferior a 1 (um) ano. Ora, se o apenado dispõe de tempo suficiente para cumprir a sua pena em menor tempo, sem que isso lhe acarrete qualquer prejuízo, e assim o deseja, não vemos nenhuma razão para esse impedimento estabelecido pelo legislador. Essa restrição importa violação ao princípio da proporcionalidade.

Outro ponto de bastante relevância, está relacionado ao limite mínimo para a aplicação da prestação de serviços à comunidade. Assim, o artigo 46 do Código

Penal, em seu caput, com as alterações dadas pela lei n. 9.714/98, reza que “a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a 6 (seis) meses de privação de liberdade”. Pode-se dizer que o legislador incorreu aí em equívoco, pois não existem razões capazes de justificar tal dispositivo.

A rigorosa aplicação do mencionado artigo pode, inclusive, dificultar a efetivação do princípio constitucional da individualização da pena, pois caso haverá em que nas condenações inferiores a seis meses, a substituição pela prestação de serviço à comunidade será a mais adequada às condições e à situação do apenado. A aplicação da modalidade de pena alternativa deve ficar a critério do magistrado que, diante da situação concreta, poderá melhor aferir a pena substitutiva mais adequada ao condenado, fazendo jus ao princípio constitucional da individualização da pena, que não pode ser obstaculizado por uma lei infraconstitucional.

#### 4.2.4 Interdição temporária de direitos

A interdição temporária de direitos era prevista no Código de 1940 como pena acessória, sendo erigida à categoria de pena principal somente com o advento da lei 7.209/84.

Consagrada pela lei 7.209/84, a interdição temporária de direitos não sofreu considerável modificação pela lei 9.714/98, exceto pela inclusão de mais uma modalidade, a proibição de freqüentar determinados lugares.

Caracteriza-se por consistir numa obrigação de não fazer por determinado período de tempo especificado na sentença condenatória, correspondente ao tempo da privativa de liberdade.



O artigo 47 do Código Penal prevê quatro formas de interdição temporária de direitos:

Art. 47 – As penas de interdição temporária de direitos são:  
I – proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;  
II – proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou de autorização do poder público;  
III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo;  
IV – proibição de freqüentar determinados lugares.

A proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, aplica-se ao funcionário público que, em efetivo exercício, praticar um crime que viole os deveres inerentes ao cargo, função ou atividade por ele exercido.

Essa pena causa um grande impacto na situação econômica do apenado, posto que estará temporariamente proibido de exercer o cargo, a função ou a atividade pública que lhe traziam rendimentos.

Frise-se que inexistirá a perda do cargo, função, atividade pública ou mandato eletivo, mas apenas uma temporária interdição das respectivas atividades.

Também não se pode confundir essa modalidade de interdição com os efeitos da condenação mencionados no inciso I do artigo 92 do Código Penal.

De acordo com a Lei de Execução Penal, “cabará ao juiz da execução comunicar à autoridade competente a pena aplicada, determinada a intimação do condenado”(artigo 154, caput). Dentro de 24 (vinte e quatro) horas deverá a autoridade baixar o ato, iniciando-se então a execução da interdição referida no artigo 47, I, do Código Penal.

A proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou de autorização do poder público somente tem

cabimento quando o profissional tiver cometido uma infração no exercício de sua profissão, atividade ou ofício, que exijam habilitação especial, licença ou autorização do poder público, violando os deveres inerentes.

Rogério Greco (2004, p. 594), exemplifica essa espécie de pena da seguinte forma:

Na hipótese, por exemplo, de um médico ter sido condenado por ter, no exercício de suas atividades profissionais, culposamente causado a morte de um paciente, mesmo que o Conselho Regional de Medicina entenda por bem aplicar-lhe uma pena de advertência confidencial, em aviso reservado, conforme a alínea a do art. 17 do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1246/88), poderá o juiz do processo de conhecimento, substituindo a pena privativa de liberdade, condenar-lhe a essa pena de interdição temporária de direitos, proibindo-lhe de, pelo tempo da pena privativa de liberdade aplicada, exercer sua profissão. Nesse caso, conforme o §2º do art. 154 da Lei de Execução Penal, o Juízo da Execução determinará a apreensão dos documentos que autorizam o exercício do direito do interditado que, nesse caso, será a sua carteira de médico.

Da mesma forma, essa interdição, provoca um considerável impacto na situação econômica do apenado, posto que estará temporariamente privado de exercer a sua profissão, atividade ou ofício.

Com relação à suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo, artigo 57 do Código Penal menciona que essa espécie de interdição, consistente na suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo aplica-se aos crimes culposos de trânsito.

Acontece que o referido dispositivo legal foi derogado com o advento do Código de Trânsito Brasileiro, mais precisamente pelo artigo 292 da lei n. 9.503/97, que informa que “a suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor pode ser imposta como penalidade principal, isolada ou cumulativa com outras penalidades”. Aqui não se faz qualquer

distinção em relação ao crime doloso ou culposo, ao contrário do artigo 57 do Código Penal, que se reporta apenas a crimes de natureza culposa.

Devemos atentar para o fato de que os delitos previstos nos artigos 302 (homicídio culposo), 303 (lesão culposa), 306 (dirigir embriagado) e 308 (racha) da lei n. 9.503/97, impõem como sanção principal, cumulativamente com a pena de detenção, a suspensão da habilitação para dirigir veículo, independentemente de serem essas infrações culposas ou dolosas. Dessa forma, nos delitos acima mencionados, a privativa de liberdade não poderá ser substituída pela interdição de suspensão de habilitação para dirigir veículo, uma vez que esta deve ser aplicada como penalidade principal, cumulativamente com a pena de prisão, e não em caráter substitutivo.

Já em relação aos crimes tipificados nos artigos 304, 305, 309, 310, 311 e 312 do Código de Trânsito Brasileiro, a pena de interdição de habilitação poderá ser aplicada em substituição à privativa de liberdade, uma vez que não consta no preceito secundário da norma penal como pena principal.

Portanto, sendo o Código de Trânsito Brasileiro uma lei especial, e dispondo esta de modo diverso das regras gerais, pode-se invocar o princípio da especialidade e dizer que o artigo 57 do Código Penal foi derogado pelo artigo 292 da Lei n.9.503/97.

A proibição de freqüentar determinados lugares, acrescentada ao artigo 47 do Código Penal pelo inciso IV, já existia em nosso ordenamento jurídico como condição do *sursis* (art. 78, §2º, letra "a"), e mais recentemente, enquanto condição da suspensão condicional do processo (artigo 89, §1º, inciso II, da Lei 9.099/95).

Essa proibição deve ser feita quando o lugar a ser temporariamente evitado pelo apenado guardar alguma correlação com o crime e a pessoa do agente. Ressalte-se que o lugar proibido deve ser especificado na própria sentença.

Essa modalidade de interdição é de difícil aplicação, devido a dificuldade ou impossibilidade de fiscalização de seu efetivo cumprimento.

#### 4.2.5 Limitação de fim de semana

A pena de limitação de fim de semana, também conhecida como “prisão de fim de semana” surgiu em nosso ordenamento jurídico por meio da Lei n. 7.209/84, refletindo uma nova mentalidade assimilada pelo legislador brasileiro, qual seja, a de que a prisão não possui nenhuma eficácia positiva para aqueles condenados a uma pena privativa de liberdade de curta duração.

Possui a limitação de fim de semana um nítido caráter educativo ao prever a realização de cursos e palestras ou mesmo atividades educativas a serem ministradas ao apenado durante o período de permanência na casa de albergado.

Dessa forma, a limitação de final de semana, que restringe a liberdade do apenado, embora pelo breve tempo de cinco horas diárias, aos sábados e domingos, seu objetivo reeducador, busca evitar os malefícios decorrentes do encarceramento, e mais, não priva o condenado de seu trabalho, de sua vida social e familiar.

### 4.3 Fiscalização e execução das penas alternativas

Um problema que deve ser analisado em relação à aplicação das penas alternativas está relacionado com a necessidade da fiscalização de sua execução. Aplicar a pena alternativa à prisão e não cuidar de sua efetivação, através de um rigoroso monitoramento, é destiná-las ao fracasso, além de retribuir-lhes o sinônimo de impunidade.

É preciso despertar na sociedade a consciência do que seja as penas alternativas, suas finalidades, seus propósitos, pois o que chega aos ouvidos da sociedade através da mídia é a equivocada e deturpada idéia de que a justiça não foi realizada, de que o criminoso cometeu um crime e continua solto pelas ruas, de que o aumento da criminalidade se deve ao fato de a prisão não mais ser aplicada.

Cabe ao poder judiciário e ao Ministério Público, em parceria, desenvolverem um trabalho de conscientização da sociedade acerca da importância da aplicação das penas e medidas alternativas à prisão. É preciso que esse assunto transcenda às discussões acadêmicas, ao meio jurídico, e desperte o interesse e a atenção do leigo.

Ora, se para muitos operadores do direito ainda está sendo difícil aceitar essa nova tendência de intervenção mínima do direito penal, imagine então para o leigo, sempre influenciado por uma mídia sensacionalista, interessada apenas em divulgar fatos de forma superficial, na maioria das vezes sem qualquer consistência.

Algumas penas alternativas, principalmente a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e a proibição de frequentar determinados lugares, necessitam de uma constante fiscalização por parte do poder público para que possa realmente ser executada e gerar os seus benefícios.

Um dos exemplos contundentes de que boa vontade é fundamental para o sucesso das alternativas à prisão é a Central de Execução de Penas Alternativas – CEPA, criada no estado do Paraná, numa ação conjunta do Tribunal de Justiça do estado do Paraná com o Ministério Público, através do Decreto Judiciário n. 462/97. O CEPA foi criado com o propósito de tornar mais efetiva a execução de penas e medidas alternativas na Comarca de Curitiba.

A CEPA serviu de inspiração para a criação da primeira vara especializada na execução de penas alternativas, situada na comarca de Fortaleza que, por sua vez, serviu de modelo para a criação de varas especializadas em outras unidades da federação, como é o caso dos estados de Pernambuco, Rio Grande do Sul e Bahia.

Dessa forma, o sucesso dessa nova modalidade de pena depende de uma ação conjunta entre o Judiciário, a Defensoria Pública, o Ministério Público e a Sociedade, todos unidos para que paulatinamente a retrógrada e ineficaz pena de prisão seja substituída por penas alternativas restritivas de direito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstraram-se no desenvolvimento deste trabalho de pesquisa, problemas e vícios que envolvem a execução da pena privativa de liberdade. O sistema prisional brasileiro encontra-se falido, ou seja, atingiu o seu limite. Os estabelecimentos prisionais não oferecem uma estrutura condigna com as mais elementares necessidades vitais e com os direitos da pessoa humana.

Os objetivos pretendidos pela sanção penal, quais sejam, a ressocialização, prevenção e retribuição, dessa maneira não são alcançados em sua plenitude, gerando com isso problemas como fugas e rebeliões.

O Estado, como titular do direito de punir, não pode esquecer que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela condenação, como a integridade física, a dignidade, a honra etc.

No transcorrer desse trabalho ficou demonstrado que existe cada vez mais certeza que a prisão não reabilita o delinqüente. É certo que a prisão pode converter os delinqüentes em criminosos ainda piores, e que, por essa razão, a cadeia deve ser reservada àqueles que praticam delitos mais graves e sejam perigosos.

Por conta desses fatos, acredita-se mais e mais que é melhor impor sanções e medidas não-privativas de liberdade, como condição para que as penas sejam proporcionais ao delito cometido pelo delinqüente e propiciem maiores possibilidades de reabilitação e reinserção construtiva na sociedade.

As penas alternativas não restringem tanto quanto a prisão, a liberdade do delinqüente, pois neste caso o apenado não precisa deixar sua família ou comunidade, abandonar suas responsabilidades ou perder seu possível emprego.

No corpo do trabalho foram analisados institutos como as Regras de Tóquio, que representam normas mínimas que devem prevalecer na aplicação das medidas não-privativas de liberdade, bem como a lei n. 9.714/98 que ampliou o rol das penas restritivas de direitos elencadas pelo artigo 43 do Código Penal.

É nesse diapasão que foi constituída essa pesquisa, demonstrando serem as penas alternativas uma saída. Não que sejam uma solução para todos os problemas do sistema penitenciário, mas uma forma de amenizar essa atual crise e mostrar que a pena de prisão só deve ser destinada para os crimes de maior gravidade e, conseqüentemente, para os criminosos que ofereçam maior perigo à paz social.

A pena alternativa atualmente se apresenta como uma forma de punição menos danosa para o condenado e para a sociedade, respeitando, acima de tudo, os direitos do preso e a dignidade da pessoa humana.



## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Trad, Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005.

BITENCOURT, César Roberto. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL, *Constituição da República Federativa de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Lei de Execução Penal. Lei n.7.210 de 11 de julho de 1984*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Código Penal. Decreto-lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. São Paulo: Saraiva:2006.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 6 ed. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPPI, Carlos Crispim Baiocchi. *As Regras de Tóquio e as Medidas Alternativas*. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.vol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3118>>. Acesso em: 23 de outubro de 2006.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. *Penas alternativas: Uma Abordagem Prática*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, Trad. Raquel Ramalhete. 16 ed. Petrópoles: Vozes, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 4 ed, vol. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. Vol 1. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Penas Alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999.

LENZA, Pedro, *Direito Constitucional Esquemático*. 10 ed. São Paulo: Método, 2006.

MACHADO, Diogo Marques. *Penas Alternativas*. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.vol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5757>>. Acesso em: 23 de outubro de 2006.

MARTINI, Paulo. *Direito Penal Mínimo: A Sociedade Pede Socorro*. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.vol.com.br/doutrina/texto.asp?id=947>>. Acesso em: 10 de novembro de 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal. Comentários a Lei n. 7.210/84*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1993.

MUAKAD, Irene Batista. *Pena Privativa de Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1999.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Penal*. Vol 1. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Edmundo. *As Vertentes da Criminologia Crítica*. Disponível em: <[www.ufpa.br/posdireito/caderno3/texto2\\_c3.html](http://www.ufpa.br/posdireito/caderno3/texto2_c3.html)>. Acesso em: 16 de novembro.

VIANA, Jorge Candido S. C. *O Malefício da Pena Reclusiva aos Delitos de Pequeno Porte*. Jus Navigandi. Disponível em <http://jus2.vol.com.br/doutrina/texto.asp?id=951>>. Acesso em: 23 de outubro de 2006.